



İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi



Cilt: 6 / Sayı: 10
2021

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Cilt VI, Mart, Sayı 10
Vol. VI, March, No. 10

İstanbul
Mart 2021

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

"İMHFĐ" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI'nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın Sahibi:

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi adına

Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü:

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Editörler Kurulu:

Editörler

Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Öğr. Gör. Dr. Berrak GENÇ

Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN

Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU

Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR

Arş. Gör. Emre KILIÇ

Arş. Gör. Büşra İZCİ

Dil Editörleri

İngilizce

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Almanca

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

Fransızca

Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Dr. Öğr. Üyesi Halil ALTINDAĞ

Medeniyet Law Review

Publisher:

On behalf of Istanbul Medeniyet University
Faculty of Law

Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI

Responsible Manager:

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

Editorial Board:

Editors

Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Asst. Prof. Dr. Berrak GENÇ

Res. Asst. Dr. Caner TAŞATAN

Editor Assistants

Res. Asst. Ebuzer ZENGİN

Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU

Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR

Res. Asst. Emre KILIÇ

Res. Asst. Büşra İZCİ

Language Editors

English

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

German

Asst. Prof. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

French

Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Asst. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

Yayımcının Adı: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Name of Publishing Company: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Basımcının Adı: Renk Matbaası	Printed by: Renk Matbaası
Yönetim Yeri: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul	Place of Management: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul
Yayın Türü: Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, sürekli, hakemli bir hukuk dergisidir.	Type of Publication: Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi- annually.

ISSN-2757-7082

Basım Tarihi: Mart 2021

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan
Kurban Cd. No: 44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail hukukdergi@medeniyet.edu.tr
URL: <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>

YAYIN VE DANIŞMA KURULU / EDITORIAL AND ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman Eren	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Can Tuncay	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Deynekli	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Tuğ	Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.
Prof. Dr. A. Hamdi Topal	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Koç	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Güzel	Kadir Has Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Paslı	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay	Antalya Bilim Üniversitesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Başbuğ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Gülan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan Döner	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Cem Baygın	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Cemil Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. C. İlhan Günay	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Emre Esen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. E. Murat Engin	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit	MEF Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Fuat Bayram	Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Füsün Nomer Ertan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi E.
Prof. Dr. Halil Akkanat	Türk Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Hacak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Tunç	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi
Prof. Dr. H. Hadi Sümer	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. H. İbrahim Sarıoğlu	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. H. Nuri Yaşar	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Özbay	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. İsmail Kayar	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Kadir Arıcı	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Levent Akın	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Kabakçı	İstanbul Teknik Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Koca	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Deniz Yener	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. M. Erdem Özdemir	Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Akman	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar	Yeditepe Üniversitesi
Prof. Dr. M. Fatih Uşan	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. M. Nusret Bedük	Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi
Prof. Dr. M. Zeki Aydın	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. Melikşah Yasin	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Balcı	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Doğan	Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Yavaş	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Alp	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Avcı	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Koçak	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu	Özyeğin Üniversitesi
Prof. Dr. N. Binnur Tulukcu	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. Necla Akdağ Güney	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Nihat Bulut	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Nur Kaman	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Anayurt	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Özkan	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Rauf Karasu	Hacettepe Üniversitesi
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Refik Korkusuz	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Sabahattin Yürekli	Bursa Uludağ Üniversitesi
Prof. Dr. Saim Ocak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Serap Keskin Kiziroğlu	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Sezer Çabri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Sururi Aktaş	Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Süleyman Başterzi	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Şaban Kayıhan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak Narbay	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Şahin Akıncı	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Tankut Centel	Koç Üniversitesi
Prof. Dr. Turan Yıldırım	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Vahit Doğan	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Yavuz Atar	İbn Haldun Üniversitesi
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan	İbn Haldun Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel Oğurlu	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Zekeriyya Arı	Bursa Uludağ Üniversitesi

YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFĐ), hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özet altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yazın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**
ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**
ŞANLI, s. 24.
 - b. **Editörlü Kitap atıflarında:**

KARA, Hacı, "Turkish Maritime Law", **Introduction to Turkish Law**, Ed. M. Refik KORKUSUZ, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 309.

c. Makale atflarında:

aa. Metin içindeki ilk atflarda:

TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)" **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.

bb. Sonraki atflarda:

TOPUZ, s. 298.

d. Elektronik kaynakların atflarında:

aa. Metin içindeki ilk atflarda:

GÖZLER, Kemal, "Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar", (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atflarda:

BAŞÖZEN, s. 8.

e. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

f. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

g. Süreli yayında elektronik kaynağa atf:

BERRY, John N. , "Educate Library Leaders", **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.

h. Ansiklopediye atf:

BOHANNAN, Paul, "Law and Legal Institutions", **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.

i. Klasik eserlere atf:

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.

j. Kutsal kitaplara atf:

Kur'an-ı Kerim 49/12.

k. Mahkeme kararlarına atf:

Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

aa. Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

bb. Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

l. Resmî Gazeteye yapılacak atflar şu şekilde belirtilmelidir:

RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in March and September, by the Istanbul Medeniyet University Law School.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200- 250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**
WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
WRIGHT, p. 298.

- c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**
LORCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
LORCHER, p. 9.
- d. **If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.
CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.
- e. **If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
 - aa. **For the first footnote:**
MILLER, Angharad/OATS, Lynne, *Principles of International Taxation*, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
MILLER/OATS, s.145.
- f. **Citing a court case:**
Notes for court cases should include case name, number, volume number, abbreviated name(s) of reporter, and, in parentheses, the abbreviated name of the court and the date. Case names written in full are typeset in roman, while in subsequent shortened citations the short form of the case name is italicized. Citations are assumed to refer to decisions as a whole unless a particular page is cited using “at” (see example 3 below).
 1. United States v. Christmas, 222 F.3d 141, 145 (4th Cir. 2000).
 2. Profit Sharing Plan v. Mbank Dallas, N.A., 683 F. Supp. 592 (N.D. Tex. 1988).
 3. Christmas, 222 F.3d at 145. The court also noted that under United States v. Sokolow, 490 U.S. 1, 7 (1989), police may briefly detain a person without probable cause if the officer believes criminal activity “may be afoot.” Christmas, 222 F.3d at 143; see also Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

DERGİMİZİN AMACI

Sürelî ve hakemli bir dergi olarak yayımlanacak olan hukuk dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir. Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulama da değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

SUNUŞ

Hukukun her alanını ilgilendiren özgün makale ve çalışmaların yer aldığı İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, fakültemizin eğitim-öğretim hayatına başladığı 2016 yılında yayın hayatına başlayan, 4 farklı dilde (Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca) ve yılda iki sayı olmak üzere yayınlanan hakemli bir dergidir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak İMHFD 6. Cilt 10. Sayısı'nı sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

Dergimizin 2021 yılı ilk sayısında, Prof. Dr. Şaban Kayıhan ve Dr. Öğr. Üyesi Etem Kara'nın kaleme almış olduğu "Donatanın Sorumluluğunun Kaynakları ve Sorumluluğun Sınırlandırılması Sistemi" adlı makalesi; Prof. Dr. Şaban Kayıhan'ın "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki İcra ve İflâs Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi" isimli çalışması; Prof. Dr. Sezer Çabri'nin "COVID-19 Kapsamında Alınan Önlemlerin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi"ne ilişkin çalışması; Prof. Dr. Ümit Gezder ve Maja Holmlund'ın "Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi"ni inceleyen makalesi; Prof. Dr. Fena İpek Kayalı'nın "Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler" başlıklı çalışması; Doç. Dr. Hacı Kara'nın "Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi" hakkındaki incelemesi; Doç. Dr. Tülay Yıldırım Mat ve Abdurrahman Erol'un "Transnational Companies, Human Rights Due Diligence and Syrian Refugees: A Case Study of Turkey" adlı çalışması; Doç. Dr. Emrullah Kervankıran'ın "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler İle Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- I" başlıklı makalesi; Av. Dr. Özgür Başyiğit'in "Koronavirüs (COVID 19) Salgın Hastalığının Türk Çalışma Yaşamına Etkileri Bağlamında Kısa Çalışma Kavramı" makalesi; Dr. Serkan Kaya'nın "Dispute Prevention and Resolution in Online Shopping" konulu çalışması ve Ar. Gör. Murat Uçak'ın "Ölüm Sonrası Kişisel Verilerin Korunması" başlıklı çalışması olmak üzere on bir özgün makale yer almaktadır. Dergimizin 2021 Mart sayısına katkı veren tüm akademisyenlere teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Dergimizin 2021 yılı Eylül ayında yayınlanacak olan 6. Cilt, 11. Sayısı için göndereceğiniz kıymetli çalışmalarınız için şimdiden şükranlarımızı sunuyoruz.

Dergimizin faydalı olmasını diliyor, katkı ve eleştirilerinizi bekliyoruz.

Editörler Kurulu

DERGİMİZ HAKKINDA/ABOUT OUR JOURNAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD), Mart ve Eylül aylarında yılda iki kere yayımlanan hakemli bir dergidir. Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde yazılmış olan eserler hakem denetiminden geçerek yayımlanmaktadır.

Medeniyet Law Review (MLR) is a peer reviewed journal published twice a year, in March and September. Works written in Turkish, English, French and German languages are published after peer-review.

DERGİMİZİN TARİHÇESİ/HISTORY OF OUR JOURNAL

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using.

İÇİNDEKİLER¹/CONTENTS²

MAKALELER / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

TRANSNATIONAL COMPANIES, HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND SYRIAN REFUGEES: A CASE STUDY OF TURKEY

ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN SURİYELİ MÜLTECİLERE İLİŞKİN İNSAN
HAKLARI ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ-TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Doç. Dr. Tülay Yıldırım MAT

Asist. Abdurrahman EROL.....1

Özel Hukuk / Private Law

TAŞIMA İŞLERİ ORGANİZATÖRÜ'NÜN KARAYOLU TAŞIMACILIĞINDAKİ ROLÜ VE CMR SİGORTA SÖZLEŞMESİ

THE ROLE OF FRIGHT FORWARDER IN ROAD TRANSPORT AND THE
CMR INSURANCE AGREEMENT

Doç. Dr. Hacı KARA.....21

¹ Bu sayıda sadece araştırma makalesi biçimde eserler bulunmaktadır.

² In this issue, there are only research article type of publications.

**DONATANIN SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI VE
SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ**

RESOURCES OF THE SHIPOWNER'S RESPONSIBILITY AND SYSTEM
OF LIMITATION LIABILITY

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

Dr. Öğretim Üyesi Etem KARA.....49

**YENİDEN YAPILANDIRMA İŞLEMLERİNDE ARA BİLANÇO
DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN BAZI TESPİT VE
ÖNERİLER**

SOME FINDINGS AND SUGGESTIONS ON THE OBLIGATION TO DRAW
UP AN INTERIM BALANCE SHEET IN THE CONTEXT OF CORPORATE
RESTRUCTURINGS

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI..... 77

KİŞİSEL VERİLERİN ÖLÜMDEN SONRA KORUNMASI

POST-MORTEM PERSONAL DATA PROTECTION

Arş. Gör. Murat UÇAK.....97

**KORONAVİRÜS (COVID 19) SALGIN HASTALIĞININ TÜRK
ÇALIŞMA YAŞAMINA ETKİLERİ BAĞLAMINDA KISA ÇALIŞMA
KAVRAMI**

CORONAVIRUS (COVID 19) SHORT WORKING CONCEPT IN THE
CONTEXT OF THE EFFECTS OF THE OUTDOOR DISEASE ON TURKISH
WORKING LIFE

Av. Dr. Özgür BAŞYİĞİT.....125

DISPUTE PREVENTION AND RESOLUTION IN ONLINE SHOPPING

ONLINE ALIŞVERİŞTE ÇIKABİLECEK ANLAŞMAZLIKLARIN
ÖNLENMESİ VE ÇÖZÜMÜ

Öğr. Gör. Dr. Serkan KAYA.....161

**TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR VE
KABAHAHLAR İLE BUNLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN CEZAI
YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ- I**

THE LEGAL CHARACTERISTICS OF THE CRIMES AND
MISDEMEANOURS AND PENAL SANCTIONS ENVISAGED FOR THEM
IN THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN177

**COVID-19 SEBEBİYLE ALINAN ÖNLEMLERİN ÖZEL OKUL
SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ**

THE IMPACT OF MEASURES TAKEN DUE TO COVID-19 ON PRIVATE
SCHOOL AGREEMENTS

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ.....203

EVLLENEN VE BOŞANAN KADININ SOYADI MESELESİ

THE ISSUE OF THE SURNAME OF MARRIED AND DIVORCED WOMEN

Prof. Dr. Ümit GEZDER

Maja HOLMLUND.....233

**SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA
YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI HAKKINDAKİ İCRA VE
İFLÂS KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

REORGANIZATION IN TURKEY EVALUATING THE PROVISIONS OF
TURKISH BANKRUPTCY LAW

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU249

TRANSNATIONAL COMPANIES, HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND SYRIAN REFUGEES: A CASE STUDY OF TURKEY

Assoc. Prof. Tülay YILDIRIM MAT¹
Asist. Abdurrahman EROL²

Abstract

The legal status provided to Syrian refugees in Turkey is called temporary protection. It is not the same as the refugee status and it provides more limited rights and opportunities. After all these years since the start of the mass migration of Syrians to Turkey, it has become clear that this temporary legal status complicates the living and work conditions of these people, who apparently will be staying in Turkey in the mid to long term future. Particularly in terms of work life, Syrian refugees are faced with challenges not only in obtaining legal work permits, but also in finding jobs with decent working conditions even if they have work permits. Being one of the primary sectors where Syrian workers are present, the ready-made garment (RMG) sector in Turkey has this problem as well. In this respect, in order to improve the working conditions of the Syrian workers, there are some measures that transnational textile companies sourcing from Turkey. For one, if these transnational companies (TNCs) conduct human rights due diligence (HRDD) over the working conditions and human rights enjoyment throughout their supply chains in Turkey, there could be significant improvements in the conditions of these Syrian workers. To this end, in this study, after providing some explanations on the legal status of Syrian workers in Turkey and their working conditions in the RMG sector, recommendations will be offered on what measures TNCs can take as a part of their HRDD over their supply chains in Turkey in order to improve working conditions of the Syrian workers.

Keywords: Syrian refugees, Temporary protection, Migration policy, TNCs, Work permit

¹ Associate Professor, Istanbul Medeniyet University Law Faculty International Law Department, ORCID: 0000-0002-3035-9693, tulay.yildirim@medeniyet.edu.tr

² Ph.D. Researcher, Erasmus University Rotterdam, School of Law International and European Law Department, ORCID: 0000-0002-3377-8420, a.erol@law.eur.nl.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.12.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13.01.2021

Bu makaleye atf için; YILDIRIM MAT, Tülay/EROL, Abdurrahman, “Transnational Companies, Human Rights Due Diligence and Syrian Refugees: A Case Study of Turkey”, **İMİHFD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 1-19.

Öz

Türkiye'nin Suriyeli mültecilere yönelik sağladığı hukuksal statü, geçici korumadır. Geçici koruma statüsü, 'mülteci' statüsü ile aynı olmadığı gibi, sağlanan imkân ve ulaşılabilen haklar da aynı şekilde kısıtlıdır. Hali hazırda geçicilik üzerinde sağlanan bu statünün, orta ve uzun vadede Türkiye'de ikamet edeceği anlaşılan Suriyelilerin yaşam ve çalışma koşullarını tartışmalı hale getirmiştir. Özellikle iş hayatı açısından, yasal çalışma iznine erişim konusunda veya çalışma izni alabildikten sonra dahi makul şartlarda iş bulabilme konusunda geçici koruma statüsüne sahip Suriyeliler de kimi sorunlarla karşılaşmaktadır. Başka bazı sektörlerde olduğu gibi tekstil ve hazır giyim sektöründe Suriyeli işçiler olumsuz çalışma şartlarına maruz kalabilmektedir. Bu noktada, Suriyeli tekstil ve hazır giyim işçilerinin çalışma şartlarının iyileştirilmesi konusunda Türkiye'den ürün tedarik eden çok uluslu şirketlerin de alabilecekleri tedbirler bulunmaktadır. Özellikle bu şirketlerin, küresel tedarik zincirleri üzerinde, çalışma hayatı ve insan hakları alanında öngörülen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüklerini yerine getirmeleri halinde, bilhassa bu şirketlerin tedarik zincirinde yer alan işletmelerde çalışan Suriyeli işçilerin çalışma hayatlarında önemli düzeltmeler yapılabilecektir. Bu doğrultuda, işbu yazıda Suriyeli işçilerin Türkiye'deki hukuki statülerine ve hazır giyim sektöründeki çalışma şartlarına ilişkin açıklamalardan sonra çok uluslu şirketlerin, Türkiye'deki hazır giyim sektörü kontekstinde Suriyeli işçilerin durumlarının iyileştirilmesi açısından insan hakları özen yükümlülüğü kapsamında atabilecekleri adımlara ve alabilecekleri tedbirlere dair önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Suriyeli Mülteci; Geçici Koruma; Göç Politikası; Çok Uluslu Şirketler; Çalışma izni

INTRODUCTION

The turmoil that started with Arab Spring in North African countries resonated in Syria too, and in the beginning of March 2011, the uprising against the president, Bashar al-Assad, and the following internal conflicts quickly turned into a civil war³. In a short period of time, the situation escalated rapidly when some international actors became involved and millions of Syrians started to migrate to neighboring countries. The civil war in Syria gave rise to the largest refugee and migration crisis today which created impacts not only within Syria, but also on other countries, particularly on neighboring countries. Over 5.5 million Syrians tried to seek refuge in neighboring countries, one of which is Turkey.⁴ Being the

³ ERMAĞAN, İsmail/ KARCI, Aybars, "Neorealizm ve Neoliberalizm Kuramlarının Güvenlik Yaklaşımları ve Arap Devrimlerinde Suriye Politikaları", **Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Kuramları ve Sorunlarına Temel Yaklaşımlar**, Ed: Sibel TURAN and Nergiz ÖZKURAL KÖROĞLU, London, Transnational Press, 2017.

⁴ UNHCR, "Syria Emergency", <http://www.unhcr.org/syria-emergency.html>, Access Date: 24.11.2020.

country with the largest number of refugees in the world, Turkey currently hosts more than 3.5 million Syrian refugees, making Turkey also the country with the highest number of Syrian refugees.⁵

The conditions of Syrians fit perfectly well into the refugee definition of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees as they have been forced to leave Syria due to well-founded fear of persecution and are unable or unwilling to benefit from diplomatic protection of Syrian state.⁶ State parties to the Convention, like Turkey, must grant the same treatment to the refugees, like Syrians, with their nationals concerning working conditions, labor rights and social security.⁷

However, Turkey does not consider the Syrians as refugees as defined by the 1951 Convention. Despite being a party, Turkey maintains a geographical limitation to the Convention which confines its application and designation of the refugee status as described by the Convention only to people fleeing persecution in a European country.⁸ People coming from other countries are granted a conditional refugee status. This status is provided on an individual basis and not applied in cases of mass migration. As a result, Syrians cannot obtain the conditional refugee status as well. The legal status they can acquire in Turkey is temporary protection. The legislation concerning the temporary protection status, which is called “Foreigners and International Protection Act”,⁹ entered into force on 11 April 2013 after consultations with the UN High Commissioner for Refugees, European Commission and civil society organizations. According to the Article 91 of the “Temporary Protection Regulation” published in the Official Gazette on 22 October 2014, this legal status is provided to the foreigners who were forced to leave their country, cannot return and come to Turkish borders in masses in order to seek immediate and temporary protection.¹⁰

The Temporary Protection Regulation leaves regulation of the employment of foreigners under the temporary protection status to the Government. This includes

⁵ UNHCR, “Situation Syria Regional Refugee Response”, <https://data2.unhcr.org/en/situations/syria/location/113>, Access Date: 24.11.2020.

⁶ Convention Relating to the Status of Refugees 28 July 1951, Article 1, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofrefugees.aspx>, Access Date: 24.11.2020.

⁷ Convention Relating to the Status of Refugees 28 July 1951, Article 24, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofrefugees.aspx>, Access Date: 24.11.2020.

⁸ UNHCR, “States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol”, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>, Access Date: 24.11.2020. Along with Congo, Madagascar and Monaco, Turkey adopted a geographical limitation to the Convention and expressly maintained the limitation upon acceding to the 1967 Protocol.

⁹ No: 6458, Date of Enactment: 04.04.2013, O.G.:28615, Date: 11.04.2013.

¹⁰ KAYA, İbrahim/ YILMAZ EREN, Esra, **Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri**, İstanbul: Seta 2015, 47.

also the issuance of work permits. However, only in January 2016, a new regulation, titled “Regulation on Work Permits of Foreigners under Temporary Protection”, entered into force with an aim to specify the rules on issuance of work permits to foreigners under the temporary protection status.¹¹ Before 2016, refugees working in Turkey were doing so without work permits, meaning that they were working in the informal sector without most of the legal protections provided by the Turkish legislation to workers. The paths were closed for formal employment of Syrian refugees in Turkey until January 2016 as a result of the geographical limitation and the lack of a legal framework concerning the participation of the refugees to the labor market. Although the regulation in 2016 was welcomed by the International Labour Organization (ILO),¹² the achievement of the new law in ensuring access of Syrian refugees to the Turkish labor market is being questioned¹³ and various reasons have been put forward to explain why the law could not achieve greater success.¹⁴

One of the primary sectors where informal employment of the Syrians is prevalent is the textile and ready-made garment (RMG) sector. Turkey is a very big player in the global textile industry and therefore preferred by numerous foreign brands. The situation of the Syrian workers in the informal sector in Turkey and serious allegations on the precarious working conditions raise questions about the extent of the responsibility of performance of due diligence by transnational companies (TNCs) sourcing in Turkey. Their internal and supply chain policies could potentially have significant impacts on the workers in their value chains in Turkey. If they wish to improve the working conditions throughout their supply chains, including that of the Syrian refugees, they can have a variety of mechanisms to achieve this. For example, TNCs might have different responsibilities as to the performance of human rights due diligence (HRDD) depending on the circumstances, and the Turkish context necessitates specific considerations for TNCs with respect to the protection of labor rights of workers without work permits in the informal sector in Turkey.

In this respect, this article will explain, based on the UN Guiding Principles (‘UNGPs’) and OECD Guidelines for Multinational Enterprises (‘OECD MNE Guidelines’), specific due diligence considerations that are related to the working

¹¹ O.G.:29594, Date: 15.01.2016, Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, <https://www.refworld.org/docid/582c71464.html> (EN), Access Date: 24.11.2020.

¹² ILO, “ILO welcomes the introduction of work permits for refugees in Turkey”, http://www.ilo.org/ankara/news/WCMS_444117/lang--en/index.htm, Access Date: 24.11.2020.

¹³ KINGSLEY, Patrick, “Fewer than 0.1% of Syrians in Turkey in line for work permits” **The Guardian**, 11 April 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/11/fewer-than-01-of-syrians-in-turkey-in-line-for-work-permits>, Access Date: 24.11.2020.

¹⁴ LEGHTAS, Izza/ HOLLINGSWORTH, Ann “‘I Am Only Looking for My Rights’: Legal Employment Still Inaccessible for Refugees in Turkey”, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Turkey%2BReport%2BFinal.pdf>, pp. 10-13, Access Date: 24.11.2020.

conditions of the Syrian refugees working illegally in Turkey and measures that TNCs sourcing in Turkey can take to fulfill their responsibility to respect human rights.

I. Syrian Refugee Workers in Turkey

Although the magnitude of the informal economy in Turkey has always been a problem, the enormous number of Syrian refugees coming to Turkey, combined with the legal gaps and some of the shortcomings of the legal provisions, has exacerbated the problem. The body of law on the employment of foreigners is highly complex and scattered. There are even conflicting provisions in different legislations. To name just a few of the legislations on this subject, there are provisions on the employment of foreigners in “6735 International Work Force Act”,¹⁵ “6458 Foreigners and International Protection Act”¹⁶ and “4875 Foreign Direct Investments Act”¹⁷. Yet, despite this scattered nature of the relevant rules, most of the provision on the employment of foreigners can be found in the International Work Force Act and the “Regulation on the Implementation of the Act numbered 4817”.¹⁸ These problems starting with the current body of law continue in employment for the Syrian refugees.

One of the primary problems of the Syrian refugees in Turkey is about communication. Namely, as they cannot properly communicate with locals and employers, they experience employment problems. For instance, only the Syrian refugee’s employer can apply for a work permit on behalf of him/her, meaning that a refugee cannot apply for a work permit on his/her own.¹⁹ Together with the fact that an employer must pay the social security fees of and minimum wage to a foreigner if he/she has the temporary protection status,²⁰ many employers are reluctant to apply for the work permits. Moreover, Turkish law stipulates that Syrians living in urban areas outside of the refugee camps -approximately 90% of the Syrian refugees²¹- are allowed to work only in the cities in which they are

¹⁵ No: 6735 Date of Enactment: 28.07.2016, O.G.: 29800, Date: 13.08.2016.

¹⁶ No: 6458, Date of Enactment: 04.04.2013, O.G.:28615, Date: 11.04.2013.

¹⁷ No: 4875 Date of Enactment: 05.06.2003, O.G.: 25141, Date: 17.06.2003.

¹⁸ LBF PARTNERS | HUKUK VE DANIŞMANLIK, "Yabancıların Çalışma İzinleri ve Güncel Mevzuat", <http://www.lbfpartners.com/tr/yayin/yabancilarin-calisma-izinleri-ve-guncel-mevzuat.html>, Access Date: 29 December 2020.

¹⁹ O.G.:29594, Date: 15.01.2016, Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, <https://www.refworld.org/docid/582c71464.html> (EN), Article 5, Access Date: 24.11.2020.

²⁰ O.G.:29594, Date: 15.01.2016, Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, <https://www.refworld.org/docid/582c71464.html> (EN), Article 10, Access Date: 24.11.2020.

²¹ BUSINESS SOCIAL COMPLIANCE INITIATIVE AND FOREIGN TRADE ASSOCIATION, “Guidance Document: Syrian Nationals Working in Turkish Supply Chains”, https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Guidance-Documents-Syrians-in-Turkey_FINAL_ENG.PDF, p.2, Access Date:: 24.11.2020.

registered.²² However, especially some small and medium-sized cities do not offer many job opportunities. This leaves Syrian refugees no option but moving to larger cities to look for jobs in the informal sector and make themselves more vulnerable to abusive working conditions.

According to the UNHCR, more than half of the Syrian refugees in Turkey are of working age (18-59 years).²³ However, either registered or unregistered, only approximately 30% of the refugees participate in the workforce, less than 20% is unemployed and more than half of the refugees are not looking for a job.²⁴ Strikingly, the disorderliness rate among the working refugee population is more than 95%, meaning that less than 5% of the refugees have official work permits.²⁵ As of 2020, more than 30 thousand Syrian refugees were issued official work permits.²⁶ Informal work relations considerably influence Syrians' economic activities and their works. As of 2017, there were 940.921 working Syrian refugees, part of the having started working at early ages and more than 90% of them informally work in sectors in low-skilled positions.²⁷ These numbers indicate that the overwhelming majority of the Syrian refugees participating in the labor market in Turkey work in the informal sector without many rights and protections provided by the Turkish legislations.

One significant factor that has a major role in the employment trends among Syrian refugees in Turkey is their educational profile. Around 80% of the Syrian refugees have a level of education lower than high school and only about 9% have a higher education degree.²⁸ This low educational profile affects the sectors in which they are often employed. In general, economies which rely on sectors that are dependent mainly on unskilled labor tend to have higher informalities and Turkish economy is an example of this. In Turkey, informalities are prevalent in sectors which, for the most part, require unskilled labor like agriculture, construction or RMG. This coincides with the sectors in which the refugees are

²² O.G.:29594, Date: 15.01.2016, Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, <https://www.refworld.org/docid/582c71464.html> (EN), Article 7, Access Date: 24.11.2020.

²³ UNHCR, "Situation Syria Regional Refugee Response", <https://data2.unhcr.org/en/situations/syria/location/113> Access Date: 24.11.2020.

²⁴ INGEV, "Syrian Refugee Livelihood Monitor-Summary Assessment", <http://ingev.org/wp-content/uploads/2017/07/Syrian-Refugee-Livelihood-Monitor-Summary-Assessment.pdf>, p.3, Access Date: 24.11.2020.

²⁵ INGEV, p.2.

²⁶ MÜLTECİLER DERNEĞİ, "Number of Syrian Refugees with Official Work Permits", <http://multeciler.org.tr/turkiyede-calisma-izni-verilen-suriyeli-sayisi/>, Access Date: 24.11.2020.

²⁷ CARO, Luis Pinedo, "Türk İşgücü Piyasasında Suriyeli Mülteciler, p.13. 66% of Syrian children of 15 years of age work in Turkey. Compared to other labor markets, this figure is unprecedented since it cannot be found even in rural populations of some developing nations.

²⁸ CERİTOĞLU, Evren/ GÜRCHAN-YÜNCÜLER, Hatice Burcu/ TORUN, Huzeyfe and TÜMEN, Semih, "The Impact of Syrian Refugees on Natives' Labor Market Outcomes in Turkey: Evidence from a Quasi-Experimental Design" **TCMB Working Paper No: 17/05**, p.10.

usually employed as they can find jobs without official work permits more easily in these sectors pursuant to their education levels given the already high percentage of informality in these sectors in Turkey.²⁹

Considering their footprint in the Turkish RMG sector, TNCs are one of the important stakeholders concerning the employment of Syrian refugees and their informal works. Several factors such as exchange rate policies, costs, employment, established capacity and machinery pool, incentive policies, marketing opportunities and branding and geographical location and fast delivery render Turkey an attractive sourcing location for TNCs in the RMG sector.³⁰ As a result, Turkey is one of the top garment exporters in the world, being sixth biggest garment exporter globally, and the third largest supplier country for Europe.³¹ Correspondingly, for instance there are 45 foreign member brands of the Fair Wear Foundation source from Turkish RMG sector.³² Similarly, there are numerous TNCs and very well-known brands which prefer Turkish RMG sector as one of their suppliers such as Zara, H&M, Adidas, Hugo Boss and many others.³³ Thus, it is fair to say that TNCs and foreign brands have a huge impact on the Turkish RMG sector, thereby on the workers in their supply chains in Turkey, including the Syrians, and influence them negatively or positively.

Unskilled workers without official work permits in the sectors with widespread informality in Turkey are more vulnerable to labor rights abuses and poor working conditions. This necessitates TNCs sourcing from these sectors, such as the RMG sector, pay special attention to human rights due diligence (HRDD) to avoid causing, contributing or being directly linked to human rights violations, labor rights in particular. In the next section, after a brief description of the due diligence steps as described in the UNGPs and OECD MNE Guidelines, measures that TNCs sourcing from Turkey need to take in order to meet their responsibility to respect labor rights of the Syrian refugees without official work permits in the RMG sector will be explained.

²⁹ YILDIZ, Tuğba/ YILDIZ, İbrahim, "Suriyelilerin Türkiye Ekonomisinde Kayıt Dışı İstihdama Etkileri ve Bunun Yansıması Olarak Türkiye'ye Maliyetleri Üzerine Bir İnceleme", **İktisadi, İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi**, Vol. 2, Issue 3, Pp.30-46, p.35.

³⁰ DURAN, Aslı/ TEMİZ DİNÇ, Dilek, "The State of The Turkish Textile and Ready-Wear Industries", **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Vol.5, Issue 3, Pp.505-519, p.506.

³¹ ERAI TURKEY, BUSINESS DEVELOPMENT & MANAGEMENT, "Textile Industry in Turkey in 2020", <https://eraiturkey.com/news/textile-industry-in-turkey-in-2020/>, Access Date: 29.12.2020.

³² FAIR WEAR FOUNDATION, "Country Study - Turkey", <https://www.fairwear.org/programmes/countries/turkey/>, Access Date: 29.12.2020.

³³ İSTANBUL TEXTILE AND APPAREL EXPORTER ASSOCIATIONS, "Turkish Suppliers of Foreign Brands", https://www.itkib.org.tr/files/downloads/dis_ticaret/ihracat_rehberi/markalar_mumessiller/yabanci_marka_firmalar.xls, Access Date: 29 December 2020.

II. HRDD Steps

HRDD is one of the most important concepts in the business and human rights field and it is one of the key components of the discourse on business responsibility to respect human rights. It could be defined as “a way for enterprises to proactively manage potential and actual adverse human rights impacts with which they are involved.”³⁴ It is a risk management tool for businesses aimed at the prevention of adverse human rights impacts on people. According to the UNGPs, the process of HRDD should “include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed.”³⁵ Moreover, it should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause, contribute or be directly linked to.³⁶ Even though depending on the size of the enterprise and the nature and context of its operations the complexity of HRDD might change, it is expected from all business enterprises and should be ongoing.³⁷ In a similar fashion, OECD MNE Guidelines states that business enterprises should “carry out human rights due diligence as appropriate to their size, the nature and context of operations and the severity of the risks of adverse human rights impacts.”³⁸ Hence, performing proper HRDD is one of the fundamental expectations from business enterprises in order to ensure responsible business conduct throughout their operations and supply chains and prevent businesses from involving in adverse human rights impacts.

HRDD has several steps which often overlap³⁹ and they are as follows: drafting a policy commitment, identification and assessment of human rights impacts, integration of findings and taking action, tracking effectiveness of the measures, communication with external stakeholders on how the human rights impacts were addressed and remediation.⁴⁰ It must be noted that context and specific circumstances of the context have utmost importance in the determination of what actions to take by a TNC as part of its HRDD and impact assessment.⁴¹ Successful

³⁴ OHCHR, "Corporate Human Rights Due Diligence", <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/CorporateHRDueDiligence.aspx>, Access Date: 29.12.2020.

³⁵ UN, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework” (hereinafter “UNGPs”), Principle 17, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, Accessed 24.11.2020.

³⁶ UNGPs, Principle 17.

³⁷ UNGPs, Principle 17.

³⁸ OECD, “Guidelines for Multinational Enterprises” (hereinafter “OECD MNE Guidelines”), p.31, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>, Access Date: 29.12.2020.

³⁹ IEH-ETHICAL TRADING INITIATIVE, “A Guide to Human Rights Due Diligence in Global Supply Chains”, p.7, http://www.ajsosteniblebcn.cat/human-rights-due-diligence-in-global-supply-chains_28919.pdf, Accessed 24.11.2020.

⁴⁰ UNGPs, Principle 15 and 17 and OECD MNE Guidelines, p.31.

⁴¹ UNGPs, Principle 23.

measures in addressing human rights problems and increasing the effectiveness of HRDD in one sector or place might not be that successful in another. Companies may need to implement additional human rights measures to fulfill their responsibility to respect human rights, particularly that of disadvantaged, marginalized and vulnerable individuals.⁴² Depending on, for instance, company's strategy, risk profile, language and culture, companies might have to tailor their approaches to the responsibility to respect human rights and how they can fulfill it.⁴³ In the Turkish context, Syrian refugee employees working without official work permits in the informal RMG sector often face with poor working conditions such as discriminatory treatment on wages, excessive working hours and instant dismissals.⁴⁴ Therefore, with respect to each step of HRDD, measures that TNCs sourcing in Turkey need to adopt in order to deal with the problems of Syrian refugee workers that emanate from not having official work permits and having to work in the informal RMG sector should be in accordance with their specific conditions and problems.

A. Policy Commitment

Sadly, discriminatory treatment by some employers towards Syrian refugee workers on grounds of nationality and legal status is frequent in the RMG sector in Turkey. For example, refugee workers without official work permits are paid less than other workers and the minimum wage or sometimes employer withhold their wages or pay irregularly.⁴⁵ TNCs sourcing from factories where Syrian refugees are discriminated should pay particular attention to the conditions of refugee workers and develop and implement a refugee protection strategy in their policy commitments. They can demonstrate that they are decisively against such discriminatory practices and would require from their contractors to treat workers performing the same tasks equally, irrespective of their legal status as legal or illegal workers or their nationality.⁴⁶ With this commitment, they can develop an action plan to communicate clear policies against discrimination with their contractors and external stakeholders.

Moreover, in the policy commitment, they can stress the importance of being transparent about the refugees in their supply chains and their conditions and how

⁴² SHIFT, OXFAM AND GLOBAL COMPACT NETWORK NETHERLANDS, "Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies", 23.

⁴³ BSR, "Conducting an Effective Human Rights Impact Assessment Guidelines, Steps, and Examples", p.8.

⁴⁴ LEGHTAS/ HOLLINGSWORTH, pp.6-9.

⁴⁵ FAEK, Rasha, "Turkey Sends Mixed Signals to Syrian Job Seekers", **Al-Fanar Media** <https://www.al-fanarmedia.org/2017/02/turkey-sends-mixed-signals-syrian-job-seekers/> Access Date: 24.11.2020.

⁴⁶ Apart from many international human rights conventions, this also violates the ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention No. 111 (1958), of which Turkey is a party.

much they value transparency. This can demonstrate, to both contractors and public, their willingness to stay away from human rights abuses in their operations. If companies try to conceal information on poor conditions of refugee workers which they contribute or directly linked to, then they might be held responsible for the workers' conditions. After all, no company would want its name to be used along with discrimination and labor exploitation as this can have legal, social and economic consequences.

B. Identification and Assessment of Impacts

As to the identification and assessment of a TNC's impacts, the context in Turkey and the working conditions of the refugees in the informal RMG sector necessitate companies to pay particular attention to some issues. TNCs sourcing in Turkey need to be aware of the complex situation in Turkey and get ready for innovation to access accurate information on the conditions of Syrian refugee workers in the informal RMG sector. First of all, RMG sector in Turkey relies heavily on small and medium-sized enterprises (SMEs) with at most 50 employees,⁴⁷ and approximately %70 of the RMG production is exported.⁴⁸ Almost %90 of the RMG export is done by these SMEs, where illegal employment is more frequent, for some global brands like C&A, H&M or Tesco.⁴⁹ Because of the central position of the SMEs in the Turkish RMG sector, subcontracting is quite prevalent, and it is difficult for global brands to be aware of the subcontracted manufacturers if this is undeclared by the main contractor of the TNC. In order to identify their impacts at these levels, companies need to request information from their contractors regarding subcontracting and enhance audit procedures. This can be done via, for instance, increased factory inspections, unannounced or semi-announced audits or close scrutiny of their supply chain beyond the first-tier of manufacturers.

Another obstacle in accessing information on the working conditions of Syrian refugees is the lack of Turkish or English language skills of many Syrian workers in the informal sector. This not only increases the vulnerability of the workers, but also hinders obtaining information directly from the workers.⁵⁰ To overcome this hurdle, TNCs can translate documents used for on-site interviews in factory audits into Arabic and use Arabic questionnaires in factory audits to collect information

⁴⁷ OLCAY, Gulsen Pelin, "Dynamics That Form the Geography of International Production of Apparel Industry and Effects of These Dynamics on Istanbul", **Journal of Planning**, Vol.23, Issue 1, Pp.26-34, p.30.

⁴⁸ DİNÇEL, Gülay, "Textile and RMG – Memo", p.2 http://www.tskb.com.tr/i/content/729_1_Tekstil_Giyim_Bilgi_Notu_Kasim_2014.pdf, Access Date: 24.11.2020.

⁴⁹ ERASLAN, İ. Hakkı/ BAKAN, İsmail and HELVACIOĞLU-KUYUCU, Aslı Deniz, "Türk Tekstil ve Hazırgiyim Sektörünün Uluslararası Rekabetçilik Düzeyinin Analizi", **Istanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Vol.7, Issue 13, Pp.265-300, p.288.

⁵⁰ LEGHTAS/ HOLLINGSWORT, p.7.

on the actual situation on the ground. Moreover, there is a vast number of local, regional or international organizations or NGOs working to solve Syrian refugees' problems.⁵¹ Collaboration with these organizations can facilitate easier access to correct information on the working conditions of refugees in the informal sector which is necessary for accurate identification and assessment of the adverse human rights impacts of companies.

C. Integrating Findings and Taking Appropriate Action

After the identification of the adverse human rights impacts, TNCs are expected to act upon their findings. One of the crucial things that companies can do to help the exploited refugee workers in the informal RMG sector is to strive for the workers' empowerment. In addition to the language barriers of the refugees, they often lack adequate knowledge on their rights and legal procedures due to scarcity of channels from which they can get information.⁵² Companies can, either by themselves or in collaboration with local or international organizations, endeavor to provide information to workers regarding their rights and help them to get work permits. Similarly, they can work to provide courses on Turkish language or vocational skills which will significantly empower the refugee workers and open up ways to find jobs more easily if they are dismissed from one workplace. In a similar fashion, TNCs can organize trainings addressed to factory managements concerning their policy commitments and labor standards they adhere regarding the working conditions.

Companies can also work with local organizations to change Turkish public perception towards Syrian refugees. Although the Turkish society has been welcoming towards Syrians and mostly see them as benefit,⁵³ they can have negative feelings towards the refugees in terms of conflict of interest. Namely, according to a study published in 2017, almost half of Turkish textile workers do not want the issuance of residence permits for Syrian refugees and more than %60 of do not want the Syrian refugees to be issued work permits as they consider the refugees as threats to their jobs and.⁵⁴ TNCs in the RMG sector sourcing in Turkey can take collaborative action and support the local organizations' efforts for

⁵¹ CILGA, Melih, "Syrian Refugees and NGOs in Turkey" <https://graphcommons.com/graphs/a5f158c2-9d58-4745-9fe5-97bc9d86dac4>, Access Date: 24.11.2020.

⁵² ZETTER, Roger/ RUAUDEL, Héloïse, "Refugees' Right to Work and Access to Labor Markets – An Assessment - Part II: Country Cases" **KNOMAD**, p.116.

⁵³ TOPAL, Mehmet Hanefi/ ÖZER, Ufuk and DOKUZLU, Emrah, "Public perception of Syrian refugees in Turkey: an empirical explanation using extended integrative threat theory" **Problemy Polityki Społecznej**, Vol.38, Pp.35-58, p.52.

⁵⁴ EROL, Ertan et.al. "Inclusion Process of Syrian Refugees to Turkish Labor Market and Their Impacts", pp.94-95 https://www.academia.edu/34930885/Suriyeli_G%C3%B6%C3%A7men_Eme%C4%9Fi_%C4%B0stanbul_Tekstil_Sekt%C3%B6r%C3%BC_Ara%C5%9F%C4%B1rmas%C4%B1, Access Date: 24.11.2020.

Syrian refugees aimed at improving public perceptions towards Syrians by disseminating accurate information and emphasize their contributions to Turkish society and economy. In this way, the acceptance of Syrian refugees in the Turkish society can increase and the Syrians can be better integrated which will entail their empowerment.

D. Tracking the Effectiveness of How Adverse Human Rights Impacts Are Being Addressed

As mention already, high number of local and international organizations working for Syrian refugees in Turkey presents many opportunities for TNCs sourcing in Turkey. Cooperation with these organizations and with other stakeholders such as trade unions to track and monitor the results of the measures that TNCs took to address their adverse human rights impacts can yield positive results. TNCs lack the expertise on dealing with Syrian refugees working in the informal RMG sector and the presence on the ground to closely observe the consequences of their actions. Such organizations and trade unions have the capacity to compensate the gaps monitoring gaps in the RMG sector.

Furthermore, to increase their capacity to monitor contractors and sub-contractors, TNCs can put enhanced audit procedures in place and track the impacts of the measures taken to solve the issues of the Syrian refugee workers stemming from their lack of official work permits. TNCs can also ask producers to provide updates regularly on the working conditions of the illegal Syrian refugees. By so doing, they can remain engaged with their contractors and strive to solve the problems.

E. Communicate Externally on How the Company Addresses Human Rights Impacts

Significant number of TNCs source from tens of garment factories in the Turkish RMG sector. To illustrate, according to a 2016 study, among many global brands, Inditex has 158, Primark approximately 100, C&A 87 and H&M has 72 direct first-tier suppliers in Turkey.⁵⁵ These TNCs can communicate with each other to learn about their ways of dealing with the issue of working conditions of Syrian workers without work permits. Moreover, they might be sourcing from the same factories and becoming aware of each other's policies concerning refugee workers can facilitate alignment of the commitments. In this way, they can together use their leverage on the contractors more strongly and nudge the contractors to achieve progress. Otherwise, the contractors might have to fulfill many different

⁵⁵ BHRCC, "Syrian refugees in Turkish garment supply chains: An analysis of company action to address reports of serious exploitation & abuse", p.3, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/160131%20Syrian%20Refugee%20Briefing%20FINAL.pdf>, Access Date: 24.11.2020.

standards which might be excessively burdensome and have unintended consequences such as hiding information from the brands and non-reporting on some of the working conditions of refugees.

F. Remediation

Due to the lack of monitoring of regulations concerning refugee workers' rights in Turkey,⁵⁶ TNCs have specific responsibilities to remedy labor rights abuses committed in their supply chains. Since Syrian refugee workers in the informal RMG sector are afraid of initiating judicial procedures against their employers to protect their rights as this will most likely cause them their job,⁵⁷ one thing that TNCs can do is to try to reach out to workers directly by establishing complaint procedure within the company as an operational-level non-judicial grievance mechanism⁵⁸ and inform the workers about the procedure. Just like the other HRDD steps, collaboration with civil society organizations can facilitate the workers' access to the procedure by providing them with necessary information on the procedure and helping them in accessing it. Such a complaint mechanism will not only constitute a way to remedy abuses that Syrian employees working illegally in the RMG sector, but also empower the workers and give them a chance to raise their voices.

CONCLUSION

In this article, we argued that there is a large number of the Syrian refugees working in the Turkish RMG sector without official work permits and in very poor working conditions. Yet, since the sector is primarily export-oriented and the footprint of TNCs is large in it, these TNCs can have a considerable positive impact on the conditions of the Syrians. It is in their capacity to facilitate notable improvements in these conditions by thoroughly conducting HRDD over their supply chains in Turkey.

9-year civil war in Syria left millions of people displaced and many of them ended up in Turkey. Although, through its open-door policy, Turkey let millions of refugees in the country, regulations are lagging behind the realities. The number of Syrians who obtained work permits and, consequently, the participation rate of Syrians in the legal work force in Turkey are still at very low levels. On the other hand, the Turkish government needs to consider protection of its labor market and balance economic and social considerations when issuing work permits to foreigners since the unemployment rates have already been high.⁵⁹ Most of all, if

⁵⁶ MYERS, Caysie, "Challenges and Opportunities for Syrian Refugees Working in Turkey" <https://www.turkheritage.org/en/publications/analysis-by-tho-contributors-and-liaisons/challenges-and-opportunities-for-syrian-refugees-working-in-turkey-3234> Access Date: 24.11.2020.

⁵⁷ FAEK.

⁵⁸ UNGPs, Principle 29.

⁵⁹ OECD, "Turkey" <https://data.oecd.org/turkey.htm>, Access Date: 24.11.2020.

the deteriorating and increasingly delicate economic conditions in Turkey are considered, it is possible that issuing work permits to Syrian refugees in large numbers might have greater economic impacts.

While lacking basic vocational trainings, experiencing language and cultural barriers and not accurately knowing their legal rights, the Syrian refugees in Turkey are compelled to work irregularly, without any social security, for excessive hours and very low salaries and in labor intensive sectors such as construction, agriculture and textile. As has been demonstrated in this study by presenting certain challenges the Syrians are faced with in the Turkish RMG sector and their experiences, it becomes clear that the current temporary protection status is insufficient in the face of the societal and legal realities. It simply does not enable them to have a healthy and ordinary living and working conditions.

One of the problems the refugees encounter is the reluctance on the part of many employers to apply for work permits for Syrians. Additionally, the process of issuance of work permits for Syrian refugees that will allow them to work legally has its flaws. For instance, the existence of upper limits concerning the time period for which the work permits can be extended, Syrian worker quotas introduced on a workplace-basis or the prohibition on foreigners to work in certain sectors can lead these people either to work informally or under indecent working conditions. Similarly, the temporary protection status assigned to the refugees cannot alleviate their vulnerability and protect them from exploitation in workplace. Some legal requirements are based on legitimate grounds, such as the knowledge of Turkish for certain jobs and certificates or payment of the work permit application fee by employers. However, they can cause problems for Syrian refugees, even for the ones with legal work permits and these problems continue to beg for solutions.

In this respect, under the international human rights law and especially the newly flourishing field of business and human rights, there can be some responsibilities falling on TNCs that source from the Turkish RMG sector towards the Syrian refugees working in their supply chains. HRDD responsibilities of these companies over their global supply chains can easily come into question with respect to the protection of labor rights of Syrian refugees. In this regard, such TNCs need to assume responsibility to protect the labor rights of Syrian refugees working in their supply chains without an official work permit by conducting due diligence as prescribed by the UN Guiding Principles and OECD MNE Guidelines. Although these are not legally-binding standards, companies can still voluntarily prefer to comply with them and they have to do so if they want to avoid causing, contributing to or being directly linked labor rights violations committed against Syrian workers in the informal sector.

Depending on the context, what TNCs can do for the protection of labor rights of throughout their global supply chains might vary fundamentally. As for the TNCs sourcing from the Turkish RMG sector, they can achieve an important step to

fulfill their responsibility to respect human rights and perform due diligence if they follow the recommendations proposed here. However, it is worth noting that the actions that companies can take with respect to each step of the HRDD are not limited to the recommendations in this paper and companies still need to constantly review their HRDD practices according to the changing circumstances and contexts.

As a final remark, it should be noted that what is argued in this article is by no means that the Syrian refugees in the Turkish RMG sector should be provided with more favorable conditions than their Turkish counterparts. What the TNCs could do for the Syrian refugees will also work for the Turkish employees working in their supply chains. If they do integrate HRDD in their supply chain policies, also Turkish employees will certainly benefit from this. Yet, given the more precarious and insecure working conditions of the Syrian refugees, the benefits they can reap from such a policy integration by the TNCs will most likely be greater than their counterparts.

EK BEYAN

Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı ve atışma Beyanı

Yazar Katkı Oranları

Yazarlar çalışmaya eşit oranda katkı sağlamıştır.

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tım s urelerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

ıkar atışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar atışması bulunmamaktadır.

BIBLIOGRAPHY

BHRCC, “Syrian refugees in Turkish garment supply chains: An analysis of company action to address reports of serious exploitation & abuse”, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/160131%20Syrian%20Refugee%20Briefing%20FINAL.pdf>, Access Date: 24.11.2020.

BSR, “Conducting an Effective Human Rights Impact Assessment Guidelines, Steps, and Examples”.

BUSINESS SOCIAL COMPLIANCE INITIATIVE AND FOREIGN TRADE ASSOCIATION, “Guidance Document: Syrian Nationals Working in Turkish Supply Chains”, https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Guidance-Documents-Syrians-in-Turkey_FINAL_ENG.PDF, Access Date:: 24.11.2020.

CARO, Luis Pinedo, "Türk İşgücü Piyasasında Suriyeli Mülteciler", **ILO**.

CERİTOĞLU, Evren/ GÜRCHAN-YÜNCÜLER, Hatice Burcu/ TORUN, Huzeyfe and TÜMEN, Semih, “The Impact of Syrian Refugees on Natives' Labor Market Outcomes in Turkey: Evidence from a Quasi-Experimental Design” **TCMB Working Paper No: 17/05**.

CILGA, Melih, “Syrian Refugees and NGOs in Turkey” <https://graphcommons.com/graphs/a5f158c2-9d58-4745-9fe5-97bc9d86dac4>, Access Date: 24.11.2020.

DİNÇEL, Gülay, “Textile and RMG – Memo”, http://www.tskb.com.tr/i/content/729_1_Tekstil_Giyim_Bilgi_Notu_Kasim_2014.pdf, Access Date: 24.11.2020.

DURAN, Aslı/ TEMİZ DİNÇ, Dilek, "The State of The Turkish Textile and Ready-Wear Industries", **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Vol.5, Issue 3, Pp.505-519.

ERAI TURKEY, BUSINESS DEVELOPMENT & MANAGEMENT, "Textile Industry in Turkey in 2020", <https://eraiturkey.com/news/textile-industry-in-turkey-in-2020/>, Access Date: 29.12.2020.

ERASLAN, İ. Hakkı/ BAKAN, İsmail and HELVACIOĞLU-KUYUCU, Aslı Deniz, “Türk Tekstil ve Hazırgiyim Sektörünün Uluslararası Rekabetçilik Düzeyinin Analizi“, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Vol.7, Issue 13, Pp.265-300.

ERMAĞAN, İsmail/ KARCI, Aybars, “Neorealizm ve Neoliberalizm Kuramlarının Güvenlik Yaklaşımları ve Arap Devrimlerinde Suriye Politikaları”, **Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Kuramları ve Sorunlarına Temel**

Yaklaşımlar, Ed: Sibel TURAN and Nergiz ÖZKURAL KÖROĞLU, London, Transnational Press, 2017.

EROL, Ertan et.al. "Inclusion Process of Syrian Refugees to Turkish Labor Market and Their Impacts", https://www.academia.edu/34930885/Suriyeli_G%C3%B6%C3%A7men_Eme%C4%9Fi_%C4%B0stanbul_Tekstil_Sekt%C3%B6r%C3%BC_Ara%C5%9Ft%C4%B1rmas%C4%B1, Access Date: 24.11.2020.

FAEK, Rasha, "Turkey Sends Mixed Signals to Syrian Job Seekers", **Al-Fanar Media** <https://www.al-fanarmedia.org/2017/02/turkey-sends-mixed-signals-syrian-job-seekers/> Access Date: 24.11.2020.

FAIR WEAR FOUNDATION, "Country Study - Turkey", <https://www.fairwear.org/programmes/countries/turkey/>, Access Date: 29.12.2020.

ILO, "ILO welcomes the introduction of work permits for refugees in Turkey", http://www.ilo.org/ankara/news/WCMS_444117/lang--en/index.htm, Access Date: 24.11.2020.

KAYA, İbrahim/ YILMAZ EREN, Esra, **Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri**, Istanbul: Seta 2015.

KINGSLEY, Patrick, "Fewer than 0.1% of Syrians in Turkey in line for work permits" **The Guardian**, 11 April 2016. <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/11/fewer-than-01-of-syrians-in-turkey-in-line-for-work-permits>, Access Date: 24.11.2020.

LBF PARTNERS | HUKUK VE DANIŞMANLIK, "Yabancıların Çalışma İzinleri ve Güncel Mevzuat", <http://www.lbfpartners.com/tr/yayin/yabancilarin-calisma-izinleri-ve-guncel-mevzuat.html>, Access Date: 29 December 2020.

LEGHTAS, Izza/ HOLLINGSWORTH, Ann "I Am Only Looking for My Rights': Legal Employment Still Inaccessible for Refugees in Turkey", <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Turkey%2BReport%2BFinal.pdf>, Access Date: 24.11.2020.

IEH-ETHICAL TRADING INITIATIVE, "A Guide to Human Rights Due Diligence in Global Supply Chains", http://www.ajsosteniblebcn.cat/human-rights-due-diligence-in-global-supply-chains_28919.pdf, Accessed 24.11.2020.

INGEV, "Syrian Refugee Livelihood Monitor-Summary Assessment", <http://ingev.org/wp-content/uploads/2017/07/Syrian-Refugee-Livelihood-Monitor-Summary-Assessment.pdf>, Access Date: 24.11.2020.

ISTANBUL TEXTILE AND APPAREL EXPORTER ASSOCIATIONS, "Turkish Suppliers of Foreign Brands",

https://www.itkib.org.tr/files/downloads/dis_ticaret/ihracat_rehberi/markalar_mu_messiller/yabanci_marka_firmalar.xls, Access Date: 29 December 2020.

MÜLTECİLER DERNEĞİ, “Number of Syrian Refugees with Official Work Permits”, <http://multeciler.org.tr/turkiyede-calisma-izni-verilen-suriyeli-sayisi/>, Access Date: 24.11.2020.

MYERS, Caysie, “Challenges and Opportunities for Syrian Refugees Working in Turkey” <https://www.turkheritage.org/en/publications/analysis-by-tho-contributors-and-liaisons/challenges-and-opportunities-for-syrian-refugees-working-in-turkey-3234> Access Date: 24.11.2020.

OECD, “Guidelines for Multinational Enterprises”, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>, Access Date: 29.12.2020.

OECD, “Turkey” <https://data.oecd.org/turkey.htm>, Access Date: 24.11.2020.

OHCHR, “Corporate Human Rights Due Diligence”, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/CorporateHRDueDiligence.aspx>, Access Date: 29.12.2020.

OLCAY, Gulsen Pelin, “Dynamics That Form the Geography of International Production of Apparel Industry and Effects of These Dynamics on Istanbul”, **Journal of Planning**, Vol.23, Issue 1, Pp.26-34.

SHIFT, OXFAM AND GLOBAL COMPACT NETWORK NETHERLANDS, “Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies”, 23.

TOPAL, Mehmet Hanefi/ ÖZER, Ufuk and DOKUZLU, Emrah, “Public perception of Syrian refugees in Turkey: an empirical explanation using extended integrative threat theory” **Problemy Polityki Społecznej**, Vol.38, Pp.35-58.

UN, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, Accessed 24.11.2020.

UNHCR, “Situation Syria Regional Refugee Response”, <https://data2.unhcr.org/en/situations/syria/location/113>, Access Date: 24.11.2020.

UNHCR, “States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol”, <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>, Access Date: 24.11.2020.

UNHCR, “Syria Emergency”, <http://www.unhcr.org/syria-emergency.html>, Access Date: 24.11.2020.

YILDIZ, Tuğba/ YILDIZ, İbrahim, “Suriyelilerin Türkiye Ekonomisinde Kayıt Dışı İstihdama Etkileri ve Bunun Yansıması Olarak Türkiye’ye Maliyetleri Üzerine Bir İnceleme”, **İktisadi, İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi**, Vol. 2, Issue 3, Pp.30-46.

ZETTER, Roger/ RUAUDEL, Héloïse, “Refugees’ Right to Work and Access to Labor Markets – An Assessment - Part II: Country Cases” **KNOMAD**

TAŞIMA İŞLERİ ORGANİZATÖRÜ'NÜN KARAYOLU TAŞIMACILIĞINDAKİ ROLÜ VE CMR SİGORTA SÖZLEŞMESİ

Doç. Dr. Hacı KARA¹

Öz

Taşımacılık ve lojistik sektörü, uluslararası ticaretin vazgeçilmez ana unsurudur. Çünkü taşımacılık ve lojistik sektörü olmasaydı, uluslararası ticaret bu denli geniş kapsamlı olarak icra edilemeyecek ve küresel ticaret bu denli gelişmeyecekti.

“Taşıma İşleri Organizatörü (TİO)” olarak adlandırılan ve Türk Ticaret Kanunu’nda “Taşıma İşleri Komisyoncusu” olarak düzenlenen, taşımanın ifasında aracı olarak faaliyet gösteren kişidir. Onu, farklı kılan faaliyet alanının Taşıma İşleri Komisyoncusundan çok daha fazla ve geniş olması değil; uluslararası lojistik ve taşımacılık sektörünün en önemli ve vazgeçilmez bir aktörü olmasıdır.

Uluslararası rolünün önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, Taşıma İşleri Organizatörünü ayrı bir Yönetmelik ile düzenlemeyi tercih etmiştir. Karayolu, demiryolu, denizyolu veya havayolu ile yapılan taşımacılıkta ve/veya kombine taşımacılık alanında faaliyet gösteren taşıma işleri organizatörlerinin, hizmet esasları ve koşullarının belirlenmesi ile bu faaliyetlerde bulunanların, yük alıcılarının ve gönderenlerin hak, sorumluluk ve yükümlülüklerini tespit etmek; taşıma türlerinin birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini, denetimini ve mevcut imkânların daha yararlı bir şekilde kullanılmasını temin etmek; etkin hizmet temini için gerekli olan düzeyde bir profesyonel eğitim ve denetim sistemi geliştirmek, taşıma işleri organizatörlerinin ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olarak faaliyet göstermelerini sağlamak amacı ile “Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği” yürürlüğe konulmuştur.

Bu Yönetmeliğin 19 uncu maddesine göre, Taşıma İşleri Organizatörünün organize ettiği taşımacılık hizmetlerinde, gönderen ve alıcı, sigorta zorunluluğu kendisinde olan teslim şekilleri çerçevesinde taşıttığı yüke ilişkin sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Sigorta zorunluluğu olmayan teslim şekilleri için tüm risk ve sigorta yaptırma sorumluluğu gönderen ve alıcıya aittir. Taşıma işleri organizatörü, organize ve taahhüt ettiği taşımadan doğan sorumluluklar için “taşıyıcı sorumluluk sigortası” yaptırmak zorundadır.

¹İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-8255-6277, haci.kara@medeniyet.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.12.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.01.2021

Bu makaleye atıf için; KARA, Hacı, “Taşıma İşleri Organizatörü’nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi”, **İMİHD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 21-47.

KARA/ Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi

Yönetmelik hükmü ile zorunlu hale getirilen bu sigorta ile, Taşıma İşleri Organizatörü üstlendiği rizikolara karşı sigortalanmaktadır. Taşımanın uluslararası nitelikte olması halinde ise CMR Sözleşmesinden kaynaklanan taşıyıcı sorumluluklarının karşılanması, güvence altına alınması gerekmektedir.

Bu çalışmada zorunlu sigortaya, Taşıma İşleri Organizatörünün yurtdışı karayolu taşımacılığı için akdettiği CMR sigorta sözleşmesine dair genel esaslar anlatılacak, ancak CMR Konvansiyonunun sorumluluğa dair hükümleri çalışmamızın kapsamı dışında bırakılacaktır.

Anahtar Kelimeler: CMR Konvansiyonu, taşıma işleri organizatörü, CMR sigortası, zorunlu sigorta, taşıyıcı sorumluluk sigortası.

THE ROLE OF FRIGHT FORWARDER IN ROAD TRANSPORT AND THE CMR INSURANCE AGREEMENT

Abstract

The transportation and logistics sector is an indispensable element of international trade. Because, without the transportation and logistics sector, international trade would not be carried out in such a wide scope and global trade would not have developed this much.

It is the person who is called the Transport Affairs Organizer (TAO) and regulated as "Freight Forwarder" in the Turkish Commercial Code and acts as an intermediary in the performance of the transport. It is not that the field of activity that makes it different is that it is much larger and larger than the Transport Affairs Broker; is the most important and indispensable actor of the international logistics and transportation industry.

Considering the importance of its international role, the legislator chose to regulate the "Transport Affairs Organizer" with a separate Regulation. Determining the service principles and conditions of the Transport Affairs Organizers, which are operating in the transport by road, railway, seaway or air and/or in the field of combined transport, and determining the rights, responsibilities and obligations of those engaged in these activities, sender (shippers) and receiver (consignees); to ensure that modes of transport serve together and complement each other, control and use the available facilities in a more beneficial way; in order to develop a professional training and supervision system at the level required for effective service provision and to ensure that the transport affairs organizers operate in accordance with national and international legislation, the "Transport Affairs Organization Regulation" has been put into effect.

According to the 19th article of this Regulation, in the transportation services organized by the Transport Affairs Organizer, the sender and the receiver are obliged to insure the cargo they have transported within the framework of the delivery methods under the insurance obligation. For delivery methods that do not

require insurance, all risk and insurance liability belongs to the sender and the buyer. The Transport Affairs Organizer has to take out "carrier liability insurance" for the liabilities arising from the organized and committed transport.

With this insurance, which is made compulsory by the provision of the Regulation, the Transport Works Organizer is insured against the risks it undertakes. If the transport is of international nature, the carrier liabilities arising from the CMR Convention must be met and secured.

In this study, the general principles of the CMR insurance contract concluded by the Transport Affairs Organizer for overseas road transport will be explained to the compulsory insurance, but the provisions of the CMR Convention on liability will be excluded from the scope of our study.

Keywords: CMR Convention, freight forwarder, CMR insurance, compulsory insurance, carrier liability insurance.

GİRİŞ

Taşımacılık karayolu, denizyolu, havayolu ve demiryolundan birisi ya da birkaçı tercih edilerek yapılmaktadır. Rusya ve Almanya gibi bazı ülkelerde içsuyolu taşımacılığı da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bunların seçiminde ise maliyet, mekân, zaman ve diğer imkanlar etken olmaktadır.

Türkiye içerisinde yapılan karayolu taşımalarında Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)² Dördüncü Kitabında, Taşıma İşlerine dair hükümler ile diğer mevzuat hükümleri uygulanır. Uluslararası taşımalarda ise "Eşyaların Karayolunda Uluslararası Taşınması İçin Sözleşmeye İlişkin Konvansiyon (Sözleşme)"³ uygulanmaktadır⁴. Gerek doktrin gerekse uygulamada Sözleşmeyi ifade etmek

² 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı Kanun 14.02.2011 T. ve 27846 S. RG'de yayımlandıktan sonra 1534 üncü madde gereğince 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Cenevre'de dokuz Avrupa Ülkesi (Avusturya, Fransa, Lüksemburg, Polonya, İsveç, İsviçre, Almanya, Hollanda ve eski Yugoslavya) tarafından imzalanan CMR Sözleşmesi 19 Mayıs 1956 tarihidir ve aynı yılın Ağustos ayında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne sunulularak imzaya açıldı. Bu Konvansiyona bu gün, Arnavutluk, İrlanda ve Kıbrıs dışında bütün Avrupa ülkeleri üyedir. Onaylayan veya katılan ülkelerin tamamlanması yani Avusturya, Fransa, İtalya, Hollanda ve Yugoslavya olmak üzere 5 devletin onay belgelerini tevdi etmesi ile 02.07.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Fransızca adı "Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route" Sözleşmenin İngilizce adı "Convention on the Contract for the international carriage of the Goods by Road"dur.

⁴ 7.12.1993 tarih ve 3939 sayılı kanunla katılmamız uygun bulunan 19 Mayıs 1956 tarihli CMR Sözleşmesi'nde (RG: 14.12.1993 ve 21788 S.), 5 Temmuz 1978 tarihli protokolle değişiklik yapılmış, bu protokole de 02.12.1994 tarih ve 94/6322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG: 04.01.1995 ve 22161 S.) ile katılmamız uygun bulunmuştur. Protokolde 20 Şubat 2008 tarihinde değişiklik yapılmıştır. 2008 Protokolü 5 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü de 31 Ocak 2008 tarihinde kabul etmiştir. CMR Sözleşmesi m. 51: "...İngilizce ve Fransızca dillerinde tek bir nüsha olarak ve her metin eşit derecede geçerli olmak üzere düzenlenmiştir." Buna göre Fransızca ve İngilizce metinler birbirine eşdeğer metinler birbirine eşdeğerdir. CLARKE Malcolm A., **International Carriage of Goods By Road: CMR**, 3rd Ed., Sweet&Maxwell, London, 1997, s. 20.

üzere Fransızca metninde kullanılan “Sözleşme, Eşya ve Karayolu” kelimelerinin baş harfleri kısaltılmak suretiyle “CMR Sözleşmesi (Konvansiyonu)” adı, kullanılmaktadır. CMR Sözleşmesinin kendisi bir sigorta değil, uluslararası karayoluyla mal taşınmasında hakları ve yükümlülükleri belirleyen Birleşmiş Milletler Örgütü'nün yönetim ve gözetiminde uygulaması sağlanan çok uluslu bir anlaşmadır.

Taşıyıcının, CMR uyarınca, imzalanan taşıma sözleşmelerine göre taşıma için devralınan mal sahibine karşı sorumluluk sigortalanabilmektedir⁵. Sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder (TTK m. 1473/1). Bu sigorta, yurtiçi ve yurtdışı taşımacılık için geçerlidir. Sigortalının talebi üzerine teminat sadece yurtiçi taşımacılık için de çıkarılabilir. Özellikle, taşımacının lehinde sigorta tazminatı veya diğer herhangi benzer madde veya kanıtlanma zorunluluğunu değiştiren herhangi bir madde geçersiz ve hükümsüzdür (CMR m. 41/2).

Bu çalışmada her ne kadar dünya taşımacılık ve lojistik uygulamasında “Freight Forwarder” kavramı yaygın olarak kullanılmakla birlikte, bu çalışmada Yönetmelikte kullanılan ifadeye uygun olarak “Taşıma İşleri Organizatörü” terimini kullanacağız.

A. TAŞIMA İŞLERİ ORGANİZATÖRÜ

I. GENEL OLARAK

Taşıma işleri organizatörü (TİO) asıl olarak, yükünü taşımak isteyen kişiler ile taşıyan (taşıyıcı), işleten veya kiralayan sıfatına sahip deniz, hava, kara veya demiryolu taşımacılığı yapan kişiler veya bunların acenteleri ile yük alıcısı (gönderilen) arasında yükün taşınmasında, taşıma aracısı olarak faaliyet göstermektedir.

TİO, bu hizmetlerin yerine getirilmesinde genellikle deniz, hava, kara ve demiryolu taşımacılığı yapan işletmelerin servislerinden yararlanmaktadır. Yani taşımaya aracılık yapmaktadır. Bununla birlikte bazen de bu hizmetleri bizzat kendi araç ve imkânları ile yerine getirmektedir. Bir diğer ifadeyle taşımayı taahhüt etmektedir. Bu takdirde bizzat taşıyıcı (taşıyan) sayılmaktadır.

⁵ Geniş bilgi için bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 300 vd., KAYIHAN, Şaban/GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. B., Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s. 94 vd., KENDER, Reyagan, **Türkiye Hususi Sigorta Hukuku**, 16. B., Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2017, s. 211 vd., ÖZDAMAR, Mehmet/DOĞAN, Burak, **Sigorta Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 121 vd., ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Zarar Sigortaları Madde 1453-1486**, C. II, 1. B., Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016, s. 263 vd.

TİO'lar taşımacılık ve lojistik sahasında; aracılık, faaliyetleri, taşımacılık, danışmanlık, gümrükleme ve diğer benzeri faaliyetlerde bulunur. Özellikle konteyner taşımacılığında faaliyet gösterirler. “Uluslararası Taşıma Acenteleri Birliği Federasyonu (FIATA)”⁶ tarafından hazırlanan “FIATA Freight Forwarding Hizmeti Tip Sözleşmesi”ne göre TİO; *“müşteri ile Freight Forwarding hizmetine dair sözleşme yapan kişi (m. 2/2.2)”. Freight Forwarding hizmeti; “eşyanın taşınması, konsolidasyonu, depolanması, elleçlenmesi, paketlenmesi veya dağıtımına dair her türlü hizmetin yanı sıra, gümrük ve vergi konuları ile eşyanın resmi amaçla beyan edilmesi, sigortalanması, eşyaya dair belgelerin tedariki veya bedelinin tahsili dâhil, ancak bunlarla sınırlı olmayan yardımcı ve danışmanlık hizmetidir (m. 2/2.1)”*.

II. TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLEME

Türk Hukukunda taşımaya dair hükümler TTK 4 üncü Kitap, Altıncı Kısım 917-930 uncu maddeler arasında yer alan taşıma işlerine dair hükümler ve 5 inci Kitapta 940-1400 maddeler arasında deniz ticaretine dair hükümler ve ilgili mevzuatta (Karayolu Taşıma Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun, Sivil Havacılık Kanunu gibi) yer almaktadır.

TİO ya da taşıma işleri organizatörüne dair düzenleme, TTK 917-930 uncu maddeler (taşıma işleri komisyoncusu) ve “Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği (TİOYön)” ve diğer mevzuat (Karayolu Taşıma Yönetmeliği)⁷ hükümleriyle yapılmıştır⁸. Benzer bir düzenleme KTY’de⁹ yapılmıştır. Ancak da TİOYön geçici 3/3 inci madde uyarınca, TİOYön’ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleştirilen yeni başvurularda ve yetki belgesi değişimlerinde TİOYön hükümleri esas alınmaktadır.

TTK’ya göre taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın taşınmasını bizzat üstlenebilir. Bu hakkını kullanırsa, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden bizzat taşıyıcı (taşıyan) sayılır. Bu durumda, kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteyebilir. Ücret olarak taşıma giderlerini de içeren tek bedel kararlaştırılmışsa, taşıma işleri komisyoncusu, taşımaya ilişkin olarak, taşıyıcının veya taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Bu durumda

⁶ FIATA International Federation of TİOs Associations, <http://fiata.com/>, Erişim tarihi: 29.12.2020.

⁷ RG: 08.01.2018 T. ve 30295 S.

⁸ RG: 06.07.2018 T. ve 30470 S. Bu Yönetmelikte 31.12.2018 T. ve 30642 (4. Mükerrer) S. RG’de yayımlanan Yönetmelikle değişiklik yapılmıştır.

⁹ KTY m. 4/1(ğğ): Taşıma işleri organizatörü: Kanun, bu Yönetmelik ve ilgili diğer mevzuatın taşımacılık sıfatı ile faaliyet gösterenlere getirdikleri yükümlülük ve sorumluluklar çerçevesinde taşımacı kabul edilerek, bu Yönetmeliğe göre eşya taşımacılığı alanında yetki belgesi almış gerçek ve tüzel kişiler ile uluslararası anlaşmalara uygun olmak şartıyla, eşya taşımacılığı alanında faaliyet gösteren yabancı plakalı taşıtların imkan, kabiliyet ve kapasiteleri ile gerektiğinde diğer taşıma türlerinden de yararlanarak veya bunları kullanarak kombine taşımacılık dahil kendi nam ve hesabına eşya taşınması yaptırarak taşıma faturası düzenleyen gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.

komisyoncu, giderlerin ödenmesini, ancak bunun olağan olduğu hâllerde isteyebilir¹⁰.

TİÖYön amacı, “*Karayolu, demiryolu, denizyolu veya havayolu taşımacılığında ve/veya kombine taşımacılık alanında faaliyet gösterecek taşıma işleri organizatörlerinin hizmet esasları ve koşullarının belirlenmesi ile bu faaliyetlerde bulunanların, alıcıların, gönderenlerin hak, sorumluluk ve yükümlülüklerini tespit etmek; taşıma türlerinin birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini, denetimini ve mevcut imkânların daha yararlı bir şekilde kullanılmasını temin etmek; etkin hizmet temini için gerekli olan düzeyde bir profesyonel eğitim ve denetim sistemi geliştirmek, taşıma işleri organizatörlerinin ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olarak faaliyet göstermelerini sağlamaktır*” (TİÖYön m. 1).

Bu yönetmeliğin olumlu yönlerinden biri sektöre eğitim alma zorunluluğu getirmiş olmasıdır. Böylelikle mesleğe hakim olan ve eğitilmiş çalışanların sektöre kazandırılmasına çalışılmıştır. Taşıma türlerinin birbirleriyle iç içe hizmet vermesini sağlayarak, sektör için gerekli hizmet altyapısı oluşturulmuştur. TİÖYön'e göre:

1- Taşıyıcı

Taşıyıcı¹¹ ticarete konu olan yükü taşımayı kabul eden ve bu yükün belli bir çıkış noktasından başka bir varış noktasına taşınmasını sağlayarak alıcıya teslim eden ilgili mevzuat uyarınca yetki belgesi veya faaliyet iznine sahip gerçek ve tüzel kişilerdir.

2- Gönderen

Gönderen kendi adına veya bir üçüncü şahıs adına yükü gönderen işletmeyi, ayrıca, taşıma işlemi bir taşıma sözleşmesine bağlı olarak yürütülüyorsa, sözleşmede “gönderen” olarak belirtilen kişidir¹².

¹⁰ KARA, Hacı, “Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2006, C. 4, S. 37, s. 86, KULA DEĞİRMENÇİ, Nil, “Türk Ticaret Kanunu ile Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği'nin İlgili Hükümleri Işığında Taşıma İşleri Komisyonculuğu”, **Batider**, Y. 2019, C. 35, S. 1, s. 44, AKDENİZ Umut, “Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği Hakkında Bir Değerlendirme”, **TFM**, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 146.

¹¹ TİÖYÖN taşımacı olarak adlandırmaktadır. “Taşıma işlerinin taşıyıcı tarafından üstlenilmesi” ise, taşıyıcının, yolcu ve eşyayı, kendi gözetimi ve sorumluluğu altında taşıma mesafesi boyunca götürmesidir. Taşıyıcının bu sıfatı kazanabilmesi için taşıma işini bizzat yapıp yapmamasının bir önemi yoktur²⁶. Taşıma fiilini bir yardımcı ya da alt taşıyıcı kullanarak da gerçekleştirebilir. ÇİFTÇİ Tuğba, **CMR Sigortasında Himaye**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi, Erzurum 2009, s. 9, KARGI Ayşegül Gizem, **CMR Sigortası**, Yayınlanmamış YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2011, S. 31.

¹² Taşıma sözleşmesinin diğer tarafında taşıtan (gönderen) bulunmaktadır. Taşıtan, kendi adına taşıma sözleşmesini akdeden ve eşyayı teslim eden kişidir. Taşıtan taşıyan eşyanın sahibi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. ÇİFTÇİ, s. 10.

3- Alıcı

Alıcı Taşıma belgesine göre yükün alıcısı veya taşıma belgesi hükümlerine uygun olarak alıcı tarafından atananlar veya taşıma sözleşmesi/belgesi olmadan yürütülen taşımalarda ise yükün varış noktasında idaresini üstlenen gerçek veya tüzel kişilerdir¹³.

4- Taşıma işleri organizatörü (TİO)

Yönetmelikte taşıma işleri organizatörü (TİO); “Yük taşımacılığı alanında ilgili mevzuat uyarınca yetki belgesi veya faaliyet izni almış gerçek veya tüzel kişilerin imkân, kabiliyet ve kapasitelerini kullanarak kendi nam ve hesabına yük taşıması yaptırarak taşıma faturası/sözleşmesi düzenleyen, taşıma ile ilişkili depolama, paketleme, etiketleme, ambalajlama, sipariş yönetimi, gümrük, sigorta, dağıtım vb. lojistik işlemleri gerçekleştiren bir veya birden fazla taşıma türü kullanarak taşımacılık ve lojistik hizmetlerini sunmayı meslek edinen ve Bakanlıkça yetki belgesi verilen gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır [TİOYön m. 4/1(1)].

Buna göre TİO, kendi nam ve hesabına yük taşıtabilir, bununla ilgili sözleşmesi ve taşıma faturası düzenleyebilir, ayrıca söz konusu taşıma ile ilgili; depolama, paketleme, etiketleme, ambalajlama, sipariş yönetimi, gümrük, sigorta, dağıtım vb. lojistik işlemleri yapabilir. Bunlar sınırlı sayıda değildir. Uygulamaya göre yapılacak faaliyetleri sayısını artırmak mümkündür.

III. TAŞIMA İŞLERİ ORGANİZATÖRÜ’NÜN HİZMET TÜRLERİ

Tüm dünya uygulaması göz önünde bulundurularak TİO’nun yaptığı hizmetleri şu şekilde özetleyebiliriz: Müşterinin ihtiyaçlarına uygun olarak eşyanın karayolu, demiryolu, havayolu veya denizyoluyla taşınması için üçüncü kişilerle bağlantı kurmak ve özellikle değeri düşük eşyanın taşınması için en uygun taşıma araçlarından bir kombinasyon yapmak, eşyanın bozulma veya tehlike gibi özelliklerini, maliyet, taşıma süresi ve güvenlik gibi faktörleri dikkate alarak taşıma için en uygun rotayı araştırmak ve planlamak, yükletenin talebi üzerine taşıyanla görüşerek rezervasyon yapmak, acilen gönderilmesi gereken veya değeri yüksek eşya için havayolu ayarlamak, kapıya (*door to door*) taşımalarda risk yönetimini üstlenmek, büyük hacimli, standart dışı ya da program harici olarak, eşyanın deniz veya havadan taşınması için uygun gemi ve uçak kiralamak, farklı ülkelerde bulunan müşterilerin anlaşmalarına broker gibi aracılık yapmak, ülkelerin değişik ve karmaşık nakliye prosedürleri arasından seçim hususunda mümkün olduğunca hızlı ve güvenilir rehberlik yapmak, yabancı ithalat rejimi hakkında bilgi vermek, paketleme, markalama ve etiketleme hakkında yol göstermek, talep halinde sigorta konusunda yardımcı, bulunmak, sigortacı ayarlamak veya eşyanın sigortalmasını sağlamak, iklim, yer, ağırlık, eşyanın özelliği ve değerini göz önünde bulundurularak eşyanın en uygun şekilde

¹³ Gönderilen, taşıma işinin ifası sonucunda taşınan eşyaların teslim edileceği kişidir. Gönderilen, sözleşmenin tarafı değildir. ÇİFTÇİ, s. 10.

paketlenmesi ve dağıtımını düzenlemek, varış yerinde ardiye bulmak, müşterinin taleplerine uygun olarak sigorta, paketleme şartları ve eşyanın gönderileceği ülkelerin mevzuatına ve mali sistemlerine uyan belgeleri temin etmek, ihracat dokümanlarını müşteri adına hazırlamak veya müşterinin hazırladığı belgeleri kontrol etmek, ihracatçının isteği üzerine eşyayı paketlemek veya konteynıra yerleştirmek ve ihracat işlerini tamamlamak, uygun teknolojik çözümler ve elektronik bilgi transferi bağlantıları önermek ve gerektiğinde bilgileri internet veya uydu sistemlerini kullanmak suretiyle göndermek, navlun ve diğer masrafları ödemek veya ödemeleri müşteri adına tahsil etmek, gıda, hayvan, tıbbi malzeme ve diğer kırılabilir hassas ve nitelikli eşyanın taşınması için özel düzenlemeler yapmak, verilen sürede taşımanın gerçekleşmesini sağlamak için müşteri, taşıyan, alıcı karşı taraf ve diğer üçüncü kişilerle sürekli koordine ve yakın işbirliği içerisinde bulunmak, lojistik ve tedarik zinciri yönetim çözümleri, öngörülebilir devamlılık sağlamak ve rapor, istatistik ve maliyet birimi analizi yönetiminin oluşturulması dâhil taşımanın bütün aşamalarını kontrol etmek, müşteriye danışmanlık vermek ve nakliyatı etkileyebilecek ilgili mevzuat, politik durum ve diğer faktörlere dair bilgi akışını sağlamaktır¹⁴.

Yukarıda sayılan bu hizmetlerin yanı sıra, TİO'lar alım-satım sözleşmesinin kurulması aşamasında; navlun fiyatları, liman masrafları, yerel danışmanlık ücretleri, özel bazı dokümanların maliyetleri, sigorta primi ve Taşıma İşleri Organizatörlüğü ücretleri hakkında müşterilerine bilgi verebilmektedirler. Bu bilgiler, yabancı müşterilere verilecek fiyatın, doğru bir şekilde hazırlanmasında oldukça faydalı olmaktadır.

IV. TAŞIMA İŞLERİ ORGANİZATÖRLÜK FAALİYETİ

1- Faaliyette Bulunma Şartları

Karayolu, demiryolu, denizyolu veya havayolu taşımacılığında ve/veya kombine taşımacılık alanında faaliyet gösteren, gerçek veya tüzel kişilerin imkan, kabiliyet ve kapasitelerini kullanarak kendi nam ve hesabına yük taşıması yaptırarak taşıma faturası/sözleşmesi düzenleyen, taşıma ile ilişkili depolama, paketleme, ambalajlama, sipariş yönetimi, gümrük, sigorta, dağıtım vb. lojistik işlemleri gerçekleştiren kişilerin Taşıma İşleri Organizatörü Yetki Belgesi alması zorunludur. Yönetmelikte ayrı bir faaliyet izni düzenlenmediğinden yetki belgesi alınması faaliyet izni için de yeterli olmaktadır.

a) TİO Hizmeti İçin Yetki Belgesi Alma

aa) Yetki Belgesi Alma Şartları

¹⁴ BUGDEN Paul M. **Freight Forwarding And Goods In Transit**, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 1.

Taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetinde bulunacak gerçek ve tüzel kişilerin Bakanlık tarafından verilecek yetki belgesini almaları zorunludur¹⁵. Yetki belgesi almak veya yenilemek için başvuru sahiplerinin şu şartlara sahip olması gerekir:

a) Gerçek kişilerin Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde olması ve Tüzel kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş ve ticaret siciline tescil edilmiş olması,

c) Gerçek kişilerde sahip ve/veya varsa temsil ve ilzama yetkili kişi/kişilerin, anonim şirket statüsündeki tüzel kişiliklerde, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür ile temsil ve ilzama yetkili yöneticilerin, diğer şirket statüsündeki tüzel kişilerde, tüm ortakların ve bu tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili yöneticilerin mesleki saygınlığa sahip olmaları,

ç) Gerçek ve tüzel kişilerin en az, 300.000 Türk Lirası sermayeye olması,

d) Merkez ve/veya şube işyeri adresine sahip olması,

e) Taşıma işleri organizatörü yetki belgesi ücretini ödemiş olması gerekir.

aa) Yetki Belgesinin Yenilenmesi

Yönetmelik kapsamında verilen ve yenilenen yetki belgelerinin süresi 5 (beş) yıldır. Yenileme ücreti o yılın değerlendirme oranına göre belirlenmiş yetki belgesi ücretinin %5'idir. Yetki belgesi sahiplerinin yetki belgesinin geçerlilik süresi bitmeden 60 (altmış) gün önce Bakanlığa yazılı olarak müracaat etmeleri ve başvurunun uygun bulunması halinde yetki belgeleri tekrar düzenlenir. 60 (altmış) günlük süre içerisinde yenilenen yetki belgeleri için, yenilenmiş olan yetki belgesinde kalan süre, yenilenen yetki belgesinin geçerlilik süresine ilave edilir.

Yetki belgesinin geçerlilik süresi bittikten sonra Yetki belgesi sahipleri tarafından yetki belgelerinin yenilenmesi için yetki belgesinin geçerlilik süresinin sona erdiği tarihten itibaren 540 takvim günü içinde Bakanlığa yazılı olarak müracaat edilmesi halinde; yetki belgesi, yenileme ücretinin ödendiği tarih esas alınarak yenilenir. Yenileme ücreti, söz konusu 540 günlük süre içinde ve ödeme tarihindeki geçerli yenileme ücreti olarak ödenmesi şarttır. Bu sürenin aşımı halinde ilgili, yetki belgesi yenileme hakkını kaybeder.

b) Yetki Belgesi Olmaksızın Faaliyette Bulunma

Gemi Acenteleri Yönetmeliği kapsamında yetkilendirilen gemi acenteleri ile SHT 17.6 Talimatı çerçevesinde yetkilendirilen hava yük acenteleri bu Yönetmelik hükümlerine tabi değildir. Ancak taşıma TİO hizmeti yapmadan sadece gemi acentesi olarak faaliyet gösteren firmalar Gemi Acenteleri Yönetmeliği kapsamında yetkilendirilmektedir ve bu yönetmelik hükümlerine tabi değildir. TİO tüzel kişiler sadece denizyolu taşımacılığında faaliyet gösterse dahi bu

¹⁵ Yetki belgesi ücreti 2020 yılı için 183.800 TL'dir. (2018 için 150 bin TL).

yönetmelikle belirlenen şartları ve yükümlülükleri yerine getirerek Belge almak zorundadır.

Bu Yönetmelik ile düzenlenen taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetlerini gerçekleştiren ve/veya gerçekleştirecek gemi acenteleri ile hava kargo acentelerinin bu Yönetmelikle belirlenen şartları ve yükümlükleri yerine getirerek taşıma işleri organizatörlüğü yetki belgesini almaları zorunludur. Denizyolu ve/veya havayolu taşımacılığıyla iştigal eden taşıma işleri organizatörlüğü yetki belgesi sahipleri, ilgili ulusal mevzuatın öngördüğü tüm ilave koşulları yerine getirerek geçerli bir yetki belgesi veya lisans almak şartıyla, gemi acentesi ve/veya hava kargo acentesi olarak da faaliyet gösterebilirler.

KTY kapsamında düzenlenen R1 ve R2 yetki belgeleri, belge üzerinde belirtilen geçerlilik süresi boyunca geçerliliğini korur. TİÖYön'ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçerlilik süresi dolan R1 ve R2 yetki belgeleri, TİÖYön ile düzenlenen taşıma işleri organizatörü yetki belgesi ile değiştirilir. Değiştirilen yetki belgesi ücreti, TİÖYön'de belirlenen yetki belgesi ücreti üzerinden hesaplanan yenileme ücretine tabidir. TİÖYön'ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçerlilik süresi devam eden R1 ve R2 yetki belgesi sahiplerinin hakları, görev, sorumluluk ve faaliyet alanı, belge geçerlilik süresi boyunca KTY hükümlerine tabidir (TİÖYön Geçici m. 1).

Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği DİYY)¹⁶ kapsamında düzenlenen Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği çerçevesinde düzenlenen DD yetki belgeleri, belge üzerinde belirtilen geçerlilik süresi boyunca geçerliliğini korur. TİÖYön'ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçerlilik süresi dolan DD yetki belgeleri, TİÖYön ile düzenlenen taşıma işleri organizatörü yetki belgesi ile değiştirilir. Değiştirilen yetki belgesi ücreti, bu Yönetmelikle belirlenen yetki belgesi ücreti üzerinden hesaplanan yenileme ücretine tabidir. TİÖYön'ün yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçerlilik süresi devam eden DD yetki belgesi sahiplerinin hakları, görev, sorumluluk ve faaliyet alanı, belge geçerlilik süresi boyunca Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği hükümlerine tabidir (TİÖYön Geçici m. 2).

2- Üst Düzey Yönetici / Orta Düzey Yönetici Yetki Belgesi

Taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetinde bulunan kurum ve kuruluşlarda tüzel kişiliği temsil ve ilzam ederek ve/veya bu kişilerin faaliyetlerini fiilen sevk ve idare ederek sürekli ve etkin bir şekilde yöneten şirket müdürü, genel müdür, genel müdür yardımcısı, genel koordinatör, genel sekreter, birim başkanı unvanları ile görev yapan kişilerden en az birisinin Üst Düzey Yönetici (ÜDY) belgesi alması gerekir. TİÖ olarak faaliyet gösteren bir gerçek veya tüzel kişiliğin veya buna ait bağımsız bir birimin taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetlerini sürekli ve etkin bir şekilde sevk ve idare eden sahip, temsile yetkili ortak veya bu bağlamda

¹⁶ RG: 19.08.2016 T. ve 29806 S.

istihdam edilen en az iki kişinin Orta Düzey Yönetici (ODY) belgesine sahip olmaları esastır.

FIATA diploma eğitimi programına katılarak başarılı olan ve diploma almaya hak kazananlar için ayrıca ÜDY ve/veya ODY belgesi aranmaz. Taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetleri ile ilgili yetkilendirilen şirketlerde 3 (üç) yıllık fiili çalışma tecrübesine sahip olanlar eğitim ve sınavdan muafır.

B. CMR SİGORTASI

I. SİGORTANIN DÜZENLENMESİ

1- CMR Sözleşmesi İle Yapılan Düzenleme

Türkiye'nin de taraf olduğu ve uluslararası bir karayolu taşımasında uygulama alanı bulacak olan CMR Sözleşmesinde taşıma sigortası ile ilgili düzenleme yapılmıştır. CMR Sözleşmesi m. 6/2(e) gereğince, gerekli durumlarda sevk mektubu ayrıca “yükün sigorta edilmesine dair göndericinin alıcıya vereceği direktifi” de içerecektir. Ayrıca CMR Sözleşmesi 41/2 inci maddeye göre özellikle, taşımacının lehinde sigorta tazminatı veya diğer herhangi benzer madde veya ispat yükünü (kanıtlama zorunluluğunu) değiştiren herhangi bir madde geçersiz ve hükümsüz olacaktır¹⁷.

Bu hükümler ile isteğe bağlı bir sigorta düzenlendiğini söylemek doğru bir ifade olacaktır. Demek ki CMR Sözleşmesinin uygulama alanı bulunduğu uluslararası karayoluyla yük taşımacılığında göndericinin talimatı ile yük alıcısının taşıma rizikolarına karşı sigorta sözleşmesi yaptırması gerekecektir. Aksi bir durum yani alıcının, göndericiden bunu istemesi de mümkündür. Taraflar arasındaki alım-satım sözleşmesi ve teslim türlerine bakmak gerekecektir. Bu durumda yapılan sigorta sözleşmesinin türü eşyanın taşıma esnasında zarar görmesi halinde sigortalanan bedelin ödenmesini gerektiren bir “mal sigortası” olacaktır¹⁸.

Uygulama¹⁹ ve Yargıtay kararlarına göre²⁰, taşıyıcı ve TİO CMR sigorta sözleşmesi olarak bilinen sigorta ise taşımacının CMR Sözleşmesi 23 üncü maddeden

¹⁷ CMR'ye gelince, 41. maddenin amacının, taşıma sözleşmesinin tarafları arasında tek tip ve sabit bir sorumluluk paylaşımı oluşturmak olduğu söylenmektedir. Bu amaç gerçekleştirilecekse, daha yüksek sigorta primleri yoluyla gönderene veya alıcıya verilen risk payında artışa veya riskin taşıyıcı üzerindeki payında azalmaya neden olursa savunma başarısız olur çünkü taşıyıcının kayıp veya hasara ilişkin sorumluluğu uygulanmaz. CLARKE, s. 351.

¹⁸ TTK m. 1453/1: “Rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunanlar, bu menfaatlerini mal sigortası ile teminat altına alabilirler”.

¹⁹ KAHYA Mehmet, “Taşıyıcının Malî Sorumluluğu ve C.M.R. Sigortaları”, **Reasürör**, S. 39, s. 18, http://www.millire.com/dergi/SAYI_39.pdf, Erişim tarihi: 03.01.2021.

²⁰ Yarg. HGK, T. 18.10.2018, E. 2017/11-108 ve K. 2018/1459 sayılı kararı: Dava, CMR sorumluluk sigortası kapsamında sigortalı bulunan davacının, hukuki himaye teminatı veren sigorta sözleşmesinde taraf olan sigortacı aleyhine, sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan hukuki himaye edimini gereği gibi yerine getirmedeği iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda yazılı gerekçeler ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, TTK'nın 1268. maddesi uyarınca sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tüm istemlerin 2 yıllık

KARA/ Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi

kaynaklanan sorumluluğunu sigorta güvencesi altına alan bir sorumluluk sigortasıdır²¹. Bu tür taşıyıcı sorumluluk sigortalarının, doğrudan doğruya mal sahibini teminat altına alan “Mal Nakliyat Sigortasını” tamamlayıcı bir yönü bulunmakta ise de, esas itibarıyla malın sigortacısının, mal sahibine ödediği tazminattan sonra malın taşıyıcısına rücu ederek onu sorumlu tutmasının sonuçlarına karşı farklı bir güvence sağlamaktadır²².

CMR 23 üncü madde ile sınırlı sorumluluk öngörülmüştür. Sorumluluğun sınırlanmasında menfaati bulunanın, ilk bakışta sorumlu taşımacı olduğu düşünülebilir. Ne var ki, sınırlamadaki asıl beklenti, taşımacıları korumak değil, aksine bunlara sorumluluklarını sigorta edebilecekleri yeknesak bir sigorta bedeli sunmaktır²³.

zamanaşımı süresine tabi olduğu düzenlenmiş olup, somut uyuşmazlıkta, davacı aleyhine açılan ve davacıya hukuki yardım yapılan Paris Ticaret Mahkemesi'nde görülen davanın 10.06.1998 tarihinde karara bağlandığı, bu karar yönünden istinaf yoluna başvurulduğu, Paris İstinaf Mahkemesi'nin 31.01.2001 tarihli kararı ile davacının tazminat ödemeye mahkum edildiği ve bu kararın da 20.02.2002 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Yine, davacının, davalıya gönderdiği Beyoğlu 2. Noterliği'nin 20.02.2002 tarihli 5329 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile Paris İstinaf Mahkemesi'nce hüküm altına alınan tazminatın davalı tarafça ödenmesi gerektiğinin belirtildiği, ihtarnamenin 26.02.2002 tarihinde davalıya tebliğ edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, eldeki davanın 29.12.2006 tarihinde açıldığı, hukuki yardım sağlanan davadaki kesinleşme tarihinden dava tarihine kadar yasada öngörülen 2 yıllık zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu anlaşılmakla, bu durum dikkate alınmaksızın yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, davalı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir. Yarg. 11. HD, T. 20.5.2019, E. 2018/2527 ve K. 2019/3952, Yarg. 11. HD, T. 2.5.2014, E. 2013/748 ve K. 2014/8273, Yarg. 11. HD, T. 8.12.2003, E. 2003/11025 ve K. 2003/11581, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 03.01.2021.

²¹ Sorumluluk sigortalarında malvarlığının pasif kısmının sigorta güvencesi altına alınması amaçlandığından, mal/zarar sigortalarına ilişkin bütün hükümler bu tür sigortalarda aynen uygulanamaz. Örneğin, zarar/mal sigortalarına ilişkin eksik veya aşkın sigorta ilkeleri sorumluluk sigortalarında uygulanmamaktadır. Sözleşmenin tarafı olmayan 3. kişilerin menfaatleri sigortalanmadığından 3. kişi lehine/menfaatine sözleşme de yoktur. KARASU Rauf, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, C. 2 Y. 2015, s. 686-687.

²² KAHYA, s. 21-24.

²³ Ticarete katılımcılar, işlemlerin mali külfetini karşı tarafa yüklerler. Taşımacılar, sigortacıya ödeyecekleri sigorta primlerini taşıma ücretine ve dolayısıyla göndericilere yansıtırlar. Göndericiler de taşıma ücretini, kendi ticarî satım ilişkileri çerçevesinde ödemiş oldukları semene, sigorta primi ile artan yansıtırlar. Buna en son katlanan kişi, taşımaya konu eşyayı veya ondan üretilen şeyin nihai kullanıcısı tüketicilerdir. Sorumlu olunacak meblağ, ne kadar yeknesaklaştırılır, ne kadar fazla taşımacı tarafından sigortaya konu edilirse, sorumluluk sigortacılarının talep edeceği sigorta primi de, o kadar azalır. Buna karşılık, tazminat miktarı, belirli bir meblağla sınırlanmaz ise, taşımacıların sorumlu oldukları en yüksek haddi tayin etmeleri mümkün olmadığından, sigorta bedelinin yüksek ve her bir taşımacı tarafından değişik beyan olunması gerekir. Bu takdirde, tüketicilerin dolaylı yoldan katlanacakları sigorta primi de, fazla beyan olunan sigorta bedeli kadar artar. Buradaki bir diğer problem, taşımacının ticarî rekabet dolayısıyla, artan sigorta priminin tamamını taşıma ücretine aksettirememesidir. Böyle bir durumda, taşımacı, ya sigorta sözleşmesi yapmaktan, ya da taşıma ücretine yansıtmadığı prim miktarı kadar, yapacağı başka bir teknik masraftan kaçınacaktır. Her iki durum da, yükü ilgililerin aleyhinedir. Binaenaleyh, taşımacının sorumluluğunun sınırlanmasındaki temel hedef, taşımacıdan ziyade yükü ilgilinin ve bilhassa tüketicinin

CMR Sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiş ancak taşıyıcı için bir sorumluluk düzenlenmemiştir. Sorumluluğun emredici olarak düzenlenmesi sigortanın da zorunlu olarak öngörüldüğü anlamına gelmemektedir²⁴.

2- Yönetmelik İle Yapılan Düzenleme

TİÖYön 19 uncu madde ile “zorunlu” ve “isteğe bağlı” olmak üzere iki tür sigorta düzenlenmiştir. TİÖYön 19 uncu madde uyarınca taşıma işleri organizatörünün organize ettiği taşımacılık hizmetlerinde, gönderen ve alıcı, sigorta zorunluluğu kendisinde olan teslim şekilleri çerçevesinde taşıttığı yüke ilişkin sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre taşıma işleri organizatörü, organize ve taahhüt ettiği taşımadan doğan sorumluluklar için “taşıyıcı sorumluluk sigortası” yaptırmak zorundadır.

Buna göre TİÖYön iki tür “zorunlu sigorta” öngörmektedir. Birincisi, teslim şekilleri bakımından gönderen veya alıcının²⁵ yaptırmaları gereken sigortaları yaptırmak zorunluluğu, ikincisi ise, taşıma işleri organizatörünün, organize ve taahhüt ettiği taşımadan doğan sorumluluklar için yaptırmak zorunda olduğu “taşıyıcı sorumluluk sigortası”dır. Sorumluluk Sigortalarının bir alt grubu addedilen “Taşıyıcının Malî Sorumluluğu Sigortalarında” mal taşıyan taşıyıcıların, taşıdıkları malın gideceği yere kadar ortaya çıkabilecek çeşitli rizikolara karşı teminat altına alındıkları açıktır²⁶.

Sigorta zorunluluğu olmayan teslim şekilleri içinse tüm risk ve sigorta yaptırmak zorunluluğu gönderen ve alıcıya ait olmak üzere isteğe bağlı sigorta öngörülmüştür (TİÖYön m. 19/1 son cümle).

Gönderici ve/veya alıcının yaptırmak zorunda olduğu sigortaların neler olduğu, eşyanın teslim şekillerine göre belirlenir. INCOTERMS 2010’a²⁷ göre teslim

korunmasıdır. KARAN Hakan, “Taşımacının Sorumluluğunun Hukukî Mahiyeti”, **Yıldırım ULER’E Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Lefkoşa 2014, s. 368, <https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/yildirim-ulere-armagan.pdf>, Erişim tarihi: 03.01.2021.

²⁴ Aksi görüşe göre, sorumluluk sigortasının zorunlu ve isteğe bağlı sigorta olması açısından tabii tutulan ayırmada; CMR sigortası Konvansiyon kapsamında yapılacak taşımanın muhakkak akit devletlerden birinde gerçekleşmesi zorunluluğu sebebi ile uygulamada zorunlu sorumluluk sigortası haline dönüştürmüştür. KARGI, s. 30.

²⁵ TİÖYön m. 19/1: ...gönderen ve alıcı, sigorta zorunluluğu kendisinde olan teslim şekilleri çerçevesinde taşıttığı yüke ilişkin sigorta yaptırmakla yükümlüdür.

²⁶ KAHYA, s. 7.

²⁷ Incoterms’leri düzenleyen ve yayınlayan ICC, dünyanın her yanından tüm sektörlerdeki kuruluşlar adına kullandığı yetki ile sesini duyuran bir temsil organı, dünya ticaret organizasyonudur. ICC’nin esas görevi sınırlar ötesi ticaret ve yatırımı teşvik etmek, ticaret şirketlerine küreselleşmenin getirdiği zorluklar ve fırsatlara uyum sağlanmalarında yardımcı olmaktır. ICC’nin ticaret, barış ve refah için güçlü bir etken olduğu inancı geçen yüzyılın başında organizasyonun ilk kurulduğu zamanlara dayanır. ICC’yi kuran küçük bir grup ileri görüşlü ticari lider kendilerini barışın tacirleri olarak adlandırmaktaydı. Üyesi olan şirketler ve kuruluşların kendileri de milletlerarası ticaretle uğraştığı için, ICC sınırlar ötesi ticaretin işleyişini düzenleyecek kurallar koymada rakibi olmayan bir otoritedir. Bu kurallar ihtiyari olsa da bunların her gün sayılamayacak kadar işlemlerde kullanıldığı

şekilleri dört gruba ayrılır. E grubu (EXW) teslim, çıkış odaklı teslimleri açıklamaktadır. Satıcı malı kendi mahallinde teslim ettiği noktada bu şekil devreye girecektir. F grubu (FCA, FAS, FOB) veya C grubu (CFR, CPT, CIF²⁸, CIP²⁹) teslim şekillerinin tercih edilmesi halinde satıcının sorumluluğu ana taşıma vasıtasına kadardır. Bunlardan CIF ve CIP şeklinde bir satış sözleşmesi yapılmışsa, satıcı sigorta yaptırmakla yükümlüdür. D grubu (DAT, DAP, DDP) teslim şekillerinde ise varış yerine kadar olan tüm riskler ile vergiler dâhil masrafların tamamı satıcıya aittir³⁰.

II. ZORUNLU SİGORTA

1- Genel Olarak

Türk hukukunda zorunlu sigortalar ile ilgili temel düzenleme TTK'nın 1483'üncü maddesi ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun (SK)³¹ 13'üncü maddesinde yer almaktadır. TTK m. 1483'e göre: "*Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere*³², faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yaptırmaktan kaçınmazlar". Aslında bu hüküm ile TTK yeni bir sigorta türü ihdas etmiş ya da zorunlu sigortaları tanımlamış değildir. Bu hükümle,

gözlemlenir ve artık milletlerarası ticaretin dokusu haline geldiği görülmüştür. ICC 1919 yılında kuruldu. Bugün 120 ülkede binlerce şirket ve kuruluştan oluşan üyelerini bir araya getirmektedir. Milli komiteler üyeleri ile ülkelerindeki ticari kaygıları ortaya koymak ve ICC tarafından biçimlendirilen ticari görüşleri hükümetlerine iletmek için çalışırlar. Avrupa İşletmeler Ağı İstanbul Merkezi İstanbul Sanayi Odası (İSO), **Dış Ticarete Ödeme Ve Teslim Şekilleri**, 1. B., Umur Basım Sanayi Ve Tic. A.Ş., İstanbul, 2015, s. 67.

²⁸ Maliyet, Sigorta ve Navlun (*Cost, Insurance and Freight (CIF)*), en eski terimlerden biridir ve terim süreç içinde gelişerek son halini almıştır. Burada satıcının sorumluluğu malların gemiye aktarılması ile sona ermektedir. Yani mallar gemide iken alıcıya geçen sorumluluk varna noktasına kadar navlun ve sigortanın satıcı tarafından karşılanmasını öngörmektedir. Buradaki sigortanın minimum düzeyde bir sigorta olduğu savaş, terör, grev, iç savaş ve ayaklanma vb. özel koşulları kapsamadığı vurgulanabilir. ISO, s. 61. Alıcı eğer böyle riskler varsa bunlara karşı sigortasını kendisi yaptıracaktır ya da bu risklerin, ilavesini isteyerek, bedelini kendisi ödeyecektir. Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, kargo klozları (C) maddesinde veya benzeri hükümlerle sağlanan asgari teminata uygun bir yük sigortası yaptırmak zorundadır. RAMBERG Jan, **ICC Guide to Incoterms 2010**, ICC Services Publication, Paris, 2011, s. 199.

²⁹ Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak (*Carriage and Insurance Paid to, CIP*), kuralı, satıcının malları kendisinin seçtiği bir taşıyıcı veya diğer bir kişiye belirlenen yerde (eğer taraflarca böyle bir yer kararlaştırılmış ise) teslim edeceğini ve satıcının malların belirlenen varış noktasına getirilmesi gereken taşıma sözleşmesini yapmak ve taşıma masraflarını ödemek zorunda olduğunu ifade eder. Satıcı, en az en az enstitü kargo klozların [Lloyd's Piyasa Birliği (*Lloyd's Market Association (LMA)*)] ve Londra Uluslararası Sigortacılar Birliği [*International Underwriting Association of London (IUA)*] (C) maddelerinde öngörülen asgari teminatla veya benzeri hükümlerle uyumlu kargo sigortası yaptırmalıdır. RAMBERG, s. 124.

³⁰ ISO, s. 13.

³¹ RG: 14.06.2007 T. ve 26552 S.

³² Başka yasalar, sigortacıların zorunlu sorumluluk sigortalarını yapmayabilecekleri, buna mecbur olmadıkları yönünde hüküm içermemektedir. Dolayısıyla neyin saklı tutulduğu anlaşılmamaktadır. Bir hüküm getirilirse başka hükümlerin saklı tutulması ancak, saklı tutulan hükümler farklı sonuç öngörüyorsa anlam taşır. Oysa mevzuatta TTK 1483 hükmünden farklı sonuç öngören bir düzenleme yoktur. ÜNAN, s. 413.

sözleşme serbestisine sigortacı açısından bir istisna getirilmekte ve sigortacının işteğal ettiğı (faaliyet gösterdiği), faaliyet dalındaki zorunlu sigortayı yapmakla mükellef olduğı hükme bağlanmaktadır. Yani bir diğere ifadeyle sigortacıya bir mükellefiyet getirilmektedir³³.

SK'nın 13/1 maddesi gereğince³⁴: “(1) Cumhurbaşkanlığı (Bakanlar Kurulu), kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebilir. Sigorta şirketleri, 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamaz”.

2- Tanımı ve Zorunlu Sigortanın Öngörülmesi

a) Tanımı

Zarar sigortaları arasında yer alan³⁵ sorumluluk sigortalarının³⁶, “zorunlu sigorta” olarak düzenlenebileceğini öngörmüş olan TTK, zorunlu sigorta kavramını tanımlamış değildir³⁷. SK'nın “Zorunlu Sigortalar” başlığını taşıyan 13'üncü maddesinde de, herhangi bir tanım yapılmamıştır. TTK'nın aksine SK'da sigorta türleri ile ilgili de bir ayrıma gitmeksizin, Cumhurbaşkanlığı (Bakanlar Kurulu), “...zorunlu sigortalar ihdas edebilir” denilmiştir. Cumhurbaşkanlığı'nca (Bakanlar Kurulu) sigorta ihdasının en önemli şartı ise, düzenlenecek bu sigortanın “kamu yararı açısından” gerekli görülmesidir. TTK'daki hükmün

³³ ÇEKER Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, 21. B., Karahan Kitabevi, Adana 2020, s. 69.

³⁴ SK m. 13/2: “Müştaşarlık, zorunlu sigortaya konu teşkil eden menfaat üzerinde yapacakları iş ve işlemler nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak zorunlu sigorta denetimi yapabilecekleri belirlemeye yetkilidir. (3) Bir faaliyetin icrası ya da bir şeyin kullanılması için izin veya ruhsat vermeye veya bunları denetlemeye yetkili merciler ile ikinci fıkraya uyarınca belirlenen kurum ve kuruluşlar; yürütecekleri iş ve işlemlerde, yapılması zorunlu sigortaların geçerli teminat tutarları dahilinde yaptırılıp yaptırılmadığını araştırmakla yükümlüdür. Bu kurum ve kuruluşlar ile izin veya ruhsat vermeye ve denetlemeye yetkili mercilerce, geçerli teminat tutarında sigorta yapılmamış olduğunun tespiti halinde işlem yapılmaz. Geçerli teminat alınana kadar sigortalının zorunlu sigortaya konu teşkil eden faaliyeti yetkili merciler tarafından durdurulur”.

³⁵ TTK'nın 6. Kitabında sigorta türleri: Zarar sigortaları (mal sigortaları ve sorumluluk sigortaları) ve Can sigortaları (hayat sigortası, kaza sigortası ve hastalık ve sağlık sigortası) olarak düzenlenmiştir.

³⁶ Sorumluluk sigortası bir yandan sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceğı zararlardan ötürü bu zararların giderilmesi için sigorta ettirenin malvarlığındaki azalmayı önlemeyi, diğere yandan da sigorta ettirenin eyleminden zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesini amaçlayan ve sigorta ettiren ile onun eylemlerinden zarar görenlerin menfaatlerini dengeleyen suigeneris bir sigorta türüdür. KARASU, s. 685.

³⁷ “Bunun belirli ve bilinen kavram olduğunu varsaymıştır”, ÜNAN, s. 406.

aksine zorunlu sigorta, sorumluluk sigortası³⁸ dışında, başka zarar sigortaları için de tesis edilebilir³⁹.

Genel anlamda “zorunlu sigorta”, yaptırılması hususunda kanuni⁴⁰ bir zorunluluğun bulunduğu sigortadır. Gerek TTK’da ve gerekse SK’da tanımı yapılmayan zorunlu sigorta, “düzenleme kapsamında bulunan faaliyetleri gerçekleştiren veya düzenleme kapsamındaki rizikoların muhatabı olan tüm gerçek ve tüzel kişilerin yaptırmakla ve kapsamı belirlenen o sigorta kolunda faaliyet gösteren tüm sigortacıların da zorunlu olarak sözleşme yapmakla mükellef olduğu sigorta” olarak tanımlanabilir.

b) Zorunlu Sigortanın Öngörülmesi

Sigortanın kural olarak isteğe bağlı olması esastır. Ancak bir takım sebeplerle, bazı sigortaların yapılması zorunluluğu getirilmektedir. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu’nda araç işletenlerin bu Kanun hükümleri gereğince üçüncü şahıslara karşı doğacak sorumluluklarını belirlenen hadde kadar sigorta ettirmek zorunda oldukları öngörülmüştür. Zorunlu sigortanın bir Kanun hükmü ile ihdas edilmesi dışında SK m. 13/1’de Cumhurbaşkanlığı’na (Bakanlar Kurulu) da, kamu yararı açısından gerekli görülmesi halinde zorunlu sigortalar ihdas yetkisi tanınmıştır⁴¹.

Zorunlu sigortanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (Bakanlar Kurulu kararı) öngörülmesi ile ilgili olarak doktrinde muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, zorunlu sigortanın tesisinde hukuken iki esasın göz önünde

³⁸ Sorumluluk sigortası ile can zararı, mal (eşya) zararı, bir can veya mal (eşya) zararından kaynaklanan malvarlığı zararı ve saf malvarlığı zararları yani bir can veya mal (eşya) zararının sonucu olmaksızın meydana gelen malvarlığı kötüleşmeleri sebebiyle oluşabilecek sorumluluk bu sigorta ile temin edilmektedir. ÜNAN, s. 287

³⁹ KENDER, s. 197.

⁴⁰ Yasal düzenleme karşısında, buradaki kanun kavramını sadece teknik anlamdaki kanunları değil, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı (Bakanlar Kurulu) kararlarını da kapsayacak şekilde geniş ifade etmek gerekmektedir.

⁴¹ Bakanlar Kurulu, kanunların kendisine verdiği görevleri kararname ile yerine getirmektedir. Eskiden iki çeşit kararname vardır. Bunların birinci çeşidine “müşterek kararname veya üçlü kararname” Ortak (müşterek) kararname veya üçlü kararnameler, ilgili bakanın, Başbakanın ve Cumhurbaşkanının imzalarının bulunduğu kararnamelerdir. **Kemal Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2000, s. 559 vd. Anayasa Mahkemesi, 23-25 Ekim 1969 T. ve K. 1969/57 Sayılı Kararına göre: “Bakanlar Kurulu kararnamesi, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır, yani Başbakan ve bütün bakanların imzasını taşır. Bakanlar Kurulu kolektif bir karar organıdır. Bakanlar Kurulu’nu oluşturan Başbakan ve bakanlar arasında dayanışma ve kolektif sorumluluk esası vardır. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu kararnameleri, bir kolektif işlem olarak, Başbakan ve istisnasız bütün bakanlar tarafından imzalanmalıdır. Bakanlar Kurulu kararnameleri oy birliğiyle alınır. Bakanlar Kurulu kararnamesini beğenmeyen ve imzalamak istemeyen bakanın istifa etmesi gerekir. İstifa etmemekte direnen bakan Başbakan tarafından görevinden alınabilir. Bakanlar Kurulu kararnamelerinin tekemmül etmesi için Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanması gerekir. Keza, adı “kararname” veya “karar” olsun, tüm Bakanlar Kurulu işlemlerinin tekemmül etmesi için, yukarıda gördüğümüz gibi, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmaları gerekir. Bakanlar Kurulu düzenlemeyi bir yönetmelik çıkararak da yapabilecektir. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD), S. 8, C. 1, s. 40.

bulundurulması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, bunun bir kanun hükmü ile yapılmasıdır (sözleşme yapma mecburiyeti), ikincisi de, belirli bir sorumluluğun (kanun hükmü ile düzenlenmiş) sigortasının mecburi hale getirilmesidir⁴².

Diğer bir görüşe göre Sigortacılık Kanunu'nun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Bakanlar Kurulu) ile sigorta zorunluluğu getirme yetkisinin verilmesi, usulsüz yetki devri söz konusu olduğundan Anayasa'ya (AY) aykırıdır. Sınırlama ancak kanun ile mümkündür⁴³.

Ekonomik ve sosyal gereklilik bulunması, zarar görenlerin korunması gerekliliği gibi sebeplerle olsa bile, sigorta sözleşmesi akdedilmesinin zorunlu kılınması, çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen AY'nin 48 inci maddede düzenlenen özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Anayasa'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. Anayasanın kanunla düzenlenmesini emrettiği konularda idareye kanunla dahi olsa genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilemez; verilmesi, Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez denildiğinden bu hükme aykırı olarak TBMM'ye ait yasama yetkisinin idareye devri niteliğindedir.

Ancak hangi gerekçe ileri sürülmüş olursa olsun, doktrindeki bu görüşlerin birleştiği husus, zorunlu sigortanın müstakil bir kanun ya da ilgili bir kanun hükmü ile getirilmesi gerektiğidir. Nitekim bir başka açıdan bakıldığında, Anayasamızın 73/3 hükmüne göre, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*". AY'nin bu maddesinde sayılan mali yükümlülüklerden biri olmamakla birlikte, sigorta yaptırma zorunluluğu ile de kişilere mali bir külfet, bir yük getirilmektedir. Bu yönüyle de zorunlu sigortanın Cumhurbaşkanlığı'nca kararlaştırılacak olması Anayasa'ya aykırıdır. Cumhurbaşkanlığı'na (Bakanlar Kurulu) verilen bu yetkinin bir kanun hükmüne dayanması da hukuki durumu değiştirmez. Ancak, AY mahkemesi tarafından iptal edilmediği sürece, mevcut yasal hükümlere uygun olarak Cumhurbaşkanlığı'nca yapılan düzenlemeler ve ihdas edilen zorunlu sigortalar dayanağını geçerli bir kanundan aldığı için iptal edinceye kadar hukuken geçerlidir.

Uygulamada, yönetmeliklerle de sigorta yaptırma zorunluluğu öngörülebilmektedir. Nitekim "Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği" m. 13/1 gereğince brokerler, sigorta ettirenlere verecekleri zararlar için sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler. Yürütülen tehlikeli bir faaliyetten zarar görme olasılığı bulunan üçüncü kişileri korumak amacıyla sigorta yaptırma

⁴² KENDER, s. 197.

⁴³ ÜNAN, s. 409.

zorunluluğunun yönetmelikte öngörülmesi hukuki açıdan mümkün ve geçerli bulunmamaktadır. Zira zorunlu sigortanın kanunun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Yönetmelikle getirilen sigorta zorunluluğu, ilgili yönetim biriminin bir izni vermek gibi bir işlemi yapmak için aradığı bir koşul niteliğinde olsa bile, durum değişmez. Mesela bir teşvik elde etme koşulu olarak yaptırılması talep edilen sorumluluk sigortası, zorunlu sigorta olarak nitelenmeyecektir.⁴⁴ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Bakanlar Kurulu kararı) ile konulan zorunlu sigortalara benzer şekilde usulünce yürürlüğe konulan bir yönetmelikle getirilen zorunlu sigortalar da iptal olunmadıkları sürece hukuken geçerlidir.

Yine, sözleşmeler ile de sigorta yaptırma zorunluluğu getirilebilmektedir. Özellikle kamu kurumlarının açtığı ihalelerde, ihaleyi kazanacak kişinin sorumluluk sigortası yaptırması ihalenin bir koşulu olarak yer alabilmektedir. İki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmede (mesela, inşaat sözleşmesi, hizmet sözleşmesi) bile sorumluluk sigortası yaptırma borcunun öngörülmesine engel yoktur. İhale şartı veya sözleşmenin öngördüğü sigorta zorunluluğu kural olarak hukuken geçerlidir. Bir sorumluluk sigortası yaptırma borcunun sözleşme ile üstlenilmesine hukuken engel yoktur. Ancak bu gibi sigorta yaptırma yükümlülüğü uyarınca kurulan sorumluluk sigortası sözleşmelerinin TTK 1483 anlamında zorunlu sorumluluk sigortası sayılması mümkün değildir.

Bir diğer uygulama meslek örgütleri ile ilgilidir. Bu gibi kuruluşlar da zorunlu sigorta öngörmektedir. Halbuki bu hususta bir yasal zorunluluk veya Cumhurbaşkanlığı kararı olmadıkça TTK 1483 anlamında bir zorunlu sigorta değildir. Hatta mahkeme kararlarıyla dahi sigorta zorunluluğu getirilemez.

TİO'nun organize ettiği taşımacılık hizmetlerinde, gönderen ve alıcı, sigorta zorunluluğu kendisinde olan teslim şekilleri çerçevesinde taşıttığı yüke ilişkin sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Sigorta zorunluluğu olmayan teslim şekilleri için tüm risk ve sigorta yaptırma sorumluluğu gönderen ve alıcıya aittir. TİO, organize ve taahhüt ettiği taşımadan doğan sorumluluklar için “taşıyıcı sorumluluk sigortası” yaptırmak zorundadır (TİOYön m. 19). Dolayısıyla TİOYön 19 uncu madde ile zorunlu sorumluluk sigortası öngörülmüş olsa da her ne nam altında olursa olsun yönetmelik hükmü ile sigorta ihdas edilmesi yukarıda açıklanan nedenlerle hukuka aykırıdır.

c) Zorunlu Sigorta Primi

Sigortacı “... bir prim karşılığında ...” sigorta himayesi sağlama borcunu üstlenir. Bütün sigorta sözleşmelerinde prim, sigortacının sigorta himayesi sağlama ediminin karşılığıdır. Sigorta primi yerine sigorta ücreti terimi de kullanılmaktadır. Prim miktarı, Türk Lirası olarak ya da yabancı bir para cinsi ile tespit edilebilir. Sigorta bedelinin yabancı para üzerinden belirlendiği hâllerde, prim miktarı da bu para üzerinden belirlenmektedir.

⁴⁴ ÜNAN, s. 407.

Prim miktarı sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak belirlenir. Safi prim ve buna eklenen aracı komisyonu, vergiler, personel gideri, poliçe basım ücreti gibi çeşitli giderlerden oluşur. Safi primin belirlenmesinde, sigortacı tarafından üstlenilen rizikonun gerçekleşme ihtimâli, sigorta bedeli, teminat süresi ve sigortacının zarar sorumlusu üçüncü şahıslara rücu imkânı dikkate alınır. Sigortacılık Kanunu m. 12 hükmüne göre sigorta tarifeleri, sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak tarifenin, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak belirleneceği öngörülmüştür. Zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Kurum (Bakan) tarafından tespit edilip Resmi Gazete’de yayımlanır.

III. CMR SÖZLEŞMESİ’NİN KAPSAMI VE GENEL ŞARTLAR

1- Genel Olarak

TİO’lerin yaptırmak zorunda oldukları sigorta sözleşmesi, malların veya mal yüklü aracın tamamının kanıtlanmış hırsızlığı sonucu meydana gelen hasarları, Termoregülasyon cihazının arızalanması sonucu meydana gelen hasarları, sigortalı tarafından araca eşya yüklenmesi ve / veya araçtan eşya indirilmesinde meydana gelen hasarlar, Nakliye için teslim alınan malların geç tesliminden kaynaklanan zararları ve hasarlı malların imha maliyetlerini kapsamalıdır.

Uluslararası sevk mektubu kapsamındaki taşımayla ilgili olarak, sigortacının herhangi bir olay için sorumluluğu, CMR Sözleşmesinin 23/3 üncü paragraf ve 25 inci maddesi ile sigorta poliçesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır. Bu hüküm ve koşullara göre sigorta aşağıdakiler için yükümlülüğü kapsamaz: İmzalanmış bir taşıma sözleşmesi olmadan yapılan taşımayı, kendi amaçları için yapılan taşımayı, ücretsiz taşımayı (navlun dahil değildir), posta paketlerinin taşınması, değerli gönderileri (bozuk para, kağıt para, kıymetli kağıtlar ve belgeler) ve sanat eserlerini (resimler, heykeller ve diğerleri)⁴⁵.

2- Kapsamı

CMR sigortası ile TİO’nun sorumluluğu sigortalanmaktadır. TİO, faaliyetlerinin, ilgili kanunlara, kararnamelere, yönetmeliklere ve diğer mevzuata, Türkiye’nin taraf olduğu anlaşma ve sözleşmelere uygun olarak yürütülmesinden sorumludur. TİO’lar, yükü teslim aldıkları andan teslim edinceye kadar, yükün tamamen veya kısmen kaybindan, zayiinden, hasara uğramasından, çalınmasından, güvenliğini sağlamaktan, teslim alınan şeklini muhafaza etmekten, korunması ve taşınmasından sorumludurlar. Bu nedenlerle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlar CMR sigortası güvencesi altındadır.

TİO’lar, müşterilerinin talimatları, beyanları ve bildirilen teslim şekilleri doğrultusunda yükün taşınmasını organize etmek, gümrük mevzuatında aranan şartların yerine getirilerek gümrük ve transit işlemleriyle ilgili gerekli beyanları

⁴⁵ Transportation insurance, <https://www.dunav.com/en/portfolio/carriage-of-goods-by-road/>, Erişim tarihi: 18.11.2020.

KARA/ Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi

müşterilerinden almak ve müşterilerine vermek ile sorumludur. TİO'lar faaliyetleri ile ilgili bilgileri içeren raporlarını Bakanlığa göndermekle yükümlüdür.

TİO'lar, taraflar arasında mutabık kalınan haller dışında, taşıma sözleşmesinde yer almayan hizmetler için ücret talep edemezler. TİO'lar, müşterilerine verdiği hizmetleri ulusal ve uluslararası mevzuatta belirtilen süreler içerisinde ve azami özeni göstererek yerine getirmekle yükümlüdür.

TİO'lar, tüzel kişiliklerinin son bulması veya herhangi bir sebeple faaliyetlerini sonlandırmaları halinde, bu hallerin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 (otuz) gün içinde Bakanlığa yazılı bilgi vermek ve yetki belgelerinin asıllarını iade etmekle yükümlüdür.

TİO'lar, tehlikeli madde taşımacılığıyla ilgili hizmet sunanların ilgili ulusal mevzuat uyarınca Tehlikeli Madde Faaliyet Belgesine (TMFB) sahip olduğunu ve Tehlikeli Madde Güvenlik Danışmanı (TMGD) bulundurduğunu kontrol etmekle yükümlüdür. Bu şartları yerine getirmeyen hizmet sağlayıcılarla sözleşme akdedilemez.

Yetki belgesi sahibi tüzel kişiler; halka açık sermaye şirketlerinde hamiline yazılı hisse devirleri hariç, unvan, adres, vergi numarası, ortaklık, hisse devri, sermaye miktarı, yönetici değişikliklerini, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren 15 gün içinde Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür⁴⁶.

⁴⁶ Y. 11. HD, T. 13.12.2016, E. 2016/1928 ve K. 2016/9544 sayılı kararı: 1-) Dava, CMR sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine dair olup, yukarıda özetlendiği şekilde davanın reddine karar verilmiştir. Sigorta sözleşmelerinden doğan davaların hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı, 6762 Sayılı TTK'nın sigorta genel hükümlere dair 1268 maddesinde "Sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dahil sigorta mukavelesinden doğan bütün mutalebeler, iki yılda müruz zamana uğrar" ve 6102 Sayılı TTK'nın sigorta genel hükümlerine dair 1420 maddesinde "(1) Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482. madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline dair istemler her halde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. (2) Diğer kanunlardaki hükümler saklıdır" şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte sadece sorumluluk sigortaları yönünden, 6762 Sayılı TTK'dan farklı olarak, zamanaşımı süresi 6102 Sayılı TTK'nın 1482. maddesi uyarınca "Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren 10 yılda zamanaşımına uğrar" şeklindeki düzenlemeyle 10 yıl olarak belirlenmiştir. Sigorta uyuşmazlıklarında zamanaşımı süresinin başlaması ve sigortacının temerrüdü için sigortalının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Zira 6762 Sayılı TTK'nın 1299. maddesinde yer alan "Sigorta bedelini ödeme borcu, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına ait sigortalar dahil, bütün mal sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcununun 1292. madde hükmüne doğduğu tarihten muaccel olur" şeklindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, riziko tazminatının muaccel olabilmesi için sigortacının TTK'nın 1292. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak riziko konusu olaydan haberdar edilmesi gerekir. 6762 Sayılı TTK'nın 1292/1. maddesi uyarınca "Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur. Bu müddet, üçüncü şahsın sigortalıya karşı dava açması halinde sigortacının müdafaasına yardım etmeye mecbur tutan mesuliyet sigortalılarında sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği, sigortalının üçüncü kişiye vereceği tazminatın sigortacı tarafından ödenmesine ait mesuliyet sigortalılarında ise

3- Genel Şartlar

Sigorta poliçesine ekli ve her sigorta dalı için ayrı ayrı, önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıdır. Bir sigorta dalında yapılan bütün sigorta sözleşmelerinde yer alır. Bunlar (enstitü yük ve tekne klozları gibi) aynı türde birden fazla sözleşmenin akdinde kullanılmak üzere önceden hazırlanmış şartlar da olabilir. Genel şartlar Sigortacılık Ve Özel Emeklilik Düzenleme Ve Denetleme Kurumunun onayına tabidir⁴⁷.

hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihten başlar". 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler" başlıklı 6. maddesinde de "Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tâbidir. Zamanaşımı ile hak düşürücü süreler için diğer hususlar, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türk Ticaret Kanununa tâbidir." yasal düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durum karşısında, sigorta poliçesine dayalı olarak açılan işbu davada zamanaşımı süresinin başlangıcı, davacı taşıyıcı aleyhine ... 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/517 E. sayılı dosyasında görülen davada verilen 2011/614 K. sayılı kararın davacı tarafından temyizi üzerine Dairemizin 22.11.2013 tarih, 2012/4853 E-2013/21212 K. sayılı ilamı ile onanmasına karar verilmiş olmakla, işbu kararın kesinleşme tarihi nazara alındığında, somut uyuşmazlığa zamanaşımı yönünden 6103 Sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca 6102 Sayılı TTK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Somut olayda, sorumluluk sigortaları için zamanaşımı süresi 6102 Sayılı TTK'nın 1482. maddesi uyarınca 10 yıl olarak belirlenmiş olup, dava tarihi itibarıyla bu süre dolmadığından zamanaşımı süresi gerçekleşmediği halde, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda somut uyuşmazlıkta uygulama yeri bulunmayan CMR hükümleri ile CMR sigortası genel şartlarının 8. maddesi uyarınca zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle red kararı verilmesi doğru değildir. Ayrıca, biran için davacı sigortalının yasal ihbar süresini kaçırmış olsa bile, işin esası yönünden olaya uygulanacak olan 6762 Sayılı TTK'nın 1292/3 maddesinde yer alan "Sigorta ettiren kimse kasten yukarıki fıkralar gereğince ihbarda bulunmamış ise sigorta haklarını zayi eder. Sigorta ettiren kimsenin kusuru halinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle mükellef olduğu bedel indirilebilir" hükmü uyarınca, davanın sırf ihbar süresinin kaçırılmış olduğu gerekçesiyle reddi doğru olmayıp, kusur durumuna göre ödenecek riziko tazminatından indirim yapılması gerekirken gerekmediği hususu değerlendirilmelidir. Aynı husus 6102 Sayılı TTK'nın 1445/5 ve 1446.maddelerinde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Somut olayda da, TTK 1292/1 maddesi uyarınca sigortalı davacının hakkındaki mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten itibaren beş gün içinde ihbarda bulunma mecburiyeti olmasına rağmen, henüz karar kesinleşmeden önce, 04.12.2012 tarihinde davalıya noter kanalıyla ihtarda bulunulduğu ve yasal süre içerisinde dava açıldığı halde, mahkemece anılan gerekçeyle davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. 2-) Öte yandan mahkemece, davanın hem zamanaşımı, hem de poliçe genel şartlarının 4. maddesi uyarınca üzerine davacının düşen yükümlülüğü yerine getirmediği gerekçesiyle de esastan reddine karar verilmiş ise de, zamanaşımı yönünden davanın reddine karar verilmesi halinde işin esasına girilmemesi gerekirken davanın esası yönünden de ret kararı verilmesi doğru olmamış ve bu husus mahkeme kararlarının açık, şüphe ve tereddüt uyandırmaması gerektiğine dair HMK'nın 297/2.maddesine açık aykırılık teşkil etmekle kararın bu sebeple de bozulmasını gerektirmiştir. Yukarıda (1) ve (2) no'lu bentlerde açıklanan nedenle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına BOZULMASINA, oyçokluğuyla karar verildi. www.kazanci.com, Erişim tarihi: 20.12.2020.

⁴⁷ SK'na göre genel şartlar Hazine Ve Maliye Bakanlığı (müsteşarlık) onayına tabidir. Ancak Sigortacılık Ve Özel Emeklilik Düzenleme Ve Denetleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında 47 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 19. Bakanlığa (Müsteşarlığa) yapılan atıflar

Genel şartlar onaylandıktan sonra Resmi Gazete'de yayımlanırlar. **Örneğin**; mal sigortaları, can sigortaları, tarım sigortaları, sorumluluk sigortaları, kredi sigortaları genel şartları gibi. Sigorta sözleşmesi hükümlerinin genel şartlara aykırı olmaması gerekir. Taşıyıcı sorumluluk sigortası genel şartları henüz düzenlenmemiştir Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları⁴⁸. Bu nedenle sigorta şirketleri sigorta ettiren/sigortalı ile anlaşarak bu sözleşmenin kapsamını belirleyebilir⁴⁹.

Buna göre CMR sigorta sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılmış şartlar, sözleşmenin kapsamını belirlemektedir. Tarafların, CMR sigortasının şartlarını kararlaştırdıkları, CMR hükümlerine göre hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak CMR'de emredici nitelikte sayılmayan hususlarda CMR hükümlerinden ayrılabilirler. Özellikle taşıyıcının sorumlu olacağı hususları riziko kapsamına dâhil etme ya da riziko istisnası olarak kabul etme hususlarında tarafların iradeleri söz konusudur⁵⁰.

Yetki belgesi sahibi tüzel kişiler; temsil ve/veya ilzama yetkili şahıslara ilişkin değişiklikleri, değişikliğin meydana geldiği tarihte Bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler. Aksi halde, değişiklik bildirilinceye kadar, değişiklik öncesi Bakanlığa bildirilmiş temsil ve/veya ilzama yetkili şahısların taleplerine göre iş ve işlemler gerçekleştirilir.

TİOYön ile TİO'nun zorunlu olarak "taşıyıcı sorumluluk sigortası" yaptırması öngörülmüş ise de bunun "Karayolu Taşıma Kanunu"na istinaden düzenlenen "Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası" ile aynı sigorta olup olmadığı belirsizdir. Birincisi taşıma işleri organizatörlüğü esas olarak bir taşıma faaliyeti değil, taşımaya aracılık faaliyetidir. İkinci olarak sigorta genel şartları A. 2 ve A.6 maddelerinde uluslararası taşımadan bahsedilmiş olsa bile TİO'un CMR Sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğunu karşılayan bir sigorta değildir.

4- Uygulamada Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası

Uygulamada sigorta şirketleri taşıyıcı sorumluluk sigortası adı altında çok farklı poliçe teklifleri sunmaktadırlar. Yurtiçi taşımalarda; Groupama Sigorta, "TMM Sigortası"⁵¹, Sampo Sigorta, "Yurtiçi Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası"⁵², Ray

"Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumuna (Kuruma)" yapılmış sayıldığından bu ifadeyi Kurum olarak anlamak gerekir.

⁴⁸ 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununa istinaden 19.01.2004 tarihinde hazırlanan "Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları" hükümleri "taşıyıcı sorumluluk sigortası"nın bazı hükümlerini karşılarsa da TİO, CMR sigorta sözleşmesi ile aynı değildir. <https://www.tsb.org.tr/zorunlu-karayolu-tasimacilik-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=529>, Erişim tarihi: 01.01.2021.

⁴⁹ Taraflarca hazırlanan CMR sigortasının kapsamına örnek https://www.lutz.com.tr/Content/Lutz-html/pdf/CMR-Genel-Sartlar-TR_01.01.2012.pdf, Erişim tarihi: 01.01.2021.

⁵⁰ ÇİFTÇİ, s. 1.

⁵¹ https://www.groupama.com.tr/Sites/1/upload/files/tmm_bilgilendirme-58.pdf, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵² <https://www.somposigorta.com.tr/yurtici-tasivici-sorumluluk-sigortasi>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

Sigorta, “Yurt İçi Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası”⁵³ Ziraat Sigorta, “Yurtiçi Taşıyıcı Mali Sorumluluk Sigortası”⁵⁴ Allianz Sigorta, “nakliyat sigorta”⁵⁵, EUROKO Sigorta, “Nakliyat komisyoncusu sorumluluk sigortası (FFL)” ve “Yurt içi emtia taşımacılığı sorumluluk sigortası (TML)”⁵⁶, Oyak Grup Sigorta, “Yurt İçi Taşıyıcı Sorumluluk Sigortası”⁵⁷ ve Generali Sigorta, “Yurtiçi Taşıyıcı Mali Mesuliyet (Sorumluluk) Sigortası”⁵⁸ adı altında sigorta sağlamaktadır. Genellikle ya mal sigortaları arasında sayılan, “Emtea Nakliyat Sigortası”⁵⁹ ya da “Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası”⁶⁰ isimli sigortalar yapılmaktadır.

Yurtdışı taşımalarda ise; Groupama Sigorta, “CMR Sigortası”⁶¹, Anadolu Sigorta, “CMR Uluslararası Nakliyeciler Sorumluluk Sigortası”⁶², Oyak Grup Sigorta, “CMR Sigortası” ve EGESER Sigorta, “CMR Sigortası”⁶³ adı altında sigorta yapmaktadır.

Görüldüğü üzere sigortacılar arasında bile standart bir uygulama yoktur. Kaldı ki, TİO’luk hizmeti için taşıyıcı ile aynı sigorta teminatı verilmektedir. Halbuki taşıyıcı (taşıyan) faaliyeti ile taşımaya aracılık TİO’luk (taşıma işleri komisyonculuğu) faaliyeti hukuki sonuçları itibariyle birbirinden farklı hizmetlerdir. Zorunlu Sorumluluk sigortalar da buna uygun olmalıdır.

SONUÇ

TİO CMR sigortası, TİO’nun faaliyetleri nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğraması nedeniyle bunlara karşı doğan sorumluluğunu güvence altına almaktadır. Sigorta yaptırılması isteğe bağlı değil, zorunludur. Genel olarak zorunlu sigortaların kanun hükmü ile getirilmesi gerekirken, TİOYön ile düzenleme yapılmış olması hukuk hiyerarşisine aykırıdır.

TİO aracılık yaptığı taşımaları yurtiçi ve yurtdışında gerçekleştirir. Yurtdışına yapılan taşımalarda ise şartları var ise TTK ve ilgili milli mevzuat hükümleri

⁵³ <https://www.raysigorta.com.tr/product/detail/11470/yurtici-tasiyici-sorumluluk>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁴ <https://www.ziraatbank.com.tr/tr/kurumsal/sigorta-emeklilik/sorumluluk-sigortalari/yurt-ici-tasiyici-mali-sorumluluk-sigortasi>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁵ https://www.allianz.com.tr/tr_TR/urunler/diger-urunler/diger/nakliyat-sigortasi.html#tabpar_6313_0Tab, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁶ <https://www.eurekosigorta.com.tr/kurumsal-urunlerimiz/detay/nakliyat-sigortalari/shipment>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁷ <https://www.ovakgrupsigorta.com/nakliyat-sigortalari>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁸ <https://www.generali.com.tr/kurumsal/nakliyat-sigortalari>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁵⁹ <https://www.tsb.org.tr/emtea-nakliyat-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=481>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁶⁰ <https://www.tsb.org.tr/zorunlu-karayolu-tasimacilik-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=529>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁶¹ https://www.groupama.com.tr/Sites/1/upload/files/cmr_bilgilendirme-60.pdf, Erişim tarihi: 02.01.2021

⁶² https://www.anadolusigorta.com.tr/i/content/43_1_NK912.pdf, Erişim tarihi: 02.01.2021.

⁶³ <http://www.egesersigorta.com.tr/cmr-sigortasi/>, Erişim tarihi: 02.01.2021.

KARA/ Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi

değil, CMR Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulur. CMR Sözleşmesi emredici hükümlerle taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemiştir. Taşıyıcı bu sorumluluğunu yerine getirmek üzere CMR sigortası olarak bilinen sigortayı yaptırmaktadır.

Bu sigorta türü sözleşmede düzenlenmemiştir. Ama ülkemizde de çok sayıda sigorta şirketi farklı adlarla da olsa CMR Sözleşmesine dair sigorta güvencesini vermektedir. Bu kadar yaygın olmasına rağmen CMR sigorta genel şartları halen yayınlanmamıştır.

Taşıma İşleri Organizatörünün yurtdışı taşımalara aracılık ettiği sözleşmeler de dahi Karayolu Taşıma Kanunu'na istinaden hazırlanan taşıyıcı sorumluluk sigortasının zorunlu sigorta kabul edilmesi yerinde olmamıştır. Mutlaka ulusal ve uluslararası eşya taşımacılığının ayrılması ve CMR sigorta sözleşmesinin yapılması gerekmektedir.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKDENİZ, Umut, “Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği Hakkında Bir Değerlendirme”, **TFM**, Y. 2019, C. 5, S. 2, s. 143-156.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Avrupa İşletmeler Ağı İstanbul Merkezi İstanbul Sanayi Odası, **Dış Ticarete Ödeme Ve Teslim Şekilleri**, 1. B., Umur Basım Sanayi Ve Tic. A.Ş., İstanbul, 2015.

BUGDEN, Paul M., **Freight Forwarding And Goods In Transit**, 1st Ed., Sweet & Maxwell, London, 1999.

CLARKE, Malcolm A., **International Carriage of Goods By Road: CMR**, 3rd Ed., Sweet&Maxwell, London, 1997.

ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku**, 21. B., Karahan Kitabevi, Adana 2020.

ÇİFTÇİ, Tuğba, **CMR Sigortasında Himaye**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi, Erzurum 2009.

KAHYA, Mehmet, “Taşıyıcının Malî Sorumluluğu ve C.M.R. Sigortaları”, **Reasürör**, S. 39, s. 21-24, http://www.millire.com/dergi/SAYI_39.pdf, Erişim tarihi: 03.01.2021.

KARA, Hacı, “Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2006, C. 4, S. 37, s. 67-89.

KARAN, Hakan, “Taşımacının Sorumluluğunun Hukukî Mahiyeti”, **Yıldırım ULER'E Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa 2014, s. 349-365, <https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/yildirim-ulere-armagan.pdf>, Erişim tarihi: 03.01.2021.

KARASU, Rauf, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, Y. 2015, C. 2, s. 683-706.

KARGI, Ayşegül Gizem, **CMR Sigortası**, Yayınlanmamış YL Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara 2011.

KAYIHAN, Şaban/GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. B., Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

KENDER, Reyagan, **Türkiye Hususi Sigorta Hukuku**, 16. B., Onikielvha Yayınevi, İstanbul 2017.

KULA DEĞİRMENCİ, Nil, “Türk Ticaret Kanunu ile Taşıma İşleri Organizatörlüğü Yönetmeliği'nin İlgili Hükümleri Işığında Taşıma İşleri Komisyonculuğu”, **Batider**, Y. 2019, C. 35, S. 1, s. 17-65.

RAMBERG, Jan, **ICC Guide to Incoters 2010**, ICC Services Publication, Paris, 2011.

ÖZDAMAR, Mehmet/DOĞAN, Burak, **Sigorta Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 6. Kitap, Sigorta Hukuku**, C. II, 1. B., Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016.

<https://www.dunav.com/en/portfolio/carriage-of-goods-by-road/>, Erişim tarihi: 18.11.2020.

<http://fiata.com/>, Erişim tarihi: 29.12.2020.

www.kazanci.com, Erişim tarihi: 20.12.2020.

https://www.lutz.com.tr/Content/Lutz-html/pdf/CMR-Genel-Sartlar-TR_01.01.2012.pdf, Erişim tarihi: 01.01.2021.

<https://www.tsb.org.tr/zorunlu-karayolu-tasimacilik-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=529>, Erişim tarihi: 01.01.2021.

KARA/ Taşıma İşleri Organizatörü'nün Karayolu Taşımacılığındaki Rolü ve CMR Sigorta Sözleşmesi

DONATANIN SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI VE SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN¹
Dr. Öğretim Üyesi Etem KARA²

Öz

Özel hukuk sistemimizde sorumluluk iki ana başlıkta ele alınır. Bunlardan ilki borçlunun sorumluluğunun kaynağıdır. İkincisi ise, borçlu hukuken sorumlu olduğunda alacaklıya ne ile sorumlu olacağı durumudur. Borçlu, alacaklıya karşı hukuken sorumlu olduğunda kural olarak bütün malvarlığı ile sınırsız kişisel sorumluluğu gündeme gelir. Bu kuralın bir dizi başkaca istisnası düzenlenmiş olduğu gibi konumuzu oluşturan donatanın sorumluluğu da bu genel kuralın bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmamızda deniz ticaretinin başlıca aktörü olan donatanın sorumluluklarının kaynaklarını ortaya koyduktan sonra, donatanın sorumluluğunu deniz ticareti hukuku tekniği açısından sınırlayan ilgili kuralları sistematik olarak ele almayı amaçladık. Ayrıca, bu hükümlerin malik olmayan donatan olarak nitelendirilen gemi işletme müteahhidi için de uygulanacağını kabul edildiğini belirtelim.

Anahtar Kelimeler: Deniz ticareti, donatan, gemi işletme müteahhidi sorumluluk.

RESOURCES OF THE SHIPOWNER'S RESPONSIBILITY AND SYSTEM OF LIMITATION LIABILITY

Abstract

In our private legal system, responsibility is addressed in two main headings. The first is the source of the debtor's responsibility. Second, is the case of when the debtor is legally responsible, what he will be liable to the creditor. As a principle, when the debtor is legally responsible for the creditor, unlimited personal liability

¹İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-3778-0250, saban.kayihan@medeniyet.edu.tr.

² Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-6123-9619, etemkara@kara.av.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.12.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18.01.2021

Bu makaleye atıf için; KAYIHAN, Şaban/KARA, Etem, "Donatanın Sorumluluğunun Kaynakları ve Sorumluluğunun Sınırlandırılması Sistemi", **İMHD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 49-76.

with all his assets comes into question. As there are a number of other exceptions to this principle, the responsibility of the equipment that constitute our position is an exception to this general rule.

In this essay, it is aimed to systematically address the relevant rules limiting their responsibility in terms of maritime law technique, after revealing the sources of the responsibilities of the shipowner who is the main actor of maritime. It should also be emphasized that these provisions are accepted as applying to the ship operating contractor, who is qualified as non-owner.

Keywords: Maritime, shipowner, ship operating contractor (disponent owner), responsibility.

Giriş

Borçlar hukuku genel hükümlerinden hatırlayacağımız gibi bir borç ilişkisinde borçlu, alacaklıya karşı, belirli bir davranış biçiminde bulunmak; yani üstlendiği edimi yerine getirmek, yani geniş anlamda ifa etmek yükümlülüğü altına girer. Bununla birlikte borçlunun yüklenmiş olduğu edimi yerine getirmesi borçlunun isteğine ve iyi niyetine bırakılamaz. Borçlu, edimini kendi isteğiyle yerine getirmeyecek olursa hukuk düzeni alacaklıya, borçlunun malvarlığına el atabilme imkânını tanımaktadır ki işte buna "**sorumluluk = mesuliyet**" adı verilmektedir³. Başka bir deyişle sorumluluk, alacaklının alacağını elde edebilmesi için borçluya ait malvarlığına cebri icra yoluyla el koyabilme yetkisi ve borçlunun bunlara katlanmak zorunda olması anlamına gelir. Sorumluluk, esasen borç ilişkisinin yaptırımı (müeyyidesi) olarak karşımıza çıkar. Borçlu, borcunu kendi rızası ile ifa etmediği takdirde alacaklı, kendi gücü ile bu ifayı gerçekleştiremez. Yani ihkak-ı hak (kendi hakkını bizzat kendi gücü ile elde etmek) hukuk düzeni ile ilke olarak yasaklanmıştır. Borçlu, yüklendiği edimi kendi isteğiyle yerine getirmedeği takdirde, alacaklı alacağını devletin yetkili organları vasıtasıyla yani devletin yardımı ile zorla alabilmek yetkisine sahiptir. Öyleyse borcun bir sorumluluğa bağlanarak alacağın elde edilmesine imkân sağlamak suretiyle, alacaklının hakkı hukuken koruma altına alınmıştır. Sorumluluğun gereğini yerine getirmek ise prensip itibariyle devletin yetkili makamlarına aittir⁴.

Hukuk literatüründe sorumluluk kavramı, **-den** ve **-ile** sorumluluk olmak üzere iki anlamda kullanılır. Sorumluluğun kaynağına yani sebebine göre ayırımına baktığımızda **-den** sorumluluğundan bahsedilir. Bu anlamıyla sorumluluk, bir kişinin (bir şeyden veya bir kişiden dolayı) tazminatla sorumlu tutulmasına sebep olan vakıa olarak karşımıza çıkar ve böylece, sorumluluğun kaynağını gösterir. Yani acaba borçlu, hangi sebepten dolayı sorumludur sorusuna, **-den** sorumluluk cevap verir. Buna göre borçlu, esas itibariyle ya sözleşmeden veya haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumlu olur.

³ KAYIHAN, Şaban, **Deniz Ticareti Hukuku**, İstanbul 2020, s. 130-131.

⁴ KAYIHAN, s.131.

Borçlunun hangi sebepten dolayı sorumlu olacağını belirledikten sonra alacaklısına karşı neyi ile sorumlu olacağına da **-ile** sorumluluk cevap verir. Borçlu, borcunu ifa etmediği takdirde ne ile sorumlu olacaktır? Bu durumda gündeme iki ihtimâl gelir. Borçlu, bu durumda ya şahsı ile ya da malı ile sorumlu olacaktır. Şahıs ile sorumluluk, alacaklının alacağını elde edebilmesi için doğrudan doğruya borçlunun şahsına el atabilmesi demektir. Ülkemizde ve modern hukuk sistemlerinde borç için hapis veya "*şahıs ile sorumluluk*" esas geçerli değildir. Edimini ifa etmeyen borçlu, alacaklıya karşı kural olarak malvarlığı ile kişisel, sınırsız sorumlu tutulur⁵.

Bu itibarla bir hukuk kişisi olarak gerçek veya tüzel kişi olabilen donatan da tabiatıyla belirttiğimiz şekillerde **-den** sorumluluk yönünden borç ilişkisine taraf olabilir ve hangi sebepten sorumlu olursa olsun **-ile** sorumluluğu genel hükümler karşısında kural olarak bütün malvarlığı ile kişisel, sınırsız sorumluluktur. Donatanın gemi adamları ve bunlarla bir tutulanlar dışında başka kişilerin kusurlu fiilleri sonucunda borç altına girmesine TBK. m.66 ve 116 hükümleri uygulama alanı bulabilir⁶.

Hiç şüphesiz deniz ticaretine ilişkin tehlikeler kara ticaretine ilişkin tehlikelere göre sonuçları itibariyle daha ağır ve öngörülemez nitelik taşır. Bu durum eski çağlardan bu yana böyledir. Ayrıca deniz ticaretinin küresel nitelik taşıdığı ortadadır. Zira bu tehlikeler evrenselidir ve her ülke vatandaşı için aynıdır. Bundan ötürü çağdaş ülkeler donatanları deniz ticaretine ilişkin faaliyetlerini cesaretlendirip onları teşvik etmek için onların **-ile** sorumluluğunu sınırlandırmak yöntemine gitmişlerdir. Çünkü donatanların en önemli sermayeleri gemileridir ve bir deniz tehlikesi karşısında gemilerinin batması gerek ticari faaliyetlerinde gerekse başkaca medeni hayatlarında onları çok zor durumda bırakabilir⁷. Bu itibarla borçlunun **-ile** sorumluluğuna ilişkin genel kural olan tüm malvarlığı ile kişisel sorumluluk ilkesinin donatanlara uygulanmaması, onların deniz ticaretlerine ilişkin sorumluluklarının sınırlandırılması fikri var olagelmiştir. Bu çerçevede ülkeler arasında birçok uluslararası sözleşme akdedilmiştir.

Biz de bu çalışmamızda donatanın ve onun gibi sorumlu tutulan malik olmayan donatan olarak nitelendirilen gemi işletme müteahhidinin **-den** sorumluluğunu belirledikten sonra **-ile** sorumluluğuna ilişkin sistemi incelemeyi hedefledik.

Çalışmamızı giriş bölümümüzden sonra beş ana paragraf altında topladık. Birinci paragrafımızı konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için donatan ve gemi işletme

⁵ KAYIHAN, s.131.

⁶ SÖZER, Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku – I, (Ders Kitabı)**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2013, s.183; KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIOĞLU, Emine, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, C.1**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördünü Baskı, İstanbul 2017, s.101; KAYIHAN, s.132.

⁷ OKAY, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri**, İkinci Baskı, İstanbul 1971, s.211 vd.; BOZKURT, Tamer, **Ticaret Hukuku C. V, Deniz Ticareti Hukuku, Kara Taşıma Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul 2016, 71; İZVEREN, Adil / FRANKO, Nisim / ÇALIK, Ahmet, **Deniz Ticaret Hukuku**, Ankara 1994, s.100.

müteahhidi kavramlarına ve gemi işletme müteahhidinin hukuki konumuna ayırdık. İkinci paragrafta donatanın *-den* sorumluluğu bağlamında donatanın sorumluluğunun kaynaklarını irdeledik. Üçüncü paragrafta donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin yürürlükte olan güncel sistemi ve kapsamını yani *-ile* sorumluluğunu inceledik. Dördüncü paragrafta sınırlamaya tabi alacaklar ve sınırlama hakkını ortadan kaldıran hareketler ile sınırlama dışında bırakılan alacakları ele aldık, beşinci paragrafımızda ise bütün bu düzenlemelerin hukukumuzda nasıl uygulanacağını öngören TTK hükümlerini gözden geçirdik ve bunu takiben sonuç kısmımızla çalışmamızı nihayete erdirdik.

§ I. Donatan ve Gemi İşletme Müteahhidi Kavramları ve Gemi İşletme

Müteahhidinin Hukuki Konumu

A. Donatan Kavramı

1. Tanımı ve Unsurları

a. Tanımı

“Donatmak” terimi “teçhiz etmek” teriminden türer. *Gemisini (donatıp) menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikine donatan denir* (TTK. m. 1061/1). Deniz ticareti uygulamasında sektörün günlük konuşma dilinde donatana, daha ziyade “armatör” denilmektedir⁸.

Donatan gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Yasa metninde geçen “menfaat” teriminin kanımızca bu şekilde kullanılması yeterli değildir, “*menfaat sağlamak amacıyla*” yerine “*ekonomik menfaat sağlamak amacıyla*” ibaresi kullanılmış olsaydı daha isabetli olurdu. Bu itibarla, hükümde kullanılan “*menfaat*” terimini “*ekonomik çıkar*” olarak anlamak gerekir⁹.

b. Unsurları

Yukarıdaki tanımdan bir gerçek veya tüzel kişinin TTK. m. 1061/1 çerçevesinde donatan sayılabilmesi için şu unsurlara sahip olmasının gerektiği anlaşılır:

- Geminin maliki olmak,
- Gemiye ticari amaçla kullanmak,
- Gemiye suda kullanmak,
- Gemiye kendi adına ve hesabına işletmek.

Şu halde, TTK. m. 1061/1 ile tanımlanan donatan sıfatına sahip olmak için kişinin, geminin mülkiyetine sahip olması, gemisini suda (deniz, göl, nehir vb.) ekonomik

⁸ KAYIHAN, s.115.

⁹ KAYIHAN, s.115.

menfaat (ticari amaç, yük, yolcu taşıma vs.) elde etmek üzere kendi adına ve hesabına kullanması koşulları aranmaktadır¹⁰.

Gemi siciline tescilli gemiler bakımından geminin maliki, o gemiyi kendi adına ve hesabına tescil ettiren kişi varsayılır. Bu varsayıma hukuken *kanuni faraziye* değil *karine* olarak nitelendirilir¹¹ (bkz. TTK. m. 972/1). Böylece bir gemiyi, gemi siciline kendi adına ve hesabına kaydettirmiş olan kişi mülkiyete ilişkin anlaşmazlıklarda ispat yükü (*burden of proof*) bakımından da avantajlı konumda olur¹².

Gemi siciline tescilli olmayan gemiler açısından ise malik sıfatıyla geminin zilyetliğine sahip olan kişi/kişiler TMK. m. 973/1 marifetiyle o geminin maliki sayılır/lar¹³.

Bir başka taraftan, bir kişi maliki olduğu bir gemiyi kendi adına ve hesabına suda ekonomik menfaat sağlamak için işletmiyor, kiraya vermek şeklinde gelir elde ediyorsa, bu ihtimalde “kendi adına ve hesabına suda işletme” unsuru bulunmadığı için bu kişi donatan sayılmaz, sadece kira geliri elde eden gemi maliki niteliğinde olur¹⁴. Bu durumda hemen sonraki başlıkta ele aldığımız “malik olmayan donatan” olarak ifade edilen gemi işletme müteahhidi gündeme gelir.

B. Gemi İşletme Müteahhidi

1. Tanımı ve Unsurları

a. Tanımı

Türk Ticaret Kanunu m. 1061/2, c.1 “kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır” diyerek gemiye malik olmayan bir kişinin de deniz ticaretinde bir gemiyi işletebilmesinin yolunu açmıştır. Bu kişiye gemi işletme müteahhidi (GİM.) adı verilmektedir¹⁵. GİM. esasen gemi kira sözleşmesindeki kiracıdır¹⁶ ve **malik olmayan donatan** demektir¹⁷. Zira, TTK.

¹⁰ Kara ticareti hukukunda TTK. m. 12/1 düzenlemesine göre kural olarak bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişiye tacir dendiğini biliyoruz. Tacirin deniz ticareti hukukundaki karşılığı donatandır. Bu itibarla bir gerçek kişi TTK. m. 11/1’in belirttiği unsurları muhtevi bir şekilde denizde ticari amaçla gemisini kendi adına ve hesabına kullanıyorsa deniz ticareti hukuku anlamında donatan, ticaret hukukunun geniş anlamıyla da tacir sayılır (karş. TTK. m.12). Tüzel kişi donatanlar da TTK. m. 16 doğrultusunda tacir sayılırlar.

¹¹ HILL, Christopher, **Maritime Law**, Sixth Edition, New York 2003, Published 2014 s.23; Bkz. KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, İstanbul 2020, s.119.

¹² HILL, s.23-24.

¹³ KARA, **Ders Kitabı**, s. 119.

¹⁴ KARA, **Ders Kitabı**, s. 119.

¹⁵ SÖZER, s.166; BOZKURT, s.70.

¹⁶ KARA, **Ders Kitabı**, s.127.

¹⁷ SÖZER, s.166-167.

m. 1062/2, c.1 bu kişinin üçüncü kişilerle gireceği ilişkilerde donatan hükmünde olacağını açıkça hükme bağlamıştır.

b. Unsurları

Yukarıdaki tanımdan GİM.'de bulunması gereken unsurları şöylece sıralamak mümkündür:

- Başkasına ait olan bir geminin kullanılması,
- Geminin suda kullanılması,
- Geminin bizzat veya kaptan aracılığı ile kendi adına ve hesabına kullanılması.

C. Gemi İşletme Müteahhidinin Hukuki Konumu

1. Donatan (Gemi Maliki) ile Olan Hukuki İlişkisi

Gemi işletme müteahhidi ile gemi maliki arasındaki hukuki ilişki, ikisi arasındaki sözleşmenin niteliğine ve hükümlerine göre belirlenir. Bu sözleşme finansal kiralama sözleşmesi (*leasing*) olabileceği gibi alışlagelmiş kira sözleşmesi de olabilir. Bu kira sözleşmeleri deniz ticaretine ilişkin terminoloji ile bazen *bareboat charter*, bazen *charter with demise* sözleşmeleri olarak anılırlar¹⁸. Esasen bu sözleşmeler hukuki nitelikleri itibarıyla kira sözleşmesidir ancak her birinin hükümleri birbirinden farklılık arz edebilmektedir¹⁹.

Bu kavramları konuya ilişkin kısaca tanımlayalım:

- **Bareboat Charter Sözleşmesi:** Bir geminin sahibinden personelsiz ve donatılmamış olarak *kiralınması* sözleşmesine bareboat charter sözleşmesi denir. Bu gemi kira sözleşmesine *çiplak gemi kira sözleşmesi* de denilmektedir²⁰.
- **Charter With Demise (Demise Charterparties) Sözleşmesi:** Bir geminin sahibinden gemi adamları ile donatılmış bir şekilde kiralınmasına ilişkin sözleşmeye charter with demise sözleşmesi denir. Bareboat charter'dan tek farkı; kiralayanın gemiyi bütün donanımıyla birlikte kir alıyor olmasıdır. Bu yüzden bu tür gemi kira sözleşmelerine *donatılmış gemi kira sözleşmesi* de denilmektedir²¹.

2. Üçüncü Kişilerle Olan Hukuki İlişkisi

Kanunkoyucu GİM.'i üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan saymaktadır (TTK. m. 1061/2, c.1). Öyleyse GİM. üçüncü kişilere karşı donatan konumundadır, onlar ile olan hukuki ilişkilerinde de herhangi bir donatanın sahip olduğu haklara ve borçlara sahiptir. Özellikle donatanın sorumluluğu bakımından ele aldığımız hususlar GİM. için de geçerlidir.

¹⁸ SÖZER, s.170.

¹⁹ Gemi kira sözleşmeleri için bkz. KAYIHAN, s.163 vd.; KARA, **Ders Kitabı**, s.149 vd..

²⁰ WILSON, John F., **Carriage of by Sea**, Fifth Edition, Edinburg 2006, s.7; ÖNDER, Salih, **Gemi Kira Sözleşmesi**, Ankara 2016, s.86; Bkz. HILL, s.168.

²¹ WILSON, s.7-8; ÖNDER, s.88; HILL, s.168.

Öte yandan TTK. m. 1061/2, c.2 hükmü gereğince, *geminin maliki, geminin işletilmesinden dolayı gemi alacaklısı sıfatıyla bir istemde bulunan kişiyi, bu işletilme malike karşı haksız ve alacaklı da kötüniyet sahibi olmadıkça, hakkını istemekten engelleyemez*²².

Ş II. Donatanın Sorumluluğunun Kaynakları (-den Sorumluluk)

A. Genel Olarak

Giriş kısmımızda ifade etmiş olduğumuz gibi donatan da diğer hukuk kişileri gibi hukuki ilişkilere taraf olabilir ve sorumluluğunun kaynağı hangi sebep olursa olsun borçlar hukuku genel hükümleri karşısında sorumluluğu kural olarak bütün malvarlığı ile kişisel, sınırsız sorumluluk olarak belirir. Örneğin donatan genel hükümler çerçevesinden bir sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumlu olduğunda bu genel kural uygulama alanı bulur. Buna göre söz gelimi, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille bir başkasına zarar ıka eden donatan, hukuka aykırı kusurlu fiili ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı (sebeup – sonuç ilişkisi) da olduğu takdirde ortaya çıkan bu zararı TBK. m. 49 vd. hükümlerine göre bütün malvarlığı ile kişisel ve sınırsız sorumlu olarak tazmin etme borcu altında olur²³.

Şu hale göre donatanın sorumluluğunun sınırlandırıldığı yerler, sorumluluğun özellikle deniz ticaretine ilişkin özel kaynaklardan doğduğu zaman gündeme gelir. Şimdi bu sebepleri ele alalım.

B. Donatanın –den Sorumluluğunun Özel Kaynakları

1. Türk Ticaret Kanunu’ndan Doğan Sorumluluk Halleri

a. Gemi Adamlarının ve Kılavuzların Görevlerini İfa Ederlerken Kusurlarından Dolayı Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun *görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda* üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu tutulmuştur. Ancak donatanın, yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, *taşıyanın* gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır (TTK. m. 1062/1).

bb. Sorumluluğun Şartları

aaa. Kusurlu Zarar Verenin Gemi Adamı veya Kılavuz Olması

²² Fazlası için bkz. KAYIHAN, s.118-119.

²³ KARA, *Ders Kitabı*, s.119.

“Gemi adamları” tabirinden anlaşılması gereken TTK. m. 934’e göre; kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğır kişilerdir²⁴. Bu kişilerin donatanla olan hukuki ilişkileri çoğu zaman hizmet sözleşmesi olarak karşımıza çıkar. Elbette vekâlet akdi de olmasına engel yoktur. Kendi aralarındaki nispi hukuki ilişkiyi kendileri serbest iradeleri ile belirlerler.

Donatanın, görevlerini ifa ederlerken fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu tutulduğu kılavuzlar aşağıdaki gibidir;

- ✓ Zorunlu danışman kılavuz²⁵,
- ✓ İsteğe bağlı danışman kılavuz,
- ✓ İsteğe bağlı sevk ve idare kılavuzu,

Çünkü bu üç ihtimalde tüm yetki kaptandadır. Kaptan da bir gemi adamı olduğuna göre, onun görevini ifa ederken kusurlu davranışları ile verdiği zararlardan donatan sorumlu olur²⁶.

Bu üç kılavuzun yanısıra donatan için **zorunlu sevk ve idare kılavuzu**²⁷ da gündeme gelebilir. Hemen belirtelim ki, zorunlu sevk ve idare kılavuzu alınması durumunda tüm sevk ve idare kaptandan alınıp, bu kılavuza verilmek durumunda olduğu için, donatan bu kılavuzun kusurlu fiillerinden sorumlu tutulamaz, sorumluluk zorunlu kılavuz ve kılavuzluk teşkilatına aittir²⁸.

bbb. Gemi Adamları ve Kılavuzların Görevlerini İfa Ederken Kusurlu ve Hukuka Aykırı Fiilleri ile Zarar Vermiş Olmaları

Burada sözü edilen kimselerin görevlerini yerine getirirken hukuka aykırı, kusurlu eylemleri neticesinde üçüncü kişilerin zarara uğramasından kaynaklanan sorumluluk söz konusudur. Bu itibarla TBK. m. 49 ile öngörülen haksız fiil sorumluluğunun tüm unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Kusurla ilgili söylenebilecek hususlar borçlar hukukunun haksız fiil hükümlerinde ifadesini bulan *kast* ve *ihmal* halleridir. Bununla birlikte, denizcilikteki tehlikelerin farklılığı ve ağırlığı karşısında bu işleri yapanlardan daha çok dikkat ve özen beklenmesi doğaldır²⁹.

ccc. Üçüncü Kişilerin Bu Fiillerden Zarar Görmesi

²⁴ Diğır gemi adamlarından kast edilen, yardımcı zabıtlar, gemi adamı olmak için eğitim gören stajyerler, kamarot, aşçı gibi yardımcı hizmet personelidir. Bkz. Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptan Yönetmeliği m. 3 ve 4.

²⁵ Ülkemizde İstanbul ve Çanakkale boğazlarında zorunlu danışman kılavuzluk sistemi uygulanmaktadır.

²⁶ KARA, **Ders Kitabı**, s.121.

²⁷ Corent Boğazi, Panama Kanalı ve Süveyş kanalında zorunlu sevk ve idare kılavuzluğu hizmeti verilmektedir.

²⁸ YAZICIOĞLU, Emine / KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon, **Deniz Ticaret Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15.Baskı, İstanbul 2020, s.250; KARA, **Ders Kitabı**, s.121.

²⁹ KAYIHAN, s.133-134.

Burada esasen vurgulanmak istenen uygun nedensellik (illiyet) bağıdır³⁰. Üçüncü kişiler gemi adamları ve kılavuzların görevlerini ifa ettikleri esnada işledikleri kusurlu fiillerinden dolayı zarara uğramış olmalıdır ki, donatan bu maddi veya manevi zararlardan sorumlu tutulabilsin (karş. TBK. m. 53, 54, 56).

cc. Yolculara ve Yükle İlgili Kişilere Karşı Özel Durum

Donatanın yükle ve yolcularla ilgili sorumluluğunun “ancak, donatan, yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur” denilerek daraltıldığını görmekteyiz (TTK. m. 1062/1, c.2).

Taşıyanın sorumluluğuna yapılan bu yollama sebebiyle donatan aynı zamanda taşıyan olsun veya olmasın geminin sevk ve idaresi ile başkaca teknik yönetimine ilişkin eylemin veya yangının sonucunda yüke gelen zararlar için sorumlu tutulmamıştır (TTK. m. 1180).

çç. Donatanın Sorumluluğunun Niteliği

Donatanın gemi adamları veya kılavuzların görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumluluğa ilişkin olarak TTK. m. 1062 özel bir düzenleme öngörmekle birlikte bu düzenleme TBK hükümlerinin de uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Zarar gören; adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu ile organizasyon sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 66’ya veya koşulları varsa yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu öngören TBK. m. 116 hükmüne de başvurabilir. TBK. m. 66 hükmünün uygulanmasında adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirme imkanına sahip bulunduğu göz ardı edilmemelidir³¹.

b. Kaptanın İşlemlerinden Dolayı Sorumluluğu

aa. Kaptanın Yasal Temsil Yetkisine Dayanarak Akdettiği Hukuki İşlemlerden Doğan Sorumluluğu

Kaptanın esasen gemi henüz bağlama limanında bulunduğu sırada kural olarak donatanı temsil etme yetkisi bulunmaz, bu itibarla geminin bağlama limanında olduğu esnada kaptanın yapmış olduğu hukuki işlemler de donatanı kural olarak hukuken bağlamaz (TTK. m. 1103/1, c.1). Bununla birlikte donatan bu esnada dahi kaptana ayrıca özel bir temsil yetkisi vermiş olabilir. İşte bu durumda da kaptanın gemi limanda olduğunda yaptığı işlemlerden donatan hukuken bağlı olur (TTK. m. 1103/1, c.2). Dikkat edilirse burada kaptanın donatanı doğrudan temsil yetkisi söz konusudur, bu itibarla kaptanın donatanı temsilen yaptığı hukuki

³⁰ Bu konuda bkz. GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, İstanbul 2020, s.400.

³¹ Bkz. GÜNERGÖK / KAYIHAN, s.416 vd..

işlemlerden dolayı donatanın sorumluluğunun kaynağı da hukuki işlem olmaktadır.

Öte yandan gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptan, bu sıfatla, geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde tutulmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesine ilişkin her türlü işlem ve tasarrufları üçüncü kişilerle donatan adına yapmaya yetkili kılındığı için bu işlemlerden de donatan sorumlu olacaktır (TTK. m. 1104/1).

Yabancı bayraklı gemilerde, geminin malikine veya kiracısına açılacak her türlü dava veya takip, onlar hakkında geçerli olmak üzere kaptana da yöneltilebilmektedir. Ancak bu dava donatana izafeten kaptana yöneltilir (TTK. m. 1104/1). Dava sonucunda alınan ilamların kaptana değil donatana infazı gerekir.

bb. Kaptanın Yükle İlgili İş ve İşlemlerinden Sorumluluğu

Kaptan geminin taşıdığı yük üzerinde tasarruf ettiği takdirde donatan, yükleten, taşıtan veya gönderilen gibi yükle ilgili kişilerin uğradığı zararları gidermekle sorumlu tutulmuştur³². Kaptanın yükü (eşyayı) satması gerekirse eşyanın satışı ile elde edilen net satış tutarı bu hususta sorumluluk sınırlarını düzenleyen TTK. m.1186 hükmünde gösterilen değeri aşarsa bu değer yerine net satış tutarı kaim olur³³.

c. Müşterek Avaryada Kurtarılan Gemi ve Navlun Sebebiyle Sorumluluğu

Müşterek avarya hukukun diğer alanlarında pek rastlanmayan, müşterek zararın o deniz sergüzeştine (serüvenine) katılanlar arasında paylaştırılması kurumu niteliğindedir. Müşterek avaryanın yasal tanımı TTK. m.1272’de yapılmıştır. Buna göre ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan “*gemiye, yükü, diğer eşyayı ve navlunu*” *birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanması hâlinde*” müşterek avarya hareketi var sayılır. Bu bağlamda gemiye, yüke, diğer eşyaya ve navluna karşı *birlikte tehdit* oluşturan her olay nedeniyle *bilerek* oluşan her türlü *olağan dışı* nitelikteki *zararlar ve masraflar* müşterek avarya hareketini oluşturmaktadır. İşte bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir. Müşterek avarya garmesine giren zarar ve giderler gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında paylaşılır³⁴.

Müşterek avarya garame paylarının kişisel borçluları, garmeye girecek olan geminin müşterek avarya hareketinin meydana geldiği andaki donatana, navlunun boşaltma tarihindeki alacaklısı ve diğer eşyanın boşaltma tarihindeki maliki olarak

³² KARA, **Ders Kitabı**, s.122.

³³ KARA, **Ders Kitabı**, s.122.

³⁴ KAYIHAN, s.277; KARA, **Ders Kitabı**, s.126.

öngörülmüştür (TTK. m. 1274/1). Şu halde müşterek avaryaya ilişkin olarak da müşterek avaryanın meydana geldiği andaki gemi donatanı sorumlu olmaktadır³⁵.

ç. Çatma ve Kurtarma Sebebiyle Donatanın Sorumluluğu

aa. Çatmadan Doğan Sorumluluğu

Çatma esasen TBK. m. 49 vd. ile düzenlenen haksız fiilin deniz ticareti hukukuna özgü özel bir halidir³⁶. TTK.'nın 1286 – 1297 maddeleri çatmayı bu doğrultuda düzenlemiştir. Kavramsal olarak “çatma” iki veya daha fazla geminin çarpışmasını³⁷ ifade eder. Çatma, TTK.'da özel olarak düzenlenmiş bulunan ve fakat niteliği itibarıyla haksız fiil oluşturan bir eylemdir³⁸. Çatma konusu TTK.'da bu çarpışma sonucu gemilere ve gemilerde bulunan insanlara veya eşyaya verilen zararın tazmini açısından düzenlenmiştir (TTK. m. 1286).

Çatma konusu modern çağ öncesi dönemlerdeki gemilerin teknik zaafı nedeniyle daha sık görülen bir durum iken, modern çağda bilim ve teknolojiye gelişme nedeniyle çatma olaylarında sayısal olarak çok ciddi miktarda azalma olmuştur, ancak yaşanan çatma olaylarında oluşan hasar ve zararlar çok büyük sorumluluklar doğurur hale gelmiştir³⁹.

Çatma durumunda çatmaya karışan gemilerin donatanları çatma sebebiyle gemilerin veya gemide bulunan yüklerin uğradıkları zarardan kusurlarının ağırlıkları oranında sorumlu tutulurlar⁴⁰. Ancak teknik olarak kusur ağırlığı oranının belirlenmesi mümkün olmaz ise, çatmaya katılan donatanlar ortaya çıkan zarardan tazminat sorumluluğu bakımından eşit oranda sorumlu tutulurlar. Bu tazminat talepleri açısından, donatanlar üçüncü kişilere karşı zincirleme sorumlu değillerdir⁴¹.

bb. Kurtarmadan Doğan Sorumluluğu

Kurtarma faaliyeti tıpkı müşterek avarya gibi deniz hukukuna ait bir kavramdır. Gemiler seyri-sefer yaptığı sürece kurtarma faaliyetleri de var olacaktır. Kurtarma faaliyetine ihtiyaç, yolculuk esnasında gemi adamlarının deniz rizikoları karşısında yetersiz kaldığı ve ek bir yardıma gerek duyduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Hem gemiyi hem de yükü güven altına almayı amaçlayan bu ek yardım denizcilik sektörü için kritik bir öneme sahiptir⁴². Kurtarma hizmeti belirli

³⁵ KAYIHAN, s.136; KARA, **Ders Kitabı**, s.126.

³⁶ KAYIHAN, s.301.

³⁷ Çarpışmanın seyir halinde gerçekleşmesi şart değildir. Olayın, çatma kabul edilmesi için çarpışma fiili gerekli ve yeterli şarttır.

³⁸ KAYIHAN, s.301.

³⁹ KAYIHAN, s.301.

⁴⁰ KARA, **Ders Kitabı**, s.125.

⁴¹ KARA, **Ders Kitabı**, s.125.

⁴² KAYIHAN, s.309.

koşullar altında ücretli bir hizmettir. Bu hizmetin ücretli olması kurtarma işinin doğasında vardır ve kurtarma işinin adil sonucu olarak karşımıza çıkar⁴³.

28.04.1989 tarihinde imzalanan ve 14.07.1996 tarihinde yürürlüğe giren “*Kurtarmaya Dair Uluslararası Sözleşme*” m. 6/2 hükmüne göre, kaptan donatanın adına ve hesabına kurtarma sözleşmeleri akdetme yetkisine sahiptir. Keza TTK. m. 1300/1 hükmü gereğince de kaptan aracın kurtarılması için gemi maliki yani donatan adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Bu doğrudan temsil yetkisi yasadan doğmaktadır. Bu itibarla kurtarma sözleşmesi ile kararlaştırılan kurtarma ücretinden kaptan değil, bizzat donatan sorumlu olur⁴⁴.

d. Denizi Kirletmesinden Doğan Sorumluluğu

Hukukumuzda son yıllarda denize gemilerin sebep verdiği petrol kirlenmesinden hukuki sorumluluğa yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda gemi sicilinde kendisi adına tescilli bir gemiyi sahibinden başka biri işletirken denizde petrol kirliliğine neden olsa bile sicilde kayıtlı olan gemi sahibi bunda kusurunun bulunmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bu durum onun açısından bir objektif sorumluluk hali teşkil eder⁴⁵. Bu hususta 1992 Tarihli “Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğuna İlgili Uluslararası Sözleşme” ve 1992 Tarihli “Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme” imza edilmiştir. Bu sözleşmelere Ülkemiz üyedir. Bu sözleşmelerin uygulanmasının gerektiği durumlarda, mevzuatımızın bu sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulama alanı bulmaz⁴⁶. Sözleşme hükümlerinin uygulanması açısından TTK. m. 1336 şu düzenlemeyi öngörmektedir:

“(1) 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin 1 inci maddesinin altıncı paragrafında tanımlanan “kirlenme zararı” hakkında bu Sözleşme ve 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme hükümleri uygulanır. Bu sözleşmelerin doğrudan veya bu Kanun uyarınca uygulandıkları

⁴³ HILL, s.335.

⁴⁴ KARA, *Ders Kitabı*, s.125; KAYIHAN, s.318.

⁴⁵ Fazlası için bkz. KARA, Hacı, *Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, İstanbul 2005; GÜLFER, Kuyucu Meriç, *Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması*, İstanbul 2017; DEMİR, İsmail, *Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararlarının Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt:2 Sayı:1 Yıl: 2011;

KARA, *Ders Kitabı*, s.123.

⁴⁶ KARA, *Ders Kitabı*, s.123.

hâllerde, mevzuatın, bu sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulanmaz.

(2) 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin Nihai Maddelerinin 14 ve 15 inci maddeleri ile 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin Nihai Maddelerinin 32 ve 33 üncü maddeleri uyarınca yapılacak değişikliklerin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.

(3) Bu Kısımda geçen; a) “1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi” ibaresi “27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme”yi ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları, b) “1992 tarihli Fon Sözleşmesi” ibaresi “27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme”yi ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları, topluca ifade eder”.

Denizin kirlenmesine yönelik zararların tazmini amacıyla kabul edilen bir diğer önemli düzenleme de 5312 sayılı “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun”dur. Bu itibarla söz geçen bu Kanun çerçevesinde de donatanın sorumluluğu gündeme gelebilir⁴⁷.

Bunların dışında 09.8.1983 tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanunu’nu da burada zikretmek gerekir⁴⁸. Sözü geçen kanunun 28. maddesi düzenlemesi, “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.

Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar” hükmünü ihtiva etmektedir.

Yasa metninden açıkça anlaşıldığı üzere burada kanun koyucu objektif bir sorumluluk öngörmektedir. Yani çevreyi kirletenlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerindedir.

Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan

⁴⁷ Bkz. KARA, **Ders Kitabı**, s.124.

⁴⁸ RG. T. 11.8.1983, S.18132.

gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir (ÇK. m. 3/g).

§ III. Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması Sistemi ve Kapsamı (-ile Sorumluluk)

A. Genel Olarak

Donatanın sorumluluğunu sınırlama hakkının arkasındaki temel fikir, donatanların (armatörlerin) deniz yoluyla işlerini sürdürmeleri için gereken her türlü teşvikin verilmesi düşüncesi olmuştur. Gemilerle denizlerde yol almak, ulusal ve uluslararası ticareti gerçekleştirmek gerçekten deniz tehlikelerine karşı çok cesur olmayı gerektirir. Beklenmeyen her türlü tehlike ihtimaline karşı deniz ticaretinde eşya taşıma işlerini yapan donatanlar için de borçlar hukukundaki sınırsız sorumluluk esasının korunması hiç şüphesiz onların cesaretini kırardı⁴⁹. Böyle bir tutum donatanlar için kumara benzeyen bir durum oluştururdu. Sınırsız sorumluluk ihtimali deniz ticaretindeki girişimci, maceraperest ruhlara sahip olan kişilerin bu duygularını hiç şüphesiz kırardı. Yüzyıllar önce ciddi bir deniz felaketi büyük olasılıkla donatanın derhal iflas etmesine neden olurdu⁵⁰. Deniz tehlikelerinin kendisine özgü tehlikeleri karşısında donatanları tıpkı kara ticaretindeki tacirler gibi alacaklılarına karşı kural olarak sınırsız sorumlu tutmak deniz ticareti pratiğini çok olumsuz etkilerdi. Bundan dolayı deniz ticareti uygulaması için donatanların lehine bir tür sorumluluk ihdas edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁵¹.

Bu doğrultuda donatanların sorumlulukları dolayısıyla, malvarlıklarını aşan ve zarar görenlerin zararlarının tam olarak karşılayamaması ihtimali karşısında, zararların tazmin edilememesi tehlikesi göz önüne alınarak, donatanların belirli bir malvarlığı ile sorumlu tutulması amacıyla sorumluluğun sınırlandırılması düşüncesinin doğduğunu ifade edebiliriz⁵². Bu çerçevede çeşitli kanuni düzenlemeler ve uluslararası sözleşmelerle donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması faaliyetlerine gidilmiştir⁵³.

Buna göre şu sınırlı sorumluluk sistemlerinin gündeme geldiğini ifade etmek mümkündür:

- ❖ Geminin hacmine göre tayin edilen bir meblağla sınırlı sorumluluk sistemi,
- ❖ Gemi ve navlun değeriyle sorumluluk sistemi,

⁴⁹ HILL, s.394.

⁵⁰ HILL, s.394.

⁵¹ HILL, s.394.

⁵² HILL, s.394.

⁵³ GÜR, Adnan Tefik, Deniz Alacaklarına Karşı Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılmasına Dair 1976 Konvansiyonu ve 1996 protokolü, (Çevrimiçi) <http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2115/5000001563-5000000620-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s.451 vd. (27.10.2019).

- ❖ Sınırlı ayni sorumluluk sistemi,
- ❖ Abandon (terk) sistemi,
- ❖ Karma sistem⁵⁴.

Bu sistemleri kendi iç hukuklarında değişik uygulayan ülkelerin uygulamaları hukuki bakımdan karışıklıklara yol açmaktaydı. 6762 Sayılı TTK.'nın yürürlükte bulunduğu zaman diliminde bu hususta hukukumuzda sınırlı ayni sorumluluk sistemi kabul edilmişti. Ancak 6102 sayılı TTK. ile bu sistemden vazgeçilmiş ve küresel gelişmelere koşut olarak TTK.'da bu hususa yer verilmemiştir. Deniz ticaretinin küresel niteliği gereği bu uygulamaların yeknesaklığını sağlama ihtiyacı daha da çok ciddiyet kazanmış ve bunun için uluslararası sözleşmeler akdetme yoluna gidilmiştir.

İlk olarak Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlanması İle İlgili Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarihli Brüksel Konvansiyonu akdedilmiştir. Sonrasında 1924 Konvansiyonu'na az sayıda devletin taraf olması nedeniyle Deniz Gemileri Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlandırılması Hakkında 10.10.1957 tarihinde Brüksel'de bu kez yeni bir uluslararası sözleşmeye imza atılmıştır. Fakat 1957 tarihli sözü geçen bu Anlaşmanın da sorumluluk sınırlarının düşük ve enflasyon karşısında korunmasız olması nedeniyle Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkında 19.11.1976 tarihli Londra Konvansiyonu akdedilmiştir. 1976 Londra Konvansiyonu, 1924 Konvansiyonu ve 1957 Konvansiyonu'nun yerine geçmek üzere hazırlanmış olup, 12 devletin onayını takiben 01.12.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1976 Londra Konvansiyonu'nu tadil eden 1996 Protokolü ile bir kısım değişiklikler yapılmıştır⁵⁵. 1996 Protokolü, 1976 Protokolü'nü tadil etmek amacıyla hazırlanmış olup, 10 üyenin onaylamasından sonra 13.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁶.

1976 Konvansiyonu'na 04.06.1980 tarihli ve 17007 sayılı RG.'de yayımlanan 28.02.1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş ve bu konvansiyon Ülkemizde 01.07.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 1996 Protokolü'ne ise 13.03.2010 tarihli ve 27520 sayılı RG.'de yayımlanan 05.02.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş ve bu protokol de Ülkemizde 17.10.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözü geçen 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü'nün Türkiye açısından uygulanabilir olduğu 6102 sayılı TTK. m. 1328 ve TTK.'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 37. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu şekli ile 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü, her ne kadar RG.'de yayımlanmış olan Bakanlar Kurulu Kararları doğrultusunda Türkiye için yürürlükte kabul

⁵⁴ KAYIHAN, s.138.

⁵⁵ Bkz. BERLINGERİ, Francesco, **International Maritime Conventions: Volume 2, Navigation Securities, Limitation of Liability and Jurisdiction**, New York 2015, s.353.

⁵⁶ GÜR, 1976 Konvansiyonu, s.452; Ayrıca bkz. KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, s.110-111. YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, 2020, s. 261 vd..

edilse de, 6102 sayılı TTK. ile ilk defa bir Kanun tarafından hükme bağlanmıştır⁵⁷. Bu itibarla bundan böyle donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda bizim de taraf olduğumuz sözü geçen bu uluslararası sözleşmelere gidilmesi gerekir⁵⁸.

B. Sorumluluğun Sınırlandırılmasında Sistem

1. Genel Olarak

Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında 1976 tarihli Uluslararası Konvansiyon - (SSHK.) m. 15 hükmü Konvansiyonun uygulama alanını şu şekilde hükme bağlamıştır:

“1. İş bu sözleşme, 1. maddede gösterilen bir kişinin taraf bir devletin mahkemesi önünde sorumluluğunu sınırlamak, haczedilmiş veya tedbir konulmuş, bir gemi veya sair herhangi bir malı yahut sözü geçen devlet makamlarına verilmiş olan bir teminatı serbest bıraktırmak istediği her halde uygulanır. Şu kadar ki, her taraf devlet 1 inci maddede zikrolunan ve mahkemeleri huzurunda, iş bu sözleşme hükümlerine dayanıldığı anda mutad yerleşim yeri veya iş merkezi taraf devletlerden birinde bulunmayan yahut ileri sürdüğü sorumluluğunu sınırlamak hakkı ile ilgili veya serbest bırakılmasını sağlamak istediği gemisi yukarıda anılan tarihte taraf bir devletin bayrağını taşımayan bütün kişileri bu sözleşmenin uygulanmasından kısmen veya tamamen hariç bırakmak hakkını haizdir.

2. Sözleşmede taraf olan bir devlet milli mevzuatına koyacağı açık bir hükümle sorumluluğu sınırlama rejimini:

- (a)- Kendi mevzuatı gereğince iç sularda seyretmiş, olan gemilere,
- (b)- 300 tonilatodan küçük gemilere, uygulamayı kabul edebilir. Bu paragrafta öngörülen seçimlik hakkını kullanan taraf devlet, milli mevzuatında kabul edilen

⁵⁷ GÜR, 1976 Konvansiyonu, s.453.

• *TTK. m. 1062/2: “(2) Donatanın, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı saklıdır”.*

• *TTK. m. 1328: “(1) Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanabilir.*

(2) 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşmenin 20 ve 21 inci maddeleri ile 1996 tarihli Protokolün 8 inci maddesi uyarınca yapılacak değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.

(3) Bu Kısımda geçen “1976 tarihli Sözleşme” ibaresi, “19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”yi, 2/5/1996 tarihli Protokolü ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları topluca ifade eder”.

⁵⁸ Bkz. GÜR, 1976 Konvansiyonu, s.452-453.

sorumluluğun sınırlarını veya böyle bir sınır öngörülmediğini tevdi merkezine bildirir.

3. Sözleşmede taraf olan bir devlet milli mevzuatına koyacağı açık bir hükümle diğer taraf devletlerin vatandaşı olan kişilerin hiçbir suretle çıkar sağlamadıkları olaylardan doğan alacaklara sorumluluğu sınırlama rejiminin tatbik edileceğini kabul edebilir.

4. Taraf bir devletin mahkemeleri işbu sözleşme hükümlerini sondaj işleri için inşa veya buna elverişli hale getirilmiş olup da bu işlerde kullanılan gemilere:

(a)- Anılan devletin milli mevzuatında sözleşmenin 6 ncı maddesinde öngörülenden daha yüksek bir sorumluluk sınırı kabul etmiş olması veya,

(b)- Anılan devletin bu gemilere uygulanacak bir sorumluluk rejimi tespit eden uluslararası bir anlaşmaya taraf olması halinde uygulamazlar. Yukarıdaki (a) bendinin tatbiki halinde bu devlet durumdan tevdi merciini haberdar eder.

5. İşbu sözleşme:

(a)- Hava yastıklı vasıtalara,

(b)- Denizin dibinde veya daha altında bulunan tabii kaynakların araştırılması ve işletilmesine özgülenmiş olan yüzen platformlara, uygulanmaz⁵⁹.

Konvansiyonun uygulama alanını bu şekilde hükme bağlayan “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında 1976 tarihli Uluslararası Konvansiyon - (SSHK.)” hükümlerine göre sorumluluğun sınırları;

☐ Genel Sınırlar,

☐ Yolcu Alacaklarına Uygulanacak Sınırlar,

olmak üzere iki ayrı başlıkta düzenlemeye bağlanmıştır (SSHK. m. 6 ve 7).

SSHK. m. 6 ile genel sınırlar için *barem* sistemi benimsenmiştir. Buna göre; aynı olaydan kaynaklanan ve 7. madde⁶⁰ ile ifade edilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, geminin tonilatosu başına belirli hesap

⁵⁹ BERLINGERİ, 354-355.

⁶⁰ SSHK. Madde 7:

“Yolcuların alacaklarına uygulanacak sınırlar;

1. Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından kaynaklanan ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin sorumluluğu, **46.666** hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğla sınırlıdır, ancak bu meblağ yirmi beş milyon hesap birimini aşamaz.

2. Bu madde açısından “bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından kaynaklanan alacaklar” sözleri:

a) Bir yolcu taşıma mukavelesine müsteniden, veya

b) Bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara, taşıyanın muvafakatiyle, refakat etmek suretiyle, söz konusu gemide taşıyan her hangi bir şahıs tarafından veya onun hesabına ileri sürülen alacakları ifade eder”.

birimi olarak tespit edilmiş ve fakat geminin tonilatosu büyüdükçe hesap birimi azaltılmış ve sonuç olarak sınırın ihtiyacın çok üzerine çıkmasının önüne geçilmiştir⁶¹⁻⁶². 1996 Protokolü ile değişik SSHK. m.6/1 nci paragrafına göre; (SSHK. m. 7 ile belirtilen yolcuların alacakları dışında kalan) sorumluluk sınırı gemilerin tonajları dikkate alınarak aşağıdaki şekillerde belirlenmiştir⁶³

2. Genel Sınırlar

a. Ölüm ve Yaralanmalardan İleri Gelen Alacaklar Hakkında Genel Sınırlar

Bu ihtimale yönelik SSHK. m.6 (a) bendi sözleşmenin 7. maddesinde belirtilen yolcuların alacakları dışında kalan alacaklarda sorumluluğun genel sınırlarının hesaplanmasını şöyle hükme bağlanmıştır:

- (i)- 2.000 tonu geçmeyen bir gemi için 2.000.000 hesap birimi.
- (ii)- 2.000 tonu geçen bir gemi için 2.000.000 hesap birimine ek olarak ayrıca;
 - 2.001'den 30.000 tona kadar her bir ton için 800 hesap birimi,
 - 30.001'den 70.000 tona kadar her bir ton için 600 hesap birimi,
 - 70.000 tondan yukarı her bir ton için 400 hesap birimi eklenir⁶⁴.

b. Ölüm ve Yaralanmadan İleri Gelen Alacaklar Dışında Kalan Diğer Bütün Alacaklar Hakkında Genel Sınırlar

Bu ihtimalle SSHK. m.6 (b) bendi ile şu şekilde öngörülmüştür:

- (i)- 2.000 tonu geçmeyen bir gemi için 1.000.000 hesap birimi,
- (ii)- 2000 tonu geçen bir gemi için 1.000.000 hesap birimine ek olarak ayrıca;
 - 2001'den 30.000 tona kadar her bir ton için 400 hesap birimi,
 - 30.001'den 70.000 tona kadar her bir ton için 300 hesap birimi,
 - 70.000'den yukarı her bir ton için 200 hesap birimi eklenir⁶⁵.

Ölüm ve yaralanmalardan kaynaklanan alacaklar için SSHK. m.6/1, (a) bendi gereğince hesaplanan tutar, burada yazılı alacakları tam olarak karşılamaz ise, ödenmeyen kısmı karşılamak üzere (b) bendi uyarınca hesaplanan tutar

⁶¹ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, 2020, s.277; GÜR, 1976 Konvansiyonu, s.459.

⁶² SSHK. m. 8 hükmüyle hesap biriminin, Milletlerarası Para Fonu tarafından tanımlanan SDR. (Special Drawing Rights) yani Türkçe'ye ÖÇH. kısaltması ile geçmiş olan Özel Çekme Hakkı olduğu belirlenmiştir. (Bkz. BERLINGERI, 377-378).

Günümüzdeki kura göre **1 SDR. (ÖÇH.) = 1.5193 USD. tutarındadır**. Sınırlamaya tabi bir hesap yapılacağına güncel kur esas alınır.

⁶³ Öte yandan, bir gemiden faaliyet göstermeksizin veya sadece kurtarma ve yardım faaliyetlerine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan kişilerin sorumluluklarının sınırlanmasında gemi tonajı dikkate alınmamaktadır. GÜR, 1976 Konvansiyonu.

⁶⁴ BERLINGERI, s.376; WILSON, s.278; Ayrıca bkz. GOODE, Roy, **Commercial Law**, Third Edition, London 2004, s.1047 – 1049; KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, s.123.

⁶⁵ Bkz. BERLINGERI, 376; WILSON, s.279; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, 2020, s.277.

kullanılabilir ve bu ödenmemiş bakiye kısım, diğer tüm alacaklarla beraber garameye (paylaştırmaya) katılır⁶⁶ (SSHK. m.6/2).

3. Yolcu Alacaklarına Uygulanacak Sınırlama

1996 Protokolü ile değişiklikle bu ihtimaldeki sınırlama baremi de artırılmıştır. Bu düzenlemeye göre SSHK. m. 7 hükmünde *yolcuların alacaklarına* uygulanacak sınırların ise şu şekilde hesaplanacağı öngörülmüştür:

Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanma alacakları dışında kalan diğer bütün alacaklar hakkında sorumluluk sınırı;

- 2.000 tonu geçmeyen bir gemi için 1.000.000 hesap birimi,
- Tonajı 2.000 tonu geçen gemiler için ise, 2.000 tondan 30.000 tona kadar her bir ton için 400 hesap birimi,
- 30.001 tondan 70.000 tona kadar her bir ton için 300 hesap birimi,
- 70.000 tondan yukarı her bir ton için 200 hesap birimi dikkate alınır.

Aynı zamanda yolcu alacaklarına uygulanacak sınırlar ile ilgili olarak;

“Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından kaynaklanan ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin sorumluluğu, 175.000 hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğ olacaktır” hükmüne yer verildiği görülmektedir⁶⁷, ancak bu tutarın 25.000.000 hesap birimini aşamayacağı belirtilmiştir (SSHK. m. 7/1)⁶⁸.

4. Sorumluluğun Sınırlandırılmasında Fon Tesisi

a. Fon Tesis Edilerek Sorumluluğun Sınırlandırılması

1976 tarihli SSHK. ile öngörülen sorumluluk; fon tesis edilerek veya fon tesis edilmeksizin def’i öne sürülerek sınırlanabilmektedir.

SSHK. m.11 fon tesis edilmek suretiyle sorumluluğun sınırlandırılması faaliyetini düzenlemektedir. Buna göre; sorumluluğu ileri sürebilecek olan her kişi, sınırlamaya tâbi bulunan alacaklardan ötürü ülkesinde dava açılan ve sözleşmede taraf olan devletin mahkemeleri veya yetkili sair merciieleri nezdinde bir fon tesis edebilecektir. Fon, yukarıda sözünü ettiğimiz 6 ve 7 nci maddelerin mezkûr kişinin sorumlu tutulabileceği alacaklara uygulanması kabil olan hükümleri uyarınca hesaplanan meblâğ ile sorumluluğunun doğumuna yol açan olay gününden fonun tesisi tarihine kadar işlemiş olan faizlerin toplamından oluşur. Bu

⁶⁶ KAYIHAN, s.142.

⁶⁷ BERLINGERİ, s.376.

⁶⁸ Bkz. YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, 2020, s.277.

suretle tesis olunan fon ancak, haklarında sınırlı sorumluluk ileri sürülebilecek olan alacakların ödenmesinde kullanılabilir.

Fon, tespit olunan meblağın yatırılması yahut fonun tesis olunacağı taraf devletin mevzuatı bakımından şayanı kabul ve mahkeme veya yetkili sair mercilerce yeterli sayılacak olan bir teminatın gösterilmesi ile tesis olunabilir. Fon tesisi, deniz alacaklısı haklarının sahipleri için kusursuz sorumluluk ve mali güvenceden sonra üçüncü aşamada güvence sağlamaktadır⁶⁹.

b. Fon Tesis Edilmeksizin Def'i Yoluyla Sorumluluğun Sınırlandırılması

SSHK. m. 10 gereğince, fon kurulmadan da sorumluluğu sınırlama hakkı ileri sürülebilir (bkz. TTK. m. 1335).

Bu ihtimalde sözleşmede taraf olan bir devlet ulusal mevzuatında, sınırlamaya tabi bir alacağın tahsili için mahkemelerinde dava açılması halinde sorumlu kişinin ancak bu sözleşme hükümlerine uygun olarak sınırlama fonunun tesis edilmiş veya sınırlı sorumluluğu ileri sürülmesi anında tesis edilecek olması takdirinde sorumluluğunu sınırlamak hakkını ileri sürebileceğini hüküm altına alabilir.

Sınırlama fonu tesis edilmeksizin sınırlı sorumluluk ileri sürüldüğü takdirde SSHK. m. 12 hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu maddenin tatbiki için gerekli usuli hükümler, ülkesinde dava açılan taraf devletin milli mevzuatına tâbi kılınmıştır.

§ IV. Sınırlamaya Tabi Alacaklar ve Sınırlama Hakkını Ortadan Kaldıran Hareketler ile Sınırlama Dışında Bırakılan Alacaklar

A. Sınırlamaya Tabi Alacaklar

Sorumluluğun sınırlanabileceği alacaklar SSHK. m. 2/1 ile söz konusu konvansiyonun 3 ve 4 üncü maddeler saklı olmak üzere aşağıdaki şekilde sorumluluğun temeli ne olursa olsun, sorumluluk sınırlamasına tabi tutulmuşlardır.

(a)- Gemide veya geminin işletilmesi yahut kurtarma ve yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak meydana gelen ölüm, yaralanma, (liman tesisleri, havuzları, seyirüsefere elverişli su yolları ve seyir yardımcı tesislerinin maruz kaldıkları zararlar dâhil olmak üzere) her türlü eşya veya ve hasarı ve sair bütün zararlardan doğan alacaklar;

(b)- Deniz yolu ile yapılan yük, yolcu ve bagajlarının taşınmasında oluşan gecikmeden ileri gelen bütün zararlardan doğan alacaklar;

⁶⁹ Bu hususta fazlası için bkz. KULA, Nil, **Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu**, İstanbul 2015.

(c)- Sözleşmeden doğmuş olmayan herhangi bir hakkın ihlalden doğan ve geminin işletilmesi yahut kurtarma ve yardım faaliyetleriyle doğrudan ilgili olarak oluşan diğer bütün zararlardan doğan alacaklar;

(d)- Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş; veya terk edilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dâhil olmak üzere, yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

(e)- Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

(f)- Sorumlu kişinin bu sözleşme hükümleri uyarınca sorumluluğunu sınırlayabileceği bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan önlemler ve bu tedbirlerin başkaca sebep oldukları zararlar yüzünden sorumlu kişiden başka bir kimse tarafından ileri sürülen alacaklar⁷⁰.

Burada ifade etmiş olduğumuz alacaklar, rücu hakkına veya bir garantiye dayanan, akdi veya gayri akdi bir davaya konu olsalar da sorumluluk sınırlamasına tabidir. Ancak, yukarıda zikrettiğimiz (d), (e) ve (f) bentleri kapsamına giren alacaklar, sorumlu kişi ile akdedilmiş bir sözleşmeden doğan ücrete ilişkin oldukları oranda sorumluluk sınırlamasına tabi tutulmaz⁷¹ (SSHK. m. 2/1).

Ancak hemen belirtelim ki, TTK. m. 1331, 1976 tarihli SSHK.'nın 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri ile hemen aşağıda ele aldığımız 3 üncü maddesinde sayılan alacaklara karşı sorumluluğun sınırlandırılmayacağını öngörmüştür. Bir başka taraftan, 1976 tarihli SSHK.'nın 3. maddesinde sınırlı sorumluluk esasından yararlanılamayacak alacaklar zaten gösterilmişken, TTK. m. 1328 ile SSHK. m. 3 ile sayılan alacaklara karşı sorumluluğun sınırlanmayacağını öngörülmesi, kanun yapma tekniği bakımından tamamen gereksizdir⁷².

B. Sınırlama Hakkını Ortadan Kaldıran Hareketler

SSHK. m. 4 hükmü sınırlama hakkını ortadan kaldıran hareketleri; “*şahsi fiil veya ihmalden ileri gelen zarara kasten yahut cüretkarane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği bilinci ile sebebiyet vermiş olduğu kanıtlanan sorumlu kişi sorumluluğunu sınırlama hakkını haiz değildir*” şeklinde hükme bağlamıştır.

Buna göre, donatanın sınırlı sorumluluğunu ortadan kaldıran ve bu düzenleme kapsamında hareketler içinde olduğunu iddia eden davacı bu durumu ispatlarsa artık donatanın tazminat sorumluluğu sınırsız olur. Şu halde ispat yükü (*burden of proof*) tazminat talebinde bulunan davacıya aittir⁷³.

⁷⁰ BERLINGERİ, s.362-364.

⁷¹ BERLINGERİ, s.364.

⁷² KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, s.121.

⁷³ BERLINGERİ, s.369.

Hükümdeki kast ifadesi “*kast veya kasta yakın ağır kusur*” şeklinde anlaşılmaktadır⁷⁴.

C. Sınırlama Dışında Bırakılan Alacaklar

Sorumluluğun sınırlanması dışında tutulan alacakları SSHK. m. 3 “*bu sözleşme hükümleri aşağıdaki alacaklara uygulanmaz*” diyerek şu şekilde düzenlemektedir:

(a)- Kurtarma ve yardım alacakları ile müşterek avarya garama (paylaşırma) alacakları.

(b)- Hidrokarbonlar (akaryakıtlar) ile kirletmeden doğan zararlardan sorumluluğa dair 23/11/1969 tarihli milletlerarası sözleşme ile yürürlükte olan tadil ve ekleri anlamında olmak üzere hidrokarbonlarla kirlenmeden ileri gelen zararlardan doğan alacaklar.

(c)- Nükleer zararlardan sorumluluğun sınırlanmasını düzenleyen veya yasak eden bütün uluslararası sözleşmeler veya milli kanunlara tabi olan alacaklar.

(d)- Nükleer gemi malikine karşı nükleer zararlardan doğan alacaklar.

(e)- Gemi maliki veya yardımda bulunan ile müstahdemleri arasında akdedilmiş hizmet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerine göre gemi maliki veya yardımda bulunanın söz konusu alacaklara karşı sorumluluğunu sınırlamak hakkını haiz olmaması veya ancak sözleşmenin 6 ncı maddesinde öngörülenden yüksek bir meblağla sınırlayabilmesi halinde gemi maliki veya yardımda bulunanın, görevleri gemi hizmetlerine veya kurtarma ve yardım faaliyetlerine ilişkin olan müstahdemlerinin alacakları ile bunların mirasçılarının, haleflerinin veya bu gibi alacakları ileri sürmeye hakkı bulunan diğer kişilerin alacakları⁷⁵.

§ V. Donatanın Sorumluluğunu Sınırlayan Uluslararası Sistemin Türk Hukukunda Uygulanması, Görevli ve Yetkili Mahkeme

1976 tarihli SSHK. hükümlerinin ülkemiz mahkemelerinde uygulanması hususunda TTK.’nın “Uygulama alanının genişletilmesi” yan başlıklı 1330. hükmünde şu düzenleme öngörülmüştür:

❖ “(1) 1328 inci madde, aşağıdaki hâllerde de uygulanır:

(a)- 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin birinci paragrafının ikinci cümlesinde sayılan kişiler, bir Türk mahkemesinde sorumluluklarını sınırlamak istediklerinde.

⁷⁴ KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, s.121; YETİŞ ŞAMLI, Kübra, **Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı**, İstanbul 2008, 33 vd., 87 vd., 143 vd.; Ayrıca bkz. BERLINGERİ, s.369 vd..

⁷⁵ Bkz. BERLINGERİ, s.366-369.

(b)- 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin ikinci paragrafının (a) bendinde sayılan gemiler hakkında.

(c)- 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin ikinci paragrafının (b) bendinde sayılan gemiler hakkında, 1332 nci maddede öngörülen sınırlar dâhilinde.

(d)- 1976 tarihli Sözleşmenin 15 inci maddesinin dördüncü paragrafında sayılan gemiler hakkında, 1333 üncü maddede öngörülen sınırlar dâhilinde.

(2) Alacaklı, birinci fıkranın (a) bendinde söz konusu olan kişinin ülkesinde sorumluluğun sınırlanmasının caiz olmadığını ispat ederse, sorumluluk Türkiye’de sınırlanamaz. Alacaklı o kişinin ülkesinde 1976 tarihli Sözleşmeye göre daha yüksek bir sorumluluk sınırının uygulandığını ispat ederse, 1976 tarihli Sözleşme, o yüksek sınır esas alınarak uygulanır”.

❖ İç sularda seyre özgülünen gemilere ve 300 tondan küçük gemilere de SSHK. hükümlerinin uygulanacağı kuralı belirlenmiş, ancak 300 tondan küçük sözü geçen gemiler için SSHK. m. 6 /1 (b) bendi gereğince hesap edilecek sorumluluk sınırı 83.500 ÖÇH.’dir. Diğer ihtimallerde SSHK. tarafından öngörülen sorumluluk sınırları geçerlidir (TTK. m. 1332).

❖ Sınırlamaya esas olan alacağın, geminin sondaj işlemi için kullanılmak üzere sondaj yerinde bulunduğu sırada doğmuş olması şartıyla, 1976 tarihli SSHK.’nın 15 inci maddesinin dördüncü paragrafında sayılan gemiler hakkında aşağıdaki sorumluluk sınırlarının uygulanacağı esası benimsenmiştir:

- 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (a) bendinde sayılan alacaklar için 32.000.000 Özel Çekme Hakkı.
- 1976 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci paragrafının (b) bendinde sayılan alacaklar için 20.000.000 Özel Çekme Hakkı (TTK. m. 1333).

Öte yandan TTK. m. 1334 hükmü ile sorumluluğun fondan tahsil edilmesinde alacaklılar arasında sıra tesis edilmiştir. Buna göre ölüm ve yaralanmadan kaynaklanan alacakların SSHK. m. 6/2 gereğince sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi şartıyla, liman tesislerine havuzlarına, sefere elverişli su yollarına ve seyir yardımcı tesislerine verilen zararlardan doğan alacaklar, SSHK. m.6/1 (b) bendinde yazılı alacaklara oranla önceliklidir⁷⁶.

1976 tarihli SSHK. ve 27/11/1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme uyarınca fon kurulması konusunda görevli mahkeme, deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi, bu mahkemenin bulunmadığı yerlerde bu işle görevlendirilmiş asliye ticaret mahkemesi, o da yoksa, fonun miktarına bakılmaksızın, bu işle görevlendirilmiş asliye hukuk mahkemesidir. 1976 ve sözü geçen 1992 tarihli sözleşmeler uyarınca fon kurulması konusunda, bir Türk Gemi Siciline kayıtlı

⁷⁶ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, 2020, s.289.

olan gemilerde, o gemi sicilinin gözetimi altında tutulduğu mahkeme, sicile kayıtlı olmayan Türk gemilerinde malikin yerleşim yeri mahkemesi, yabancı gemilerde ise, deniz ticareti işlerine bakmakla görevli *İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi* yetkili kılınmıştır (TTK. m. 1348).

Yargılama ve takip giderleri için sorumluluğun sınırlandırılmayacağı; bir fon kurulmuş olsa bile, davalı veya takip borçlusunun, bu giderlerinin ayrıca ödenmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır (TTK. m. 1349).

Sorumluğu sınırlama fonu kurulmuş ise SSHK. m. 13/1 hükmü çerçevesinde alacaklıların hiçbiri, borçlunun oluşturulan fon dışındaki malvarlığına el atamaz. Petrol kirliliğinden doğan zararlarda sorumluluğun sınırlandırılmasına dair esaslar 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin V. maddesinde öngörülmüştür. Sözü edilen düzenlemenin 3. fıkrasına göre petrol kirliliğine ilişkin sorumluluğun sınırlandırılmasında fon tesisi zorunlu kılınmıştır.

SSHK. ve 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede sınırlı sorumluluk fonunun nasıl kurulacağı ve alacaklılar arasında paylaşılması hususunda genel kurallar belirlenmiştir. 6102 sayılı TTK. ile sadece görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş, fonun tesisi ve paylaşılması usulüne ilişkin bir düzenleme halen yapılmamıştır. Bu hususta en azından ikincil nitelikte düzenlemeler yapılması yerinde olur⁷⁷.

Sonuç

Kuşkusuz tarihsel süreçte deniz ticareti hukukuna ilişkin sorumluluk klasik genel sorumluluk ilkelerinden ayrı bir yerde olmuştur. Zira deniz ticaretine özgü teknik hususlar özellikle donatanların ve onlar gibi sorumlu oldukları kabul edilen gemi işletme müteahhitlerinin sorumluluk hallerini ciddi şekilde etkilemektedir. Deniz ticaretine ilişkin kendisine özgü teknik tehlikeler donatanların sorumluluklarını ayrı bir şekilde ele alınması gerekliliğini her zaman ön plana çıkarmıştır. Günümüzde emtiaların küresel ölçekte bir noktadan bir başka noktaya taşınması hususunda devasa gemiler oldukça önemli roller oynamaktadır. Deniz ticaretinin kendisine özgü tehlikeleri doğrultusunda donatanların sorumlulukları zamanın ruhuna göre her zaman normal sorumluluk hukukundan ayrı ele alınmıştır. Bu aynı zamanda deniz ticareti ile uğraşan donatanlar için teşvik edici olmak durumundadır. Gerçekten normal borçlar hukuku kabulüne göre donatanları da deniz ticareti faaliyetleri için kural olarak sınırsız sorumlu olduklarını kabul edersek, deniz ticaretinin farklı teknik koşulları altında sorumlu olduğu durumda tüm malvarlığını bir anda yitirme rizikosu karşısında kişiler, deniz ticareti faaliyetlerinde bulunmaktan imtina edebilirlerdi. Öte yandan menfaatler dengesini de nazara alarak donatanlara ilişkin sorumluluğun böylece düzenlenmeye çalışılması bu alanda her dönemin başlıca sorunu olmuştur.

⁷⁷ KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, s.126.

Bu alan küresel alanda çok tatbiki olan bir alan olduğu için ülkeler kendi iç hukuklarına ilişkin ticaret kanunları ile düzenlemiş olsa bile bu kurallar sadece ilgili ülkelerin iç hukuklarında uygulanabilir olduğu için deniz ticaretinin küreselliği karşısında çok da anlam ifade etmemekteydi. Bu hususlarda bütün ülkeleri bağlayıcı supranasyonal kanunlar da olmadığı için ülkeler arasında ciddi uygulama sorunları gündeme gelebilmektedir. Bu yüzden bu sorunların çözülebilmesi için süreç içerisinde farklı alanlarda oldukça çok anlaşmalar yapılmış ve bundan böyle de yapılacaktır.

Bu doğrultuda konuya ilişkin uluslararası alanda *Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkında 19.11.1976 tarihli Londra Konvansiyonu* (SSHK.) akdedilmiştir. İşaret ettiğimiz üzere 1976 Londra Konvansiyonu, 1924 Konvansiyonu ve 1957 Konvansiyonu'nun yerine geçmek üzere hazırlanmış olup, 12 devletin onayını takiben 01.12.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1976 Londra Konvansiyonu'nu tadil eden 1996 Protokolü ile bir dizi değişiklikler yapılmıştır. 1996 Protokolü, 1976 Protokolü'nü tadil etmek amacıyla hazırlanmış olup, 10 üye olmasından sonra 13.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1976 Konvansiyonu'na 04.06.1980 tarihli ve 17007 sayılı RG.'de yayımlanan 28.02.1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş ve bu konvansiyon ülkemizde 01.07.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 1996 Protokolü'ne ise 13.03.2010 tarihli ve 27520 sayılı RG.'de yayımlanan 05.02.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş ve bu protokol de ülkemizde 17.10.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözü geçen 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü'nün Türkiye açısından uygulanabilir olduğu 6102 Sayılı TTK. m. 1328 ve TTK.'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 37. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu şekli ile 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü, her ne kadar RG.'de yayımlanmış olan Bakanlar Kurulu Kararları doğrultusunda Türkiye için yürürlükte kabul edilse de, 6102 sayılı TTK. ile ilk defa bir Kanun tarafından hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere ülkemiz bu alandaki uluslararası gelişmeleri son dönemde oldukça iyi takip etmiştir. Bu itibarla bundan böyle donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda bizim de taraf olduğumuz sözü geçen bu uluslararası sözleşmelere gidilmesi gerekir düşüncesinden hareketle donatanın sorumluluğuna ilişkin sözü geçen Konvansiyonu inceledik ve donatanın sorumlu olduğu durumları belirleyerek, sorumluluğun sınırlanması sistemini ve ele aldık.

Güncel kuralları bu şekilde öngörülen donatanın sorumluluğu, deniz ticareti hukukunun uluslararası niteliği karşısında her zaman bu düzlemde olacaktır düşüncesindeyiz. 6102 sayılı yürürlükteki TTK.'da ülkemizin son dönemde taraf olduğu SSHK. hükümlerini esasen iç hukuka da aktarmıştır. Bu itibarla ülkemizin bu gelişmeleri yakından takip ettiğini ifade edebiliriz.

EK BEYAN

Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı ve Çatışma Beyanı

Yazar Katkı Oranları

Yazarlar çalışmaya eşit oranda katkı sağlamıştır.

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

BERLINGERI, Francesco, **International Maritime Conventions: Volume 2, Navigation Securities, Limitation of Liability and Jurisdiction**, New York 2015.

BOZKURT, Tamer, **Ticaret Hukuku C. V, Deniz Ticareti Hukuku, Kara Taşıma Hukuku**, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul 2016.

DEMİR, İsmail, Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararlarının Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt:2, Sayı:1, Yıl: 2011.

GOODE, Roy, **Commercial Law**, Third Edition, London 2004.

GÜLFER, Kuyucu Meriç, **Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması**, İstanbul 2017.

GÜR, Adnan Tevfik, Deniz Alacaklarına Karşı Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılmasına Dair 1976 Konvansiyonu ve 1996 protokolü, (Çevrimiçi) <http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2115/5000001563-5000000620-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s.451 vd. (27.10.2019).

HILL, Christopher, **Maritime Law**, Sixth Edition, New York 2003, Published 2014.

İZVEREN, Adil / FRANKO, Nisim / ÇALIK, Ahmet, **Deniz Ticaret Hukuku**, Ankara 1994.

KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, İstanbul 2020. (Ders Kitabı).

KARA, Hacı, **Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul 2005.

KAYIHAN, Şaban, **Deniz Ticareti Hukuku**, İstanbul 2020.

KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIOĞLU, Emine, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, C.1**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördünü Baskı, İstanbul 2017.

KULA, Nil, **Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu**, İstanbul 2015.

KUYUCU MERİÇ, Gülfer, **Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması**, İstanbul 2017.

OKAY, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri**, İkinci Baskı, İstanbul 1971.

ÖNDER, Salih, **Gemi Kira Sözleşmesi**, Ankara 2016.

SÖZER, Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku – I, (Ders Kitabı)**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2013.

WILSON, John F., **Carriage of by Sea**, Fifth Edition, Edinburg 2006.

YAZICIOĞLU, Emine / KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon, **Deniz Ticaret Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15.Baskı, İstanbul 2020.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra, **Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yolu ile Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı**, İstanbul 2008.

YENİDEN YAPILANDIRMA İŞLEMLERİNDE ARA BİLANÇO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN BAZI TESPİT VE ÖNERİLER

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI ¹

Öz

Yeniden yapılandırma işlemleri bir bilanço temelinde gerçekleşir. Bu bilanço kural olarak yıllık bilançodur. Ancak kanun koyucu bazı hallerde yeniden yapılandırmaya katılan şirketler bakımından bir ara bilanço düzenleme zorunluluğu getirmiştir. Bu haller yıllık bilanço günü ile yeniden yapılandırma sözleşmesinin imzalandığı tarih arasında altı aydan fazla bir sürenin geçmiş olması ve son bilançonun çıkarılmasından sonra, yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişikliklerin meydana gelmesidir. Söz konusu ara bilanço kural olarak yıllık bilanço ilkelerine tâbi olmakla birlikte, kanun koyucu bazı kolaylıklar öngörmüştür. Yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin ara bilanço düzenlemesi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir diğer ara bilanço türü olan borca batıklık bilançosu düzenlemesinden farklılıklar sergilemekte, aynı zamanda uygulamada ortaya çıkabilecek bazı boşluklar barındırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yeniden yapılandırma işlemi, birleşme, bölünme, tür değiştirme, ara bilanço

SOME FINDINGS AND SUGGESTIONS ON THE OBLIGATION TO DRAW UP AN INTERIM BALANCE SHEET IN THE CONTEXT OF CORPORATE RESTRUCTURINGS

Abstract

Corporate restructurings are conducted on the basis of a balance sheet. As a rule, this balance sheet is the annual balance sheet. However, in certain instances, the law requires companies that are party to a corporate restructuring to draw up an interim balance sheet. These are; where more than six months have elapsed between the balance sheet date and the conclusion of the agreement and where important changes have occurred on the companies' assets after the drawing up of the last balance sheet. The said interim balance sheet is subject to the principles

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-1736-1027 ferna.kayali@medeniyet.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26.01.2021

Bu makaleye atıf için; İPEKEL KAYALI, Ferna, “Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler”, **İMHPD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 77-98.

governing the annual balance sheet, though the law provides a couple of exceptions. This interim balance sheet distinguishes itself in several respects from the over-indebtedness balance sheet, which is another type of interim balance sheet regulated by the Turkish Commercial Code. Moreover, this interim balance sheet contains a number of lacunae which may arise in practice.

Keywords: Corporate restructuring, merger, division, change of type, interim balance sheet

I. Genel Olarak

Bir şirketin belli bir tarihteki mali durumu kural olarak bilançodan tespit edilir². Bilanço, bir işletmenin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tablodur (TTK m. 68/1). Bilanço, düzenlendiği kanun, düzenlenme amacı, düzenlendiği zaman gibi farklı açılardan tasnife tâbi tutulmaktadır. Bu bağlamda düzenlendikleri kanuna göre, ticari bilanço ve vergi bilançosu (ya da mali bilanço) ayrımı bulunmaktadır³. Bu iki bilanço farklı değerlendirme ilkelerine tâbidir. Öte yandan bilançoların, düzenlenmelerindeki amaca göre kuruluş bilançosu⁴, birleşme bilançosu⁵, tasfiye bilançosu⁶, borca batıklık bilançosu⁷, iflas

² KAYAR, İsmail, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**, Mimoza Yayıncılık, Konya 1997, s. 6. Aynı yazar, “mali durum” kavramını “bir gerçek veya tüzel kişiye ait malvarlığının para, mal, alacak ve diğer ekonomik değeri olan haklardan oluşan aktif tarafla, borç ve yükümlülüklerden oluşan pasif tarafının belirli bir tarih itibarıyla karşılıklı durumu” şeklinde tanımlamaktadır; KAYAR, **Mali Durum**, s. 7).

³ Ticari bilanço ve mali bilanço arasındaki farklar için bkz. TEKİNALP, Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 61 vd.; AKSU ÖZKAN, Raziye, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 167 vd.; SÜMER, Haluk, “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 2, 2013, s. 39 vd.

⁴ Kuruluş bilançosu, bir şirketin kuruluşunu müteakip çıkarılan bilançodur.

⁵ Birleşme bilançosu, bir birleşme işlemine taraf olan şirketlerin birleşmeye esas teşkil üzere çıkardıkları bilançodur. “Birleşme bilançosu” kavramından, birleşme işlemi çerçevesinde devrolunan şirketten devralan şirkete geçecek olan tüm aktif ve pasif varlıkların belirlenmesi anlaşılmalıdır. Birleşme bilançosu özellikle devralan şirkete intikal edecek olan aktif fazlasını (ya da yerine göre net borcu) göstermektedir; ALBRECHT, Andreas C., in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 11 N 5, 7. Aynı husus diğer yeniden yapılandırma işlemleri bakımından da söz konusudur.

⁶ Tasfiye bilançosu, şirketin tasfiye başlangıcındaki malvarlığının olası satış fiyatlarına göre değerinin tespit edilmesi amacıyla çıkarılan bir bilançodur. Bu bilanço, olası satış değerleri esasına göre çıkarılan bir malvarlığını tespit bilânçosudur (TTK m. 540 gerekçesi). Bu bilanço türü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KERVANKIRAN, Emrullah, **Anonim Şirketlerin Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 196 vd.; KARAMAN COŞGUN, Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 164 vd.

⁷ Borca batıklık bilançosu, TTK m. 376 gereği borca batıklığın tespiti amacıyla düzenlenen bilançodur. Bu bilanço türü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYAR, **Mali Durum**, s. 177 vd.; TÜRK, Ahmet, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları**, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999, s. 244 vd.; ATALAY, Oğuz, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir 2006, s. 27 vd.; ÖZTEK, Selçuk, **İflasın Ertelenmesi**, Arıkan Yayınları, Ankara 2007, s. 42 vd.; KAYAR, İsmail, “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı Ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk**

bilançosu⁸ ayrımı da yapılmaktadır. Keza bilançolar, düzenlendikleri zamana göre de yıllık bilanço (dönem sonu bilançosu)⁹ ve ara bilanço¹⁰ şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu çalışmada yeniden yapılandırma sürecinde kullanılacak olan bilançonun tâbi olduğu esaslar ve yine bu süreçte çıkarılması gündeme gelebilen ara bilançonun kanunda öngörülen diğer ara bilanço türleri ile karşılaştırması incelenmiştir.

Yeniden yapılandırma işlemleri bir bilanço temelinde gerçekleşir¹¹. Kural olarak yeniden yapılandırma işlemleri son yıllık bilançoya göre gerçekleşir¹². Bu husus, özellikle son yıllık bilançonun da ortakların incelemesine sunulmasını öngören TTK m. 149 (veya m. 171 ya da m. 188) hükmünden anlaşılabilir. Gerçekten de TTK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerinde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde, son üç yılın yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarını, ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü tutulmuştur¹³. Görüldüğü üzere kanun koyucu birleşme bilançosundan bahsetmemekte, ancak (son yıllık bilanço dâhil) son üç yılın yıllık bilançosu ile yıllık faaliyet raporlarının incelemeye sunulmasını istemekle yetinmektedir¹⁴. Aynı husus diğer yeniden yapılandırma

Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 647 vd.; ÖKTEM, Seda, “İflasın Ertilenmesinde Borca Batıklık Bilançosu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 6, 2006, s. 2482 vd.; YILMAZ, Berna Burcu, “İflasın Tespiti ve Ertilenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2009, s. 124 vd.; SÜMER, s. 41 vd.; GÖKGÖZ, Ahmet, “İflasın Ertilenmesi ve Borca Batıklık Bilançosunun Çıkarılması”, **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies**, 3/3 (2017) s. 120 vd.

⁸ İflas bilançosu, bir şirketin iflas nedeniyle sona ermesi halinde düzenlenen bilançodur. İflas bilançosu da malvarlığını tespit bilançosudur. Bu bilanço türü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATALAY, s. 29.

⁹ Yıllık bilanço (dönem sonu bilançosu), son bir yıl içindeki faaliyetinin sonucunu yani kar ve zararı gösteren bir bilanço türüdür. Yıllık bilanço bir sonuç açıklama bilançosudur. TTK md. 68/1 uyarınca tacir, her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (yıllık bilanço) çıkarmak zorundadır. Yıllık bilanço hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, **Bilanço**, s. 67 vd.; ATALAY, s. 28, 29.

¹⁰ Ara bilanço, hesap dönemi sona ermeden çıkarılan bilanço olup, ilgili olduğu ara dönemde şirketin mali durumunun ve faaliyet sonuçlarının değerlendirilmesini sağlamaktadır; YILMAZ, s. 48. Ayrıca bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, **Bilanço Hukuku**, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1988, s. 42.

¹¹ VOGEL, Alexander/HEIZ, Christoph/BEHNISCH, Urs R./SIEBER, Andrea/OPEL, Andrea, **FusG Kommentar**, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 11 N 6.

¹² VOGEL et al., Art. 11 N 6.

¹³ Benzer bir düzenleme diğer yeniden yapılandırma modellerinde de yer almaktadır. Ancak bölünmede söz konusu belgeler genel kurulun kararından iki ay önce ve sadece ortakların incelemesine sunulmaktadır (TTK m. 171). Tür değiştirmede ise söz konusu belgeler genel kurulun kararından otuz gün önce ve fakat sadece ortakların incelemesine sunulmaktadır (TTK m. 188). Ayrıca belirtmek gerekir ki tür değiştirmede, ortaklara sunulacak belgeler arasında son üç yılın faaliyet raporları sayılmamıştır.

¹⁴ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki tür değiştirme işlemleri bakımından kanun koyucu son üç yılın finansal tabloları ile varsa ara bilançonun ortakların incelemesine sunulmasını hüküm altına almış,

hallerinde de söz konusudur. Bir birleşme bilançosu düzenleme yükümlülüğü ara bilanço düzenleyen TTK m. 144 hükmünden (veya TTK m. 165 ya da 184) ve ayrıca Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin¹⁵ ('TSY') 126. maddesinden¹⁶ anlaşılmaktadır.

Yeniden yapılandırma işlemlerinde bilanço birden fazla amaca hizmet etmektedir: Öncelikle değişim oranının tayinine dayanak oluşturur. Bir başka deyişle, yönetim organının değişim oranını tayin etmesine ve ortakların da bu değişim oranının uygunluğunu değerlendirmelerine olanak sağlar. Bir birleşme çerçevesinde gerçekleştirilen sermaye artırımında (veya yeni kuruluş yoluyla birleşmede) itibari değerler altında pay çıkarılmamasını temin eder. Ayrıca bir işlemin iyileştirici birleşme hükümlerinin uygulama alanına girip girmediğinin tespitine yarar. Aynı zamanda devralan şirketin alacaklılarının, borçlularının malvarlığında meydana gelen değişikliklerin kapsamını fark etmelerini sağlar. Keza bilanço, yeniden yapılandırma işlemiyle devralan şirkete intikal eden borçların alacaklılarının, yeni borçlularının ödeme gücünü değerlendirmelerine de yarar¹⁷.

Kanun koyucu, açıkça ifade etmemekle birlikte, yeniden yapılandırma bilançosunun güncel olmasını da aramaktadır¹⁸. Buna göre, yeniden yapılandırma sözleşmesinin/planının imzalandığı tarih ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmemiş olması ve son bilançonun çıkarılmasından sonra, yeniden yapılandırma işlemine katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli bir değişikliğin meydana gelmemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde yeniden yapılandırmaya katılan şirketler bir ara bilanço çıkarmakla yükümlüdür¹⁹. Bu yükümlülüğüm yeniden yapılandırma işlemleri bakımından öngörülmüştür. Şöyle ki; birleşme işlemleri bakımından TTK'nın 144. maddesi uyarınca,

(1) Birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmişse veya son bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye

buna mukabil yıllık faaliyet raporlarına değinmemiştir [TTK m. 188/1-(d)]. Oysa mehzar kanunda da son üç yılın yıllık faaliyet raporlarının ortakların incelemesine sunulması aranmaktadır [FusG m. 63/1-(d)]. Kanun koyucunun bu noktada mehzar kanundan neden ayrıldığına dair bir açıklama madde gerekçesinde yer almamaktadır.

¹⁵ RG 27.01.2013, S. 28541.

¹⁶ Bölünme işlemleri bakımından bkz. TSY m. 128; tür değiştirme işlemleri bakımından ise bkz. TSY m. 130.

¹⁷ GLANZMANN, Lukas, **Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes**, Bern 2008, s. 123; TRIGO TRINDADE, Rita, in: **Commentaire LFus** (Ed. Henry Peter/Rita Trigo Trindade), Zürich 2005, Art. 35 N 1; BOMMER, Florian, **Fusionsgesetz - Stämpflis Handkommentar**, 2. Aufl., Bern 2015, Art. 11 N 1, 3.

¹⁸ TRIGO TRINDADE, in: *Commentaire LFus*, Art. 11 N 16.

¹⁹ Bu durum şirketler hukuku alanındaki ilkelerle de örtüşmektedir. Gerçekten de iç kaynaklardan sermaye artırımına ilişkin TTK'nın 462. maddenin 2. fıkrası uyarınca, sermayenin artırılan kısmını iç kaynaklardan karşılayan tutarın şirket bünyesinde gerçekten varolduğu onaylanmış yıllık bilançoyla doğrulanmakla beraber, bilanço tarihinin üzerinden altı aydan fazla zaman geçmişse, sermaye artırımında bulunan şirket yeni bir bilanço çıkarmakla yükümlü tutulmuştur.

katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmişse, birleşmeye katılan şirketler bir ara bilanço çıkarmak zorundadır.

(2) Aşağıdaki hükümler saklı olmak kaydı ile, ara bilançoya yıllık bilançoya ilişkin hüküm ve ilkeler uygulanır. Ara bilanço için;

a) Fizikî envanter çıkarılması gerekli değildir;

b) Son bilançoda kabul edilen değerlemeler, sadece ticari defterdeki²⁰ hareketler ölçüsünde değiştirilir; amortismanlar, değer düzeltmeleri ve karşılıklar ile ticari defterlerden anlaşılmayan işletme için önemli değer değişiklikleri de dikkate alınır.

Aynı yükümlülük bölünme işlemi bakımından TTK'nın 165. maddesinde, tür değiştirme işlemi bakımından ise TTK'nın 184. maddesinde öngörülmüştür.

Kanun koyucunun yukarıda açıklanan hallerde yıllık bilanço ile yetinmeyip ara bilanço çıkarma zorunluluğu getirmesi, yeniden yapılandırma işleminin finansal şartlarının olabildiğince güncel verilere dayalı olarak ortaya konması endişesinden kaynaklanmaktadır²¹. Gerçekten de yukarıda sayılan hallerde yıllık bilançonun yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin gerçek malvarlıksal durumunu yansıtmayacağı, bu şirketlerin finansal durumu hakkında doğru bilgiye ancak ara bilanço aracılığıyla ulaşılabileceği kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, TTK m. 144 (veya TTK m. 165 ya da 184) hükmünde sayılan hallerden biri gerçekleşince ara bilanço, yeniden yapılandırma bilançosu görevi üstlenmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yeniden yapılandırma işlemlerinde ara bilanço düzenlenmesine ilişkin hükümler İsviçre Birleşme Kanunu'ndan²² (*Fusionsgesetz*) iktibas edilmiş olup, benzer hükümlere gerek Birleşme Yönergesi²³ gerekse Bölünme Yönergesi'nde²⁴ rastlanmaktadır. Gerçekten de her iki Yönerge'ye göre, birleşen (veya bölünen) şirketlerin son yıllık bilançoları, o tarihten altı ayı aşkın bir süre önce sona ermiş bir hesap dönemine ait ise, birleşme sözleşmesi taslağının (veya bölünme sözleşmesi taslağının) düzenlendiği tarihten önceki üçüncü ayın ilk gününden daha erken olmaması gereken bir tarih itibarıyla bir ara bilanço hazırlanması öngörülmüştür. Öte yandan üye devletler, dilerlerse, kendi mevzuatlarında, fiziki envanter çıkarılmasının zorunlu olmadığını ve son

²⁰ *Moroğlu*, bu ibarenin “ticari defterlerdeki” şeklinde düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmüştür; MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 100.

²¹ VOGEL et al., Art. 35, N 2; GOZZI, Niccolò, **Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz**, Zürich/St. Gallen 2009, s. 134

²² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003. Bundan böyle FusG olarak anılacaktır.

²³ Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, ATRG No L 295, 20.10.1978 [m. 11/1-(c)].

²⁴ Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies [m. 9/1-(c)].

bilançoda kabul edilen değerlemelerin sadece ticari defterdeki hareketler ölçüsünde değiştirileceğini öngörebilirler; ancak amortismanlar, karşılıklar ile ticari defterlerden anlaşılmayan önemli değer değişikliklerinin herhalde dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıda anılan yönergeleri iç hukukuna aktarmış olan Almanya'da yürürlükte olan Alman Yeniden Yapılandırmalar Kanunu'nda (*Umwandlungsgesetz*)²⁵ da, son yıllık bilanço birleşme sözleşmesinin akdedilmesinden (veya birleşme taslağının hazırlanmasından) önceki altı ayda sona ermiş olan bir hesap dönemine ilişkin ise, birleşme sözleşmesinin akdedildiği (veya birleşme taslağının hazırlandığı) tarihten önceki üç ayı kapsayan bir bilançonun (ara bilanço) düzenlenmesi öngörülmüştür (UmwG § 63 Abs. 1 Nr. 3). Yine Alman Hukukunda da - yukarıda anılan Yönergelerde ve Türk Hukukunda olduğu gibi - birtakım kolaylıklar öngörülmüştür. Aynı düzenleme bölünme işlemleri bakımından da geçerlidir (UmwG §125).

II. Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğünün Doğduğu Haller

A. Birleşme Sözleşmesinin İmzalandığı Tarih ile Bilanço Günü Arasında Altı Aydan Fazla Zamanın Geçmesi

Ara bilanço çıkarılmasını zorunlu kılan ilk hal, bilanço günü ile yeniden yapılandırma sözleşmesinin²⁶ imzalandığı tarih arasında altı aydan fazla bir sürenin geçmiş olmasıdır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı, durumu tam olarak görebilmek ve yeniden yapılandırma işlemini hesaben yapılandırabilmek için yeni bir bilançoya duyulan gereksinimdir. Gerçekten de - madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere - faaliyet yılının yarısından fazlasının idrak edilmiş olması, son yıllık bilançodaki değer ve sonuçların yeniden yapılandırma bilançosuna esas kabul edilebilmesi olanağını ortadan kaldırmaktadır. Zira altı ayı aşan faaliyet, eski bilançonun değer ve sonuçlarını olumlu veya olumsuz yönde değiştirmiştir. Dolayısıyla durumu tam olarak görebilmek ve yeniden yapılandırma işlemini hesaben yapılandırabilmek için, yeni bir bilançoya gereksinim vardır.

Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, her ne kadar TTK m. 144 gerekçesinde yıllık bilançodan bahsedilmekte ise de TTK m. 144 hükmünün (veya TTK m. 165 ya da

²⁵ Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften, vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210, 1995 I S. 428). Bundan böyle UmwG olarak anılacaktır.

²⁶ Birleşme ve bölünme işlemlerinde altı aylık sürenin hesaplanmasında yeniden yapılandırma sözleşmesinin/planının akdedildiği tarih esas alınırken, tür değiştirme işlemlerinde tür değiştirme raporunun düzenlendiği tarih esas alınmaktadır. Doktrinde bu farklılığın kanun koyucunun hatasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir; KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 162, dph 74. İsviçre doktrininde aynı yönde bkz. GLANZMANN, s. 125 (Yazar bu görüşünü, tür değiştirme işlemlerinde de değişim oranının tayini için tür değiştirme planının düzenlendiği tarihin esas alınmasına dayandırmaktadır; age, s. 125).

184) uygulama alanı bulması için dikkate alınması gereken bilanço mutlaka son yıllık bilanço olmak zorunda değildir; en son düzenlenen bilançonun dikkate alınması yeterlidir. En son düzenlenen bilanço bir ara bilanço da olabilir²⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere, ara bilanço çıkarılmasını zorunlu kılan bu ilk halde, bilanço günü ile yeniden yapılandırma sözleşmesinin imzalandığı tarih arasında altı aydan fazla bir sürenin geçmiş olması aranmaktadır. Altı aylık sürenin tespitinde yönetim organı tarafından yeniden yapılandırma sözleşmesinin imzalandığı tarih belirleyici olup, yeniden yapılandırma kararının alındığı tarih ya da yeniden yapılandırma işleminin ticaret siciline tescil edildiği tarih önem taşımamaktadır.

Yeniden yapılandırma işlemleri bakımından TTK'da öngörülen²⁸ altı aylık süre Birleşme Yönergesi ile Bölünme Yönergesi'nde öngörülen sürelerle de uyumludur. Öte yandan kanun koyucu, iç kaynaklardan sermaye artımına ilişkin 462. maddenin 2. fıkrasında da altı aylık bir süre öngörmek suretiyle TTK bütününde ara bilanço bakımından bir uyum yaratmıştır.

B. Son Bilançonun Çıkarılmasından Sonra, Yeniden Yapılandırmaya Katılan Şirketlerin Malvarlıklarında Önemli Değişikliklerin Meydana Gelmesi

Ara bilanço düzenlenmesini zorunlu kılan bir diğer hal, son bilançonun çıkarılmasından sonra, yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişikliklerin meydana gelmesidir. Bu kriter, Birleşme Yönergesi ile Bölünme Yönergesi'nde bulunmamaktadır. Öte yandan, her ne kadar kanunda “birleşmeye/bölünmeye katılan şirketler” bir ara bilanço çıkarmakla yükümlü tutulmuş olsa da, yeniden yapılandırma işlemine katılan şirketlerden hangisinin bilançosu kanunda öngörülen iki kriterden birini karşılıyorsa, o şirketin ara bilanço düzenlemesi gerekir. Bir diğer ifadeyle, yeniden yapılandırma işlemine katılan şirketlerden sadece birinin malvarlığında önemli değişiklikler meydana gelirse, yalnızca o şirket ara bilanço düzenlemekle yükümlüdür²⁹.

Kanun koyucu “malvarlıklarında önemli değişiklikler” kavramını tanımlamamakla birlikte, bu ifadeden yeniden yapılandırma işleminin finansal şartlarını (değişim oranı, devralan şirket tarafından gerçekleştirilen sermaye artırımını çerçevesinde getirilen sermaye) etkileyen değişikliklerin anlaşılması

²⁷ VOGEL et al., Art. 58 N 6.

²⁸ Bkz. birleşme bakımından m. 144, bölünme bakımından m. 165 ve tür değiştirme bakımından m. 184.

²⁹ İsviçre Hukukunda bir görüş devralan şirketin TTK m. 11 hükmünün (veya TTK m. 165 ya da 184) muhatabı olmadığı; devralan şirketin hiçbir zaman ara bilanço düzenleme zorunluluğu bulunmadığı yönündedir; ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 21. Bize göre kanun koyucu açıkça “birleşmeye katılan şirketler”den (TTK m. 144) ve “bölünmeye katılan şirketler”den (TTK m. 165) bahsettiği için bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

gerekir³⁰. Bu bağlamda “önemli değişiklik” yeniden yapılandırma işleminin her iki tarafı açısından da gözetilmesi gereken bir husustur³¹. Keza sadece olumsuz değişiklikler değil aynı zamanda olumlu değişiklikler de dikkate alınmalıdır³². Madde gerekçesinde, malvarlığında önemli değişikliklere birkaç örnek verilmiş olup, bu örnekler arasında bir kooperatifte çok sayıda ortağın çıkması, şirketin faaliyet yılı zararının anormal derecede artması, büyük bir tesisin satılması gibi haller yer almaktadır. Benzer şekilde *Botschaft*'da da bir kooperatif şirketin birleşmesinden önce birçok kooperatif ortağının kooperatif şirketten çıkmaları ve ortaklık paylarının ödenmesini talep etmeleri, dolayısıyla sermayenin önemli ölçüde azalmasına yol açmaları örnek gösterilmiştir³³. İsviçre doktrininde *Böckli*, bir şirketin özsermayesinin son bilanço tarihi itibarıyla yüzde on veya daha fazla bir oranda artmasına veya azalmasına yol açan bir değişikliğin önemli bir değişiklik olarak addedilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁴. Yeni yatırımlar veya yeni iktisaplar da önemli değişikliklere örnek gösterilebilir. Kısmi bölünen şirket bakımından önemli malvarlığı değişiklikleri bölünen/devredilen malvarlığı değerleri üzerinde meydana gelebileceği gibi, kısmi bölünen şirket uhdesinde kalacak malvarlığı üzerinde de meydana gelebilir³⁵. Keza ara bilançodan örneğin birleşmeye katılan şirketlerden birinin sermayesini yitirmiş veya borca batık olduğu ortaya çıkarsa, söz konusu birleşme ancak kurtarıcı birleşmeler bakımından Kanunda yer alan şartlara (TTK m. 139) uyulması halinde geçerli olacaktır³⁶. Buna karşılık kâr payı dağıtımları veya aktiflerin bilanço değerleriyle veya benzer değerlerle satışında söz konusu satışın aktiflerde yüzde ondan fazla değişikliğe yol açmaması, TTK m. 144 (veya TTK m. 165 ya da 184) anlamında “malvarlığında önemli değişiklikler” olarak kabul edilmeyecektir³⁷.

Bize göre “malvarlıklarında önemli değişiklikler” kavramının tanımlanmasında TK m. 150 hükmünden faydalanılması isabetli olur. Her halde bir değişikliğin önemli olup olmadığı ya da hangi oranı aşan değişikliklerin önemli sayılıp sayılmayacağına dair takdiri son tahlilde yönetim organına aittir³⁸.

Küçük ve orta ölçekli bir şirket TK m. 171/2 hükmüne istinaden inceleme hakkından vazgeçmiş olsa bile, TK m. 165/2 hükmünde yer alan şartlardan birinin mevcudiyeti halinde yine de ara bilanço düzenlemekle yükümlü olacaktır. Zira ara

³⁰ GOZZI, s. 134.

³¹ Bölünmeler bakımından bkz. DEMİR, Koray, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 91, 92.

³² ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 20; VOGEL et al., Art. 11 N 9; BÖCKLI, §3 N 81.

³³ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, s. 4405.

³⁴ BÖCKLI, §3 N 81. Benzer yönde bkz. TRIGO TRINDADE: in: *Com LFus*, Art. 11 N 20; VOGEL et al., Art. 11 N 9.

³⁵ VOGEL et al., Art. 35 N 14.

³⁶ BOMMER, **Fusionsgesetz - Stämpflis Handkommentar**, Art 11 N 6.

³⁷ ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 20.

³⁸ GLANZMANN, s. 127; VOGEL et al., Art. 11 N 9; ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 20.

bilanço düzenleme zorunluluğu sadece ortakların değil aynı zamanda alacaklıların da korunmasına hizmet etmektedir³⁹. Keza TTK'da herhangi bir istisna yer almadığı için, grup şirketleri arasında gerçekleşen kolaylaştırılmış birleşmelerde de (TTK m. 155-156) gereğinde ara bilanço düzenleme yükümlülüğü doğacaktır⁴⁰.

Yeniden yapılandırmaya katılan şirketin malvarlığında ortaya çıkan önemli değişiklik, birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında meydana gelirse, TTK m. 150 uyarınca bu değişikliğin yönetim organı tarafından ilgili şirketin genel kuruluna ve birleşmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına bildirilmesi de gerekecektir.

Son olarak belirtelim ki İsviçre doktrininde bir görüş, bazı hallerde yeniden yapılandırmaya katılan bir şirketin malvarlığı artmadan veya azalmadan bilanço yapısının önemli değişikliklere uğrayabileceğini, dolayısıyla bu hallerde de ara bilanço düzenleme yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürmekte ve örnek olarak bilanço zararının giderilmesi amacıyla yedek akçelerin çözülmesi veya açıklayıcı (basit) sermaye azaltımı yapılması⁴¹ ya da bedelsiz pay ihracı hallerini göstermektedir⁴². Kanaatimizce kanun koyucu açıkça yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin *malvarlıklarında* meydana gelen önemli değişikliklerden bahsettiğinden, ilgili şirketin malvarlıksal durumunda olumlu veya olumsuz yönde herhangi bir değişikliğe yol açmayan olguların ara bilanço düzenlenmesi ihtiyacı doğurması gerekir⁴³.

C. Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı

Yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin ara bilanço çıkarma yükümlülüklerine aykırı davranmalarının (örn. ara bilançoyu hiç çıkarmamalarının ya da bağımsız denetime tâbi şirketlerde denetçi tarafından, diğer şirketlerde ise yönetim kurulu

³⁹ BAHAR, Rashid, in: **Commentaire LFus** (Ed. Henry Peter/Rita Trigo Trindade), Zürich 2005, Art. 35, N 5; VOGEL et al., Art. 11 N 2.

⁴⁰ İsviçre Hukukunda [FusG Art. 23, 24] aynı yönde bkz. GLANZMANN, s. 127. Aksi görüş için bkz. VOGEL et al., Art. 11 N 5.

⁴¹ Bu azaltım türü, bilanço zararının kapatılmasına yönelik olup, bu azaltım fiilen var olan azaltmayı açıklamaktadır. Bu tür sermaye azaltımının “basit” olarak adlandırılmasının sebebi, TTK m. 474/2 uyarınca yönetim kurulunun alacaklılara çağrıda bulunmaktan imtina edebilmesidir. Bu azaltım türü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, - Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme**, 4. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2015, § 9 N 9-106. Ayrıca bkz. PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, § 25 N 6; ÇAĞLAR, Hayrettin, **Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 37; DEMİR, Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 106.

⁴² GLANZMANN, s. 127; ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 20.

⁴³ İsviçre doktrininde aynı yönde bkz. VOGEL et al., Art. 11 N 9.

tarafından onaylanmamış olmasının⁴⁴) hukuki sonuçlarına da değinmek gerekmektedir. Gerçekten de uygulamada yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin malvarlıklarında meydana gelen önemli değişikliklerin ticaret sicilinde görevli memurlar tarafından anlaşılması genellikle mümkün olmadığından, ara bilanço düzenleme yükümlülüğünün ihlaline rağmen yeniden yapılandırma işleminin tescili pekâlâ gerçekleşebilir⁴⁵. Bu durumda, yeniden yapılandırma kararının iptali talep edilebilir⁴⁶. Ayrıca yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin ortakları, ara bilançonun düzenlenmemiş olmasının değişim oranının tespitini olumsuz yönde etkilediğinden bahisle, denkleştirme davası (TTK m. 191) açabilirler. Nihayet yeniden yapılandırma sözleşmesinin/planının güncel bir ara bilançoya dayanmadığından bahisle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da gündeme gelebilir.

III. Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Düzenlenen Ara Bilançonun Özellikleri ve TTK’da Düzenlenen Diğer Ara Bilançolardan Farkı

A. Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Düzenlenen Ara Bilançonun Özellikleri

Kanun koyucu TTK m. 144 (veya TTK m. 165 ya da 184) uyarınca düzenlenecek ara bilanço yılbaşı bilançoyla ilişkin ilkelere tâbi tutmuştur. Buna göre söz konusu ara bilanço açık ve anlaşılır olmalı (TTK m. 69/1-(b)), Türkçe ve Türk Lirası ile düzenlenmeli (TTK m. 70). Öte yandan yıllık bilanço bakımından kanun koyucu, fiili veya hukuki duruma aykırı olmadıkça, değerlemelerde işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilmesini öngördüğünden [TTK m. 78/1-(b)], TTK m. 144 (veya TTK m. 165 ya da 184) uyarınca düzenlenecek ara bilanço da işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmektedir⁴⁷.

Bununla birlikte kanun koyucu ara bilançonun çıkarılması bakımından birtakım kolaylıklar öngörmüştür. Öncelikle kanun koyucu bölünmeye katılan şirketleri fizikî envanter⁴⁸ çıkarmaktan muaf tutmuştur. Bir başka deyişle, malvarlığı

⁴⁴ Bkz. birleşme bakımından TSY m. 126, bölünme bakımından TSY m. 128 ve tür değiştirme bakımından TSY m. 130.

⁴⁵ von der CRONE, Hans Caspar/GERSBACH, Andreas/ KESSLER, Franz J./von der CRONE, Brigitte/INGBER, Karin, **Das Fusionsgesetz**, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 11 N 10.

⁴⁶ *Demir*, bu durumda eğer ara bilanço usulüne uygun olarak çıkarılmış olsaydı dahi bölünme kararı alınır, usulsüzlük bölünme kararını etkiler ölçüde değildir denilebiliyorsa, mahkemenin iptal davasını reddetmesi gerektiği görüşündedir; DEMİR, **Bölünme**, s. 94.

⁴⁷ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, ara bilançonun tarihi taraflarca serbestçe belirlenebilir; ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 23.

⁴⁸ TTK m. 66/1 gerekçesinde envanterin, belli bir zamanda, bir işletmenin aktifleri ve pasifleri ve bunların kanunen öngörülen ölçütlere göre yapılmış değerlemeleri bağlamında “nesi var-nesi yok” anlamına gelen teknik bir terim olduğu, envanterin kısaca işletmenin aktif ve pasifini değerleriyle gösteren liste anlamına geldiği ifade edilmiştir. TTK m. 66/1 uyarınca her tacir, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarmakla yükümlüdür.

unsurlarının ölçme, sayma, tartma ve sair yollarla belirlenmesine gerek yoktur⁴⁹. Bu kolaylık özellikle büyük antrepoları olan şirketler (dış ticaret sermaye şirketleri) açısından önem arz etmektedir⁵⁰.

Öte yandan kanun koyucu son yıllık bilançodaki değerlemelerin ara bilançoya alınmasına olanak tanımak suretiyle aktiflerin değerlemesini kolaylaştırmış ve değerlemenin tek tek yapılması ihtiyacını ortadan kaldırmıştır. Son yıllık bilançoda kabul edilmiş bulunan değerlemelerin *sadece* ticari defterlerdeki hareketler ölçüsünde değiştirilmesi yeterlidir. Bu ölçüyü aşan müdahaleler ara bilançoyu geçersiz hale getirir⁵¹. Bununla birlikte amortismanlar, değer düzeltmeleri ve karşılıklar ile ticari defterlerden anlaşılmayan önemli değer değişiklikleri her halde dikkate alınmalıdır. Söz konusu kolaylıklar gerek Birleşme Yönergesi ve Bölünme Yönergesi gerekse Alman Hukukundaki düzenleme (UmwG § 63 Abs. 2) ile uyum içindedir.

B. Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Düzenlenen Ara Bilançonun Borca Batıklık Bilançosundan Farkı

TTK'da yeniden yapılandırma işlemleri dışında ara bilanço düzenlenmesini öngören bir diğer hüküm, sermayenin kaybı ve borca batıklığı düzenleyen 376. maddedir. Gerçekten de anılan maddenin borca batıklığı düzenleyen 3. fıkrası uyarınca; şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartmakla yükümlü tutulmuştur. "Borca batıklık bilançosu" olarak bilinen bu bilanço, TTK m. 376 gereği borca batıklığın tespiti amacıyla düzenlenen bilançodur:

Borca batıklık bilançosu, borca batıklığın tespiti amacıyla düzenlenen bir ara bilançodur. Bu bilanço hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılmalıdır. Bir başka deyişle, TTK m. 376/3 uyarınca iki tip ara bilanço çıkarılmalıdır. Böylece şirketin devamı durumunda aktiflerin borçları karşılayıp karşılamadığının tespitinin yanı sıra, şirket bilanço tarihi itibarıyla tasfiye edilirse aktiflerin satış fiyatlarının borçları karşılayıp karşılamadığı da tespit edilebilecektir⁵². İşletmenin devamlılığı esasına göre çıkarılan bilançoda, aktifler işletme bütünlüğü içinde makul bir öngörüye dayalı olarak değerlendirilmişken, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılan bilançoda, aktifler bilançonun düzenlendiği tarihteki güncel (cari) satış fiyatlarına

⁴⁹ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku C. 1**, 13. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2014, s. 124; TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, § 24 N 24-59.

⁵⁰ ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 24.

⁵¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 124; TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, § 24 N 24-59.

⁵² KARAMAN COŞGUN, Özlem, "Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri", **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul 2020, s. 219.

göre değerlendirilmiştir⁵³. Bu sebeple işletmenin devamlılığı esasına göre çıkarılan bilanço dinamik bilanço iken, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılan bilanço statik bilançodur⁵⁴.

TTK m. 376/3 hükmünün gerekçesinde, iki bilanço çıkarılmasının çeşitli yararları bulunduğu, varlıkların olası satış değerlerine göre çıkarılan bilançonun şirketin iflâsı için yönetim kurulunun mahkemeye başvurmasına gerek olup olmadığına ortaya konacağı, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançonun ise faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak hazırlandığı, böyle bir değerlendirmenin şirketin borca batık olmasına rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığına da ortaya konacağı ifade edilmiştir⁵⁵.

Görüldüğü üzere kanun koyucu bir diğer ara bilanço türü olan borca batıklık bilançosunu yıllık bilançodan farklı bir değerlendirme ilkesine tâbi tutmuştur. Kanaatimizce ara bilançonun da borca batıklık bilançosunun tâbi olduğu değerlendirme ilkelerine göre çıkarılması daha isabetli olurdu. Gerçekten de bir birleşme çerçevesinde, son bilançonun çıkarılmasından sonra, devrolunan şirketin malvarlığında önemli değişiklik niteliğinde bir azalma meydana gelirse, ara bilançonun hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılması halinde, devrolunan şirketin malvarlıksal durumu hakkında daha net bir resim ortaya çıkacaktır. Bir başka deyişle, anılan ihtimalde, devrolunan şirketin aktiflerinin (işletmenin devamlılığı esasına göre çıkarılacak bir ara bilanço aracılığıyla) kaydi değerlerinin yanı sıra (aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılacak bir ara bilanço aracılığıyla) rayiç değerlerinin de bilinmesi, devrolunan şirketin gerçeğe uygun değerinin tespiti, takiben taraflarca değişim oranının sağlıklı bir şekilde tayini bakımından daha isabetli olacaktır.

IV. Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne İlişkin Bazı Tespitler ve Çözüm Önerileri

Bu bağlamda tartışılması gereken ilk konu, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerde son yıllık bilançonun çıkarılmasından sonra gerçekleştirilen bir sermaye artırımının önemli değişiklik sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla ara bilanço düzenleme yükümlülüğüne yol açıp açmayacağıdır. İsviçre doktrininde, artırım miktarı, şirketin artırımdan önceki özsermayesi ile karşılaştırıldığında,

⁵³ TÜRK, Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, **Batider**, C. 32, S. 1, 2016, s. 16, 17.

⁵⁴ TÜRK, **Yenilik ve Değişiklikler**, s. 18. Dinamik ve statik bilanço arasındaki farklar için bkz. TEKİNALP, **Bilanço**, 69 vd.; TÜRK, **Sermaye Kaybı**, s. 246 vd.; KARAYALÇIN, s. 45.

⁵⁵ Madde gerekçesinde ayrıca işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço neticesinde örneğin bir şirketin kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşılık ileriki yıllarda kâr elde etme olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmecinin tarafından farklı değerlendirilebileceğine, bu tür bir değerlemenin yatırımların sonuçlarını da hesaba katacağına işaret edilmiştir.

şirketin malvarlıksal durumunda belirgin bir değişiklik yaratmıyorsa, ara bilanço düzenlenmesine gerek olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁶. Bize göre bu ihtimalde ara bilanço düzenlenmesine gerek olmamalıdır. Zira kayıtlı sermaye sistemini benimseyen bir şirketin yönetim kurulu ancak esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanını aşmayacak şekilde artırımda bulunabilir (TTK m. 460). Hal böyleyken, örneğin devrolunan şirket kayıtlı sermaye sistemini benimsemişse, devralan şirket, devrolunan şirket yönetim kurulunun, esas sözleşmede belirtilen yetki süresi zarfında⁵⁷, tavan sermayeye kadar artırım yapabileceğini bilecek, dolayısıyla taraflarca değişim oranı saptanırken bu husus dikkate alınacaktır. Bu sebeple bize göre başlangıç (ya da yerine göre çıkarılmış) sermaye ile tavan sermaye arasında yapılacak artırımlar önemli değişiklik olarak kabul edilmemelidir.

Tartışılması gereken bir diğer konu, TTK m. 144 (veya TTK m. 165 ya da 184) çerçevesinde ara bilançonun yanı sıra gelir tablosunun da düzenlenmesi gerekip gerekmediğidir. Bilindiği üzere gelir tablosu, TTK m. 68/2 uyarınca tacirin hazırlamakla yükümlü olduğu bir tablo olup, bilanço ile gelir tablosu, yılsonu finansal tablolarını oluşturmaktadır (TTK m. 68/3). Gelir tablosu işletmenin gelir ve gider kalemlerinden oluşmaktadır⁵⁸. İsviçre doktrininde bir görüş, değişim oranının (veya birleşmede ayrılma akçesinin) tespiti için başvuru değerlemelerin daha ziyade gelir tablosuna dayandığından bahisle, TTK m. 144'ün muadili olan FusG m. 11'de böyle bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, ara bilançonun yanı sıra gelir tablosunun da düzenlenmesi gerektiği yönündedir. Bu görüş uyarınca, ara bilançonun düzenlenmesi aynı zamanda gelir tablosunun düzenlenmesini de zorunlu kılmaktadır⁵⁹. Bu görüş Türk Hukukunda yalnızca Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları'nı ('TMS/IFRS')⁶⁰ uygulamak zorunda olan veya isteğe bağlı olarak uygulayan şirketler bakımından bir anlam ifade edebilir. Şöyle ki; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun ('KGK') TMS Uygulama Kapsamına İlişkin 21.08.2014 tarihli ve 01/26 sayılı kararına⁶¹ ekli 1 sayılı listede yer alan kurum, kuruluş ve işletmeler TMS/IFRS'ye göre finansal tablo hazırlamak zorundadır. Böylece TMS/IFRS'yi uygulamakla yükümlü olan

⁵⁶ VOGEL et al., Art. 11 N 9a; ALBRECHT, in: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Art. 11 N 20.

⁵⁷ Bkz. Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (RG9.10.2012, S. 28446), m. 5/3-(b).

⁵⁸ AKSU ÖZKAN, s. 287.

⁵⁹ GOZZI, s. 134, 135; BÖCKLI, §3 N 81; von der CRONE et al., Art. 11 N 181; GLANZMANN, s. 128. Hatta bazı yazarlar ayrıca bir "gelir tablosu eki"nin düzenlenmesi gerektiği görüşündedir; BÖCKLI, §3 N 81; TRIGO TRINDADE: in: **Com LFus**, Art. 11 N 32. Aksi görüş için bkz. VOGEL et al., Art. 11 N 15.

⁶⁰ İki farklı isimde standart bulunmasının sebebi, Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi tarafından yayımlanan standartların KGK tarafından ilk başta "Uluslararası Muhasebe Standartları" şeklinde çevrilerek yayımlanmış olması, daha sonra KGK'nın bunları yenileyerek Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'na çevirmekte olmasıdır; AKSU ÖZKAN, s. 66.

⁶¹ RG 26.08.2014, S. 29100.

şirketler ile 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tâbi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar⁶² kapsamında bağımsız denetime tâbi tutulan şirketler örtüşmemektedir. Anılan ekli 1 sayılı listede yer almayan kurum, kuruluş ve işletmeler ise TMS/TFRS’yi uygulamak zorunda olmamakla birlikte, söz konusu standartları isteğe bağlı olarak uygulayabilirler. Öte yandan bağımsız denetime tâbi olup TFRS’yi uygulamak zorunda olmayan (ve isteğe bağlı olarak da uygulamayan) kurum, kuruluş ve işletmeler, finansal tablolarını, “Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı Hakkında Tebliğ”⁶³ ekinde yer alan BOBİ FRS’ye uygun olarak düzenleyeceklerdir. Nihayet yukarıdaki kapsama dahil olmayan kurum, kuruluş ve işletmeler (KGK tarafından bir standart yayımlanana kadar) finansal tablolarını 1. Sıra Nolu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği’ne⁶⁴ (‘MSUGT’) göre hazırlayacaklardır. Şüphesiz söz konusu kurum, kuruluş ve işletmeler isteğe bağlı olarak TFRS’yi ya da BOBİ FRS’yi uygulayabilirler⁶⁵. Görüldüğü üzere, standartları (yani TFRS’yi ya da BOBİ FRS’yi) uygulamayan şirketler tarafından hazırlanan gelir tablosu MSUGT’ne göre hazırlanan geleneksel gelir tablosu olup, bu tabloda sadece gerçekleşmiş olan gelir ve giderler raporlandığından, geleneksel gelir tablosu finansal tablo kullanıcılarına eksik bilgi sunmaktadır. Oysa TMS/TFRS’yi uygulayan şirketlerin hazırlamakla yükümlü oldukları gelir tablosu, belli bir dönemde elde edilen ancak kar veya zararda gösterilemeyen bazı gelir ve gider unsurlarının gösterilmesini sağlayan kapsamlı gelir tablosudur⁶⁶. Bir başka deyişle, kapsamlı gelir tablosunda geleneksel gelir tablosunda yer almayan unsurlar bulunmaktadır.

Tartışılması gereken bir diğer konu da, İsviçre/Türk Hukukunda yeniden yapılandırma sonrası proforma bilanço düzenleme zorunluluğunun bulunmamasıdır. İsviçre doktrininde bir görüş, yıllık ve ara bilançonun çok sınırlı bir amaca hizmet ettiği için bahisle bir proforma bilanço düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca, alacaklıların teminat isteminde bulunup bulunmama konusunda karar almaları bakımından yıllık ve ara bilanço bir dayanak oluşturmamaktadır. Bilançonun bu amaca hizmet etmesi ve böylece alacaklıların etkili bir şekilde korunması için bir proforma bilanço düzenlenmesi gerekmektedir⁶⁷. Kanaatimizce Türk Hukukunda halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından yeniden yapılandırma sonrası bir bilanço çıkarılması isabetli olur. Böylece yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin ortakları, yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin yeniden yapılandırma işleminin tamamlanmasından sonraki durumunu net bir şekilde görebileceklerdir. Kaldı ki taraflardan en az birinin halka açık ortaklık olduğu yeniden yapılandırma işlemleri bakımından uygulama alanı bulan II-23-2 sayılı Birleşme ve Bölünme

⁶² Bakanlar Kurulu Kararı, 26.03.2018, S. 2018/11597.

⁶³ RG 29.07.2017, S. 30138.

⁶⁴ RG 26.12.1992, S. 21477/Mükerrer.

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKSU ÖZKAN, s. 53 vd.

⁶⁶ AKSU ÖZKAN, s. 288, 289.

⁶⁷ GLANZMANN, s. 125.

Tebliğine⁶⁸ göre, birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu çıkarılması gerekmektedir (m. 8/2-(e)).

Akla gelen bir diğer konu, sermaye piyasası mevzuatı gereği ara dönem finansal rapor düzenleme yükümlülüğüne tâbi şirketlerin ayrıca bir ara bilanço çıkarmakla yükümlü olup olmadıklarıdır. Şöyle ki; Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁹ uyarınca bazı işletme ve kuruluşlar⁷⁰ üç, altı ve dokuz aylık dönemler itibarıyla ara dönem finansal rapor düzenlemekle yükümlü tutulmuştur (m. 7). Alman Hukukunda bu konuda açık düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Alman Menkul Kıymetler Alım Satım Kanunu'nun (*Wertpapierhandelsgesetz*) 115. maddesi gereği ara dönem finansal rapor çıkarmakla yükümlü olan şirketlerin ayrıca ara bilanço çıkarmalarına gerek görülmemektedir (UmwG § 63 Abs 2). Bu durumda söz konusu ara dönem finansal rapor, UmwG § 63 Abs 2 gereği düzenlenen ara bilançonun yerine geçecektir. Ara dönem finansal rapor düzenleme yükümlülüğüne tâbi şirketler üçer aylık dönemlerde finansal tablo düzenlediklerinden, dolayısıyla bu şirketlerin finansal tabloları kısa aralıklarla güncellendiğinden, TTK'nın yeniden yapılandırma hükümlerinde zımnen öngörülen bilançonun güncelliği ilkesi bu suretle sağlanmış olacaktır. Bu sebeple bize göre Türk Hukukunda halka açık anonim şirketler bakımından da aynı sonuca varılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

V. Sonuç

TTK'da yeniden yapılandırma işlemleri çerçevesinde belirli hallerde (TTK m. 144, 165, 184) ara bilanço düzenleme zorunluluğu getirilmiş ve bu bilançooya yıllık bilanço ilkelerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte söz konusu bilançonun çıkarılmasına yönelik birtakım kolaylıklar sağlanmıştır. Bu kolaylıklar fiziki envanter çıkarılmasına ve aktifler bakımından tek tek değerlendirilmesine gerek olmaması şeklinde özetlenebilir.

Öte yandan TTK'da yeniden yapılandırma işlemleri çerçevesinde ara bilanço düzenlenmesine ilişkin hükümler yalnızca yeniden yapılandırma sözleşmesinin/planının imzalanmasından *önceki* zaman dilimini düzenlemektedir. Buna karşılık, yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin yönetim organlarının, malvarlığında meydana gelen önemli değişikliklerle ilgili karşılıklı bilgi verme yükümlüğünü düzenleyen TTK m. 150, yeniden yapılandırma sözleşmesinin/planının imzalanmasından *sonraki* zaman dilimini düzenlemektedir. Bir başka deyişle TTK m. 150 hükmünde yeniden yapılandırma sözleşmesinin imzalanması ile bu sözleşmenin genel kurulda onaylanması arasında meydana gelen değişiklikler düzenlenmektedir. İşte TTK'nın 144, 165,

⁶⁸ RG 28.12.2013, S. 28865.

⁶⁹ RG 13.06.2013, S. 28676.

⁷⁰ Bunlar; ihraç ettiği sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören işletmeler; yatırım kuruluşları; yatırım ortaklıkları, portföy yönetim şirketleri; ve ipotek finansmanı kuruluşlarıdır

İPEKEL KAYALI/Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler

184. madde hükümlerinin (ve bu hükümleri tamamlayan 150. madde hükmünün) uygulanmasıyla şirketin mali resminin güncel kılınması, dolayısıyla yeniden yapılandırma kararlarının güncel veriler temelinde alınması sağlanmıştır.

Bununla birlikte TTK'nın 144, 165, 184. madde hükümlerinde düzenlenen ara bilanço bazı açılardan eleştiriye açıktır. Özellikle söz konusu bilançonun yıllık bilanço ilkelerine tâbi olması ve dolayısıyla değerlemenin yalnızca işletmenin devamlılığı esasına göre yapılması kanaatimizce bir eksiklik yaratmaktadır. TTK'nın 144, 165, 184. madde hükümlerinde düzenlenen ara bilançonun da - tıpkı borca batıklık bilançosu gibi - hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılması yeniden yapılandırmaya katılan şirketlerin ortakları ve alacaklıları açısından daha net bir tablo ortaya çıkaracaktır.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKSU ÖZKAN, Raziye, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

ALBRECHT, Andreas C., in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, 2. Aufl., Zürich 2012.

ATALAY, Oğuz, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.

BAHAR, Rashid, in: **Commentaire LFus** (Ed. Henry Peter/Rita Trigo Trindade), Zürich 2005.

BOMMER, Florian, **Fusionsgesetz - Stämpflis Handkommentar**, 2. Aufl., Bern 2015.

ÇAĞLAR, Hayrettin, **Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

DEMİR, Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

DEMİR, Koray, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

GLANZMANN, Lukas, **Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes**, Bern 2008.

GOZZI, Niccolò, **Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz**, Zürich/St. Gallen 2009.

GÖKGÖZ, Ahmet, “İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosunun Çıkarılması”, **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies**, 3/3 (2017), s. 108-131.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri”, **Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul 2020.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Bilanço Hukuku**, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1988, s. 42.

KAYAR, İsmail, “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı Ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012, s. 643-658.

KAYAR, İsmail, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler**, Mimoza Yayıncılık, Konya 1997.

KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

KERVANKIRAN, Emrullah, **Anonim Şirketlerin Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÖKTEM, Seda, “İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilançosu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 6, 2006, s. 2477-2490.

ÖZTEK, Selçuk, **İflasın Ertelenmesi**, Arıkan Yayınları, Ankara 2007.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku C. 1**, 13. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2014.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

SÜMER, Haluk, “Ticari Bilanço ve Borca Batıklık Bilançosu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 2, 2013, s. 39-53.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, - Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme**, 4. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2015.

TEKİNALP, Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.

TRIGO TRINDADE, Rita, in: **Commentaire LFus** (Ed. Henry Peter/Rita Trigo Trindade), Zürich 2005.

TÜRK, Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, **Batider**, C. 32, S. 1, 2016, s. 5-60.

TÜRK, Ahmet, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları**, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999.

von der CRONE, Hans Caspar/GERSBACH, Andreas/KESSLER, Franz J./von der CRONE, Brigitte/INGBER, Karin, **Das Fusionsgesetz**, 2. Aufl., Zürich 2017.

VOGEL, Alexander/HEIZ, Christoph/BEHNISCH, Urs R./SIEBER, Andrea/OPEL, Andrea, **FusG Kommentar**, 3. Aufl., Zürich 2017, Art. 11 N 6.

İPEKEL KAYALI/Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Ara Bilanço Düzenleme Yükümlülüğüne İlişkin Bazı Tespit ve Öneriler

YILMAZ, Berna Burcu, “İflasın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2009.

KİŞİSEL VERİLERİN ÖLÜMDEN SONRA KORUNMASI

Arş. Gör. Murat UÇAK¹

Öz

Günümüz modern dünyasında, bireylerin kişisel verileri teknolojik araçlar vasıtasıyla eski dönemlere oranla çok daha kolay bir şekilde işlenmekte, depolanmakta ve sınıflandırılıp kullanılmaktadır. Özellikle otomatik araçlarla işlenen büyük miktarda kişisel veriler, veri sorumlularının elinde uzun yıllar kalabilmektedir. Bu durumda şu sorular akla gelmektedir: Söz konusu kişisel verileri işleyen veri sorumlusu elinde bulundurduğu verileri ilgili kişinin ölümünden sonra ne şekilde kullanılmalıdır? İlgili kişinin ölümünden sonra kişilik değerlerinin ve bu çerçevede kişisel verilerinin korunması sağlanabilir mi? Ölen kişi sağlığında yapmış olduğu tasarruflarla ölümünden sonra kişisel verilerinin kullanımı ve yönetimi hususunda veri sorumlusuna veya bir üçüncü kişiye talimat verebilir mi? İlgili kişinin mirasçılarının bu verilere erişim hakkı var mıdır? AB ülkelerinde ve Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GVKT) bu konu nasıl ele alınmıştır? Çalışmamızda, bu ve bunun gibi soruların cevaplarına katkıda bulunabilmek için öncelikle kişisel veri kavramı ve kişisel verilerin hukuki niteliği irdelenecek, ardından ölen kişilerin kişilik değerlerinin ne şekilde korunacağına ilişkin doktrindeki görüşler ele alınacaktır. Bu çerçevede ölen kişilerin kişisel verilerinin korunması meselesi “*hatırayı koruma doktrini*” ve “*ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi*” kapsamında tartışılacaktır. Son olarak, uluslararası düzenlemelerde ölen kimsenin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin ne tür düzenlemeler getirildiği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ölüm sonrası kişiliğin korunması, kişisel veri, kişilik hakkı, Genel Veri Koruma Tüzüğü,

¹ Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8659-568X, murat.ucak@medeniyet.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25.01.2021

Bu makaleye atıf için; UÇAK, Murat, “Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması”, **İMHD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 97-123.

POST-MORTEM PERSONAL DATA PROTECTION

Abstract

In today's modern world, personal data of individuals are processed, stored, classified and used much easier than in the past by means of technological tools. Especially, large amounts of personal data processed by machines can remain in the hands of data controllers for many years. In this case, these questions raise: How should the data controller who processes the personal data in question use the data in his possession? After the death of the data subject can the personal values including personal data of him be protected? Can he give instructions to the data controller or a third party regarding the use and management of his personal data after his death with the dispositions he has made in his life? Do the heirs of the data subject have the right to access this data? How has this issue been examined in EU countries and in the General Data Protection Regulation (GDPR)? In this study, in order to contribute to reaching the answers to these and similar questions, firstly the concept of personal data and the legal nature of personal data will be examined, and then the opinions in the doctrine on how to protect the personality values of the deceased will be discussed. In this framework, the issue of protecting the personal data of deceased persons in the scope of the "*doctrine of preserving the reputation*" and "*the theory of post-mortem protection of personality*" will be considered. Finally, what kind of regulations are introduced in international regulations regarding the protection of the personal data of the deceased will be examined.

Keywords: Post-mortem protection of personality, personal data, right of personality, General Data Protection Regulation

GİRİŞ

Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçilen günümüzde, birçok kişi internet ortamında ticari faaliyetlerini sürdürmekte, alışveriş yapmakta, arkadaşlıklar kurmakta, araştırma yapmakta, fikir ve düşüncelerini üçüncü kişilerle paylaşmakta bir başka deyişle gerçek hayatta yaptıkları birçok faaliyeti sanal ortamda da yapabilmektedir². Bu da artık bireylerin kişisel verilerinin çok daha kolay ve büyük miktarlarda işlenmesine zemin

² 2020 Ekim ayı tarihi itibarıyla Dünya'da sosyal medya kullanıcısı olan kişi sayısı toplam dünya nüfusu oranının %53'üdür. İnternet kullanıcıların toplam dünya nüfusuna oranı ise %60'dır. Her gün yaklaşık iki milyon kişi sosyal medya hesabı açmaktadır. KEMP,Simon, "Digital 2020: October Global Statshot, **Datareportal**, 20 October 2020. (Çevrimiçi) <https://datareportal.com/reports/digital-2020-october-global-statshot#:~:text=More%20than%204%20billion%20people,are%20joining%20them%20every%20day.&text=Social%20media%20adoption%20has%20jumped,in%20the%20past%2012%20months> (E.T.: 15.12.2020).

hazırlamıştır. Bireylerin sanal ortamda yapmış olduğu her işlem bulut ortamında saklanmakta ve yapılan her davranış o birey hakkında bir iz bırakmaktadır.

Modern toplumda, dijital kimliklere³ sahip olan bireylerin öldükten sonra kişisel verilerinin akıbetinin ne olacağı konusunda ülkemizde henüz net bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızın ana konusunu kişisel verileri işlenen kişilerin ölümlerinden sonra hangi gerekçelerle ve ne kapsamda kişisel verilerinin korunacağı oluşturmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak araştırmanın konusunu oluşturan kişisel veri üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kişisel verinin ne anlama geldiği incelenecek ve ardından kişisel verilerin korunmasındaki hukuki değerler sorgulanacaktır. Bu kapsamda kişilik hakkı, mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı görüşlerine değinilecek ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlardan bahsedilecektir.

Kişisel veri kavramı ve niteliği hususunda bilgi sahibi olduktan sonra, ölüm sonrası kişiliğin korunması çerçevesinde görüşler incelenecektir. Böylece Türk/İsviçre ve Alman hukuklarındaki baskın görüşler ele alınacaktır. Özellikle, “*hatırayı koruma doktrini*” ve “*ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi*” kapsamında ölen kişilerin kişilik değerlerinin ne şekilde korunması gerektiğine çözümler aranacaktır.

Çalışmamızın son kısmında ise ölen kişilerin kişisel verilerinin ne şekilde korunacağına ilişkin yasal düzenlemeler incelenecektir. Bu nedenle öncelikle, Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nda ölen kişilere ilişkin bir düzenleme olup olmadığına bakılacaktır. Ardından Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde soruna yanıt bulmaya çalışılacaktır. Son olarak, Genel Veri Koruma Tüzüğü⁴ (GVKT) ve diğer AB ülkelerinin ulusal düzenlemelerinde ölen kimsenin kişisel verilerinin ne şekilde korunduğu incelenecektir.

³ Dijital kimlik, dijital ortamda erişilebilen bir birey hakkındaki tüm bilgilerdir. Günümüzde dijital ortamdaki verilerin katlanarak artması ve bu verileri kullanabilecek teknolojinin yeteneklerinin gelişmesi ile kişilerin dijital kimliği çok rahat bir şekilde tespit edilip izlenebilmektedir. THE BOSTON CONSULTING GROUP, “The Value of Our Digital Identity,” **Liberty Global Policy Series**, 2012, s. 3. <https://www.digitallogbook.org/wp-content/uploads/2016/10/BCG-The-Value-of-Our-Digital-Identity.pdf> (E.T.: 08.01.2020).

⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (E.T.: 19.08.2020).

I. Kişisel Veri Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hem ulusal düzeyde hem de uluslararası alanda bir çok yasal düzenleme yürürlüğe girmiştir⁵. Uluslararası düzenlemelerin başında olan Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) m. 4/1’de diğer düzenlemelerle paralel şekilde, kişisel veriyi “*belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlamıştır.

Türk Hukuku’nda ise çeşitli mevzuatlarda kişisel veri tanımına yer verilmiştir. Bunlardan en önemlisi olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁶’nın (KVKK) 3. maddesinin ilk fıkrasında kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” dir⁷. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, yasal düzenlemelerde kişisel veriler sınırlı olarak sayılmamıştır⁸. Bunun en önemli sebebi, kişiye ilişkin verilerin sayıca sınırlanamayacak kadar çok olması ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte önceden kişisel veri olarak kabul edilmeyen verilerin kişisel veri niteliğine bürünmesi yahut yeni veri kategorilerinin ortaya çıkmasıdır⁹.

Kişisel verilerin hukuki niteliğini belirlemek bu verilerin korunmasında hangi hukuki rejimin uygulanacağı açısından önemlidir. Kişisel verilerin korunmasının özü itibariyle hangi hukuki varlık ve menfaatin korunmasına

⁵ OECD, “Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data”, (Çevirimiçi) <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/privacy-guidelines.htm> E. T.: 25.06.2020; Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.01.1981. (Çevirimiçi) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/?conventions/rms/0900001680078b37> E. T.: 25.12.2019; Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. (Çevirimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> E. T.: 25.06.2020.

⁶ No: 6698, Kabul T: 24.03.2016, R.G: 29677, T: 07.04.2016. Bundan sonra KVKK olarak yer alacaktır.

⁷ KVKK’nın 3. maddesinin gerekçesinde de kişisel veri “*bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi*” olarak ifade edilmiştir. Bkz.: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu (KVKK Tasarısı), Sıra Sayısı: 117. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi:26.12.2019).

⁸ TAŞTAN, Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 27. Fakat, yasal düzenlemelerin bir kısmında bu verilerin neler olacağına ilişkin örneklerle yer verilmiştir. GVKT m. 4’te kişisel verinin tanımı yapıldıktan sonra “*gerçek kişiye ait olan isim, kimlik numarası, konum verisi, çevrimiçi tanımlayıcı, fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini gösteren bir ve ya birden fazla faktöre ilişkin veriler*”in kişisel veri olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, KVKK m. 3’ün gerekçe kısmında da ad, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi ilgili kişinin kesin teşhisini sağlayan bilgilerin haricinde kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgilerin de kişisel veri olarak kabul edileceğine yer verilmiştir.

⁹ DÜLGER, Murat Volkan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2019, s. 12; KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, **6698 Sayılı Kanunda Yer Alan Temel Kavramlar**, Ankara, 2017, s. 10. (Çevirimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/6698%20SAYILI%20KANUN%20E2%80%99DA%20YER%20ALAN%20TEMEL%20KAVRAMLAR.pdf> (E. T.: 10.07.2020).

hizmet ettiği konusunda doktrinde kişilik hakkı, mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı olmak üzere üç temel görüş bulunmaktadır¹⁰. Bu üç görüşten kişisel verilerin korunmasını kişilik hakkı çerçevesinde ele alanlar bu konuyu temel insan hakkı sorunu olarak görmekteyken, mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı çerçevesinde inceleyenler ise kişisel verileri koruma meselesini daha çok ekonomik açıdan ele almaktadır¹¹.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde kişisel verilerin korunması ilk dönemlerde kişilik hakkının özel görünümünü oluşturan özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmiştir¹². Zira, kişisel verilerin korunması hukukunda koruma altına alınan menfaat kişisel verilerin elde edilmesiyle bireylerin başta özel hayatı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır¹³. Avrupa'da henüz özel bir kişisel verilerin korunması mevzuatı oluşturulmamışken, kişisel verilere ilişkin sorunlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki özel ve aile hayatına saygı kapsamında korunmaya çalışılmıştır¹⁴.

Kişisel verileri korumayı kişilik hakkının korunması kapsamında savunan ilk dönem yazarlarına göre, kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmeli ve bu sayede kişisel verilerin hukuka aykırı işlenerek bireylerin özel yaşamına müdahale edilmemelidir. Bireylerin sağlıklarına, ailevi durumlarına, ekonomik imkanlarına, sosyal ve cinsel tercihlerine ilişkin bilgilerin o kimsenin özel yaşamı ile ilgili olduğundan, bu verilerin üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, aktarılması ya da ifşa edilmesi özel hayata müdahale olarak kabul edilmelidir¹⁵.

¹⁰ KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 60; TAŞTAN, s. 51; AYÖZGER, Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması-Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2019, s. 13.

¹¹ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kişisel veriler daha çok mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı kapsamında ele alınırken, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde kişisel veriler kişilik hakkının özel bir görünümü olan mahremiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlükler çerçevesinde incelenmektedir. TAŞTAN, s. 51; AYÖZGER, s. 13.

¹² KORFF, Douwe, "Practical Implication of the new EU General Data Protection Regulation for EU and non-EU Companies", **Final Report, Cambridge: Commission of the European Communities**, 1998, s. 4 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3165515> E.T.:25.07.2020); SAMUELSON, Pamela, "Privacy As Intellectual Property?", **Stanford Law Review**, Vol. 52. Nu. 5, 1999, s. 1142; ÇEKİN, Mesut Serdar, **Avrupa Birliği Hukukuna Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 20.

¹³ ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, Ankara, 2008, s. 4; ÇEKİN, s. 19; KAMA-IŞIK, Sezen, **Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış**, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020, s. 36.

¹⁴ KAMA-IŞIK, s. 36. Nitekim, günümüzde KVKK m. 1'de de *kanunun amacının başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak* olduğu belirtilmiştir.

¹⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 189; AKSOY, Hüseyin Can,

İlerleyen dönemlerde, kişisel verilerin korunması hakkını kişilik hakkı menfaati çerçevesinde savunan yazarlar bu hakkın yalnızca özel hayata ilişkin olmadığını diğer temel hak ve özgürlüklerle de bağlantılı olduğunu ifade etmişlerdir. Zira, kişisel verilerin korunması hukukunda kişi hakkında gizli olmayan veriler de koruma kapsamında olabilmektedir¹⁶. Bu nedenle, kişisel verilerin korunmasını, sadece özel hayatın gizliliğinin korunmasına indirgeyen görüşler gizli olmayan kişisel verilerin korunması hususunu açıklamakta yetersiz kalmaktadırlar.

Günümüzde kişisel verilerin korunması hakkı kişinin serbest iradesinin korunması, insan onuru, inanç özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünü de içine alan başlı başına bir koruma alanı oluşturmuştur¹⁷. Örneğin; bir kişi hakkında hatalı veya yanlış olarak işlenen veriler toplum nezdinde kişinin itibarına zarar vermesine neden olmasına rağmen özel hayatın gizliliğine müdahale olarak teşkil etmez¹⁸. Ancak bu durumda bile kişisel verilerin korunması hakkı gündeme gelecektir.

Mülkiyet hakkı görüşüne göre, kişisel veriler yalnızca kişiliğin bir parçası olmayıp aynı zamanda kişinin kendisinden doğan bir üründür¹⁹. Dolayısıyla veri sahibine kişisel verileri üzerinde geniş bir yasal hakimiyet alanı verilmeli ve kendi verilerini mülkiyet hakkı çerçevesinde kullanabilmelidir²⁰. Bu görüşe göre, veri sahiplerine verilerinin işlenmesinin sonucunda belirli bir ücret isteme gibi maddi bir karşılık talep etme hakkı verilmelidir²¹. Veri sahibi kişisel verilerini rızası olmaksızın elde eden, kaydeden veya üçüncü kişilere aktaran kişilere karşı mülkiyet hakkından kaynaklı davalar açarak zararlarını tazmin edebilecektir.

Mülkiyet hakkı görüşüne gelen en önemli eleştirilerden birisi kişisel verilerin nitelik itibariyle mülkiyet hakkıyla bağdaşmamasıdır²². Bunun en önemli sebebi, kişisel verileri üzerinde istenildiği gibi tasarrufta bulunulabilecek bir eşya gibi görülemeyeceğidir. Böyle görüldüğü takdirde,

Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010, s. 55; KAMA-IŞIK, s. 36.

¹⁶ AKSOY, ss. 63-64.

¹⁷ ŞİMŞEK, s. 119; ÇEKİN, s. 20; AYÖZGER, s. 38-52; KAMA-IŞIK, s. 37. Zira, 19982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında 2010 yılında yapılan değişiklikle m. 20/3'de kişisel verilerin korunması hakkı ayrı bir hak olarak düzenlenmiştir.

¹⁸ AYÖZGER, s. 16.

¹⁹ AKSOY, s. 57.

²⁰ AYÖZGER, s. 17; AKSOY, s. 57; KÜZECİ, s. 62.

²¹ Böylece, veri sahibi bu verileri hangi ölçüde ve hangi teşebbüslere paylaşabileceği konusunda özgür olacaktır. Bu paylaşım esnasında kişisel verileri işlemek isteyen kimselere karşı işlemenin karşılığı olacak bedel konusunda pazarlık yapma gücüne sahip olacaktır. Böylece veri işleyen kişiler işleme faaliyeti sonucunda veri sahiplerini sömüremeyecek, veri sahipleri verilerini işleyen kimselere karşı mevcut duruma göre daha güçlü konumda olacak ve böylece veri işleyen ile veri sahipleri arasında denge sağlanacaktır. SAMUELSON, s. 1128; AYÖZGER, s. 17; AKSOY, s. 58.

²² AYÖZGER, s. 17; AKSOY, s. 64.

veri sahipleri kişisel verilerini rızası dahilinde bir üçüncü kişiyle paylaşması durumunda, üçüncü kişi veri sahibinin kişisel verilerinin maliki olacak ve bu verileri kendi isteği doğrultusunda asıl veri sahibine sormaksızın diğer kişilere aktarabilecektir²³. Bu durum, veri sahibinin kişisel verileri ile ilişkisini tamamen kesecek ve veri sahibini korumasız bırakacaktır.

Kişisel verilerin korunması hakkının fikri mülkiyet hakkına dayandıran görüşe göre ise kişisel verilerin korunması hakkı ile fikri mülkiyet hukukundaki manevi hakların²⁴ korunması hakları amaçsal olarak birbirlerine benzemektedirler²⁵. Buna göre, hem kişisel verilerin hem de fikri mülkiyete konu olan eserlerin korunmasındaki temel amaç bilginin korunması ve bu bilgilerin dağıtımının kontrolünün sağlanmasıdır²⁶. Fikri mülkiyet hukukunda manevi haklar eser sahibine eserini kamuya arz etme, eseri üzerinde değişiklik yapılmasını önleme ve eserinin ne şekilde, ne zaman, kimlere aktarılacağı gibi haklar tanımaktadır²⁷. Bu açılarından bakıldığında, kişisel verilerin korunması hakkı da veri sahibine buna benzer haklar tanımaktadır. Veri sahibi kendisine ait olan verileri kimlere ve ne şekilde paylaşacağını belirleme hakkına sahiptir. Ayrıca kişisel verilerini üçüncü kişilere paylaşmış olsa bile bu veriler üzerinde değişiklik yapılmasını önleme yahut doğruluğunun korunmasını isteme hakkı söz konusudur²⁸.

Kişisel verilerin korunmasını özü itibariyle fikri mülkiyet hakkına dayandıran görüşe karşı yapılan en önemli eleştirilerden biri her iki hakkın konusunu oluşturan değerlerin doğaları itibariyle farklı olmalarıdır²⁹. Fikri mülkiyete konu olan eser, buluş ve marka gibi değerler kişilerin bilinçli bir şekilde sarf ettiği güç ve fikri çabaların bir ürünü olarak ortaya çıkar³⁰. Oysa kişisel veriler, bireylerin kişiliğinin getirdiği doğasından kaynaklanan, tercihlerinin ve yaşantısının bir sonucu olarak kendiliğinden ortaya çıkan bilgilerdir³¹.

²³ AKSOY, s. 65.

²⁴ Manevi haklar, eser sahibi ile eseri arasındaki manevi ilişkiden doğan maddi bir getirisi olmayan haklardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 233.

²⁵ AKSOY, s. 60; SAMUELSON, s. 1146.

²⁶ AKSOY, s. 60; SAMUELSON, s. 1135.

²⁷ KILIÇOĞLU, s. 235; SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 85.

²⁸ AKSOY, s. 61; SAMUELSON, s. 1148.

²⁹ AKSOY, s. 66.

³⁰ AKSOY, s. 66. Zira, kişisel verilerin korunması hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun varlık amaçları da farklılık arz etmektedir. Fikri mülkiyet hukuku fikri ve sınai haklar alanındaki ekonomiyi geliştirmek ve bireylerin yeni buluşlar ve eserler ortaya çıkarmasını teşvik etmek gibi kaygılar gütmektedir. Oysa, kişisel verilerin korunması hukuku bireylerin kişisel veri üretmesini teşvik etme amacı gütmeyiz. Aksine kimi yazarlara göre, kişisel verilerin korunması hukuku bu verilerin elde edilmesini, kullanılmasını veya aktarılmasını sınırlandırmaktadır.

³¹ SAMUELSON, s. 1140.

II. Ölen Kişinin Kişilik Değerinin Korunması

TMK m. 28/1 hükmüne göre kişilik ölümle sona erer³². Bir başka ifadeyle ölüm olayının gerçekleşmesiyle kişilik sona erer³³. Dolayısıyla bu andan itibaren hak ve borç altına girilemez. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan, özellikle aynı haklar, alacak hakları, zilyetlikler ve pasif değeri oluşturan borçlar gibi malvarlığı hakları ölümünden sonra mirasçılara kendiliğinden geçer³⁴. Bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar devredilemez ve mirasçılara geçmez. Bu nedenle de kural olarak kişiliğin sona ermesiyle birlikte bu haklar ortadan kalkar³⁵. Dolayısıyla ölen kimsenin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından olan kişilik haklarının ihlalinde kural olarak mirasçıların dava hakkı bulunmamaktadır³⁶.

TMK m. 28/1 kişiliğin ölümle sona ereceğini belirtmekte ama kişiliğe bağlı olan değerlerin akıbeti hakkında her hangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bir başka deyişle kişinin hak ehliyetini kaybetmesi kişiliğinin korunmasını da kaybettiği anlamına gelip gelmediği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kapsamda, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan kişilik hakkının³⁷ ne olacağı konusunda doktrinde tam bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, kişinin kişi olmasından mütevellit sahip olduğu vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, haysiyet ve şeref gibi haklarının

³² Kişilik ölüm ve gaiplik olmak üzere iki şekilde sona erer. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku**, C.II, Filiz Kitabevi, 20. Bası, İstanbul, s. 23.

³³ Kanun koyucu, söz konusu ölüm anının tespitini tıp biliminin o anda ulaştığı seviyeye bırakmıştır. Zira, teknolojinin ve tıp ilminin hızlı şekilde gelişmesi ölüm anının belirlenmesi açısından değişikliklere neden olabilecektir. Bu durum Kanun'un her seferinde değiştirilmesine neden olacak bu da hukuk güvenliğini zedeleyebilecektir. Bu nedenle kanun koyucu ölüm anını kesin olarak belirlemekten kaçınmıştır. Hukukçu ise tıp biliminin belirlediği ölüm anına göre hukuki sonuçlara varacaktır. GEZDER, Ümit, "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliği Koruma Teorisi", **İÜHFİM**, C. LXV, S. 1, 2007, s. 208; DURAL/ÖĞÜZ, s. 23.

³⁴ DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku -Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, s. 403; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Basım**, Der Yayınları, İstanbul, s. 11.

³⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 23; DURAL/ÖZ, s. 405; ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi-TMK m. 575-639-Cilt II**, Onikilevha, İstanbul 2020, s. 4.

³⁶ PETEK, Hasan, **Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 41; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 814.

³⁷ Kişilik hakkı kavramına ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Buna göre; *Dural*, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan değerler üzerindeki hak şeklinde tanımlanmıştır. DURAL/ÖĞÜZ, s. 112; *Oğuzman* ise insanın insan olması hasebiyle ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu hakları şeklinde tarif etmiştir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 168; *Helvacı*, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak olarak ifade etmiştir. HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2017, s. 101.

ölümden sonra sona ereceğini savunmaktadır³⁸. Diğer bir görüş ise, bu hakların sınırlı da olsa devam edeceği görüşündedir³⁹.

Ölüm sonrası hatırayı koruma olarak kabul edilen ilk görüşe göre TMK m. 28/1 hükmünün lafzı “*kişilik... ölümle sona erer*” düzenlemesi açıkça ölüm olayının gerçekleşmesiyle kişilikle birlikte kişilik üzerindeki değerlerin de sona ereceğini ifade etmektedir. Türk/İsviçre hukukunda baskın olan bu görüşe göre, ölen kimsenin kişiliği ortadan kalkmakta ise de, yakınları ölen kimseye yönelik davranışlardan zarar görüyorsa dolaylı olarak ölen kimsenin kişilik değerleri koruma altına alınır.

Ölüm sonrası kişiliğin korunmasını savunan ve Almanya’da baskın olan görüşe göre ise hukuk düzeni kişiyi ölümden sonra da kişilik hakları kapsamında doğrudan doğruya korumalıdır.

A. Hatırayı Koruma Doktrini

Hatırayı Koruma Doktrini’ni savunan yazarların dayanak noktası doğrudan doğruya TMK m. 28/1’in açık yorumudur. Kişiliğin ölümle sona ermesinin sonucu olarak kişi ölüm anı ile beraber artık hak ehliyetini kaybeder. Bu durumda ölen kişi ne hak sahibi olabilir ne de borç altına girebilir. Hak ehliyetinin usul hukukundaki yansıması olan taraf ehliyeti de ortadan kalkacaktır⁴⁰. Bu durumda, bir kimse ölümünden sonra kişiliğine yapılan saldırılara karşı kişiliğini bizzat kendisi koruyamaz ve kimse onun vekili olarak saldırıda bulunana karşı dava açamaz.

Ancak, hatırayı koruma doktrini ölen kimseyi tamamen de korumasız bırakmamıştır. Bu görüşe göre, ölen kimsenin yakınları ölenin bazı kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucunda saygı duygularının zedelenmesinden dolayı bizzat kendi adlarına kişilik değerlerinin korunması için dava açabilirler⁴¹. Zira, ölenin kişilik hakkına yapılan saldırı çoğu zaman ölenin yakınlarının kişilik değerlerine de bir saldırı teşkil etmiş olur⁴². Bu kimseler, söz konusu haklarını korumak için MK m. 24/1’e başvurabilirler. Bunun sonucu olarak ölen kimsenin yakınları kendi kişilik değerlerini doğrudan

³⁸ HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 32.

³⁹ GEZDER, s. 207.

⁴⁰ AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, **Kişiler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, s. 49.

⁴¹ *Özel* ceset üzerindeki hakkın niteliği konusunda tartışmaların olduğunu ama doktrindeki baskın görüşün ceset üzerinde doğrudan ölen kişinin değil yakınlarının kişilik hakkı olduğudur. Bir başka deyişle ceset üzerindeki korumayı oluşturan değerler yakınlarının ölene karşı besledikleri hürmet ve saygıdır. Ölen kişi artık toplumun bir üyesi bir ferdi değil ve kişiliği bulunmadığından ceset üzerinde bir hakkının olduğundan da bahsedilemez. ÖZEL, Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1, Mart 2002, ss. 43-77, s. 60.

⁴² HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 191 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 164.

korumakla birlikte ölenin bazı kişilik değerlerini ise dolaylı olarak korumuş olacaktırlar⁴³.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu doktrin genel hukuk prensipleriyle uyumludur. Zira, ölenin yakınlarının kendi kişilik değerlerine dayanarak ölen kişinin kişiliğini dolaylı olarak koruması MK m. 24'ün uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu görüş sayesinde, ölen kimselerin kişiliğini korumak için ölümden sonra yeni bir hukuki kişilik oluşturulmasına gerek yoktur.

Bu doktrinin en çok eleştirilen yanı, ölenin yakınlarının harekete geçmemesi ya da herhangi bir yakının olmaması durumunda ölenin korumasız kalacağı düşüncesidir. Hatırayı koruma doktrinini savunanlarca söz konusu eleştiri yerinde görülmemektedir. Zira, ölümlerle birlikte kişilik sona ereceğinden ölen kişi artık insan değildir ve bu nedenle ihlal edilen bir kişilikten ve korumasız kalan bir kişiden bahsedilemez.

B. Ölüm sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi

Ölüm sonrası kişiliğin korunması görüşüne göre, kural olarak ölümlerle kişilik sona erse de kişiliği oluşturan bazı değerlerin korunması hakkı ölümden sonra da devam etmektedir⁴⁴. Bu durumda ölenin kişilik hakkı ölümden sonra sınırlı da olsa devam edecektir. *Hatemi* kural olarak kişiliğin ölümlerle sona ereceğini ifade etse de insan onurunun ölümlerle sona ermeyeceğini ifade etmektedir⁴⁵. Alman hukukçular da Anayasa'da güvence altına alınan insan onuru hakkına dayanarak⁴⁶ bu hakka yönelik olarak yapılan saldırılarda devletin tek tek her bireyin onurunu koruma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmişlerdir⁴⁷. *Serozan* ise ölüm sonrası kişiliğin korunması görüşüne daha yakın durmakta ve kişilik hakkını koruyan davaların tümünü ölen kimsenin mirasçılarının açabileceğini kabul etmektedir⁴⁸.

⁴³ GEZDER, s. 215.

⁴⁴ Ölüm ile bir kimsenin yaşamı ve bununla birlikte kişiliği son bulsa da, ölenin bazı menfaatlerinin devam edeceğine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. SPERLING, Daniel, **Posthumous Interests-Legal and Ethical Perspectives**, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s.14.

⁴⁵ İnsan onuru kişiye bağımlı haklardan olduğundan bunun korunması mirasçılara da geçmez. Bu nedenle insan onuru hakkının korunması Devlet tarafından sağlanmalıdır. HATEMİ, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, Onikilevha, Güncellenmiş 8. Bası, 2020, s. 86.

⁴⁶ Alman Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu "*Mephisto*" kararında Alman Anayasası m. 1'e dayanarak ölen kişinin onurunun anayasal bir hak olduğunu kabul etmiştir. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 05 April 2001, BvR 932-94. Söz konusu karar için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rtk20010405_1bvr093294.html (E.T.: 10.01.2021).

⁴⁷ HATEMİ, s. 86; ÖZEL, s. 62; İNCE AKMAN, Nurten, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2018, s. 540.

⁴⁸ Yalnızca manevi tazminat davasını ölen kişi sağlığında ileri sürmediği takdirde açılmayacağını ancak bu kuralın da günümüz koşullarında uygulanmaması gerektiğini amaca uygun sınırlama yöntemini kullanarak manevi tazminat davasını da açabilmeleri gerektiğini savunmuştur. SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 478.

Bu görüşe göre, kişinin öldükten sonra kişilik haklarına bir saldırı gerçekleşmeyeceğine ilişkin güveni de kişilik hakkını oluşturur⁴⁹. Zira, öldükten sonra kişiliğine bir saldırı gerçekleşebileceğini düşünen bir kimse kişiliğini serbestçe geliştiremez⁵⁰. Örneğin, bir sosyal medya uygulamasında kendisi ve yakın arkadaşları ile sınırlı kalmak kaydıyla paylaşımlarda bulunan bir kişinin bu hesabını öldükten sonra üçüncü kişilere paylaşılabilmesi korkusuyla paylaşımında bulunmaması buna örnek gösterilebilir.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması hakkının ne kadar süre için geçerli olacağı doktrinde tartışılmıştır. Kesin ve net bir sürenin belirlenmesi doktrinde kabul edilmemektedir. Hakim, somut olayın özelliklerine bakarak, ölen kişinin hatırasının korunması ile üçüncü kişilerin menfaatini karşılaştırıp karar vermelidir. Zira, zamanın geçmesiyle ölen kişinin hatırasının korunmasının önemi azalıp üçüncü kişilerin menfaati artacaktır.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması doktrininde ölen kişinin kişilik hakkı devam ettiğinden açılacak davada doğrudan ölen kişinin kişiliğinin korunması esastır. Ancak, söz konusu korumadan yararlanabilmek veya kullanmak için bir üçüncü kişiye ihtiyaç vardır. Zira ölüm olayı gerçekleştiği andan itibaren ölü artık kendisini savunamayacağından onun adına bir başkası kişiliğin korunması için talepte bulunmalıdır.

Bu nedenle doktrinde ölenin haklarını onun adına koruyacak kişinin belirlenmesinin ne şekilde olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Buna göre ölen kişinin sağlığında bir kişiyi yetkili olarak belirleyebilmesidir. Ya da hatırayı koruma doktrinine kıyasla ölen kişinin yakınları ölen kişinin kişiliğinin korunması amacıyla dava açabilmelidir. Ya da temsil kayımlığı kurumunun bu olayda uygulanabileceği ifade edilmiştir⁵¹. Zira, TMK m. 426'ya⁵² göre, ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse vesayet makamı resen temsil kayımlı atayabilecektir. Buna göre ölen kişinin kişiliğinin korunmasında vesayet makamı resen harekete geçmeli ve bir temsil kayımlı belirlemelidir⁵³.

⁴⁹ GEZDER, s. 215.

⁵⁰ PETEK, s. 90.

⁵¹ GEZDER, s. 216.

⁵² TMK M. 426 A. *Kayımlığı Gerektiren Haller* ana başlıklı I. *Temsil* alt başlıklı hükmünde; "Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hallerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayımlı atar: 1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse, 2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışyorsa, 3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa.

⁵³ Vesayet makamı TMK m. 414 uyarınca kişinin öncelikle eşini veya yakın hısımlarından birini bu göreve atamalıdır. Ancak, kanunda haklı sebeplerin buna engel olmaması gerektiği ifade edilir. Örneğin, ölen kişinin bizzat eşi ölenin kişiliğine saldırıda bulunuyorsa bu durumda menfaat çatışması söz konusu olacağından hakim bu kişiyi temsil kayımlı olarak atayamaz. GEZDER, s. 217.

Ölüm sonrası kişiliğin korunmasına değinen *Hatemi*'ye göre ise, ceninin kişiliğinin doğumdan önce oluşumunun kabul edilmesi ve bu kişiliğin devlet tarafından korunmasındaki pratik yarar gibi, ölen kimsenin insan onuruna ilişkin haklarını da devlet makamı tarafından korunması gerekir⁵⁴. Bu kapsamda devlet makamı ölen kişi adına yasal temsilci sıfatıyla hareket etmeli ve açılacak tazminat davalarının sonucunda mirasçılar yararına değil, bir hayır kurumu yararına özel bir para cezası niteliği taşıyacak manevi tazminat isteminde bulunmalıdır.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisini eleştirenler bu kurumun hiçbir kanuni dayanağının olmamasıdır. TMK m. 28/1 hükmü kişiliğin ölümle sona ereceğini söylemektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere ölene hiçbir kişilik hakkının tanınmamalıdır.

Oysa, bu teoriyi savunanlar ölenin kişiliğinin korunması meselesinde sadece TMK m. 28/1'e bakılmaması gerektiğini tüm hukuk düzeninin ölen kişinin haklarına bakışını genel olarak değerlendirmek gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁵. Buna göre, eğer yürürlükteki hukuk düzeni ölene bazı menfaatler tanıdıysa bu durumda ölüm sonrası kişiliğin korunması konusunda da pek ala koruma sağlanabileceğini göstermektedir⁵⁶. Örneğin, fikri hakların korunmasında eser sahibinin manevi hakları ölümünden sonra da devam edebilmektedir (FSEK m. 19/85/86)⁵⁷. Ya da ölenin cesedinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin sağlığındaki isteklerine uyma yükümlülüğü de bunun bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Ancak, hatırayı koruma doktrinini savunanlar bunların hiçbirinin ölüm sonrası kişilik hakkının doğrudan korunacağına ilişkin bir ispat teşkil etmeyeceğini söylemektedirler.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisine ilişkin bir diğer eleştiri ise, TMK m. 28 uyarınca kişiliğin sona ermesi hak ehliyetini sona erdireceğinden, bununla bağlantılı olarak da taraf ehliyeti de sona ermelidir. Bu nedenle bir üçüncü kişi ölen kişi adına TMK m. 24 hükümleri uyarınca dava açamaz. Yürürlükteki hukukumuz açısından bu durum kabul edilemez⁵⁸.

Kanaatimizce ölen kişinin kişilik hakkının korunması yürürlükteki hukukumuz bakımından ve Kanun'un açık lafzı gereği mümkün değildir.

⁵⁴ HATEMİ, s. 86; ÖZEL, s. 63.

⁵⁵ GEZDER, s. 217.

⁵⁶ GEZDER, s. 218.

⁵⁷ Eser sahibinin ölümünde manevi haklarının sona ermeyip devam ettiği kabul edilmektedir. Bu hakları kullanma yetkisinin kime ait olacağı Kanunda belirli bir sırada düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle bu hakları kullanma yetkisini eser sahibi yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla belirleyebilir. Böyle bir işlem yoksa bu yetki vasiyeti tenfiz memuruna, vasiyeti tenfiz memuru da belirlenmemişse, eser sahibinin sağ kalan eşine, çocukların ve mansup mirasçılarına, ana-babasına ve son olarak kardeşlerine aittir. Ancak, söz konusu hak eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. KILIÇOĞLU, Ahmet, *Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)*, **TBB Dergisi**, S. 54, 2004, ss. 51-104, s. 54.

⁵⁸ GEZDER, s. 218.

Ancak, ölen kimsenin bazı kişilik değerlerinin belirli bir süre doğrudan korunması ve korumanın da gerek önceden ölen kişi tarafından belirlendiği bir kişi ya da yakınları tarafından gerekse mahkemenin belirleyeceği bir temsil kayyımı aracılığıyla yürütülmesi de lege feranda olumlu olacaktır⁵⁹. Bu nedenle bu konu hakkında yeni bir yasal düzenlemenin yapılmasında yarar vardır.

C. Ölen Kişilerin Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Tazminat Davaları

TMK m. 25/1’de düzenlenen kişiliği koruyucu davaların açılması yukarıdaki tartışmalar doğrultusunda şekillenecektir. Buna göre ölen kimsenin yakınları, ölenin onur ve saygınlığına saldırıldığı ya da özel hayatına girildiği ya da başka bir davranışla kişilik değerlerine zarar verildiği durumlarda, ya hatırayı koruma doktrini kapsamında ya da ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi çerçevesinde koruyucu davaları açabilecektir⁶⁰. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu davaları açma hakkına sahip olanlar ölenin mirasçıları ile sınırlı değil ölenin yakınlarıdır⁶¹. Bu kimseler yalnızca ekonomik değer teşkil etmeyen TMK m. 25’te belirtilen ölen kimsenin kişiliğini koruyan davaları açabilirler⁶².

Tazminat davası ise tazminat hukuku kuralları çerçevesinde incelenmelidir. Buna göre maddi bir nitelik taşıyan tazminat hukukunda bu davaları yalnızca mirasçılar açabilir. Kişiliğe saldırı sonucunda maddi bir zarar ortaya çıkmış ise mirasçılar doğal olarak maddi tazminat davası açabilirler. Zira, kişiliğe bağlı parasal değeri olan unsurlar mirasçıların talep etme hakları vardır⁶³.

Bu konuda tartışılan mesele manevi tazminat davası konusunda öne çıkmaktadır. Ölen kimsenin sağlığında kişiliğine yapılan saldırı sonucunda manevi bir zarar ortaya çıkmışsa mirasçıların bu söz konusu manevi zararı ölüm olayı gerçekleştikten sonra tazminat talebinde bulunabilecekler midir? TMK M. 25/4 hükmüne göre “ *Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça istenemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.* ” Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kural olarak manevi tazminat alacakları mirasçılara geçmez. Ancak, ölen kişi sağlığında manevi tazminat isteme iradesini açıklamış ise mirasçıları manevi tazminat davası açabilirler. Ölen kişinin tazminat isteme iradesi herhangi bir şekilde bağlı

⁵⁹ ÖZEL, s. 63.

⁶⁰ ÖZEL, s. 69.

⁶¹ Yakın kavramının ne olduğu konusu açıklığa kavuşturmak gerekir. Yakınlık, mirastaki sıraya göre değil, ölen kişi ile arasında var olan ilişkinin düzeyine göre belirlenmelidir. Buna göre uzak bir akrabanın ölen kişinin hayatında destekçisi ve ölmeden önce de bakkıcılığını yaptığını düşünürsek bu kişi ölenin yakın akrabası olarak kabul edilebilir. Aynı zamanda kan bağı olmayan arkadaşlar yahut aynı evi paylaşan sevgililerde “yakın” sıfatına girerler. ÖZEL, s. 68.

⁶² PETEK, s. 41.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 238.

değildir⁶⁴. Bu nedenle bu iradesini dava açma şeklinde gösterebileceği gibi dava açacağını gösteren her hangi bir tutum, davranış veya sözle de göstermesi yeterlidir⁶⁵. Ancak *Hatemi*, bu irade beyanının faile veya failin temsilcisine yöneltilmiş olması gerektiğini savunmaktadır⁶⁶.

III. Ölen Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunması

Yukarıda bahsedilen ölen kişilerin kişilik haklarının korunması tartışmaları çerçevesinde ölen kişilerin kişisel verilerinin ne derecede ve ne şekilde korunacağı önem arz eden bir meseledir. Zira, günümüzde internet teknolojisinin gelişmesi ile birlikte çok büyük miktarda kişisel veri çevrimiçi olarak işlenmektedir. Bu durum milyarlarca “dijital yerli⁶⁷” (digital native) olarak anılan kişilerin sayısını arttırmış ve bu kişiler dijital ortamda kendi kimliklerini de oluşturmuşlardır⁶⁸. İnternet ortamında kişisel verilerini paylaşan ve hatta internet ortamında kendi kişisel kimliklerini oluşturan bu kimselerin kişisel verileri ölümlerinden sonra ne olacağı tartışma konusudur.

Günümüz insanları ölümlerinden sonra kişisel verilerinin ne şekilde kullanılacağı konusunda onların talep ve istekleri doğrultusunda hareket edilmesini isteyebilirler. Onların kişilik haklarını koruma yetkisine dolaylı veya doğrudan yetkili olan yakınları bu kimselerin kişisel verilerini koruma konusunda nasıl hareket edecekler? Yahut, kişisel verilerin öldükten sonra ne şekilde kullanılacağı ile ilgili ölen kişinin istekleri ile bu kimsenin ailesinin, arkadaşlarının daha doğrusu yakınlarının menfaatleri veya çıkarları çatıştığında ne yapılacaktır? Bu konular güncel mevzuatımızda yer almamaktadır.

GVKT’nin 27. resitalinde ise, ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasının bu Tüzük kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Ancak üye devletlere bir takdir yetkisi tanınarak, ölen kişilerin kişisel verilerine ilişkin iç hukuklarında özel düzenlemeler yapabilme yetkisi verilmiştir. Şimdi, bu hususları daha detaylı bir şekilde ele alalım.

⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 238; PETEK, s. 41; HATEMİ, s. 79; EREN, s. 813.

⁶⁵ EREN, s. 813.

⁶⁶ HATEMİ, s. 80.

⁶⁷ “*Digital native*” dijital çağda doğmuş olan ve sürekli olarak dijital bilgi akışına maruz kalan günümüz gençleridir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. DİNGLİ, Alexei/SEYCHELL, Daylen, “The New Digital Natives Cutting the Chord”, **Springer- Verlag Berlin Heidelberg**, 2015, s. 9-10.

⁶⁸ HARBİNJA, Edina, “Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be The Potential Alternatives?”, **SCRIPTed**, 2013, vol. 10, no. 1, pp. 19-38. (Çevrimiçi) <https://script-ed.org/article/eu-data-protection-regime-protect-post-mortem-privacy-potential-alternatives/> (E.T.: 27.11.2020).

A. Türkiye’de Ölen Kimselerin Kişisel Verilerin Korunması

Ölen kişilere yönelik kişilik değerlerine saldırı halleri farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunlar kimi zaman kişinin onur, şeref ve haysiyetine saldırı şeklinde olabileceği gibi, iftira, karalama ya da cesede saygısızlık şeklinde de olabilir. Çalışmamız ölen kişilerin özel hayatının gizliliğinin ve hatta bunun da ötesinde kişisel verilerinin ne şekilde korunacağına ilişkindir.

1- KVKK’da Ölen Kimselerin Kişisel Verilerinin Korunması Meselesi

Türk Hukukunda, 6698 sayılı KVKK m. 3/1-(ç) bendinde ilgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin (d) bendinde ise kişisel veri tanımı yapılırken “...gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi...” ifadesi kullanılmıştır. Kanunun koruma altına aldığı gerçek kişinin sağ olup olmayacağı hakkında ise herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle akla gelecek ilk soru bir kimsenin sağlığında işlenen kişisel verileri ölümünden sonra da KVKK kapsamında korunması gerekip gerekmeceğidir.

TMK m. 28 gereğince kişilik ölümle sona erer. Bu açıdan değerlendirildiğinde ölümle hak ehliyetini kaybedecek kişinin hukuki anlamda kişi olma vasfı da ortadan kalkacaktır⁶⁹. KVKK’da ise ilgili kişi kapsamına gerçek kişiler alınmıştır. Bu nedenle de KVKK kapsamında ölen kimse ilgili kişi olarak korunamaz⁷⁰. Bu husus, “Ölü kişilerin verilerine yakınlarının erişim talebi hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun 18.09.2019 tarihli ve 2019/273 sayılı Karar Özeti”nde “*talep edilen kişisel verilerin talep eden gerçek kişiye ilişkin olmaması ve ölmüş kişiye ait olması sebebiyle talebin, KVKK’nın 11. maddesi kapsamında değerlendirilmeyeceği, kanısına varıldığından bu hususta 6698 sayılı KVKK kapsamında yapılacak bir işlem olmadığı*” şeklinde belirtilmiştir⁷¹.

⁶⁹ AYAN/AYAN, s. 171; ARPACI/Abdülkadir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Beta, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 183.

⁷⁰ Ölen kimselerin medeni hukuk kapsamında gerçek kişi olarak değerlendirilemeyeceğinden bu kimselere ilişkin veriler kural olarak veri koruma yasaları kapsamında koruma altına alınmaz. ARTICLE 29 DARA PROTECTION WORKING PARTY, **Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data**, Brussels, 2007, s. 22; YÜCEDAĞ, Nafiye, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **İÜHFİM**, C. LXXV, S.2, 2017, ss. 765-790, s. 766.

⁷¹ Söz konusu Kurul Kararında, ölü bir kişinin eşi, yasal mirasçı sıfatıyla eşinin sağlığında tedavi gördüğü klinikten tüm medikal ve diğer bilgilerini talep etmesi üzerine kliniğin bu bilgilerini sağ kalan eş ile paylaşmaması sonucunda Kuruma başvurmuştur. Kurum kararında “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 3 üncü maddesinde ilgili kişinin “kişisel verileri işlenen gerçek kişi” olarak tanımlandığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinde ise kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümle sona erdiği hükmünün yer aldığı, Kanunun 11. maddesine göre ilgili kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceği, hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; talep edilen kişisel verilerin talep eden gerçek kişiye ilişkin olmaması ve ölmüş kişiye ait olması

Bu durum veri sorumlusunun, hukuka uygun olarak işlediği kişisel verilerin, ilgili kişinin ölümünden sonra kişisel veri olarak nitelendirilemeyeceğinden 6698 sayılı Kanun kapsamında yer alan yükümlülüklerden kurtulması anlamına gelmektedir. Zira, 6698 sayılı KVKK m. 2’de belirtildiği üzere kişi yönünden koruma kapsamına aldığı kişiler yalnızca gerçek kişilerdir. Böylece, bir işverenin işçisinin, perakende satış yapan bir şirketin müşterilerinin, internet hizmet sağlayıcısının üyelerinin ve kullanıcılarının kişisel verilerini bu kimselerin sağlığında işlerken 6698 sayılı Kanunda yer alan yükümlülüklere uymak zorunda olmalarına rağmen, söz konusu ilgili kişilerin ölümü üzerine adeta azat edilecekler ve 6698 sayılı Kanun’a tabi olmaksızın bu verileri istedikleri şekilde kullanabileceklerdir.

Bu durum, özellikle ciddi miktarda kişisel veri işleyen internet hizmet sağlayıcıları ve sosyal medya şirketlerine sınırsız bir takdir yetkisi tanımak demektir. Şüphesiz ki bu şirketler ölüm sonrası kişisel verilerin korunması hususunda bireylerin kişilik değerlerini koruma kaygısını ikinci planda tutarak kendi iş ihtiyaçlarına ve ekonomik çıkarlarına en uygun politikaları benimseyeceklerdir⁷². Örneğin, Facebook şirketi bir kimsenin ölümü halinde mirasçılarının ve yakınlarının hesabına girmesine veya söz konusu hesabın kapatılmasına aksi ölen kişi tarafından belirtilmemiş ise izin vermemekte, ancak bu kimselerin talebi üzerine hesaplarının anı hesabı haline dönüştürüleceğini ifade etmektedir⁷³. Anı hesabına dönüştürülen bir hesaptaki içerik ve fotoğraflar söz konusu şirket var olduğu sürece üçüncü kişiler tarafından görülebilecektir. Google şirketi ise, kullanıcılarının hesaplarının içeriklerine ulaşılması ve bunların kullanılması noktasında mirasçılar ve yakınlarla iş birliği yapabileceğini, ancak şifreleri veya diğer giriş bilgilerini kimseyle paylaşmayacaklarını ifade etmektedir⁷⁴.

Oysa, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku’nun temel amacı ilgili kişilerin başta özel hayatın gizliliği olmak üzere insan onuru, kişiliği serbestçe

sebebiyle talebin, Kanunun 11. maddesi kapsamında bir talep olarak değerlendirilmeyeceği, kanısına varıldığından bu hususta 6698 sayılı Kanunun kapsamında yapılacak bir işlemin olmadığına” hükmetmiştir. Söz konusu karar için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273> E.T. 20.12.2020.

⁷² HAMUL’AK, Ondrej/ KOCHARYAN, Hovsep/ KERİKMAE, Tanel, “The Contemporary Issues of Post-Mortem Personal Data Protection in the EU After GDPR Entering into Force,” **Project: The Advent, Pitfalls and Limits of Digital Sovereignty of the European Union**, July- 2020, s. 2.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/contact/651319028315841> (E.T: 12.01.2021).

⁷⁴ Google’ın bu husus hakkındaki açıklaması için bkz. <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=tr> (E.T: 12.01.2021). Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. H.D.’nin 13/11/2020 tarihli kararı bu hususta önemli bir tartışmayı gündeme getirmiştir. Daire’nin vermiş olduğu karara göre ölen kimsenin e-posta adresi- dijital cüzdanları ve sosyal medya hesapları gibi değerleri de günümüzde artık maddi bir değer teşkil ettiği ve bu nedenle kişinin terekesine dahil olduğu ifade edilmiş ve mirasçılarının bu hesaplara erişebileceğine karar verilmiştir. Antalya BAM 6.HD, E. 2020/1149, K. 2020/905, T. 13.11.2020 karar için bkz. www.lexpara.com.tr (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

geliştirme, inanç ve fikir özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğü korumaktır. İlgili kişi ölümünden sonra, kişisel verilerinin veri sorumluları tarafından serbestçe kullanılacağını, süre sınırı olmaksızın muhafaza edileceğini ve üçüncü kişilere aktarılacağını bilmesi bu kimsenin kişiliğini serbestçe geliştirmesine müdahale teşkil eder.

Örneğin, bir kimse sosyal paylaşım siteleri aracılığıyla üçüncü kişiler ile yapmış olduğu konuşmaların veya yapmış olduğu internet hareketlerinin ölümünden sonra da bir kimse tarafından ele geçirilmesini ve üçüncü kişilere aktarılmasını istemeyebilir. Ya da bir bankanın zengin bir işadınının veya tanınmış bir film oyuncusunun malvarlığını onun ölümünden sonra serbestçe açıklanması kişisel verilerin korunması hukukunda korunması amaçlanan menfaatlerin⁷⁵ zedelenmesine neden olur.

Ayrıca, kimi durumlarda ölen kimsenin kişisel verilerinin serbestçe yayınlanması ve açıklanması ve özellikle bu veriler kullanılarak o kimseye iftira atılması ya da saldırılması o kimsenin yakınlarına da manevi yönden zarar verebilir. Bu durumda, ölen kimsenin kişisel verilerini koruyan özel ve etkili mekanizmanın olmamasından dolayı bu kimsenin yakınları da zarar görecektir⁷⁶.

Bu nedenle, KVKK'da ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılması ve veri sorumlularının bu veriler üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkanının sınırlandırılması de lege ferenda olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda diğer AB ülkelerindeki veri koruma yasalarındaki ölen kişilere ilişkin düzenlemeler de göz önünde tutularak ölüm sonrası kişisel verilerin korunması sağlanmalı ve uygulamada yaşanan veya yaşanabilecek sorunların önüne geçilmelidir. Bu çerçevede, bir kimsenin ölümünden sonra belirli bir süre daha KVKK'daki hakları devam edebilir. Ölen kişi yerine bu hakları kullanma yetkisi sağlığında yapacağı ölüme bağlı bir tasarruf ile belirlediği bir kişiye, böyle bir belirlemenin olmaması durumunda mirasçılara veya yakınlarına verilebilir⁷⁷.

Burada son olarak ifade edilmesi gereken husus, bazı durumlarda ölmüş kişilerin kişisel verileri yaşayan bir gerçek kişiyle de ilişkili olabilir⁷⁸. Örneğin, ölen bir kimsenin “*Whatsapp yazışmaları*” her ne kadar ölen kişiyi ilgilendirse

⁷⁵ Kişisel verilerin korunması hukuku ile korunması amaçlanan menfaatlerin başında kişinin özel hayatının gizliliği, insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi gelmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAMA-IŞIK, s. 206 vd.

⁷⁶ HAMUL'AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 5.

⁷⁷ AB ülkelerinin birçoğunun veri koruma yasalarında bu ve buna benzer düzenlemeler mevcuttur. Bu hususta ayrıntılı bilgi bu çalışmanın “*B. GVKT ve Üye Devletlerin Veri Koruma Yasalarında Ölen Kimselerin Kişisel Verilerinin Korunması*” başlığı altında ele alınmıştır.

⁷⁸ Bu konuda Aksoy'un verdiği örnek ise, ölmüş bir kimsenin hemofili hastası olduğuna ilişkin bilgi, o kimsenin altsoyunun da aynı hastalığı taşıdığı bilgisine ulaştıracağından söz konusu bilgi veri koruma yasaları kapsamında korunmalıdır. AKSOY, s. 21; WORKING PARTY, *The Concept of Personal Data*, s. 22.

de konuşmanın karşı tarafı için de kişisel veri olarak nitelendirileceğinden kişisel verileri koruma hukuku kapsamında koruma altında olmalıdır. Bu açıdan, söz konusu veriler 6698 sayılı KVKK kapsamında korunmaya devam edecektir.

2- Kişiliğin Korunması Çerçevesinde Ölen Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunması

Özel Kanun olan KVKK'da ölen kişilere ilişkin bir düzenlemenin olmaması nedeniyle, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde ölen kimsenin kişisel verileri korunabilecektir. Yukarıda bahsedildiği üzere Türk-İsviçre Hukuku'nda hakim görüş olan "*hatırayı koruma doktrini*" çerçevesinde ölen kimsenin kişisel verilerinin korunması sağlanabilir.

Buna göre, ölen kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi, üçüncü kişilerle paylaşılması ve elde bulundurulması aynı zamanda ölen kimsenin yakınlarının da kişilik haklarını zedeliyor veya ölenin hatırasını zedeliyorsa bu takdirde ölen kimsenin yakınları bizzat kendi adlarına kendi kişilik değerlerine saldırı nedeniyle TMK m. 25/I uyarınca kişiliği koruyucu davalar açabilir. Böylece, dolaylı da olsa ölen kimsenin kişisel verilerinin sınırsızca kullanılmasının önüne geçilir⁷⁹.

Örneğin, yatırımları ve yardımseverliği ile meşhur olan bir kimsenin ölümü üzerine bu kimseyi kötülemek amacıyla hasımlarının bu kimseye ilişkin ceza mahkumiyetine ilişkin verilerini basın yoluyla ifşa etmesi durumunda bu kimsenin mirasçıları ve yakınları söz konusu kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesini durdurabilir, önleyici tedbirler alabilir. Zira, ölen kimsenin yakınları ölenin hatırasına saygı duyulmasını mahkemeden talep edebilir. Böylece yakınların saygı duygusunun korunması sağlanarak dolaylı da olsa ölenin kişisel verilerinin hukuka aykırı ifşa edilmesi de korunmuş olacaktır.

De lege feranda olarak kabul ettiğimiz ölüm-sonrası kişiliğin korunması teorisi çerçevesinde ise kişisel verilerin işlenmesi doğrudan doğruya ölen kişinin insan onuru ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek boyutta ise, bu durumda doğrudan doğruya ölen kişinin kişiliği korunmalıdır. Örneğin, üniversitede öğrencileri tarafından çok sevilen bir öğretim üyesinin ölümünden sonra çıplak fotoğraflarının paylaşılması ya da yasak aşkı ile ilgili özel yazışmalarının yayınlanması durumu buna örnektir. Bu durumda, bu kimsenin mirasçıları veya yakınları her hangi bir itirazda bulunmasa dahi ölen kişinin insan onuru ve toplumdaki saygınlığının devlet tarafından doğrudan korunabilmesi gerekmektedir.

Zira, hukuk sistemimizde ölen kişilerin özel hayatının ve gizliliğinin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur. Örneğin hasta doktor

⁷⁹ Bu konu hakkında yukarıda detaylı bilgi verildiği için bu kısımda detaya girilmemiştir.

arasındaki ilişkide Hasta Hakları Yönetmeliği⁸⁰ m. 21/3'te “ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez” düzenlemesi ile sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğü hastanın ölümünden sonra da devam eder⁸¹. Böylece, ölen kişinin kişisel verileri de bu hüküm uyarınca korunacaktır.

Bununla birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 85 inci maddesinde mektup, hatıra ve buna benzer yazılar bunları yazanların ölmüş olması halinde 19 uncu maddenin birinci fıkrasında⁸² sayılanların muvafakati olmadan yayınlanamayacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde 86 inci madde ise bir kimseyi tasvir eden resim ve portrelerin tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüş ise yine 19 uncu maddede belirtilen kişilerin rızası ile teşhir veya umuma arz edilebileceği düzenlenmiştir⁸³. Söz konusu rıza şartı yazarın ve tasvir edilen kimsenin ölümünden itibaren 10 yıl boyunca aranmaktadır.

Bu düzenlemelere bakıldığında hukuk sistemimiz ölen kişilerin kişisel verilerinin doğrudan korunması ve buna ilişkin özel bir düzenleme yapılması hususuna kapı aralamaktadır.

B. GVKT ve Üye Devletlerin Veri Koruma Yasalarında Ölen Kimselerin Kişisel Verilerinin Korunması Meselesi

GVKT yürürlüğe girmeden önce gerek 95/46/EC sayılı Direktif'te gerekse ulusal veri koruma mevzuatlarında ölen kimselerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktu. Bu durum ölen kimselerin kişisel verilerinin ne şekilde korunacağına ilişkin tartışmaları gündeme getirmişti. Bu tartışmalar çerçevesinde, ölüm sonrası kişisel verilerin korunması, bazı kişilik değerlerinin kişiliğin sona ermesinden sonra da korunmaya devam edeceği görüşüyle paralel olarak savunulmuştur. Ayrıca, bir kimsenin ölümünden sonra hukuka aykırı bir şekilde kişisel verilerin işlenmesi, açıklanması ve yayınlanması kimi durumlarda ölen kimsenin yakınlarına manevi zarar verebileceğinden ölüm sonrası kişisel verilerin korunması gerektiğini ifade edilmiştir⁸⁴. Bu görüşü savunanlar GVKT'nin yasalaşması sürecinde de, söz konusu Tüzük'te ölen kimselerin kişisel verilerinin korunması için özel bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir.

⁸⁰ Söz konusu düzenleme m. 21/3'te “ölüm olayı, mahremiyetin bozulmasını hakkını vermez” şeklinde ifade edilmiştir.. R.G. 01.08.1998, S. 23420, Hasta Hakları Yönetmeliği, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIlski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1> E.T.:01.10.2020.

⁸¹ WORKING PARTY, *The Concept of Personal Data*, s. 22.

⁸² FSEK m. 19/1: “Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan yetkilerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu yetkilerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana - babasına, kardeşlerine aittir.”

⁸³ HELVACI, s. 134.

⁸⁴ HAMUL'AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 4.

Ancak, doktrindeki bazı yazarlar, ölüm sonrası kişisel verilerin korunması meselesini AB hukuku seviyesinde GVKT’de özel bir hükümlerle düzenlenmesine gerek olmadığını, bu konunun üye devletin kendi takdirine bırakılması gerektiğini savunmuşlardır⁸⁵. Zira, her üye devletin tarihinin ve geleneklerinin getirdiği kendine özgü hukuk sistemi ve politikası vardır⁸⁶. Buna göre, kimi hukuk sistemleri ölüm sonrası kişiliğin korunmasına sıcak bakarken, kimi sistemlerde ise hukuk sistemi buna elverişli değildir. Bu nedenle, GVKT’de tüm üye devletlerde uygulanacak tek bir özel düzenleme ile ölüm sonrası kişisel verilerin korunması meselesi beraberinde birçok sıkıntıyı da yanında getirecektir.

Kişisel verilerin korunmasının altındaki temeli insan hakkına dayandıran görüş yerine mülkiyet hakkını savunan görüş ise böyle özel bir düzenlemeye gerek olmadığı, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenip, saklanması ve kullanılması aynı hak teşkil edeceğinden bu hakkın ölüm sonrası da korunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁸⁷.

Bu tartışmalar sonucunda, AB mevzuatlarında ölüm sonrası kişisel verilerin korunmasına ilişkin geliştirilmiş ortak bir yaklaşım oluşmamıştır⁸⁸. Bu nedenle GVKT resital 27 ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasını bu tüzük kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesini üye devletlerin takdirine bırakmıştır⁸⁹. Buna göre üye devletler ölüm sonrası kişisel verilerin korunması hususunda hukuk politikalarını kendileri belirlemişlerdir. Avusturya, Belçika, Finlandiya, Almanya ve Hollanda gibi ülkeler ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemişlerdir⁹⁰. Ayrıca, İsveç, İrlanda ve İngiltere gibi üye ülkelerin bazılarında açıkça veri koruma yasası kapsamında koruma altına alınan kişiler için “yaşayan gerçek kişiler” ya da “yaşayan bireyler” olarak ifade edilmiştir⁹¹. Bu ülkelerde veri sorumlusunun, ölen kişinin kişisel verilerini

⁸⁵ HAMUL’AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 4.

⁸⁶ Okoro’nun bu duruma verdiği örnek ise, Almanya ve Fransa gibi hukuk politikaları ölüm sonrası bazı kişilik değerlerinin korunmasını destekleyen üye ülkeler GVKT’de böyle ortak bir düzenlemenin yapılmasını hoş karşılayacak iken, Birleşik Krallık gibi kişinin ölümüyle özerk hakkının olmayacağını savunan hukuk politikasını benimseyen ülkeler bu düzenlemeye sıcak bakmayacaktır. OKORO, Egoyibo Lorrta, “Death and Personal Data in the Age of Social Media”, *Tilburg University, LLM Law and Technology*, 2018-2019, s. 37.

⁸⁷ HARBİNJA, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy*, 2013.

⁸⁸ HAMUL’AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 3.

⁸⁹ OKORO, s. 17.

⁹⁰ BIRD&BIRD, *Personal data of Deceased Person*, (Çevrimiçi) <https://www.twobirds.com/en/in-focus/general-data-protection-regulation/gdpr-tracker/deceased-persons>, (E.T.: 27.10.2020). Bu ülkelerde ölen kişilere ilişkin veriler veri koruma hukuku kapsamında korunmaz. KORFF, Douwe, “Report on the Findings of the Study”, *EC Study on Implementation of the Data Protection Directive*, July-September 2002, s. 39.

⁹¹ HAMUL’AK/KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 2; KORFF, s. 39.

hukuka aykırı işlemesinden dolayı sorumluluğu ölen kişinin kişilik değerlerinin korunması çerçevesinde doğacaktır.

2013 tarihi itibarıyla Bulgaristan’da ölen kişilerin kişisel verilerinin korunması farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bulgar kişisel verileri koruma rejimi ilgili kişinin ölmesi durumunda, Kişisel Verileri Koruma Kanunu’ndan kaynaklı kişisel verileri koruma hakkı mirasçılar tarafından kullanılabilceğini açıkça düzenlemiştir⁹². Böylece kişisel verilere erişim hakkına yalnızca ilgili kişi ait değil onun ailesi de sahip olacağından veri koruma hukukunun kapsamı genişlemiştir.

Slovakya’da Veri Koruma Kanunu m. 78/7 ise ölen kişinin yakınlarının ölenin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebileceklerine yer vermiştir. Ancak, ölenin her hangi bir yakını bu verilen rızayı onaylamazsa söz konusu rıza geçersiz olur⁹³. Buna benzer düzenleme, Estonya Veri Koruma Yasası’nda da yer almaktadır. Bu kanuna göre, kanunda düzenlenen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ölen kimselerin kişisel verilerinin işlenmesi için bu kimsenin yasal mirasçılarından rıza alınması gerekmektedir⁹⁴. Bu kanunda ayrıca reşit olan bir kimsenin ölümünden itibaren 10 yıl, küçüğün ölümünden ise 20 yıl geçtiği takdirde mirasçılarının rızasının alınmasına gerek yoktur. Bu durum, ölen kişinin kişisel verilerinin korunmasını hem rızaya hem de süreye bağlayan karma yapılu bir düzenlemeyi ortaya çıkarmaktadır.

Buna karşılık Danimarka’da yerel Veri Koruma Kanunu (Danish Data Protection Act) ve GVKT’de yer alan hükümler ilgili kişilerin ölümünden on yıl boyunca hüküm ifade etmeye devam eder⁹⁵. Ölen kişinin kişisel verilerini

⁹² OKORO, s. 17; HARBİNJA, **Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy**, 2013. Bu hükmeye Bulgar Kişisel Verileri Koruma Kanunu m. 28/3’te “*kişinin ölmesi durumunda, 1. ve 2. paragrafta belirtilen hakları, mirasçıları tarafından kullanılacaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kanunun İngilizce metni için bkz. <https://www.refworld.org/pdfid/4c2dc37c2.pdf> (E.T.: 10.01.2021).

⁹³ Slovak Act No. 18/2018, Slovak Veri Koruma Yasası’nın İngilizce metni için bkz. https://dataprotection.gov.sk/uou/sites/default/files/2019_10_03_act_18_2018_on_personal_data_protection_and_amending_and_supplementing_certain_acts.pdf#overlay-context=sk/content/182018#overlay-context=sk/content/182018%22 (E.T.: 13.01.2021). Daha fazlası için bkz. DLA PIPER, **Data Protection Laws of the World-Slovak Republic**, 2020, s. 8. (Çevrimiçi) <https://www.dlapiper.com/en/europe/> (E.T.:11.01.2021).

⁹⁴ HAMUL’AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 7. Ancak, bu Kanunda yasal mirasçılardan birinin rıza vermesi yeterlidir. Bkz. &9 (3) of Estonian Personal Data Protection Act, 15.01.2019, İngilizce metni için bkz. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide> (E.T.: 13.01.2021).

⁹⁵ The Data Protection Act No. 502 of 23 May 2018 İngilizce metni için bkz. <https://www.datatilsynet.dk/media/7753/danish-data-protection-act.pdf> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BİRD&BİRD, **The Danish Data Protection Act has been passed**, (Çevrimiçi) <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/denmark/the-danish-data-protection-act-has-been-passed#:~:text=The%20Act%20extends%20the%20scope,changed%20by%20a%20ministeria%20order.&text=The%20new%20Danish%20Data%20Protection,in%20relation%20to%20TV%20monitoring.> (E.T.: 10.01.2021).

süreye bağlı olarak koruyan bir diğer yasa ise Macaristan Veri Koruma Yasasıdır. Buna göre, ölümünden itibaren 5 yıl içerisinde veri koruma yasası çerçevesinde haklarını kullanabilmesi için ilgili kişi bir kimseyi idari tasarruf yolu ile veya önceden veri sorumlusuna yapacağı bir beyanla belirleyebilir⁹⁶.

Fransa ise 11.02.2019'da yaptığı Veri Koruma Kanununda yaptığı değişikliklerle kişinin öldükten sonra kişisel verilerinin yönetimi konusunda verdiği talimatlar doğrultusunda hareket edilmesi yükümlülüğü veren Dijital Cumhuriyet Kanun'una (The Digital Republic Act) uygun düzenlemeler yapmıştır⁹⁷. Fransız Veri Koruma Kanunu m. 85'e göre, ilgili kişi ölümünden sonra kişisel verilerinin yönetimi ile ilgili talimatları doğrudan veri sorumlusuna ya da önceden atayacağı güvenilir sorumlu bir kişiye iletebilir. Böyle bir atama yapmadığı ya da atadığı kişinin öldüğü durumda, aksi belirtilmemiş ise, ilgili kişinin mirasçıları, mirasbırakanın talimatlarını dikkate alır ve bunların uygulanmasını veri sorumlusundan talep edebilirler⁹⁸.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere Avrupa'da da ölen kişilerin kişisel verilerinin ne şekilde korunacağı hususunda bir mutabakat yoktur. Kimi ülkeler bu konuyu doğrudan veri koruma hukukunun dışında tutmuş ve genel kişilik haklarının korunması çerçevesinde ele almışken, kimi ülkeler veri koruma mevzuatı içerisinde özel düzenlemelerle veri koruma ilkelerini ayakta tutmaya çalışmıştır.

Kanaatimizce, ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasının kapsamı yaşayan kişiler kadar sıkı şartlara tabi tutulmamalıdır. Zira, kişinin ölümü sonucunda o kimsenin kişisel verilerinden faydalanılması da zorlaşacaktır. Ayrıca, ortada hak süjesi kalmadığından kişiliği ihlal edecek davranışların alanı da daralmış olacaktır. Ancak, bu demek değildir ki ölen kimsenin kişisel verileri tamamen korumasız kalsın ve veri sorumluları bunları istedikleri gibi kullansın. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinden doğacak kişilik değerlerine yapılan saldırılardan en çok etkilenen ölen kişinin yakınları olacağından belirli bir süre için ölen kişilerin yakınlarına kişisel verilere erişim, düzenleme ve gerektiğinde silme hakkı tanınması gerekir.

SONUÇ

KVKK'da ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme olmaması ve veri sorumlularının bu veriler üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkanına sahip olması önemli bir eksikliktir. Zira bu durum,

⁹⁶ HAMUL'AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 6.

⁹⁷ HAMUL'AK/ KOCHARYAN/ KERİKMAE, s. 8.

⁹⁸ Mirasbırakan her hangi bir talimat da bulunmamış ya da talimatlarında aksini belirtmemiş ise, Fransız Veri Koruma Kanunu m.85 mirasçılara bir takım haklar tanımıştır. Bunlara; terekenin tasfiyesi ve paylaşımı için gerekli kişisel verilere erişebilme, özel anı niteliği taşıyan eşyalara benzer dijital verilere erişebilme ve ölen kişinin kullanıcı hesabını kapatma hakkı örnek verilebilir. Söz konusu Fransız Veri Koruma Kanunu'nun orijinal metni için bkz. <https://www.cnil.fr/la-loi-informatique-et-libertes#article1> (E.T.: 10.01.2021).

bir kimsenin ölümünden sonra kişisel verilerinin korumasız kalacağı endişesi ile henüz sağken hayatını istediği gibi şekillendirememesine neden olacak, bir başka ifadeyle kişiliğin serbestçe geliştirme hakkını elinden alacaktır. Ve yine ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi uyarınca bir kimsenin ölümünden sonra da özel hayatı, insan onuru gibi haklarının devam etmesi gerektiği düşünüldüğünde kişisel verilerin de bu kapsamda değerlendirilip korunması gerektiği inancındayız. Son olarak, hatırayı koruma doktrinini benimseyenler açısından bile, kişisel verilerin sınırsız bir şekilde kullanılması ölenin yakınlarını maddi veya manevi zarara uğramaya açık bir hale getirecektir. Bu durumda, kişisel verileri koruma mevzuatının önleyici fonksiyonu gereğince henüz zarar meydana gelmeden bu riski azaltacak düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

Bu kapsamda diğer AB ülkelerindeki veri koruma yasalarındaki ölen kişilere ilişkin düzenlemeler de göz önünde tutularak ölüm sonrası kişisel verilerin korunması sağlanmalı ve uygulamada yaşanan veya yaşanabilecek sorunların önüne geçilmelidir. Bu çerçevede, bir kimsenin ölümünden sonra belirli bir süre daha KVKK'daki hakları devam edebilir. Ölen kişi yerine bu hakları kullanma yetkisi sağlığında yapacağı ölüme bağlı bir tasarruf ile belirlediği bir kişiye, böyle bir belirlemenin olmaması durumunda mirasçılara veya yakınlarına verilebilir.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKSOY, Hüseyin Can, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010.

ARPACI/Abdülkadir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Beta, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2000.

ARTICLE 29 DARA PROTECTION WORKING PARTY, **Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data**, Brussels, 2007.

AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, **Kişiler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2016.

AYÖZGER, Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması-Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2019.

ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi-TMK m. 575-639-Cilt II**, Onikilevha, İstanbul, 2020.

ÇEKİN, Mesut Serdar, **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DINGLI, Alexei/SEYCHELL, Daylen, “The New Digital Natives Cutting the Chord”, **Springer- Verlag Berlin Heidelberg**, 2015.

DLA PIPER, **Data Protection Laws of the World-Slovak Republic**, 2020, s. 8. (Çevrimiçi) <https://www.dlapiper.com/en/europe/> (E.T:11.01.2021).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku**, C.II, Filiz Kitabevi, 20. Bası, İstanbul, 2019.

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku-Cilt IV-Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2013.

DÜLGER, Murat Volkan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2019.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

GEZDER, Ümit, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliği Koruma Teorisi”, **İÜHFİM**, C. LXV, S. 1, 2007.

HAMUL'AK, Ondrej/ KOCHARYAN, Hovsep/ KERİKMAE, Tanel, "The Contemporary Issues of Post-Mortem Personal Data Protection in the EU After GDPR Entering into Force," **Project: The Advent, Pitfalls and Limits of Digital Sovereignty of the European Union**, July- 2020.

HARBİNJA, Edina, "Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be The Potential Alternatives?," **SCRIPTed**, 2013, vol. 10, no. 1, pp. 19-38. (Çevrimiçi) <https://scripted.org/article/eu-data-protection-regime-protect-post-mortem-privacy-potential-alternatives/> (E.T.: 27.11.2020).

HATEMİ, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, Onikilevha, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2020.

HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2017.

İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 10. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

İNCE AKMAN, Nurten, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke), **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2018.

KAMA-IŞIK, Sezen, **Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış**, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), **TBB Dergisi**, S. 54, 2004, ss. 51-104.

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, **6698 Sayılı Kanunda Yer Alan Temel Kavramlar**, Ankara, 2017, (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/6698%20SAYILI%20KANUN%E2%80%99DA%20YER%20ALAN%20TEMEL%20KAVRAMLAR.pdf> (E. T.: 10.07.2020).

KORFF, Douwe, "Practical Implication of the new EU General Data Protection Regulation for EU and non-EU Companies", **Final Report, Cambridge: Commission of the European Communities**, 1998.

KORFF, Douwe, "Report on the Findings of the Study", **EC Study on Implementation of the Data Protection Directive**, July-September 2002.

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku- Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Filiz Kitabevi, 17. Bası, İstanbul, 2018.
OKORO, Egoyibo Lorrita, “Death and Personal Data in the Age of Social Media”, **Tilburg University, LLM Law and Technology**, 2018-2019.

ÖZEL, Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1, Mart 2002, ss. 43-77.

PETEK, Hasan, **Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

SAMUELSON, Pamela, “Privacy As Intellectual Property?”, **Stanford Law Review**, Vol. 52. Nu. 5, 1999.

SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

SPERLING, Daniel, **Posthumous Interests-Legal and Ethical Perspectives**, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınevi, Ankara, 2008,

TAŞTAN, Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

THE BOSTON CONSULTING GROUP, “The Value of Our Digital Identity,” **Liberty Global Policy Series**, 2012.

YÜCEDAĞ, Nafiye, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **İÜHFİM**, C. LXXV, S.2, 2017, ss. 765-790.

KORONAVİRÜS (COVID 19) SALGIN HASTALIĞININ TÜRK ÇALIŞMA YAŞAMINA ETKİLERİ BAĞLAMINDA KISA ÇALIŞMA KAVRAMI

Av. Dr. Özgür BAŞYİĞİT¹

Öz

Ekonomi algısı değişmekte olsa da klasikleşmiş bazı olguların çalışma yaşamına olumsuz etkilerde bulunduğu ve bunun yüzyıllardır çeşitli şekillerde kendisini gösteren bir olgu olduğu inkar edilemez. Bu olguların başında ise hiç kuşkusuz salgın hastalıklar gelmektedir. Çeşitli hastalıkların dar çaplı olarak, işyeri bazlı etkileri alışılmış bir durum olsa da, özellikle 2019'da yayılan ve 2020 yılı itibariyle de çalışma hayatını son derece ciddi şekilde etkileyen koronavirüs (Covid 19) ile birlikte yüzyılın ilk büyük boyutlu salgınının yaşanması son derece önemlidir. Bu hastalığın yayılması, alınan önlemlerin boyut kazanmasının doğal sonucu olarak işçilerin çalışma hakkı sekteye uğramıştır. Aynı şekilde üretimi durdurmak yahut sınırlamak zorunda kalan işveren kesiminin de faaliyetlerini sürekli kılmak yönlü arayışları da olumsuz etkilenmiştir. Bu noktada en önemli hususlardan birini koronavirüs (Covid 19) salgınının çalışma hayatına yönelik etkilerinin boyutunun tespit edilmesi ve İş Hukuku bağlamında bu etkilerin olumsuz yönlerinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerinin incelenmesi oluşturmaktadır. İşte bu noktada salgınının olumsuz etkilerine yönelik önleyici tedbirlerin başında da kısa çalışma uygulamasının geldiği kuşku götürmez.

Anahtar Kelimeler: Kısa Çalışma, Koronavirüs, Salgın Hastalık, Çalışma Hakkı, İstihdamda Süreklilik

CORONAVIRUS (COVID 19) SHORT WORKING CONCEPT IN THE CONTEXT OF THE EFFECTS OF THE OUTDOOR DISEASE ON TURKISH WORKING LIFE

Abstract

Even perception of economy changes, It is undeniable that some classical facts affected bad impacts upon work life and this turns into different shapes for ages.

¹ İstanbul Barosu Avukatı, Av. Dr., ORCID: 0000-0003-4307-4539, ozgurbasyigit@hotmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.12.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21.01.2021

Bu makaleye atıf için; BAŞYİĞİT, Özgür, “Koronavirüs (Covid 19) Salgın Hastalığının Türk Çalışma Yaşamına Etkileri Bağlamında Kısa Çalışma Kavramı”, **İMİHD**, C. VI, S. 10, 2021, s.125-160.

There is no doubt that pandemic is the most important fact of these. Even though it is familiar with workplace-based effects of narrow ranged-several illnesses especially spreading in 2019 and it is very important that by year 2020 affecting the worklife extremely occurring the first massive pandemic (Covid – 19). Spreading of this illness interrupted workers' rights of working as a natural result of precautions taken. Similarly, employer searching ways to make business constantly had to stop or slow down producing and had been affected badly. At this point, one of the most important case is to identify the size of effects of coronavirus pandemic on worklife and analysing the arrangements of restricting the bad effects within the context of labor law. At this point, it is undoubted that short study practice is one of the preventive measures against the negative effects of the epidemic.

Keywords: Short Study, Coronavirus, Epidemic Disease, Right to Work, Continuity in Employment.

GİRİŞ

Küreselleşen ekonomi algısı karşısında çalışma yaşamının giderek gelişmekte olduğu ve bir ülkede bile yaşanan herhangi bir olumsuz etki karşısında son derece kırılgan bir yapı halini aldığı kuşku götürmez. Bu durum karşısında işçi topluluklarının en temel hakkı olan çalışma hakkının sınırlamalar hatta yasaklamalarla karşı karşıya kalması doğaldır. Ancak bu olumsuz etkiler yalnızca işçilerin çalışma hakkına yönelik müdahaleler ile sınırlı olmayıp; bunun da ötesinde işveren açısından da üretimdeki süreklilik arayışının kesintiye uğramasına sebebiyet verir. Bu anlamda iş akışını etkileyen küresel olguların çok boyutlu bir kavram olduğu açıktır. Üretimden gelen gücün doğal bir yansıması olarak bu boyutların ekonomik, sosyolojik, psikolojik ve hatta sıhhi etkileri olduğu yadsınamaz. Buna uygun olarak iş akışındaki kesintilerin toplumsal bir külfet olduğu ve kısa yahut uzun süreli olmasına bakılmaksızın ekonomik yapıya olumsuz etkileri olduğu da kuşkusuzdur. Ancak bu hususların varlığı söz konusu olumsuz etkilere karşı hukuki anlamda önleyici tedbirlerin alınmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Koronavirüs (Covid 19) hastalığı ile birlikte uzun yıllar boyu unutulmuş olan bir etken olan salgın hastalık gerçeğinin çalışma yaşamına yönelik olumsuz etkileri, yeniden kendisini göstermiş ve çalışma hayatını etkileyecek denli güçlü bir yapı olduğunu hatırlatmıştır. 21. Yüzyıl dahilinde ilk kez bu denli büyük bir boyutta kendisini gösteren ve yaklaşık yüz yıldır bu derece geniş çaplı şekilde ortaya çıkmamış bulunan salgın hastalık gerçeği bir kez daha gün yüzüne çıkmıştır. Bu itibarla salgın hastalıkların iş hukukunun gelişim süreci içerisinde mevzuatta kendisine yaygın bir yer bulmadığını söylemek yerinde olmaz. Anayasal ve yasal düzeydeki boşlukların, Cumhurbaşkanlığı kararları ile doldurulması yönlü anlayışla birlikte hızlı bir hukuki bir çerçeve ortaya konmuşsa da, hukuksal anlamda yeni ihtiyaçların ortaya çıkmakta olduğu kuşku götürmez.

İşverenlerin kar gayesi ile hareket ettikleri önemli bir realitedir. Bundan dolayıdır ki işveren, işin durdurulması yahut önemli ölçüde sınırlandırılması yönlü baskıya karşı koymak isteyecektir ki; bu yaklaşım son derece doğaldır. Aynı şekilde geçim kaygısı içerisinde olan ancak kimi işyerlerinde tümüyle, kimi işyerlerinde ise sınırlı olarak, çalışma imkanları tamamen veya kısmen durdurulmuş işçilerin de geçim kaygısı içerisinde tepkisel tavırlar geliştirmesi ve hukuksal bir belirsizlik karşısında büyük mağduriyetler yaşaması da kuşku götürmez. Etkisi ve süresi son derece sınırlı olan hastalıklar dahi, üretimi ve buna bağlı olarak söz konusu üretimin muhatabı olan son tüketiciyi ve elbette ki toplumu olumsuz etkiler. Toplumun ciddi anlamda etkilendiği, boyutları, etkileri ve sona ermesi hususunda ciddi soru işaretlerinin olduğu koronavirüs (Covid 19) ve benzeri hastalıklara karşı, hukuk düzeninin aldığı önlemlere toplumun ve haliyle iş ilişkisinin sosyal taraflarının katlanmak zorunda olduğu inkar edilemez. Ancak asıl sorun toplumun salgın hastalıkların olumsuzluğuna hangi düzeye kadar katlanabileceği ve bu durum karşısında nasıl bir koruma modeli ile güvence altına alındığı/alınacağına kendisini göstermektedir.

Toplumun büyük boyutlu salgın hastalıkların getirdiği üretmeme yahut üretimin önemli ölçüde aksamasına katlanacağı son noktanın tespitinde koruyucu idari ve yasal düzenlemelerin varlığı fayda sağlayacaktır. Ancak bu sürece yönelik olarak idarenin müdahalesinin gerekçelerinin neler olduğu ve hangi yöntem dahilinde müdahale edileceğinin kesin sınırlar dahilinde belirlenmesinin de aynı düzeyde yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu noktada 4857 sayılı İş Kanununun yanı sıra başkanlık yönlü sisteme geçişi öngören değişikliklerin doğal sonucu olarak Cumhurbaşkanlığı kararlarının da incelenmesi zorunlu hale gelmiştir.

Koronavirüs (Covid 19) ile birlikte iş hukuku önemli etkilenmeler içerisine girmiştir. Nitekim, global anlamdaki gelişmelerin ötesinde Türk İş Hukuku açısından konuya baktığımızda, iş sözleşmelerinin feshinin yasaklanması, kısa çalışma uygulamasının yaygınlaştırılması ve süre bağlamında genişletilmesi, ücretsiz izin yönlü işveren esaslı faaliyetlerin ivme kazanması son derece dikkat çekicidir. Dolayısıyla Türk İş Hukukunun mevcut durumdan bağımsız olduğunu iddia etmek kesinlikle mümkün değildir. Kaldı ki, işçi açısından gelir kaybına yol açan çeşitli düzenlemelere karşın, işin korunması amacıyla feshe yönelik yasaklamalara gidilmesi; sürecin işveren açısından neden olduğu maliyet artışı ve kar-zarar döngüsündeki olumsuz etkilenmeler karşısında devlet desteğinin sağlanması son derece önemlidir. Başta, Cumhurbaşkanlığı Kararları olmak üzere çok çeşitli mevzuat düzenlemeleri kapsamında, hastalığın ulusal ekonomiye yönelik olumsuz etkilerinin en aza indirilmesine yönelik çabaların özellikle İş Hukuku anlamında tam bir değişim ve dönüşümü beraberinde getirmiş olduğu inkar edilemez. İşte bu kapsamda doğaldır ki incelenmesi gereken düzenlemelerin başında 4857 sayılı İş Kanununun güvence içeren hükümleri gelmektedir. Bu durumun önemine binaen, çalışmamızda Anayasanın yanı sıra 4857 sayılı İş Kanununun genel düzenlemeleri ile Cumhurbaşkanı'nın koronavirüs (Covid 19) özelinde aldığı kararlardan kaynaklı müdahalenin çerçevesini, etkilerini ve bu

durumun önemini, hukuksal yapıyı temel almak suretiyle inceleme konusu yapmış bulunuyoruz.

I-SALGIN HASTALIK KAVRAMI BAĞLAMINDA KORONAVİRÜS (COVID 19)

A- SALGIN HASTALIK KAVRAMI VE UNSURLARI

Tarihi insanlık tarihinden çok daha öncelere gittiği düşünülen mikroorganizmaların insanlığın bireysel, toplumsal, kültürel ve ekonomik alanlarına gösterdiği etkiler tahminlerimizin çok ötesindedir. Bu küçük canlıların sebep oldukları hastalıklar ve bu hastalıkların insan toplulukları içinde hızla yayılmasıyla ortaya çıkan salgın hastalıklar tarih boyunca insanların kitleler halinde ölümlerine, bazı siyasal ve sosyal yapıların kökten değişimine neden olmuştur. Salgın ve bulaşıcı hastalıklar, tarihin her döneminde toplumların sosyal, siyasal, kültürel, bilimsel, ekonomik ve askeri yapılarını etkileyen felaketlerdir. İnsan ölümlerinin en önemli etkenlerinden birisi de olmuşturlar.²

Salgın hastalıklar tarih boyunca devletlerin, milletlerin ve insanların hayatlarını derinden etkilemiştir. Bu olgu karşısında bireylerin yaşamı hiçbir zaman eskisi gibi olmamış; insanlar büyük bir travma ve korku içinde yaşamak zorunda kalmışlardır. Hastalıkların ekonomik yükü ise hayatı daha da zorlaştırmış ve özellikle istihdam piyasası ve haliyle üretimin sürdürülmesi anlamında ciddi sorunlara yol açmıştır. Salgın hastalıklar, farklı isimlerde ve değişik biçimlerde insanlık tarihini değiştirmiş ve halen de değiştirmekte olan bir olgudur. Dünya üzerindeki hemen hemen her coğrafyada salgın hastalıklar görülmüştür. Bunun yanı sıra salgın hastalık bulaşmış olan bir toplumun sadece nüfusu azalmakla kalmaz; aynı zamanda ekonomisi, sosyal çevresi ve demografisi de değişime uğrar.

Salgın hastalığın kavramsal olarak hangi anlama geldiğinin tespiti büyük önem taşımaktadır. Salgın hastalık, bir enfeksiyon hastalığının belirli bir toplumda, bölgede veya mevsimde beklenen normal sıklığından net biçimde daha fazla görülmesi olarak tanımlanır.³ Salgın denildiğinde o bölge veya toplumda beklenen orandan net biçimde daha fazla olgunun görüldüğü anlaşılır. Salgın; yabancı literatürde “outbreak” (daha lokalize bir bölgede gelişen salgın), “epidemi” (daha geniş bölgeler veya ülke çapında gelişen salgın) veya “pandemi” (birden çok ülke ve/ veya kıtaları içeren salgın) olarak incelenebilir. Ancak genellikle “outbreak” ve “epidemi” aynı anlamda kullanılır.⁴ Türk Dil Kurumu sözlüğünde salgın ve epidemi eş anlamlı olarak kullanılmakta olup; salgın hastalık, bir hastalığın veya

² KURT, Engin, “Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, 2010/18, s.113; GÖREN Seza, Ordumuzda Sağlık Problemi ile İlgili İşler. **Askeri Veteriner Dergisi**, Y. 1949, s.146- 147.

³ ÖZKAYA, Hilal, “Cumhuriyet Döneminde Bulaşıcı Hastalıklarla Mücadele”, **Türkiye Aile Hekimliği Dergisi**, C.20, S.2, Nisan-Haziran 2016, s.1.

⁴ ÖNÜR MEN, Özge, “Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması”, **Çocuk Enfeksiyon Dergisi**, 2018/4, s.172.

başka bir durumun yaygınlaşması ve birçok kimseye birden bulaşması, epidemi şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hastalığın salgın boyutuna ulaşabilmesi için yalnızca tanımsal yapı ile uyumlu olması yeterli değildir. Bu itibarla ancak belli unsurları taşıyan bir hastalık salgın olarak adlandırılabilir. Buna göre salgın nitelendirilmesi yapılabilmesi için:

- Laboratuvar kanıtının, güvenilir bir kesin tanı yöntemine dayalı olması ve salgından şüphelenildiğinde öncelikle tanının kesinleştirilmesi,
- Hastalık tipine ve bölgelere göre değişebilmekle birlikte olgu sayısının normalde beklenenden daha fazla olması gerekir.⁵

Bu unsurların bir araya gelmesi ve bir salgın hastalık nitelendirmesinin yapılması ile birlikte hızla yetkili makamlara bildirim yapılmalı, gereken önlemler uygun bir plan ve koordinasyon içinde alınmalı, salgın sonlanana kadar bu çerçevede izlenmeli ve bu durum her aşamada kayıt altına alınmalıdır.⁶

Bazı durumlarda salgın kriterlerine girmeyen olgu kümelenmeleri olabilir, bunları salgın olarak nitelendirmemek gerekir. Etkene göre salgın tanımlamasında bazı farklılıklar olabileceği ve soruna bunları dikkate alarak yaklaşmakta yarar olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

B-KORONAVİRÜS (COVID 19) HASTALIĞI VE BOYUTU

Salgın hastalıklar, dünya üzerinde neredeyse bütün toplumlara uğramış ve kaderlerini değiştirmiştir. Dünya tarihinin değişmesinde rol oynayan salgın hastalıklardan bazıları veba, sıtma ve kolera gibi hızla yayılan hastalıklardır. Üzerinde durduğumuz salgın hastalık olan koronavirüs (Covid 19); ortaya çıktığı dönemden beri binlerce insanın ölümüne sebep olmuştur. Yayılması çok kolay ve çabuk olan bir hastalık olması nedeniyle hastalığın salgın halini alması da kısa sürede gerçekleşmiştir. Koronavirüs (Covid 19); ilk olarak Çin’de, Wuhan Şehri ve çevresinde ortaya çıkmıştır. 2019 yılının Aralık ayında Çin’de ani bir şekilde sebebi açıklanamayan zatürre olguları üzerinde yapılan incelemeler, mevcut hastalığın klasik bir zatürre tipi olmadığını, koronavirüs olduğunu ortaya koymuştur.

Virüsün bu formuna, 2019 yılında ortaya çıktığı için “Koronivirüs 2019” yani, Covid 19 adı verilmiştir. ABD Sağlık Bakanlığı’na göre, hızlı bir yayılma etkisine sahip olan söz konusu virüsün kaynağının, Çin’in Wuhan kentinde bulunan Huanan deniz ürünleri pazarı olduğu ve önce hayvandan insana, sonra ise insandan insana geçen bir form taşıdığı düşünülmektedir. Koronavirüsün (Covid 19) hayvan pazarından alınan yarasaların ya da pangolin isimli egzotik bir hayvanın tüketilmesiyle insanlara bulaştığına dair yaygın bir kanı olsa da söz konusu bilgi Dünya Sağlık Örgütü tarafından doğrulanmamıştır. Koronavirüs

⁵ ÖNÜR MEN, s.173.

⁶ ÖNÜR MEN, s.173.

(Covid 19), zarflı bir virüs olması ve zarfı yani dış kabuğunun etrafından dışarıya doğru diken şeklinde çıkıntıları olan bir görünüme sahip olmasından dolayı kraliyet tacı görünümünde olup, bundan dolayıdır ki virüse Latince kraliyet tacı anlamına gelen Corona ismi verilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü Başkanı Tedros Adhanom Ghebreyesus, Covid-19'un "korona"nın co'su, "virüs"ün vi'si ve hastalık kelimesinin İngilizcesi "disease" sözcüğünün d'sinden türetildiğini açıklamıştır.⁷

Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık 11.03.2020 itibarıyla pandemi olarak ilan edilmiştir.⁸ Pandemi, en basit tanımıyla dünyada eşzamanlı olarak çok yaygın bir şekilde çok fazla sayıda insanı tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen isimdir. Buna göre Dünya Sağlık Örgütü, koronavirüs (Covid 19) hastalığının, dünyanın farklı noktalarında, kitleler üzerinde görülmeye başladığını kabul etmiş ve bundan hareketle de pandemi olarak adlandırmış bulunmaktadır.⁹

Asıl ürkütücü olan husus ise hastalığın yayılma seyrinde kendisini göstermektedir. Damlacık saçılması ile yayılması hastalığın bulaşma hızını önemli ölçüde artıran bir etken olarak kendisini göstermektedir. Bu yayılma türünde, hasta bir insan öksürdüğünde ya da hapşırduğunda etrafında bulunan kişiler bu mikroba maruz kalmakta, bunun dışında damlacık ile kirlenen bir nesnenin kullanımı da hastalığın bulaşmasını beraberinde getirmektedir. Ancak asıl ilginç olan husus söz konusu bulaşıcı hastalığın toplumda daha önceden hiç saptanmamış bir ajan ile gelişmesi ve daha önce bilinmemiş bir hastalık olarak ortaya çıkmasıdır. Bundan dolayıdır ki koronavirüs (Covid 19) özelinde tek bir bulaşıcı hastalık olgusu bile salgın olarak nitelendirilmiş ve ihbar edilerek salgın önlemleri uygulamaya geçirilmiştir. Nitekim, hastalığın tespit edildiği kişi sayısı dünya genelinde on beş milyonu, ölü sayısı ise altı yüz bin kişiyi geçmiş bulunmaktadır. Durumu daha da vahim kılan husus ise hastalığın 198 ülkede kendisini göstermesidir. Ülkemizde ise kayıp sayısı ise beş bin altı yüzü geçmiş vaziyettedir.¹⁰ Dünya Sağlık Örgütü'nün araştırmalarına göre virüsün bulaştığı kişilerin, %81'i hafif atlatmakta, %14'ü ciddi geçirmekte, %5'i ağır hastalanmakta ve koronavirüs (Covid-19) nedeniyle ölenlerin oranı ise %3'ün üzerinde seyretmektedir.¹¹

II- KORONAVİRÜS (COVID 19) KAPSAMINDA ALINAN TEDBİRLERİN ÇALIŞMA HAYATINA ETKİLERİ VE İŞ HUKUKUNDAN KAYNAKLI ÇÖZÜM MEKANİZMALARI

A- KORONAVİRÜS (COVID 19) KAPSAMINDA ALINAN TEDBİRLER VE SÖZ KONUSU TEDBİRLERİN ÇALIŞMA HAYATINA ETKİLERİ

⁷ Dünya Sağlık Örgütü. Basın Açıklaması, www.who.int/coronavirus, Erişim Tarihi, 19.07.2020.

⁸ SUBAŞI, İbrahim, Küresel Covid 2019 Salgını'nın Türk Bireysel İş Hukukuna Etkisi, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.9, İstanbul 2020, s.130.

⁹ Dünya Sağlık Örgütü. Basın Açıklaması, www.who.int/advice-for-public, Erişim Tarihi, 19.07.2020.

¹⁰ <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Erişim Tarihi, 16.07.2020.

¹¹ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51177538>, Erişim Tarihi, 23.07.2020.

Ülkemizde ilk koronavirüs (Covid 19) vakası 11 Mart 2020 itibariyle tespit edilmiştir. Bu durumu takiben Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, koronavirüs (Covid 19) ile ilgili son verilerin yer aldığı bilgilendirme sitesi açmıştır. Durumun giderek ciddi bir hal alması ve vaka sayısının artması ile birlikte ciddi önlemler alınmaya başlamış, Türkiye’de ilk, ortaokullar ile liseler 16 Mart 2020 haftasında tatil edilmiştir. Okulların daha sonra en erken 30 Nisan’a kadar kapalı kalmasına karar verilmiş, sonrasında ise eğitim öğretim dönemine son verilmiştir. Ayrıca İçişleri Bakanlığı’nın talimatıyla 16 Mart 2020 saat 10.00 itibariyle de 81 ilde pavyon, diskotek, bar, gece kulüpleri geçici süreyle faaliyetlerini durdurulmuştur. Daha sonra restoran ve cafe gibi yerler de kapatılmıştır. Şehirlerarası yolcu taşımacılığı izne tabi kılınmış ve kara, hava ve demiryolu seferleri önemli ölçüde azaltılmıştır. Sportif faaliyetler ertelenirken, birçok sosyal etkinlik de iptal edilmiştir. Halka, ülke dışına seyahat etmemeleri ve ayrıca mecbur kalmadıkça evden çıkmama çağrısı yapılmıştır. 65 yaş üstüne ve 20 yaş altına sokağa çıkma yasağı getirilmiştir. Ayrıca yurtdışından gelenlerden ilk etapta 14 gün kendilerini tecrit etmeleri istenirken, daha sonra virüsün tespit edildiği yerlerden gelenler öğrenci yurtlarında karantina altına alınmaya başlanmıştır.

Türkiye, koronavirüs (Covid 19) salgını hususunda son derece ciddi ve kesin nitelikli tedbirler almış ve durumun ciddiyeti ile doğru orantılı olarak önlemlerin mahiyeti de genişlemeye başlamıştır. Ancak bu noktada özellikle ifade etmek gerekir ki alınan önlemlerin ve müdahalelerin çalışma yaşamını doğrudan etkilediğine de kuşku yoktur. Covid-19 insanlar üzerinde sağlık meselelerine ve can kayıplarına yol açarken bir tarafta da mal veya hizmet üretimini olumsuz etkilemeye devam etmektedir. Bu durum karşısında birçok işyeri idari karar ya da sipariş azalması/yokluğu, hammadde temin edilememesi, müşteri kaybı gibi nedenlerle, faaliyetini geçici olarak tamamen ya da kısmen durdurmakta ya da normal çalışma süresini azaltarak faaliyetini sürdürmektedir.¹² Ulaşım sektöründeki faaliyetlerin neredeyse durma noktasına gelmesi, turizm sektörünün rezervasyon iptalleri kapsamında süreçten doğrudan etkilenmesi, bankacılık sektörünün çalışma saatlerinin azaltılması ile tepki vermesi, Türk otomotiv sektörünün lokomotif firmaları olan Ford Otosan, Mercedes Türk, Honda ve lastik sektörünün önde gelen şirketi Brisa’nın da üretimi geçici olarak durdurması ile birlikte pek çok sektörde üretime koronavirüs arası verilmiştir.

Hiçbir şey insan sağlığından daha önemli olamaz ve olmamalıdır. Nitekim, devlet tarafından hayata geçirilen önlemlerin toplum sağlığını korumak ve koronavirüs (Covid 19) salgınının önüne geçmek maksadına yönelik olduğu da kuşku götürmez. Ancak, aynı doğrultuda alınan önlemlerin ekonomik etkileri olacağı ve haliyle çalışma yaşamını da doğrudan etkilediği gözden uzak tutulamaz. Türkiye gibi gelişen üretim yapısına sahip bir ülkede, ekonominin sıcaklığını kaybetmesinin pek çok olumsuz sonucu da beraberinde getireceği açıktır.

¹² SUBAŞI, s.130-131.

Nitekim, işsizliğin giderek kronikleştiği ve tarım dışı işsizlik oranının önemli boyutlara ulaştığı ülkemizde, koronavirüs (Covid 19) salgınının getirmiş olduğu ekonomik yavaşlamanın işsizlik oranında artış ve büyüme oranındaki düşüş dahil olmak üzere pek çok yapısal sorunu da beraberinde getireceği unutulmamalıdır. Nitekim, üç ay boyunca işten çıkarmaların, grev ve lokavtların yasaklanması ile bu duruma karşı hukuki bir önlem sepeti ortaya konması, ücretsiz izne çıkarılan işçilere devlet tarafından ödenek bağlanmasına ilişkin yasal düzenlemenin hazırlanması meselenin ne denli ciddi bir boyuta sahip olduğunu göstermektedir.¹³

Alman-Türk Ticaret ve Sanayi Odası'nın yaptığı ve ağırlıklı olarak Turizm ve Otelcilik, Otomotiv Endüstrisi, Enerji Ticareti ve Finans sektörlerini temel alan araştırmaya göre koronavirüs (Covid 19) salgınının ticari faaliyetlerini nasıl etkileyeceği konusunda şirketlerin yaklaşık yarısı bir açıklama yapamazken; %38'i bu yıl cirolarında bir düşüş olacağından endişe ettiğini beyan etmiştir. Firmaların çoğunluğu ise gelecek haftalarda seyahat kısıtlamaları ve fuar/toplantıların iptali nedeniyle işlerinde bir azalma olacağını düşündüklerini iletirken; yüzde 20'si şimdiden işlerinde ciddi bir gerileme olduğunu belirtmişlerdir.¹⁴ Görüldüğü üzere koronavirüs (Covid 19) temelli gelişmelerin özellikle iç talebin azalmasını beraberinde getirdiği ve buna bağlı olarak ekonomide yavaşlamaya yol açtığı açık ve kesindir. Bu da işverenler ve çalışanlar için yönergeler, vergi indirimleri, kredi ve mali yardımlar, ithalat ve ihracat risklerinin karşılanması, işten çıkarmaların, grev ve lokavtların yasaklanması gibi konularda devletten yönlendirme ve desteğe ihtiyaç duyulmasını beraberinde getirmiştir. Söz konusu ihtiyaca ilişkin talepler karşılıksız kalmamış ve koronavirüs (Covid 19) salgınının ekonomik yapıdaki olumsuz etkilerine ve neden olduğu bozulmalara karşı Cumhurbaşkanlığı tarafından 18 Mart 2020'de "Ekonomik İstikrar Kalkanı" adıyla bir paket açıklanmıştır.¹⁵ Buna göre:

- İç hava yolu taşımacılığında da 3 ay süreyle KDV oranının yüzde 18'den yüzde 1'e indirilmiş,
- "Nakit akışı bozulan firmalarla ilgili bankaların üç ay ertelemeli kredi finansmanı sağlanmış,
- İhracatçılara yönelik stok koruma paketi oluşturulmuş,
- Telafi çalışma süresi iki aydan dört aya çıkarılmış,
- Konaklama vergisi uygulaması ertelenmiş,
- Kredi Garanti Fonu'na sağlanan destek artırılmış,
- Nisan, Mayıs, Haziran aylarında temerrüde düşen firmaların kredi siciline "mücbir sebep" notu düşülmesi kararlaştırılmış,

¹³ Yeni Koronavirüs (Covid 19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., T.17.04.2020, S.31102.

¹⁴ <https://www.dtr-ihk.de/tr/koronavirus/koronaviruesuen-ekonomik-etkileri>, Erişim Tarihi, 16.07.2020

¹⁵ <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/cumhurbaskani-erdogan-ekonomik-istikrar-kalkani-paketini-acikladi/1770929>, Erişim Tarihi, 23.07.2020.

- Kısa Çalışma Ödeneğinden yararlanma süreç ve şartları kolaylaştırılmış,
- İşten çıkarmalar üç ay boyunca yasaklanmış ve bu süreyi uzatmak hususunda Cumhurbaşkanına yetki verilmiş,
- Grev ve lokavt eylemleri üç aylığına yasaklanmış,
- Ücretsiz izne çıkarılan işçilere devlet ödeneği sağlanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı tarafından açıklanan “Ekonomik İstikrar Kalkanı” paketinin üretim, ticaret ve istihdamın, koronavirüs (Covid 19) salgınından yara almadan devamını sağlamada önemli katkılar sağlayacağı kuşku götürmez. Ancak bu sürecin tam olarak anlaşılabilmesi ve koronavirüs (Covid 19) salgını karşısında üretim akışı ve istihdamın korunması için mevcut hukuksal düzenlemelerin, yapılan güncel değişiklikler ile birlikte uygulamaya geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira koronavirüs (Covid 19) salgının devam etmesi halinde ekonomiyi bekleyen senaryoların kötüleşeceği endişeleri son derece ciddi şekilde kendisini göstermektedir. Tüketim çekingenliğinin ciddi bir eğilim göstermesinin ekonomik büyümeyi olumsuz etkileyeceği açıktır. Salgın hastalıkla mücadelenin tüketici güvensizliği, moralsizliği, turizm faaliyetlerine ilgisizliği gibi etkilere yol açması hiç de uzak bir ihtimal değildir. Bu aşamada en düşük ekonomik maliyetle salgın hastalığın etkilerinin giderilebilmesi için iş hukukunun getirdiği imkanların değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu imkanların başında da kısa çalışmanın geldiğine kuşku yoktur.

B-KORONAVİRÜS (COVID 19) SALGINININ OLUMSUZ ETKİLERİ KARŞISINDA KISA ÇALIŞMA KAVRAMI

1-KISA ÇALIŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kısa çalışma işgücü piyasasında, iş ilişkisinin feshi yerine devamını sağlama hedefiyle işsizlikle mücadelede istihdamı koruyan, gelir sağlayıcı niteliğiyle sosyal koruma öngören, kriz dönemlerine özgü, istisnai, fakat dinamik bir çalışma modelidir. Bunun da ötesinde kısa çalışma kurumu, ekonomik krizin, işsizliğin yaratacağı ekonomik ve sosyal sorunların çözümünde bir denge unsuru olarak çalışma ilişkisini oluşturan sosyal gruplar arasında uyum yaratıcı bir rol üstlenmektedir.¹⁶ Bu rol, iş hukukunun “uyuşmazlıkların tarafları arasında dengeleyici olma” işleviyle de örtüşmektedir.¹⁷ Çalışma yaşamının çeşitli rizikolarla dolu olduğu ve hem işçi hem de işverenlerin ekonomik gelişmelerin seyrine göre gerekli tedbirleri alarak bu rizikolara katlanmaya çalışmak zorunluluğu ile karşı karşıya olduğu gözden uzak tutulamaz.¹⁸ Özellikle ülke ekonomisini ve çalışma yaşamını olumsuz etkileyen geleneksel ekonomik kriz

¹⁶ SEÇKİN, Muhammet İhsan, “Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul 2015, s.5.

¹⁷ TINAR, Mustafa Yaşar, “Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Öğretiminde Yeniden Yapılanma Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan**, TÜHİS, Yayın No: 38, Ankara 2000, s.893.

¹⁸ UĞRAŞ, Boray, “İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Ocak 2014, C. 5, S. 1, s.50.

kavramlarının yanı sıra veya mevcut koronavirüs (Covid 19) salgını gibi spesifik zorlayıcı nedenlerde işçi ve işverenin dayanışma halinde bu durumlardan kurtulması makul bir çözüm gibi gözükmektedir. Neticede kısa çalışma, küreselleşme, ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkardığı bir kavramdır.¹⁹

Küreselleşmeyle birlikte artan global rekabet sürecinde hangi sebepten kaynaklandığına bakılmaksızın yaşanan her tür ekonomik krizin, serbest çalışanlar, özel sektörlerde bağımlı çalışanlar ve haliyle işverenler üzerinde oldukça ağır sonuçlar doğuracağına kuşku yoktur. Ekonomik kriz nedeniyle bir kısım işletmeler küçülme yoluna giderek işçi sayısını azaltırken; bir kısım işletmeler ise işçi maliyetlerini düşürmek amacıyla çalışma sürelerini veya üretimi kısma, işi geçici olarak durdurma veyahut ücretsiz izin uygulamaları yoluna gitmekte; ancak tüm çabalara rağmen rekabet ortamına uyum sağlayamayan işletmeler tasfiye aşamasına girmektedir.²⁰ Nitekim koronavirüs (Covid 19) salgını ile birlikte de gerek idari önlemlerin ve gerek tüketici alışkanlıklarındaki değişim ve çekingенliğin doğal sonucu olarak pek çok sektör ekonomik bir kriz içerisine sürüklenmiş ve süreci yönetebilmek için farklı arayışlar içerisine girmişlerdir. Koronavirüs (Covid 19) salgını gibi ekonomik güçlük dönemlerinde işverenlere destek sağlamak amacıyla öngörülen müesseselerden biri de kısa çalışmadır.²¹ Koronavirüs (Covid 19) salgınının, toplumun yaşamında görülen zor bir ana, bir buhran dönemine yol açtığı²²; bir başka açıdan denetlenemeyen dış faktör olması itibariyle sisteme zarar veren olumsuz gelişmeler bütünü olduğu inkâr edilemez.²³

Koronavirüs (Covid 19) salgınının beraberinde getirdiği zorlayıcı durum ve bundan kaynaklı olarak ortaya çıkan ekonomik yavaşlama karşısında işverenler, işgücüne ihtiyaçları kimi sektörlerde tümenden veya bazı sahalarda ise kısmen ortadan kalktığından işçilere ücret ödemekten kurtulmayı kendince bir çözüm olarak görmekteyler. Buna karşın işçilerin işlerini kaybetmeden belli bir ölçüde gelire sahip kılınması da işçi tarafının beklentisidir.²⁴ Bundan dolaydır ki genel ekonomik krizlerin yanı sıra, koronavirüs (Covid 19) salgını gibi zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen durumlar karşısında, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, “kısa çalışma” ve “kısa çalışma

¹⁹ ÇETİNKAYA, Tuba Kayalı, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s.419.

²⁰ ALBAYRAK, Candan, “Küreselleşme Ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, s. 168.

²¹ EKMEKÇİ, Ömer, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorular”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 14, Haziran 2009, s. 47.

²² DİRLİK, Serkan, “Kriz Yönetimi Stratejileri ve Kriz Sonrası Yeniden Yapılanma”, Derleyen: Haluk Sümer ve Helmut Pernsteiner, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 2009, s.36.

²³ KUZGUN, Kayhan İnci, “Türkiye’de Kısa Çalışma”, **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 23, S.2, Ankara 2005, s.39.

²⁴ AKYİĞİT, Ercan, “Kısa Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ağustos – Kasım 2004, s.1.

ödeneği” esaslarına başvurulmasının önemli faydalar sağlayacağı inkar edilemez. Kısa çalışma modeli, ekonomik faaliyet düzeyinde daralmaların yaşandığı koronavirüs (Covid 19) salgını kaynaklı kriz döneminde işgücü girdisini konjonktürel dalgalanmalarla uyumlaştırarak²⁵ ve salgından kaynaklı ekonomik kriz ortadan kalktığına tekrar işe geri dönme olanağı tanıyarak bir taraftan kayıtlı işgücüne istihdam güvencesi sağlamakta; diğer taraftan özellikle firmaya, işçi çıkarmadan işgücü talebini mal talebindeki dalgalanmalara göre ayarlayarak, rekabet gücünü koruma olanağı vermektedir.²⁶

2-KORONAVİRÜS (COVID 19) SALGINI KARŞISINDA KISA ÇALIŞMANIN KAVRAMSAL YAPISI

Kısa çalışmanın özünde genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerle işletmenin içine düştüğü ekonomik krizin devlet-sigortalı ve işveren üçgeninde oluşturulan bir sistemle aşılması olgusu yatmaktadır.²⁷ Böylece normal koşullarda işverenin katlanması gereken işletme riskine sigortalı ve devlet de katlanmakta²⁸, dönemsel olarak işçilerin ücretlerini ödeme güclüğü çeken işverenin işletmeyi ayakta tutarak, işçi çıkarmadan, krizi aşması için işverene destek olunmaktadır.²⁹ Kısa çalışma kavramı normal çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması veya iş yerinde faaliyetlerin kısmen yahut tümüyle durdurulması olarak tanımlanabilir.³⁰ Diğer bir deyişle kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılmasını veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını ifade eder.³¹ 4857 sayılı İş Kanununun³² (İş K.) 65/I maddesiyle İş Hukukunda ilk kez düzenlenen kısa çalışma, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma süresinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerindeki faaliyetin geçici olarak tamamen veya kısmen durdurulmasıdır.

Kavram ilk kez 4857 sayılı İş Kanununun 65 inci maddesiyle düzenlenmekle birlikte 2008 yılında başlayıp küresel etkileri görülen genel ekonomik krizde uygulamayı İşsizlik Sigortası Fonuyla ilişkilendirmek amacıyla 15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunun 37 inci maddesiyle Kanundaki kısa çalışma maddesi yürürlükten kaldırılmış, bu defa konunun 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun³³ Ek 2 inci maddesinde düzenlendiği görülmüştür.³⁴ İşsizlik Sigortası Kanununun Ek 2. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca “Genel ekonomik, sektörel veya

²⁵ BÖLÜKBAŞI, Ahmet, “AB’de Bir Kısa Çalışma Değerlendirmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.5, S. 19, Eylül 2010, s.184.

²⁶ İNCİ, s.35.

²⁷ CANIKLIOĞLU, Nurşen, “6111 S.lı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, **Toprak İşveren Dergisi**, S.89, Mart 2011, s.6.

²⁸ CANIKLIOĞLU, s.12.

²⁹ CANIKLIOĞLU, s.99.

³⁰ ASTARLI, Muhittin, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitapevi, Ankara, s. 348.

³¹ AKYİĞİT, s.2.

³² R.G., T.10.06.2003, S.25314.

³³ R.G., T. 8.9.1999, S. 23810.

³⁴ ÇETİNKAYA, s.422; UĞRAŞ, s.51-52.

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.” denilmek suretiyle kısa çalışmanın tanımsal yapısı ortaya konmuştur. Ancak asıl ilgi çekici olan husus ise kısa çalışmanın yaptırılacağı hallerin genel ekonomik, sektörel ve bölgesel kriz ya da zorlayıcı sebeplerle sınırlanmasıdır. Görüldüğü üzere 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Ek 2 nci maddesinde hangi durumlarda işverenlerce kısa çalışma yaptırılacağı belirtilmiş olup; bu durumlar tahdidi olarak sıralanmıştır. Bu nedenle İşsizlik Sigortası Kanununda sınırlı olarak sayılan hallerin dışında kısa çalışma yaptırılması mümkün değildir.

Doktrinde ise kısa çalışmaya ilişkin çok çeşitli tanımlamalara gidilmiştir. “ekonomik veya yapısal nedenlerle işgücüne talebin azalması yüzünden işçilerin bir kısmının ya da tamamının normal haftalık çalışma süresinden belirgin biçimde daha az çalıştırılması ya da bir süre hiç çalıştırılmaması”³⁵; “belli ekonomik veya teknik sorunların çözümüne kadar uygulanan, geçici ve çalışma açısından uyulması zorunlu olan, çalışana seçme olanağı bırakmayan, genelde tensikatları (işten çıkarma) önlemeye matuf bir istihdam biçimi”³⁶; “ekonomik açıdan zor duruma düşen işletmelerde kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, işçinin rızasına gerek duyulmaksızın, çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltıldığı ya da işin tamamen tatil edildiği, işçinin azalan ya da kesilen ücretinin yerine İşsizlik Sigortası Fonu’ndan ödeneğin öngörüldüğü, böylelikle işçi ve işveren çıkarlarının, sigorta sisteminin de dahil edilmesi ile uzlaştırıldığı bir çalışma biçimi”³⁷; kanunda sayılan nedenlerle ekonomik açıdan sıkıntıya düşen işletmelerde, işçi ve işverenlerin çıkarlarının İşsizlik Sigortası Fonu’nun da dahil edilmesiyle uzlaştırıldığı ve işin geçici olarak kısmen ya da tamamen durdurulduğu veya çalışma süresinin azaltıldığı bir uygulama”³⁸; genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma süresinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması, işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulmasıyla sınırlı bir kavram³⁹ ifadeleri en yaygın şekilde benimsenmiş tanımlamalar olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce kısa çalışma belli hallere özgü ve geçici bir çalışma-ücret düzeni olarak, kanunda sınırlı sayıda sayılmış bulunan olguların gerçekleşmesi halinde gerekli prosedürleri yerine getiren işverenin işyerinde çalışma sürelerini geçici de olsa kısaltmasına, işçilere

³⁵ KUTAL, Metin, “İstihdam Politikasının Bir Aracı: Kısa Süreli Çalıştırma”, **MESS Mercak Dergisi**, S.6, Nisan 1997, s.29.

³⁶ KUTAL, Gülten, “Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışma ve Geleceği”, **Hukuki Esasları ve Sosyo Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli**, Ankara 1991, s.93.

³⁷ CANİKLİOĞLU, s.503-504.

³⁸ AYDIN, Ufuk, “Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.4, S.13, s.30.

³⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2014, s.1282.

ise kamu otoritesi tarafından gelir desteği sağlanmasına dayalı bir iş hukuku modeli olarak kabul edilebilir.

3-KORONAVİRÜS (COVID 19) SALGINI KARŞISINDA KISA ÇALIŞMANIN UYGULANABİLİRLİK ÖLÇÜTLERİ

a) GENEL EKONOMİK KRİZ

Koronavirüs (Covid 19) salgınının kısa çalışma yaptırılabilmesi hususunda gerekli ve Kanunda tahdidi olarak sayılan hallere uygun olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ekonomik kriz, genel olarak “ekonomik yapıdan doğan ve sadece ekonomik yaşamı değil sosyal ve siyasal yaşamı sekteye uğratan, işsizlik, yokluk, genel maddi sıkıntı yaratan bir kötüye gidiş olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ Belli bir/birkaç işyerinde değil de bir/birkaç işkolunda (o işkolundaki işyerlerinde) yaşanan ekonomik kötü gidiş, sektörel kriz diye anılmaktadır.⁴¹ Bölgesel kriz ise, ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumları ifade etmektedir.⁴² Öncelikle ifade etmek gerekir ki koronavirüs (Covid 19) salgınının ekonomik anlamda ulusal büyüme rakamlarını dahi olumsuz etkileyecek yavaşlamaları beraberinde getirdiğini inkar etmek mümkün değildir. Başta turizm, otomotiv ve ulaşım sektörleri olmak üzere çeşitli iş alanlarında ciddi anlamda sorunlar yarattığı da gözden uzak tutulamaz. Ancak kanaatimizce koronavirüs (Covid 19) salgını neden olduğu tüm bu olumsuzluklara rağmen, kısa çalışma yapılabilmesi için Kanunda sınırlı sayıda sayılmış bulunan hallerden ekonomik kriz, sektörel kriz ve bölgesel kriz hususlarını karşılar bir hali ifade etmemektedir.

Kısa Çalışma Yönetmeliği’nde⁴³ genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar olarak ifade edilmektedir.(Yön. Md.:3/1-c). Genel ekonomik kriz esasen ekonomik yapıdan kaynaklanan, ekonomik yaşamla birlikte sosyal ve siyasal yaşamı sekteye uğratan işsizlik, yokluk, genel maddi sıkıntı yaratan kötüye gidiş olarak ifade edilebilir.⁴⁴ O halde kısa çalışma yapılmasını gerektirecek anlamda genel ekonomik krizden söz edebilmek için krizin ülke çapında ve ülke ekonomisini sarsacak boyutta olması ve işyerlerini de ciddi anlamda etkileyip sarsması gerekmektedir.⁴⁵ Dünya genelinde petrol ücretlerinin aşırı oranda yükselmesi, büyük oranda devülasyon, savaş hali genel ekonomik kriz hallerine örnek olarak verilebilir. Koronavirüs (Covid 19) salgınının ise bu nitelikleri ihtiva eden bir krize sebebiyet vermediği, yalnızca belirli sektörlerde de o da yavaşlama niteliğinde bir sorunsal yapı oluşturduğu

⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2005, s.712.

⁴¹ AKYİĞİT, s.6.

⁴² ÇETİNKAYA, s.442.

⁴³ R.G., T.13.1.2009, S.27109.

⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.12.

⁴⁵ ÇELİK, Nuri/CANBOLAT, Talat/CANİKLİOĞLU, Nurşen, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s.287.

gözden uzak tutulamaz. Bu anlamda koronavirüs (Covid 19) salgının Yönetmelikte anlamını bulan genel bir ekonomik krize yol açtığını kabul etmek pek de mümkün değildir.

b) SEKTÖREL KRİZ

Sektörel krizin varlığının tespitinde; işletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler, geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safı Yurtiçi Hasıla (GSYİH)'nin zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH'ya katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir, ikinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi'dir.⁴⁶ Ancak özellikle ifade etmek isteriz ki koronavirüs (Covid 19) salgını Gayri Safı Yurtiçi Hasıla anlamında sektörel bazda ciddi ve sürekli bir azalmaya yol açmadığı gibi Sanayi Üretim Endeksinde de kalıcı bir negatif görünüme sebebiyet vermemiştir. O halde koronavirüs (Covid 19) salgınının sektörel kriz gerekçesini oluşturmaktan uzak olduğunu da belirtmekte fayda vardır.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre sektörel bir krizden bahsedilebilmesi içinse her bir sektörün GSYİH'ya katkısı dolayısıyla sektörel kalkınma ve ekonomik canlılık yine Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.⁴⁷ Kaldı ki sektörel krizin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması halinde, Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulunca karara bağlanmaktadır. Koronavirüs (Covid 19) salgınının bu türlü bir yayılım göstermemesi, tüm ülkeyi etkisi altına alması ve kaldı ki salgının salt belli sektörlerde bir krize sebebiyet verdiği hususunda işçi yahut işveren konfederasyonlarının iddialarının mevcut olmaması karşısında, bu salgının bölgesel bir kriz oluşturduğunu da iddia etmek mümkün olmayacaktır.

c) ZORLAYICI NEDEN

Salgın hastalığın sebebiyet verdiği ekonomik olumsuz etkilenmeler karşısında kısa çalışma yöntemine başvurulamayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kısa çalışma yapılabilecek haller yalnızca ekonomik kriz durumları ile sınırlı değildir. Bu durumların dışında zorlayıcı sebep de kısa çalışma yapılabilecek haller arasında yer almaktadır ki koronavirüs (Covid 19) salgınından kaynaklanan olumsuz etkilenmelerin zorlayıcı neden oluşturduğu kanaatimizi belirtmekte fayda görüyoruz. Bu kapsamda söz konusu salgının zorlayıcı neden olarak kabulü hususunda ilk akla gelen soru hiç kuşkusuz zorlayıcı nedenin ne olduğu hususu olacaktır? Şurası açıktır ki koronavirüs (Covid 19)

⁴⁶ ÇETİNKAYA, s.441.

⁴⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 17.5.2010, E. 2010/16041 K. 2010/13716. Sinerji Mevzuat Programı, Erişim Tarihi, 14.07.2020.

salgını toplum ve devlet yapısını, hayatını tehlikeye sokan ve ivedilikle tepki verilmesi gereken, toplumun ve devletin kriz öngörme ve önleme mekanizmalarının kısmen dahi olsa yetersiz kaldığı bir gerilim durumudur.⁴⁸ Genel anlamıyla zorlayıcı sebep, borcun ifa edilememesine kaçınılmaz bir şekilde neden olan, borçlunun faaliyet sahası ve organizasyonel bütünlüğü dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi ve haliyle karşı konulması mümkün olmayan bir olay olarak kabul edilebilir.⁴⁹ Zorlayıcı nedeni önceden öngörülemeden, taraflarca arzu edilmeyen, dıştan gelip işyerinin işleyişini geçici bir süre tamamen veya kısmen engelleyen bir olgu olarak düşünebiliriz.⁵⁰ Ancak genel kabul gören görüş kapsamında zorlayıcı neden sorumlu veya borçlunun faaliyet alanı dışında meydana gelen, borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan ve önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, beklenmedik olağanüstü haller şeklinde tanımlanmaktadır.⁵¹

Zorlayıcı neden bir kusur halini ifade etmez; zira zorlayıcı sebep, illiyet bağıını her durumda kesen ve bu itibarla sorumlu kişiyi veya borçluyu sorumluluktan kurtaran bir neden olsa da sözleşmeye aykırı bir hali ifade etmez. Nitekim buna uygun olarak yargı uygulamasında İş Hukukunda zorlayıcı neden, umulmayan hali ve imkânsızlığı da kapsayacak şekilde önceden öngörülemeden, meydana geldiğinde karşı konulması mümkün olmayan ve kusura dayanmayan olaylar olarak dikkate alınmaktadır.⁵² Bundan dolayıdır ki koronavirüs (Covid 19) salgınının zorlayıcı neden kavramını tam olarak karşıladığını söylemekte fayda vardır. Öncelikle koronavirüs (Covid 19) salgını, işletmeyle bağlantılı bulunmayan, önceden öngörülemeden, kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde borcun ifasını engelleyen bir olay olup, işletme ve faaliyetiyle ilgisi olmayan bir dış kuvvetin etkisiyle meydana gelmiştir.⁵³ Şöyle ki söz konusu salgın, iş sözleşmesinden kaynaklı borçların ifa edilememesine neden olmasının yanı sıra, sözleşme taraflarının kusurundan kaynaklanmamakta ve karşı konulması mümkün olmayan bir olay vasfını ihtiva etmektedir. Kaldı ki İş Hukukunda zorlayıcı sebebin; kaçınılamayan ve önceden görülemeden, dıştan gelen, işçiyi çalışmaktan alıkoyan bir hal olduğu da dikkate alındığında koronavirüs (Covid 19) dahil olmak üzere bu duruma sebebiyet veren her tür salgın hastalığın zorlayıcı neden

⁴⁸Göksu Turgut, “Kriz Yönetimi”, s.1, <http://turgutgoksu.com/FileUpload/ks7441/File/krizyonetimitg21sbt2011.pdf>, Erişim Tarihi, 13.07.2020.

⁴⁹ YUVALI, Ertuğrul, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Kamu-İş İş Hukuku Dergisi**, C.12, Sy.3/2012, s.2.

⁵⁰ AKYİĞİT, Ercan, “Kısa Çalışma”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:19, Ağustos/Kasım 2004, s.6.

⁵¹ SUBAŞI, s.141.

⁵² SUBAŞI, s.143.

⁵³ REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Beta Basım Yayım, 25. Bası, İstanbul 2014, s.359

oluşturduğu inkar edilemez. Zira söz konusu salgın işyerinden kaynaklanması itibariyle çalışmayı önleyen nedenler arasında da yer almamaktadır.

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik hükümleri bağlamında değerlendirme yapıldığında da aynı sonuca ulaşıldığını söylemek mümkündür. Şöyle ki Yönetmeliğe göre ise, zorlayıcı sebep, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden tahmin edilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri ifade etmektedir. Görüldüğü üzere Yönetmelik 3/1-h hükmü ile açık bir biçimde salgın hastalıkları kısa çalışma gerektiren haller arasında saymıştır. Koronavirüs (Covid 19) hastalığının salgın boyutuna varmış olması, işverenin sevk ve idaresinden kaynaklanmaması, önceden bilinmediği gibi bertaraf edilmesi de mümkün olmayan bir durum oluşturması itibariyle kısa çalışma için gerekli ön koşul olan zorlayıcı nedenin varlığı şartını karşıladığı kuşku götürmez.

4-KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI VE SÜRESİ

İşverenin kriz ya da zorlayıcı nedenden kısa çalışma uygulamasını haklı kılacak ölçüde etkilendiği kabul edilse de, daha hafif önlemlerle, örneğin fazla çalışma uygulamasının kaldırılması, serbest zaman kullanılması, denkleştirme esası gibi esnek çalışma yöntemlerinin kullanılması⁵⁴, tasarruf tedbirlerinin uygulanması ve kanımızca üretimin ve verimliliğin artırılması gayretleriyle krizin etkisi azaltılabilecekse, kısa çalışma koşulları gerçekleşmiş olmayacaktır.⁵⁵ Uygulanan yöntemlere rağmen ekonomik krizin ya da zorlayıcı nedenin etkileri, çalışma sürelerini azaltmadan ya da faaliyeti kısmen ya da tamamen durdurmadan giderilemeyecek derecede ise kısa çalışma söz konusu olacaktır.⁵⁶

Bir işyerinde koronavirüs (Covid 19) salgınından kaynaklı olarak kısa çalışma uygulamasına gidilebilmesi için sadece bu zorlayıcı nedenin varlığı yetmez. İşyerinde ya tüm birimlerin geçici olarak faaliyetlerine ara vermesi, yani işin tamamen durdurulması veya en azından işyerinde belli bir veya birden fazla birimin faaliyetine ara verilmesi, diğer bir deyişle işyerinde faaliyetlerin en azından kısmen durdurulması söz konusu olmalıdır.⁵⁷ Gerek haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması gerek faaliyetin tamamen veya kısmen geçici durdurulmasının hangi koşullarda kısa çalışma sayılacağı Yönetmelikte yer alan

⁵⁴ OCAK, Saim, **Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.126.

⁵⁵ ÖZKARACA, Ercüment, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları**, Haziran 2011, s.651.

⁵⁶ SEÇKİN, s.100.

⁵⁷ CANİKLİOĞLU, Nurşen, “4857 S.lı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **A.Can. Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005, s.510.

“Kısa Çalışma” tanımında belirtilmiştir. Yönetmeliğe göre haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azalmış sayılabilmesi için, o işyerinde uygulanan emsal çalışma süresinin en az üçte bir oranında azalmış olması gerekir. (Yön. Md. 3/1-ç) Kısa çalışma süresinin haftada 15 saatin altında azaltılması (örneğin 14 saat azaltılması) başka bir deyişle haftada 30 saatin üzerinde (örneğin 31 saat) çalışılması durumunda kısa çalışmadan söz edilemeyecektir.⁵⁸ Diğer bir deyişle haftalık çalışma sürelerinde üçte birden daha az bir azaltma yapılması halinde kısa çalışmadan bahsedilemeyecek, bu halde iş koşullarında değişiklik yapıldığının kabulü ile bu değişikliğin geçerliğinin işçinin rızasına bağlı olduğunu kabul etmek gerekecektir.⁵⁹

İşyerindeki faaliyetin durdurulması veya haftalık iş süresinin önemli ölçüde azaltılmasının yasal anlamda kısa çalışma sayılabilmesi için, bunun geçici olması zorunludur. Yasal koşullar kısa çalışma olgusunun işyeri açısından geçici bir karakter taşıdığını anlatır. Bu bakımdan işverenin işi sürekli/kalıcı bir şekilde tatil etmesi durumunda kısa çalışma olgusundan bahsetmek mümkün değildir. Kısa çalışma uygulamasındaki geçiciliğin ölçütü işyerindeki faaliyetin en az 4 hafta; en çok 3 ay süreyle geçici olarak tamamen veya kısmen durdurulmasıdır (KÇY. 3/ç). Bu nedenle 3 aydan fazla süreler için kısa çalışma uygulamasına geçilemez. Ancak istisnaen söz konusu süreler kanun yahut Cumhurbaşkanı kararı ile uzatılabilmektedir. Görüldüğü gibi, burada iki ana kural söz konusudur. Birincisi çalışma süresi işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmalı ya da faaliyet, süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta geçici olarak kısmen ya da tamamen durdurulmalıdır. İkinci ana kural ise, her iki halde de uygulanacak kısa çalışma süresi üç ayı aşmamalıdır.

Kısa çalışma uygulaması prensip olarak kısa çalışmayı gerektiren zorlayıcı nedenin devam süresiyle sınırlıdır. Zorlayıcı neden ortadan kaybolduğu halde de kısa çalışma devam edemez.⁶⁰ Yani kısa çalışma nedenleri var olsa dahi, çalışma sürelerinin azaltılması geçici değil sürekli bir hal almışsa, böylesi bir durumda kısa çalışmadan bahsetmekte mümkün olmayacaktır. Bundan dolayıdır ki koronavirüs (Covid 19) gibi bir salgın hastalık dolayısıyla işyerinde çalışma sürelerinin sürekli olarak azaltılması halinde kısa çalışma değil, işçinin rızasının alınmasını zorunlu kılan kısmi süreli çalışma esasının ortaya çıkacağı kuşku götürmez. Kısa çalışma geçici bir durumu ifade ettiği için, faaliyetin sürekli tatil edilmesinde iş sözleşmesi sona erdiği için, prime ilişkin koşullarının da mevcut olması halinde işçiye sigortasından işsizlik ödeneğinin verilmesi söz konusu olacaktır.⁶¹

⁵⁸ SİNAN, Özdemir Cumhuriyet, “4857 S.İ İş Kanunu’na Göre Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği”, *Yaklaşım Dergisi*, Y.13, S.145, Ocak 2005, s.208.

⁵⁹ BAŞTERZİ, Süleyman, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal ve İstihdam Üzerindeki Etkisi”, *AÜHFĐ*, Y. 2005, s. 69-70.

⁶⁰ UĞRAŞ, s.54.

⁶¹ CANIKLIOĞLU, s.510-511.

Kısa çalışma, iş sözleşmesinin feshi ve ücretsiz izin gibi uygulamalara karşı bir alternatif olarak öne çıkarılmaktadır. Ancak bu durum kısa çalışma ödeneğinin bütün işçilerin faydalanabileceği bir düzenleme olduğu sonucunu beraberinde getirmemelidir. Kısa çalışmaya yönelik hükümlerden de anlaşıldığı üzere faaliyetin durdurulması veya çalışma süresinin azaltılması halinin yasal anlamda kısa çalışma sayılabilmesi için, bunun öncelikle geçici olması zorunludur. Kısa çalışma kurumunun doğası da bunu gerektirmektedir.⁶² Ancak belirtmek gerekir ki kısa çalışma ödeneğinden yararlanma olanağı doğuran yeni bir durum ortaya çıktığı takdirde, bu yeni duruma bağlı olarak yeni bir kısa çalışma uygulaması yapılmasını engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır.⁶³ Bu bakımdan örneğin; koronavirüs (Covid 19) salgınına bağlı olarak kısa çalışma uygulamasından yararlanan işverenin bir süre sonra genel ekonomik kriz nedeniyle yeni bir kısa çalışma talebinde bulunması mümkündür.

Kısa çalışma süresinin üç ayla sınırlı olduğu, kısa çalışmayı gerektiren nedenler sona erme de üç ayın sonunda her halükarda kısa çalışmanın sona ereceği açıktır. Kanunda düzenlenen bu üç aylık süre genel bir kural olup sonradan yapılan düzenlemeler ile bu süreye istisnalar getirilebilir. Nitekim, 2008 küresel ekonomik krizinde istisnai düzenlemeye gidilmiş ve üç aylık süre altı aya çıkarılmıştır.⁶⁴ Halihazırda Cumhurbaşkanına ait olan bu yetkinin mevcut salgın hastalık hususunda da kullanılmış ve kısa çalışma süresi 28 Şubat 2021 tarihine kadar uzatılmış yine buna uygun olarak 25.maddenin birincifikrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilememesine yönelik düzenlemenin bitişi tarihi de 17 Mart 2021 tarihi olarak belirlenmiştir.⁶⁵ Bununla birlikte kısa çalışma ödeneği sürelerini 30 Haziran 2021 tarihine kadar uzatmak hususunda Cumhurbaşkanı yetki sahibidir. Salgının ulaştığı boyut, pek çok sektörün ciddi anlamda olumsuz etkilenmesi hatta üretimin durmasına kadar varan olumsuzluklarla karşılaşması karşısında üç aylık sürenin yeterli olmadığı açıktır. Bundan dolayı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile söz konusu üç aylık sürenin artırılmasının yerinde olduğu yönündeki kanaatimizi belirtmek isteriz. Zira, azami sürenin dolması ile kısa çalışma kendiliğinden sona erecek; işçilerin herhangi bir ihtarla gerek olmaksızın işlerine geri dönerek iş başı yapmaları gerekecektir.⁶⁶ Oysa ki önü alınmaz şekilde yayılan ve dahası sona ermesine ilişkin kesin bir tespit yapılamayan bir salgın hastalık için üç aylık bir sürenin yetersiz olduğu kuşkusuzdur. Bundan dolayıdır ki kısa çalışmanın yapılmasına sebep teşkil eden koronavirüs (Covid 19) salgının ortadan kalkmasının beklenmesi; bunun da

⁶² SEÇKİN, s.104.

⁶³ TULLUKCU, Binnur, “Kanun Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S.91, Mart 2014, s.23.

⁶⁴ ÇETİNKAYA, 449.

⁶⁵ SUBAŞI, s.159.

⁶⁶ AKYİĞİT, s.33.

mümkün görülmemesi halinde ise kısa çalışma süresinin uzatılması en doğru çözümdür.

5-KISA ÇALIŞMA UYGULAMASINA GEÇİŞTE HUKUKİ SÜREÇ VE TÜRKİYE İŞ KURUMU'NA BİLDİRİM TALEBİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kısa çalışmanın esasa ilişkin yukarıda sayılan koşullarının yerine gelmiş olması tek başına yeterli değildir. Ancak önemle belirtmek isteriz ki kısa çalışma uygulamasına geçilmesi hususunda işçinin rızası aranmamaktadır; kısa çalışma ödeneği için kuruma başvuran işverenin bu uygulaması işçinin muvafakatine değil kurum kararına dayanmaktadır.⁶⁷ Koronavirüs (Covid 19) salgınından kaynaklı zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işverenin, Kısa Çalışma Talep Formunu doldurarak Türkiye İş Kurumu birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı bildirimde bulunması gerekmektedir. İşyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi yoksa işverenin hiçbir sendikaya bildirimde bulunmasına gerek yoktur.

İşverenin durumu iki ayrı kuruma yazılı olarak bildirme zorunluluğu getirilmişse de Kurum ile sendikaya yapılacak bildirim sonuçları birbirinden çok farklıdır. Kısa çalışma talebini değerlendirecek ve nihayetinde talebi kabul ya da red edecek yetkilerle donatılmış makam Kurum iken, sendikaya yapılacak bildirim tamamen şekli bir nitelik taşımakta, sendikanın kısa çalışma kararının verilmesinde hiçbir yetkisi ya da etkinliği bulunmamaktadır.⁶⁸ Diğer bir deyişle işçi sendikasına bildirim yapılması yeterli olduğundan, toplu fesih uygulamasında olduğu gibi toplu iş sözleşmesi tarafı sendika ile işveren arasında diyalog kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁹ Dolayısıyla işçiler ve sendikası karşı çıksa bile aranan yasal koşullar sağlandığında işverenin kısa çalışmaya geçmesine yönelik itiraz imkanları olmayacaktır. Sendikanın konu hakkında sadece bilgi sahibi olmasının sağlanması ile yetinilmesi, toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan sendikalara bildirim zorunluluğunun dahi getirilmemiş olması sosyal diyalogun ve tarafların dengeli katılımının sağlanması açısından yeterli olmamış ve doktrinde haklı olarak eleştirilmişse de⁷⁰, hızlı hareket etme gerekliliği, üretim akışının ve buna bağlı olarak istihdamın korunması maksatlı olarak sürecin bir an önce harekete geçirilmesi zorunluluğu ve kaldı ki kısa çalışmanın geçici bir uygulama olması hususları karşısında bu eleştirilere katılamıyoruz.

İşveren yapacağı bildirimde; genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerin işyerine etkilerini ve zorlayıcı sebebin ne olduğunu, işyerinin unvanını, adresini, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikayı ve sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını, varsa iddiasını kanıtlayıcı somut belgeleri belirtmek

⁶⁷ SUBAŞI, s.166.

⁶⁸ ERKUL, İhsan, **İşverenin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Doğan Hakları, Yükümleri ve Sorumlulukları**, Ayrıntı Basımevi, Eskişehir Eylül 2010, s.110.

⁶⁹ CANİKLİOĞLU, 4857 S.lı İş Kanununa Göre..., s.512.

⁷⁰ OCAK, s.351.

zorundadır. Kısa çalışma talebinin hukuka uygun olduğunu ispat için işverenin, gerekli bilgi ve belgeleri sunması şarttır. Bu kapsamda koronavirüs (Covid 19) salgınının işyerine olan olumsuz etkilerine yönelik siparişlerin ve satışların azaldığına, pasiflerin arttığına, alacakların tahsil edilemediğine, işletmenin zarar ettiğine yönelik belgelerin ve işyeri kayıtlarının ibrazı zorunlu olacaktır. İşveren, talep formuna ekli olan 11 maddelik bir taahhütnameyi de imzalamak zorundadır. Bu taahhütnamede işveren, işyerinde uygulanacak kısa çalışmaya ilişkin uygunluk tespitinin yapılması amacıyla talep edilen bilgi ve belgeleri Kurum yetkililerine teslim edeceğini, kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçilerin çalışma sürelerine ait kayıtları tutacağını ve istenilmesi halinde Kurum yetkilisine ibraz edeceğini, Kurum tarafından yapılacak inceleme esnasında; kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri; Türkiye İş Kurumu'nun web sitesinde yer alan formatta hazırlayarak manyetik ortamda Kurum yetkilisine teslim edeceğini, istenilen bilgi, belge ve kayıtları belirtilen sürede vermediği takdirde idari para cezası uygulanacağını, uygunluk tespiti sonucu işverene bildirilen kısa çalışma oranı üzerinde kısa çalışma ödemesi talep etmeyeceğini, uygunluk tespitine konu olan toplam çalışan sayısının değişmesi (işçi giriş/çıkışı) halinde gerekçesi ile birlikte 10 gün içinde bildireceğini, kısa çalışma inceleme sonucunu işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan edeceğini ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildireceğini, ilan yoluyla işçilere duyuru yapmadığı durumlarda kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapacağını, kısa çalışma ödeneği alanların yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması durumunu veya sağlık raporunun başlama ve bitiş tarihlerini Kuruma bildireceğini, normal faaliyete başlamaya karar vermesi halinde durumu Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildireceğini, işyerinin faaliyet alanının belirlenmesinde Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının esas alınacağını, Kuruma yapacağı eksik ve/veya hatalı bildirimden kaynaklanan fazla ödemeleri yasal faiziyle birlikte ödeyeceğini kabul ve taahhüt etmektedir. Görüldüğü üzere, taahhütname, talep aşamasından, kısa çalışma uygulamasının sona ermesine kadar, işverenin kısa çalışma döneminde mevzuat gereği uymak ve yapmak zorunda oldukları yükümlülükleri içermektedir.⁷¹

İşverenin kısa çalışma talebi, öncelikle Türkiye İş Kurumu tarafından şekil ve sebep yönünden değerlendirilir. İşverenin kısa çalışma talebinin şekil ve sebep yönünden denetimi, talebin yazılı ve yönetmelikte yer alan biçimsel koşulları taşıyıp taşımadığı yönünde yapılır. Kısa çalışma talebinin uygun olup olmadığının sebep yönünden incelenmesi ise, işverenin başvurusuna vesile olan olguyu anlatır. Zira kanuna uygun olarak işverenin kısa çalışma yaptırabilmesi için, bu tür bir uygulama yapmayı mümkün kılan nedenlerin varlığının tespit edilmesi gereklidir.⁷² Krizin varlığına dair bu karar alınmadan ya da koronavirüs (Covid

⁷¹ SEÇKİN, s.109.

⁷² ASTARLI, s.362.

19) salgını ile bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular daha başından Kurum tarafından reddedilecektir. Kısa çalışmanın, koronavirüs (Covid 19) salgını esaslı zorlayıcı sebebe dayandırılması halinde Kurumun, işverenin gösterdiği olgunun zorlayıcı sebebe girdiği hususunda karara varacağı açık ve kesindir. Aksi bir durum Yönetmelik hükümleri ile bağdaşmayacağı gibi, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın salgından dolayı kısa çalışma ödeneğine başvurulması yönlü çağrılarında da uyum sağlamayacaktır.⁷³

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı, “Kısa Çalışma İş Akış Süreci”nde⁷⁴, başvurunun sebep ve şekil yönünden uygun bulunması halinde işleyecek prosedür şöyle açıklanmaktadır: Genel ekonomik, bölgesel ya da sektörel krize dayalı başvurunun inceleme sonrasında şekil yönünden uygun bulunması halinde Kurumca “Kısa Çalışma İnceleme Talebi Değerlendirme Raporu” hazırlanmaktadır. Değerlendirme raporunda krizin varlığına ilişkin kuvvetli bir emare varsa veya işçi ve işveren konfederasyonlarının krizin varlığına ilişkin bir başvurusu varsa rapor Yönetim Kuruluna sunulmaktadır. Yönetim Kurulu kararı ile krizin varlığına ilişkin emarenin olmadığı belirlenmiş ise bu kapsamdaki başvurular reddedilmektedir. Yönetim Kurulu tarafından başvuruların incelenmesi yönünde bir kararın alınması halinde ise ilgili sektördeki işverenlerin (genel ekonomik kriz ise tüm işverenlerin) başvuruları uygunluk tespiti amacıyla incelenmektedir. Zorlayıcı sebeplerle başvuru yapılması halinde ise doğrudan işyerinde uygunluk tespiti yapılmaktadır.

Koronavirüs (Covid 19) salgınının işyerine yönelik etkisinin açık ve kesin bir şekilde tanımlandığı hallerde Kurum, talebi gerekçe bağlamında kabul ederek, sonraki süreçleri incelemeye geçmekle mükellef olacaktır. İşverenin kısa çalışma talebi Kurumca zorlayıcı nedene dayandığı gerekçesiyle kabul edilirse bu kez uygunluk tespiti için Kurum yetkililerine intikal ettirilecektir. Kısa çalışmanın talep edildiği işyerinin, 4447 Sayılı Kanun’a göre hizmet akdine dayalı olarak sigortalı çalışmanın yapıldığı bir işyeri kapsamında olup olmadığı, kısa çalışma yapılmasını gerektiren hallerin gerçekleşip gerçekleşmediği, bu hallerin işyerini ciddi anlamda etkileyip etkilemediği, kısa çalışma yapılacağı bildirilen sürelerin Kanunda belirtilen sürelerle uygun olup olmadığı da ayrıca incelenecek, bu hususlardaki eksiklikler yahut mevzuata aykırılıkların varlığı halinde talep reddedilecektir. Bu yüzden koronavirüs (Covid 19) salgını dahil olmak üzere zorlayıcı bir nedenin varlığı tek başına kısa çalışma talebinin kabulü için yeterli değildir. Tüm bu değerlendirmelerin bitiminde varılan inceleme sonucu, Kurum tarafından işverene bildirilir.

⁷³<https://www.trthaber.com/haber/gundem/kisa-calisma-odeneği-ile-calisanlara-gelir-destegi-471602.html>, Erişim Tarihi, 19.07.2020.

⁷⁴ CİN, Soner Hakkı, “Kısa Çalışma Düzenlemeleri ve Uygulamaları”, **İş Müfettişi Yardımcılığı Etüdü**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, İstanbul 2013, s.19.

Kısa çalışma talebinin uygun bulunmaması halinde ise yasal anlamda bir kısa çalışmadan bahsedilemeyeceğinden işverence kısa çalışma uygulamasına geçilemeyecektir. Talebin kabulü halinde, kısa çalışma talebi uygun görülen işveren inceleme sonucunu varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına ve işyerinde yazılı olarak ilan edilmek suretiyle işçilere bildirmelidir. Kısa çalışma talebi uygun bulunan işveren, Kurumca bildirilen sürede Kurum'un resmi sitesinde yer alan Kısa Çalışma bildirim listesini güncelleyerek gönderir. İlan yoluyla işçilere duyuru yapılamadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapılması, Yönetmelikçe getirilen nispeten yeni bir düzenlemedir.

C-KISA ÇALIŞMA TALEBİNE DAİR KARARLARA YÖNELİK YARGISAL DENETİM

Türkiye İş Kurumu tarafından kısa çalışma talebinin kabulü ve reddine yönelik kararların idari vasıf taşıdığına kuşku yoktur. Bu itibarla söz konusu kararlar idare hukuku boyutunda etki gösteren idari işlem vasfındadır. Bununla birlikte kısa çalışmanın kabulü yahut reddedilmesinin iş hukuku boyutu olduğu da kuşku götürmez. Dolayısıyla Kurum tarafından kısa çalışmaya ilişkin olarak verilen kararların yargısal denetiminde görevli merciiinin neresi olduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Ancak, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Ek ikinci maddesinde Türkiye İş Kurumu kararlarına karşı gidilecek yargı yolu ve yargı mercii belirtilmemiştir. Bununla birlikte Anayasanın 125. maddesi kesin bir biçimde her tür idari işleme karşı yargı yolunun açık olduğunu hüküm altına almıştır. Bu kapsamda kısa çalışma talebine yönelik Kurum tarafından verilen kararların niteliğinin idari işlem vasfında olması karşısında bu kararlara karşı başvuru mercilerinin idare mahkemeleri olduğu görüşü ileri sürülmüştür.⁷⁵

İşveren/işveren vekilleriyle işçiler arasında meydana gelecek iş uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinde çözülmesi gerektiği; iş sözleşmesi veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarının iş mahkemelerinde çözüleceği gerekçeleriyle, mevcut kısa çalışma taleplerine dair kararlarda da başvuru merciiinin iş mahkemeleri olduğu ileri sürülse de⁷⁶ söz konusu uyuşmazlığın işçi-işveren arasında gerçekleşmemesi, Kurumca tesis edilen işlemin idari bir vasıfta olması ve Kurum ile işveren arasında doğan bir anlaşmazlık temelinde bulunması itibariyle bu görüşe katılmıyoruz. Bundan dolayıdır ki mevzuatta görevli yargı yerine ilişkin düzenleme mevcut olmadığından ve iş mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilebilmesi için kanunda açıkça düzenleme olması gerektiğinden, idari nitelik

⁷⁵ ALPAGUT, Gülsevil. "İş Süreleri ve Ücret, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, Ücret ve İşin Düzenlenmesi", **İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul 2006, s.47; AKYİĞİT, s.1960.

⁷⁶ EYRENCİ, Öner," 4857 S.lı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.1, 2004, s.49; GÜNAY, İlhan Cevdet, **İş Kanunu Şerhi**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 3. Baskı, Ankara 2009, s.2042; UĞRAŞ, s.56.

taşıması itibariyle Kurum kararlarına karşı idare mahkemesinin görevli olduğu yönlü görüşe katılmaktayız.

III-KISA ÇALIŞMANIN SONUÇLARI

Kısa çalışma uygulamasının hem taraflar (işçi-işveren) hem de devlet açısından sonuçları vardır ve bunların incelenmesi gerekir. Kısa çalışmanın öncelikle iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren açısından sonuçları olacaksa da sürece devletin de aktif olarak katıldığı ve etkilendiği göz ardı edilemez.

A-KISA ÇALIŞMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ BAĞLAMINDA İŞİN TAMAMEN VEYA KISMEN DURMASI HALLERİ

Kısa çalışma uygulaması sırasında işçinin hiç çalışmaması durumunda taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesi sona ermemekte, kendiliğinden ve kanundan kaynaklanan bir nedenle tarafların iradesine bağlı olmaksızın bir süre askıya alınmaktadır. Dolayısıyla bu halde bile işçilerin sözleşmeleri sona ermemekte, hukuken varlığını sürdürmektedir. Ancak kısa çalışma, iş sözleşmesini ve çalışma koşullarını geçici de olsa doğrudan etkilemekte, değişik hüküm ve sonuçlara yol açmaktadır. Diğer taraftan kısa çalışma, çalışma sürelerinde ve ücrette değişiklik yaratacağından sözleşme şartlarında da geçici de olsa değişikliğe yol açacaktır.

Kısa çalışma uygulamasında işyerindeki normal haftalık çalışma süresi önemli ölçüde azaltıldığı taktirde, işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borcu yapılan iş süresince devam eder, buradaki değişiklik sadece geçici olarak işin yapılış süresindedir, askı hali bulunmamaktadır. Bu hal tarafların borçlarını kısmen etkilemektedir. Çalışma süresinin düşürülmesi halinde işçilerin çalışma borcu devam etmekte, sadece normal süresinde azalma yaşanmaktadır. İşçi iş görme borcundan, işveren de ücret ödeme borcundan kısmen kurtulmakta dolayısıyla borçlar, kısmen devam etmektedir. Çalışma sürelerinde geçici bir süre indirimine gidilmesi durumunda iş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde doğan borçlarının kapsamı değişmekte, işçi daha kısa çalışma süreleri itibariyle iş görme borcunu ifa ederken, işveren de buna karşılık daha az bir ücret ödeyerek temel edim yükümünü yerine getirmektedir.⁷⁷ Kısa çalışmanın, çalışma süresinin azaltılması biçiminde uygulanması durumunda iş sözleşmesinin askı halinden söz etmek mümkün olmayacağından, bu halde tarafların iş sözleşmesinin koşullarında esaslı bir değişikliğe gitme konusunda anlaştıklarını kabul etmek gerekir.⁷⁸ Kaldı ki koronavirüs (Covid 19) salgını gibi zorlayıcı bir nedenden de kaynaklansa, kısa çalışma süresince çalışma devam ettiği için sözleşmenin askıya alınmasının söz konusu olduğunun kabul edilmesi, iş görme edimi açısından ifayı kabul imkansızlığı ya vardır ya da yoktur; kısmi bir imkansızlıktan söz edilemez yönlü

⁷⁷ ASTARLI, s.353.

⁷⁸ AYDIN, s.37.

genel kabul edilen görüşe uygun düşmez.⁷⁹ Kısmen de olsa ifa varsa sözleşmenin askıya alındığı söylenemez.⁸⁰ Sözleşme askıya alınmayıp varlığını sürdürdüğünden tarafların ücret ödeme ve iş görme borçları kapsamı azaltılarak uygulanan sürelerle ilgili olarak devam etmektedir.⁸¹ Kanımızca, kısa çalışmanın, çalışma sürelerinin azaltılarak uygulanması durumunda sözleşmenin esaslı unsurları sadece kapsam açısından bir değişikliğe uğramaktadır. İşçinin çalışma süreleri azalmakta buna paralel olarak işverenin ücret ödeme borcu düşmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin hukuki niteliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmamaktadır.⁸²

Kısa çalışmaya gidilmesi sebebiyle işyerindeki faaliyetin tamamen durması halinde ise, çalışmasına ara verilen işçilerin bu dönemde iş sözleşmeleri askıda kalacak, işçinin iş görme, işverenin de ücret ödeme yükümü söz konusu olmayacaktır.⁸³ Bir başka deyişle taraflar, askı süresince iş görme ve ücret ödeme borcunun ifasından geçici bir süre kurtulmaktadırlar.⁸⁴ Dolayısıyla Kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanılması nedeniyle işveren tarafından işçilere Kanuna uygun olarak kısa çalışma esaslarıncı faaliyetin durdurulması, iş sözleşmelerinin askıya alınması sonucunu doğurmaktadır. Tarafların iş görme ya da ücret ödeme borcu kısa çalışma süresince geçici olarak ortadan kalktığından, bu borçlara aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Bu açıdan kısa çalışma halinde, işverenin iş vermemesi nedeniyle işi kabulde ya da ücret ödenmemesi nedeniyle temerrüde düştüğü de söylenemeyecek⁸⁵, işçiye çalıştırılmayan süreler için ücret ödenmeyecek⁸⁶, işçinin iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyecek, aynı şekilde İş K'nın 62. maddesinde yer alan işçi ücretinden indirim yasaklayan kural da işin doğası gereği uygulanamayacaktır.⁸⁷ Ayrıca bu durumda askıda kalan sözleşmelerden kaynaklanabilecek bir haklı fesih nedeni de bulunmayacaktır.⁸⁸ Bu görüşe göre kısa çalışmanın askı hali oluşturması için işçinin rızasına da gerek bulunmamaktadır. Zira kısa çalışma açısından askı hali, kendiliğinden, kanundan doğmaktadır. Buna karşın kısa çalışma süresince başka bir deyişle askı süresince yan borçlar varlığını sürdürdüğünden örneğin işçinin sadakat ya da rekabet etmeme borcu devam eder. Bu borçlara aykırılık halinde ise bu duruma dayanılarak iş sözleşmesi feshedilebilir.

⁷⁹ BAŞTERZİ, s.67.

⁸⁰ BAŞTERZİ, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Tasarım Basımevi, Ankara 2007, s.138.

⁸¹ OCAK, s.553.

⁸² SEÇKİN, s.130.

⁸³ TULUKÇU, s.26.

⁸⁴ ASTARLI, s.354.

⁸⁵ ENGİN, Murat, "Ücretlerin Düşürülmesi Amacıyla Fasıllı Çalışma Uygulaması ve Değişiklik Sözleşmesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2011, s.891.

⁸⁶ OCAK, s.575.

⁸⁷ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s.1945; OCAK, s.568.

⁸⁸ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, s.1961.

Kısa çalışma uygulaması bitirildiğinde iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla kısa çalışma öncesindeki görünüm ve içerikte işlevine dönecektir. Diğer bir anlatımla kısa çalışmanın herhangi bir nedenle son bulması ile iş sözleşmesi de tüm hak ve borçlarıyla yeniden işlemeye başlayacak, bir başka ifadeyle eski hale: kısa çalışma öncesi döneme dönmüş olacaktır. Ancak bu noktada kısa çalışma uygulaması kapsamında işin tamamen yahut kısmen durduğu işyerlerinde başta kıdem ve ihbar tazminatları olmak üzere işçilik hakları bakımından nasıl bir etkilenme olacağı tartışılabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki kıdem tazminatı gibi niteliği gereği bir ücret eki olan alacak kalemlerine ilişkin olarak, Kanunda ise kısa çalışma sürelerinin dikkate alınacağı yönünde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktadan hareketle kıdem tazminatının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınmaması yönünde bir algı oluşabilir. Ancak kanaatimizce bu algının tam aksine sonuçların ortaya çıktığı sonucuna varılmalıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 55 nci maddesinin (j) bendinde; İşveren tarafından verilen diğer izinler ile Mülga 65 nci maddedeki kısa çalışma süreleri yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış, süreler arasında sayılmıştır. Bu hükümlere yapılan atıfla kısa çalışma sürelerinin kıdem süresine dahil edilmesi gerektiğine kuşumuz olmadığını ifade etmek isteriz. Dolayısıyla, kısa çalışma süreleri de işin ne ölçüde durup durmadığına bakılmaksızın işçinin kıdem süresinin hesaplanmasında dikkate alınmalı ve kıdeme eklenmelidir. Kanaatimizce işçi yararına yorum ilkesi gereğince sözleşmesinin askıda kaldığı süreleri de çalışılmış gibi sayılacağından sonradan bu süreler işçinin kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin hakkının hesaplamasında dikkate alınmalıdır. Bu hallere ilişkin olarak işin tamamen durması ile kısmen durması arasında bir fark gözetilmemesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmekte fayda görmekteyiz.

B-KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Kısa çalışma talebinin kabulünün gerek işçi ve gerek işverenler açısından son derece olumlu sonuçları beraberinde getireceği kuşkusuzdur. Zira, bu şekilde işverenler ücret yükümlülüğünden belirli bir süre için dahi olsa kurtularak ekonomik anlamda yeniden yapılanma imkanına kavuşacaklar; işçiler ise fesih, ücretsiz izin gibi ağır uygulamalardan korunmuş olacaktır.

Normal haftalık çalışma süresi önemli ölçüde azaldığından işçilerin yeni düzene uyum sağlamaları gerekmektedir. Bu dönemde işçinin ücretinde bir azalma meydana gelecektir. Ancak yine de işçiler belirli bir ücret güvencesi elde etmiş olacaklardır. İşçi işyerindeki faaliyetin tamamen/kısmen durdurulması veya haftalık olağan çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması nedenine dayalı olarak işverenden kısa çalışma ödeneği ile normal ücreti arasındaki farkı talep edemeyecektir. Ancak, bu aşamada bütün işçilerin kısa çalışma modelinin getirdiği ödenekten faydalanabileceğini söylemek pek mümkün değildir. İlk olarak ifade etmek gerekir ki 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ve Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik⁸⁹ gereği, Kanun ve

⁸⁹ R.G., T.30.4.2011, S.27920.

Yönetmelikte belirtilen şartlara uygun bir biçimde gerçekleşen bir kısa çalışma durumunda bu uygulamaya tabi işçilere bir devlet kuruluşu olan Türkiye İş Kurumu tarafından “kısa çalışma ödeneği” ödenecektir. Yani işçilerin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için işveren Kanun, Yönetmelik ve Tebliğdeki esaslara uygun kısa çalışma uygulamak zorundadır. Bir başka deyişle koronavirüs (Covid 19) salgınına dayalı olarak zorlayıcı nedenlerle haftalık olağan çalışma süresinin 1/3 oranında azalması veya faaliyetin geçici olarak tamamen/kısmen durdurulması nedeniyle işveren uygunluk tespiti için başvuracak, Kurumun olumlu kararına dayanarak kısa çalışma uygulamasına başlayacaktır.⁹⁰

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 7. Maddesi hükmünce, kısa çalışma ödeneği, çalışanın son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60’ıdır. Kısa çalışma ödeneğinin aylık üst sınırı ise ilgili dönemde yürürlükte olan brüt asgari ücretin %150’idir.⁹¹ İşverenin hatalı bilgi veya belge vermesi durumunda bu sebeple yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.⁹²

Kısa çalışma ödeneği, kısa çalışma süresi ile orantılı olarak çalışılmayan süreler için aylık olarak verilmektedir. Ödenek süresi üç ayı aşmamak koşuluyla kısa çalışma süresi kadardır.⁹³ Bunun dışında kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması, herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması halinde de kısa çalışma ödeneği kesilir. Dolayısıyla yukarıda da ifade ettiğimiz gibi söz konusu sürenin sınırlı ve dahası ödeneğin de kısıtlı olması itibarıyla, Cumhurbaşkanlığı Kararı ile süre ve ödenek miktarlarında artışa gidilmesinin olumlu sonuçlar doğuracağı gözden uzak tutulmamıştır. Nitekim, 2706 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁹⁴ ile koronavirüs (Covid 19) salgını nedeniyle alınan istihdam tedbirlerinin başta geleni olan kısa çalışma ödeneği bir aylığına uzatılmıştır. Buna göre 30 Haziran 2020 tarihinden önce kısa çalışma uygulaması biten işyerleri için 1 Temmuz 2020 tarihinden itibaren; 30 Haziran 2020 tarihinde kısa çalışma uygulaması devam eden işyerleri için kısa çalışmanın bitim tarihinden itibaren bir aylık bir süre uzatımına gidilmiş ve en nihayetinde bu süre 17 Mart 2021 tarihine kadar bir kez daha uzatılmıştır..

⁹⁰ ERTAŞ, Latife Çiğdem, **Kısa Çalışma**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir 2006, s.97.

⁹¹ Kanunda hüküm bulunmamasıyla birlikte Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 7. Maddesi gereğince işçinin kısa çalışma ödeneği nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir veya temlik edilemez. Bu hüküm İş Kanununun 35 inci maddesinde belirtilen ücretin devir ve hacze karşı korunması esasıyla paralellik arz eder. Fakat işçi ücretinin ¼ dâhil olmak üzere devir ve hacze konu olması kabul edilirken kısa çalışmada ödeneğin nafaka borçları hariç olmak üzere devir ve hacze konu olması mümkün değildir. Kanunda bulunmayan bu hüküm kimi tereddütleri giderici isabetli bir çözümdür, tersine yapılacak işlem/sözleşme geçersiz olacaktır. UĞRAŞ, s.63.

⁹² SUBAŞI, s.167.

⁹³ ÇETİNKAYA, s.467-468.

⁹⁴ R.G., T.30.06.2020, S.31171, s.45.

Ancak, kanaatimizce yeni bir süre uzatımına daha gidilmesi ve bu yapılırken başta gelen şikayet konularından biri haline gelen kısa çalışma ödeneğinde artışa gidilmesinin önemli faydalar sağlayacağı kanaatindeyiz.

C-KISA ÇALIŞMADAN YARARLANABİLECEKLERİN KAPSAMI

Kısa çalışma ödeneğinden yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bütün işçiler değil; belirli bazı şartları taşıyanlar faydalanabilecektir. 4447 sayılı Kanunun 50 inci maddesine göre, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak işsizlik ödeneğine alma şartlarına bağlanmış olup, bunun için, son üç yıl içerisinde en az 600 gün sigortalı ve hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün kesintisiz olarak çalışma şartları aranıyordu. Ancak, 4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 23 üncü maddeyle birlikte, söz konusu şartlar kolaylaştırılarak, 600 gün 450 güne, 120 gün de 60 güne indirilmiştir. Bu koşulu taşımayanlar ise, kısa çalışma süresini geçmemek üzere, son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam edecektir. Öte yandan, söz konusu düzenlemenin sadece koronavirüs (Covid 19) gerekçesiyle yapılacak kısa çalışma uygulaması için geçerli olacağını belirtmek gerekir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığınca, gerektiğinde başvuru tarihinin yıl sonuna kadar uzatılabilmesi ve söz konusu günlerde değişiklik yapılabilmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır.

Söz konusu Kanun değişikliğiyle, koronavirüs (Covid 19) gerekçesiyle yapılacak kısa çalışma uygulaması için önemli bir şart daha getirilmiştir. Buna göre; işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde, 4857 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmayacaktır. Aksi halde, işyerindeki kısa çalışma uygulamasına son verilecek ve işverenler kısa çalışma uygulamasından faydalanamayacaktır. Koronavirüs (Covid 19) salgınından kaynaklı olarak üç aylık süre boyunca iş sözleşmelerinin feshinin yasaklanmış olması ile söz konusu düzenlemenin belirli bir uyum içerisinde olduğunu ifade etmekte fayda görüyoruz.

Koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvurularında kısa çalışma ödeneğinden faydalanabilmeleri için çalışanların, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün boyunca hizmet akdine tabi olarak çalışmaya devam etmiş olmaları ve son üç yıl içinde 450 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olmaları gerekmektedir. Daha önce işsizlik ödeneğine hak kazanmış olmakla birlikte bir önceki işyerinden ayrıldıktan sonra geçen sürede işsizlik ödeneği hak sahipliğini yarım bırakarak çalışmaya başlayan ve son işyerindeki sigortalılık süresi 60 günden az olan çalışanlar da kısa çalışma ödeneğinden bir önceki hak sahipliklerinden kalan süre kadar

yararlanabilecektir.⁹⁵ Buna uygun şartları taşıyan işçiler kısa çalışma ödeneğine hak kazanacaklardır.

D-KISA ÇALIŞMADA SİGORTALILIK DURUMU

İşçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁹⁶ gereği ödenecek sigorta primi, İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır (Yön. Md. 7/6). 4447 sayılı Kanun'a göre, sigortalı işsizlere sağlanan haklardan biri de 5510 sayılı Kanun gereği sigorta primlerinin ödenmesidir(4447 Sy. K 5754 Sy. K. değişik Md. 48, f.6/b). 5510 sayılı Kanuna göre ise, kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kimseler genel sağlık sigortalısı sayılır(5510 Sy. K. Md. 60, f.1/g). Bu bağlamda, işçinin işsizlik ödeneği aldığı dönemde İşsizlik Sigortası Fonu'nun işçi için Sosyal Güvenlik Kurumu'na yalnızca Genel Sağlık Sigortası primini aktarması gerekecektir. Nitekim Türkiye İş Kurumu'nun uygulaması da bu yöndedir. Kısa çalışmanın işyerindeki çalışma süresinin azaltılması biçiminde uygulanması halinde işçi önceki döneme göre daha az da olsa işvereninden ücret almaya devam edecek ve bu dönemde aldığı ücretten sosyal sigorta primlerinin tümü kesilecektir. Çalışma süresinin azaltılarak kısa çalışmaya gidilen bu dönemde işçiler sadece genel sağlık sigortalısı değil genel anlamda sigortalı sayıldıklarından bunlar için Fon tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na genel sağlık sigortası primi aktarılmasına gerek olmayacaktır.⁹⁷

E-KISA ÇALIŞMANIN SONA ERMESİ

Kısa çalışma, işverenlerin karşılaştıkları zorlayıcı sebebi ya da kendilerini de etkileyen krizleri atlatarak neticede faaliyetlerine devamı hedefleyen geçici bir önlem niteliği taşır.⁹⁸ Kısa çalışma öncelikle uygunluk tespitinde belirtilen sürenin dolması ile son bulur. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere koronavirüs (Covid 19) salgını gibi etki süresi belirsiz durumlarda Cumhurbaşkanının alacağı bir kararla bu süreyi uzatabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak işverenin bu süreden önce, tek taraflı kararı ile kısa çalışma uygulamasını erken sona erdirmesi de söz konusu olabilir.⁹⁹ Kısa çalışmayı haklı kılan ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenin işyerini ciddi bir şekilde etkilemesi ve sarsması olgusu ortadan kalktığında kısa çalışma meşruiyetini yitirir. Bu açıdan örneğin faaliyetini durduran işverenin üretime yeniden başlaması, yeni işçi istihdam etmesi, fazla mesai yapması hali, kısa çalışma koşullarının ortadan kalktığı bir göstergesi olabilir. Bu durumda azaltılmış sürelerle çalışmanın hukuki gerekçesi mevcut

⁹⁵ DEMİRCİ, Hakkı/ÇELİK Caner, <https://www.ekonomist.com.tr/haberler/iste-10-soruda-kisa-calisma-odeneği-nasil-hesaplanır-kimler-basvurabilir.html>, Erişim Tarihi, 19.07.2020.

⁹⁶ R.G., T.16.06.2006, S.26200.

⁹⁷ AYDIN, s.38.

⁹⁸ AKYİĞİT, Kısa Çalışma, s. 33.

⁹⁹ SEÇKİN, s.120.

olmadığından kısa çalışmaya devam edilemez.¹⁰⁰ İşveren kısa çalışmanın devamı sırasında ya da sonunda işyerini kapatabilir. Bu halde de kısa çalışma, işin doğası gereği sona erer.¹⁰¹

F-KORONAVİRÜS (COVID 19) SÜRECİ DAHİLİNDE KISA ÇALIŞMA UYGULAMASINDAN KAYNAKLI OLUMLU VE OLUMSUZ DURUMLAR

Salgın süreci kapsamında ülkemiz dahilinde uygulamaya sokulan kısa çalışma çok çeşitli sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda önceliği kısa çalışma uygulamasının olumlu etkilerine vermekte sakınca görmediğimizi ifade etmekte fayda görüyoruz. İşverenler, ekonomik kriz yahut zorlayıcı sebepler sonucu istihdam ihtiyaçlarının tamamen veya kısmen ortadan kalktığı dönemlerde, işçilere ücret ödemekten kurtulmayı bir çözüm sistemi olarak görmekte; ancak Covid-19 salgını gibi dünya çapında ekonomik ve küresel krize sebebiyet veren böylesi bir salgında, işçilerin işlerini kaybetmeden belli bir ölçüde gelire sahip kılınması, belirli ücretlerle çalışabilmesi de işçilerin beklentisi olmaktadır. Bu kapsamda özellikle belirtmek isteriz ki kısa çalışma uygulamasının en önemli yararı, işsizliğin önlenmesinde ve işçinin işini korumasında en etkili araçlardan biri olmasında yatmaktadır.¹⁰² Bilindiği üzere koronavirüs (Covid 19) salgını nedeniyle dünya genelinde pek çok işyeri kapanmış, ekonomi küresel olarak yavaşlamış ve haliyle bu durumdan irili ufaklı tüm işyerleri etkilenmiştir. Ancak, ülkemiz özelinde baktığımızda kısa çalışma desteğine geçilmesiyle birlikte, devlet, ekonominin çarklarının dönmesi için daha önce sadece zora giren işletmelere verilen kısa çalışma desteğini, tüm işletmelerin kullanımına açmış ve böylelikle küçülme ve hatta kapanma riski ile ciddi anlamda karşı karşıya kalan pek çok işletmenin süreci atlatmasına önemli ölçüde katkı sağlamıştır. Üstelik kısa çalışma ödeneğine başvuru şartları arasına Sosyal Güvenlik Kurumu prim yahut vergi borcu bulunmama şartı dahil edilmeyerek, Kurum'a prim borcu olan yahut vergi yapılandırmasından yararlanan, haliyle ekonomik olarak zorda bulunan pek çok işletmenin de söz konusu destekten yararlanmasına imkan sağlanmıştır. Bu suretle üretimde azalmaya ve hatta kapanma sürecine giren pek çok işyeri, mali anlamda devlet katkısı sayesinde salgın sürecini ya hiç zarar görmeden yahut minimum maliyetle atlatmayı başarmıştır. Devletin kısa çalışma ödeneği yönlü katkısının sadece işletme bazında sınırlı olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Zira, salgının ekonomide daralmaya yol açmak yönlü olumsuz etkisinin sınırlanması anlamında da kısa çalışma ödeneğinin çok önemli katkılar sağladığı inkar edilemez.

¹⁰⁰ ASTARLI, s.373.

¹⁰¹ AYDIN, s.37.

¹⁰² SUBAŞI, s.165.

Kısa çalışma uygulamasının olumlu etkilerinin yalnızca ulusal ekonomik veriler ve işverenlerin mali yapısının korunması ile sınırlı kabul edilmesi yanıltıcı olacaktır. Özellikle ifade etmek gerekir ki işçiler açısından da kısa çalışma ödeneği önemli bir güvence ve koruma mekanizması olarak kendisini göstermiştir. Bu uygulama ile birlikte çalışanların ücretlerinin belirli bir kısmı devletçe ödenmeye başlanmış ve haliyle devlet, “bu zor dönemi birlikte dayanışma ile atlatacağız ve bu süreçte istihdamı koruyacağız” iradesini ortaya koymuştur. Böylece işçiler, ücretlerinin korunması anlamında güvence altına alınmış ve bu suretle gelir garantisine kavuşmuşlardır. Üstelik kısa çalışma uygulamasının olumlu etkileri yalnızca işçinin gelirin korunması anlamında sınırlı bir katkı sağlamamış, işçinin işinin yani istihdamın güvence altına alınması anlamında da çok önemli bir fayda ortaya koymuştur. Üstelik, mevcut uygulama ile birlikte kısa çalışma ödeneğinden faydalanma şartlarının esnetilmesi diğer bir deyişle kolaylaştırılması, bunun da ötesinde kısa çalışma ödeneğinden faydalanmak isteyen işverenlere işçi çıkarmama şartının konması, işçinin iş güvencesiyle donatılması anlamında çok ciddi bir katkı sağlamıştır.

İş Hukukunun spesifik niteliği gereği bu alandaki her uygulamanın olumlu bazı sonuçlarının yanı sıra sınırlı da olsa olumsuz hallerin de ortaya çıkmasına sebebiyet verebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. Halihazırda, mevcut kısa çalışma uygulamasına yönelik en büyük eleştiri, ödenekten faydalanan işçilere sağlanan gelirin düşüklüğünde odaklanmaktadır. Geçim endeksleri de dikkate alındığında sağlanan kısa çalışma ödeneğinin sınırlı ve düşük kaldığını inkar etmek mümkün değildir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki koronavirüs (Covid 19) salgını kapsamında uygulanan kısa çalışma, olağanüstü boyutlara varmış ve kapsam olarak son derece geniş bir işçi-işveren ağına erişmiştir. Bundan kaynaklı olarak da mali kaynakların yeterliliği esasları da dikkate alındığında işçiye tam veya ücretine yakın bir gelir güvencesi sağlanması imkansız hale gelmiştir. Kaldı ki sosyal güvenlik yardımlarının da devam etmekte olduğu düşünüldüğünde kısa çalışma ödeneğinde artışa gidilmesinin bütçe olanaklarını telafisi imkansız şekilde zorlayacağı kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Koronavirüs (Covid 19) salgınına karşı alınan tedbirler çerçevesinde pek çok işverenin kısa çalışmadan faydalandığı ve esnetilen yararlanma koşulları, hızlandırılan yararlanma süreci ile kısa çalışmanın bu dönemde can simidi rolü üstlendiği inkar edilemez. Ancak bu durum kısa çalışmanın özellikle küçük işyerleri tarafından istismar edildiği, işçilerin tam süreli çalıştırılmasına rağmen kısa çalışma ödeneği almasının sağlandığı ve işverenlerin kısa çalışma ödeneklerini işçilerden talep ettiği pek çok olumsuz durumu da beraberinde getirmiştir. Bunda kısa çalışmadan en fazla sayıda kişinin en hızlı şekilde yararlanabilmesi için uygunluk tespitleri beklenmeksizin kısa çalışma ödenekleri ödenmeye başlanmasının etkili olduğu göz ardı edilemez. Kısa çalışma gibi işçi-işveren-devlet tarafından prim ödenerek oluşturulmuş işsizlik sigortası fonundan finanse edilen bir uygulamanın hukuka aykırı şekilde kullanılmasının her şeyden önce ahlaki bir problem olduğu kuşku götürmez. Ancak, özellikle esnetilen yararlanma koşulları, hızlandırılan sürece rağmen haksız bir şekilde kısa çalışma ödeneği kullanan bazı işverenlerin bu

uygulamayı kötüye kullandığı da açıktır. İşverenlerin bir bölümünün kısa çalışma uygulamasını istismar ederek "devlet para dağıtıyor" anlayışıyla işyerinde kısa çalışma yapılmaya bile kısa çalışmaya başvurduğu ve ücretlerden tasarruf yoluna gittiği görülmeye başlanmıştır. Özellikle küçük işyerlerinde işverenlerin işçilerine kısa çalışma ödeneği ödenmesi için Türkiye İş Kurumu'na başvuru yaptığı fakat işçilerin normal sürelerle çalıştırılmaya devam edildiği yönünde yoğunlaşan şikayetler ve bazı işverenlerin işçilerden kısa çalışma ödeneklerini istediği ve geri vermeyenleri çalıştırmayarak işten çıkarmakla tehdit ettiği yönündeki iddiaların önünün alınması gerektiği aksi halde kısa çalışma ödeneğinin kötüye kullanımı yönlü örneklerin yaygınlaşacağı kuşku götürmez. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bahis konusu olan durumların tespiti halinde işçilere ödenen kısa çalışma ödeneklerinin işverenden faiziyle geri istemesi ve hileli beyan nedeniyle işverene dava açılması söz konusu olacaktır. Bu kapsamda kanaatimizce kısa çalışma ödeneğinin amacına uygun kullanımının sağlanması maksadına yönelik olarak etkin bir denetim sağlanması ve kötüye kullanımlara yönelik şikayetlerin ciddiyetle ele alınarak yaptırım uygulanması son derece önemli bir zorunluluktur.

SONUÇ

21. yüzyıla damgasını vuracağı kanaatinde olduğumuz koronavirüs (Covid 19) salgınının çalışma hayatında da önemli etkiler doğurduğuna kuşku yoktur. Ancak, söz konusu etkiler olumsuz nitelikte olmuş, kimi sektörlerin tamamen durmasına, kimi iş alanlarında ise faaliyetin önemli ölçüde aksamasına sebebiyet vermiştir. Bu durum sadece sağlık sektörü ile de sınırlı değildir. Değişen tüketici davranışları, başta turizm, seyahat ve otomotiv olmak üzere talebin olumsuz etkilenmesi, kısaca çekingen tüketim anlayışı koronavirüs (Covid 19) salgını ile birlikte daha da ivme kazanmıştır.

Meselenin daha ağır ve olumsuz boyutu ise salgının küresel bir boyuta erişmesi sonrasında kendisini göstermiştir. Zira global ekonomi anlayışı içerisinde olumsuz ekonomik etkilerin çok daha hızlı ve geniş kapsamlı sonuçlara sebebiyet verdiği göz ardı edilemez. Nitekim koronavirüs (Covid 19) salgınında da bu durum aynı ölçüde yaşanmıştır. Çin'in tek bir kentinde başlayan salgın çok hızlı bir biçimde 198 ülkeyi etkisi altına almış ve binlerce ölü ve iki milyonu aşan hasta sayısı ile son derece olumsuz bir tablonun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Sorun sadece sağlık boyutu ile sınırlı kalmamış ve ekonomik anlamda da ciddi problemler beraberinde gelmiştir. Alınan pek çok önleme rağmen ekonomiler yavaşlamaya ve bu süreç içerisinde istihdam düşüşleri yaşanmaya başlamıştır. Doğaldır ki işveren üretim faaliyetinde süreklilik, işçi ise istihdam güvencesi arayışı içerisinde hareket eder. Bu noktada devletin katılımı olmaksızın tamamen işçi-işveren arasındaki pazarlık sürecine bırakılmış bir yapının olumlu etkiler sağlamayacağı; özellikle işçiler aleyhine ciddi sorunlara sebebiyet vereceğine kuşku yoktur. Zira, maliyetleri düşürmek isteyen ve salğından dolayı üretimi ya

tamamen durduran veya sınırlandıran işverenin işçi sayı ve ücretindeki her azaltmayı bir çözüm arayışı olarak göreceği açıktır.

Devletin katılımı işçi-işveren beklentileri arasındaki sosyal dengeyi sağlamak açısından büyük önem taşımaktadır. Nitekim, bu sosyal denge arayışı kapsamında tüm sosyal taraflardan fedakârlık beklenmesi doğal olmakla birlikte koruyucu düzenlemelerin de bir bütün olarak değerlendirilmesi ciddi katkılar sağlayacak bir boyutu ifade etmektedir. Bu esas dahilinde işçilere yönelik olarak ücretsiz izin ve kısa çalışma esaslarının getirilmesi elbette ki işçilerin gelir düzeylerinde ciddi kayıplar yaşamalarına sebebiyet vermiştir. Bununla birlikte süreç dahilinde iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinin Kanunlanmış olması ise iş güvencesinin sağlanması itibariyle önemli bir koruma mekanizması olarak kendisini göstermiştir. İşveren açınsındansa salgın hastalığın ekonomideki daralmaya yol açan etkilerinin kar oranlarının düşmesine hatta zarara doğru giden bir mali sürece neden olduğu kuşku götürmez. Ancak bu kapsamda da başta Cumhurbaşkanlığı Kararları olmak üzere çok çeşitli düzenlemelerle ekonomik destek paketlerinin açıklanması ve dahi uygulamaya konması, işçinin korunması esası karşısında işverene yönelik bir mali denge arayışının sonucu olarak görülmelidir. Özellikle ifade etmek isteriz ki işte tüm bu arayışlar ve düzenlemeler karşısında gerek işçi ve gerek işveren açısından başta gelen koruyucu düzenleme kısa çalışma olarak kendisini göstermiştir. İşçi açısından bir gelir güvencesi sağlanması ve feshe karşı koruyucu bir düzenleme olması; işveren bakımındansa devlet desteğini ortaya koyan bir yapı olması itibariyle kısa çalışmanın mevcut salgın hastalığın iş hukuku ve iş hukuku dahilinde çalışma hayatı anlamında son derece ciddi ve olumlu katkılar sağlamış olduğu kesinlikle inkar edilemez. Söz konusu katılım modelinin başında ise hiç kuşkusuz kısa çalışma esası gelmektedir.

Kısa çalışma ile devlet, faaliyetlerin ne ölçüde sınırlandırıldığına bakmaksızın ücretlere yönelik katkı sağlamakta ve böylelikle istihdamı da güvence altına almaktadır. Bu da hiç kuşkusuz her tür Kanunlaşmaya rağmen işçilerin iş güvencelerinin azami düzeyde korunmasına ve dahası ücret anlamında da bir güvenceye kavuşmalarına hizmet etmiştir. Koronavirüs (Covid 19) salgınında da kısa çalışma modelinin uygulanabilir olduğu kuşku götürmez. Bu şekilde de gerek işveren açısından maliyetler anlamında tasarruf ve gerek işçiler açısından ise ücret güvencesi sağlanmış olmaktadır. Netice itibariyle belirtmek gerekirse mevcut salgına karşı kısa çalışma modeli son derece olumlu katkılar sağlaması itibariyle vazgeçilmez derecede önemli bir yapı oluşturmaktadır.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan, Kısa Çalışma, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ağustos – Kasım 2004.

AKYİĞİT, Ercan, Kısa Çalışma, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:19, Ağustos/Kasım.

ALBAYRAK, Candan, “Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**.

ALPAGUT Gülsevil, **İş Süreleri ve Ücret, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, Ücret ve İşin Düzenlenmesi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.

ASTARLI, Muhittin, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.

AYDIN, Ufuk, “Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.4, S.13, s.30.

BAŞTERZİ, Süleyman, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal ve İstihdam Üzerindeki Etkisi”, **AÜHFD**, Y.2005.

BAŞTERZİ, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkinde Etkisi, Tasarım Basımevi**, Ankara 2007.

BÖLÜKBAŞI, Ahmet, “AB’de Bir Kısa Çalışma Değerlendirmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.5, S. 19.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “6111 Sayılı Kanun’la İşsizlik Sigortası Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, **Toprak İşveren Dergisi**, S.89, Y.2011.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **A.Can. Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005.

ÇELİK, Nuri/CANBOLAT, Talat/CANİKLİOĞLU, Nurşen, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

ÇETİNKAYA, Kayalı Tuba, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, Y.2014.

DEMİRCİ, Hakkı/ÇELİK, Caner, <https://www.ekonomist.com.tr/haberler/iste-10-soruda-kisa-calisma-odeneği-nasil-hesaplanır-kimler-basvurabilir.html>

DİRLİK, Serkan, **Kriz Yönetimi Stratejileri ve Kriz Sonrası Yeniden Yapılanma**, Derleyen: Haluk Sümer ve Helmut Pernsteiner, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009.

EKMEKÇİ, Ömer., (2009). “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorular”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.14, Y.2009.

ENGİN, Murat, “Ücretlerin Düşürülmesi Amacıyla Fasıllı Çalışma Uygulaması ve Değişiklik Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2011.

ERKUL, İhsan, **İşverenin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndan Doğan Hakları, Yükümleri ve Sorumlulukları**, Ayrıntı Basımevi, Eskişehir 2010.

ERTAŞ, Latife Çiğdem, “Kısa Çalışma”, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir 2006.

EYRENCİ, Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.1, Y.2004.

GÖKSU TURGUT, (2011). Kriz Yönetimi, <http://turgutgoksu.com/FileUpload/ks7441/File/krizyonetimitg21sbt2011.pdf>

GÖREN, Seza, “Ordumuzda Sağlık Problemi İle İlgili İşler”, **Askeri Veteriner Dergisi**, Y.1949.

GÜNAY, İlhan Cevdet, **İş Kanunu Şerhi**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 3. Baskı, Ankara 2009.

KURT, Engin, “Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi**, 2010/18.

KUTAL, Gülten, “Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışma ve Geleceği”, Hukuki Esasları ve Sosyo Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991.

KUTAL, Metin, “İstihdam Politikasının Bir Aracı: Kısa Süreli Çalıştırma”, **MESS Mercek Dergisi**, S.6, Y.1997.

KUZGUN, Kayhan İnci, “Türkiye’de Kısa Çalışma”, **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 23, S.2, Ankara 2005.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2014.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2005.

OCAK, Saim, “Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.

ÖNÜR MEN, Özge, “Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması”, **Çocuk Enfeksiyon Dergisi**, S.4, İstanbul 2018.

ÖZKARACA, Ercüment, **İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları**, İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2011.

ÖZKAYA, Hilal, “Cumhuriyet Döneminde Bulaşıcı Hastalıklarla Mücadele”, **Türkiye Aile Hekimliği Dergisi**, C.20, S.2, Nisan-Haziran 2016.

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Beta Basım Yayın, 25. Bası, İstanbul 2014.

SEÇKİN, Muhammet İhsan, “Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.

SİNAN, Özdemir Cumhur, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **Yaklaşım Dergisi**, Y.13, S.145, Ocak 2005.

CİN, Soner Hakkı, **Kısa Çalışma Düzenlemeleri ve Uygulamaları**, İş Müfettişi Yardımcılığı Etüdü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, İstanbul 2013.

SUBAŞI, İbrahim, “Küresel Covid 2019 Salgını’nın Türk Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.9, İstanbul 2020.

TINAR, Yaşar Mustafa, “Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Öğretiminde Yeniden Yapılanma Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan**, TÜHİS, Yayın No: 38, Ankara 2000.

TULUKCU, Binnur, “Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S.91, Mart 2014.

UĞRAŞ, Boray, “İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Ocak, Cilt 5, S.1, Y. 2014.

YUVALI, Ertuğrul, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Kamu-İş İş Hukuku Dergisi**, C.12, S.3, Y.2012.

DISPUTE PREVENTION AND RESOLUTION IN ONLINE SHOPPING

Öğr. Gör. Dr. Serkan KAYA¹

Abstract

In the digital age, with development of e-commerce, consumer spending has dominated the Gross Domestic Product (GDP). The continuously increasing consumer spending has raised the probability of consumer disputes. The traditional litigation used for resolving consumer disputes is often inconvenient, impractical, time-consuming and complex. This paper aims at examining dispute prevention alongside resolutions in online shopping. The article also discusses dispute prevention options that aim at ensuring the overall success of online Business to Consumer (B2C) transactions.

Keywords: Dispute Prevention, Online Consumer, Online Dispute Resoluion, Online Shopping

ONLINE ALIŞVERİŞTE ÇIKABİLECEK ANLAŞMAZLIKLARIN ÖNLENMESİ VE ÇÖZÜMÜ

Öz

Dijital çağda, elektronik ticaretin gelişmesiyle birlikte, tüketici harcamaları Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYH) içindeki en yüksek paya sahip olmaya başladı. Sürekli artan tüketici harcamaları, tüketici anlaşmazlıklarının ortaya çıkma olasılığını da artırmıştır. Tüketici uyuşmazlıklarını çözmek için kullanılan geleneksel yollar genellikle etkisiz, zaman alıcı ve karmaşıktır. Bu makale, çevrimiçi alışverişteki uyuşmazlıkların çözümü yanı sıra çevrimiçi tüketici işlemlerinin genel başarısını sağlamayı amaçlayan anlaşmazlık önleme seçeneklerini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmazlıkların Önlenmesi, Çevrimiçi Alışveriş, Çevrimiçi Tüketici, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü

1. Introduction:

Electronic commerce (e-commerce) is one of the most growing markets in the world. It offers users a vast choice of good and services without limitations of time and geography. Every day, millions of e-commerce transactions are completed in

¹ Lecturer (Dr.), Istanbul Medeniyet University, Law Faculty, Turkey, ORCID ID: 0000-0003-2507-3372, serkan.kaya@medeniyet.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22.01.2021

Bu makaleye atf için; KAYA, Serkan, "Dispute Prevention And Resolution In Online Shopping", **İMİHFD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 161-176.

the world. In 2020, over 2 billion people bought goods or services online.² In the digital age, with development of e-commerce, consumer spending dominates the Gross Domestic Product (GDP). In the European Union (EU), consumer expenditure accounts for 52.6 % of the total GDP³, while in the United State of America (USA) consumer spending is approximately 70 %⁴ and almost 58% in Turkey⁵.

According to the Turkey Statistical Institute data, in Turkey the internet penetration rate is slightly less than 80% (about 67 million users out of 83 million) and households with access to the Internet is over 90% in 2020.⁶ A recent survey carried out by the Turkish Statistical Institute shows that the percentage of shopping online was slightly less than 40% in Turkey in 2020.⁷ Nevertheless, more than one out of five consumers faced problems when purchasing good and services over the internet in the last 12 months in 2020.⁸ This figure shows that the spread of the internet and the expansion of its use has brought with it many legal problems and regulation requirements, especially in the field of consumer protection.

In Turkey, courts are still considered as the main dispute resolution forum for civil disputes. Evidence of this is the exorbitant number of pending cases (approximately 3.8 million cases), which take an unreasonable time (for commercial disputes is around 547 days, for labour disputes is 555 days) to reach a final judgement.⁹ Regarding consumer disputes, the average duration of a case

² 'Number of Digital Buyers Worldwide from 2014 to 2021' (Statista 2020) <https://www.statista.com/statistics/251666/number-of-digital-buyers-worldwide/> , Access Date: 5.1.2020.

³ Statistics Explained, (Eurostat 2020) 'Household consumption by purpose' https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Household_consumption_by_purpose , Access Date: 25.12.2020.

⁴ Bureau of Economic Analysis (U.S. Department of Commerce 2020), <https://www.bea.gov/news/2020/personal-consumption-expenditures-state-2019> , Access Date: 25.12.2020.

⁵ Turkish Statistical Institute 'Household Consumption Expenditures', <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Quarterly-Gross-Domestic-Product-Quarter-IV:-October-December,-2019-33603> , Access Date: 25.12.2020.

⁶ Turkish Statistical Institute 'Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals' (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 , Access Date: 8.1.2021.

⁷ Turkish Statistical Institute 'Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals' (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 , Access Date: 8.1.2021.

⁸ Turkish Statistical Institute 'Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals' (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 , Access Date: 8.1.2021.

⁹ Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-ISA.pdf> , Access Date: 25.12.2020.

in a consumer court is 425 days.¹⁰ According to the recent report published by the Directorate General of Consumer Protection and Market Surveillance, 547,207 complaints submitted to the Consumer Arbitration Boards in 2019 (See Table 1).¹¹ In 2019, 55.219 consumer complaints were also submitted to the Directorate General of Consumer Protection and Market Surveillance.¹² Moreover, the Ministry of Trade received 371.601 calls via dialling 175 concerning consumer complaints in 2019.¹³

Areas of Complaints	Number
Consumer loan contracts	56.254
Defective goods	202.335
Defective services	123.903
Subscription agreement	36.296
Housing finance agreement	4.899
Distance contracts on financial Services	4.734
Warranty certificate	8.627
Distance contracts	17.702
After sales services	4.635
Out of office contracts	4.272
Insurance contracts	3.667

¹⁰ Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-İSA.pdf> , Access Date: 25.12.2020.

¹¹ Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2019) <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> , Access Date: 25.12.2020.

¹² Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2019) <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> , Access Date: 25.12.2020.

¹³ Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2019) <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> , Access Date: 25.12.2020.

Timeshare vacation and Long-Term Vacation Service Agreements	1.007
Hire purchase agreements	1.029
Packet tour contracts	1.002
Prepaid house sales contracts	51
Price tag	200
Introductory and user guide	12
Promotional Implementations in Periodical Broadcasting Organizations	7
Others	76.603
Total	547.235

Table 1: Consumer Complaints going to Consumer Arbitration Board in 2019¹⁴

Types of Problems	Total
Technical failure of website during ordering or payment	20.1
Difficulties in finding information concerning guarantees or other legal rights	13.6
Speed of delivery longer than indicated	46.5
Total cost higher than indicated (unexpected delivery cost or transaction fee)	9.8
Wrong or damaged goods or services delivered	49.1
Problems with fraud faced (misuse credit card or undelivered)	15.0

¹⁴ See Consumer Complaints going to Consumer Arbitration Board in 2019 <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> , Access Date: 25.12.2020.

Complaints and redress were difficult or no satisfactory response after complaint	19.5
Cross border retailer did not sell the country	7.3
Other	1.8

According to the Turkish Statistical Institute, the three most common problems which consumers in Turkey faced are ‘wrong or damaged goods or services delivered’, ‘speed of delivery longer than indicated’ and ‘technical failure of website during ordering or payment’ (See Table 2).¹⁵

Table 2: Individuals who encountered problems when buying or ordering goods or services over the Internet in the last 12 months and type of problems in 2017¹⁶

To date, many procedural reforms have been adopted and the consumer redress system and other legislative instruments have obtained positive results. However, there are still challenges ahead. In order to provide adequate legal protection for consumers in the modern digitalised world, it is not only necessary to make the traditional litigation system more effective, but also to establish and develop an extra-judicial system through which consumers can resolve disputes at an initial stage. This article critically examines the role of dispute avoidance methods to prevent consumer disputes or resolve disputes through the use of Information and Communication Technology (ICT).

2. Dispute Avoidance Methods

Dispute avoidance refers to the use of ICT to prevent the existence of disputes between parties and the resolution of disputes at an initial stage without requiring from the disputants to be entirely involved in the dispute resolution process.¹⁷ Dispute resolution involves the use of ICT in the settlement of disputes. This paper concentrates on some methods to escape from disputing as they make contribution to a preferable recognition of the potential of ICT for settling disputes. The mechanisms can assist parties to mitigate the need for external resolution bodies, saving time and money for the parties. There are several types of dispute avoidance methods, and those are addressed to below.

¹⁵ Turkish Statistical Institute ‘Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals’ (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 , Access Date: 8.1.2021.

¹⁶ Turkish Statistical Institute ‘Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals’ (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 ,Access Date: 8.1.2021.

¹⁷ CORTES, Pablo, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, 1st Edition, Routledge, 2011, p. 68.

2.1. Interior Complaint-handling Services

These might also be named internal dispute settlements, in-house customer satisfaction systems, call centres or consumer complaint services. Empirical research shows that interior complaint-handling services are the most common and favoured way to prevent the emergence of B2C disputes.¹⁸ The OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) has issued the 'Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce' in 2016, where it was emphasised the necessity to utilise these internal complaint-handling mechanisms efficiently due to the fact that it is a practical procedure for granting consumers and businesses with fast and low-priced solutions.¹⁹ It is also stated that these mechanisms should be used at an early stage without any cost.²⁰ In this sense, it has been recommended that businesses should establish and develop their customer complaint-handling mechanisms before applying to external Online Dispute Resolution (ODR) -which is a combination of alternative dispute resolution (ADR) with ICT²¹- bodies.²² It is suggested that merchants should provide internal procedures to handle consumer problems.²³ Recently, Article 63 of China E-commerce Law 2019 states that 'e-commerce platform business operators may establish online dispute resolution mechanisms, formulate and display dispute resolution rules, and settle disputes fairly and justly according to the principle of voluntariness.'²⁴

Similar to the requirements of the Australia Corporation Act 2001,²⁵ the Turkish E-commerce Law numbered 6563 and Consumer Protection Law numbered 6502 can make it obligatory for online businesses to establish their internal complaint-handling services. Since 2014, service providers in telecommunication sector have been obliged to have their online consumer complaints systems by the Electronic Communication Law. This provision can be expanded in E-commerce Law and Consumer Protection Law and apply to all online traders. It is worth noting here that, when applying this provision, some significant principles should be set out

¹⁸ European Commission, 'An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings' (17 January 2007), Health and Consumer Protection Directorate-General Directorate B Consumer Affairs Study Centre for Consumer Law, Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 9.

¹⁹ OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce (March 2016).

²⁰ OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce (March 2016) 16.

²¹ For more details about ODR see: KAYA, Serkan, **Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution** 1st Edition, Oniki levha, 2020.

²² OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce (March 2016) 17.

²³ COTEANU, Cristina, **Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices**, 1st Edition, Routledge, 2017.

²⁴ China E-commerce Law 2019, Article 63.

²⁵ Australia Corporation Act 2001, Section 119.

according to which the systems should be visible and freely accessible, easy to use with fairness and consistency.²⁶

2.2. Escrows and Online Payment Providers

Another conflict avoidance mechanism is the escrow service, which is an alternative e-payment system that requires an independent trusted third-party, keeping funds on behalf of the buyer and the seller to ensure that these funds are issued only when determined states are convinced.²⁷ After the agreement to the terms of the transaction, when the buyer collects and validates the goods or services, the money is transferred to the seller's account. In other words, the seller is not paid until the buyer receives the items and take them in his/her possession. This system assists in building and strengthening fraud protection. Online payment systems, such as PayPal, Shopify, WorldPay, Amazon Pay and Alipay, increase the confidence of the consumers to complete their transactions online. Recently, AliExpress has launched Alipay, which has more than a billion users. Thanks to Alipay, it has been provided that consumers are protected against unauthorised transactions, loss from non-delivery or misrepresentation.²⁸ Alipay Member Protection guarantees that the buyers will receive their items on time and as described. In the event that the buyer or the seller is not satisfied from the transaction, parties will try to negotiate. If they cannot reach an agreement on a satisfactory result, the buyer may submit a claim within 15 days after his order. After the submission of the claim, the parties have 30 days to negotiate. Within these 30 days the buyer may either ask Alibaba.com to resolve the dispute or may continue to negotiate with the seller. When the seller replies, the buyer should respond within 7 days, otherwise the case will be closed. If the parties cannot reach an agreement or do not ask alibaba.com to be involved in the dispute, Alibaba will act as an online arbitrator after the case escalates.²⁹

Similar to eBay, Amazon and Alibaba, Turkish online companies should offer consumers a secure online or mobile payment system to feel confidence when doing their shopping online. Currently some companies have already started to use secure online payment systems in Turkey. For example, 'Gittigidiyor' has started to offer a secure payment system called Sifir Risk (Meaning zero risk) to consumers that money will be transferred to the sellers' account after the buyers

²⁶ These principles are also stated by International Chamber of Commerce, see ICC, 'Putting it Right: Best Practices for Customer Redress in Online Business' (November 2003).

²⁷ CORTES, *p.* 68; European Commission, 'An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings' (17 January 2007), Health and Consumer Protection Directorate-General Directorate B Consumer Affairs Study Centre for Consumer Law, Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 53-68.

²⁸ 'Alipay' (Intl.alipay.com, 2020) <https://intl.alipay.com/ihome/user/protect/memberProtect.htm> , Access Date: 25.12.2020.

²⁹ 'Alipay' (Intl.alipay.com, 2020) <https://intl.alipay.com/ihome/user/protect/memberProtect.htm> , Access Date: 25.12.2020.

receive the items.³⁰ It is worth noting that this system is not used much, but its use should be extended and be encouraged.

2.3. Online Shopping Assistants

Another way to avoid disputes is online shopping assistants, which provide information to the consumers about the seller before making a purchase on the internet. Thanks to the online shopping assistants, consumers may check whether a website is secure, or an online trader is reliable or not. Recently the European Consumer Centre has set up a software tool, which is called 'Howard', which researches websites on behalf of the consumers and helps them decide whether to purchase goods or services from it or not.³¹ If a consumer types the name of a website, Howard will study when the website was created and how long it has been running for. Howard also helps consumers avoid fraudulent websites, find trusted e-shops, know their rights when buying on the Internet and see the feedback or the comment from other consumers. Howard is of great help, especially if the site is new, offers low prices or asks for prepayment.

There is no known software tool similar to Howard in Turkey yet. However, there is a private company called Sikayetvar that helps consumers when seeking solutions to their complaints in relation to the companies they shop from. Sikayetvar informs website users about companies before shopping, provides data about the companies and assists in finding satisfactory solutions to complaints so that companies maintain or regain their customers and protect their brand reputation.

It is worth noting here that the establishment of a software tool similar to Howard by the Directorate General of Consumer Protection and Market Surveillance will provide significant benefits for the consumers to avoid fraudulent websites in Turkey.

2.4. Reputation and Feedback Systems in Online Shopping

Dissimilar to physical sales in stores, where consumers can touch, feel and taste the goods or services they purchase, this close touch is absent in e-commerce, and the buyers may not be able to verify the seller's identity. For an online business to grow, hence, it is essential that buyers and sellers of online transactions feel at ease and trust each other, and for that they require having protections that mitigate the obstacles created by asymmetric information. Reputation and feedback systems are one of the more practical ways of increasing the buyers and sellers' confidence by providing them previous users' recommendations, information and experience. It is commonly accepted that eBay's success is not only due to the

³⁰ 'Sıfır Risk Sistemi ile Dokunarak Alışveriş Gittigidiyor'da' (*Gittigidiyor.com*, 2020) <https://www.gittigidiyor.com/sifir-risk-sistemi/>, Access Date: 25.12.2020.

³¹ This tool was created by Denmark in 2007, then it has become accessible in most EU Member States.

integrity and transparency of its auction system, but also the use of a reputation and feedback system which is a distinguished figure employed first by eBay that was later reproduced and adopted in another format by most online traders. After the completion of purchases on eBay, buyers have 60 days to give either a positive, negative, or neutral feedback for the seller of goods or services. If buyers on eBay want to find out the history of the seller's transactions, they can see the feedback score of the seller in the feedback profile page. The buyers can learn how many positive/neutral/negative feedbacks the seller has got in the last month, six months or a year.³²

On other e-commerce companies, feedback is usually formulated through a star rate system (usually between 1 and 5), and the buyers can click on the rate to learn more about the seller and what the most recent ones are, what is the breakdown of feedback, and whether there are any noteworthy complaints. It is critical to highlight here that reviews or feedback may be about the goods or services rather than the seller, such as the product reviews on Amazon.

A recent survey entitled 'Local Consumer Review Survey 2017' showed that 85% of the consumers trust online reviews as much as personal recommendations before purchasing items.³³ It was also indicated that 93% of the consumers look at the reviews to determine if a business is reliable or not and 68% of the consumers read four or more reviews before deciding upon the trustworthiness of a business.³⁴ Similarly, an empirical research conducted by Nosko and Tadelis showed that buyers, who have a better experience on eBay, continue to purchase items on eBay again.³⁵

It may be possible for retailers to obtain unfairly a reputation that they do not have merit in some cases where this practice happened on eBay.³⁶ Similarly Xu et al. demonstrate the growth of a centralised market for fake reputations for retailers on the Alibaba Platform in China.³⁷ Recently, the Taiwan Fair Trade Commission started an investigation in 2013 into allegations that Samsung paid students to

³² While the feedback score is computed by applying all past activities, the per cent positive only seems back at the last one year of a transaction for a seller and except repeat feedback from the same buyer for completed transactions within the same calendar week.

³³ 'Local Consumer Review Survey 2017' (BrightLocal, 2020) <https://www.brightlocal.com/learn/local-consumer-review-survey/#q1>, Access Date: 25.12.2020.

³⁴ 'Local Consumer Review Survey 2017' (BrightLocal, 2020) <https://www.brightlocal.com/learn/local-consumer-review-survey/#q1>, Access Date: 25.12.2020.

³⁵ NOSKO, Chris and TADELIS, Steven, 'The Limits of Reputation in Platform Markets: An Empirical Analysis and Field Experiment' [2015] The National Bureau of Economic Research Working Paper, 2.

³⁶ BROWN Jennifer and MORGAN, John, "Reputation in Online Auctions: The Market for Trust" *California Management Review*, Vol.49, Issue 1, 2006, p. 61.

³⁷ XU, Haitao et al, 'E-commerce reputation manipulation: The emergence of reputation-escalation-as-a-service' (2015), Proceedings of 24th World Wide Web Conference <https://www.eecis.udel.edu/~hnw/paper/www15.pdf>, Access Date: 25.12.2020.

leave negative feedbacks and poor start reviews about HTC phones.³⁸ Samsung was also purportedly paid the students to leave positive feedback and five starts reviews about Samsung phones. After investigation, Samsung was fined \$340,000 for fake reviews and feedbacks.³⁹ Similarly, in 2014, the Italian Competition Authority fined TripAdvisor half a million Euros for fake reviews.⁴⁰ Hence, designers of the platform must be mindful of such practices and take necessary precautions to disclose and punish this kind of activities.

With regards to Turkey, it can be said that some large online companies, such as Hepsiburada, Trendyol, Gittigidiyor, N11 and Amazon, have a review or feedback system, however small and medium-sized companies have not launched such a system for their customers or such system is not used effectively. Gittigidiyor has established a Seller Development and Badge System, which involves the classification of sellers on the basis of an evaluation and rating of the quality of the products and services offered to the buyers.⁴¹ A seller, who has been a member of GittiGidiyor for at least 30 days and has made at least 20 sales transactions in the last 3 months, can benefit from this system. In this system, the products, service quality and sales performance offered by the sellers are evaluated and scored. Sellers are classified as sub-standard, standard, successful and very successful according to their conduct.⁴² At the end of each month, the performance level of all sellers and the successful or unsuccessful elements are indicated by the Seller Service Scorecard.⁴³ In this way, by giving feedback to sellers, they aim to increase their product and service quality to reach the desired result. Sellers, who are successful in service and sales performance, are rewarded with successful and very successful badges which are displayed on their profile page, product pages, search result pages, and next to their products. The advantage of having these budgets is that successful and very successful sellers' products are brought to the

³⁸ 'Samsung Must Pay \$340,000 After Paying People to Write Bad Reviews' (*Mail Online*, 2013) <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2476630/Samsung-ordered-pay-340-000-paid-people-write-negative-online-reviews-HTC-phones.html> , Access Date: 25.12.2020.

³⁹ Samsung Must Pay \$340,000 After Paying People to Write Bad Reviews' (*Mail Online*, 2013) <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2476630/Samsung-ordered-pay-340-000-paid-people-write-negative-online-reviews-HTC-phones.html> , Access Date: 25.12.2020.

⁴⁰ STONE, Jone, 'Tripadvisor Fined Half A Million Euros for Fake Reviews' *Independent*' (2014) <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/tripadvisor-fined-half-a-million-euros-for-fake-reviews-9942151.html> , Access Date: 25.12.2020.

⁴¹ Satici Gelisimi ve Rozet Sistemi (Gittigidiyor.com, 2020) <https://www.gittigidiyor.com/satici-bilgi-merkezi/basarili-saticinin-rehberi/satici-gelisimi-ve-rozet-sistemi.html> , Access Date: 25.12.2020.

⁴² Criteria for success are calculated according to the seller's last 3 months performance based on the following criteria: percentage of products shipped in the last three months, percentage of completed sales with no problems, such as refund or return, and percentage of recommendations by other buyers.

⁴³ Satici Gelisimi ve Rozet Sistemi (Gittigidiyor.com, 2020) <https://www.gittigidiyor.com/satici-bilgi-merkezi/basarili-saticinin-rehberi/satici-gelisimi-ve-rozet-sistemi.html> , Access Date: 25.12.2020.

fore and buyers are more likely to make purchases from those sellers with high service quality.

As mentioned above, review and feedback systems are not provided and used effectively in Turkey. Turkish consumers usually submit their feedback, reviews or complaints about the seller or products to consumer complaint websites, such as Sikayetvar⁴⁴, not to sites from which they purchase the products from. Reviews and feedbacks on consumer complaint websites play a major role in whether or not consumers purchase these goods or not. Hence, in order to not only increase consumer confidence but also to have a better reputation, online shopping platforms should establish and develop feedback and rating systems for consumers in Turkey for building trust between sellers and buyers.

2.5. The Establishment of Notice and Action (or Takedown) Procedures

Another measure for reducing or preventing consumer disputes is to encourage online intermediaries to implement notice and takedown (NTD) procedures in response to the notification of illegal content. It is possible that incorporating ODR mechanisms into the NTD system and merging the NTD system with the data breach notification mechanism will most likely increase fairness and efficiency of consumer protection online.⁴⁵ The NTD procedures commence when a user reports a hosting service⁴⁶ about illegal content on the internet and end when an online intermediary takes action by blocking or deleting the alleged illegal content.⁴⁷ The NTD procedures are considered to be necessary measures in the aggression against the sale of counterfeit goods via the internet.⁴⁸ It is also usually applied to battle against other Intellectual Property rights' infringement, defamatory content, terrorism-related content, illegal gambling, child abuse content, misleading advertisements etc.⁴⁹

Online intermediaries may get 'actual knowledge' of illegal activity or information upon the receiving a notification of illegal content. A notification of

⁴⁴ Şikayet Var (2020) <https://www.sikayetvar.com/hakkimizda> , Access Date: 25.12.2020.

⁴⁵ WANG, Faye, *Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China*, 2nd Edition, Routledge, 2014, p. 423.

⁴⁶ 'Hosting service providers can be identified as one type of online intermediary. Defining the hosting service provider can be questioning as it is a relative term. For instance, the social network provider can be considered as hosting service provider if it owns and runs its server consisting of 'the storage of information provided.' See EC Directive on Electronic Commerce 2000, Article 14.

⁴⁷ European Commission, 'Commission Staff Working Document Impact Assessment: Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Preventing the Dissemination of Terrorist Content Online' COM (2018) 640 final.

⁴⁸ European Commission, 'Commission Staff Working Document Overview of The Functioning of The Memorandum of Understanding on The Sale of Counterfeit Goods Via the Internet Accompanying Document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: A Balanced IP Enforcement System Responding to Today's Societal Challenges' COM (2017) 707 final.

⁴⁹ European Commission, 'A Clean and Open Internet: Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries', 4 June 2012.

illegal content is usually expected to be in a designated form to make the online service providers aware of the alleged illegal content.⁵⁰ The Court of Justice of the EU in the case of *L'Oréal and Others v. eBay* stated that if notifications of allegedly illegal activities or information turn out to be inadequately precise or insufficiently substantiated, the online service providers may not be able to recognise the illegality and take action expeditiously to remove or disable access.⁵¹ In the US, in the case of *Hendrickson v. eBay Inc.*, it was ruled that it was inadequate to provide eBay with the movie's title without naming the eBay item number listings.⁵² In other words, information concerning the claimed illegal content should be adequately precise and sufficiently substantiated for online service providers to obtain 'actual knowledge' and 'awareness' of illegal activities.

In practice, some online service providers have put their own technical systems into action for the NTD process. For instance, it may be remarked that eBay has improved its NTD system, named 'VeRO Programme' (Verified Rights Owner) which is a self-regulated, filter program designed to provide IP owners with support in removing or blocking infringing listings from the online marketplace.⁵³ The complainant fills out a Notice of Claimed Infringement (NOCI) form identifying the allegedly infringing listings and infringed works, signs and emails it to eBay.⁵⁴ Amazon also created its NTD procedures to handle rights infringements.⁵⁵ Unlike eBay, Amazon has up separate forms for different rights infringement, such as 'notice and procedure for notifying Amazon of defamatory content' and 'notice and procedure for making claims of right infringements'.⁵⁶

In the EU, the EC Directive on Electronic Commerce stated that once the notified illegal content and its nature of infringement have been confirmed, the online service provider is required to act 'expeditiously'⁵⁷ to unload or disable access to

⁵⁰ WANG, p.429.

⁵¹ Case C-324/09, *L'Oréal and Others v. eBay*, [2011], para. 122.

⁵² *Hendrickson v. eBay Inc.*, [2001], 165 F Supp 2d 1082.

⁵³ 'Vero Programme: Notice of Infringement' (*eBay*, 2020) <https://pages.ebay.co.uk/vero/notice.html>, Access Date: 25.12.2020.

⁵⁴ 'Vero Programme: Notice of Infringement' (*eBay*, 2020) <https://pages.ebay.co.uk/vero/notice.html>, Access Date: 25.12.2020.

⁵⁵ 'Report Infringement' (Amazon, 2020) <https://www.amazon.co.uk/report/infringement>, Access Date: 25.12.2020.

⁵⁶ 'Report Infringement' (Amazon, 2020) <https://www.amazon.co.uk/report/infringement>, Access Date: 25.12.2020.

⁵⁷ There is no clear definition of 'expeditiously' or of the specific actions required so as to 'remove or disable access'. In practice, as the consultation indicated, some service providers may send the notice party a confirmation of receipt when they receive a notice and inform the notice party when the requested action has been taken. This measure bears some similarity to that of the 'without undue delay' principle for data breach notification discussed earlier. For example, it was proposed that the controller shall inform the data subject without delay and, at the latest within one month of receipt of the request, whether or not any action has been taken. See European Commission, 'A Clean and Open Internet p.13; European Commission, Proposal for A Regulation of The European Parliament

information.⁵⁸ In the US, the responsible online intermediates are also expected to reply ‘expeditiously’ to a notification.⁵⁹

Similar to the EU and the US, the Turkish Electronic Commerce Law should regulate ‘notice and takedown’ procedures on the Internet and encourage the online provider services to voluntarily create self-regulated NTD procedures to fight against counterfeit products and misleading advertisements.

3. Conclusion

The paper suggested various mechanisms, such as interior complaint-handling services, escrows and online payment providers, online shopping assistants, reputation and feedback systems and the establishment of notice and action procedures, which aim to minimise disputes arising from online consumer transactions. In preventing disputes, ODR can be used by online traders to prevent complaints to escalate to disputes. Preventing dispute involves consumer empowerment, which involves informing consumers about their rights, duties and how to prevent disputes in the course of consumer protection. If disputes are not prevented and not resolved through online negotiation between the parties without any third party’s participation in the process at an early stage, ODR systems should be offered as an ultimate solution to resolve disputes before escalating to consumer arbitration board or consumer court.

and of The Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), SEC (2012) 73 final; WANG, p, 433.

⁵⁸ EC Directive on Electronic Commerce, Article 14(1).

⁵⁹ Copyright Act Title 17 USC (1976): §512(b)(2)(E) and §512(c)(1)(c).

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

BIBLIOGRAPHY

- 'Alipay' (Intl.alipay.com, 2020)
<https://intl.alipay.com/ihome/user/protect/memberProtect.htm> Access Date: 25.12.2020.
- Bureau of Economic Analysis (U.S. Department of Commerce 2020),
<https://www.bea.gov/news/2020/personal-consumption-expenditures-state-2019>
Access Date: 25.12.2020.
- BROWN Jennifer and MORGAN, John, "Reputation in Online Auctions: The Market for Trust" **California Management Review**, Vol.49, Issue 1, 2006, p. 61.
- Case C-324/09, *L'Oréal and Others v. eBay*, [2011], para. 122.
- Consumer Complaints going to Consumer Arbitration Board in 2019
<https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> Access Date: 25.12.2020.
- CORTES, Pablo, **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**, 1st Edition, Routledge, 2011
- COTEANU, Cristina, **Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices**, 1st Edition, Routledge, 2017.
- European Commission, 'A Clean and Open Internet: Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries', 4 June 2012.
- European Commission, 'An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings' (17 January 2007), Health and Consumer Protection Directorate-General Directorate B Consumer Affairs Study Centre for Consumer Law, Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, Belgium.
- European Commission, 'Commission Staff Working Document Impact Assessment: Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Preventing the Dissemination of Terrorist Content Online' COM (2018) 640 final.
- European Commission, 'Commission Staff Working Document Overview of The Functioning of The Memorandum Of Understanding On The Sale Of Counterfeit Goods Via The Internet Accompanying Document to the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: A Balanced IP Enforcement System Responding To Today's Societal Challenges' COM (2017) 707 final.
- European Commission, 'Proposal for A Regulation Of The European Parliament And Of The Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), SEC(2012) 73 final.
- Hendrickson v. eBay Inc.*, [2001], 165 F Supp 2d 1082.
- KAYA, Serkan, **Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution** 1st Edition, Oniki levha, 2020.
- 'Local Consumer Review Survey 2017' (BrightLocal, 2020)
<https://www.brightlocal.com/learn/local-consumer-review-survey/#q1> Access Date: 25.12.2020.

'Number of Digital Buyers Worldwide from 2014 to 2021' (Statista 2020) <https://www.statista.com/statistics/251666/number-of-digital-buyers-worldwide/> Access Date: 5.1.2021.

OECD Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce (March 2016).

'Report Infringement' (Amazon, 2020) <https://www.amazon.co.uk/report/infringement> Access Date: 25.12.2020.

Republic of Turkey Ministry of Justice Statistics (2019) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-ISA.pdf> Access Date: 25.12.2020.

Republic of Turkey Ministry of Trade Statistics (2019) <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> Access Date: 25.12.2020.

'Samsung Must Pay \$340,000 After Paying People to Write Bad Reviews' (*Mail Online*, 2013) <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2476630/Samsung-ordered-pay-340-000-paid-people-write-negative-online-reviews-HTC-phones.html> Access Date: 25.12.2020.

Satici Gelisimi ve Rozet Sistemi (Gittigidiyor.com, 2020) <https://www.gittigidiyor.com/satici-bilgi-merkezi/basarili-saticinin-rehberi/satici-gelisimi-ve-rozet-sistemi.html> Access Date: 25.12.2020.

'Sıfır Risk Sistemi ile Dokunarak Alışveriş Gittigidiyor'da' (*Gittigidiyor.com*, 2020) <https://www.gittigidiyor.com/sifir-risk-sistemi/> Access Date: 25.12.2020.

Statistics Explained, (Eurostat 2020) 'Household consumption by purpose' https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Household_consumption_on_by_purpose Access Date: 25.12.2020.

STONE J, 'Tripadvisor Fined Half A Million Euros For Fake Reviews' (*Independent*) (2014) <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/tripadvisor-fined-half-a-million-euros-for-fake-reviews-9942151.html> Access Date: 25.12.2020.

Şikayet Var (2020) <https://www.sikayetvar.com/hakkimizda> Access Date: 25.12.2020.

Turkish Statistical Institute (2019) 'Household Consumption Expenditures', <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Quarterly-Gross-Domestic-Product-Quarter-IV:-October-December,-2019-33603> Access Date: 25.12.2020.

Turkish Statistical Institute 'Information and Communication Technology (ICT) Usage in Households and by Individuals' (2020) https://tuikweb.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1028 Access Date: 8.12021.

'Vero Programme: Notice of Infringement' (*eBay*, 2020) <https://pages.ebay.co.uk/vero/notice.html> Access Date: 25.12.2020.

WANG, Faye, *Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China*, 2nd Edition, Routledge, 2014, p. 423.

XU, Haitao et al, 'E-commerce reputation manipulation: The emergence of reputation-escalation-as-a-service' (2015), Proceedings of 24th World Wide Web Conference <https://www.eecis.udel.edu/~hnx/paper/www15.pdf> Access Date: 25.12.2020.

TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR VE KABAHATLER İLE BUNLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN CEZAI YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ- I

Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN¹

Öz

Türk Ticaret Kanunu'nda hukuki sorumluluk yanında, cezai sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. Hukuki sorumluluğun temel yaptırımı esas itibariyle bir tazminatın ödenmesi iken, cezai sorumluluk hallerinin gerçekleşmesi durumunda hapis cezası ve adli para cezası, kabahatler için ise idari para cezası yaptırımları öngörülmüştür. İdari para cezası ve adli para cezası ayırımı aslında suç ve kabahat ayırımı ile doğrudan ilişkilidir. Kamu otoritesi, ihlal edilen hukuki değerlerin ağırlığına göre idari yaptırım olarak idari para cezası, ceza yaptırımı olarak da adli para cezasını devreye sokmaktadır. Adli para cezası bir ceza yargılaması gerektirir. Süresi içinde ödenmediği takdirde hapis cezasına çevrilmektedir. Bunlardan hangisinin tercih edileceği daha çok ülkelerin ceza politikası ile ilgilidir. Ticaret Kanunu'nda düzenlenen suçlar ve kabahatler incelendiğinde, kanun koyucunun iki önemli amacı olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birisi, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkelerinin sağlanması, diğeri ise şirket sermayesinin korunması ilkesinin sağlanmasıdır. Bu makalede, Türk Ticaret Kanununda suç ve kabahat olarak düzenlenmiş olan fiil ve işlemler ele alınarak, bunlar için öngörülmüş olan cezai ve idari yaptırımların hukuki niteliklerine göre tasnifi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticari suçlar ve cezalar, adli para cezası, idari para cezası, ticaret şirketlerinin cezai sorumluluğu, Ticaret Kanunu'nda cezai sorumluluk.

THE LEGAL CHARACTERISTICS OF THE CRIMES AND MISDEMEANOURS AND PENAL SANCTIONS ENVISAGED FOR THEM IN THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Abstract

In addition to legal liability, criminal liability cases are also regulated in the Turkish Commercial Code. While the basic sanction of legal liability is essentially the payment of a compensation, in the case of criminal liability cases,

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3704-7887, emrullah.kervankiran@medeniyet.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01.03.2021

Bu makaleye atıf için; KERVANKIRAN, Emrullah, “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- I”, **İMİHFD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 177-201.

imprisonment and judicial fines are imposed as well as administrative fines. The distinction between administrative fines and judicial fines is actually directly related to the distinction between crime and misdemeanor. The public authority imposes administrative fines as administrative sanctions and judicial fines as penal sanctions, depending on the severity of the violated legal value. A judicial fine requires a criminal proceeding. If not paid within the time limit, it is converted to a prison sentence. Which of these will be preferred is more related to the penal policy of the countries. When the crimes and misdemeanors regulated in the Commercial Code are examined, it is understood that the legislator has two important purposes. It appears that one of them is the provision of public disclosure and transparency principles, and the other is the principle of capital maintenance. In this article, the acts and transactions that the subject has regulated as a crime in the Turkish Commercial Code will be discussed and the criminal sanctions foreseen for them will be classified according to their legal characteristics.

Keywords: Commercial crimes and penalties, judicial fines, administrative fines, criminal liability of commercial companies, criminal liability in the Commercial Code.

I. GİRİŞ

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda gerek gerçek ve tüzel kişi tacirlere gerekse ticaret şirketi yöneticilerine uygulanmak üzere farklı hukuki niteliklere sahip çeşitli cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bunların kaynağını, kanun koyucunun ihlal edilen menfaatin ağırlığına göre düzenlemiş olduğu suçlar ile kabahatler teşkil etmektedir². Bunun sonucu olarak, TTK' da belirtilen sorumluluk halleri gerçekleştiğinde, duruma göre, hapis cezası yanında adli para cezası veya idari para cezası uygulanması söz konusu olabilecektir.

Ticari alanda uygulanan söz konusu cezai yaptırımlar nedeniyle günümüzde artık ticari ceza hukukunun varlığından bahsedilmektedir³. Ticaretin, ekonomik hayatın temelini oluşturduğu göz önüne alındığında, iktisadi düzenin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için devletin, ticari olma özelliği taşıyan bütün usul ve yöntemlerin uygulanışını denetleyerek güvence sağlaması tabii karşılanmaktadır⁴.

Diğer taraftan, ticari faaliyetlerin ekonomiyi doğrudan ilgilendirmesi bakımından, ekonomik suçların büyük bir kısmını ticari suçların oluşturduğu belirtilmekte,

²DOĞAN, Koray, "Tüzel kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, s. 1, 2015, (Basım yılı Şubat 2016).

³KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, 2018 Ankara, s. 66.

⁴KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 66.

bundan dolayı da ticari suçların ekonomi ceza hukukunun önemli bir kısmını oluşturduğu kabul edilmektedir⁵.

Seri halde devam ettirilmesi düşünülen konu ile ilgili bu ilk çalışmamızda, öncelikle genel olarak 6102 Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmüş olan suçlar ve kabahatler ele alınarak, bunlar için öngörülmüş olan yaptırımların hukuki niteliği belirlenecek, daha sonra TTK'da düzenlenmiş olan cezai hükümlerin genel karakteristiği ve kanun koyucunun norm koyma tekniği konularına değinilecektir. TTK 'da düzenlenmiş olan suçlar ve kabahatler ile bunlar için öngörülmüş olan yaptırımların teker teker incelenmesine ise bu çalışmanın devamı niteliğinde olacak bir başka makalede yer verilecektir.

II. TİCARİ SUÇ KAVRAMI

Bugün mal ve hizmetlerin üretimi, dağıtımı, tüketimi ve ticaretini kapsayan faaliyetler ekonomi biliminin konusunu oluşturmaktadır. Ticaret ise, daha dar kapsamlı olup ekonomik faaliyetlerden, kazanç elde edilmesi amacıyla, üreticinin mallarının tüketim alanına aktarılmasını ifade etmektedir. Ancak hukuk bilimi açısından ticaret, yalnızca üretici ile tüketici arasındaki değişim faaliyetleriyle sınırlı olarak görülmemekte, mal ve hizmet üretimi ve tüketimine yönelik faaliyetler yanında, iletişim, bilişim ve e- ticaret faaliyetlerini de kapsamaktadır⁶. Bu açıklamalardan, ekonomik faaliyetlerin toplumsal yaşamın temelini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu anlayıştan hareketle, toplumun menfaatleri doğrultusunda ekonomik düzenin sağlanması ve korunabilmesi amacıyla hukuk kuralları oluşturulmuştur. Bütün dünyada olduğu gibi, ülkemizde de ekonomik düzen devlet koruması altında olup, bu yetkinin anayasal temelleri bulunmaktadır. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı, 48/1. maddesinde çalışma hakkı güvence altına alınmakta, 48/2. maddesinde ise, devletin, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile Anayasa, ekonomik düzenin toplumun menfaatlerine uygun yürümesini ve sağlıklı bir şekilde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınmasını devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Böylece, kişilerin anayasada koruma altına alınmış hak ve özgürlükleri arasında ekonomik haklar da dâhil edilmiştir. Bu nedenle günümüzde anayasal iktisat kavramından bahsedilmektedir⁷.

Yukarıda sözü edilen anayasal düzenlemeler ülkemizdeki ekonomik düzenin hukuksal altyapısını oluşturmaktadır. Dolayısı ile anayasal hükümler, ekonomik düzenin oluşturulması, korunması ve amacına uygun olarak yürütülebilmesi için gerekli olan hukuk normlarının kaynağını teşkil etmektedir. Bu bakımdan,

⁵MAHMUTOĞLU, Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2011, s. 28 vd.; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 66.

⁶ Gerekçe, TTK m. 11; BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, 2018 İstanbul.

⁷ AKTAN, Coşkun Can, **Anayasal İktisat**, 2002, s. 18; PERÇİN Önder, "Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması", **AÜHFD**, C.59, S.2, 2010, s. 285 vd.

genelde ekonomik suçların, özelde ise Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen ceza normlarının ekonomik hayatla ilişkili olduğu, bu bağlamda ekonomik suçların ihdasına ve ekonomi ceza hukukunun kişilerin ekonomik düzen içinde ortaya çıkan menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği söylenebilir⁸.

Ekonomik suçların kesin bir tanımı yapılamamakla birlikte, bir görüşe göre ekonomik suçlar, ekonomik düzenin kurumlarını zedeleyen veya zarara uğratma tehlikesi yaratan davranışlar olarak nitelendirilmektedir⁹. Doktrinde bir diğer görüş ise ekonomik suçları, mesleki ve teknik yeteneklere sahip failer tarafından işlenen, şiddet içermeyen, ekonomik kazanç amacı güden ve genel olarak iktisadi menfaatleri ihlal eden suçlar şeklinde tanımlamaktadır¹⁰. Bu tür fiil ve işlemleri ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutan hukuk dalı da ekonomi ceza hukuku olarak adlandırılmaktadır¹¹. Ekonomi Ceza Hukuku'nun ekonomi hukuku kurallarına aykırı hareketlerden doğan suçları ve bu suçlara ilişkin cezaları incelediği kabul edilmektedir¹². Ekonomik suçlar bakımından Türk hukukunda bir kavram birliği bulunmamakta, “mali suçlar”, “ekonomik suçlar” ve “ticari suçlar” aynı anlamda kullanılmaktadır¹³.

Ticari faaliyetler, ekonomik hayatın önemli bir kısmını oluşturduğu için, ekonomik suçların önemli bir kısmını ticari suçlar teşkil etmektedir. Diğer taraftan, her ne kadar ticari suçlar ekonomik suçlar içerisinde değerlendirilmekte ise de, her ekonomik suç ticari suç niteliğine sahip değildir. Ekonomi ceza hukuku, tüm ekonomik hayatı kapsayan ceza normları içermesine karşın, ticari ceza hukuku sadece ticari faaliyetlerin işleyişine zarar veren fiil ve işlemleri kapsamaktadır¹⁴. Bu bakımdan doktrinde, dar anlamda ekonomik suçların, ticari suçlardan oluştuğu ve bunların bir ticari veya sınai faaliyetin icrası esnasında işlenen suçlar olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁵. Ticari suçlar, Ticaret Kanunu'nda öngörülmüş olan ticari faaliyetlere ilişkin davranış normlarının ihlalinden oluşmaktadır ve genel olarak şirket yöneticileri, çalışanları, denetçileri ve ticari hayata katılan diğer şahıslar tarafından işlenebilirler¹⁶.

⁸ AYHAN AYGÖRMEZ, Gülsün, “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 14, 2010, s. 71;

⁹ AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, “Ekonomik Suçlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, Haziran 2020, s. 122.

¹⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 61.

¹¹ MAHMUTOĞLU, s. 37 vd.; CİN ŞENSOY, “Şehnaz, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, **Çetin Özek Armağanı**, İstanbul 2004, s. 829.

¹² AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 119; DURSUN, Selman, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2006, s. 44.

¹³ ÖZBEK, Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku, Birinci Kitap- Genel Hükümler**, Ankara 2020, s. 30 vd.

¹⁴ İTİŞGEN, Rezzan, “Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Kötüleme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 121, Eylül 2016, s. 25; MAHMUTOĞLU, s. 37.

¹⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 66; AYHAN AYGÖRMEZ, s. 69.

¹⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 67.

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN CEZAI HÜKÜMLERİN GENEL KARAKTERİSTİĞİ

Ceza hukukunun en önemli ilkelerinden birisi, anayasal dayanağı da bulunan¹⁷, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesidir. Bu ilke kısaca, daha önceden düzenlenmiş bir ceza normu olmadan kimsenin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir (TCK m. 2/1). Kanunilik ilkesi, TTK 'da düzenlenen suç ve cezalar içinde geçerli olup, açıkça ticari hükümler bulunmadıkça, ticari örf ve adet ile teamüller yoluyla ticari suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna mukabil, çağdaş ve özgürlükçü ceza hukukunun diğer bir temel ilkesi ise cezai yaptırımların son seçenek ya da son çare olarak kabul edilmesi gerektiği hususudur. Buna göre, eğer cezai müeyyide ile korunmak istenen menfaatler, cezai yaptırımlar dışında kalan, idari, hukuki ve mesleki tedbirlerle korunamıyorsa, cezai yaptırımlara başvurmanın zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Başka bir ifadeyle, cezai hükümlere, orantılı olması şartıyla ve cezai yaptırımlar dışında kalan müeyyidelerin etkili olmadığı hallerde başvurulabilecektir. Bu bağlamda örneğin 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce ticaret unvanının işletmenin görülebilecek bir yerine asılmaması suç olarak kabul edilerek cezai yaptırıma bağlanmıştı. Yapılan eleştiriler karşısında bu düzenlemenin orantılı olmadığı anlaşıldığından, 6335 sayılı Kanun ile suç olmaktan çıkarılarak idari para cezası getirilmiştir¹⁹.

Ceza hukukunda, ekonomik suçları düzenleyen kanun hükümlerinin kendine has özellikler taşıdığı belirtilmektedir. Bu şekilde değerlendirilmesinin en önemli nedeni, ekonomik suçların genellikle eksik ceza normlarından oluşması ile açıklanmaktadır²⁰. Bu doğrultuda, ekonomik suçların en önemli özelliği, atıf normlarıyla meydana getirilmiş, yorum gerektiren belirsiz genel normlardan oluşmalarıdır²¹. TTK 'da düzenlenen cezai yaptırım öngören hükümlerin bir kısmı da ekonomik suçların sözü edilen özelliklerini taşımaktadır. Yani ekonomik suçlar kategorisinde yer alan bazı TTK ceza hükümleri de eksik ceza normu niteliğine sahiptir. Eksik ceza normlarında, kural ve müeyyide farklı kanun hükümlerinde düzenlenmekte, böylece ceza normu çeşitli hükümlere dağılmış bulunmaktadır²². TTK 'da ki ceza normu koyan hükümler, iki farklı tekniğe göre hazırlanmıştır²³. Örneğin TTK m. 562/4'de suç tanımı ve bunun için öngörülen cezai müeyyide aynı madde içinde belirlenmiştir. Buna karşılık TTK m. 562/7'de ise suç teşkil

¹⁷ Anayasanın 38. Maddesine göre, "kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez".

¹⁸KATOĞLU, TUĞRUL, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre, Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu", **BADİTER**, C. XXIX, S. 1, 2013, s. 10-11.

¹⁹ KATOĞLU, s. 11.

²⁰ KATOĞLU, s. 11.

²¹ AYHAN AYGÖRMEZ, s. 75; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 71.

²² TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2012, s. 33 vd., KATOĞLU, s. 12.

²³ KATOĞLU, s. 11.

eden davranış belirlenmiş, cezai müeyyidesi için TCK m. 239 hükmüne atıf yapılmıştır. Bu yönüyle TTK m. 562/7 eksik ceza normu niteliği taşımaktadır.

IV. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN CEZAI SORUMLULUK HALLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen cezai sorumluluk halleri incelendiğinde, kanun koyucunun dört ana başlık altında cezai sorumluluk hali düzenlemiş olduğu görülmektedir. Bunlar sırasıyla, ticaret unvanına ilişkin cezai sorumluluk halleri, haksız rekabete ilişkin cezai sorumluluk halleri, ticaret şirketlerine ilişkin cezai sorumluluk halleri ve deniz ticaretine ilişkin cezai sorumluluk halleridir. Bunlardan deniz ticaretine ilişkin olanlar bir tarafa bırakılacak olursa, TTK 'da düzenlenen suçların esas itibariyle ticari işletme ve ticaret şirketleriyle ilgili oldukları anlaşılmaktadır.

İlk cezai yaptırım öngören hüküm, Türk Ticaret Kanunu'nun “Ticari İşletme” başlıklı birinci kitabının üçüncü kısmında düzenlenen ticaret unvanına ilişkindir. TTK m. 51/3'e göre, 46. maddeye aykırı bir şekilde ticaret unvanına ekler yapanlar veya 49. maddeye aykırı olarak ticaret unvanını devredenlerle devralan ve kullananlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Ceza yaptırımını öngören ikinci hüküm ise TTK birinci kitabının dördüncü kısmında yer alan haksız rekabete ilişkin suçları içermektedir. Bunlar Ticaret Kanunu'ndaki ceza normlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Haksız rekabete ilişkin hükümler TTK m. 54 ila 62 arasında düzenlenmiştir. “Cezayı gerektiren fiiller” başlıklı TTK'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki açıkça haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler ile aynı fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerindeki haksız rekabet oluşturan davranışlarda bulunanlar, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısı ile iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu kısımdaki cezai hükümlerinin amacı TTK m. 54/1 hükmünde ifade edildiği gibi, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

Türk Ticaret Kanununda cezai yaptırım içeren hükümlerin diğer önemli bir kısmı ise “Suçlar ve cezalar” başlığını taşıyan 562. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm, Kanun'un “Ticaret Şirketleri” başlıklı ikinci Kitabının, anonim şirketlerin düzenlendiği dördüncü kısmında ilgili maddelere atıflar yoluyla düzenlenmiştir. Ancak cezai yaptırım öngörülen fiillerin bir kısmı, beşinci bölümdeki sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri ve altıncı bölümde düzenlenen limited şirketleri de ilgilendirdiği için, 562. maddenin kanun yapma tekniği açısından limited şirketlerden sonra düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi²⁴. Yine aynı şekilde web sayfası yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TTK m. 1524. maddede

²⁴DOĞRUSÖZ, Bumin, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İhdas Ettiği Suçlar, Cezaları ve Olası Sorunlar”, *Yaklaşım Dergisi*, Aralık 2011, Sayı 228, s. 252.

düzenlenmişken, buna ilişkin cezai yaptırımlara TTK m. 562. maddesinde yer verilmiştir.

TTK m. 562. maddede düzenlenen cezai müeyyidelerin amacının genel olarak, Kanunun temel felsefesini oluşturan şeffaflığın sağlanması ve kamunun aydınlatılması, şirket malvarlığının korunması, sermaye şirketlerinde kurumsallaşmayı sağlama, şirketler topluluğu düzeninin kurulması ile Kanunun öngörmüş olduğu yeni düzenin uygulanması, korunması ve kötüye kullanımının engellenmesine yönelik olduğu söylenebilir.

Ticaret Kanunu'nda cezai sorumluluk öngörülen son hükümler ise deniz ticaretine ilişkindir. TTK m. 947 ila 950. maddelerinde düzenlenmiş olan kanuna aykırı bayrak çekme fiilleri ile 1366 ve 1367. maddelerde el konulan geminin muhafazasıyla ilgili düzenlenen hükümlere aykırılık cezai yaptırıma bağlanmıştır.

V. TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENEN ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLAYICI CEZALARIN NİTELİĞİ

Kabahatlerin ceza kanunundan çıkarılmasıyla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da suç karşılığı uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir²⁵. Suç karşılığında uygulanabilecek yaptırım olarak cezalar ise TCK m. 45'e göre sadece, hapis ve adli para cezasıdır. Hapis cezaları süreli ve kısa süreli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, hükmedilen ceza bir yıl veya daha az süreli ise, kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilmektedir (TCK m. 49/2). Kısa süreli hapis cezalarında hükümlü koşullu salıvermeden yararlanabileceği gibi, TCK m. kısa süreli hapis cezaları, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, TCK m. 50/1 (a- f) bentleri arasında düzenlenen seçenek yaptırımlara çevrilebilir²⁶.

Kanunda ceza olarak sadece hapis cezası öngörülebileceği gibi, hapis cezasının yanında seçenek olarak adli para cezası veya bu cezaların her ikisi birlikte de öngörülebilir. Seçimlik olarak adli para cezasının öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (TCK m. 61/9). Diğer taraftan, hapis ve adli para cezasının seçimlik olarak düzenlenmiş olduğu hallerde, adli para cezası yerine kısa süreli hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza TCK m. 50/2 hükmüne göre artık adli para cezasına çevrilemeyecektir.

Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hapis cezaları bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olursa, bunların esas itibarıyla süreli hapis cezası ve hapis veya adli para cezası öngörülen suçlar olarak ayrıldığı görülecektir. Hapis cezalarının büyük bir kısmı

²⁵ ÇOLAK, Halil/ALTUN, Uğurtan, "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri", **TBB Dergisi**, S. 67, 2006, s. 166.

²⁶ ÇOLAK/ALTUN, Seçenekli Yaptırımlar, s. 174; EŞİTLİ, Ezgi Aygün, "Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 65, S. 1, s. 79.

ise seçimlik olarak adli para cezasına çevrilebilmektedir. Örneğin TTK'deki haksız rekabet suçları için seçimlik olarak iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu'nda hapis cezası öngören suçlar incelendiğinde, bunların bir kısmının seçimlik olarak adli para cezası içermeyen, sadece hapis cezası öngörülmüş suçlar, bir kısmının ise, hapis cezası ile beraber adli para cezası içeren suçlar ve nihayet bir kısmının da hapis cezası veya adli para cezası öngören suçlar olduğu anlaşılmaktadır. TTK 'da seçimlik olarak adli para cezası öngörülmemiş olan suçların ortak özelliği, kanunda düzenlenmiş olan diğer suçlara nazaran hapis cezası miktarlarının biraz daha yüksek olmasıdır²⁷. Burada sözü edilen suçlara ana hatlarıyla aşağıda kısaca değinilmektedir.

Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da içeren suçlar şunlardır:

- TTK m. 562/7'nin atfıyla TCK m. 239 hükmünde düzenlenen bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve 5000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılan sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçu;
- TTK m. 1366 ve 1367/1'de öngörülen üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılan üzerinde ihtiyati haciz olan gemilerin el konulma ve muhafaza tedbirlerinin ihlali suçu;

Türk Ticaret Kanunun 'da sadece hapis cezası öngörülen suçlar ise şunlardır:

- TTK m. 562/8 hükmünün atfıyla şirketlerin kuruluşu, yapısal değişikliği ve sermayesine ilişkin belgeleri sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere gerçeğe aykırı olarak kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.
- TTK m. 562/11. fıkra atfıyla altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılan Kanuna aykırı olarak halktan para toplama suçu,

Seçimlik olarak hapis veya adli para cezası öngörülen suçlar:

- TTK m. 51 hükmünün atfıyla üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan ticaret unvanına kanuna aykırı olarak ek yapma ve ticaret unvanını kanuna aykırı olarak devretme ve devralma suçları;
- TTK m. 62'nin atıf hükmüyle şikâyet üzerine iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülen haksız rekabet suçları;
- TTK m. 562/9. Fıkra atıf hükmüyle üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sermaye taahhüt edilmediği halde taahhüt edilmiş gibi

²⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 157.

gösterme ve ödeme yetersizliğinin bilindiği halde buna onay verme suçu ile deniz ticaretine ait olmak üzere;

- TTK m. 947’de düzenlenen altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan Kanuna aykırı şekilde bayrak çekme suçu; konusu TTK m. 948/1’de belirtilen dört aya kadar hapis cezası veya iki yüz güne kadar adli para cezası; konusu TTK m. 948/2 hükmünde düzenlenen iki aya kadar hapis veya yüz güne kadar adli para cezası; konusu TTK m. 949’da düzenlenen suç için öngörülen üç aya kadar hapis ve veya adli para cezası ile konusu TTK m. 950’de düzenlenen suç için üç aya kadar hapis veya adli para cezası.

Yukarıda yer verildiği üzere, TTK’da düzenlenmiş olan süreli hapis cezalarının en yüksek sınırının üç yıl olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, TTK ‘da sözü edilen suçları işleyenler hakkında iki yıl ve daha az hapis cezası verilmesi halinde, ertelemeye ilişkin hükümler uygulanabilecektir²⁸. Bu kapsamda, TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesi yoluna gidilebileceği gibi²⁹, CMK m. 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilebilecektir.

VI. TÜRK TİCARET KANUNU’NDA DÜZENLENEN ADLİ PARA CEZALARI

1. Genel Olarak Adli Para Cezası ve Uygulanması

Ceza normu koyan kanunlarda, hürriyeti bağlayıcı cezalar yanında bir yaptırım türü olarak para cezalarına da yer verilmiştir³⁰. Para cezası esasında mali bir yaptırım olup, işlenen bir suç karşılığında, yargı kararıyla failin ekonomik durumu ile orantılı olarak belirlenen bir paranın, hükümlüden alınarak devlete ödenmesini ifade etmektedir³¹. Para cezaları, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hürriyeti bağlayıcı cezalardan farklı olarak kişinin malına yönelik bir yaptırım türüdür. Devlet mali açıdan bir zarar görmese dahi suçtan zarar gören sıfatıyla para cezası verebilmekte ve ödenmediği takdirde bunu hapis cezasına çevirebilmektedir. Burada önemli olan devletin bir gelir elde etmesi değil, suçlunun malvarlığında bir azalmanın sağlanmasıdır³². Böylece para cezası karşılığında devlet, cezaevine girmenin yaratacağı olumsuz etkileri önlemenin yanı sıra failin sosyal durumu ile ekonomik faaliyetlerinin bozulmasını da engellemiş olmaktadır³³. Diğer taraftan para cezası, ceza hukukunda geçerli olan eşitlik ve cezanın bireyselliği ilkelerine aykırı

²⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 156.

²⁹ Ertelenmeye ilişkin olarak bkz. ÜNLÜ, Abdurrahman, “Hapis Cezasının Ertelenmesi”, *Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 2, 2018, s. 4 vd.

³⁰ Adli para cezaları temelde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olmakla birlikte, örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda da adli para cezasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgiler ve doktrin görüşleri için bkz. ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, *TBB Dergisi*, S. 69, 2007, s. 241 vd.

³² ÇOLAK/ALTUN, Para Cezası, s. 245.

³³ EŞİTLİ, s. 81.

olduğu, cezasının etkisinin az ve infazının güç olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir³⁴.

Adli para cezası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 52/1 hükmüne göre, adli para cezası, en az beş gün ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde en fazla yedi yüz otuz gün olabilir. Adli para cezasının hesaplanması, belirlenen tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen para miktarının çarpılması şeklinde yapılmaktadır.

TCK m. 52/2. fıkrasında ise, adli para cezasının, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, adli para cezasının ödenmesinde hâkim, kişinin ekonomik ve şahsi durumunu dikkate alarak kolaylık tanıyabilir. Hâkim bu gibi hallerde kişiye, bir yılı aşmamak üzere süre verebileceği gibi, bu cezanın iki yılı geçmeyecek şekilde belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde, geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına çevrileceği konu ile ilgili verilecek kararda açıkça belirtilmesi gerekmektedir (TCK m. 52/4).

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrasına göre, ödenmeyen adli para cezası hapis cezasına çevrilir. Ancak adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemeyeceği gibi, birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez. (CGTİHK m. 106/7). Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır CGTİHK m. 106/9).

Yukarda belirtildiği gibi Kanun, bir gün karşılığı olarak adli para cezasının miktarını en az yirmi, en fazla da yüz Türk Lirası olarak belirlemiş ve bu miktarın kişinin ekonomik ve diğer şahsi durumu dikkate alınarak takdir edileceğini düzenlemiştir. Buna göre örneğin, TTK m. 562/6 hükmüne göre, ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiç kayıt içermemesi yahut bu Kanuna uygun saklanmaması hallerinde, sorumlulara 300x20= 6000 TL'den 730x100= 73.000 TL'ye kadar adli para cezası verilebilme ihtimali mevcuttur.

2. Kısa Süreli Hapis Cezalarının Adli Para Cezasına Çevrilmesi

Adli para cezaları TCK m. 50/1 hükmüne göre, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırım türleri arasında da sayılmaktadır³⁵. Türk Ceza Kanunu'nun 49. Maddesinin 2. Fıkrasında, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının kısa süreli hapis cezası olduğu belirtilmiştir. Kısa süreli hapis cezası,

³⁴DEMİRBAŞ, T., **İnfaz Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2013, s.90 vd.; ÇETİN, S. H., **Türk Ceza Kanunu' da Adli Para Cezası**, Ankara 2012, s. 47 vd.; EŞİTLİ, s. 81.

³⁵ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. ÇOLAK,/ALTUN, **Seçenekli Yaptırımlar**, s.163 vd. ; EŞİTLİ, s. 63 vd.

suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, adli para cezasına çevrilebilir (TCK m. 50/1 (a)).

Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilecektir (TCK m. 50/3).

Diğer taraftan, hükmün kesinleşmesinden sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir (TCK m. 50/6).

3. Türk Ticaret Kanunu'nda Adli Para Cezası Öngörülen Suçlar

Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen cezaların önemli bir kısmı da yalnız adli para cezalarından oluşmaktadır. Bu suçlardan, TTK m. 562/12'de düzenlenen internet sitesi ile ilgili yükümlülüklerin ihlali suçu dışında hepsinin alt sınırının belirlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlar kısaca aşağıdaki suçlardan oluşmaktadır:

- TTK m. 562/3'e göre, m. 199'de düzenlenmiş olan bağlı ve hâkim şirket raporları hazırlama yükümlülüğünü ihlal edenler, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

- TTK m. 562/4'e göre, TTK hükümlerince tutulması veya muhafazası zorunlu olan defter, kayıt ve belgelerin, TTK m. 210'a göre denetime yetkili Ticaret Bakanlığı elemanlarınca istenmesine rağmen vermeyenler, eksik verenler ya da bunların görevlerini yapmasını engelleyenler üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

- TTK m. 562/5 (b) ve (c) hükümleri uyarınca borçlanma yasağını ihlal edenler, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

- TTK m. 562/6 hükmüne göre, ticari defter tutma ve saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden sorumlular üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaktadırlar.

- TTK m. 562/10 uyarınca, TTK m. 551'de düzenlenmiş olan aynı sermaye veya devralınacak işletmelere değer biçilmesinde yolsuzluk yapanlar, doksan günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılırlar.

- TTK m. 12 uyarınca internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne aykırı hareket eden yönetim organı üyeleri üç yüz güne kadar, internet sitesine konması gereken içeriği usulüne uygun olarak koymayan bu fıkra da sayılan failler yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

VII. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLECEK GÜVENLİK TEDBİRLERİ

1. Genel Olarak Güvenlik Tedbirleri

Türk Ceza Hukuku'nda güvenlik tedbirleri, “işlediği suçtan dolayı kişi hakkında, koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla hâkim tarafından hükmedilen, fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen yaptırımlar”³⁶ olarak tanımlanmaktadır.

Günümüz modern ceza hukukunda güvenlik tedbirleri suçlulukla mücadele ve toplumun korunmasında bir araç olarak kullanılmaktadır. Bunlar daha ziyade önleyici tedbirler olarak nitelendirilmektedir³⁷.

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği ceza hukuku doktrininde tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş güvenlik tedbirlerinin cezadan bağımsız bir yaptırım olduğu yönündedir³⁸. Buna karşılık, doktrinde güvenlik tedbirlerinin bir ceza olmadığı, bilakis suç dolayısı ile ortaya çıkan tehlikeliliği ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler olduğu, belirli haklardan yoksun bırakılmayı bir ceza olarak değil ferî ceza olarak kabul etmek gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır³⁹. Ancak bu aksi görüşe rağmen sonuç itibarıyla güvenlik tedbirlerini bir ceza hukuku yaptırımı olarak kabul etmek gerekmektedir, zira güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nda bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Biz burada konu ile ilgili tartışmalara daha fazla girmeksizin güvenlik tedbirlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı konusuna değineceğiz.

Güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nun 53. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre güvenlik tedbirleri; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması (TCK m. 53), eşya müsadere (TCK m. 54), kazanç müsadere (TCK m. 55) ile çocuklara ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinden ibarettir (TCK m. 56 ve 57).

2. Gerçek Kişiler Hakkında Uygulanabilecek Güvenlik Tedbirleri

³⁶ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2019, s. 957; ARTUK, Mehmet Emin/ AKCAN, Esra Alan, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, C. 3, S. 2, s. 9-10.

³⁷ ARTUK, Mehmet Emin/YILMAZ, Erkam, “Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri”, **Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Yıl: 2020, s. 16.

³⁸ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 622; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 561; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2018, s. 697; ARTUK/YILMAZ, s. 14.

³⁹ HAFIZOĞULLARI, Z./ÖZEN, M., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 490 vd.; EŞİTLİ, s.65, dn. 4.

Gerçek kişilerin TTK 'da düzenlenen ve hapis cezası öngören suçlardan birisini işleyerek mahkûm olması halinde, TCK m. 53/1 (d) bendinde düzenlenen, vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan ve (e) bendinde düzenlenen, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılabilir. Diğer taraftan, burada sayılan tedbirler, ceza mahkûmiyetinin zorunlu sonuçları olduğu için, kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamayacaktır (TCK m. 53/2). Bu bakımdan örneğin, TTK m. 562/9. fıkrada düzenlenmiş olan, sermaye taahhüt edilmediği halde taahhüt edilmiş gibi gösterme ve ödeme yetersizliğinin bilindiği halde buna onay verme suçunu işleyen yöneticiler, cezanın infazı bitinceye kadar yöneticilik yapamayacaktır. TTK' da hapis cezası öngören suçlardan birini işleyen şirket yöneticileri için özellikle TCK m. 53/1 (d) bendinin etkili bir tedbir olarak uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

Diğer taraftan, TCK m. 53/1'de düzenlenmiş olan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma konusuna ilişkin olarak TCK m. 53/5. Fıkrasında önemli bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, TCK m. 53/1. fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı hapis cezası verilmesi halinde, ayrıca infazdan sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilebilecektir. Ticari hayatta hak ve yetkilerin kötüye kullanılmasına sıkça rastlanıldığı için, bu hükmün ticari suçlar bakımından oldukça elverişli olduğu anlaşılmaktadır.

3. Ticaret Şirketleri Hakkında Uygulanabilecek Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişiler suç faili olarak kabul edilmemiştir. TCK m. 20/1' de ceza hukukunda geçerli olan suçların ve cezaların şahsiliği ilkesi düzenlenerek, kimsenin başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna bağlı olarak TCK m. 20/2'de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı belirtilmiş⁴⁰, ancak özel hukuk tüzel kişileri hakkında bazı suçlardan dolayı güvenlik tedbirleri niteliğindeki bazı yaptırımların uygulanması saklı tutulmuştur. Bu durumda özel hukuk tüzel kişileri olan ticaret şirketleri hakkında güvenlik tedbiri uygulaması

⁴⁰ Tüzel kişilerin özel hukuk alanında hak ve fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilmekle birlikte, bu durum onların ceza hukukunda suç faili olabilme açısından gerekli olan kusur ve hareket yeteneklerine sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Tüzel kişinin karar organlarının iradesini tüzel kişinin iradesi olarak kabul etmek, sadece özel hukuk bakımından söz konusudur. Bu konuda geniş açıklamalar ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. ASLAN, Yasin, "Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, S. 2010/2, s. 233 vd.; DURSUN, Selman, "Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri", *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi*, C. II, İstanbul 2013, s. 2239- 2250.

söz konusu olabileceği gibi (TCK m. 60), bunların kabahat faili olmaları ve haklarında kabahatten dolayı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁴¹ uyarınca idari tedbir veya idari para cezası uygulanması da mümkündür (KK m. 8, 43 A).

Ticaret şirketleri için uygulanabilecek güvenlik tedbiri türleri *faaliyet izninin iptali* ile *müsadere*dir. Türk Ceza Kanunu'nun 60. Maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu izin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir ve müsadere hükümleri uygulanır.

Ancak anılan güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanundan özel olarak belirtilen hallerde hükmedilebileceği düzenlenmiştir (TCK m. 60/4). Dolayısıyla tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceği bir suç düzenleyen kanun maddesinde açıkça gösterilmedikçe, şirketler hakkında herhangi bir güvenlik tedbirine başvurulamayacaktır. Ayrıca, şirketler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için öncelikle suçun kasıtlı olarak işlenmesi gerekir. Suç niteliği taşımayan eylemlerden dolayı şirketlere karşı güvenlik tedbiri uygulanamaz.⁴²

Bu ilkelerden hareketle, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından ticaret şirketleri hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilmesi oldukça sınırlı kalacaktır. Zira sadece TTK m. 63'de haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle TTK' da sadece haksız rekabet suçları için sözü edilen güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi mümkün olabilecektir. Diğer taraftan, şirket için uygulanmasına karar verilen güvenlik tedbirleri, işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabilecekse, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir (TCK m. 60/3). Söz gelimi bir şirket hakkında güvenlik tedbirine hükmedildiğinde, çok sayıda kişinin işsiz kalacağının anlaşılması halinde, mahkeme güvenlik tedbirleri uygulanmasına karar vermeyebilir⁴³.

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve güvenlik tedbirinin uygulanmasına yola açan suçların işlenmesinden dolayı tüzel kişiye adli para cezası verilemeyecektir⁴⁴. Ancak tüzel kişiler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre organ ve temsilcilerinin davranışlarından sorumlu olurlar; kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilir (KK m.8)⁴⁵.

VIII. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN İDARİ PARA CEZALARI

⁴¹ RG, 31.03.2005, 25772 (Mükerrer).

⁴² CENTEL, Nur, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu- Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4) 2016, s. 3317.

⁴³ CENTEL, s.3319.

⁴⁴ CENTEL, s. 3319.

⁴⁵ CENTEL, s. 3317.

1. İdari Para Cezaları ve Hukuki Niteliği

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile izlenen suç politikası ve kanun koyucunun ceza siyaseti doğrultusunda artık cürüm-kabahat ayrımı kaldırılmış ve nispeten hukuka aykırılığı daha düşük olan fiiller Ceza Kanunu'ndan çıkarılmıştır⁴⁶. Ancak bu durum, sözü edilen fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı için ayrıca hazırlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu içinde birer kabahat olarak yer almıştır. Bu ayırım sonucunda, Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka aykırı fiiller “suç”; Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen fiiller ise “kabahat” olarak nitelendirilmiştir⁴⁷.

İdari para cezası bir idari yaptırım türüdür. İdari para cezası, kanunda öngörülen belli kurallara aykırılık halinde, adli bir organ aracılığı olmadan doğrudan doğruya kamu gücü kullanılarak idari merciler tarafından verilmektedir⁴⁸. En çok başvurulan idari yaptırım türü para cezası olmakla birlikte, idari yaptırımların, disiplin yaptırımları, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, lisans/ruhsat iptali, teminat mektubunun irat kaydedilmesi, lisansın askıya alınması, yayının durdurulması gibi çeşitleri bulunmaktadır⁴⁹.

İdari para cezaları ile adli para cezaları arasında önemli farklar bulunmaktadır. Esasında bu fark suç ve kabahat ayrımı ile doğrudan ilgili bulunmaktadır⁵⁰. Adli para cezası bir ceza hukuku yaptırım türü olarak Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. İdari para cezaları ise Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bir kamu hukuku yaptırımı olarak nitelendirilmektedir⁵¹. Adli para cezasında, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısım tamamının tahsil edilmekte ve ödenmeyen adli para cezası hapis cezasına çevrilmektedir. İdari para cezasının ödenmemesi halinde ise hapis cezasına çevrilmesi söz konusu değildir. İdari para cezaları, ertelenemez ve seçenek yaptırımlara çevrilemez, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri gereğince cebren tahsil edilir⁵².

İdari para cezaları Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş olup, birçok kurum ve kuruluş bunun için yetkilendirilmiştir. Ticaret Kanunu'nda kabahat olarak

⁴⁶ AYATAR KIZILYAR, Sema, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Journal of Yaşar University*, 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 1648 vd.; UĞUR, Hüsamettin, “Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun’a göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 190; Bu konuda ayrıca bkz. İÇEL, KAYIHAN, Çağdaş, “Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türündeki Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 7, s. 626 vd.

⁴⁷ EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, S. 1, s. 21; AYATAR KIZILYAR, s. 1648 vd.; İÇEL, s. 626 vd.

⁴⁸ ÇOLAK/ALTUN, Para Cezaları, s. 271; CAN, Sibel, “İdari Para Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, S. 29, s. 418.

⁴⁹ EKİNCİ, s. 22.

⁵⁰ DOĞAN, s. 11.

⁵¹ DOĞAN, s. 13; ÇOLAK/ALTUN, Para Cezaları, s. 273, UĞUR, s. 193.

⁵² DOĞAN, s. 14.

tanımlanan birçok fiil için idari para cezası öngörülmüştür⁵³. TTK' da belirtilen idari para cezası tutarları her yıl değişkenlik göstermektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun m. 17/2 hükmüne göre, idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanmaktadır.

Diğer taraftan, TTK' da tanımlanan kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilinceye kadar birden çok işlenmesi halinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve ilgili hükme göre verilecek ceza iki kat artırılır (TTK m. 562/14). Ticaret Bakanlığı'nın konu ile ilgili yayınlamış olduğu Genelgede⁵⁴ ise, TTK 'da öngörülen cezaların artırımı olarak uygulanmasında cezaların verileceği tarih değil, kabahatin işlendiği zamanın esas alınması ve kabahatin birden fazla işlenmesi halinde, kesilen temel ceza miktarının üzerine bu cezanın iki katı karşılığın eklenmesi şeklinde bir düzenleme getirilmiştir (Bkz. Genelge m. 17/1-4). Kabahatin birden fazla işlenmesi halinde, kabahatin işlendiği en son yıla ait idari para cezasının tutarı esas alınmaktadır (Genelge m. 17/5).

Örneğin, 2018 ve 2019 yıllarına ait defterlerin açılış ve kapanış onaylarının zamanında yaptırılmamış olması halinde, 2020 yılına ait artırılmış temel ceza miktarı olan 9.387 TL üzerine, cezanın iki katı olan 18.774 TL ilave edilerek ağırlaştırılmış idari para cezası 28.160 TL olarak uygulanması gerekecektir.

Tüzel kişilerin kabahatten dolayı sorumluluğu Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Buna göre, ticaret şirketlerinde, ticari defterlerle ilgili öngörülen idari para cezalarının muhatabı şirket tüzel kişiliğidir (Genelge, m. 16/1). Hazırlanan teftiş raporunda, yapılacak ilk genel kurul toplantısında, idari para cezasından dolayı şirketin yönetim organına rücu edilip edilmeyeceği konusunun görüşülmesi ve karara bağlanması hususuna da yer verilir (Genelge, m. 16/2).

Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin altıncı fıkrasına göre, idari para cezasını kanun yoluna başvurmada önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvuruma hakkını engellemez. Yine anılan Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, idari para cezasına karşı, tebliği tarihinden itibaren 15 gün içerisinde yetkili sulh ceza mahkemesine

⁵³ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 4050 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu gibi bazı kanunlarda da idari para cezalarını içeren hükümler yer almaktadır.

⁵⁴ Ticari Defterlere İlişkin Suç ve Kabahatlerin Tespiti, Raporlanması ve Yetkili Mercilere İletilmesi Hakkında Genelge.

başvurulabilir⁵⁵. Bu süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.

İdari para cezalarının zamanaşımına uğraması söz konusu olabilir. Yapılan denetimlerde, tespit olunan fiile ilişkin idari para cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğramış olup olmadığı hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Zamanaşımına uğrayan kabahatlerle ilgili olarak idari para cezası teklifi getirilemez (Genelge, m. 21/2). Kabahatler Kanunu'na göre, 50.000 TL'ye kadar olan idari para cezalarının soruşturma süresi üç yıldır. Buna göre Ticaret Kanunu'nda öngörülen kabahatlerle ilgili olarak da üç yıllık zamanaşımı kabul edilmiştir (Genelge, m. 21/1). Ancak idari para cezasının miktarının TTK m. 562/14 hükmü uyarınca, menfaat veya zararın üç katından az olmayacak şekilde belirlendiği hallerde, zamanaşımı süresi, Kabahatler Kanunu'nun 20. Maddesinin üçüncü fıkrası gereği sekiz yıl olarak uygulanacaktır (Genelge, m. 21/5).

Denetim çalışmaları sırasında 6102 sayılı Ticaret kanununda öngörülen ticari defterlere ve diğer kabahatlere ilişkin idari para cezasının uygulanmasını gerektiren bir fiilin tespiti halinde, müfettişler tarafından bir inceleme raporu düzenlenir. Düzenlene raporda, mevzuat hükümlerine, idari yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiiline, bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak tüm delillere, ulaşılan sonuçlara ve Genelge 'de belirtilen diğer hususlara yer verilir.

2. Türk Ticaret Kanunu'nda İdari Para Cezası Öngörülen Suçlar

- TTK m. 33/2 hükmüne göre, tescili zorunlu olup da, sicil müdürünce verilen süre içinde tescil isteminde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kişi, sicil müdürünün teklifi üzerine mahallin en büyük mülki amiri tarafından bin Türk lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.

- TTK m. 38/1 hükmüne göre, tescil ve kayıt için gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, iki bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

- TTK m. 51/2'ye göre, Kanun'un 39 ilâ 45. veya 48. maddelerinde düzenlenen ticaret unvanı kullanma ve gereken hallerde ek yapma yükümlülüğüne aykırı davrananlar iki bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

- TTK m. 562/1 (a) bendine göre, bu Kanun'un 64. maddesinin birinci fıkrasının ikinci veya üçüncü cümlesinde belirtilen, ticari defterlerin işletmenin faaliyetlerini ve finansal durumunu izlemeye elverişli tutmayanlar dört bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

⁵⁵ 6545 sayılı Kanun'un 83.maddesi uyarınca, buradaki sulh ceza mahkemesinden, hâkimlik anlaşılmalıdır.

KERVANKIRAN/ Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- 1

- TTK m. 562/1 (b) bendine göre, bu Kanun'un 64. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ticari işletme ile ilgili gönderilmiş belgelerin kopyasını sağlamayanlar⁵⁶, dört bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.
- TTK m. 562/1 (c) bendine göre, bu Kanun'un 64. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gerekli onayı yaptırmayanlar, dört bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.
- TTK m. 562/1 (d) bendine göre, bu Kanun'un 65. maddesine uygun olarak defter tutmayanlar, dört bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.
- TK m. 562/1 (e) bendine göre, bu Kanun'un 66. maddesindeki usule aykırı olarak envanter çıkaranlar, dört bin lira idari para cezasıyla cezalandırılır.
- TK m. 562/1 (f) bendine göre, bu Kanun'un 86. maddesinde sözü edilen, görüntü ve veri taşıyıcılara aktarılmış belgelerin ibraz edilmesi yükümlülüğüne aykırı davrananlar dört bin lira idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.
- TK m. 562/2 hükmüne göre, bu Kanun'un 88. maddesinde düzenlenen, Türkiye Muhasebe Standartlarına aykırı hareket edenler, dört bin lira idari para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

3. Ticaret Şirketlerine Suç Dolayısı İle İdari Para Cezası Uygulanması

Yukarıda açıklandığı gibi, Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişiler için uygulanması öngörülen güvenlik tedbirleri *iznin iptali* ile *müsadere* olarak gösterilmiş; adli para cezası sorumluluğu ise kabul edilmemiştir⁵⁷. Ancak, 2009 yılında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na eklenen 43/A. maddesiyle *bazı suçlardan dolayı* tüzel kişi hakkında *idari para cezasına* hükmedilmesi öngörülmüştür. İdari para cezasına karar verme yetkisi, yargılama yapmakla görevli mahkemeye verilmiştir.

Bu hüküm kendine özgü bir düzenlemedir. Zira hükümde gösterilen eylemler *suç* niteliğinde, karşılığında gösterilen yaptırım *kabahat*, düzenlemenin yer aldığı yasa ise *Kabahatler Kanunu*'dur⁵⁸.

Kabahatler Kanunu m.43/A hükmüne göre, daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişiye, on bin Türk lirasından iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilir. Kabahatler Kanunu'nun 43/A maddesinin birinci fıkrasına göre bu suçlar şunlardır:

Dolandırıcılık (TCK m.157-158), ihaleye fesat karıştırma (TCK m.235), edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m.236), rüşvet (TCK m.252), suçtan kaynaklanan

⁵⁶ Buradaki "sağlamayanlar" ifadesi "saklamayanlar" olması gerekir.

⁵⁷ CENTEL, s. 3321.

⁵⁸ CENTEL, s. 3321.

malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m.282), bankacılık zimmeti (5411 sayılı Bankacılık K m.160), kaçakçılık suçları (5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele K), petrol kaçakçılığı (5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ek m.5) ve Terörün Finansmanı Suçu (3713 sayılı TMK m.8)⁵⁹.

IX. TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLARIN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Ticaret Kanunu'nda düzenlenen suçlar, re'sen kovuşturulan ve takibi şikâyete bağlı suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan haksız rekabet suçlarının takibi şikâyete bağlıdır. TTK m. 62/d bendine göre, haksız rekabet suçları daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadıkları takdirde, 56. madde gereğince hukuk davasını açma hakkına sahip bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar. TTK m. 56 hükmünde ise dava açabilecek olanların, tacirler, müşteriler ile meslek veya sivil toplum kuruluşları olduğu belirtilmiştir.

Haksız rekabet suçları dışında kalan TTK'de düzenlenen diğer tüm suçların kovuşturulması re'sen yapılacaktır. TTK m. 563'de yer alan düzenleme ile 562. maddede belirlenen suçların re'sen takip olunacağı hüküm altına alınarak, bu suçların şikâyete bağlı olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Ancak Ticaret Kanunu'nun 562. Maddesinde düzenlenen suçlar bakımından sadece yedinci fıkra düzenlenmiş olan sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun takibi şikâyete bağlıdır. Zira TK m. 562/7 hükmü, TCK m. 239 hükmüne yollamada bulunmaktadır. TCK m. 239/1'e göre, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Bu suçun nitelikli işlenmesi halinde ise şikâyet koşulu aranmayacak, kovuşturma re'sen yapılacaktır (TCK m. 239/3).

Bu durumda, ticaret unvanına kanunda belirtilen şartlara aykırı şekilde ek yapılması ve ticaret unvanının işletmeden ayrı devredilmesi ya da devralınması suçları ile TK m. 562'de düzenlenen cezai sorumluluk halleri re'sen kovuşturulacaktır.

X. TİCARET KANUNUNUN 562. MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇLARDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1. Görevli Mahkeme

⁵⁹ Terörle Mücadele Kanunu'nun terörün finansmanına ilişkin 8. maddesi 7.2.2013 gün ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m.18'le yürürlükten kaldırılmıştır. Halen 6415 sayılı Kanun m.4/4'te terörizmin finansmanı suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmektedir.

Ağır ceza mahkemeleri, 5235 sayılı Adli yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin, Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un⁶⁰ 12. maddesine göre, orada sayılan bazı suçlar ile on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara bakmakla görevlidir. Ticaret Kanununda öngörülen suçlar ise niteliği gereği ağır cezalar içermemektedir. Diğer taraftan TTK' da işlenen suçların ağır ceza mahkemelerinde görüleceği ile ilgili Kanunlarda bir hükümde bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, TTK m. 562 kapsamında işlenen suçlar bakımından görevli olan mahkeme, asliye ceza mahkemeleridir. Mahkemelerin görev yönünden yetkisi kamu düzenine ilişkin olup, hâkim tarafında re' sen dikkate alınır.

2. Yetkili Mahkeme

Türk ceza muhakemesi hukukunda yer yönünden yetkili olan mahkemenin belirlenmesinde suçun işlendiği yer esas alınmaktadır (CMK m. 12/1). Buna göre, TTK m. 562 hükmü kapsamında işlenen suçlar bakımından yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Diğer taraftan, suçun işlendiği yerin tespitine ilişkin olarak CMK m.12'de basın yayım yoluyla işlenen suçlar bakımından birden fazla yer mahkemesi yetkilendirilmektedir. Bunlardan CMK m. 12/3 ve m. 12/5'de düzenlenen hükümler, özellikle haksız rekabet suçları bakımından uygulama alanı bulabilecek niteliktedir⁶¹. Haksız rekabet suçu, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak aynı eserin yayım merkezi dışında birden çok yerde basılmış olması halinde suç, eserin merkezin dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için merkezle beraber eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m. 12/3). Suçun görsel ve işitsel yayınlarla işlenmesi halinde de aynı şekilde CMK m. 12/3 hükmü uygulanacaktır (CMK m. 12/5). Ancak görsel ve işitsel yayının, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmesi veya görülmesi durumunda, o yer mahkemesinin de yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır (CMK m. 12/5)⁶².

XI. SONUÇ

Türk ekonomi dünyasında hâkim olan anlayış, “ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi” görüşüdür⁶³. Ancak tüm ekonomik suçlara ekonomik ceza verilmesi ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle ülkemizde uygulanan ceza politikası gereği alternatif cezalar arama yoluna gidilmiştir. Bunlar hapis cezası, hapis cezası veya adli para cezası ile sadece adli para cezasından oluşmaktadır. Kanun koyucunun suç olarak düzenlediği hususların ihlali halinde,

⁶⁰ RG, 25606, 07.10.2004.

⁶¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 185.

⁶² Konu ile ilgili tartışmalar ve geniş açıklamalar için bkz. AYDIN, Murat, Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler, **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2013, s. 45 vd.

⁶³ ENSARİ, Bedii, “Şirketlerin Ekonomik Suçlara Yönelik Önlemleri, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu”, **TOBB Yayını**, Ankara, Ekim 2005, s. 57 vd.; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 159.

korunan hukuki menfaatin ağırlığına göre bunlardan birisi cezai yaptırım olarak öngörülmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hapis cezaları süreli hapis cezalarından oluşmakta ve bunların büyük çoğunluğu seçimlik olarak para cezasına çevrilebilmektedir. Diğer taraftan, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmadığı için, hapis cezalarının tüzel kişilere uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Kanunda belirtilen hallerde şirketler için güvenlik tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir (TCK m. 60). Bir cezai yaptırım çeşidi olarak adli para cezaları da TTK 'da düzenlenen cezai yaptırımlar arasında etkin bir şekilde yer almaktadır. Adli para cezasına hükmedilebilmesi bir ceza yargılamasını gerektirmekte, verilen para cezası süresi içinde ödenmediği takdirde hapis cezasına çevrilmektedir.

Diğer taraftan, cezai yaptırımlar dışında, Ticaret Kanunu'nda kabahat olarak tanımlanan birçok fiil için idari para cezası öngörülmüştür. İdari para cezası bir idari yaptırım türüdür. İdari para cezaları Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş olup, birçok kurum ve kuruluş bunun için yetkilendirilmiştir.

Sonuç itibariyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun da düzenlenen suç ve kabahatlerin kanun koyucunun getirmiş olduğu yeni düzenin sağlanması ve korunması amacıyla düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Bu düzenin en önemli temel taşlarını ise sermayenin korunması ilkesi ile kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkeleri oluşturmaktadır.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKTAN, Coşkun Can, **Anayasal İktisat**, İstanbul 2002.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2019.

ARTUK, Mehmet Emin/ AKCAN, Esra Alan, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, C. 3, S. 2.

ARTUK, Mehmet Emin/YILMAZ, Erkam, “Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri”, **Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Yıl: 2020.

ASLAN, Yasin, “Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, S. 2010/2.

AYATAR KIZILYAR, Sema, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayırımı”, **Journal of Yaşar University**, 2013, C. 8, Özel Sayı.

AYDIN, Murat, Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler, **SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3. S. 1, 2013.

AYHAN AYGÖRMEZ, Gülsün, “Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 14, 2010

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, “Ekonomik Suçlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, Haziran 2020.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, 2018 İstanbul.

CAN, Sibel, “İdari Para Cezası”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2017, S. 29, s. 418.

CENDEL, Nur, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu- Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016.

CİN ŞENSOY, Şehnaz, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, **Çetin Özek Armağanı**, İstanbul 2004.

ÇETİN, S. H., **Türk Ceza Kanunun’ da Adli Para Cezası**, Ankara 2012.

ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, **TBB Dergisi**, S. 67, 2006.

ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, **TBB Dergisi**, S. 69, 2007. (Para Cezaları)

DEMİRBAŞ, T., **İnfaz Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2013.

DOĞAN, Koray, “Tüzel kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, 2015, (Basım yılı Şubat 2016).

DOĞRUSÖZ, Bumin, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İhdas Ettiği Suçlar, Cezaları ve Olası Sorunlar”, **Yaklaşım Dergisi**, Aralık 2011, Sayı 228.

DURSUN, Selman, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara 2006.

DURSUN, Selman, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, C. II, İstanbul 2013.

EKİNCİ, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2017, S. 1.

ENSARİ, Bedii, **Şirketlerin Ekonomik Suçlara Yönelik Önlemleri, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu**, TOBB Yayını, Ankara, Ekim 2005.

EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 65, S. 1.

HAFIZOĞULLARI, Z./ÖZEN, M., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2011.

KATOĞLU, Tuğrul, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre, Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu”, **BADİTER**, C. XXIX, S. 1, 2013.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara 2020.

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, 2018 Ankara.

MAHMUTOĞLU, Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, 2011 Ankara.

İÇEL, Kayıhan, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türündeki Eylemler Alanındaki Boyutları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, S. 7.

İTİŞGEN, Rezzan, “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Kötüleme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 121, Eylül 2016.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2018.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara 2018.

ÖZBEK, Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku, Birinci Kitap- Genel Hükümler**, Ankara 2020.

PERÇİN, Önder, “Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması”, **AÜHFD**, C.59, S.2, 2010.

UĞUR, Hüsametin, Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun’a göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması, **TBB Dergisi**, 2009, S. 85

ÜNLÜ, Abdurrahman, “Hapis Cezasının Erteleme”, **Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, 2018,

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2012.

KERVANKIRAN/ Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- I

COVID-19 SEBEBİYLE ALINAN ÖNLEMLERİN ÖZEL OKUL SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ¹

Öz

Covid-19'un toplum sağlığı için ciddi risk oluşturması üzerine Milli Eğitim Bakanlığı'nı 16 Mart 2020 tarihinde eğitim-öğretim faaliyetlerine ara verilmesine, 23 Mart 2020'den itibaren ise eğitim-öğretim faaliyetleri uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesine karar vermiştir. 2019-2020 bahar ve 2020-2021 güz dönemi eğitim-öğretim yılı uzaktan eğitim yoluyla tamamlanmıştır. Uzaktan eğitime geçilmesi örgün eğitim modeli esas alınarak yapılmış olan özel okul sözleşmelerinden doğan borçları ve taraflar arasındaki menfaat dengesini önemli ölçüde etkilemiştir. Uzaktan eğitim modeli özel okul sözleşmelerinden doğan borçların bir kısmının imkânsız hale gelmesine, bir kısmının ise alınan hizmetin kapsamının daralmasına sebep olmuştur. Bu çalışmada Covid-19 sebebiyle alınan önlemlerin özel okul sözleşmelerine etkisi incelenmiş, bozulan edim dengesinin hangi hukukî sebebe dayalı olarak düzeltilebileceği üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Özel okul sözleşmeleri, mücbir sebep, ifa imkânsızlığı, ayıplı hizmetten sorumluluk

THE IMPACT OF MEASURES TAKEN DUE TO COVID-19 ON PRIVATE SCHOOL AGREEMENTS

Abstract

After Covid-19 poses a serious risk to public health, The Ministry of National Education has decided to suspend the educational activities on 16th March 2020 and after 23rd March 2020, it was decided to continue educational activities through distance education. The Academic Year of 2020-2021 Fall Semester and 2020-2021 Spring Semester has been completed through distance education. The transition to distance education has significantly affected debts arising from private school contracts based on the formal education model and the balance of interests between the parties. The distance education model has caused some of the debts arising from private school contracts to become impossible, and some to narrow the scope of the service received. In this study, the impact of measures

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
Orcid Numarası: 0000-0002-4523-456X, sezer.cabri@medeniyet.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26.01.2021

Bu makaleye atf için; ÇABRİ, Sezer, "Covid-19 Sebebiyle Alınan Önlemlerin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi", **İMİHFD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 203-231.

taken due to Covid-19 on contracts with private schools was examined and it has been focused that the balance of impaired performance can be corrected based on what legal reason.

Keywords: Private school agreements, force majeure, impossibility of performance, liability for defective service

I. GİRİŞ

Covid-19'un yayılma hızı ve toplum sağlığı alanında yarattığı ciddi sorunlar her ülkede çeşitli önlemlerin alınmasını zorunlu kılmıştır. Ülkemizde hastalığın görülmeye başlamasından sonra hastalığın seyri, yayılma hızı ve eğilimine göre ülkeler arası kara, deniz ve hava ulaşımının engellenmesi veya kısıtlanması, şehirlerarası seyahat ve ülke, il, belediye veya mahalle/köy bazında süreli veya süresiz sokağa çıkma yasağı, karantina, bazı işyerlerinin geçici olarak kapatılması veya faaliyetlerinin sınırlandırılması yönünde kararlar alınmıştır. Hastalığın yayılmasının önlenmesi kapsamında alınan en önemli önlemlerden biri de sosyal temasın çok fazla olduğu eğitim ve öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülmesi kararıdır. Milli Eğitim Bakanlığı 16 Mart 2020 tarihinde eğitim-öğretim faaliyetlerine ara verilmesine, 23 Mart 2020'den itibaren ise eğitim-öğretim faaliyetleri uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesine karar vermiştir. Covid-19 sebebiyle alınan bazı önlemler Haziran 2020 itibariyle kademeli olarak ortadan kaldırılmasına rağmen 2019-2020 eğitim-öğretim yılı uzaktan eğitim yoluyla tamamlanmıştır. 2020-2021 eğitim-öğretim yılına gelindiğinde ise uzaktan eğitim devam etmiş, kademeli olarak örgün eğitime geçilmesi öngörülmesine rağmen, hastalığın yayılmasına bağlı olarak bundan vazgeçilmiş, eğitim-öğretim faaliyetleri uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmüştür.

Uzaktan eğitime geçilmesinden sonra özel okullar gerekli hazırlıkları yaparak faaliyetlerini canlı derslerle yürütmeye çalışmıştır. Eğitim-öğretim faaliyetleri uzaktan eğitim yoluyla yürütülmeye çalışılsa da gerek nitelik gerekse nicelik olarak okulda örgün olarak verilen eğitimin kalitesi ve kapsamından çok uzaklaşmıştır. Örneğin 2019-2020 eğitim-öğretim yılı bahar döneminde okulda günde sekiz saat yapılan dersler uzaktan eğitim yoluyla ortalama dört saat olarak yapılmıştır. Özellikle okul öncesi eğitimde bu sayı çok daha az (günlük ortalama bir bazen iki saat) olmuştur. 2020-2021 eğitim-öğretim yılı güz döneminde günlük ders sayısı sekize çıkarılmış, ancak kırk dakikalık ders saatleri otuz dakikaya düşürülerek eğitimin kapsamı azaltılmıştır. Okulda görülmesi gereken beden eğitimi, müzik, görsel sanatlar, rehberlik gibi dersler uzaktan eğitim yoluyla gereği gibi sürdürülememiştir. Yine eğitim ücreti içinde yer alan yemek hizmetinden uzaktan eğitim süresince yararlanılamamıştır.

Covid-19 sebebiyle uzaktan eğitime geçilmesi, velilerin eğitim-öğretim ücretini tam olarak ödemelerine rağmen eğitim hizmetinde gereği gibi yararlanamamasına sebep olmuştur. Bu da beraberinde ödenen eğitim ücretlerinin bir kısmının iadesini gündeme getirmiştir. Hatta bazı özel okullar ve özel okul dernekleri yemek ve servis ücretlerinin iadesi konusunda karar almış, bazı okullar ise bu

ücretlerin iadesi veya sonraki eğitim yılı ücretinden düşülmesi konusunda velilerle anlaşmıştır. Oysa eğitim-öğretim ücretine ilişkin herhangi alınmış bir karar veya açıklama söz konusu değildir. Veliler doğal olarak özel okul sözleşmesi uyarınca yararlanamadıkları eğitim-öğretim faaliyetleri kapsamında ücretin indirilmesini ve ödemiş oldukları fazla ücretlerin iadesini beklemektedir.

Covid-19 sebebiyle alınan önlemler özel okuldan kaynaklanmayan, borcun kısmen veya tamamen ifasına geçici olarak engel olan bir haldir. Bu önlemlerin özel okul sözleşmelerine etkisine bakıldığında, Covid-19'un mücbir sebep oluşturduğu, özel okulların bu durumun ortaya çıkmasında kusurlarının olmadığı, eğitim-öğretim faaliyetinin uzaktan yoluyla yürütülmesi kararının Milli Eğitim Bakanlığı tarafından alındığı ve özel okulların alınan kararlara uymakla yükümlü olduğudur. Mücbir sebep borçlunun aynen ifa yükümlülüğü ile tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır. Mücbir sebeple borcun ifasının imkânsız hale gelmesinde en önemli sorun bu duruma kimin katlanacağıdır.

Özel okul sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Covid-19 sebebiyle alınan önlemler özel okul sözleşmelerinde taraflar arasındaki menfaat dengesini önemli ölçüde etkilemektedir. Bundan dolayı mücbir sebep oluşturan Covid-19'un özel okul sözleşmesine etkisinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu çalışmanın amacı Covid-19 sebebiyle alınan önlemlerin özel okul sözleşmelerine ve özellikle sözleşmede kararlaştırılan eğitim-öğretim ücretine etkisini inceleyerek, bozulan edim dengesinin hangi hukukî sebebe dayalı olarak düzeltilebileceğini ortaya koymaktır. Çalışma kapsamında özel okul sözleşmesi, hukukî niteliği, sözleşmeden doğan borçlar kısaca açıklanarak, Covid-19 kapsamında alınan önlemlerin sözleşmeden doğan borçlara etkisi kusursuz ifa imkânsızlığı ve ayıplı hizmetten sorumluluk hükümleri kapsamında değerlendirilecektir². Çalışmada ayıptan sorumluluğun hüküm ve sonuçları ayrıntılı olarak incelenmeyecek, sadece uygulanabilecek hükümler belirlenmeye çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK ÖZEL OKUL SÖZLEŞMELERİ

² Öğretide *Akıncı*, Covid-19 sebebiyle yüz yüze eğitime ara verilmesi ve uzaktan eğitime geçilmesinin, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasından başka bir şey olmadığını, bu uyarlanmanın idare tarafından yapıldığını, taraflar arasındaki sözleşmenin bir süreliğine de olsa değiştiğini kabul etmektedir. Bkz. AKINCI, Şahin, "Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", *İTÜSBT*, Y. 19, S. 38, 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), s. 95. Uyarılama mahkeme kararıyla veya kanunen yapılabilir. Özel okul sözleşmelerinin konusunu okullarda örgün eğitim verilmesi oluşturmaktadır. Covid-19 sebebiyle alınan önlemler kapsamında uzaktan eğitime geçilmesi sözleşmenin uyarlanması niteliğinde değildir. Uzaktan eğitime geçilmesine rağmen özel okul sözleşmesi aynı koşullarla geçerliliğini sürdürmektedir. Ayrıca özel okul sözleşmeleri eğitim veren her bir sağlayıcıya göre farklılık gösteren, farklı hizmetleri içeren sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin tamamının tek bir düzenleme ile tek bir tipte uyarlandığının kabulü mümkün değildir. Kanaatimizce Milli Eğitim Bakanlığı'nın uzaktan eğitim kararı alması özel okullara, sözleşmeden doğan örgün eğitim verme borcunu uzaktan eğitim yoluyla yetki ve yükümlülüğü verilmektedir. Sözleşmeden doğan borcun uzaktan eğitim yöntemiyle verilmesi borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı velinin sahip olduğu hakları etkilememektedir.

Özel okul sözleşmesi bir yıllık eğitim-öğretim dönemiyle sınırlı olarak yapılan ve sürekli borç ilişkisi doğuran belirli süreli işgörme sözleşmesidir³. Bu sözleşmelerin aylık, dönemlik, yıllık veya bir yıldan uzun süreli yapılması mümkündür. Uygulamada özel okul sözleşmeleri genellikle yıllık yapılmaktadır. Bu sözleşme ile veli kararlaştırılan eğitim ücretini ödeme, okul ise örgün eğitim-öğretim hizmeti ile yemek (kahvaltı, öğle yemeği) verme borcu altına girmektedir⁴. Bu hizmetlerin kapsamı her bir okula göre farklılık göstermektedir.

Yazılı olarak yapılan özel okul sözleşmelerinde okulun hangi hizmetleri vereceğine (borcun kapsamına) ilişkin ayrıntıya yer verilmemektedir. Özel okullar eğitim hizmeti ile bunun kapsamına ilişkin bilgileri daha çok sözlü olarak, internet sitesi veya reklam ve ilanlarla ortaya koymaktadır. Örneğin birçok özel okul haftalık on sekiz veya yirmi saat yabancı dil eğitimi vermektedir. Yine birçok özel okulun web sitesinde iki yabancı dil eğitimi verildiği belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde yabancı dil eğitime ilişkin açık bir bilgi yer almamaktadır.

Özel okul sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenmeyen karma sözleşmelerin bir türü olan kombine (bileşik edimli) sözleşme niteliğindedir⁵. Bu sözleşme ile özel okul çeşitli tiplere ait birçok edimde (eğitim öğretim hizmeti, yemek verme vb.) bulunma, veli ise ücret ödeme borcu altına girmektedir. Uygulamada özel okullar, Milli Eğitim Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu tip sözleşmeyi kullanmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu sözleşmelerde özel okulun borcunun kapsamına ilişkin ayrıntıya yer verilmemektedir. Bundan dolayı özel okul sözleşmesinin yorumlanması ve okulun borcunun belirlenmesinde ilgili mevzuata, sözleşmede yer alan hükümlere, web sitesi ile reklam ve ilanlarda belirtilen hususlara bakılır. İlgili mevzuatta ve sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine ilişkin hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde özel okul sözleşmelerine de uygulanır. Uygulanması mümkün olan böyle bir sözleşme tipi mevcut değilse taraflar arasındaki uyumsuzluk Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde çözümlenir.

³Bkz. TİFTİK, Mustafa, **Türk-İsviçre Hukukunda Okul Sözleşmesi**, Ankara 2005, s. 21 vd.; BELLİCAN, Cüneyt/ACAR ÜNAL, Özlem, "Covid- 19'un Okul Sözleşmelerine Etkisi: Olasılıklar Okulu", (Çevrimiçi) www.blog.lexpera.com.tr (29.12.2020).

⁴Özel okul sözleşmesinin asli edimlerinden biri özel okulun örgün eğitim verme borcu altına girmesidir. Örgün eğitim verme borcunun tam ve gereği gibi uzaktan eğitim yoluyla yerine getirilmesi işin niteliği gereği mümkün değildir.

⁵ Bkz. TİFTİK, Mustafa, **Türk-İsviçre Hukukunda Okul Sözleşmesi**, Ankara 2005, s. 126 vd.; BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera, Öğretide yatılı özel okul sözleşmesini kombine sözleşmeye örnek olarak vermektedir. Bkz. TANDOĞAN, Halûk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C.1/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 71; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 27; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 957; *Yücer Aktürk*, benzer nitelikteki uzaktan eğitim sözleşmesinin bileşik tipli karma sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Bkz. YÜCER AKTÜRK, İpek, **İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi**, Ankara 2016, s. 195-196.

Özel okul sözleşmeleri aynı zamanda tüketici işlemi niteliğindedir^{6,7}. Bu sözleşmelerin bir tarafını sağlayıcı (özel okul), diğer tarafını ise tüketici (veli) oluşturur. Özel okul sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olması, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hükümleri etkiler. Özel okul sözleşmelerine öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır⁸. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar uyuşmazlığın niteliği ve miktarına göre tüketici hakem heyetleri veya tüketici mahkemelerinde görülür. Örneğin veli ile özel okul arasındaki uyuşmazlığın miktarı 11.330 TL'nin altında ise tüketici hakem heyetine, bu miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda ise tüketici mahkemesine başvurulması zorunludur. Tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda öncelikle arabulucuya başvurulması, arabuluculuğun olumsuz sonuçlanması halinde tüketici mahkemesine başvurulması gerekir (TKHK m. 73/A).

⁶ AKINCI, s. 94; BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera; Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder (TKHK m. 3/1). Tüketici işlemi kavramı için bkz. ÇABRİ, Sezer, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara 2016, s. 15 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1** (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 9 vd.; ÇABRİ, Sezer, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, **Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 20 Kasım 2018**, Ankara 2019, s. 123 vd.; AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara 2015, s. 65 vd.

⁷ Tüketici işlemleri kural olarak ivazlı (karşılıklı) işlemlerdir. Eğitim-öğretim hizmetinin ivazsız (burslu) olarak verildiği hallerde de tüketici işleminden söz edilebilir mi? Özel okulların bazı öğrencilere burslu olarak eğitim-öğretim hizmeti vermesinin temelinde okulun başarılı öğrenciler için cazip hale getirilmesi ve başarı durumun yükseltilerek reklamının yapılması vardır. Eğitim-öğretim hizmetinin burslu verildiği hallerde de özel okul ile veliler arasında tüketici işlemi veya tüketiciye yönelik uygulama vardır. Ancak uzaktan eğitime geçilmesi sebebiyle eğitim-öğretim hizmetinin sözleşmeye uygun verilememesi halinde veli, ayıplı hizmetten doğan bütün hakları kullanamaz. Örneğin sözleşmenin feshi mümkünken, ayıp oranında bedelde indirim hakkı istenemez.

⁸Özel okul sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğu hakkında bkz. “...Somut olayda; davacıların velisi olduğu çocuğunun öğrenimi için davalı şirketin işletmekte olduğu okula kayıt yaptırdığı anlaşılmalı olup, davacılar bu hukuki işlem içerisinde tüketici konumunda olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir...”. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2017/1742, K. 2020/3792, T. 14.05.2020, www.kazanci.com (24.12.2020); “...Somut olayda; davacının, velisi olduğu çocuğunun öğrenimi için davalı şirketin işletme olduğu özel okula kayıt yaptırdığı ve dava konusu senetlerin de bu sebeple alındığı anlaşılmalı olup, davacı bu hukuki işlem içerisinde tüketici konumunda olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. O halde mahkemece, görevsizlik kararı verilerek dosyanın Tüketici Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, işin esasına girilerek hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...”. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2017/2376, K. 2020/2071, T. 13.02.2020, www.kazanci.com (24.12.2020); Yargıtay 13. HD, E. 2017/2208, K. 2020/1391, T. 06.02.2020, www.kazanci.com (24.12.2020).

III. COVID-19 KAPSAMINDA ALINAN ÖNLEMLERİN ÖZEL OKULLARIN BORCUNA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Covid-19'un ülkemizde görülmeye başlanması Milli Eğitim Bakanlığı'nı da hastalığın yayılmasının önlenmesi ve etkilerini en aza indirmesi amacıyla çeşitli önlemleri almaya zorlamıştır. Bu kapsamda alınan en önemli önlemler ise 16 Mart 2020 itibariyle eğitime ara verilmesi, 23 Mart 2020'den itibaren ise dönem sonuna kadar eğitim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesidir⁹. 2020-2021 eğitim-öğretim yılının ilk döneminde eğitim öğretim faaliyetleri Milli Eğitim Bakanlığı'nın kararı doğrultusunda uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmüştür¹⁰. Covid-19 sebebiyle örgün eğitimin yasaklanması ve eğitimin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesi, özel okulların sözleşmeden doğan borçlarının ifasını önemli ölçüde etkilemiştir.

Covid-19 salgını ve yayıldığı çevre ile alınan önlemler dikkate alındığında bu durumun borcun ifasında mücbir sebep oluşturduğu görülmektedir^{11, 12}. Öğretide mücbir sebep, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan dışsal bir olay olarak tanımlanmaktadır¹³. Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan

⁹ Uzaktan eğitim sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen, ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca yapılması mümkün olan bir sözleşmedir. Uzaktan eğitim sözleşmesinin tanımı ve unsurları için bkz. YÜCER AKTÜRK, s. 155 vd.

¹⁰ *Akinci*, Covid-19 sebebiyle yüz yüze eğitime ara verilmesi ve uzaktan eğitime geçilmesinin, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasından başka bir şey olmadığını, bu uyarlanmanın idare tarafından yapıldığını, taraflar arasındaki sözleşmenin bir süreliğine de olsa değiştiğini kabul etmektedir. Bkz. AKINCI, s. 95.

¹¹ AKINCI, s. 95.

¹² Covid-19 bütün borçların ifasında mücbir sebep oluşturmamaktadır. Covid-19'un mücbir sebep oluşturup oluşturmadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

¹³ Bkz. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 628-629; OĞUZMAN, M. Kemal//ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 418-419; İMRE, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul 1949, s. 201; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 1003-1004; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt-II**, İstanbul 1969, s. 189; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara 1970, s. 14-16; AKINCI, s. 65; ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, **Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 11 vd.; OĞUZ, Arzu, "COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi", (Çevrimiçi)www.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/6/2020/04/Mücbir-sebep.pdf (29.12.2020), s. 1; ÖZÇELİK, Şemsi Barış, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara 2009, s. 140-142.

ilki borcun ifasına engel olan olayın zorunlu veya zorlayıcı nitelikte olmasıdır¹⁴. Borcun ifasını engelleyen olay doğal veya hukukî olabilir. Savaş, kasırga, tayfun, volkanik etkiler, deprem, tsunami, kuraklık, salgın hastalık mücbir sebep hallerine örnek oluşturur¹⁵. Covid-19 sebebiyle özel okul sözleşmelerinden doğan borcun kısmen veya tamamen ifa edilememesi Milli Eğitim Bakanlığı'nın aldığı karara bağlı olarak gerçekleşen hukukî bir olaydır¹⁶. Bütün okullar idarenin almış olduğu karara uymak zorundadır. İkincisi, mücbir sebebin, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında kalan harici bir olay olmasıdır¹⁷. Borcun ifasını kısmen veya tamamen engel olan olay ile işletme arasında bir bağlantı olmamalıdır. Covid-19 sebebiyle Milli Eğitim Bakanlığı'nın kararıyla örgün eğitime ara verilmesi ve uzaktan eğitime geçilmesi borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında gerçekleşen olağanüstü bir olaydır. Bu olayın ortaya çıkmasında özel okulun hiçbir etkisi veya dâhili söz konusu değildir. Üçüncüsü, mücbir sebebin kaçınılmaz ve öngörülemez olmasıdır¹⁸. Covid-19'un kısa sürede dünyanın her yerine yayılması ve ağır sonuçlar meydana getirmesi kimsenin öngöremediği ve beklemediği bir olaydır. Özellikle beklenemezlik ve öngörülemezlik idareyi hastalığın seyrine ve yayılma hızına göre farklı önlemleri almaya zorlamıştır. Zaman zaman örgün eğitime geçilmesi yönünde adımlar atılsa da hastalığın yayılma hızının artması eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesini zorunlu kılmıştır¹⁹. Dördüncüsü ise mücbir sebep teşkil eden olay ile sözleşmeden doğan borcun ihlali

¹⁴ Bkz. EREN, **Genel Hükümler**, s. 629; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1003-1004; OĞUZMAN/ÖZ, s. 418-419; OĞUZ, s. 2; ŞAHİN, s. 52; ÖZÇELİK, s. 85; AKINCI, s. 65.

¹⁵ Mücbir sebep hallerine örnek oluşturan haller için bkz. EREN, **Genel Hükümler**, s. 629; ERZURUMLUOĞLU, s. 37; ŞAHİN, s. 53.

¹⁶ Covid-19 salgını aslında doğal bir olaydır. Ancak bu salgının başlı başına özel okulların borcuna etkisi söz konusu değildir. Uzaktan eğitime geçilmesi Milli Eğitim Bakanlığı'nın aldığı kararlar gerçekleştiğinden borcun ifasına engel olan durum idarenin almış olduğu karar uyarınca örgün eğitimin yasaklanması ve uzaktan eğitime geçilmesidir.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 418-419; EREN, **Genel Hükümler**, s. 630-631; FEYZİOĞLU, s. 190; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1004; ERZURUMLUOĞLU, s. 38; ŞAHİN, s. 55; ÖZÇELİK, s. 88; AKINCI, s. 65; OĞUZ, s. 2.

¹⁸ Bkz. EREN, **Genel Hükümler**, s. 631-633; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1003; OĞUZMAN/ÖZ, s. 418-419; ERZURUMLUOĞLU, s. 39 vd.; FEYZİOĞLU, s. 190; ŞAHİN, s. 59 vd.; OĞUZ, s. 2; ÖZÇELİK, s. 88 vd.; AKINCI, s. 66.

¹⁹ 2019-2020 eğitim-öğretim yılının ikinci yarısında Covid-19 sebebiyle uzaktan eğitime geçilmiş ve eğitim-öğretim yılı uzaktan eğitim yoluyla tamamlanmıştır. Hastalığın etkileri devam ederken velilerin 2020-2021 eğitim-öğretim yılı için yeni sözleşme yapmaları, öngörülemezlik koşulunu ortadan kaldırır mı? Kanaatimizce kaldırır. Milli Eğitim Bakanlığının aldığı kararlar ve yaptığı açıklamalarda en kısa sürede örgün eğitime geçileceği ifade edilmiştir. Hem özel okullar hem de veliler özel okul sözleşmesini örgün eğitimi esas alarak yapmıştır. Hatta 2020-2021 eğitim-öğretim yılı başlayıncaya kadar eğitimin örgün mü uzaktan mı olacağı belli değildi. Dönem içinde kademeli olarak örgün eğitime geçilmesi kararları alınmış, ancak hastalığın artmasına bağlı olarak bu kararlardan dönülerek eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesine karar verilmiştir. Görüldüğü üzere Covid-19 sebebiyle alınan önlemlerde beklenemezlik koşulunun ortadan kalkması söz konusu değildir. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 28.12.2020 tarihinde yapılan açıklamaya göre 15.02.2021 tarihi itibarıyla örgün eğitime geçilecektir.

arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır²⁰. Covid-19 sebebiyle alınmak zorunda kalınan önlemler özel okul sözleşmesinden doğan borcun tam ve gereği gibi ifasını engelleyen bir durumdur.

Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 7'de²¹ olağanüstü durumlarda eğitim ve öğretime ara verme düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*İlçe, il veya ülke genelinde eğitim ve öğretimi aksatacak nitelikte olağanüstü durum, sel, deprem, elverişsiz hava şartları ve benzeri doğal afetler ile hastalık/salgın hastalık gibi nedenlerle Bakanlıkça veya il/ilçe hıfzıssıhha kurulunun kararına istinaden mahalli mülki idare amirince okullarda eğitim ve öğretime ara verilir.*”. Görüldüğü üzere Covid-19 sebebiyle Yönetmelik m. 7 hükmü değiştirilmiş, Bakanlığa veya mahalli mülki idare amirlerine eğitim ve öğretime ara verme yetkisi tanınmıştır. Yine aynı Yönetmeliğin 33. maddesinin 4. fıkrasında olağanüstü durumlarda eğitim ve öğretim faaliyetlerine ara verilmesi halinde eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülebileceği düzenlenmiştir. Milli Eğitim Bakanlığı bu düzenlemeler yapılmadan önce uzaktan eğitime geçilmesi konusunda karar almıştır.

Uzaktan eğitime geçilmesi ve farklı kapsamda uzaktan eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi, özel okulların sözleşmeden doğan borçlarını tam ve gereği gibi ifa edememesine sebep olmuştur. Örneğin normal eğitim-öğretim zamanında günde sekiz saat ders gören bir öğrenci, uzaktan eğitim yoluyla ortalama dört-beş saat ders görmüş, sonradan ders sayısı artırılsa bile ders saati azaltılmıştır. Özellikle anaokullarında günlük ders sayısı bir veya iki saat şeklinde gerçekleşmiş, sonradan bu sayı artırılmıştır. Uzaktan eğitim yöntemine geçilmesi, özel okul sözleşmelerinden doğan borcun kapsamının önemli ölçüde daralmasına, hatta okul öncesi sözleşmeleri bakımından borcun tamamen imkânsız hale gelmesine sebep olmuştur. Özellikle okul öncesi sözleşmelerde çocuğun sosyalleşmesi, bakım ve gözetiminin ön planda olması dikkate alındığında, uzaktan eğitim yönteminin sözleşmeden doğan borçların ifasını kısmen de olsa karşılayamayacak nitelikte olduğu görülmektedir²².

B. Kusursuz İfa İmkânsızlığının Hükümleri

1. İmkânsızlığın Niteliği

²⁰ EREN, *Genel Hükümler*, s. 631; OĞUZMAN/ÖZ, s. 418-419; ERZURUMLUOĞLU, s. 39; FEYZİOĞLU, s. 191; ÖZÇELİK, s. 92; ŞAHİN, s. 74; OĞUZ, s. 2; AKINCI, s. 16.

²¹ Hüküm bu haliyle 08.05.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²² Öğretide *Akıncı*, okul öncesi eğitimlerin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesinin mümkün olmadığını, bu sözleşmelerim kusursuz imkânsızlık sebebiyle sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. AKINCI, s. 95. Kanaatimizce burada bir ayırım yapmak gerekir. Veli, okul öncesi eğitimin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesini kabul edebilir. Velinin kabulü halinde tam imkânsızlık yerine sözleşmenin kısmen imkânsız hale geldiğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak velinin kabul etmemesi halinde borcun tamamıyla imkânsız hale geldiğinin kabulü gerekir.

Uzaktan eğitime geçilmesi özel okulların sözleşmeden doğan borçlarının kısmen imkânsız hale gelmesine sebep olmuştur²³. Özel okul sözleşmesi, örgün eğitim modeli esas alınarak yapılan bir sözleşmedir. Milli Eğitim Bakanlığı'nın aldığı kararla uzaktan eğitime geçilmesi, özel okul sözleşmesinden doğan örgün eğitim verme borcu, normal eğitime geçilinceye kadar kısmen geçici olarak imkânsız hale gelmiştir. Özel okul sözleşmesinde eğitim ve öğretim faaliyetleri kapsamında bilgi aktarılması asıldır. Ancak özel okulların bilgi aktarılması dışında başka borçları da söz konusudur. Öğrencinin belli bir disiplin içinde yetiştirilmesi, rehberlik hizmetleri, çocuğun gözetimi, öğretmenlerin rol model olması, beden eğitimi, müzik, resim, görsel sanatlar gibi uygulamalı derslerin verilmesi, öğrenci-öğretmen etkileşiminin sağlanması bu hususlara örnek oluşturur²⁴.

Özel okullar uzaktan eğitim kapsamında eğitim-öğretim faaliyetlerini online derslerle yürütmektedirler. Ancak sunulan hizmetler hiçbir zaman örgün olarak verilen eğitimin yerini tutmamakta veya tutamamaktadır. Online olarak yürütülen derslerin saatinin örgün olarak verilen derslerin saatinde az olması ve bazı derslerin (müzik, spor, beden eğitimi gibi) uzaktan eğitime elverişli olmaması, öğrenci-öğretmen etkileşiminin az olması, derslerin görülmesi sırasında bağlantı sorunlarının yaşanması sözleşmeden doğan borcun kısmen imkânsız hale gelmesine sebep olmuştur. Kısmen ifa imkânsızlığında borçların bir kısmı imkânsız hale gelirken özel okul Milli Eğitim Bakanlığı'nın aldığı karar doğrultusunda eğitim-öğretim faaliyetlerini uzakta yürütmekle yükümlüdür. Şu hususu özellikle vurgulamak gerekir. Hiçbir özel okul Covid-19'un borcunu tamamen imkânsız hale getirdiğini ileri sürerek borcu ifa etmekten kaçınmaz. Özel okullar kapsamı daralmış ve yöntemi değişmiş de olsa eğitim faaliyetlerini yürütmekle yükümlüdürler.

Okul öncesi sözleşmeler ise işin niteliği gereği uzaktan eğitime elverişli değildir. Bu tür sözleşmelerde borcun tamamen imkânsız hale geldiğinin de ileri sürülmesi mümkündür²⁵. Özellikle okul öncesi sözleşmelerde (anaokulu, kreş, gündüz

²³ BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera; Dal, Milli Eğitim Bakanlığı'nın yaptığı düzenlemeler doğrultusunda, uzaktan eğitim yapan kurumların, okul kayıt sözleşmeleri kapsamında, eğitim hizmetini hukuki imkânsızlık bağlamında ifa edemedikleri ve bundan dolayı velilerin TBK'nın 137. maddesinde açıklanan kısmi imkânsızlık hükümlerine dayanarak imkânsızlık oranında bedelde indirim görüşünün kabul görmeyeceği kanaatindedir. Bkz. DAL, Birnur, "Covid-19 Virüsü Sebebi ile Özel Okullar Tarafından Uygulanan Uzaktan Eğitimin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi", **Türkiye Özel Okullar Derneği Dergisi**, Temmuz 2020 S. 53, s. 21. Yazarin bu görüşüne katılmam mümkün değildir. Milli Eğitim Bakanlığı'nın eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülmesine olanak getirmesi, özel okul sözleşmelerinin uzaktan eğitim hükümlerine tabi olduğu, velilerin bu durumu kabul etmek zorunda oldukları anlamına gelmez.

²⁴ Konusu örgün eğitim olan özel okul sözleşmesiyle uzaktan eğitim sözleşmesi aynı mahiyette değildir. Özel okul sözleşmesinden özel okulun borcunun sadece bilginin aktarılması olarak değerlendirilmesi halinde eğitim öğretim faaliyetlerinin örgün yürütülmesiyle uzaktan eğitim yöntemiyle yürütülmesi arasında çok önemli bir fark bulunmamaktadır. Kanaatimizce eğitim-öğretim sözleşmesinden doğan borcun salt bilginin aktarılması olarak değerlendirilmesi sözleşmenin amacıyla bağdaşmaz.

²⁵ BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera; AKINCI, s. 95.

bakım evi gibi) eğitimden çok çocuğun bakım ve gözetimi ile sosyalleşmesinin ön planda olduğu dikkate alındığında, uzaktan eğitimin sözleşmenin yapılma amacını karşılamadığı açıktır. Okul öncesi sözleşmelerde veli uzaktan eğitimi kabul ederek sözleşme ilişkisini sürdürebileceği gibi tam imkânsızlık hükümlerine de dayanabilir²⁶.

2. İmkânsızlığın Karşı Edime Etkisi

Kusursuz ifa imkânsızlığı, borçlunun imkânsızlık ölçüsünde ifa yükümlülüğü ile tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır. Özel okuldan sözleşme uyarınca üstlendiği borçlarını tam veya gereği gibi ifa edememesinden dolayı aynen ifa talep edilemeyeceği gibi tazminat da talep edilemez. Bu durum TBK m. 137/I'de "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur.*" şeklinde düzenlenmiştir²⁷. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere uzaktan eğitim kapsamında yerine getirilemeyen veya getirilmesi mümkün olmayan borçlar sona erer ve bundan dolayı özel okuldan tazminat istenemez²⁸. Bu durumu ortaya çıkmasında özel okulun kusuru bulunmamaktadır.

Hükümün devamında kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağına açıkça anlaşılması halinde borcun tamamının sona ereceği düzenlenmiştir (TBK m. 137/I, c. 2)²⁹. Ülkemizde lise sonuna kadar eğitimin zorunlu olması öngörüldüğünden Milli Eğitim Bakanlığının kararıyla uzaktan eğitime geçilmesi halinde veli, kural olarak uzaktan eğitime geçileceğini öngörseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez. Eğitimin kesintisiz devam etmesi asıl olup, bu durum veliye kural olarak tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını sağlama hakkı vermez. Ancak okul öncesi sözleşmeler bakımından TBK m. 137/I, c. 2'nin uygulanması mümkündür. Covid-19 sebebiyle uzaktan eğitime geçileceğinin öngörülmesi halinde çoğu velinin sözleşmeyi yapmayacağı açıktır. Bundan dolayı okul öncesi sözleşmeleri bakımından 16 Mart 2020 tarihinden itibaren tam imkânsızlık hükümleri uygulanabilir.

Kısmi ifa imkânsızlığının karşı edimi etkisi TBK m. 137/II'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.*"³⁰. Karşılıklı borç

²⁶ Okul öncesi sözleşmelerde çocuğun bakımın, gözetimi ön planda olsa velinin eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülmesine razı olması söz konusu olabilir. Bundan dolayı okul öncesi sözleşmelerin imkânsızlık sebebiyle hükümsüz hale geldiği veya sona erdiğinin kabulü yerine velinin dilerse uzaktan eğitim yoluyla sözleşme ilişkisini sürdürebileceğinin veya TBK m. 137 gereği sözleşmeden doğan borcun tamamıyla imkânsız hale geldiğini ileri sürebileceğinin kabulü gerekir.

²⁷ Kısmi imkânsızlığın borç ilişkisine etkisi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 576 vd.

²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 418, dn. 170.

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 576-577.

³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 578.

yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcunun kısmen imkânsız hale gelmesi halinde karşı edim de aynı oranda ifa edilir. Bir diğer ifadeyle bir tarafın borcunun kısmen imkânsız hale gelmesi, karşı edimin de aynı oranda sona ermesine sebep olur. Örneğin kapsamı daralan eğitim hizmetiyle orantılı olarak ücretin de indirilmesi, sözleşmesi kapsamında vaat edilen yemek hizmetlerinin okul ücretinden düşülmesi gerekir.

Alacaklının kısmen ifaya razı olması veya razı olmak zorunda kalması halinde karşı edim TBK m. 137/II gereği aynı oranda ifa edilir. Görüldüğü üzere borcun ifasının kısmen imkânsız hale gelmesi karşı edimin de aynı oranda sona ermesini sağlar³¹. Özel okul, borcu imkânsız hale geldiği oranda alacak hakkını kaybeder. Eğitim ücretinin tamamı daha önce ifa edilmişse, fazladan alınanların sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edilmesi gerekir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcunun ifasının kusursuz olarak imkânsızlaşması (tam veya kısmî) halinde karşılıklı edim dengesinin korunması gözetilmiş, bir tarafın borcunun ifasının imkânsızlaşmasına bağlı olarak karşılıklı borçların sona ermesi düzenlenmiştir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimler tarafların iradesi doğrultusunda bir denklik oluşturmaktadır. Sonradan ortaya çıkan sebeplerle borcun ifasının imkânsız hale gelmesi karşılıklı edimlerin dengesini bozmakta, bir tarafın borcunun sona ermesine bağlı olarak karşı tarafın da borcu sona ermektedir.

Özel okul sözleşmeye mücbir sebep hallerine ilişkin hüküm koyulabilir³². Ancak uygulamada özel okullar Milli Eğitim Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu standart sözleşmeyi kullanmakta ve bu sözleşmede mücbir sebebe ilişkin bir hükme yer verilmemektedir. Yönetmelik m. 7'de olağanüstü durumlarda eğitim ve öğretime ara verilebileceği, m. 33 gereği eğitim ve öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülebileceği düzenlenmişse de bu hükümler velinin kısmi ifa imkânsızlığı uyarınca karşı ediminin de sona ermesini engellemektedir. Diğer bir ifadeyle Yönetmelikte imkânsızlık halinde eğitim-öğretim faaliyetlerinin nasıl yürütüleceği konusunda düzenleme yer almakla birlikte, eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan yürütülmesinin sonuçlarına yer verilmemektedir³³. Bu da

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 577.

³² Mevcut özel okul sözleşmelerinde mücbir sebebe ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce önümüzdeki yıllarda yapılacak sözleşmelere bu yönde hükümler koyulacaktır. Bu tür hükümlerin geçerli olup olmadığı TKHK m. 5 ve TBK m. 20 vd. hükümlerince değerlendirilir.

³³ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere öğretime bazı yazarlar uzaktan eğitime geçilmesiyle özel okul sözleşmesinin yasal olarak uyarlandığını ve sözleşmenin içeriğinin değiştiğini kabul etmektedir. Bkz. AKINCI, s. 96. Uyarlamadan söz edebilmek için sözleşme koşullarının olağanüstü sebeplerle değişmesi, yeni duruma uydurulması gerekir. Uyarlama kalıcı olarak yapılan bir işlemdir. Oysa özel okul sözleşmeleri bakımından örgün eğitim yerine uzatan eğitime geçilmesi geçici süre ile uygulanan bir durumdur. Ayrıca Milli Eğitim Bakanlığı eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülmesine karar verse de bu durumun özel okul sözleşmesine etkisine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

uyuşmazlığın Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri uyarınca çözülmesini gerekli kılmaktadır.

Özel okul sözleşmelerinde mücbir sebep oluşturan hallere ilişkin hüküm koyulsa bile bu hükümlerin geçerliliği bakımından şu hususu mutlaka dikkate almak gerekir. Sözleşmede özel okulun mücbir sebepten dolayı borcunu ifa edememesine rağmen velinin okul ücretini tam ödeyeceğine ilişkin kayıtlar³⁴ genel işlem koşulu veya haksız şart olarak dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak kadar veli aleyhine olacağından kesin hükümsüzdür (TBK m. 25, TKHK m. 5)³⁵. Dolayısıyla bu tür hükümlere dayanarak mücbir sebep halinde okul ücretinin tamamı talep edilemez.

C. Ayıplı Hizmet Hükümlerine Gidilmesi

1. Ayıplı Hizmet Kavramı

Milli Eğitim Bakanlığı'nın Covid-19 sebebiyle eğitim ve öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesine karar vermesi özel okulun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca ayıptan sorumluluğuna sebep olabilir. Aslında hizmetin ifasının tamamen imkânsız hale gelmesi işin niteliği gereği ayıplı hizmetten sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması engeller. Oysa Covid-19 sebebiyle alınan önlemler hizmetin ifasını tamamen imkânsız hale getirmemekte, sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilememesine ve kapsamının daralmasına sebep olmaktadır. Özel okul, sözleşmeyle bir eğitim ve öğretim yılında veliye karşı örgün eğitim verme borcu altına girmektedir. Covid-19 sebebiyle alınan önlemler kapsamında uzaktan eğitime geçilmesi ve özel okulların sözleşmeden doğan borçlarını kısmen ifa edebilmesi, özel okulun ayıplı hizmetten sorumluluğuna yol açabilir³⁶.

³⁴ Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1'de haksız şartlara örnek olabilecek haller sınırlı sayıda olmayacak şekilde düzenlenmiştir. Yönetmelik Ek-1, 1/b'ya göre, sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dâhil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar haksız şart sayılır.

³⁵ Benzer açıklamalar için bkz. AKINCI, s. 96; BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera.

³⁶ BELLİCAN/ACAR ÜNAL, Lexpera, AKINCI, Covid-19 sebebiyle özel okullarla yapılan sözleşmelerin idare veya kanun koyucu tarafından değişen şartlara uyarlandığını, örgün eğitimden vazgeçilerek uzaktan eğitime dönüştürüldüğünü, yapılan sözleşmelerin içeriğinin değiştiğini, özel eğitim kurumlarının değişen bu içeriğe uygun olarak hizmet vermelerinin ayıplı hizmet sayılmayacağını kabul etmektedir. AKINCI, s. 96; *Dal* ise eğitim-öğretim hizmetlerinin asıl olanın bilgi aktarımı olduğunu, uzaktan eğitimde örgün eğitimle aynı müfredatın takip edildiğini, bundan dolayı ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bkz. DAL, s. 18-20; Eğitim-öğretim faaliyetlerinin sadece bilgi aktarımı olarak kabul edilmesi halinde bile bu görüşe katılmamaktayız. Eğitim-öğretim faaliyetlerinin temel amacı sadece öğrenciye bilgi aktarılması değildir. Eğitim-öğretim faaliyeti içinde öğrenciye bilgi aktarılması, belli bir disiplin içinde yetiştirilmesi, küçük yaş gruplarında çocukla ilgilenilmesi, çocuğun eğilimlerine göre özel destekler verilmesi (spor, müzik, sanat gibi) vardır. Eğitim-öğretim faaliyetlerine sırf bilginin

Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü'nün 08.05.2020 tarihli yazısı uyarınca uzaktan eğitimin telafi eğitiminin bir parçası olduğu ve uzaktan eğitimin rastgele bir eğitim olmayıp yüz yüze eğitim için hazırlanmış olan müfredatın birebir takip edildiği bir eğitim modeli olduğu belirtilmiştir³⁷. Bakanlık, eğitim-öğretim hizmetlerinin uzaktan eğitim yoluyla da verilebileceğini ifade etmiştir. Milli Eğitim Bakanlığı'nın eğitim-öğretim faaliyetlerinin kesintisiz devam etmesi için gerekli olan işlemleri yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Covid-19 sebebiyle örgün eğitime ara verilmesi, bunun yerine uzaktan eğitime geçilmesi, uzaktan eğitim yönteminde aynı müfredatın takip edilmesi, özel okulların borcunu tam ve gereği gibi ifa ettiği anlamına gelmemektedir. Milli Eğitim Bakanlığı eğitim-öğretim faaliyetlerinin kesintiye uğramaması için bazı önlemler almış, bazı düzenlemeler yapmış olabilir. Bu düzenlemelerin veli ile özel okul arasındaki sözleşme hükümlerini değiştirdiği veya ortadan kaldırdığı ya da sözleşmenin yeni duruma uyarlandığı anlamına gelmez.

Özel okul sözleşmesi örgün eğitim modeli esas alınarak yapılan sözleşmelerdir. Milli Eğitim Bakanlığının aldığı kararlar belli bir süre ile uzaktan eğitim modeline geçilmesi, özel okul sözleşmesinden doğan borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesini engelleyen bir durumdur. Borcun tam ve gereği gibi ifa edilememesi ise ayıptan sorumluluğu gündeme getirir. Ayıptan sorumluluk, borçlunun kusuruna dayanmayan, kanundan doğan bir sorumluluktur³⁸. Özel okul ile veli arasındaki sözleşmenin tüketici işlemi olduğu ve bu sözleşmenin konusunun bir hizmetin görülmesi olduğu dikkate alındığında, Covid-19 sebebiyle uzaktan eğitime geçilmesi, özel okulun TKHK m. 13 vd. hükümlerince ayıplı hizmetten sorumluluğuna yol açabilir.

Ayıplı hizmet TKHK m. 13/1'de şu şekilde tanımlanmıştır: “*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*”. Yine hükmün ikinci fıkrasında “*Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır*”. Bu hükme göre, sağlayıcının ayıplı hizmetten sorumluluğunun üç halde ortaya çıkabileceği anlaşılmaktadır. Bunlar; hizmetin sözleşmede kararlaştırılan sürede başlamaması, hizmetin taraflarca kararlaştırılmış olan nitelikleri taşıyamaması ile hizmetin

aktarılması olarak bakılması halinde bile uzaktan eğitimin örgün eğitimin kapsam ve kalitesinden uzaklaştığı açıkça görülür. Uzaktan eğitim yönteminde öğrenci, örgün eğitimde olduğu gibi öğretmenle birebir etkileşim içinde değildir. Ayrıca örgün eğitimde kırk dakika olan ders saati, uzaktan eğitim yönteminde otuz dakika olarak yapılmaktadır. Bu bile başlı başına eğitim-öğretim hizmetinin ders saati başına on dakika kısaldığını, alınan hizmetin kapsamının daraldığını gösterir.

³⁷ Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü'nün 08.05.2020 tarih ve 169155068-405.99-E.6847742 sayılı Yazısı.

³⁸ ÇABRİ, s. 326; AYDOĞDU, s. 160.

objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımasıdır. Covid-19 sebebiyle alınan önlemler özel okul sözleşmeleri uyarınca alınan hizmetin daralmasına, kapsamının azalmasına ve sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilememesine sebep olmuştur. Ayıplı hizmetten sorumluluğu yol açan hallerden biri olan hizmetin kararlaştırılan sürede başlamaması Covid-19 sebebiyle alınan önlemler bakımından uygulanabilir değildir. Bundan dolayı açıklamalarımız hizmetin sağlayıcının bildirdiği nitelikler ile objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımasıyla sınırlı olacaktır.

Özel okullar bakımından Covid-19 sebebiyle ayıptan sorumluluğa yol açabilecek ilk hal hizmetin taraflarca kararlaştırılmış nitelikleri taşımasıdır³⁹. Kararlaştırılan niteliklerden kasıt, sağlayıcının hizmete ilişkin yaptığı bildirimlerdir. TKHK m. 13/2’de “*Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.*”. Hizmete ilişkin nitelik bildirimini iki şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak sağlayıcı hizmetin bazı özellikleri taşıdığını sözleşmede bildirmiş olabilir. Özel okul sözleşmelerinde hizmetin niteliklerine ilişkin bilgilere yer verilmediği görülmektedir. İkinci olarak ise sağlayıcı yazılı sözleşmede hizmete ilişkin nitelik bildirimde bulunmamakla birlikte internet portalında veya reklam ve ilanlarında hizmetin özelliklerine yer vermiş olabilir. Nitelik bildiriminin mutlaka yazılı sözleşmede yer alması zorunlu değildir. Özel okulun hizmete ilişkin internet portalında, reklâm ve ilanlarında yer verilen özellikler de nitelik bildirimini kapsamında olup, bu halde bildirilen hususların bulunmaması da özel okulun (sağlayıcının) ayıptan sorumluluğuna yol açar⁴⁰.

³⁹ Nitelik bildirimleriyle ilgili olarak bkz. İNCEOĞLU, M. Murat, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, s. 210; AYDOĞDU, s. 121-122; ÇABRİ, s. 291 vd.; BAŞ SÜZEL, Ece, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 982 vd.

⁴⁰ Bkz. AYDOĞDU, s. 121; İNCEOĞLU, s. 210; ÇABRİ, s. 291; “*Davacılar, davalıyla yaptıkları devre tatil sözleşmesi gereğince devre tatil hakkını kullandıklarını belirtmişler ancak ayıplı hizmet nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi için bu davayı açmışlardır. Davacılar 11 Ağustos-18 Ağustos 2001 tarihleri arasında devre tatil hakkını kullandıktan sonra tatilden dönüşte durumu davalı şirkete bildirmişler, daha sonra da 3.9.2001 tarihli ihtarnameyi göndererek, ödedikleri paranın ve verdikleri senetlerin iadesini istemişlerdir. Yargılama sırasında, davacıların tatil yaptıkları davalıya ait tesislerde keşif yapılmış olup bilirkişi raporunda, tanıtım broşüründe vaad edildiği halde tesiste bulunmayan özellikler sayılmıştır. Tanıtım broşüründe davalıya ait tesiste 12 km.ye varan kayak pistlerinin evlerin içinde şöminenin, kapalı yüzme havuzunun, beş yıldızlı bir otelin bulunduğu belirtildiği halde bunların dava konusu tesiste bulunmadığı anlaşılmıştır. Keza tanıtım broşüründe resimleri basılı olan futbol-voleybol-basketbol sahalarının, dava konusu tesiste aynı kalitede olmadığı da yine bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Şu halde davalının verdiği hizmet 4077 sayılı yasanın 4/1 maddesinde tanımlanan ayıplı hizmettir. Ayrıca 4077 sayılı yasanın 16. maddesi gereğince tüketicuyu aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici reklam ve ilamlar yapılması da yasaktır. Davacıların sözleşmeyi feshetmeleri haklıdır. Bu durumda davacılar ödedikleri bedelin ve henüz ödenmemiş senetlerle mükerrer olarak düzenlenen senetlerin iadesini isteyebilirler. Ne var ki 4077 sayılı yasanın 4/5 maddesi gereğince ayıplı hizmetin*

Nitelik bildirim, hizmette belirli niteliklerin bulunduğu veya bulunmadığı şeklinde olumlu veya olumsuz olabilir. Bildirilen niteliklerin yokluğundan dolayı özel okulun sorumluluğuna başvurulabilmesi için bildirim ciddi olması gerekir⁴¹. Diğer bir ifadeyle bildirilen nitelikler sözleşmenin yapılmasında etkili olmalıdır. Özel okulun hizmeti satmak için teamülden olan ve genel olarak güzel gösterme çabası nitelik bildirim olarak göz önüne alınmaz⁴². Reklam ve ilanlarda yer verilen nitelik bildiriminin ciddi olmadığı, abartılı olduğu somut olaya göre dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir⁴³. Örneğin özel bir okulun yabancı dil eğitimine ilişkin internet sitesinde yer alan bilgiler (dersin niteliği, haftalık saati vb.) özel okulun bildirdiği niteliklerden olup, bunların olmaması sağlayıcının sorumluluğuna yol açar. Günümüzde birçok veli özel okula ilişkin sözleşmeyi yapmadan önce hizmete ilişkin ilanlara, internet portalına bakarak eğitimin özellikleri ve kapsamın hakkında bilgi edinmekte, edinmiş olduğu bu bilgiler sözleşmenin yapılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, reklâm, ilan veya internet yoluyla kamuya yapılmış olan bu tür bildirimlerden, sağlayıcının ve tüketicinin haberdar olduğu ve bu bilgiler ışığında sözleşmeyi kurduğu varsayılmaktadır. Ancak hizmeti güzel göstermek amacıyla yapılmış abartılı ifadeler nitelik bildirim kapsamında değerlendirilemez⁴⁴. Örneğin okulda geleceğin dâhilerinin yetiştirildiğine ilişkin bilgiler, hizmeti güzel göstermek amacıyla yapılmış abartılı beyanlardır.

Özel okul herhangi bir bildirimde bulunması bile eğitim-öğretim faaliyetinin objektif olarak bazı nitelikleri taşıması gerekir. Bu durum TKHK m. 13/1'de "*objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan*" şeklinde, 13/2'de ise "*yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukukî veya ekonomik eksiklikler*" olarak ifade

yeniden görülmesi imkânsızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise, bedel iadesinde, tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır. Mahkemece davacıların tatil yaptıkları bir haftalık süreye ilişkin bedel konusunda uzman bilirkişi aracılığı ile saptanarak, bu miktarın iade edilecek satış bedelinden tenzili gerekir. Yazılı şekilde davanın reddi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2003/2749, K. 2003/5860, T. 12.05.2003, www.legalbank.net (19.07.2016).

⁴¹ Bkz. EREN, **Özel Hükümler**, s. 109; SCHÖNLE, Herbert/HIGI, Peter/GUT, **Beat, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529), Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung Art. 192-204 OR**, Dritte, völlig neue bearbeitete Auflage, Zürich 2005, s. 232; ÇABRİ, s. 292.

⁴² TANDOĞAN, s. 166; HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8. Auflage, Bern 2006, s. 83; ARSLANLI, Halil, **Ticarî Bey**, 3. Bası, İstanbul 1953, s. 322; BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971, s. 75; ÇABRİ, s. 292.

⁴³ GÜMÜŞ, s. 133; ÇABRİ, s. 292.

⁴⁴ Bk. ÇABRİ, s. 292; GÜMÜŞ, s. 132-133; ATAMER, M. Yeşim/BAŞ, Ece, "Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk", **İBD**, C. 88, 2014, Özel Sayı, s. 24; BAŞ SÜZEL, s. 982.

edilmiştir⁴⁵. Hükümde hizmetin objektif olarak sahip olması gereken nitelikler bakımından bazı kriterlere yer verilmiştir.

Bunlardan ilki yararlanma amacı bakımından hizmetin değerini azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerdir. “Yararlanma amacı bakımından” derken hizmetin objektif olarak taşınması gereken nitelikler esas alınmıştır. Her hizmetin taşıdığı bazı nitelikler vardır. Bu nitelikler hizmetten yararlanma amacını ortaya koyar. Bu niteliklerin olmaması sağlayıcının ayıptan sorumluluğuna yol açar. Özel okul sözleşmeleri kapsamında değerlendirecek olursak sözleşmenin amacı, eğitim-öğretim faaliyetlerinin okulda hafta içi tam gün ve örgün olarak yürütülmesidir. Eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla yürütülmesi öğrencilerin bu hizmetlerden tam olarak yararlanmasını, sosyalleşmesini ve gelişimini olumsuz etkilemekte, örgün eğitimin sunduğu avantajların tamamından mahrum kalmalarına sebep olmaktadır.

İkincisi ise tüketicinin hizmetten beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerdir. Tüketicinin bir hizmetten beklentisi sübjektiftir. Hizmetten beklenen faydanın belirlenmesinde tüketicinin her beklentisi değil, ortalama tüketicinin beklentisi esas alınır⁴⁶. Hizmetin objektif olarak taşınması gereken nitelikleri buldurması halinde tüketicinin beklentisini karşıladığı kabul edilir. Sağlayıcının ayrıca bildiri yoksa⁴⁷, objektif özellikleri taşıyan bir hizmetin tüketicinin beklentisini karşılamadığı gerekçesiyle sağlayıcının sorumluluğuna başvurulamaz. Özel okul sözleşmeleri bakımından değerlendirilecek olursak, sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile günlük sekiz saat örgün eğitim verilmesi

⁴⁵ Bkz. ÇABRİ, s. 293-294; BAŞ SÜZEL, s. 984; “Davacı, davalının işlettiği otelde tatil yaparken, otel içindeki restoranta giden yolda düşerek yaralandığını, uzun süre tedavi gördüğünü, yaralanması sebebiyle kazanç kaybı, manevi tazminat, transport masrafı olarak toplam 7797 EURO alacağının tahsili için davalı aleyhine başlattığı İcra takibine davalının haksız itiraz ettiğini öne sürerek itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. 1- 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun, birinci madde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut olay değerlendirildiğinde, tüketici davacı ile, satıcı davalı arasındaki hizmet satışından kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Hal böyle olunca sözü edilen yasanın 23. maddesi hükmü gereğince davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2006/14395, K. 2007/1951, T. 14.02.2007, www.legalbank.net (25.12.2020).

⁴⁶ Bkz. GÜMÜŞ, s. 133; AYDOĞDU, s. 124; ÇABRİ, s. 295.

⁴⁷ Bkz. ÇABRİ, s. 295-296; GÜMÜŞ, s. 133.

velinin özel okuldan beklediği faydayı oluşturur. Bunun yanında resim, müzik, beden eğitimi gibi derslerde uygun ortamın sağlanmasının zorunlu olduğu ve öğretmenin rol model olarak büyük önem arz ettiği, öğrenciyle doğrudan iletişimin gerektiği derslerin uzaktan eğitim yoluyla gereği gibi yürütülmesi için niteliği gereği mümkün değildir. Sözleşmede hüküm olmasa bile bu gibi derslerin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülememesi özel okulun ayıptan sorumluluğuna yol açar.

Hizmetin ayıplı olması maddi, hukukî veya ekonomik eksiklik olarak karşımıza çıkabilir. Covid-19 sebebiyle eğitimin uzaktan yoluyla sürdürülmesi hukukî ayıp niteliğindedir. Hukukî ayıp, hizmetten yararlanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran kamu hukukundan doğan eksiklikleri ifade eder⁴⁸. Covid-19 tek başına örgün eğitime ara verilmesi ve uzaktan eğitime geçilmesinin sebebi değildir. Eğitim ve öğretim faaliyetlerinin uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesi kararı Milli Eğitim Bakanlığı tarafından alınmış ve okullarda örgün eğitim verilmesi belli bir süre ile kesin olarak yasaklanmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı böyle bir karar almasaydı Covid-19 tek başına borcun ifasına engel oluşturmayacaktı. Bundan dolayı özel okulların sözleşmeden doğan borcunu kısmen veya tamamen ifa edememesi kamu hukukundan kaynaklanır.

Sağlayıcının sorumluluğuna başvurabilmek için hizmetteki eksikliklerin önemli olmasının gerekip gerekmediği konusunda hükümde bir açıklık bulunmamaktadır. TKHK m. 13'te sağlayıcının sorumluluğu bakımında "*tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran*" ölçütüne yer verilmiştir. Acaba bu ifade TBK m. 219'da olduğu gibi önemli ayıpları mı kapsamaktadır, yoksa önemli olmayan ayıplardan dolayı da sağlayıcının sorumluluğuna başvurulabilecek midir? Öğretide bazı yazarlar, sağlayıcının sorumluluğunun beklenen faydanın azalmasının sadece önemli olduğu hallerde söz konusu olabileceği, hizmetin görülmesi sırasında ortaya çıkan önemsiz eksikliklerin sağlayıcının ayıptan sorumluluğuna yol açmayacağı kabul edilmektedir⁴⁹. Bazı yazarlar ise, önemsiz ayıplarda da sağlayıcının ayıptan sorumluluğuna başvurulabileceği, ancak bu halde tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını kabul etmektedir⁵⁰. Biz ikinci görüşü katılmaktayız. Önemli olmayan ayıplardan dolayı da tüketici sağlayıcının sorumluluğuna başvurabilir. Ancak bu gibi hallerde sözleşmeden dönülemez veya sözleşme feshedilemez; dönme veya fesih hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olur. Buna karşılık tüketici, bedelde indirim ve koşulları varsa tazminat isteyebilir.

2. Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar

⁴⁸ ÇABRİ, s. 296; GÜMÜŞ, s. 134.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 134; ÇABRİ, s. 296; AKINCI, s. 97.

⁵⁰ ATAMER/BAŞ, "Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk", **İBD**, C. 88, 2014, Özel Sayı, s. 26-27; AYDOĞDU, s. 144-145; BAŞ SÜZEL, s. 982.

a. Genel Olarak

Ayıplı hizmetten sorumluluk kapsamında tüketicinin sahip olduğu haklar TKHK m. 15’de düzenlenmiştir. Ayıplı hizmetten sorumlulukta tüketiciye dört seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar; hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelde indirim yapılması ve sözleşmeden dönmedir (TKHK m. 15/1). Ayrıca tüketici bu haklardan biriyle birlikte TBK genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına da sahiptir (TKHK m. 15/1, son). Tazminat bağımsız olarak talep edilebileceği gibi diğer seçimlik haklarla birlikte de talep edilebilir. Tüketicinin ayıplı hizmetten dolayı uğradığı zararların tazminini talep edebilmesi için sağlayıcının borcun gereği gibi ifa edilmemesinde kusurlu olması gerekir (TBK m. 112).

Tüketici, kural olarak sahip olduğu haklardan dilediğini seçme hakkına sahip olup, sağlayıcı tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür⁵¹. Bu durum TKHK m. 15/1’de, “*Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilmiştir⁵². Aslında aynı hükmün bir önceki cümlesinde tüketicinin seçimlik haklardan dilediğini kullanma hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmekle birlikte, sağlayıcının tüketiciye istediği hakkı dayatmasının önüne geçilmesi amacıyla bu durum özellikle vurgulanmıştır. Covid-19 sebebiyle alınan önlemlere bağlı olarak tüketicinin TKHK m. 15’deki

⁵¹ GÜMÜŞ, s. 139; ÇABRİ, s. 304; AYDOĞDU, s. 167-168; BAŞ SÜZEL, s. 985; “*Davacı, davalıdan satın aldığı aracın sele kapılması sonucu davalı tarafından tamir edildiğini, aracın bu kez 12 defa arıza yaptığını, aracın ayıplı olduğunu, devamlı arızalar verdiğini ileri sürerek aracın yeni bir araçla değişimi talebi ile eldeki davayı açmıştır. Taraflar arasındaki uyumsuzluk 4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun 4/A maddesinde tanımlanan ayıplı hizmet sunulduğu iddiasından kaynaklanmakta olup, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)’un 4. maddesinde "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaat edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet olarak kabul edilir." denilmekte, devam eden fıkralarda ise buna ilişkin biçimsel koşullar sayılmaktadır. Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin 16.maddesinde "Servis istasyonlarının ayrı bir tüzelkişiliği olsa dahi imalatçı-üretici ve /veya ithalatçılar, satış sonrası hizmetlerin sağlanmasından ve yürütülmesinden servis istasyonları ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 15.maddesinde "imalatçı-üretici ve /veya ithalatçılar, garanti belgesi ile sattıkları malların bakım onarım ve kullanımına ilişkin satış sonrası servis hizmetlerini yeterli olarak ve bunun için gerekli tedbirleri almak zorundadır." Düzenlemeleri mevcuttur. Somut uyumsuzlukta davacının sele kapılan aracının davalı tarafca tamir edilmesine rağmen 12 kez arıza yaptığı dosyadaki servis iş emirleri ile sabit olduğundan, davalının ayıplı hizmet verdiği sabittir. Hal böyle olunca 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı TKHK’nın 4. maddesi gereğince ayıplı hizmet karşısında tüketici, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında indirimi ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir.”. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2014/8435, K. 2014/17631, www.kararara.com (25.12.2020).*

⁵² Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2014/2043, K. 2014/14537, K. 06.05.2014, www.hukukturk.com (25.12.2020); Yargıtay 13. HD, E. 2007/11592, K. 2008/1274, T. 04.02.2008, www.kararara.com (25.12.2020).

hangi hakları kullanabileceği somut olaya göre değerlendirilmelidir. Örneğin ülkemizde yürürlükte olan zorunlu eğitim gereği veliler kural olarak sözleşmeyi feshedemez. Ancak okul öncesi sözleşmeler bakımından durum farklıdır. Anaokullarında (kreşlerde, gündüz bakımında) çocuğun bakımı, sosyalleşmesi, gözetilmesi ön planda olması ve okul öncesi yaş grubunun uzaktan eğitime elverişli olmaması sebebiyle sözleşmenin feshi mümkündür.

b. Ayıp Oranında Bedelde İndirim İsteme

Ayıplı hizmette tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklardan biri ayıp oranında bedelden indirim istemedir (TKHK m. 15/I)⁵³. Bedelin indirilmesi hakkının kullanılması halinde özel okul sözleşmesi ve ona bağlı olan bütün haklar geçerliliğini korumakla birlikte, özel okul bedeli ayıpla orantılı olarak indirmiş olur.

Ayıp oranında bedelin indirilmesini isteme hakkının hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide bu hakkın değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak biz bu hakkın hukuken kısmî bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu kabul etmekteyiz. Bu hakkın kullanılmasıyla sözleşmenin esaslı unsurlarından olan bedel ayıp oranında kısmen hükümsüz hale gelir.

Bedelden indirilecek tutarın belirlenmesinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵⁵. Öğretide ağırlıklı görüşü savunanlar, indirilecek miktarın belirlenmesinde nispi yöntemin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶. Bu metoda göre, hizmetin ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki oran, karşılaştırılan bedele uygulanarak ödenecek bedel bulunur. Bu metod sözleşme konusu hizmetin bedelinin yüksek veya düşük olmasının indirilecek tutara yansıtılması bakımından adalete en uygun olanıdır. Özellikle özel okullarda fiyat farklılıklarının olduğu dikkate alındığında

⁵³ Bkz. AYDOĞDU, s. 180; ÇABRİ, s. 313 vd.; GÜMÜŞ, s. 141; BAŞ SÜZEL, s. 988.

⁵⁴ URAL UÇAR, Nihal, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıba Karşı Tekeffül, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 101.

⁵⁵ Ayıplı maldan sorumlulukta tüketicinin bedelde indirim hakkını seçmesi halinde ileri sürülen görüşler, ayıplı hizmet için de geçerlidir.

⁵⁶ Satış sözleşmesi için kabul edilen bu görüş, ayıplı hizmetlerde indirilecek bedelin belirlenmesi için de geçerlidir. Nispi metod hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KELLER, Max/SIEHR, Kurt, **Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, Zürich 1995, s. 92; TANDOĞAN, C. I/1, s. 197; EDİS, Seyfullah, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963, s. 124; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 200-201; HONSELL, s. 102-103; YAVUZ, Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989, s. 185; ARSLANLI, s. 339; BUCHER, **Besonderer Teil**, s. 101-102; ÇABRİ, s. 314-415; AYDOĞDU, s. 171-172; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 138; GÜMÜŞ, s. 141; Yargıtay'ın kararları satış sözleşmelerinde bedelden indirilecek miktarın belirlenmesinde nispi metodun uygulanması gerektiği yönündedir. Bkz. Yargıtay 13. HD, T. 10.11.1980, E. 5071/5769, YKD, 1981, s. 331; Yargıtay 13. HD, T. 05.03.2015, E. 2014/18179, K. 2015 / 6816, www.hukukturk.com (25.12.2020); Yargıtay 13. HD, T. 13.04.2014, E. 2013/8150, K. 2014/7244, www.hukukturk.com (25.12.2020).

indirilecek miktarın belirlenmesinde nispi metodun uygulanması taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesinde en uygun olan çözümdür⁵⁷.

Tüketicinin ayıp oranında bedelde indirim hakkını kullanması halinde indirilen kısmın sözleşmeye etkisi bedelin ödenip ödenmemesine göre değişir. Özel okul bedelinin ödenmediği hallerde ayıptan indirilecek miktar oranında borç sona erer; özel okul bedelinin ödemesi halinde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerince indirilecek miktarın iadesini isteme hakkı doğar. İade borcu TKHK m. 15/3'de "*Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketicie iade edilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre bedelde indirim hakkının kullanılmasıyla sağlayıcının iade borcu muaccel olur.

Ayıptan sorumluluk kapsamında indirilecek miktarın belirlenmesinde dikkatli hareket edilmesi gerekir. İndirilecek miktarın belirlenmesinde verilen eğitimin daralan kapsamı yanında, özel okulların uzaktan eğitim süresince verdiği fazladan hizmetler ile yapılacak telafi eğitimlerinin dikkate alınır. Milli Eğitim Bakanlığı Ağustos 2020 sonu itibarıyla üç haftalık telafi eğitimi yapılmasını öngörmüştür. Ancak telafi eğitimi olarak yapılması öngörülen üç haftalık eğitimin 2019-2020 eğitim-öğretim yılında yapılmayan üç aylık örgün eğitimin eksiklerini tamamen gidermesini beklemek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle telafi eğitimleri indirilecek miktarın belirlenmesinde dikkate alınır; ancak telafi eğitimlerinin eğitim ücretinin indirilmesini isteme hakkını ortadan kaldırma fonksiyonu yoktur.

Eğitim-öğretim faaliyetlerinin uzaktan yürütülmesi kapsamında özel okulların bazı masraflar yaptığı, bazı dersleri kaydederek internet sitesine yükleyerek öğrencilerin kullanımına sunduğu ifade edilmektedir. Özel okulların sundukları bu tür hizmetlerin de indirilecek ücretin belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür. Ancak burada şu hususu özellikle belirtmek gerekir. İndirilecek miktarın belirlenmesinde özel okulun normal zamanlarda sunduğu eğitim-öğretim hizmeti ile Covid-19 sebebiyle alınan önlemler kapsamında sunduğu eğitim-öğretim hizmeti arasındaki fark dikkate alınır. Özel okulun uzaktan eğitim faaliyetlerini sürdürmesi için fazladan bazı masraflar yapması, alınan hizmetin kapsamını artırmaz. Bundan dolayı indirilecek miktarın belirlenmesinde, tüketiciye sunulan hizmetin kapsamının esas alınması gerekir.

c. Sözleşmeyi Feshetme

Ayıplı hizmetten sorumluluk kapsamında tüketicinin sağlayıcıya yöneltebileceği haklardan biri de sözleşmeden dönmedir⁵⁸. Dönme hakkı hizmet sağlamanın ani edimli bir sözleşmeyle gerçekleştiği hallerde söz konusu olur. Örneğin bir

⁵⁷ Gümüş, TKHK m. 15/1'in "*ayıp oranında*" ifadesinin açıkça indirilecek bedeli belirlemede nispi metodun kullanılmasını emrettiğini belirtmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 141. Oysa Aydoğdu, ayıplı maldan sorumluluğu konusunda yaptığı açıklamalarda kanunda herhangi bir hesaplama yönteminin belirlenmediği görüşündedir. Bkz. AYDOĞDU, s. 171.

⁵⁸ AYDOĞDU, s. 180 vd.; GÜMÜŞ, s. 140; ÇABRİ, s. 317 vd.

otomobilinin tamirinin veya bakımının yapıldığı hallerde hizmetin ayıplı olmasında tüketici dönme hakkını kullanırsa sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelir. Oysa özel okul sözleşmelerinden doğan eğitim-öğretim borcu sürekli edimli niteliktedir. Bu tür sözleşmelerde ifaya başladıktan sonra hizmetin ayıplı olduğunun anlaşılması veya ayıbın hizmetin görülmeye başlanmasından sonra ortaya çıkması halinde sözleşmenin feshi söz konusu olur⁵⁹. Sözleşmenin feshi daha önce ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini etkilemez.

Özel okul sözleşmelerinde fesih hakkının olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Okul öncesi sözleşmelerde eğitim-öğretim faaliyetleri yanında çocuğun bakımı, gözetilmesi ve sosyalleşmesi ön plandadır. Okul öncesi eğitimin örgün olarak yürütülememesi halinde veliler sözleşmeyi feshedebilir⁶⁰. Oysa ilkokul, ortaokul ve lise eğitimi zorunludur. Milli Eğitim Bakanlığı'nın aldığı karar uyarınca uzaktan eğitime geçilmesi kural olarak sözleşmeyi feshetme hakkını engeller.

Fesih hakkının kullanılması şekle bağlı değildir⁶¹. Ancak ispat güçlüğü olmaması için fesih beyanının yazılı, kalıcı veri saklayıcısı gibi ispatlanabilen bir yolla yapılmasında tüketicinin yararı bulunmaktadır. Hizmetin ayıplı olmasında özel okulun kusuru olmasa bile tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi mümkündür.

Tüketicinin fesih hakkını kullanması bozucu yenilik doğuran bir hak olup, tüketicinin bu yöndeki iradesinin özel okula varmasıyla sözleşme geleceği etkili olarak ortadan kalkmış olur⁶². Fesih hakkının kullanılması koşula bağlanamaz.

Fesih hakkının kullanılmasının sonuçları TKHK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Fesih hakkı, özel okul sözleşmesini fesih beyanının karşı tarafa vardığı andan itibaren ileriye etkili olarak sona erdirir. Sözleşmenin sona ermesi üzerine, velinin ücret ödeme borcu fesih beyanının hüküm ve sonuç doğurduğu andan itibaren sona erer. Eğitim ücreti ödenmişse özel okul, feshin hüküm ve

⁵⁹ ÇABRİ, s. 317; GÜMÜŞ, s. 140; İNCEOĞLU, s. 213; *Baş Süzel*, ifa sürecine girilmiş sürekli edimli sözleşmelerde hizmetin ayıplı olması halinde sözleşmeden dönüleceğini, ancak dönmenin sözleşmeyi ayıplı ifa anından itibaren sona erdireceğini kabul etmektedir. Yazar buna gerekçe olarak ise sözleşmenin feshi halinde fesihden önceki dönemde ayıp oranında ödenen bedelin istenemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. BAŞ SÜZEL, s. 989-990; "*Davacılar, davalı şirketle 31.01.1999 tarihli devre tatil sözleşmesi yapmışlardır. Davacı taraf, 2003 yılında tatil hakkını kullanmak için Rezervasyon yaptırdığı halde, davalı şirketin "herşey dahil" sistemine geçtiğini bildirerek, ek ücretler talep ettiğini, kendilerinin bunları kabul etmemesi üzerine Rezervasyonun iptal edildiğini, ayrıca davalının kendilerini RCI'ya kayıt ettirme ve üç yıllık üyelik bedelini ödeme yükümlülüğünü de yerine getirmediğini belirterek bu davayı açmıştır. Davacı iddiaları dosyadaki delillerle kanıtlanmış olup, davacılar haklı nedenlerle sözleşmeyi feshetmişlerdir. Mahkemenin buna göre davacıların taleplerini değerlendirmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*". Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2004/10609, K. 2005/1658, T. 07.02.2005, www.legalbank.net (25.12.2020).

⁶⁰ Öğretide okul öncesi sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borcun sona ereceğini kabul etmektedir. Bkz. BELLİCAN/ACAR ÜNAL, *Lexpera*.

⁶¹ GÜMÜŞ, s. 140.

⁶² ÇABRİ, s. 318.

sonuç doğurduğu andan sonraki döneme denk gelen bedeli faiziyle iade etmek zorundadır.

Bedele uygulanacak faizin türü, faizin oranı ve faizin ne zamandan itibaren işletilmeye başlanacağı ayrı ayrı açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayıplı maldan sorumlulukta uygulanacak faizin türü öğretide tartışmalı olup, ileri sürülen görüşler ayıplı hizmette iade borcu bakımından da geçerlidir. Buna göre bazı yazarlar iade borcunu bakımından anapara faizinin uygulanacağı kabul ederken⁶³, bazı yazarlar ise temerrüt faizinin söz konusu olduğu kabul etmektedir⁶⁴. Kanaatimizce, burada anapara değil temerrüt faizi söz konusudur. Faiz oranı ise yasal faiz oranıdır. Ancak sağlayıcı tacir olduğundan tüketici, bedel için ayrıca ticari faiz oranı üzerinden uygulanacak faizi talep edebilir⁶⁵. Faiz eğitim öğretim ücretinin sağlayıcıya ödendiği andan itibaren işletilir.

d. Tazminat İsteme

Tüketici, seçimlik haklardan biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir (TKHK m. 15/I, c. son)⁶⁶. Ancak tazminat isteme hakkı genel hükümlere tabi olduğundan, tüketicinin uğramış olduğu zararların tazminini istemesi hizmetin ayıplı ifasında sağlayıcının kusurlu olmasına bağlıdır. TBK m. 112’de getirilen karine gereği, sağlayıcı kusursuzluğunu ispatlayamazsa, tüketicinin uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorundadır. Covid-19 sebebiyle örgün eğitime ara verilmesi ve uzaktan eğitime geçilmesinde özel okulu kusuru bulunmadığından velilerin uğramış olduğu zararları istemesi mümkün değildir.

e. Zamanaşımı

Tüketici, ayıplı hizmetten dolayı sahip olduğu seçimlik hakları iki yıllık zamanaşımına tabidir. TKHK m. 16/1’e göre, “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.*”⁶⁷. İki yıllık süre hizmetin ifa edildiği andan itibaren işlemeye başlar⁶⁸.

Ayıptan dolayı sorumlulukta tüketici sahip olduğu hakları iki yıl içinde kullanması gerekir. Süre kural olarak hizmetin ifası tarihinden itibaren işlemeye başlar⁶⁹. Görüldüğü üzere kanun koyucu sürenin başlangıcında hizmetin ifası tarihini esas

⁶³ Bu görüş için bkz. GÜMÜŞ, s. 112, dn. 124.

⁶⁴ ATAMER/BAŞ, s. 48.

⁶⁵ ATAMER/BAŞ, s. 48; ÇABRİ, s. 322.

⁶⁶ AYDOĞDU, s. 180; ÇABRİ, s. 325-326; GÜMÜŞ, s. 139-140.

⁶⁷ AYDOĞDU, s. 188; GÜMÜŞ, s. 147 vd.; ÇABRİ, s. 329-330; BAŞ SÜZEL, s. 993.

⁶⁸ TÜRKMEN, Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 2400; AYDOĞDU, s. 188; ATAMER/BAŞ, s. 58; GÜMÜŞ, s. 147; ÇABRİ, s. 330.

⁶⁹ TÜRKMEN, s. 2400; ATAMER/BAŞ, s. 58; GÜMÜŞ, s. 147; AYDOĞDU, s. 188.

almıştır. Ancak TKHK m. 13’de hizmetin sözleşmede kararlaştırılan zamanda başlamamasını da ayıplı ifa olarak kabul etmiştir. Sürenin başlangıcında hizmetin ifa edildiği an esas alındığına göre, hizmetin hiç ifa edilmediği hallerde iki yıllık süre sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanından itibaren işlemeye başlar. Sözleşmede ifa zamanının kararlaştırıldığı, ancak hizmetin kararlaştırılan zamandan sonra başladığı hallerde ise iki yıllık süre yine hizmetin ifasının fiilen başladığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

Sürekli edimli nitelikteki hizmetlerin görülmesine ilişkin sözleşmelerde hizmetin görülmesi sırasında ayıp ortaya çıkarsa, tüketicinin ayıptan doğan haklarını ayıbın ortaya çıktığı andan itibaren iki yıl içinde kullanması gerekir⁷⁰. Özel okul sözleşmelerinde ayıp hizmetin ifasına başladıktan belli bir süre ortaya çıkmıştır. Eğitim öğretim döneminin tamamı dikkate alınırsa dokuz aylık eğitim öğretim döneminin altı aylık kısmı sorunsuz ifa edilmiş, Covid-19 sebebiyle alınan önlemler kalan üç aylık kısmın gereği gibi ifasını engellemiştir. Bundan dolayı iki yıllık zamanaşımının başlangıcında Covid-19’a ilişkin tedbirlerin alındığı 16 Mart 2020 tarihinin esas alınması gerekir⁷¹. 2020-2021 eğitim yılı için ise hakların iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayrıca ileri sürülmesi gerekir.

İki yıllık süre zamanaşımı niteliğindedir⁷². Sürenin geçmesi ayıptan doğan hakların ileri sürülmesini ortadan kaldırmaz; ancak satıcı, zamanaşımını def’ini ileri sürerek tüketicinin kullandığı hakkı etkisiz hale getirebilir⁷³. Zamanaşımının durması ve kesilmesi sebepleri burada da uygulama alımı bulur⁷⁴.

Ayıplı hizmetten sorumlulukta genel zamanaşımı süresi iki yıl olsa da tarafların sözleşmeyle daha uzun bir süre kararlaştırmaları mümkündür⁷⁵. Sözleşmeyle daha uzun sürenin kararlaştırıldığı hallerde tüketici ayıptan doğan haklarını bu süre içinde ileri sürebilir. Ancak sözleşmeyle sürenin tüketicinin aleyhine olacak şekilde kısaltılması mümkün değildir⁷⁶; aksine anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

IV. ÖZEL OKUL BEDELİN KREDİLİ MEVDUAT HESABI ARACILIĞIYLA ÖDENMESİ HALİNDE BANKANIN SORUMLULUĞUNA GİDİLİP GİDİLEMEYECEĞİ SORUNU

Özel okul sözleşmelerinde velilere eğitim-öğretim bedelini ödeme konusunda genellikle dört seçenek sunulmaktadır. Bunlar peşin ödeme, kredi kartıyla tek çekimle ödeme, kredi kartına taksit yapılarak ödeme ve kredili mevduat hesabı yoluyla ödemedir. Seçilen ödeme türüne göre de eğitim-öğretim ücreti değişmektedir. Sözleşmede her yıl yapılan artışlar bakımından somut örnek

⁷⁰ TÜRKMEN, s. 2401.

⁷¹ Benzer örnekler için bkz. TÜRKMEN, s. 2401.

⁷² GÜMÜŞ, s. 147; TÜRKMEN, s. 3392.

⁷³ TÜRKMEN, s. 3419; ÇABRİ, s. 330.

⁷⁴ TÜRKMEN, s. 3411 vd.; ÇABRİ, s. 330.

⁷⁵ TÜRKMEN, s. 3396; ÇABRİ, s. 330; AYDOĞDU, s. 189.

⁷⁶ GÜMÜŞ, s. 147; TÜRKMEN, s. 3396; ÇABRİ, s. 330; AYDOĞDU, s. 189; BAŞ SÜZEL, s. 994.

vermek gerekirse 2020-2021 eğitim-öğretim yılı için bir özel okul eğitim ücretinin peşin ödenmesi halinde artışın yıllık %12, kredi kartıyla tek çekimle ödenmesi halinde %13, kredi kartına peşin fiyatına taksit yapılarak ödenmesi halinde %18, anlaşmalı bankayla yapılacak kredili mevduat hesabı aracılığıyla ödeme halinde %19 oranında olacağı belirlenmiştir. Görüldüğü üzere ücretin peşin ödenmesi ile anlaşmalı banka ile yapılacak kredili mevduat hesabıyla ödenmesi arasında artış bakımından %7'lik bir fark söz konusudur. Bu fark ise özel okulun ücret alacağını garanti altına almak amacıyla kredili mevduat hesabı anlaşması uyarınca bankaya ödediği komisyonu ifade eder.

Kredili mevduat hesabı sözleşmesi hem velinin okul bedelini taksitle ödeme hem de okulun ücret alacağını garanti altına almak için başvuru olan bir yoldur. Kredili mevduat hesabı sözleşmesiyle sağlanan güvenceyle okul, veli ile kararlaştırılan bedelin taksitle ödenmesi konusunda anlaşmaktadır. Kredili mevduat hesabı sözleşmesi uyarınca veli sözleşmede kararlaştırılan zamanda taksidi banka hesabına yatırmakta ve zamanı gelince taksit kendiliğinden hesaptan çekilmektedir. Velinin okul ücretini hesaba yatırmaması halinde ise banka okul ücretini kredili mevduat hesabından ödemekte ve tüketici bankaya borçlanmış olmaktadır. Banka garanti taahhüdü için özel okulla yapmış olduğu çerçeve sözleşme uyarınca belli bir ücret belirlenmekte ve banka okul ücretinin ödenmeme riskini üzerine almaktadır. Görüldüğü üzere kredili mevduat hesabı sözleşmesiyle banka, okula karşı eğitim ücretini ödemeyi taahhüt etmektedir.

Okul bedelinin kredili mevduat hesabı sözleşmesiyle ödenmesi halinde bağlı kredi sözleşmesinden söz edilemez. Şöyle ki, kredili mevduat hesabı sözleşmesiyle banka, okula karşı velinin borcunu ifa etmemesi, taksidi yatırmaması halinde eğitim bedelini ödeme borcu altına girmekte, bankanın borcu, velinin borcunu zamanında ifa etmemesine bağlı olarak doğmaktadır. Kredili mevduat hesabı sözleşmesi, kendine özgü bir kişisel teminat sözleşmesi niteliğinde olup, bağlı kredi sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır. Bundan dolayı sözleşmenin feshi veya bedelde indirim hakkının kullanılması halinde bankaya başvurma olanağının bulunmamaktadır.

V. SONUÇ

Covid-19 sebebiyle alınan önlemler uyarınca 16 Mart 2020 tarihinde eğitim-öğretim faaliyetlerine ara verilmesi, 23 Mart 2020 tarihinden itibaren ise uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmesi, 2020-2021 eğitim-öğretim yılında uzaktan eğitime devam edilmesi özel okul sözleşmelerinden doğan borçların ifasını kısmen veya tamamen (okul öncesi sözleşmeler bakımından) imkânsız hale getirmiştir. Uzaktan eğitime geçilmesinden sonra özel okullar da gerekli hazırlıkları yaparak eğitimi canlı derslerle sürdürmeye çalışmış, her bir özel okulun sahip olduğu olanaklara göre 2019-2020 eğitim-öğretim yılı tamamlanmış, 2020-2021 eğitim-öğretim yılında uzaktan eğitime devam edilmiştir. Eğitim-öğretim faaliyetleri uzaktan eğitim yoluyla sürdürülmeye çalışılsa da gerek nitelik gerekse nicelik olarak örgün eğitimin kalitesi ve kapsamından çok uzaklaşmıştır.

Covid-19 sebebiyle alınan önlemler uyarınca uzaktan eğitime geçilmesinin özel okul sözleşmeleri bakımından iki ihtimali gündeme getirebilir. Bunlardan ilki, mücbir sebep nedeniyle borcun ifasının kısmen imkânsız hale gelmesi ve imkânsız hale denk gelen özel okul ücretinin iadesidir. İkincisi isis ayıptan sorumluluk kapsamında TKHK m. 15'teki seçimlik hakların kullanmasıdır. Özellikle ayıptan sorumlulukta en çok uygulaması olacak seçimlik hak bedelde indirim isteme olacaktır. İndirilecek miktarın belirlenmesinde özel okul sözleşmesi kapsamında sunulmayan (yemek) veya kapsamı daralan hizmetler dikkate alınır. Okul önceki sözleşmeler bakımından ise bedelde indirim yanında sözleşmenin feshi de söz konusu olabilecektir.

Okul bedelinin kredili mevduat hesabıyla ödendiği hallerde bağlı krediden söz edilemeyecek ve bankanın sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Tüketici ödemiş olduğu bedelin iadesi için sadece sözleşmenin tarafı olan özel okula başvurabilecektir.

Özel okul sözleşmeleri tüketici işlemi niteliğindedir. Özel okul ile veli arasındaki uyuşmazlığa öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, uyuşmazlığın miktarına göre tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurulabilecektir. Uyuşmazlığın miktarının tüketici hakem heyetinin görevini aşması halinde tüketici, öncelikle zorunlu arabulucuya başvuracak, anlaşma olmaması halinde tüketici mahkemesine gidebilecektir.

EK BEYAN

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi”, **İTÜSBT**, Y. 19, S. 38, 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), s. 62-103.

ARSLANLI, Halil, **Ticarî Bey**, 3. Bası, İstanbul 1953.

ATAMER, M. Yeşim/BAŞ, Ece, “Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk”, **İBD**, C. 88, 2014, Özel Sayı, s. 19-60.

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara 2015.

BAŞ SÜZEL, Ece, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 966-998.

BELLİCAN, Cüneyt/ACAR ÜNAL, Özlem, “Covid – 19’un Okul Sözleşmelerine Etkisi: Olasılıklar Okulu, www.blog.lexpera.com.tr (29.12.2020).

BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.

ÇABRİ, Sezer, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Tüketici İşlemi Kavramı”, **Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 20 Kasım 2018**, Ankara 2019, s. 123-174 (Tüketici İşlemi).

ÇABRİ, Sezer, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara 2016.

DAL, Birnur, “Covid-19 Virüsü Sebebi ile Özel Okullar Tarafından Uygulanan Uzaktan Eğitimin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi”, **Türkiye Özel Okullar Derneği Dergisi**, Temmuz 2020 S. 53, s. 18-22.

EDİS, Seyfullah, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2019.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara 1970.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, Cilt-II, İstanbul 1969.

GÜMÜŞ, M. Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46)**, İstanbul 2014.

HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8. Auflage, Bern 2006.

İNCEOĞLU, M. Murat, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, s. 153-238.

KELLER, Max/SIEHR, Kurt, **Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, Zürich 1995.

OĞUZ, Arzu, “COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi”, www.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/6/2020/04/Mücbir-sebep.pdf (29.12.2020).

OĞUZMAN, M. Kemal//ÖZ, M. Turgut, Borçlar **Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.

ÖZÇELİK, Şemsi Barış, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Ankara 2009.

SCHÖNLE, Herbert/HIGI, Peter/GUT, **Beat, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529), Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung Art. 192-204 OR**, Dritte, völlig neue bearbeitete Auflage, Zürich 2005.

ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, **Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

TANDOĞAN, Halûk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 199.

TİFTİK, Mustafa, **Türk-İsviçre Hukukunda Okul Sözleşmesi**, Ankara 2005.

TÜRKMEN, Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabii Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 3389-3448.

URAL UÇAR, Nihal, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıba Karşı Tekeffül, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2007.

YAVUZ, Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

YÜCER AKTÜRK, İpek, **İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi**, Ankara 2016.

EVLLENEN VE BOŞANAN KADININ SOYADI MESELESİ

Prof. Dr. Ümit GEZDER¹
Maja HOLMLUND²

Öz

Soyadı Kanunu herkesi öz adından başka bir de soyadı taşımakla yükümlü kıldığından, her ergin kişi dilediği bir kelimeyi kendisine soyadı olarak seçebilecektir. Ancak kadınlar için soyadını seçebilme hakkı, hem Türk Medenî Kanunu (TMK) m.187'nin, kadının, evlenmekle kocasının soyadını alması amir hükmü ile hem de TMK m.173'ün, boşanan kadının, kural olarak, artık eski kocasının soyadını taşıyamayacağı düzenlemesi ile, kadınlara tanınmamıştır.

Her ne kadar TMK m.187'ye göre evlenen kadın, kocasının soyadı önünde evlenmeden önceki soyadını da kullanabilecek ve zaten iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilecek olmasına rağmen, yine m.187'ye göre kadın, evlenmekle kocasının soyadını almak zorundadır, yani kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü altındadır. Evlenen erkek ise ne eşinin soyadını kendi soyadından önce ekleyebilme ne de kendi soyadının yerine eşinin soyadını seçebilme hakkına sahiptir.

Evlenen ve boşanan kadın ve erkek arasında soyadı konusunda bir eşitliğin gözetilmediği bu hükümler, çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler: Soyadı; evlenen ve boşanan kadınların soyadı

THE ISSUE OF THE SURNAME OF MARRIED AND DIVORCED WOMEN

Abstract

The Surname Act makes it mandatory for all persons to have a surname in addition to their first name, and every adult person may choose a surname for themselves. However, both the mandatory provision in the Turkish Civil Code (TCC) art. 187 according to which the woman must take the surname of her husband when she marries, and art. 173 which makes it a general rule that a woman may no longer bear the surname of her ex-husband, result in the law not recognizing the right to choose a surname for oneself for women.

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
ORCID: 0000-0001-9923-8067, umit.gezder@medeniyet.edu.tr.

² LLM, MA, ORCID: 0000-0003-4935-6174, maja_holmlund@yahoo.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26.01.2021

Bu makaleye atf için; GEZDER, Ümit/HOLMLUND, Maja, "Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi", **İMİHFD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 233-247.

Although the woman at marriage according to TCC art. 187 may choose to use her maiden surname in front of her husband's surname, a woman who was already bearing two surnames may only keep one of them and is under the obligation to take her husband's surname. The man neither has the right to add his wife's surname in front of his own at marriage, nor to choose it instead of his own.

The provisions according to which there is no equality between married and divorced men and women in terms of surname constitute the subject of our study.

Keywords: Surname, Surnames of married and divorced women

I. Kadının evlenmekle kocasının soyadını alması

A. Türk Hukukunda

Soyadı, belli bir aileye mensup kişileri, diğer ailelere mensup kişilerden ayırmaya yarayan, kural olarak, doğumla kazanılan ve nesilden nesile intikal eden ad çeşidi³, olarak tarif edilmektedir. Ad (isim) üzerindeki hak kişilik hakkı niteliğinde olduğundan, mutlak haklardandır ve devredilmeye elverişli değildir⁴.

21.06.1934 kabul tarihli 2535 sayılı Soyadı Kanuna⁵ kadar ülkemizde herkesin bir soyadının bulunması zorunluluğu bulunmuyordu. Soyadı Kanunu m.1'e göre, *"Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur."* Buna göre Soyadı Kanunu herkesi öz adından başka bir de soyadı taşımakla yükümlü kıldığından, her ergin kişi dilediği bir kelimeyi kendisine soyadı olarak seçmiştir⁶. Ancak belirtmek lazımdır ki, Soyadı Kanunu m.3, hangi soyadların kullanılamayacağına dair bir hüküm de içermektedir. Nitekim bu hükme göre, *"Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edepelere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz."*

Evlenen kadının soyadını hükme bağlayan TMK m.187 ise evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda olduğunu, yani kocasının soyadını taşıma yükümlülüğünü⁷ emredici olarak düzenlemektedir. Nitekim TMK m.187⁸e göre, *"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır."* Buna göre evlenen kadın, evlenme sözleşmesinin (töreninin) tamamlanmasıyla birlikte kanundan ötürü kocasının soyadını alır⁹. Öncelikle kadının, evlenmekle kocasının soyadını almasının (TMK m.187) yerinde olup olmadığına bakmak lazımdır.

³ ARPACI, Abdülkadir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2.Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 167.

⁴ ARPACI, s. 165.

⁵ R.G. 2.7.1934, S. 2741. Soyadı Kanunu m.14'e göre, *"Bu kanun neşri tarihinden altı ay sonra mer'iyete girecektir."*

⁶ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Medenî Hukuk**, 29. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 160.

⁷ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 20. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 177.

⁸ ZGB Art. 160 (bu hüküm 01 Ocak 2013'ten geçerli olmak üzere değişikliğe uğramıştır); **Eski Medenî Kanun** m.153.

⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 161.

Her ne kadar TMK m.187'ye göre evlenen kadın, kocasının soyadı önünde evlenmeden önceki soyadını¹⁰ da kullanabilecek olmasına rağmen, yine m.187'ye göre kadın, evlenmekle kocasının soyadını almak zorundadır, yani kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü altındadır. Şu hâlde, bu hükümde, evlenen kadın ve erkek arasında soyadı konusunda bir eşitliğin gözetilmediği¹¹ görülmektedir.

Buna karşılık, TMK m.187'nin iptali isteminde, Anayasa Mahkemesi (AYM), TMK m.187'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmederek bu itirazı reddetmiştir. AYM, Karar Günü: 10.03.2011, 2009/85 E., 2011/49 K. sayılı, bu kararında¹²,

1. Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddî ve manevî varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu belirterek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğunun ileri sürüldüğünü;

Oysa,

2. Soyadın, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen ad olduğunu;

3. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadın, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olduğunu;

4. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur*" hükmü gereğince, soyadı kullanmanın kişilere yüklenmiş bir yükümlülük olduğunu;

5. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevlerinin de bulunduğu;

6. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucunun, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına aldığı;

7. İtiraz konusu "*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*" kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiğinin anlaşıldığını;

8. İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamının sağlanmış olduğu;

¹⁰ Bu konuda bkz.: DURAL/ ÖĞÜZ, s. 177-178.

¹¹ Bkz.: ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ GÜRPINAR, Damla, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 7.Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 249-250.

¹² R.G. 21.10.2011, S. 28091.

9. Soyadının kişilik haklarından olmasının, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmeyeceğini;

10. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açık olduğunu;

11. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelediğini ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirttiğini;

12. Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmadığını;

13. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulmasının da sağlandığını;

14. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savının da yerinde olmadığını;

15. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilceğini;

16. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesinin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığını;

17. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olmadığını;

18. İptal isteminin reddinin gerektiğini;

19. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisinin görülmediğini, belirterek,

20. Sonuç olarak, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, ...'ın karşıoyuları ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.3.2011 gününde hükmetmiştir.

4721 sayılı TMK'nın 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelen ve Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen, yani 10/3/2011 günlü, 2009/85 E., 2011/49 K. sayılı kararıyla talep reddedilen davada, davacının davası alt derece mahkemesinde ve sonrasında temyiz talebi Yargıtay kararı ile reddedilen davacı bunu, Başvuru konusu "*Başvurucu, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine*

istinaden yapılan uygulama neticesinde, cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 2. , 10. , 12. , 17. , 20. , 41 ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitiyle, uğradığı manevi zararın tazminine karar.....” verilmesini talep ederek, AYM önüne bu kez Bireysel Başvuru olarak getirmiştir. Bunun üzerine AYM Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013¹³ olan kararında,

1. Başvuru konusu olayda başvuru konusunun evlilik öncesi soyadını kullanması yönündeki talebinin, ilk derece mahkemesince, 4721 sayılı Kanun'da evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı belirtilerek reddedildiğinin anlaşıldığına;

2. Anayasa'nın “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” kenar başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası düzenlemesiyle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alındığı;

3. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanmasının gerektiği;

4. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülüklerinin bulunduğu;

5. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiğinin anlaşıldığı;

6. Ancak, bu kararda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) hükümleri ile çatıştığının görüldüğü;

7. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan **derece Mahkemelerinin**, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varıldığı, hükmünü oybirliği ile vermiştir.

AYM'nin yukarıda ele alınan iki kararının çelişkisinin sonucu, kural olarak, şudur:

Mademki AYM 10/3/2011 günlü, 2009/85 E., 2011/49 K. sayılı kararıyla 4721 sayılı TMK'nın 187. maddesini iptal etmemiştir, yani TMK m.187 halen

¹³ R.G. 7.1.2014, S. 28875.

yürürlüktedir, evli kadın evlilik öncesi soyadını tek başına, yani yalnızca (münhasıran) kullanmak isterse, bunu mahkemeye, belki mahkemelere, taşımak zorundadır. Nitekim, yukarıda yer verdiğimiz AYM Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013 kararında AYM'sinin "Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan **derece Mahkemelerinin**, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varıldığı" hükmünün sonucundan da, kanaatimizce, bu anlam çıkmaktadır. Bu yönde Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Mesela, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) 2014/889 E., 2015/2011 K. sayılı kararında¹⁴, "Direnmeye konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan **ilk derece Mahkemelerinin**, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır." hükmünü vermiştir. Elbette bu noktada hatırlatmak gereklidir ki hem AYM'nin Bireysel Başvuru sonucunda verdiği kararlar hem de YHGK'nın verdiği kararlar, kural olarak, ele aldıkları somut olaylar açısından bağlayıcı olmaktadır. Nitekim mesela Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (HD) 2014/16089 E., 2014/23993 K. sayılı kararında¹⁵, ".... Türk Medeni Kanununun 187. maddesindeki Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Mahkemenin gerekçesinde belirttiği Anayasa Mahkemesinin 19.12.2013 tarihli kararı bireysel başvuru sonucu verilmiş bir karar olup Anayasa mahkemesinin diğer kararları gibi bağlayıcı yanı yoktur Böyle bir yaklaşım "yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi" sonucunu hasil eder. Bu ise, Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır....." hükmünü, vermiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden (AİHM) bir karar

Türk vatandaşı Ayşe Ünal Tekeli, 20 Aralık 1995 tarihinde, (Türkiye'deki) yerel mahkemelerin yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanmasına engel koymalarının özel hayatını koruma hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur (başvuru no: 29865/96).

¹⁴ www.yargitay.gov.tr (02.01.2021).

¹⁵ Keza bkz.: Yar. 2. HD, E.2013/6920, K.2013/26077; Yar. 2. HD, E.2011/7737, K.2012/16695. www.yargitay.gov.tr (02.01.2021).

Başvurucu ilaveten, evli kadınların aksine evli erkeklerin kendi soyadlarını koruyabilmelerinin kadınlara karşı bir ayrımcılık teşkil ettiğini öne sürmüştür. İddiasında, tek başına ve 14. maddeyle ilişkili olarak Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nin 8. Maddesine dayanmaktadır.

Türk Hükümeti, aile birliği ile soyadı arasında bir ilişki olduğunu ve Türk mevzuatının ailelerin kocanın ismini almasını sağlayarak ortak bir isim kullanımı yoluyla aile birliğini vurgulayan bir düzenlemeyi benimsediğini öne sürmüştür. Hükümetin görüşlerine göre, aile birliği bir kamu düzeni meselesidir ve birey kamu düzeniyle temasa geçtiği an özel yaşam sona ermektedir. Türk Hükümeti, kocanın soyadına dayalı ortak bir soyadının kadının ailedeki konumunu güçlendirmeye yönelik olduğunu öne sürmektedir.

AİHM ise, Avrupa Konseyi'ndeki Taraf Devletler arasında, karı-kocanın aile isminin seçiminde eşit söz hakkına sahip olmasına yönelik bir fikir birliği oluşmakta olduğuna dikkat çekmektedir.

Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında Türkiye –çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile– kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır. Türkiye'de, karı kocanın böyle bir düzenlemeyi kabul etmesi halinde bile evli kadınlar yalnızca kızkılık soyadlarını kullanamamaktadır. Türk mevzuatında 22 Kasım 2001 itibarıyla kızkılık soyadını kocanın soyadının önüne ekleyebilme olanağı da bu durumu değiştirmemektedir. Evliliklerinin soyadlarını etkilemesini istemeyen kadınların çıkarları dikkate alınmamıştır.

Kısaca, aile birliğini ortak bir aile adı aracılığıyla yansıtma amacının cinsiyetlere farklı davranmak için yeterli bir sebep olmadığı bulunmuştur.

Sonuç olarak AİHM 16 Kasım 2004'te, zamanı gelince, mevcut karara uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmek için, başvuran da dahil her evli şahsa kendi soyadını kullanma veya soyadı seçiminde eşit olma hakkı vermeyi sağlayan uygun gördüğü tedbirleri tatbik etmenin Türk Hükümeti'nin görevi olduğuna oybirliği ile karar vermiştir. Ayrıca, Türk Hükümeti başvurucunun mahkeme masrafları ödemeliydi.

Bu karardan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) TMK'nın 187. maddesinin değiştirilmesi hakkında kanun teklifi yapılmıştır¹⁶. Ancak belirtilmelidir ki bu hükümde 2001'den beri henüz bir değişiklik olmamıştır.

C. İsviçre Hukukunda

1. Burghartz v. Switzerland davası

Bayan Susanna Burghartz ve Bay Albert Burghartz, 26 Ocak 1990'da Avrupa İnsan Hakları Komitesi'ne İsviçre'ye karşı şikâyetinde bulunmuşlardı. Komite 11 Aralık 1992'de, İsviçre Hükümeti ise 8 Ocak 1993'te davayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sevk etmiştir. Burghartz v. Switzerland (Burghartz İsviçre'ye

¹⁶ Bkz.: <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1539.pdf> (02.01.2021).

karşı) 1994 tarihli davası¹⁷, kadınların kızlık soyadlarını eşlerinin soyadından önce kullanmalarına izin veren ancak erkeklerin aynı şeyi yapmasını yasaklayan İsviçre yasalarıyla ilgiliydi. Başvuran Bay Burghartz, Almanya’da Alman Medenî Kanununun 1355. maddesinden faydalanarak evlendiğinde karısının bekarlık soyadını alıp kendi bekarlık soyadını ‘Schnyder’ öne koymuştur. İsviçre Sicil Dairesi ise bu seçtiği düzenlemenin kullanılmasına izin vermeyerek çiftin soyadını ‘Burghartz’ değil, ‘Schnyder’ olarak kaydetmiştir.

Bay ve Bayan Burghartz, İsviçre yasalarının kocasının soyadını aile adı olarak seçen evli kadınlara o soyadı önüne evlenmeden önce taşıdığı soyadını koyma hakkı vermesine rağmen, yetkili makamların Bay Burghartz’a böyle bir hak vermemesinden dolayı, şikâyet etmekteydiler. Bu davranışın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 14. ve 8. maddeleri birlikte ele alındığında onlara aykırı olarak cinsiyet temelinde ayrımcılığa yol açtığı ileri sürülmüştür.

AİHM, özetle, şikâyet edilen muamele farklılığının nesnel ve makul bir gerekçesi olmadığından dolayı, bunun, AİHS’nin birlikte ele alınan madde 14 ile madde 8’ine aykırı olduğuna karar vermiştir. AİHM, bu nedenle, muamelenin AİHS madde 8’e tek başına da aykırı olup olmadığı hakkında bir karar vermeyi gereksiz saymıştır. Buna göre, 8.madde (14 + 8) ile birlikte ele alındığında 14. maddeye aykırıdır.

Yasakoyucu, 1907’de kabul edilen ve 1912’de yürürlüğe giren ZGB 161. maddesinin 1. paragrafının düzenlenmesinde zamanın toplumsal gerçekleri ve geleneklerine uyan bir hüküm seçmiştir. Kadın evlenince kocasının soyadı almak zorundaydı. Bu hüküm ise ZGB’nin 1979’de kabul edilen 5 Ekim 1984’te yürürlüğe giren revizyon ile 161. maddeden kaldırılıp biraz farklı bir üslupla 160/1 maddesine yerleştirilmiştir. Ancak kadının 160. maddesine bir ek hüküm de yer bulmuştu: kadın evlenince artık evlenmeden önceki soyadını kocasının önüne koyabilecekti. Bu hükmün amacı kadına erkek ile daha fazla eşitlik getirmek idi. Kocalar ise aynı hakkı elde edebilmek için yıllarca beklemek zorunda kalmıştır.

2. ZGB Art.160

TMK m.187’e göre kadın, evlenmekle kocasının soyadını almasına rağmen, mehaz Kanun ZGB Art.160’da 1 Ocak 2013’ten itibaren yürürlüğe giren yeni düzenlemesinde¹⁸, her eşin evlenmede kendi bekarlık soyadını koruyacağı (bkz.: ZGB Art.160 Abs.1) ve dolayısıyla artık kocanın soyadının otomatik olarak aile soyadı (bkz.: ZGB Art.60 Abs.1’in değişiklikten önceki düzenlemesine) olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak müstakbel eşler her iki bekarlık soyadından birini ortak aile adı olarak seçmekte serbesttirler (ZGB Art.160 Abs.2). Bu yenileme, ZGB Art.119’da bir değişikliği getirmiştir. Buna göre, evlilikte soyadını değiştiren eş, isterse boşandıktan sonra bu soyadı muhafaza

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 16213/90 sayılı Başvuru 22 Şubat 1994 tarihli kararı.

¹⁸ GEZDER, Ümit, **Türk Medenî Hukuku – Başlangıç – Kişiler – Aile Hukuku Soruları ve Cevapları**, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 122.

edebilecektir. Ne zaman isterse eski soyadını da alabilecektir. Aşağıda bu konu ele alınacaktır.

II. Genel Olarak Boşanma kararı, sonuçları ve boşanan kadının soyadı

A. Genel olarak boşanma kararı

Türk Medenî Kanunu (TMK)/İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) açıkça bunu düzenlememesine rağmen, boşanmanın asıl sonucu, evliliğin mahkeme kararıyla sona ermesidir¹⁹. Ancak belirtmek lazımdır ki boşanma, tüm aile fertleri için dengelerini kaybettiren bir yaşam olayıdır. Boşanmanın sonuçlarının tek tek olarak değil, hepsinin beraber üstesinden gelinmesi gerekmektedir. Bu nedenle hem sosyal hem de ekonomik sonuçları birbirine bağlı olarak elde edilebilecektir. Gözlemlenmesi gereken unsurları da sadece boşanma hukukundan çıkmamaktadır²⁰.

Boşanma kararının kesinleşmesiyle evlilik sona erer. Bu nedenle boşanma davası açma, dava ile kullanılan bir bozucu yenilik doğuran hak, boşanma kararı da bozucu yenilik doğuran bir karardır²¹. Buna göre bir bozucu yenilik doğuran karar olan boşanma kararının²² evveleminde sonucu, evlenmeyle eşler arasında kurulmuş olan evlilik birliğinin (TMK m.185 f.1), boşanma kararının kesinleştiği anda hukuken son bulmasıdır. Böylece evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler ve sağladığı haklar da kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır²³.

B. Boşanma kararının sonuçları

Boşanma, aslında aile düzenini yeniden organize etmek manasına geldiğinden²⁴, boşanma kararı ile sadece evlilik sona ermez, diğer sonuçları da vardır. Bu sonuçlardan bazısı kanun gereği kendiliğinden (ipso iure), yani kararda yer almasına gerek olmadan meydana gelir. Diğer bir kısım sonuçlar ise kararda yer almalıdır.

¹⁹ TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Schulthess, Zürich 2015, s. 218.

²⁰ BÜCHLER, Andrea/ VETTERLİ, Rolf, **Ehe – Partnerschaft – Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, s. 111.

²¹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 136.

²² “Mahkeme yazı işleri müdürlerinin görevleri” kenar başlıklı 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (RG. 29.04.2006, Sayı: 26153) (“NHK”) m.55’e göre, “(1) Mahkeme yazı işleri müdürleri, aile kütükleri üzerinde tescil yapılmasını gerektirecek bütün karar ve işlemleri, kesinleştirme işlemi veya düzenleme tarihinden itibaren on gün içerisinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler. (2)” (2) 19/10/2017 tarihli ve 7039 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “kesinleşme” ibaresi “kesinleştirme işlemi” şeklinde değiştirilmiştir.)

Şu hâlde, boşama kararı veren mahkemenin yazı işleri müdürü, kesinleştirme işlemi tarihinden itibaren on gün içerisinde kararın bir örneğini o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidir (Ayrıca bkz.: DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 136).

²³ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Türk Medenî Hukuku – İkinci Cilt – Aile Hukuku**, Yenilenmiş 19. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 288-289.

²⁴ BÜCHLER/ VETTERLİ, s. 111.

TMK/ZGB’de hükme bağlanan boşanmanın sonuçları, bir boşanmanın, bir yandan eşler diğer yandan çocuklar açısından kişisel ve mali etkilerini kapsamına almaktadır²⁵.

Buna göre boşanma kararının kesinleşmesiyle, eşlerin evlenme dolayısıyla kazandıkları kişisel durumları etkilenecektir. Evlenmeyle kazanılan kişisel durumlardan bazıları, mesela “evli” olmaktan çıkarak “boşanmış” kişisel durumunun alınması, kadının kocasının soyadını kaybederek evlenmeden önceki soyadını alması gibi, değişirken, evlenmeyle kazanılan kişisel durumlardan bazıları ise, mesela evlenme ile kazanılan erginlik, vatandaşlık ve kayın hısımlığında, herhangi bir değişiklik olmamaktadır²⁶.

Boşanmanın, eşlerin evlenme ile kazandıkları kişisel durumlarına etkisi TMK m.173 f.1 c.1’de sadece boşanan kadın için düzenlenmiştir. Nitekim bu hükmün kenar başlığı, “Boşanan kadının kişisel durumu”dur. Buna göre, “*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur....*” Bu hükümde geçen, “...., *evlenme ile kazandığı kişisel durum*” ibaresi ile, kişisel durumlar, yani evlenme sonucunda kazanılan erginlik (m.11 f.2), kayın hısımlığı (m.18 f.2), vatandaşlık (TVK m.16) vs. ve boşanan kadın için özel olarak düzenlenmiş soyadı (m.173) kastedilmektedir. Hemen belirtelim ki, TMK m.173 f.1 c.1’de, sadece boşanan kadından bahsedilmesi yerinde değildir. Zira boşanmanın, eşlerin evlenme ile kazandıkları kişisel durumlarına etkisi TMK m.173 f.1 c.1’de “*Boşanma halinde kadın,*” ibaresi ile sadece boşanan kadın için düzenlenmiş olmasına rağmen, kişisel durumların boşanan erkek açısından da korunacağı²⁷ tartışmadan uzaktır. Nitekim mesela erkek de evlenme sonucunda ergin olacak, karısının kan hısımları ile kayın hısımlığı kurulacak, vatandaşlığı kazanabilecek ve bunlar onun için de boşanmadan sonra devam edecektir. Şu hâlde, TMK m.173 f.1 c.1’in “*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur;*” ibaresini, boşanan erkeği de kapsayacak şekilde anlamak gerekir²⁸.

Bu çalışmada sadece, boşanmanın kişisel sonuçlarından olan eşlerin medeni halinden boşanmış eşlerin soyadı²⁹ konusunu ele alacağız.

C. Boşanan kadının soyadı

1. Türk Hukukunda

Boşanan kadının soyadı konusu, EMK m.141’de 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla önemli bir değişikliğe tabi tutulmuş ve bu değişiklik TMK m.173’te de aynen korunmuştur.

TMK m.173 f.1 c.1’e göre, boşanan kadın, kural olarak, artık eski kocasının soyadını taşıyamaz, evlenmeden önceki soyadına dönmek zorundadır. Bu, onun bekârlık veya dulluk soyadı olacaktır. Ancak m.173 f.1 c.2’ye göre, kadın

²⁵ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 218.

²⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ, Aile, s. 289.

²⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ, Aile, s. 290.

²⁸ GEZDER, s. 109.

²⁹ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 218.

evlenmeden önce dul idiyse, hâkimden, dulluk soyadı yerine bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kural bu olmakla birlikte, boşanan kadın istisnaen, eski kocasının soyadını taşıyabilir. TMK m.173 f.2'ye³⁰ göre, “Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.” Mesela iş hayatında eski kocasının soyadı ile tanınan mimar bir kadın için bu durum söz konusu edilebilir.

Hemen belirtelim ki, bu hükümde belirtilen koşullar gerçekleşirse, bu amir hükümde hâkime takdir hakkı tanınmadığından³¹, hâkim, kadına eski, yani boşandığı kocasının soyadını taşıma izni vermek zorundadır. Bu hükümde düzenlenen koşullardan birincisi, kadının, eski, yani boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaatinin bulunması; ikinci koşul ise, kadının eski kocasının soyadını kullanmasının, eski kocaya bir zarar vermemesidir. Kadın, bu iki koşul birlikte gerçekleşmelidir ki, eski kocasının soyadını kullanabilsin³².

Kadının, kocasının soyadını boşandıktan sonra da taşımasına izin verilmesine karşılık, koşulların değişmesi halinde kocaya da hâkime başvurarak bu iznin kaldırılmasını isteme hakkı tanınmıştır (m.173 f.3). Ör: yukarıdaki örnekte mimar kadın artık iş hayatında değilse, başka bir ifadeyle boşandığı kocasının soyadını kullanmakta artık menfaati bulunmuyorsa, boşandığı kocası koşulların değiştiğini ileri sürerek hâkimden bu iznin kaldırılmasını isteyebilir. İzin kaldırılırsa, kadın evlenmeden önceki soyadını yeniden alır (bkz.: TMK m.173 f.1).

Doktrinde³³ bu düzenleme, özellikle serbest meslek sahibi iş kadınları, sanatçılar ve yazarlar gibi kendi alanlarında boşandıkları kocalarının soyadıyla tanınan kadınların menfaatlerini koruması, öte yandan eski kocaya, koşulları varsa, verilen iznin kaldırılmasını isteyebilmesini getirmesi bakımından isabetli bulunmuştur. Bu görüşe göre, m.173'te yer alan koşullardan birincisi, yani kadının, eski kocasının soyadını kullanmakta menfaatinin bulunmasının gerekliliği yorumlanırken, sadece kadınla doğrudan doğruya ilgili menfaati değil ve fakat çocuklar açısından dolaylı menfaati de içerecek şekilde geniş yorum yapmak gerekir. Zira, mesela çocukların velayeti anneye bırakılmışsa, çocukların başka annenin başka soyadı taşıması, çocukların eziklik duygusuna kapılmasına sebep olabilecektir.

2. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda boşanma hükümleri yeni milenyumda yürürlüğe giren ZGB değişikliklerinden önce, Avrupa'nın en eski hükümlerinden idi. ZGB 1912'de yürürlüğe girdiğinde uluslararası bir bakış açısından bile ilerici kabul edilebilecekti. Ancak rızaya dayalı boşanmanın kaldırılması gibi geriye dönük

³⁰ TBK m.173 f.2'nin eleştirisi için bkz.: HATEMİ, Hüseyin/ OĞUZTÜRK, Kalkan, **Aile Hukuku Ders Kitabı**, 3. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 129.

³¹ Bkz.: AKINTÜRK/ ATEŞ, **Aile...**, s. 291; DURAL/ ÖGÜZ, s. 178.

³² GEZDER, s. 108

³³ Bkz.: AKINTÜRK/ ATEŞ, **Aile...**, s. 289 vd.

adımlar da söz konusuydu. 2000 yılında yürürlüğe giren 1998 değişikliklerinin temel amacı, boşanma hükümlerini, İsviçre toplumundaki gelişmelere ve aile üyelerinin aile içindeki rollerine ilişkin yeni görüşlere uyarlamaktı. Değişikliğin amaçlarından biri, boşanma davalarında mahkemenin etkisini en aza indirmek ve gelecekteki yaşamlarının koşullarını düzenlemesini mümkün olduğu kadar ergin ve sorumlu bireyler olan eşlere bırakmaktı. Rızaya dayalı boşanma teşvik edilmeli ve devletin müdahalesi ancak çocukların refahı için gerekliyse yapılmalıydı³⁴.

İsviçre’de, 30 Eylül 2011’deki ZGB’nin (soyad ve medeni haklar) değişikliği hakkındaki Federal Kanun ile ZGB Art.119 değiştirilmiş ve bu değişiklik 01 Ocak 2013’te yürürlüğe girmiştir. Bu hüküm, “*soyadını evlenince değiştiren*” her bir eşin soyadını ele almaktadır. Bu, bundan böyle sona eren evliliğin bir sonucu olarak değişen soyada işaret etmektedir. Bu eş, kural olarak, evlilik zamanında edindiği soyadı koruyacaktır. Bununla birlikte o, herhangi bir zamanda nüfus memurluğuna yeniden bekarlık soyadını kullanmak istediğini beyan edebilir. Tek taraflı bir beyan yeterlidir ve hiçbir saygıya değer (ZGB 30) sebep gerekli değildir³⁵. Örneğin ilk boşanmasından evlenme ile Mischler soyadını edinen evli kadın, Sabine Schuster, bu soyadını muhafaza ediyor ve Kurt Kuster ile ikinci evliliğinde Kuster soyadını alıyor. İkinci boşanmasından sonra Art.119’a göre ya ikinci evlenme ile edindiği soyadı (Kuster) muhafaza eder ya da bekarlık soyadını (Schuster) yeniden kullanır. Diğer yandan o, Mischler soyadını artık kullanamaz³⁶.

Sonuç

TMK’daki çağın gerisinde kaldığı söylenebilecek kurallar, evli kadınları bir insan hakkından mahrum etmektedir. TMK m. 187 ve 173/1 hem evli hem de boşanan kadınlardan soyadını seçme hakkını almaktadır; oysaki bu hak özel bir kanunda, Soyadı Kanununun 5. maddesinde, tüm ayırt etme gücüne sahip ergin insanlara tanınmıştır. Nitekim bu hükmüne göre, “*Mümeyyiz olan reşit soy adını seçmekte serbesttir.*” TMK m.187 ise bu serbest hakkı evli kadınlar için kısıtlamakta ve TMK m. 173/1 hatta esasen boşanan kadının yeniden soyadını değiştirmesini emretmektedir.

Her ne kadar Soyadı Kanunu m.1, “*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur.*” hükmünü getirirse de, kişinin kendi seçeceği bir ad ve soyadına (Soyadı Kanunu m.5) sahip olması bir insan hakkıdır. İnsan Hakları Komitesi’nin görüşüne göre bir kişinin soyadı, kişinin kimliğinin önemli bir bileşenini oluşturmaktadır³⁷. İnsan Hakları Komitesi, soyadı değiştirme gücünün ise, mahremiyet alanına girdiği görüşündedir. Bu nedenle hukukun görevi, kişinin

³⁴ GEISER, Thomas, in: **Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB**, 6. Auflage, Herausgeber GEISER, Thomas/ FOUNTOLAKIS, Christiana, **Helbing Lichtenhahn Verlag**, Basel 2018, s. 817.

³⁵ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 218.

³⁶ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 218-219.

³⁷ COERËL ve AURÏK - Hollanda davasında (453/1991 sayılı, 31 Ekim 1994 tarihli Görüşler).

soyadı seçme hakkına engel veya kısıtlama getirmek değil, kişinin mahremiyetine keyfi veya hukuka aykırı müdahaleye karşı koruma, kişinin kendi adını seçme ve değiştirme hakkına keyfi veya hukuka aykırı müdahaleye karşı koruma sağlamaktır.

Buna göre mademki AYM tarafından ilgili hükümlerin iptali yönünde karar verilmemiştir, kanunkoyucu tarafından yürürlükteki hükümlerin, uygun bir zamanda, değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira mesela mademki AYM 10/3/2011 günlü, 2009/85 E., 2011/49 K. sayılı kararıyla 4721 sayılı TMK'nın 187. maddesini iptal etmemiştir, yani TMK m.187 halen yürürlüktedir, *evli kadın evlilik öncesi soyadını tek başına, yani yalnızca (münhasıran) kullanmak isterse*, bunu mahkemeye, belki mahkemelere, taşımak zorundadır.

EK BEYAN

Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı ve Çatışma Beyanı

Yazar Katkı Oranları

Yazarlar çalışmaya eşit oranda katkı sağlamıştır.

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya : **Türk Medenî Hukuku – İkinci Cilt – Aile Hukuku**, Yenilenmiş 19. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya : **Medenî Hukuk**, 29. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- ARPACI, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- BÜCHLER, Andrea/ VETTERLİ, Rolf : **Ehe – Partnerschaft – Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper : **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan : **Kişiler Hukuku**, 20. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- GEİSER, Thomas : **Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB**, 6. Auflage, Herausgeber Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- GEZDER, Ümit : **Türk Medenî Hukuku – Başlangıç – Kişiler – Aile Hukuku Soruları ve Cevapları**, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin/ OĞUZTÜRK, Kalkan : **Aile Hukuku Ders Kitabı**, 3. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Schulthess, Zürich 2015.
- ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ GÜRPINAR, Damla : **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 7.Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI HAKKINDAKİ İCRA VE İFLÂS KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN¹

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU²

Öz

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması Türk hukuk sistemine 5092 Sayılı Kanun ile girmiştir. Söz konusu müessese incelendiğinde, özellikle büyük işletmelerin ekonomik sıkıntı yaşamaları halinde iflas etmemek ve süreç içerisinde ticari faaliyetlerine devam etmelerini, gelirleriyle de borçlarını ödemelerini sağlayan bir icra ve iflas hukuku müessesesi olduğu görülmektedir. Müessese borçların ödenmesinin ertelenmesi ve yeniden yapılandırılması açısından konkordatoya alternatif bir yoldur.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlu mahkemeye yeniden yapılandırma için başvurmadan önce alacaklılarını sınıflara ayırabilmekte, tüm alacaklılarıyla görüşmekte ve projesine onay almaktadır. Yeniden yapılandırma Türk hukuk sisteminde yeterince uygulanamamıştır. Bunun borçlunun aleyhine olması açısından bir kısım sebepleri mevcuttur. Çalışmamızda yeniden yapılandırma detaylı bir şekilde incelenmiş, Türk hukuk sisteminde uygulanamamasının sebepleri araştırılmış ve uygulanabilirliği üzerine önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yeniden Yapılandırma, İflas, Konkordato, Tasdik, Fesih.

REORGANIZATION IN TURKEY EVALUATING THE PROVISIONS OF TURKISH BANKRUPTCY LAW

Abstract

Reorganization entered the Turkish legal system with Law No:5092. When this establishment is examined, it is seen that it is an bankruptcy law establishment that

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-3778-0250, saban.kayihan@medeniyet.edu.tr

² Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-8279-9383, oeroglu@dogus.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.01.2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.02.2021

Bu makaleye atf için; KAYIHAN, Şaban/EROĞLU, Orhan, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki İcra ve İflas Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İMHD*, C. VI, S. 10, 2021, s. 249-315.

enables large enterprises not to go bankrupt and continue their commercial activities in the process and pay their debts with their income in case of economic difficulties. This establishment is an alternative to concordatum in term of delaying and restructuring the payment of debts.

In the reorganization, the debtor can classify its creditors, meet with all creditors and get approval for the project before applying to the court for restructuring. Restructuring has not been sufficiently implemented in the Turkish legal system. There are some reasons for this to be against the debtor. In this paper, restructuring was examined in detail, the reasons for its inapplicability in the Turkish legal system were investigated and recommendations were made on its applicability.

Keywords: Reorganization, Bankruptcy, Concordatum, Confirmation, Annulment.

GİRİŞ

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması Türk hukuk sistemine girdiği tarihten itibaren birkaç ayrıntılı uygulamanın dışında uygulanamamış bir yoldur. İlk olarak iflasın ertelenmesi müessesesi akabinde de konkordatoya ilişkin hükümlerde 7101 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde de borçlu daha korumacı ve başvuru süreci ile projesinin onaylanmasının daha kolay olduğu yollara başvurmuştur. Yeniden yapılandırma özellikle başvurudan önce alacaklılarla uzlaşmayı şart koşması sebebiyle, borçlunun ticari faaliyetine devamını önleyici bazı sonuçlara sebep olmakta ve borçlu yeniden yapılandırmaya başvuracağını alacaklılarına bildirmekle aslında aczini de ilan etmiş olmaktadır. Çalışmamızda özellikle yeniden yapılandırma detaylı bir şekilde incelenmiş ve uygulanabilirliğinin nasıl artırılabilirliği hususunda görüşler diğer iflası önleyici kurumlarla ve Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan 11. Federal Yasanın 11. Bölümündeki düzenlemeler (Chapter 11) ile kıyaslanarak açıklanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, yeniden yapılandırmanın dünyada ortaya çıkışı, Türk hukuk sistemine girişi ve yeniden yapılandırmanın amacı, hukuki niteliği anlatılmıştır. İkinci bölümde yeniden yapılandırmaya başvuru şartları, başvuruya eklenecek belgeler, mahkemenin başvuruyu değerlendirmesi, ara dönemde yapılacak işlemler ve yeniden yapılandırmada görevli organlar incelenmiştir. Üçüncü bölümde, yeniden yapılandırma projesinin tasdik şartları, tasdiki, yeniden yapılandırmanın feshi, projenin ihlali ve tadili incelenmiştir. Dördüncü ve son bölümde ise, yeniden yapılandırmaya ilişkin tüm hükümler incelenerek uygulanabilirliğinin artırılması için çözüm önerileri sunulmuştur. Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlara ise, konkordatoya ilişkin düzenlemelerden ve içtihatlardan, öğretide mevcut görüşlerden ve yeniden yapılandırmanın anavatanı olan Amerika Birleşik Devletleri hukukundan faydalanılarak ulaşılmıştır. Sonuç bölümünde ise, tüm çalışmaya ilişkin kısa bir değerlendirme yapılmıştır.

I. UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRMANIN ORTAYA ÇIKMASI, GELİŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

A. TARİHÇE VE ABD'DE TASFİYE VE BORÇLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, şirketlerin tasnifi açısından hukukumuzda sermaye şirketleri olarak nitelendirilirler³ (karş. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴ . m. 124). Bu şirketlerde ortakların kişiliklerinden ziyade şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye öne çıkmaktadır ve ortakların sorumlulukları şirkete getirme taahhüdünde buldukları sermaye miktarı ile sınırlanmıştır (bkz. TTK. m. 329, m. 573). TTK. m. 570 vd. ile düzenlenmiş olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere⁵ ülkemiz uygulamasında şu ana kadar hiç uygulaması olmamıştır. Oysa TTK. m. 124 ile ticaret şirketi olduğu ifade edilen kooperatiflerin yaygın uygulaması devam etmektedir⁶.

Uygulamada yaygın olarak görülen sermaye şirketleri ve kooperatif şirketlerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması Türk hukuk sistemine 5092 Sayılı Kanun⁷ ile girmiştir. Söz konusu kanunun yürürlük tarihi incelendiğinde özellikle söz konusu kanunun amacının, ekonomik krizlerden geçmiş bir ülkenin zor durumdaki bir kısım özelliklere sahip borçlulara iflastan ve iflasın sonuçlarından kurtulmak için yeni bir hukuki çare getirmek istemesi, olduğu görülmektedir. İflas prosedürü ve konkordato varken bu müesseseye ihtiyaç duyulmasının sebebi ise, özellikle Amerikan hukukunda bulunan ve süreç içerisinde gelişen şirketlerin özellikle ekonomiye olan katkılarından kaynaklı olarak iflasın sonuçlarından kurtarılmasına yönelik yaklaşımdır. Aynı zamanda Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan ve gelişen şirketlerin kurtarılmasına yönelik prosedür 1980'lerden itibaren de Avrupa kıtasını etkilemiş ve bir çok Avrupa ülkesi de benzer müesseseleri kabul etmiştir⁸.

³ KAYIHAN, Şaban, **Şirketler Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.49.

⁴ RG. T.14.02.2011, S.27846.

⁵ Fazlası için bkz. KAYIHAN, s.285 vd.

⁶ Kooperatifler hakkında geniş bilgi için bkz. KAYIHAN, s.333 vd.

⁷ RG., T.21.02.2004, S.25380.

⁸ MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 2010, s. 1412 (MUŞUL, **İcra ve İflas Hukuku**); ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku**, İstanbul, 2019, s. 497. Uyar, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasını, konkordatodan sonraki düzenlemeler olmasına rağmen konkordatonun bir türü olmadığını ileri sürmüştür. Uyar' a göre, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması külli bir takip veya tasfiye usulü de değildir. UYAR, Talih, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara, 2010, s. 20806. Taşpınar Ayvaz ise, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının hukuki nitelik olarak konkordatonun bir türü olduğunu ileri sürmüştür. TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Ankara,

Yeniden yapılandırmanın ilk olarak 1800'lü yıllarda Amerikan demiryolu şirketlerinin Avrupa devletlerinden aldıkları borçları iç savaş sebebiyle ödeyememesi sebebiyle, ülkedeki demiryollarının tamamlanması amacıyla hakkaniyet hukuku gereğince yargı kararlarıyla başlamış ve 1850'lili yıllarda yazılı hukuk kuralı haline gelmiştir⁹. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümlerin esas kaynağı ABD' deki 11.USC, Chapter 11' de düzenlenen hükümlerdir. Ancak ABD' de sadece Chapter 11 borçların yeniden yapılandırılmasını düzenlememektedir. ABD' de iflas ve yeniden yapılandırma Federal Yasaların 11. Başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık 1, 3, 5, 7, 9, 11, 12, 13 ve 15. Bölümlere (Chapter) ayrılmıştır. Yeniden yapılandırma ise, 9, 11, 12 ve 13. Bölümlerde borçluya ve borcun niteliğine göre farklı şekilde düzenlenmiş ve ayrıca 7. Bölümde de tasfiye konusu düzenlenmiştir¹⁰. 9. Bölümde 901-946. maddelerde belediye borçlarının yeniden yapılandırılması düzenlenmiştir. ABD hukukunda çok sık kullanılmayan bir yeniden yapılandırma düzenlemesidir.

Genel olarak ABD' de tasfiye (Chapter 7 kapsamında) ve yeniden yapılandırma (Chapter 11, 12 ve 13 kapsamında) talepleri için özel iflas mahkemesi kurulmuştur ve iflas mahkemesinin özellikle yeniden yapılandırma konusunda geniş takdir

2005, s. 291. Balcı ise, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmanın kendine özgü (*Sui Generis*) bir niteliğinin olduğunu ileri sürmüştür. BALCI, Şakir, *Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma*, Ankara, 2006, s. 44. (BALCI, **Uzlaşma**). Erten ise, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmanın cebri etkileri olan "*Sui Generis*" yapıya sahip bir kurum olduğu görüşündedir. ERTEN, Alper Efe, **Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması**, Ankara, 2006, s. 33. Oskay/Koçak/Deyneklî/Doğan, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının büyük şirketlerin borçlarının yeniden yapılandırılması amacıyla getirilmiş bir müessese olduğunu ve konkordatodan bütün borçluların bu yola başvuramamaları sebebiyle ayrıldığı görüşündedir. OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan, **İİK. Şerhi C.5**, Ankara, 2007, s.6388; Ermenek'de sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesesinin konkordatonun biri türü olmadığı görüşündedir. ERMENEK, İbrahim, **İflaşın Erteleenmesi**, Ankara, 2010, s. 145. Aynı görüşte olan yazar; ULUSOY, Erol, "Ticaret Hukuku Açısından Uzlaşma Yoluyla Borçların Yeniden Yapılandırılması", **Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, (s.571-634), İstanbul, 2007, s.543-568, s. 554; ATALAY, Oğuz, **Borca Batıklık ve İflaşın Erteleenmesi**, İzmir, 2006, s.40. (ATALAY, **Borca Batıklık**). Bizim de katıldığımız görüşe göre, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması, konkordatonun bir türü değildir ve kendine özgü yapısı olan ve sadece bir kısım borçlular için getirilmiş bir yeniden yapılandırma müessesidir.

9 AKSOYOĞLU, Necati, "Sermaye Şirketlerinin ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması", **İcra ve İflas Hukukundaki Değişiklikler Semineri**, İstanbul, 2004, (s.117-128), s. 117; BALCI, Şakir, **Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma (Konkordato, Uzlaşma ve İflaşın Erteleenmesi)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s.19. (BALCI, **Konkordato ve Uzlaşma**); TAŞPINAR AYVAZ, s.47; BUDAK, Ali Cem, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şirket Kurtarma (Corporate Rescue, Reorganization)", **İstanbul Sanayi Odası Dergisi**, Y.26, S.310, s. 161. (BUDAK, **Şirket Kurtarma**)

¹⁰ www.uscode.house.gov.

yetkisi bulunmaktadır¹¹. ABD'deki iflas mahkemeleri federal nitelikte mahkemelerdir¹².

Amerika Birleşik Devletleri'nde 11. Başlığın 7. Bölümünde (Chapter) tasfiye düzenlenmiş olup bu daha çok Türk hukuk sistemindeki iflas sürecindeki tasfiyeye benzemektedir. 12. Bölüm (Chapter) 11. başlığın 1201-1232. maddelerinde düzenlenmiştir. Balıkçı veya çiftçi aile işletmeleri ile bu kapsamdaki gerçek şahısların borçlarının yeniden yapılandırılması için getirilmiş bir düzenlemedir. Diğer gerçek şahıslar şirketler ve ortaklıklara uygun değildir. Bu bölüm kapsamındaki kişi veya işletmelerin düzenli gelire sahip olması ve borçlarını 3-5 yıllık süreçte ödeyebilmeleri amaç edinilmiştir. 13. bölüm (Chapter) gerçek kişiler için getirilmiş bir düzenlemedir. 11. Başlığın 1301-1330. maddelerinde düzenlenmiştir. Şirketler ve ortaklıklara uygun değildir. Bu bölüm kapsamında yapılandırma için borçlunun maaş veya kamu ödemesi şeklinde düzenli gelirin olması gerekir¹³.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki federal yasaların 11. Başlığın 11. Bölümündeki düzenleme yeniden yapılandırma ismiyle yerini almıştır. 1101-1195. maddeler arasında düzenlenmiştir. Diğer bölümlerdeki düzenlemelerin bir uzantısı olmayıp bağımsız bir borçların yeniden yapılandırılması sistemidir. Bu bölüm 1938 yılında yasalaşmıştır¹⁴. 1983, 1984, 1988, 2005 ve 2019 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Bu bölüm kapsamında yeniden yapılandırma için başvurabilmenin şartı borçlunun toplam borç miktarının beş milyon doları geçmesidir. Bu bölüm kapsamındaki yeniden yapılandırmanın genel değerlendirilmesi sonucunda hak, menfaat ve alacak sahipleri açısından eşitlik ve hakkaniyet kıstasının temel alındığı görülmektedir. Bu bölümde düzenlenen yeniden yapılandırmanın amacı ise, Chapter 7 kapsamında tasfiyenin sonuçlarının ertelenmesi ve borçlunun daha uzun süre faaliyetini sürdürmesini sağlamaktır. 11. Bölüm (Chapter) bir rehabilitasyon sistemidir¹⁵. Chapter 11'in uygulamada önceden kabul edilmiş (*Pre-Packaged*) ve önceden müzakere edilmiş (*Pre-Negotiated*) olmak üzere farklı uygulamaları

11 FLEMING, James, Jr./GEOFFREY C. Hazard, Jr./JOHN, Jeubsdorf, **Civil Procedure**, New York, 2001, s. 134; FRİEDENTAL, Jack H./KANE, Mary Kay/MİLLER, Arthur R., **Civil Procedure**, St. Paul, 2015, s.15, 16.

12 WESTBROOK, Jay Lawrence, "Amerika Birleşik Devletleri'nde 11'nci Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü", **İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, (Çev.Ali Cem Budak), İstanbul, 1993, s.268.

13 PEREZ, Roma, **Bankruptcy**, Florida, 2019, s. 1.

14 BUDAK, Ali Cem, "Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda Şirket Kurtarma", **Türk İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, İstanbul, 1992, s. 347. (BUDAK, **Sempozyum**)

15 PEREZ, s. 6.

bulunmaktadır¹⁶. Türk hukuk sistemi bunlardan önceden kabul edilmiş (*Pre-Packaged*) yeniden yapılandırmayı kabul etmiştir.

Türk hukuk sisteminde düzenlenen sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması bir nevi Türk hukuk sistemine ABD hukukunda olduğu gibi bir çeşitlilik getirmiş ve borçluya borçlarını yeniden yapılandırması konusunda seçenekler sunmuştur. Ancak ABD’deki özellikle Chapter 11’deki düzenleme Türk hukuk sistemindeki Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesine benzemekte ise de, içeriğinde bir kısım farklılıklar barındırmaktadır. 5092 sayılı Kanun ile Türk hukuk sistemine giren Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 7101 Sayılı Kanun¹⁷ ile İİK.¹⁸ m. 309/s’de yapılan değişiklik haricinde hiçbir değişikliğe de uğramamıştır. Ancak değişen koşullar sebebiyle tıpkı İİK.’daki konkordatoya ilişkin hükümler gibi köklü değişikliklere ihtiyaç duymaktadır.

B. AMACI

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesesi ülke ekonomisi açısından özellikle önem arz eden sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından geçerlidir. Konkordatoyu değerlendirdiğimiz de ise, konkordatoya hiçbir ticari faaliyeti olmayan gerçek kişilerle, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerinde başvurabildiğini görmekteyiz. Ancak gerçek bir kişinin sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması yoluna başvurması mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında konkordatonun genel, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının ise, özel bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁹.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının genel olarak amacı²⁰, borçlarını ödemekte güçlük çeken sermaye şirketi veya

¹⁶ MCCORMACK, Gerard/WAN, Wai Yee, “Transplanting Chapter 11 of The US Bankruptcy Code Into Singapore’s Restructuring and Insolvency Laws: Opportunities and Challenges”, **Journal of Corporate Law Studies**, Y.2019, V.19, No.1, s. 92, 93.

¹⁷ RG., T.15.03.2018, S.30361.

¹⁸ RG. T.19.06.1932, S.2128.

¹⁹ Yarıcı, yeniden yapılandırmanın konkordatonun bir türü olduğunu ancak konkordato ile hem alacaklıların hem de borçlunun menfaatleri nazara alınmakta iken, yeniden yapılandırmanın daha çok borçlu lehine bir düzenleme olduğu görüşündedir. YARICI, Hülya, **Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması**, İstanbul, 2007, s. 155.

²⁰ Amerikan hukukunda Chapter 11, elini çabuk tutup alacağını önce alabilen alacaklı yerine tüm alacaklıların eşit tatmin edilmesi üzerine kurulmuş bir sistemdir. NOONAN, Kathleen G./LİPSON, Jonathan C./SİMON, William H., “Reforming Institutions: The Judicial Function in Bankruptcy and Public Law Litigation”, **Indiana Law Review**, Y.2019, V.94, s.554. James’de, yeniden yapılandırmanın dürüst ama talihsiz borçluya yeni bir başlangıç için fırsat veren bir sistem olduğu

kooperatifin alacaklılarıyla anlaşarak borçlarını yeniden yapılandırması ve bu şekilde borçlarını vadettiği şekilde ödeyerek ticari faaliyetine devam etmesidir. Borçlu sermaye şirketi veya kooperatif bu yolla hem ticari faaliyetine devam etmekte, hem borçlarını ödemekte hem de iflasın sonuçlarından kurtulmaktadır²¹. Bir sermaye şirketi ya da kooperatifin borçlarını yapılandırarak iflas etmekten kurtulması halinde, çalışanlarının işsiz kalması, faaliyette bulunduğu diğer üçüncü kişilerin de iflas tasfiyesi neticesinde zarara uğramamaları sağlanır ve bu suretle ulusal ekonominin iflasın oluşturacağı olumsuz sonuçlardan korunmasını sağlar²². Öğretide yeniden yapılandırmanın amacının, iflastan farklı olarak alacaklıların tatmini olmayıp, esas olarak işletmenin devamlılığının sağlanması olduğu görüşü

görüştürmektedir. JAMES, Amanda E., “Rejection Hurts: Trademark Licenses and The Bankruptcy Code”, *Valterbilt Law Review*, April, 2020, V.73, I.3, s. 892.

²¹ Deliduman, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesesinin özellikle büyük işletmelerin borçlarının yeniden yapılandırılarak bu şirketlerin ve kooperatiflerin milli ekonomi açısından kurtarılması amacıyla getirildiği düşüncesindedir. DELİDUMAN, Seyithan, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, *Yasa Hukuk Dergisi*, S.255, Temmuz-Ağustos 2004, s. 44. Aynı görüşteki yazar; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 2018, s. 570. Atalay, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması yolunun iflastan kurtulmak için alternatif bir yol olduğu görüşündedir. ATALAY, **Borca Batıklık**, s. 41. Aksoyoğlu ise, Borçlunun borçlarını yeniden yapılandırarak geri ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi ve bu şekilde ülke ekonomisine katma değer yaratmasına devam etmesini sağlamak olduğu görüşündedir. AKSOYOĞLU, s. 118. Balcı, yeniden yapılandırmanın esas amacının, iflas tasfiyesi sonunda daha kötü duruma düşecek olan alacaklıları korumak olduğu düşüncesindedir. BALCI, Şakir, “Yeniden Yapılandırma Müzakereleri (Başvuru için Ön Hazırlık) Süreci ile (Takipli veya Doğrudan) İflas Yolları ve Konkordato Başvurusu Süreçlerinin Etkileşim ve İlişkileri”, *Legal Hukuk Dergisi*, Aralık 2006, S.48, s. 3735. (BALCI, **Yeniden Yapılandırma**).

²² BİLGİN, Mahmut, **İflas, İflasın Ertilenmesi, Konkordato, Yargılama Usulü**, Ankara, 2012, s. 1154; ALTAY/ESKİOCAK, s. 498; KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul, 2014, s. 536; PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı**, Ankara, 2016, s. 579. (PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, 2016); Yıldırım/Deren Yıldırım, borçların yeniden yapılandırılmasında, şirketlerin kurtulmasında borçlunun olduğu kadar toplumun genelinin de faydasının olduğu görüşündedir. YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul, 2016, s. 555. Balcı, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın zorda kalan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden ekonomiye kazandırılması amacını güttüğü, görüşündedir. BALCI, Şakir, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması (İİK. 309/m) Hakkında Değerlendirmeler”, *Manisa Barosu Dergisi*, Ekim 2005, Y.24, S.95, s. 39. (BALCI, **Değerlendirmeler**). Aynı görüşte olan yazar, Altay, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın aciz halinde olan veya borca batık durumdaki sermaye şirketlerinin başvurabileceği bir yol olduğu ve de ulusal ekonominin zarar görmemesi için getirilmiş bir kurum olduğu, görüşündedir. ALTAY, Sümer, “İflasın Ertilenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları”, *Prof.Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, Ekim 2004, İstanbul, s.635. (ALTAY, **Armağan**); BÖKE, Abdulkadir, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S.1, Y.2005, s.217.

de ileri sürülmüştür²³. Ayrıca sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında alacaklılar, borçlu ve kamunun menfaatlerinin bir potada toplanması söz konusudur²⁴. Yeniden yapılandırmanın bütün taraflar açısından kolektif bir sonucunun olduğu da söylenebilir.

Borçlu sermaye şirketi veya kooperatifte borçlarını yapılandırıp tasdik edilen projesini uygularsa ekonomik varlığını sürdürür. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlunun mali durumunu düzeltme ihtimali vardır. Bu nedenle mali durumunu düzeltme ihtimali bulunan bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflas tasfiyesinden bu şekilde korunması sağlanır. Türk hukuk sistemindeki yeniden yapılandırmaya ağırlıklı olarak mahkemenin denetiminde işletilen ve borçların ödenmesi sürecinde de denetimin devam ettiği bir süreçtir de diyebiliriz²⁵. Özellikle konkordato ve yeniden yapılandırmada ekonomik açıdan değerli olan işletmelerin yok olmaması, işletmelerin yeniden yapılandırma talebine ihtiyaç duyulmadan önceki durumunda olduğu gibi yeniden faaliyetlerine devam etmesi, ağır tasfiye süreçleri ve de iflas prosedüründen uzak kalınarak pratik ve fonksiyonel bir anlayışla borçlunun tüm borçlarını ödemesi ve bu şekilde hem alacaklıların hem de borçlunun ortak menfaatlerine uygun hareket edilmesi amaç edinilmiştir²⁶.

C. HUKUKÎ NİTELİĞİ

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlu alacaklıları ile borçlarını yeniden yapılandırmakta ve tarafların büyük bir çoğunluğunun kabulü ile de tüm alacaklılarla uzlaşmaktadır. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlu tarafından sunulan proje bir yönü ile sulh ve ibra sözleşmesinin de özelliklerini taşımaktadır. Sulh HMK²⁷ m. 313' de düzenlenmiştir. Ancak sulh mahkeme huzurunda yapıldığında usul işlemi olmasına rağmen aynı zamanda bir maddi hukuk işlemidir. Taraflar sulh sözleşmesiyle aralarındaki ihtilafı sona erdirmektedir. Görülmekte olan bir davada tarafların sulh olması halinde eğer dava konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya hakim de tarafların sulh iradesine uyması zorunludur²⁸. Bu yönüyle bakıldığında genel olarak Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında da borçlu alacaklılarıyla uzlaşmakta bir diğer değişle de sulh olmaktadır. Alacaklıların bir

23 YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 556.

24 ERMENEK, s. 146.

25 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 572.

26 BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s.3739. Deliduman, yeniden yapılandırılmayla alacaklılarla borçlu arasında hassas bir dengenin kurulmaya çalışıldığı görüşündedir. DELİDUMAN, s. 47.

27 RG., T.04.02.2011, S.27836.

28 KURU, BAKİ, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, İstanbul, 2015, s. 430. (KURU, **Medeni Usul Hukuku**).

kısmı ile mahkeme huzurunda mahkemenin vereceği kararla, diğer bir kısmı ile de mahkeme dışında anlaşmaktadır. Yapılan bir sulh sözleşmesi nitelik olarak ibra da içerebilir.

İbra borç ilişkisini sona erdiren hallerden biri olarak TBK.²⁹ m. 132’de düzenlenmiştir. İbra işleminde borçlu borcunu ifa etmeden borçtan kurtulma konusunda alacaklıyla sözleşme akdetmektedir³⁰. Eğer Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında tenzilat söz konusu ise, tenzilat edilen miktar açısından yapılandırma ibra, borcun ödenmesi konusunda ise, alacaklılarla anlaştıkları için de sulh sözleşmesi kapsamındadır. Çünkü borçlu alacaklıyla borcu nasıl ödeyeceği konusunda anlaşmakta ve borcun ödenmesi konusundaki aralarındaki ihtilafı ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına hem sulh hem de ibra sözleşmesi kapsamında mahkeme denetiminde yapılan bir karma sözleşmedir, diyebiliriz.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması, iflas prosedüründen farklı bir sistemdir. Bu farklılık hukuki nitelik açısından da kendini göstermektedir. İflasta İİK. m.224 uyarınca istisnai hallerde ticari faaliyet devam etmekte iken yeniden yapılandırmada işletme ayakta tutulmakta ve ticari faaliyetler sanki hiç yeniden yapılandırmaya başvurulmamış gibi aynı şekilde devam etmektedir³¹. Yeniden yapılandırma talep eden borçlunun faaliyetlerinin devam etmesi ise, yeniden yapılandırmanın başarıya ulaşması halinde, süreç içerisinde fedakârlıkta bulunan alacaklılar, işletme çalışanları gibi üçüncü kişilerin alacaklarına büyük oranda kavuşacaklarından dolayı, bu alacaklıları bir nevi mükâfatlandırmış olacaktır³².

II. BAŞVURU VE BAŞVURUNUN SONUÇLARI

A. BAŞVURU

1. Başvuru, Başvuruya Eklenecek Belgeler ve Başvuru Usûlü

²⁹ RG., T.04.02.2011, S.27836.

³⁰ GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020, s.335 vd.; OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s. 554.

³¹ DOĞRUSÖZ, Hanife, “Amerikan Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005/1, s.208. Borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması, borçluyu bu süreç içerisinde iş endişesi içerisinde bırakabilir ve borçlu açısından bir iflas havası yaratır. Çünkü yeniden yapılandırmaya başvuran borçlu için iflas ile iflas etmeme arasında ince bir çizgi vardır. Borçlu bu süreç içerisinde piyasada yeni işler almakta da zorlanır. DOWNES, Colin M., “Appointing Chapter 11 Trustee in Reorganizations of Religious Institutions”, **Virginia Law Review**, V.101, Y.2015, s. 2228.

³² DOĞRUSÖZ, s. 208; BALCI, Şakir, **Uzlaşma yoluyla Yeniden Yapılandırma (İİK. 309 m-ü)**, İzmir, 2006, s. 31, 32. (Balci, İİK. 309/m-ü).

a. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasına Başvurabilecek Kişiler

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına kimlerin başvurabileceği İİK. m. 309/m-1' de ve Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmeliğin³³ m. 3' de düzenlenmiştir. Buna göre; muaccel olmuş para borçlarını ödeyemeyenler, mevcut mal varlığı ve alacakları borçlarını karşılamayanlar yahut da bu duruma düşme ihtimali kuvvet ve muhtemel olan sermaye şirketleri ve kooperatifler başvurabilir. Söz konusu hükmün lafzı incelendiğinde, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya başvurulabilmesi için, borçlunun sermayesinin borca batık olma şartı bulunmamaktadır³⁴. Bir borçlu sermayesi borca batık olmasa da, borçlarını ödeme konusunda sorun yaşaması halinde bu yola başvurabilecektir³⁵. Ancak iflas dışı adi konkordato olduğu gibi sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında alacaklılar borçlu adına bu yola başvuramaz, müessesenin niteliği gereğince sadece borçlu temsilcileri kanalıyla bu yola başvurabilir³⁶. Bankalar ve sigorta şirketleri

³³ RG. T. 17.04.2004, S:25436.

³⁴ Borca batıklık ile ilgili ayrıntılı bilgi ve borca batıklığın tanımı için; ATALAY, **Borca Batıklık**, s.6 vd; BALCI, **İİK. 309/m-ü**, s. 44. ALTAY, Sümer, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 1280; OY, Osman, **İcra Hukukunda Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma**, İstanbul, 2009, s.3. Borca batıklığın tespitinde, şirketin üçüncü kişilere olan borçlarının pasif olarak değerlendirilmesi ve aktifin pasifi karşılayıp karşılamadığının bu şekilde tespit edilmesi gerekir. Şirketin pasifinde görünen sermaye, yedek akçe, yenileme, yardım ve hayır işleri için ayrılmış fonlar gösterilmemelidir. YARICI, s. 49; ATALAY, **Borca Batıklık**, s.7.

³⁵ **BİLGİN**, s. 1154, 1155. BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3741; KILIÇOĞLU, Evren, “İflasın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, 2007, s.456. Oskay/Koçak/Deyneklî/Doğan, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması yoluna ancak sermayesi borca batık şirketlerin başvurabileceği görüşündedir. OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6389, 6390. Ermenek, borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması için sermayesinin borca batık olmasının zorunlu olmadığı görüşündedir. ERMENEK, s. 147, 148. Aynı görüşteki yazar; **ÇELİK, Aydın**, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Projesinin Tasdikinin Sonuçları ve Muhtemel Aksaklıklara Karşı Çözüm Önerileri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.2, Y.2005, s. 277, 278. Atalay ise, yeniden yapılandırma yoluna başvurulması için borçlunun sermayesinin borca batık olması gerektiği ve eğer borçlu süreç sonunda başarılı olmazsa iflas etmesinin zorunlu olduğunu ve bu yolun iflastan önceki son aşama olduğunu ve ya başar ya da iflas et şeklinde bir sonucu olduğu görüşündedir. ATALAY, Oğuz, “İflas Hukukundaki Yenilikler”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 2, Y. 2005, s. 489 vd. (ATALAY, **Yenilikler**); BÖKE, s. 215. Amerika Birleşik Devletleri’nde de başvuruyu borçlunun yapması gerekir ve borçlunun aciz halinde olması ya da sermayesinin borca batık olması gibi bir şartlar da bulunmamaktadır. WESTBROOK, s. 268; GARBADE, s. 81, 82.

³⁶ ERMENEK, s. 148; ULUSOY, s. 545.

İİK. m. 309/t-2 uyarınca ve ilgili hükmün gerekçesinde de açıklandığı üzere³⁷ özel kanunları olmasından dolayı bu yola başvuramazlar³⁸.

ULUSOY, 6102 Sayılı TTK. m. 195 uyarınca şirket toplulukları ile şirket topluluklarını yöneten gerçek kişiler veya şahıs şirketlerinin bu yola birlikte başvuramayacağı görüşündedir. Bu nedenle şirket topluluğuna tabi bir şirketin bağımsız bir şekilde bu yola başvurması yeknesaklık açısından mümkün olmayacaktır. Eğer projede yönetsel değişikliklerde öngörülmekte ise, bu durumda şirketler topluluğundan bir veya birkaç şirketin başvurması, diğer şirketlerin ise başvuramaması yahut da birlikte başvuramamaları sebebiyle mutlak anlamda hedeflenen amaç yerine getirilemeyecektir³⁹. ÖZTEK ise, bu konuyu konkordato açısından ele almıştır. ÖZTEK'e göre, grup şirketler ve holdingler için konkordato ayrı ele alınmakta ve bazı şirketler açısından konkordato tasdik edilirken bazıları açısından reddedilebilmektedir. Hâlbuki bu şirketler tek elden yönetilmekte ve genelde kayıtları ortak tutulmaktadır. Ayrıca şirketler kredilerde de birbirlerine kefillerdir. Bu nedenle ortak başvurunun kabul edilmesi ve karar verilirken birbirleriyle olan bağlantıları ve de kefillikleri dikkate alınmalıdır⁴⁰.

37 İİK. m.309/T Gerekçesi; "Maddeyle İcra ve İflas Kanunu'na, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması adı altında yeni bir kurum getirilmektedir. Bu kurum Dünyada son yıllarda geliştirilen ve ödeme gücüğü içine düşen şirketlerin iflasına karar vermek yoluna gidilip ekonomik hayattan silinmeleri yerine, bu şirketlerin kurtarılmasının mümkün olması durumunda faaliyetlerine devam etmelerinin sağlanması düşüncesine dayanmaktadır. Getirilen düzenleme alacaklı ile borçluların karşılıklı olarak anlaşmaları şartına bağlanmıştır. Buna göre, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan ya da mevcut ve alacaklı borçlarını karşılamaya yetmeyen veya böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan sermaye şirketleri veya kooperatifler, Kanun tarafından öngörülen oranlarda alacağına sahip alacaklıların çoğunluğuyla, borçlarının yeniden yapılandırılması konusunda uzlaşabilecektir. Sistem mahkeme denetiminde işlemekte ve uzlaşmanın tasdiki veya reddi yargı organının müdahalesini gerektirmektedir. Böylece özellikle uzlaşmayı kabul etmemiş olan alacaklıların hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir." (www.tbmm.gov.tr)

38 BİLGİN, s. 1158; BALCI, Şakir, **İflasın Erteleme Usul ve Esasları**, Ankara, 2010, s. 253 (BALCI, **İflasın Erteleme Usul ve Esasları**); DUMANOĞLU, Sezai, **İflasın Erteleme, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri**, İstanbul, 2011, s. 83, 84; MUŞUL, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 1413; UYAR, **Şerh**, s. 20806; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 660; YILMAZ, Ejder, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara, 2016, s. 1299; SAYHAN, İsmet, **Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Erteleme**, Ankara, 2016, s. 48, 49; DELİDUMAN, s. 48. Amerikan hukukunda da Chapter 11 kapsamında yeniden yapılandırmadan bankalar ve sigorta şirketleri faydalanamazlar. Ayrıca buna ek olarak Chapter 7 kapsamında tasfiye edilebilecek aracı kurumlar ve emtia alım-satımı ile uğraşanlarda tıpkı banka ve sigorta şirketleri gibi yeniden yapılandırma yoluna başvuramazlar. KING, P. Lawrence, **Bankruptcy and Other Insolvency Remedies, Fundamental of American Law**, Newyork, 1996, s. 465.

39 ULUSOY, s. 547.

40 ÖZTEK, Selçuk, "Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Gücüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkanlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri", **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Gücüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, İstanbul Sanayi Odası Yayınları, İstanbul, 1993, (s.240-248), s. 247. (Öztek, İşletmelerin Rehabilitasyonu).

Bir sermaye şirketi veya kooperatifin sermayesinin borca batık olması halinde İİK. m. 179 uyarınca mahkeme tarafından bu durum tespit edildiğinde borçlunun doğrudan iflasına karar verilir⁴¹. Kanunun lafzı incelendiğinde, bu hususta mahkemenin bir takdir yetkisinin olmadığı görülecektir. Ayrıca İİK. m. 178/1 uyarınca borçlu aciz halinde olduğunu bildirerek mahkemeden iflasına karar verilmesini kendisi de isteyebilir⁴². Sermayenin borca batık olduğuna ilişkin kıstasta ise, TTK. m. 376 baz alınmaktadır. Aynı zamanda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁴³’ de TTK. m. 376’ nın uygulanmasına ve uygulanmasında çıkacak sorunların çözümüne yönelik bir düzenlemedir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/m-1’ in lafzı incelendiğinde sermayesi borca batık olan bir sermaye şirketinin ya da kooperatifin bu yola başvuramayacağı ve yetkililerin bu durumda iflas talep etmek zorunda oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Çünkü sermayenin borca batık olması durumunda bildirimde bulunmayan yetkililerin de sorumlulukları doğar⁴⁴. Sermayenin borca batık olması halinde, bu durumun mahkemeye bildirilmesi şirketin yetkili organlarına yüklenmiş bir ödevidir⁴⁵. Her ne kadar kanun sermayesi borca batık bir sermaye şirketi ya da kooperatifin iflasının istenebileceğini söylemekte ise de, bu emredici bir hüküm değildir. Ancak İİK. m. 179 uyarınca sermayenin borca batıklığının mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde mahkeme tarafından sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasına karar verilir. Bu durumda sermayesi borca batık bir sermaye şirketi ya da kooperatif alacaklılarıyla anlaşarak yeniden yapılandırmaya başvurduğunda mahkeme tarafından sermayesinin borca batık olduğu tespit edildiğinde normal şartlarda iflasına karar verilmelidir. Ancak her ne kadar hükümde geçmese de gerekçede, ödeme güçlüğü içerisine düşen şirketlerin kurtarılmalarının mümkün olması durumunda faaliyetlerinin devam etmesinin amaçlandığı bildirmiştir⁴⁶. Bu durumda eğer sermayesi borca batık bir şirket

41 BİLGİN, s. 1155; ERMENEK, s. 25; MUŞUL, Timuçin, **İflasın Erteleenmesi**, İstanbul, 2010, s. 39, 40 (MUŞUL, **İflasın Erteleenmesi**); KAYHAN ÇETİN, Özlem, **İflasın Erteleenmesi Bağlamında Kayımlık**, Ankara, 2011, s.12; BALCI, Şakir, **İflasın Erteleenmesi**, İzmir, 2007, s. 249, 250 (Balci, **İflasın Erteleenmesi**); ATALAY, **Borca Batıklık**, s.25.

42 Bir işletmenin ödeme aczi içerisinde olması, o işletmenin mevcut ve alacaklılarının borçlarını vadesinde ödemeye yetmemesini ifade eder. BÖKE, s. 219.

43 RG. T. 15.09.2018, S:30536.

44 Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, sermayesi borca batık bir şirketin yükümlülüğü olan kendini mahkemeye iflas için ihbar etmesini, bu yola başvurarak bertaraf edebileceği ve bu şekilde iflas etmekten kurtulabileceği görüşündedir. OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6389.

45 BALCI, **İİK. 309/m-ü**, s. 55.

46 “Maddeyle İcra ve İflas Kanunu'na, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması adı altında yeni bir kurum getirilmektedir. Bu kurum Dünyada son yıllarda geliştirilen ve ödeme güçlüğü içine düşen şirketlerin iflasına karar vermek yoluna gidilip ekonomik hayattan silinmeleri yerine, bu şirketlerin kurtarılmalarının mümkün olması durumunda faaliyetlerine

yeniden yapılandırmaya başvurursa, mahkemenin öncelikle borçlunun kurtarılması amaç edinildiği için yeniden yapılandırma talebinin gerekli şartları taşıması halinde kabul edilmesi gerekir⁴⁷.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/m-1'in amacı ülke ekonomisine katkı sağlayan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden yapılandırma yoluyla iflasın sonuçlarından kurtarılmasıdır. Kanımızca burada yapılacak bir düzenleme ile alacaklılarıyla anlaşılabilir bir sermaye şirketi veya kooperatifinde sermayesi borca batıkta olsa, tıpkı konkordato olduğu gibi yeniden yapılandırma talep edebileceği ayrıca düzenlenmelidir. Söz konusu hüküm bu yönüyle eksik ve tartışmaya da açıktır. Bu sebeple ilgili hükümde yapılacak bir değişiklik ile Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesinin daha etkin kullanılması sağlanabilecektir.

Bir başka husus ise, hangi tüzel kişilerin bu yola başvurabilecekleridir. Kooperatifler 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu⁴⁸'nda, sermaye şirketleri ise, TTK.' da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler gereğince kooperatif; kişilerin tek başlarına yapamadıkları işlemler için emek ve sermayelerini bir araya getirdikleri diğer bir deyişle ekonomik ve sosyal güçlerini birleştirerek yatırıma sevk eden, mal ve hizmet üretiminde artışlar sağlayan teknik bilgi ve düzenli pazarlama olanaklarını kullanarak şahıslara daha refah bir hayat getirebilen teşekküllerdir⁴⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, kooperatifler; şahısların sermayelerini bir araya getirerek tek başlarına yapamayacakları bir işi yapabilmelerine olanak sağlamaktadır⁵⁰.

devam etmelerinin sağlanması düşüncesine dayanmaktadır. Getirilen düzenleme alacaklı ile borçluların karşılıklı olarak anlaşmaları şartına bağlanmıştır. Buna göre, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan ya da mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen veya böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan sermaye şirketleri veya kooperatifler, Kanun tarafından öngörülen oranlarda alacağa sahip alacaklıların çoğunluğuyla, borçlarının yeniden yapılandırılması konusunda uzlaşabilecektir. Sistem mahkeme denetiminde işlemekte ve uzlaşmanın tasdiki veya reddi yargı organının müdahalesini gerektirmektedir. Böylece özellikle uzlaşmayı kabul etmemiş olan alacaklıların hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.” (www.tbmm.gov.tr).

47 Ödeme aczi içerisindeki ya da sermayesi borca batık bir işletmenin mevcut tüzel kişiliğinin ayakta tutularak, bu işletmenin taşıdığı işletme değerinden alacaklıların istifade edebileceği bir yol olan yeniden yapılandırmanın borçlu açısından kabul edilmemesi düşünülemez. **Böke**, s. 222.

48 RG. T.10.05.1969, S.13195.

49 ÇEVİK, Orhan Nuri, **Kooperatifler Hukuku, Uygulaması ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 1999, s. 62.

50 Çelik, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının yürütülmesi ve sonuçlandırılmasının çok zor olduğunu ve de uygulanamayacak bir müessese olmasından dolayı ölü doğduğunu ileri sürmüştür. ÇELİK, Ahmet Çelik, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Projesinin Tasdikinin Sonuçları ve Muhtemel Aksaklıklara Karşı Çözüm Önerileri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2005, C.II, S.1, s. 307. Altay, yeniden yapılandırma müessesesinin doğarken ölmüş bir müessese

Sermaye şirketi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirket türlerinden biridir. Sermaye şirketlerinde, büyük ve kapsamlı işleri ve amaçları gerçekleştirmek için şirket sermayesinin büyük olması ve bunun neticesinde de ortakların çok olması kaçınılmazdır. Sermaye şirketlerinde ortaklar sermayelerini şirkete koyduktan sonra da sorumlulukları sınırlanmaktadır. Sermaye şirketlerinde ortakların kişiliği değil, şirketin sermayesi ön plandadır. Sermaye şirketlerinde esas olan şirketin sermayesidir. Bu nedenle de şirketin ortakları değişebilir ancak sermaye sabit kaldığından dolayı şirket varlığını sürdürmeye devam eder⁵¹. Sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerdir. İİK.'daki ilgili düzenlemeler gereğince de yeniden yapılandırmaya sadece kooperatifler, anonim şirketler, limited şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler başvurabilir⁵².

Yeniden yapılandırmaya sermaye şirketleri veya kooperatifler iflas kararı verilene kadar ve hatta iflas davası devam ederken de başvurabilirler⁵³. Özellikle borçlunun doğrudan iflasını isteyen projeden etkilenen alacaklı ise doğrudan iflası istenen bir sermaye şirketi veya kooperatif iflasın açılması kararına kadar yeniden yapılandırma için başvurabilir. İflas davasına bakan mahkemenin böyle bir durumda, yeniden yapılandırma başvurusunu bekletici sorun yapması gereklidir⁵⁴. Ayrıca yeniden yapılandırma talebi tasdik olur ve bu karar kesinleşirse de iflas davasının reddedilmesi gerekmektedir⁵⁵. Aciz haline ilişkin olarak ve takipli iflasta depo kararı verilene kadar bu yola başvurulabilir⁵⁶. Çünkü depo kararının kesin sonuçları vardır ve borçlunun bu sonuçlardan kurtulmak amacıyla zaman kazanmak için yeniden yapılandırmaya başvurması mümkündür. Sermaye şirketleri veya kooperatiflerin iflas ettikten sonra yeniden yapılandırmaya başvurması mümkün değildir. Çünkü konkordato açısından, iflas içi konkordato

olduğunu ve buna alacaklılardan onay alındıktan sonra mahkemeye başvurulmasının sebep olduğunu ileri sürmüştür. ALTAY, s.637.

⁵¹ PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, 2020, s. 8.

⁵² Şirketlerin birleşme yoluyla tüzel kişilikleri sona erebilmektedir. Güney Ağdağ, yeniden yapılandırma sürecinde, yeniden yapılandırma talep eden borçlunun bir başka şirket ile birleşebileceği görüşündedir. GÜNEY AĞDAĞ, Necla, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısından Şirketlerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2005, C. II, S. 1, s.506. Amerikan hukukunda da Chapter 11 kapsamında borçlu, borçlarını ödeyebilmek için farklı işletmelere ayrılabilir, küçülebilir veya parçalanarak farklı kişilere satılabilir. MCCORMACK /WAN, s.80.

⁵³ Amerika Birleşik Devletleri'nde, borçlunun başvurusu ile süreç başlamaktadır. Borçlu ticari faaliyetine devam etmekte ve borçluya yediemin borçlu adı verilmektedir. Borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması hiçbir şekilde tasarruf ehliyetini etkilememektedir. WESTBROOK, s. 350; GARBADE, s. 81, 82.

⁵⁴ BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3742.

⁵⁵ Balcı, iflas davasının tasdik kararıyla birlikte reddedilmesi gerektiği görüşündedir. BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3742.

⁵⁶ BİLGİN, s. 1158; BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3743; UYAR, **Şerh**, s. 20806.

ayrıca düzenlenmiştir. Oysa yeniden yapılandırma açısından bu şekilde bir düzenleme yoktur. Yeniden yapılandırmaya ilişkin düzenlemelerin “*Ratio Legis*” inden de iflastan sonra yeniden yapılandırma başvurusu yapılabileceği şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır. Ancak müflisin alacaklılarıyla haricen görüşerek borçlarını yapılandırması önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Borçlu bu şekilde yapacağı anlaşmayla iflasın kaldırılmasını sağlayabilir.

b. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasına Başvurulması Halinde Başvuruya Eklenecek Belgeler

i. Yeniden Yapılandırma Projesi

Yeniden yapılandırma projesi İİK. m. 309/n’ de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Borçlu ile alacaklılar arasında müzakere edilecek konular projede yer alacak ve bu proje alacaklıların onayına sunulacaktır. Projenin tasdiki aşamasında ise, mahkemenin özellikle inceleyeceği belge de bağımsız denetim kuruluşları tarafından hazırlanacak rapor ile yeniden yapılandırma projesidir⁵⁷. Borçlunun mahkemeye alacaklılarla müzakere edilmiş ve gerekli çoğunluk tarafından kabul edilmiş yeniden yapılandırma projesiyle başvurması gerekmektedir⁵⁸. Yeniden yapılandırma projesi sözleşmesel bir karaktere sahiptir⁵⁹. Bu nedenle maddi hukuk açısından ise, kabul edilmiş proje, icap ve kabulü içerisinde barındırmaktadır⁶⁰.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-1’ de; “*Projeden etkilenen alacaklıların tabi olacağı koşullar ve benzer alacaklara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağı.*” Koşulunun öncelikle yeniden yapılandırma projesinde bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶¹. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla

⁵⁷ Amerikan hukukunda Chapter 11 kapsamında yeniden yapılandırmanın iki türü bulunmaktadır. Bunlardan biri önceden kabul edilmiş (Pre-Packaged) ve diğeri önceden müzakere edilmiş (Pre-Negotiated) yeniden yapılandırmadır. MCCORMACK/WAN, s.92. Önceden kabul edilmiş olan yeniden yapılandırmada, borçlu başvurudan önce alacaklılarla müzakere ediyor ve alacaklıların kabulüne göre mahkemeye başvuruyor ancak önceden müzakere edilmiş olan yeniden yapılandırmada alacaklılar, başvurudan sonra projeyi değerlendirmektedir ve projenin hazırlanması için borçluya 120 gün süre verilmektedir. GARBADE, Kenneth D., **Pricing Corporate Securities as Contingent Claims**, Cambridge, 2001, s. 94, 95; BUDAK, **Sempozyum**, s. 352.

⁵⁸ BİLGİN, s. 1156; ALTAY/ESKİOCAK, s. 502; UYAR, **Şerh**, s. 20810; YILMAZ, **Şerh**, s.1300.

⁵⁹ TAŞPINAR AYVAZ, s. 78; ULUSOY, s. 555.

⁶⁰ ULUSOY, s. 556.

⁶¹ İİK. m.309/n’ nin gerekçesi; “Maddede yeniden yapılandırma projesinde bulunması gereken hususlar sayılmıştır. Buna göre, yeniden yapılandırma projesinde, projeden etkilenen alacaklıların tâbi olacağı koşullar ve bunlar arasında eşitliğin nasıl sağlanacağı, proje borçlusunun taraf olduğu sözleşmelere ve malvarlığına etkisi, yeniden yapılandırma için gerekli olması durumunda borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurabileceği, projenin uygulanabilirliğini sağlayacak diğer yöntemler, tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından nasıl denetleneceği ve projeyi reddeden alacaklının alacağıının, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklarla eşit muameleye tâbi olacağı gösterilmelidir. Projeye birlikte alacaklıların hakları korunmakta, yeniden yapılandırma

yeniden yapılandırılmasında, konkordatoda olduğu gibi alacaklıların arasında eşitliğin sağlanmış olması şart değildir. Borçlu projesinde bazı alacaklıların alacaklarında ve ödeme vade ve oranlarında hiçbir değişiklik de yapmayabilir ki bu alacaklılara projeden etkilenmeyen alacaklılar denilir⁶². Borçlu alacakları çeşitli sınıflara ayırabilir⁶³. Borçlu alacaklıları sınıflandırırken sınırsız bir serbesti içerisinde değildir. Yönetmelik m. 6, sınıflandırmanın nasıl yapılması gerektiğini açıklamaktadır. Borçlu yönetmeliğe uygun olarak bu sınıflandırmayı yaparken benzer alacakları bir araya getirmelidir⁶⁴. Ayrıca bu alacaklıların hepsinin projeden etkilenen alacaklar olması gerekir⁶⁵. Alacaklar sınıflandırılırken alacaklıya göre değil, alacağa göre bir sınıflandırma yapılmalıdır. Bir alacaklı birden fazla alacak sınıfında bulunabilir. Bu durumda oyu her alacağı için ayrı ayrı hesaplanır⁶⁶. Zaten Yönetmelik m. 6/b' ye istinaden de alacaklıların oylarını ayrı ayrı kullanması gerekir. Alacaklılar sayı olarak belirlenirken de alacaklısı aynı da olsa, alacaklı oy kullandığı her bir alacak için ayrı bir kişi olarak belirlenmelidir. Benzer uygulama Konkordato alacaklılar toplantısındaki nisap belirlenirken de uygulanmaktadır⁶⁷. Ayrıca Yönetmeliğin 5. maddesine göre de, borçlu müzakere ettiği alacaklılara projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıların listesini göndermelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-2' de yeniden yapılandırma projesinde, borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisinin de belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

için yapılması gerekenler düzenlenmekte, projenin nasıl ve kim tarafından denetleneceği belirtilmektedir. Böylece bu konularda başlangıçta alacaklılar ve borçlular arasında bir uzlaşma aranarak ileride doğabilecek hak kayıpları engellenmektedir.” (www.tbmm.gov.tr).

62 BİLGİN, s. 1157; BALCI, *Uzlaşma*, s. 51.

63 Böke, yeniden yapılandırmada projeden etkilenen alacaklıların borçlu tarafından sınıflandırılabilir olması konkordatoya göre yeniden yapılandırmayı daha avantajlı hale getirdiği görüşündedir. BÖKE, s. 235.

64 Amerika Birleşik Devletleri'nde 11. USC, Chapter 11, Arc. 1102/a-2 uyarınca alacaklılar komitesinin bulunması zorunludur. Alacaklılar komitesi 11. USC, Chapter 11 kapsamında küçük işletmelerin yeniden yapılandırılmasında kurulmayabilir. ABD hukukunda komitenin üye sayısının yedi olması zorunludur. Alacaklılar komitesi de kendi arasında alacağı kararla üye seçebilir. 11. USC, Chapter 11, Arc. 1102/b-3'de ise, komitenin görevleri sayılmıştır. DİRİNİSA, Efe, “Corporate Reorganization in Turkish Law Compared with The United States Chapter 11”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Y. 2005, s. 193 vd.; WESTBROOK, s. 269; GARBADE, s. 84.

65 Balcı, yeniden yapılandırma sisteminin projeden etkilenen alacaklılarla sınırlı bir uzlaşma yöntemi olarak getirildiği görüşündedir. **Balcı**, *Yeniden Yapılandırma*, s. 3736.

66 ALTAY/ESKİOCAK, s. 503; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6398; ULUSOY, s. 549; KURU, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara, 2013, s. 1555 (KURU, *El Kitabı*); KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara, 2013, s. 660; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *Ders Kitabı*, 2016, s. 581; KARSLI, s. 536; YILMAZ, *Şerh*, s. 1304; ALTAY, s.639.

67 EROĞLU, Orhan, *Uygulamada Konkordato*, Ankara, 2020, s. Benzer şekilde; Altay/Eskiocak, alacaklıların sayısı belirlenirken, alacak sayısına göre belirlemenin olması gerektiği görüşündedir. ALTAY/ESKİOCAK, s. 504.

Konkordatonun sözleşmelere etkisi, İİK. m. 296' da düzenlenmiştir. Konkordato da ilgili hüküm gereğince sözleşmelerin karşı tarafları konkordato sebebiyle sözleşmeyi fesih edemez ve konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyecek mahiyetteki sürekli borç edimlerini içeren sözleşmeler komiserin görüşü ile birlikte borçlu tarafından fesih edilebilir. İflasta ise, iflas idaresi İİK. m.226 uyarınca masanın menfaatini gözetmek ve tasfiye yapmakla mükelleftir. İflas idaresi birinci alacaklılar toplantısında seçilir ve İİK. m. 224 uyarınca da alacaklılar toplanmasında müflisin ticari faaliyetinin devamına karar verilebilir. Bu durumda da iflas idaresi müflisin ticari faaliyetini devam ettirir. Müflisin ticari faaliyeti devam ederken de müflisin yapmış olduğu sözleşmelerin masanın menfaatine olup olmamasına göre, devamına ya da feshine karar verilebilir. İflas ile borçlunun tasarruf hakkı ortadan kalktığı için bu işlemler iflas idaresi tarafından yapılır. Genel olarak iflasın açılmasıyla borçlunun varlığı sona erer bu da aslında iflas idaresinin sözleşmelere devam etmek için bir karar almaması halinde doğal bir fesihtir. Bu durumda yeniden yapılandırma projesinin sözleşmelere etkisi, konkordatodaki gibi mi olacaktır yoksa iflastaki gibi mi olacaktır?

Konkordatoda borçlu, borçlarını yeniden yapılandırdıktan sonra çoğunlukla faaliyetlerine devam etmek istemektedir. Oysa iflasta borçlunun tasarruf hakkı ortadan kalkmakta ve borçlu artık ticari faaliyetlerine devam edememektedir. Bu durumda sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasında borçlunun durumu konkordatoya daha yakındır⁶⁸. Bu durumda yeniden yapılandırma isteyen borçlunun devam etmek istediği sürekli borç ilişkisine havi sözleşmeleriyle fesih etmek istediği sözleşmelerini bildirmesi ve neden fesih edeceğinin gerekçesini de açıklaması gerekir. Çünkü feshinde sonuçları vardır ve bazen fesih borçlunun aleyhine bir sonuç doğurarak aktifini azaltıcı durumlara sebep olabilir. Projenin yapılandırmadan etkilenen alacaklılara gönderilmesinin bu yönüyle de olumlu sonuçları olacaktır. Çünkü alacaklılar belki de borçlunun fesih etmek istediği sözleşmelere devam etmesinin daha faydalı olacağını ve bu şekilde yeniden yapılandırmayı kabul edebileceklerini bildirebilirler. Borçlu devam edeceği veya fesih edeceği sözleşmelerin yeniden yapılandırmaya faydalarını, şirkete külfetini ve başkaca etkilerini değerlendirerek projesinde belirtmelidir⁶⁹.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-3' de, "*Projenin, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi.*" nin de belirtilmesi gerektiği bildirilmiştir. Borçlu bu durumda projesinde faaliyetlerine nasıl devam etmek istediği, tasarruf hakkını nasıl kullanması gerektiği ve yeniden yapılandırmaya bu bildirdiği tasarruf hakkını kullanmasının nasıl etkilerinin olacağını belirtmelidir. Bu durumda borçlunun iradesinden daha çok mahkemenin bu konudaki takdiri de önemlidir. Borçlunun

⁶⁸ Altay/Eskiocak, yeniden yapılandırmada iflasa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir. ALTAY/ESKİOCAK, s. 506.

⁶⁹ Amerika Birleşik Devletleri'nde 11.Federal Yasa'nın 365.maddesi gereğince, yeniden yapılandırmaya başvuran borçlu, işletmesine külfet yükleyen sözleşmeleri reddedebilir. MCCORMACK /WAN, s.77; JAMES, s. 891.

tüm tasarruf hakkını kullanmak istemesine rağmen, mahkeme aksi bir yönde karar verebilir. Borçlunun proje denetçisinin yetkilerini projesinde belirtmesi kanımızca yerinde olmayacaktır. Çünkü proje denetçisini atayan mahkemenin bu belirlemeyi yapması gerekir⁷⁰. Proje denetçisinin yetkilerinin mahkeme tarafından belirlenmesi alacaklılarda bir güven ve samimiyet duygusu yaratmalı ve alacaklılar projeyi değerlendirirken bu hususu da göz önünde bulundurmalıdır.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-4' de, "*Borçların yeniden yapılandırılması için gerekli görülüyorsa, borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurup başvuramayacağı.*" düzenlenmiştir. İİK. m. 309/m' nin lafzından borçlunun muaccel borçlarını ödeyemeyecek durumda olması ya da mevcut ve alacaklarının da borçlarını karşılayamaması gerekir. Bu durumda borçlunun nakit sıkıntısı içerisinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Borçlunun genel olarak nakit sıkıntısından kurtulmak içinde krediye ihtiyaç duyması kaçınılmazdır. Zaten borçlu eğer kendi kaynaklarıyla borçlarını ödeyebilecek durumda ise, bu müesseseye istisnai durumlar hariç başvurması mümkün değildir. Ancak bazı durumlarda alınacak kredinin maliyeti de borçlunun pasifini normalden fazla artırabilir. Bu sebeple borçlunun pasifi üzerinde en az etki oluşturacak şekilde eksik finansmanını karşılaması tercih edilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-5' de, "*Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler,*" şeklindedir. Bu hususlarında projede belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁷¹. Söz konusu hüküm incelendiğinde, ilgili düzenleme mali yapısı bozulmuş borçlunun mali yapısının bozulmasına sebep olan etkenlerin düzeltilmesi, şirketin veya kooperatifin iyileştirilmesi, yeniden yapılandırma projenin uygulanması ve yeniden yapılandırmanın amacına ulaşması açısından gerekli koşulların sağlanması amacıyla getirilmiştir⁷².

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-6' deki, "*Tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından ve nasıl denetleneceği,*" düzenlemesiyle, proje denetçisini kanun her ne kadar borçluya projesinde belirleme hakkı tanıdıysa da,

⁷⁰ Altay/Eskiocak, borçlunun projesinde, proje denetçisinin de yetki ve görevlerini belirleyebileceği kanısındadır. ALTAY/ESKİOCAK, s. 506; ALTAY, s.640; ÇELİK, s. 284.

⁷¹ Durman, malvarlığının devri, bir malvarlığı topluluğunun sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca tüm aktif ve pasifleriyle beraber bir diğer kişiye devrine olanak tanıyan bir araçtır. Devir için aktiflerin pasiflerden mutlaka fazla olması gibi bir şart yoktur. Bir çok amaç için kullanılabilen malvarlığının devri olanağının sözleşme serbestisi genel prensibi çerçevesinde borca batık bir işletmenin yeniden yapılandırılması içinde kullanılabilmesine engel bir hüküm mevcut olmamakla birlikte böyle bir amaç için kullanılmasına uygulamada rastlanmağı görüşündedir. **Durman, Okay:** İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmelerin Devri, İstanbul 2009, s. 74.

⁷² ALTAY/ESKİOCAK, s. 507.

borçlunun belirlediği proje denetçisinin atanacağı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Çünkü borçlunun belirlediği proje denetçisinin atanmasına alacaklılar karar vermektedir⁷³. Yönetmeliğin 19. maddesi de proje denetçisinin nasıl atanacağını, vasıflarını ve ücretinin nasıl ödeneceğini düzenlemektedir. Borçlu ile alacaklılar proje denetçisini belirlerken yönetmeliğe sadık kalmak zorundadır. Genel olarak proje denetçisinin seçiminde alacaklıların iradesinin asıl olduğu sonucuna da ulaşılmaktadır. Eğer proje denetçisinin seçimi konusunda alacaklılar ile borçlunun uzlaşmaması halinde ise, mahkeme kendiliğinden bir proje denetçisi seçebilir. Mahkemenin veya alacaklıların borçludan bağımsız olarak seçecekleri proje denetçisinin de yönetmeliğin 19. maddesindeki niteliklere uygun olması gerekmektedir. Kanunda ve yönetmelikte proje denetçisinin sayısı konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. İşletmenin büyüklüğüne göre borçlu, alacaklılar ve mahkeme proje denetçisinin sayısını takdir edecektir. Ancak kanımızca sayının tek olmasında da proje denetçileri arasında ihtilaf çıkması halinde karar verilebilmesi için fayda vardır. Genel olarak bakıldığında proje denetçisini İİK. m.306/2' de düzenlenen iflas dışı adi konkordatoda, proje tasdik edildikten sonra atanan kayyımına benzetebiliriz. Ancak yetki, sorumluluk ve görevler açısından karşılaştırıldığında proje denetçisinin, konkordatoda atanan kayyımdan daha fazla yetki ve görevle donatıldığı sonucuna da ulaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/n-7' de, "*Projeyi reddeden alacaklının alacağıının, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklılarla eşit muameleye tabi olacağı,*" düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, projeyi reddeden alacaklıları korumak maksadıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlu alacaklıları sınıflara ayırabilmektedir. Bu durumda söz konusu hükme göre projeyi reddeden alacaklı dâhil olduğu alacaklılar sınıfındaki diğer alacaklılardan daha az bir alacağı kabul etmediği sürece, dâhil olduğu sınıftaki alacaklıların alacakları oranında alacağına kavuşacaktır. Söz konusu hükümden her ne kadar sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümlerde, konkordatonun türleri gibi, bir türden bahsedilmemiş olsa da yeniden yapılandırmanın tenzilat ve vade şeklinde de olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yeniden yapılandırma projesi genel olarak değerlendirildiğinde, kanunda projede olması gereken zorunlu unsurlar sayılmış ancak bunlar sınırlandırılmamıştır. Borçlu bu sayılanların dışında da birçok hususu projesinde belirtir ki, belirtmesinde de yarar vardır. Özellikle mali durumu ile ilgili olarak bilançosu hakkında bilgi vermesi, malvarlığı hakkında bilgi vermesi, borçlarını nasıl ödeyeceği ve yaptığı işlerle, muhtemel yapacağı işleri ki bunları ispatlar mahiyette niyet mektuplarıyla bildirmesi alacaklıların projeyi kabul etmeleri ve yeniden yapılandırmanın başarıya ulaşması açısından faydalı olacaktır. Çünkü projeye ek olarak mahkemeye sunulacak belgeler alacaklılara gönderilmeyecek sadece proje

⁷³ ALTAY/ESKİOCAK, s. 508; UYAR, *Şerh*, s. 20820.

alacaklılara sunulacaktır. Alacaklılarında projeye genel olarak borçlunun durumu hakkında bilgi sahibi olmaları, projenin tasdik edilebilmesine yardımcı olacaktır.

ii. Başvuruya Eklenecek Diğer Belgeler

Borçlunun başvurusuna ekleyeceği belgeler İİK. m.309/o' da düzenlenmiştir. Bunların başında yeniden yapılandırma projesi bulunmaktadır. Yeniden yapılandırma projesinin nasıl olması gerektiği ve neler barındırması gerektiği yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır⁷⁴. Aşağıda başvuruya eklenecek diğer bilgi ve belgeler değerlendirilecektir⁷⁵.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-2; “*Borçlunun mali durumunu gösterir belgeler, ayrıntılı bilanço, defterlerinin vaziyetini bildiren cetvel, gelir tablosu ve borçlunun mali durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler.*” İlgili husus hakkında aynı zamanda yönetmelik m. 8/1’ de de borçlunun mali durumu ile ilgili bilgi ve belgelerin neler olacağı bildirilmiştir. Söz konusu hükme göre sunulacak belge ve bilgiler, ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerin vaziyetini bildiren cetveldir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde de hüküm ile mahkemenin ve alacaklıların borçlunun mali durumu hakkında ayrıntılı bir bilgiye sahip olabilmeleri amaçlanmıştır. Bu durumda alacaklılar ve mahkeme borçlunun mali durumu hakkındaki en güncel ve en detaylı bilgiyi borçlunun dürüst bir şekilde sunması durumunda, projenin başarıya ulaşabilip ulaşamayacağını en iyi şekilde değerlendirilecektir. Yönetmelik m. 3 uyarınca bu belgeleri yeminli mali müşavirin hazırlaması gerekir. Aynı tür belgelerin başvuru ile mahkemeye sunulması İİK. m.286 gereğince iflas dışı adi konkordato da bulunmaktadır⁷⁶.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-3; “*Projenin, borçluyu yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme planına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeler.*” Genel olarak bakıldığında burada bahsedilen belgelerin faraziyeye dayandığı söylenebilir. Çünkü günümüz koşullarında bir sermaye şirketinin veya kooperatifin finansal açıdan belirli bir plan yapması pek mümkün gözükmemektedir. Bu tarz belgelere

74 II. Başvuru ve Başvurunun Sonuçları, A. Başvuru, 1. Başvuru, Başvuruya Eklenecek Belgeler ve Başvuru Usulü, b. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasına Başvurulması Halinde Başvuruya Eklenecek Belgeler, i.Yeniden Yapılandırma Projesi.

75 İİK. m. 309/o ‘nun gerekçesinde, belirtildiği gibi bu belgelerin sunulması esas olarak alacaklıları korumaya yöneliktir. İİK. m. 309/o’nun gerekçesi; “Maddede yeniden yapılandırma başvurusuna eklenmesi gereken belgeler düzenlenmiştir. Maddede sayılan bilgi ve belgeler esas itibarıyla alacaklıları korumaya yöneliktir. Mahkemeye sunulacak bu belgeler sayesinde mahkeme objektif olarak şirketin mali durumu ve alacaklıların haklarının korunup korunmadığı hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Bu bilgi ve belgeler ileride başvurunun red veya tasdiki konusunda bir karar verilirken mahkemece esas alınacaktır.” (www.tbmm.gov.tr).

76 Amerika Birleşik Devletleri’nde finansal tablolar başvurudan sonra mahkemeye sunulmaktadır. WESTBROOK, s. 270; BRINDİSE, Suzanne T., “Choosing The “Per-Debtor” Approach to Plan Confirmation in Multi-Debtor Chapter 11 Proceedings”, *Northwestern University Law Review*, V. 108, No. 4, Y. 2014, s. 1357.

örnek olarak, borçlunun yapacağı işlere ait yaptığı sözleşmeler, ön sözleşmeler veya niyet mektuplarını gösterebiliriz. Ancak bu tarz bir sözleşmenin kesin sözleşmeyle sonuçlanacağı ve borçlunun sözleşmedeki karı elde ederek borçlarını ödeyebileceği de kesin değildir. Ama en azından alacaklılara ve mahkemeye geleceğe yönelik bir fikir vermesi açısından önemlidir. Bu durumda oluşacak aksi bir duruma karşılık borçlunun paraya çevrilebilir malvarlığı (bina, arazi, araç, makine...vb.) borçlarını ödeyebilmesinin garantisi ve aynı zamanda bu malvarlığının borçlarını karşılayabilir mahiyette olması gerekir. Bu belgeleri Yönetmelik m.3 uyarınca yeminli mali müşavirin hazırlaması gerekir⁷⁷. Söz konusu hüküm konkordatonun tasdikine yönelik İİK. m. 305/b' de düzenlenen teklif edilen tutarın borçlunun kaynaklarıyla tutarlı olması hükmüyle de benzerlik göstermektedir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-4; “*Projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ile bunların alacaklarının listesi.*” Söz konusu hükümlerle, diğer alacaklıların ve mahkemenin borçlunun toplam borcunu görmeleri, projenin başarıya ulaşabilip ulaşamayacağı hakkında bilgi sahibi olmaları ve özellikle projeden etkilenmeyen alacaklıların alacaklarının miktarı ile bu alacaklıların alacaklarının ödenebilip ödenemeyeceği hususunun tespit edilmesi amaçlanmıştır⁷⁸. Benzer bir uygulama İİK. m. 286/1-c uyarınca borçlunun konkordato geçici mühlet talebine eklenecek belgeler açısından da söz konusudur.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-5’ de, “*Başvuru öncesi müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamalar.*” Söz konusu hükümlerle borçlunun tüm alacaklılarıyla irtibata geçip geçmediği ve tüm alacaklılarını bilgilendirip bilgilendirmediğinin tetkik edilmesi amaçlanmaktadır. Genel olarak bakıldığında kötü niyetli bir borçlunun özellikle bir kısım alacaklılarının haberi olmadan bu yola başvurusu bu suretle engellenmektedir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-6’ da, “*Projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar.*” Kanun koyucu burada imzalar konusunda ve ispat açısından bir sorun yaşanmaması açısından bu tarz bir kural getirmiştir. Oysa söz konusu tutanakların noterden olması borçlarını ödemekte zorlanan borçlunun bir de bu şekilde ayrıca bir masrafa katlanmasına sebep olmaktadır. Çünkü bu tarz bir noter giderinin alacaklı tarafından karşılanabilmesi uygulamada karşılaşılabilecek bir yol değildir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-7; “*Projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı*

⁷⁷ DELİDUMAN, s. 49.

⁷⁸ BALCI, *Uzlaşma*, s. 51.

karşılaştırmalı olarak gösteren tablo.” Söz konusu düzenleme İİK. m. 286/1-d’deki konkordato geçici mühlet talebinde de başvuruya eklenmesi gereken belgelerdendir. Söz konusu tablo ile alacaklılara ve mahkemeye aslında bir mesaj verilmektedir. Borçlunun iflası halinde alacaklıların, yeniden yapılandırma neticesinde elde edecekleri bedelden daha az bir miktarda alacaklarına kavuşacaklarının göstergesidir. Esasında bu bir faraziyeye dayanmaktadır. Çünkü iflas halinde alacaklıların ellerine ne kadar bir miktarın geçeceği, iflas ve tasfiye sonuçlanmadan belirlenemez. Ancak bu tablo sadece alacaklılara ve mahkemeye bir fikir verir⁷⁹. Bu düzenleme aslında İİK. m. 308/p-1’de de benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre projenin tasdik edilebilmesi için, projenin reddine ilişkin oy kullanmış projeden etkilenen her alacaklının eline geçecek miktarın, en az iflas tasfiyesi neticesinde eline geçecek miktara eşit olması gerekir. Kanun koyucunun burada alacaklıyı değil sermaye şirketi veya kooperatifin menfaatlerini öne çıkardığı ve sermaye şirketi ve kooperatifin kurtarılmasına alacaklıların alacaklarına kavuşmalarından daha öncelik tanıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-8; “*Sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetvel.”* Yeniden yapılandırmanın hangi oran ve alacaklı sayısı ile kabul edileceği İİK. m. 309/m-3’de düzenlenmiştir⁸⁰. Söz konusu hükme göre, projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla yarısı ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının, borçlunun tüm borçlarının üçte ikisini karşılaması gerekmektedir⁸¹. Borçlunun bu durumda özellikle bilançosu ve muhasebe kayıtları söz konusu bilginin güvenilirliğini teyit edecektir. Borçlu İİK. m. 309/o-6’ daki ispat kuralı gereğince noterden onaylı belgeler ile bu hususu mahkemeye sunacaktır. Mahkemenin de bu tarz durumda dosya üzerinden gerekli çoğunluğun sağlandığını tespit etmesi çok güç olduğundan özellikle mali konularda bir uzmanı görevlendirerek borçlunun da kayıtlarını incelemek suretiyle bildirim sarahatini araştırmalıdır. Borçlunun yeniden yapılandırmada, bütün alacaklılar değil, sadece projeden etkilenen alacaklılarla anlaşması yeterli olacaktır⁸². Borçlu tarafından alacaklılar sınıfı oluşturulduğunda da her alacaklı

⁷⁹ Balcı, alacaklıların projeyi reddetmeleri halinde ellerine geçecek miktarın iflas tasfiyesi neticesinde ellerine geçecek miktardan fazla olduğuna kanaat getirmesi gerektiği ve bunun sübuta ermesinin aynı zamanda projenin tasdikinin de bir şartı olduğunu ileri sürmüştür. **Balcı**, Uzlaşma, s.52.

⁸⁰ Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda 11.USC, Chapter 11 Arc.1111/b-1/A-i uyarınca; alacaklı sınıfının, bu sınıfın izin verilen taleplerinin miktarının 2/3’ü ve alacaklı sayısının yarısından fazlasının projeyi kabul etmiş olması gerekmektedir. **Jacoby, Melissa B./Jarger, Edward J.**: Ice Cube Bonds: Allocating The Price of Process in Chapter 11 Bankruptcy, The Yale Law Journal, Y:2014, V:123, (862-947), s. 708; **Garbade**, s. 87, 88; **Westbrook**, s. 270; **Budak**, Sempozyum, 352.

⁸¹ BİLGİN, s. 1157; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6390, 6391; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 572.

⁸² UYAR, Şerh, s. 20807; YILMAZ, Şerh, s. 1300; ALTAY, s. 639; ÇELİK, s. 280.

sınıfının projeyi yeter nisapta kabul etmesi gerekmektedir⁸³. Alacaklılar sınıflarından herhangi birinin projeyi yeterli çoğunlukla kabul etmemesi halinde ise, proje tasdik olmaz⁸⁴.

Gerek kanunda gerekse de yönetmelikte oylamanın bir toplantı şeklinde mi yapılacağı yoksa borçlunun başkaca oy kullanma tarzı belirleyip belirlemeyeceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmelik m. 10/1' de; oy kullanacak alacaklılara oylama davetiyesinin ispat kolaylığı açısından iadeli-taahhütlü mektupla veya noter kanalıyla oylamadan makul bir süre önce bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuca göre, borçlunun oylamaya ilişkin prosedürü belirleyebileceği, oylamanın toplantı yahut alacaklıların uzaktan belge ulaştırma yoluyla da yapabileceği şeklinde sonuca ulaşılmaktadır. Bu durumda borçlu bir toplantı salonu belirleyerek tüm alacaklıları çağırıp toplantıda projeyi öncelikle anlatıp, sonra alacaklılara oylatıp daha sonra da mutabakatlarını alabileceği gibi, alacaklılara proje ve eklerini ulaştırıp belli bir süreç içerisinde kabul ise, muvafakatnameyle, ret ise, redde yönelik beyan ile kendisine ulaştırılmasını da sağlayabilir.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-9' da, "*Borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren ve gerekli nitelikleri haiz bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış bulunan finansal analiz raporları ile dayanakları.*" Söz konusu rapor yönetmeliğinde 9. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, rapor hazırlanırken en son denetim raporları, nakit akışına ilişkin tahminler, kar tahminleri, yeniden yapılandırma sürecinde sağlanacak finansman, yönetimin plan ve tahminlerinin makul olup olmadığı, yönetimin yetkinliği de dikkate alınır. Söz konusu tablo hazırlanırken özellikle borçlunun iflası halinde ortaya çıkacak finansal tablo ile yeniden yapılandırmada oluşacak tablo karşılaştırılır. Genel olarak burada güdülen amaç borçlunun kayıtlarının yeniden yapılandırmaya elverişli olup olmadığıdır⁸⁵. İlgili düzenleme bu raporun bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanması gerektiğini bildirmiştir. Bağımsız denetim kuruluşunun özellikle bu raporu düzenlemesinin sebebi ise, bağımsız denetim kuruluşlarının sorumlulukları ve hazırlayacakları raporlara statülerinden dolayı bir güvenin olmasıdır. Söz konusu raporun benzeri konkordatoda da yine bağımsız denetim kuruluşları tarafından düzenlenmekte ancak hazırlanan raporun makul

⁸³ OY, Osman, **İcra Hukuku Kapsamında Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma**, İstanbul, 2009, s.4; UYAR, **Şerh**, s. 20807; YILMAZ, **Şerh**, s. 1302; AKSOYOĞLU, s. 121.

⁸⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, planın onaylanması için kural olarak bütün alacaklılar sınıflarının planı kabul etmesi gerekir. Buna rağmen planın içeriği yasal koşulları taşıyor olmasına rağmen planı bir ya da birden fazla alacaklı sınıfı reddetmiş ise, mahkeme yine de planı onaylayabilir. Plana muhalif olan alacaklı sınıfı, tasfiye halinde dahi, yeniden yapılandırma süreci sonunda eline geçecek miktardan daha fazla bir miktara kavuşamıyorsa mahkeme bu şekilde karar verebilir. BUDAK, **Sempozyum**, s. 352; WESTBROOK, s. 287.

⁸⁵ ALTAY/ESKİOCAK, s. 517.

güvence veren bir rapor olması gerekmektedir. Genel olarak değerlendirildiğinde başvuruya eklenen belgeler, alacaklıların projenin onaylanması veya borçlunun tedbir gibi başkaca başvuruları ile kanun yoluna başvurmaları halinde ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesinin ve alacaklıların borçlu hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olabilmeleri açısından getirilmiş bir kuraldır⁸⁶.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme ile Yargılama Prosedürü

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin başvuru yukarıda saydığımız belgelerle birlikte İİK. m. 309/m-1 uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yapılacaktır. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması bir çekişmesiz yargı işidir. Bu nedenle basit yargılama usulü uygulanır. Müessesenin genel yapısı ve bir icra iflas hukuku kurumu olması sebebiyle basit yargılama usulünün uygulanması da yerindedir⁸⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 385/1-f-8; yeniden yapılandırma projesinin ilanı ve ara dönem denetçisinin atanması aşamalarının çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtmektedir. Buradan ulaştığımız sonuca göre yeniden yapılandırmanın tasdiki aşaması çekişmesiz yargı işi değildir. Zaten İİK. m. 309/ö-1 uyarınca tasdik duruşmasına adresi bilinen tüm alacaklılar gerek ilan gerekse de tebligat yoluyla davet edilmekte ve yapılan ilanda alacaklıların itiraz edebilecekleri bildirilmektedir. Bu nedenle yeniden yapılandırmanın tasdiki aşaması kanımızca çekişmeli yargı işi ve başlı başına bir davadır⁸⁸.

Borçlu başvuruyu yaptıktan sonra İİK. m. 309/ö uyarınca, mahkeme başvurudan itibaren 30 gün içerisinde bir duruşma günü belirler ve bu başvuruyu İİK. m. 288 uyarınca ilan eder ayrıca projeden etkilenen ve adresi bilinen tüm alacaklılara

⁸⁶ Bilgen, s. 1158.

⁸⁷ İflâsın ertelenmesi müessesine ilişkin hükümler kaldırılmadan önce, iflâsın ertelenmesine ilişkin süreç devam ederken yeniden yapılandırmaya da başvurulabiliyordu. Her iki müessese eş zamanlı olarak da yürütülebilmekteydi. BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3742. Günümüz koşullarında konkordato sürecinde de yeniden yapılandırmaya ilişkin hazırlıkların yapılamamasına ilişkin herhangi kısıtlayıcı bir hüküm yoktur. Ancak konkordatoda müessesesi incelendiğinde yeniden yapılandırmayla çok benzeyen ve yeniden yapılandırmaya göre borçlu açısından daha avantajlı bir müessesedir. Bu açıdan bakıldığında konkordato sürecinde de yeniden yapılandırma hazırlıkları ve başvurusu yapılabileceği kabul edilse de uygulamada karşılaşılmaması pek mümkün olamayacağı kanısındayız. Balcı, yeniden yapılandırmaya gerekli çoğunluk sağlandıktan sonra başvurulduğunda borçlunun mahkemede fikrini değiştirerek konkordato talep edebileceği ve ayrıca iflâsa alternatif yolu konkordato olduğu ve yeniden yapılandırmanın konkordatodan sonra gelen bir çözüm yolu olduğu görüşündedir. BALCI, **Yeniden Yapılandırma**, s. 3747.

⁸⁸ Ulusoy, yeniden yapılandırmanın inşai sonuç doğuran bir çekişmesiz yargı işi olduğu görüşündedir. ULUSOY, s.558. Yeniden yapılandırmanın inşai sonuç doğurduğu ve tasdik aşamasında itiraz edilmezse çekişmesiz yargı işi olmaya devam edeceği görüşünde olan yazar; TAŞPINAR AYVAZ, s. 407. Taşpınar Ayvaz, her ne kadar yeniden yapılandırma inşai sonuçta doğursa ve çekişmesiz yargı işi olsa da tasdik aşamasında itiraz edilmesi halinde çekişmeli yargı işine dönüştüğü görüşündedir. TAŞPINAR AYVAZ, s. 393.

duruşma gününü tebliğ eder. Söz konusu hükmün kabul edildiği tarihten İİK. m. 288'in eski düzenlemesi yürürlükteydi ve eski düzenlemeye göre de, ilan tirajı elli binin üzerinde olan yurt düzeyindeki bir gazete de yayımlanırdı. Ancak İİK. m.288'in 7101 Sayılı Kanun ile değiştirilmesinden sonra bu ilan ticaret sicili gazetesinde ve basın ilan kurumunun resmi ilan portalın da yayımlanmaktadır. Her ne kadar ilgili kurumlara da bu hususun bildirilmesi İİK. m. 288' de düzenlenmekte ise de, İİK. m. 309/ö' de sadece İİK. m. 288' de öngörülen usule göre ilanın yapılacağı bildirilmektedir. Bu nedenle Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında konkordatoda olduğu gibi ilgili kurumlara bildirim söz konusu değildir⁸⁹.

İlanda İİK. m. 309/ö uyarınca başvurunun kapsam ve sonuçları, başvuru dosyasının nasıl ve nerede görülebileceği ile başvuruya karşı itiraz edilebileceği de bulunur. Kanunun lafzından başvuruya itirazlar açısından bir süre ön görülmemiştir. Ancak yönetmelik m. 18/2' de bu süreyi mahkemenin de belirleyebileceği, belirlemezse de duruşmaya kadar yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesinde de ayrıca projeyi tasdik duruşması ve itirazların değerlendirilmesi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, itirazların alacaklara, alacak sınıflarına ve projeye yönelik olabileceği belirtilerek itirazlar sınırlandırılmıştır. Eğer itiraz alacağın önceliğine veya durumuna ilişkin ise, bu durumda gerek itiraz dilekçesiyle gerekse de itiraza borçlunun verdiği cevapla birlikte tüm delillerin sunulması gerekir. Buradan mahkemenin yapılan itirazları borçluya tebliğ edeceği ve borçluya da bu itirazlara cevap vermek için süre vereceği sonucuna da ulaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 18/2 maddesinde mahkemenin itirazlar ve delillerin toplanması için esas duruşmadan önce bir ön duruşma belirleyebileceğini düzenlemiştir. Ancak mahkemenin itirazların değerlendirilmesi ve delillerin toplanması için ön duruşma yapabilmesi için ilanla mutlaka itirazlar açısından bir süre belirlemesi gerekir. Çünkü bu şekilde bir süre belirlemezse itirazların tasdik duruşmasına kadar yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Ayrıca İİK. m. 309/ö-2 uyarınca borçlunun veya alacaklıların talep etmesi halinde, ara denetçi atanması ve tedbirler için de bir ön duruşma yapılabileceği belirtilmektedir. Bu durumda tüm konuların aynı duruşmada görüşülmesi ve her iki konu için ayrı ayrı duruşma günleri belirlenmemesi de usul ekonomisi ilkesi açısından faydalı olacaktır. Ancak 30 günlük süre bu işlemler açısından oldukça kısadır. Çünkü ilan, posta yoluyla alacaklılara bildirim, itirazlar ve tedbirler ile bir de bu süre içerisinde ön duruşmanın yapılması neredeyse imkânsızdır. Kanımızca Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması başvurusunun ve projenin alacaklılar tarafından daha iyi anlaşılabilmesi ve tartışılabilmesi ve de yerinde itirazların yapılabilmesi yönünden bu sürenin daha uzun olması gerekir.

⁸⁹ Altay/Eskiocak, aynı zamanda ilgili kuruluşlara da bildirilmesi gerektiği görüşündedir. ALTAY/ESKİOCAK, s.521. aynı görüşte olan yazar; UYAR, *Şerh*, s. 20817.

Mahkeme başvurudan sonra alacaklıların ya da borçlunun talebi üzerine başvuru hakkında nihai karar verinceye kadar borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli tedbirleri alır. İİK. m. 309/ö-2'nin lafzından bu tedbirlerin bir ön duruşma ile de alınabileceği bildirilmiştir. Ancak mahkemenin duruşma yapmadan dosya üzerinden yapacağı bir inceleme ile de bu tedbir kararlarını almasının önünde bir engel yoktur. Benzer hüküm İİK. m. 287/1' de de konkordato geçici mühlet talebiyle birlikte mahkemenin gerekli gördüğü tedbirleri alabilmesi açısından mevcuttur. İİK. m.309/ö-3'de ise, tedbirlerin neler olabileceği örneklendirilerek bildirilmiştir. Bunlar; başvurudan önce başlatılan 6183 Sayılı AATUHK.⁹⁰ kapsamındaki takipler ve davalar da dahil durdurulması, yeni icra takibi yapılamaması ve ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmaması yönünde olabilir. Mahkeme ayrıca gerek gördüğü diğer tedbirleri de alabilir. Kanun koyucu burada alacaklıların haklarının kaybolmaması içinde konkordatoya ilişkin İİK. m. 294/1' e paralel şekilde, bir takip muamelesi ile kesilebilen hak düşürücü süre ve zamanaşımının işlemeyeceğini bildirilmiştir. Ancak burada borçluyu koruma açısından bahsedilen tedbirler sadece projeden etkilenen alacaklılar açısından getirilmiş tedbirlerdir⁹¹. Söz konusu tedbirlerin projeden etkilenmeyen alacaklılara etki etmesi söz konusu değildir.

Borçlu mahkemeye başvurduktan sonra malvarlığının korunması veya artırılması, ticari faaliyetinin devamı açısından finansmana ihtiyacı varsa bunun temini açısından kredi kullanılabilir. Krediyi kullanması için teminat vermesi gerektiğinde ise, İİK. m. 309/ö-4 uyarınca bu teminatı öncelikle daha önce rehin tesis edilmemiş taşınır veya taşınmazları üzerinden sağlar⁹². Borçlunun böyle bir durumda rehin tesis etmesi açısından mahkemeden izin almasının gerekip gerekmediği kanunda düzenlenmemiştir. Ancak Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlunun tasarruf hakkı kısıtlanmadığı için kanımızca mahkemenin ya da ara denetçinin onayını almasına gerek yoktur. Eğer mahkeme borçlunun malvarlığını korumak adına borçlunun taşınır veya taşınmazlarına tedbir şerhi konulmasına karar verdiyse, bu durumda rehin tesisi için mahkemenin onayına gerek bulunmaktadır.

Mahkemenin başvuru ile birlikte 30 gün içerisinde bir duruşma günü belirlemesi gerekir. İİK. m. 309/ö-1' in lafzından bu sürenin 30 günden fazla olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁹³. Çünkü ilgili hüküm emredici mahiyettedir. Ancak kanun duruşmanın sadece bir duruşmadan ibaret olduğu konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bu durumda mahkemenin karar verememesi halinde yine kanımızca

⁹⁰ RG. T.28.07.1953, S.8469.

⁹¹ KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, Ankara, 2004, s. 1360; ÇELİK, s.286; ALTAY, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku**, s.1301.

⁹² ALTAY/ESKİOCAK, s.522; DELİDUMAN, s. 53.

⁹³ Altay/Eskiocak, süre konusundaki sınırlamanın emredici olmadığı kanısında olup, hakimi de bağlayıcı mahiyette olmadığı görüşündedir. ALTAY/ESKİOCAK, s. 524.

İİK. m. 309/ö-1 gereğince duruşmadan sonra 30 günü geçmeyecek bir sürede yeni bir duruşma günü belirleyebilmesi de mümkündür.

3. Başvurunun Sonuçları

Yeniden yapılandırmanın sonuçları İİK. m. 309/r' de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yeniden yapılandırmaya ilişkin başvurunun tasdikine ilişkin kararın etkileri verildiği anda doğmaya başlar⁹⁴. Buradan ulaştığımız sonuca göre, iflas dışı adi konkordatoda olduğu gibi İİK. m.308/c-1' de düzenlendiği şekilde borçlu tasdik kararının kesinleşmesiyle projenin bağlayıcı olacağını kararlaştıramaz. Çünkü ilgili hükme bakıldığında da görüleceği üzere hüküm emredici mahiyettedir. Kanımızca bunun sebebi, yeniden yapılandırmanın çok süratli bir şekilde sonuçlandırılmak istenmesi ve de sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yapısı ve ekonomiye katkıları bakımından bu suratın büyük önem arz etmesidir. Ayrıca projenin tasdikinin borçlunun tasarruf yetkisi üzerinde kısıtlayıcı bir etkisi de yoktur⁹⁵.

Yeniden yapılandırmanın tasdiki kararının istinaf mahkemesi tarafından kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde projenin tasdikine ilişkin kararın icrası kendiliğinden durur. Kararın icrasının durması burada İİK. m. 40' da ki düzenlemeyle paralel niteliktedir. Zaten bir ilamın istinaf mahkemesi tarafından kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde takip dosyası olduğu yerde durmakta ve yeni takip işlemi yapılamamaktadır. Yeniden yapılandırmada ise, bir icra takip dosyası bulunmamaktadır. Bu nedenle bu süreçte yeniden yapılandırma projesinin uygulanıp uygulanmaması söz konusudur. Projenin tasdiki kararının istinaf mahkemesi tarafından kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde oluşacak durum borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği ve ödediği miktarlar açısından bir düzenlemedir. Borçlu projenin tasdiki kararının kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde verilecek karara kadar ki yapmış olduğu ödemeler de projenin tasdik edilmemesi durumunda tüm borçlarından mahsup edilir. Ancak ilk derece mahkemesinin yaptığı işlemlerle, borçlunun ilk derece mahkemesi kararına istinaden yapmış olduğu işlemler geçerliliğini sürdürmeye devam eder.

İcra ve İflas Kanunu'nun 309/r-3 hükmü yeniden yapılandırmanın borçlunun yapmış olduğu sözleşmelere etkisini düzenlemektedir⁹⁶. Benzer bir hüküm konkordatunun borçlunun sözleşmelerine etkisini düzenleyen İİK. m. 296'da da bulunmaktadır ve benzerlik göstermektedir. Söz konusu hükme göre, öncelikle

⁹⁴ ALTAY/ESKİOCAK, s.525.

⁹⁵ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6404; ERTEN, s. 113.

⁹⁶ Chapter 11 kapsamında ABD'de yeniden yapılandırmalarda, yeniden yapılandırmanın sözleşmelere etkisi hakkında; GÜNGÖR, SEDA Ş., "ABD Hukukunda Yeniden Örgütlenme Talebinin Kabulünün Sözleşmelere Etkisi", **Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, 2007, s. 419 vd.

projeden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde projenin düzeltilmesine ya da feshine sebep olacak maddelerin uygulanmayacağı bildirilmektedir⁹⁷. Çünkü borçlu yeniden yapılandırma yoluna gitmeden önce alacaklılarıyla sözleşmeler imzalamış ve bu sözleşmelerle projeden farklı bir taahhüt altına girmiş olabilir⁹⁸. Bu durumda projeye yeknesaklık sağlanmak amacıyla kanun koyucu bu hükümlerin geçersiz olması gerektiğini bildirmiştir. Çünkü bu tarz bir hüküm olmasa aynı alacak sınıfına tabi alacaklılar arasında da eşitsizlik olacak ve bu sebeple projenin düzeltilmesi gerekebilecektir. Borçlunun ise, bir an önce borçlarını ödeyerek normal ticari faaliyetine devam etmesi ise, sekteye uğrayabilecektir. Bu nedenle ilgili hüküm özellikle borçlunun aynı alacaklı sınıfındaki alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması, projenin yersiz bir zamanda düzeltilmesi ve borçlunun alacaklılarıyla yeniden yapılandırmaya başvurmadan önce imzaladığı sözleşmelerdeki hükümler sebebiyle feshinin önüne geçmektedir⁹⁹.

İlgili hükmün devamında ise, yeniden yapılandırmanın temerrüt ve sözleşmeye aykırılık oluşturacağı hususundaki sözleşme hükümleri açısından düzenlenmiştir. Çünkü bir çok sözleşmede iflas, iflasın ertelenmesi, konkordato veya yeniden yapılandırma hallerinin sözleşmenin karşı tarafınca tek taraflı olarak fesih sebebi kabul edileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Bu ise, borçlarını ödeyerek ticari faaliyetine devam etmek isteyen borçluyu zor durumda bırakabilecek mahiyette hükümlerdir. Çünkü bir çok projede borçlu mevcut ve müstakbel elde edeceği gelire istinaden borçlarını ödeyebileceğini bildirmektedir. Bu durumda ise, borçlunun gelirleri kesilebilecek hatta sermayesi borca batık olmayan bir borçlunun sermayesi borca batık hale gelebilecektir. Genel itibarıyla bakıldığında ise, söz konusu hüküm yeniden yapılandırmanın amacıyla da uyumludur.

Yeniden yapılandırmaya başvurulduktan sonra mahkeme tarafından tedbir kararı verilmiş olabilir. İİK. m. 309/r-4 ise, bu tedbir kararlarının akıbetini düzenlemektedir. İlgili hükme göre, projenin tasdiki ya da tasdik talebinin reddi, mahkemenin tedbirlerin kaldırıldığına ilişkin bir karar vermesine lüzum kalmadan kendiliğinden kalkar takiplere ve davalara ise, devam edilir. Ancak ilgili hüküm incelendiğinde, ilk derece mahkemesinin tedbir kararlarının devamı yönünde bir

⁹⁷ Aksoyoğlu, projenin alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelmesinin hukukta güvenlik ve istikrar ilkesini zorladığını ve özellikle projeden etkilenmeyen alacaklılar için böyle bir hükmün olmasının isabetli olmadığını ileri sürmektedir. AKSOYOĞLU, 124.

⁹⁸ Ayrıca sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırmaya başvurmaları halinde alacakların muacceliyet kespilmesi ise, İİK. m. 309/r-3 hükmü gereğince kısmi butlan ile geçersiz olacaktır. ULUSOY, s. 566.

⁹⁹ Ulusoy, proje ile sözleşmeler arasında bir çelişkinin olması halinde, projeye üstünlük tanınması gerektiği ve projenin uygulanmasının uygun olacağı görüşündedir. Ayrıca yeniden yapılandırmanın sözleşmelere etkisi konusunda bir tereddütün oluşması halin de, iflasın sözleşmelere etkisine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. ULUSOY, s. 552. Ulusoy' a genel olarak katılmakla birlikte, iflasın sözleşmelere etkisinden ziyade İİK. m. 296' da düzenlenen konkordatonun sözleşmelere etkisinin yeniden yapılandırmaya daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

karar vermesinin de önünde bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca borçlu veya alacaklılar bir zorluk yaşamamak için kanun yolu incelemesini yapacak olan istinaf mahkemesinden de bu tarz bir tedbir kararı vermesini talep edebilir. Söz konusu hüküm alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Çünkü yeniden yapılandırma talebi reddedildiğinde, alacaklıların tedbirden önceki duruma dönmeleri ve alacaklarını haciz veya iflas yollarıyla alabilmeleri açınsındadır. Ancak bu süreçte bir iflas davasının açılması halinde de kanımızca, davaya bakan mahkemenin yeniden yapılandırmaya ilişkin projenin tasdikinin reddi kararının kesinleşmesini beklemesi gerekir¹⁰⁰.

ALTAY/ESKİOCAK, projenin tasdik edilmesi ile proje uyarınca ödenmesi taahhüt edilenlerin dışındaki alacakların ibra edildiğini ileri sürmektedir¹⁰¹. ULUSOY ise, projenin kabul edilmesinin ibra¹⁰², erteleme¹⁰³, yenileme sözleşmesi¹⁰⁴ niteliğinde olabileceğini ve bu üç sözleşme türünün de özelliklerini kapsar mahiyette bir karma sözleşme olduğu görüşündedir¹⁰⁵. Oysa projenin tasdiki bir taahhüttür ve borçlunun ifayı tam olarak yerine getirmemesi veya iflas sebeplerinden birinin vuku bulması yahut yeniden yapılandırmanın feshi halinde eğer proje kapsamında ödenecek alacakların dışındaki alacakların ibra edildiği kabul edilirse alacaklı sadece projede belirtilen miktarı alabilecektir. Bu nedenle proje tam anlamıyla uygulanırsa dahi, şarta bağlı bir ibradan bahsedilebilir. Çünkü proje tam anlamıyla ifa dahi edilse, hala zamanaşımı süresi içerisinde yeniden yapılandırmanın tamamen fesih edilme ihtimali söz konusudur¹⁰⁶.

B. GÖREVLİ ORGANLAR

1. Genel Görevli Organlar

İflasta, konkordato mühlet talebi ve konkordatonun tasdikinde ve ayrıca sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlunun merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi yetkili ve

¹⁰⁰ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6404; TAŞPINAR AYVAZ, s. 403.

¹⁰¹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 525.

¹⁰² ULUSOY, s. 561.

¹⁰³ ULUSOY, s. 560.

¹⁰⁴ ULUSOY, s. 563.

¹⁰⁵ ULUSOY, s. 565.

¹⁰⁶ Budak, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda borçlunun proje dışında kalan borçları ibra edilmiş kabul edilmektedir. Proje borçlunun anayasası olarak kabul edildiği ve buradaki ibranın kesin ibra olduğu görüşündedir. BUDAK, Ali Cem, “Amerikan Hukukunda Finansal güçlük yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler”, **Finansal Güçlük Yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler Konferansı**, Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2008, (BUDAK, **İşletmelerin Kurtarılması**), s.66. Westbrook, planın onaylanmasıyla Chapter 11, Arc.1141 (d) uyarınca taahhüt edilen ödeme dışındaki borçların ibra edilmiş kabul edileceğini ileri sürmektedir. WESTBROOK, s.271.

görevlidir. Tıpkı konkordato ve iflasta olduğu gibi kanun koyucu İİK. m. 309/m ile sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında da ticaret mahkemesini görevli olarak kabul etmiştir. Türk hukuk sisteminde ticaret mahkemelerinin bu tarz kesin yetkisi Amerika Birleşik Devletlerinde düzenlenen yeniden yapılandırma ve tasfiyede de kendini göstermektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde özel yetkili ve görevli federal iflas mahkemeleri kurulmuştur ve bu konularda ihtisaslaşmışlardır¹⁰⁷.

Yeniden yapılandırmada görevli organlardan bir diğeri ise, alacaklılardır. Çünkü İİK. m. 309/m-2' uyarınca alacaklıların yeniden yapılandırmanın asli bir unsuru olduğu bildirilmektedir. Yeniden yapılandırmanın başarıya ulaşması projeden etkilenen alacaklıların projeyi kabul etmelerine bağlıdır¹⁰⁸. Alacaklılar projeyi kabul ettikten sonra da belirleyici rol oynamaya devam ederler özellikle projenin tadili veya ifasında karşılaşılan sorunlar ve yeniden yapılandırmanın feshi konularında da etkilidirler.

Yeniden yapılandırmadaki üçüncü organ ise, bağımsız denetim kuruluşlarıdır. Yeniden yapılandırma talebine eklenecek belgeler arasında İİK. m. 309/o-9' da bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanacak finansal analiz raporu bulunmaktadır. Bağımsız denetim kuruluşları tarafından rapor hazırlanması konkordatoda da bulunmaktadır. Bağımsız denetim kuruluşu konkordato da makul güvence raporu hazırlarken, yeniden yapılandırmada finansal analiz raporu hazırlamaktadır. Bağımsız denetim kuruluşu raporunu hazırlarken denetim kanıtlarını kendisi elde eder. Burada bir kendiliğinden araştırma söz konusudur. Bu kanıtlara ise denetimin standartları çerçevesinde ve mesleki şüphecilik içinde planlanma ve amacın gerçekleştirilmesi yönündeki çaba ile ulaşılr¹⁰⁹. Mesleki şüphecilik ile kastedilen husus ise denetim konusunda önemli uyumsuzluklara yol açabilecek koşulların da mevcut olabileceğinin her zaman göz önünde bulundurulmasıdır.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-9 uyarınca bağımsız denetim kuruluşu borçlunun yeniden yapılandırma neticesinde tekrar ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve

¹⁰⁷ CARRİNTON, Paul D., **Federal Rules of Civil Procedure**, St. Paul, 2014, s. 5. İflâs mahkemeleri, nitelik olarak federal yetkileri kullanan yerel mahkeme olmasına rağmen geniş takdir yetkisi ile donatılmıştır. Bkz. FLEMİNG, James, Jr./HAZARD, Geoffrey C., Jr./JEUBSDORF, John, **Civil Procedure**, Newyork, 2001, s. 134; FREDENTHAL / KANE / MİLLER, s. 16. Bölge mahkemelerinin iflas yargılamasındaki yetkisi 28. USC, Arc.1334'te düzenlenmiştir. PUGATCH, Chad P./ PUGATCH, Craig A./VAUGHAN, Travis, "The Lost Art of Chapter 11 Reorganization", **University of Florida Journal Of Law&Public Policy**, V.19, Y.2018, s. 65.

¹⁰⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 571.

¹⁰⁹ Bağımsız denetçi, Bağımsız Denetçiler için Etik Kurallar 110. Bölüm uyarınca bütün mesleki ve iş ilişkilerinde dürüst, açık, doğru ve güvenilir olmalı, bölüm 120 uyarınca tarafsız olmalı ve bölüm 130 uyarınca da mesleğini özenle ve görevinin gerekleri uyarınca dikkatli, derinlemesine ve zamanında hareket etme sorumluluğu kapsamında yapar. Bağımsız Denetçiler için Etik Kurallar, RG, T. 30.11.2017, S:30256.

projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğuna ilişkin finansal analiz raporu hazırlayacaktır. Söz konusu rapor konkordatoda düzenlenen makul güvence veren bağımsız denetim raporundan farklıdır ve bağımsız denetim kuruluşunun sorumluluğu da konkordato başvurusundan önce düzenlenen rapordan daha azdır. Çünkü ilgili hükümde borçlunun mali kayıtlarının incelenmesi ve mevcut durumunun gösterilmesiyle, muhtemel olarak tekrar ödeme kabiliyetine kavuşabileceği ve projeye uymasının mümkün olduğu belirlenecektir. Bu durumda bağımsız denetim kuruluşunun olumsuz kanaate varması borçlu kayıtlarında çok fazla tutarsızlık olmadığı müddetçe mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca yeniden yapılandırmada da tıpkı konkordatoda olduğu gibi makul güvence veren denetim raporu düzenlenmesinde fayda vardır ki bu tarz bir rapor konkordatodan daha çok yeniden yapılandırmaya daha uygundur.

İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-9’ da belirtilen finansal analiz raporunda özellikle, borçlunun mevcut mal varlığı değerleri ile projesinde belirttiği ödeme planını gerçekleştirebilir gerçekleştiremeyeceği ve bu kapsamda yeniden yapılandırmanın başarıya ulaşabilip ulaşamayacağı değerlendirilecektir. Bu açıdan bir değerlendirme yapıldığında hükmün lafzıyla da paralel olarak finansal analiz raporu alınmadan önce, projenin hazırlanması zorunludur. Ayrıca bu projenin, mahkemeye sunulacak olan proje ile aynı proje olması gerekmektedir. Bu hususta özellikle yargılamayı yapan hâkimin olası bir aldatmaya mahal vermeyecek şekilde karşılaştırma yapması gerekir.

Bağımsız denetim kuruluşlarının hazırlayacakları raporlarından dolayı sorumlulukları hususunda 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹¹⁰ uygulanır. 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 24’te denetimden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; *“Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar. Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler, verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla genel şartları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak Kurulca belirlenir.”*

2. Ara Dönem Denetçisi

İcra ve İflas Kanunu m. 309/ö-2 uyarınca yeniden yapılandırmada ara dönem denetçisinin atanmasına ya borçlu ile alacaklıların karşılaştırılacağına ya da mahkemenin kendiliğinden bu hususa karar vereceği düzenlenmiştir¹¹¹. Kanunda

¹¹⁰ RG, T: 02.11.2011, S: 28103.

¹¹¹ BİLGİN, s. 1166; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6398; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 660; YILMAZ, *Şerh*, s. 1310; BÖKE, s. 235; ÇELİK, s. 285; DELİDUMAN, s. 52, 53; BALCI, *İİK*. 309/m-ü, s.190.

bu hususun alacaklılar ile borçlu tarafından kararlaştırılacağı bildirilmektedir. Ancak bu belirlemenin nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin de 19. maddesi ara dönem denetçisi ve proje denetçisi başlıklıdır. Ancak orada da bu hususta bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun alacaklıların tamamının mı muvafakatini alması gerektiği yoksa projenin tasdiki için gerekli nisabı düzenleyen İİK. m. 309/m-3’ de belirtilen orandaki alacaklıların mı olur vermesi gerektiği hususu belirsizdir. Kanımızca eğer ara dönem denetçisi atanması gerektiği ve ara dönem denetçisi olarak görev yapacak kişinin kimliği belli ise, bu kişinin mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde atanması gerekir. Eğer projede bu şekilde bir düzenleme yoksa da İİK. m. 309/m-3’ de ki nisaba göre belirlemenin yapılması gerekir. Çünkü kanunda alacaklılar veya borçlu tarafından değil, alacaklılar ve borçlu tarafından atanacağı yani alacaklılar ile borçlunun ara dönem denetçisini birlikte belirlemeleri ve atamayı mahkemenin yapması gerektiği bildirilmiştir.

Ara dönem denetçisinin atanması gerektiğine mahkemenin de kendiliğinden karar vermesi mümkündür. Mahkeme bu durumda ara dönem denetçisinin atanmasını tarafların istemesi ve atanacak kişi üzerinde anlaşamamaları yahut da mahkemenin borçlunun mevcut durumuna göre ara dönem denetçisi atanması gerektiği hususunda kanaat getirmesi halinde atamaktadır. Bu durumda borçlunun ya da alacaklıların ara dönem denetçisi olarak atanacak kişi hakkında mahkemeye öneride bulunmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu öneriler kanunun “*Ratio Legis*” ine göre mahkemeyi bağlamamaktadır. Kanunun lafzından eğer alacaklılar ve borçlu ara dönem denetçisi üzerinde anlaşmışlarsa mahkemenin tarafların iradelerine göre belirledikleri kişiyi ara dönem denetçisi olarak atamasının zorunlu olduğu kanısındayız. Bu durumun tek istisnası ise, alacaklılar ile borçlunun belirlediği ara dönem denetçisinin yönetmelik 19. maddede belirtilen vasıfları taşımaması halidir. Kanımızca da mahkeme bu durumda doğrudan atama yapmamalı alacaklılar ile borçluya atanacak kişiyi belirlemeleri hususunda süre vermeli eğer bu süre içerisinde taraflar ara dönem denetçisini belirleyemezlerse mahkemenin kendiliğinden atamayı yapması gerekir.

Ara dönem denetçisini mahkemenin, belirlenen duruşma gününden önce belirleyebileceği bir ön duruşmada atayabileceği ilgili hükümde düzenlenmiştir. Ancak kanunun lafzından ara dönem denetçisinin illa ki bir duruşmada atanması gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Bu durumda mahkeme usul ekonomisi ilkesi gereğince atamayı dosya üzerinden yapacağı bir inceleme neticesinde de yapabilir. İcra ve İflas Kanunu m. 309/o-2, ara dönem denetçisinin projenin tasdiki veya reddedilmesine kadar atanacağı ve ara dönem denetçisinin borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstelenebileceği gibi bu faaliyetleri denetleyecek şekilde atanabileceğini de düzenlemiştir. Bu durumda ara dönem denetçisinin yetkisini mahkeme durum ve şartlara göre kendisi takdir edecektir. Bu durumda atanacak ara dönem denetçisinin yetkilerini iflasın ertelenmesi

müessesesi yürürlükte iken atanan yönetici veya denetleyici kayyımına benzetebiliriz¹¹².

Ara dönem denetçilerinin Yönetmeliği 19. maddesinde, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli mali müşavirler arasından seçileceği düzenlenmiştir. Seçilen ara dönem denetçisinin Yönetmelik tamamen bağımsız ve tarafsız olması gerektiği ve projeden etkilenen alacaklılar ile borçlu arasında menfaat ilişkisinin olmaması gerektiği bildirilmektedir. Bu durumda mahkemenin atamayı yapması halinde, seçeceği ara dönem denetçisini bölge adliye mahkemesi bilirkişilik kurulunda sicile kayıtlı bilirkişiler arasından ya da konkordato komiserlerine ilişkin oluşturulan sicilden ataması ara dönem denetçisinin tarafsız ve bağımsız olması koşulunu sağlaması açısından da faydalı olacaktır.

Ara dönem denetçisine ilişkin gerek kanundaki düzenlemede gerekse de yönetmelikteki düzenleme de atanacak ara dönem denetçisinin sayısı konusunda kesin bir belirleme yapılmamıştır. Ancak bir ya da birkaç şeklinde bir yönlendirme mevcuttur. Bu durumda kaç adet ara dönem denetçisinin atanacağına alacaklılar ile borçlu birlikte karar verebileceği gibi mahkemenin kendiliğinden ara dönem denetçisi ataması halinde mahkeme de karar verebilir. Şayet alacaklılar ile borçlu örneğin bir ara dönem denetçisi belirlemişlerse mahkemenin gerek görmesi halinde alacaklılar ile borçlunun belirlediği ara dönem denetçisinin yanına başka ara dönem denetçileri de ataması mümkündür. Sayının tek ya da çift olması gerektiği konusunda bir düzenleme olmamasına rağmen kanımızca tek sayıda olması alınacak karar ve alınacak kararların süratle uygulanması açısından önem arz etmektedir.

Atanacak ara dönem denetçisinin Yönetmelik m. 19/3 uyarınca yeminli mali müşavirler arasından seçilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bu durumda mahkemenin mali müşavir yahut herhangi bir hukukçu veya başkaca meslek mensubunu ataması Yönetmeliğe aykırılık teşkil edecektir. Çünkü Yönetmelik tavsiyede bulunmamış bu hususu tartışma yaratmayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemenin veya alacaklılar ile borçlunun birden fazla ara dönem denetçisi ataması halinde dahi atanan bütün ara dönem denetçilerinin hepsinin yeminli mali müşavir olmaları zorunludur.

Ara dönem denetçisinin alacağı ücreti, eğer ara dönem denetçisini borçlu ile alacaklılar belirlemişlerse, alacaklılar ile borçlu belirleyebilirler. Yönetmelik m. 19/2 uyarınca borçlu bu tutarı mahkeme veznesine depo eder. Ancak projenin tasdiki ve tasdiki talebinin reddine ilişkin kararında mahkeme ücreti kesin olarak belirler. Yönetmeliğin lafzının yorumundan mahkemenin bu belirlenen ücretin artırılıp azaltılabileceği şeklinde olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Çünkü mahkeme fahiş bir şekilde belirlenmiş olan ücretin borçlunun alacaklılarına zarar verecek mahiyette olabileceğini düşünebilir. Eğer ücreti düşük bulur artırırsa, aradaki farkı borçluya tamamlattırır, eğer ücreti azaltırsa da kalan miktarı borçluya

¹¹² KAYHAN ÇETİN, s. 82, 83.

iade eder. Buradan ulaştığımız sonuca göre, ara dönem denetçisinin ücretinin bir bütün olarak belirleneceği ve yeniden yapılandırmanın tasdiki veya reddine ilişkin karardan sonra ara dönem denetçisine peşin olarak ödeneceği sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkeme kendisinin atadığı ara dönem denetçisi için ise, borçlunun işletmesinin büyüklüğü veya kooperatifin üye sayısı ve faaliyetiyle, ara dönem denetçisinin yüklendiği görev açısından yapacağı değerlendirme neticesinde takdir edecektir.

Ara dönem denetçisinin atanmasından sonra yapacağı faaliyetler açısından, aldığı kararlar ile yaptığı işlemlere karşı itiraz veya kanun yoluna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ara dönem denetçisinin yaptığı işlemlere veya aldığı kararlara karşı, alacaklılar, borçlu veya ilgili üçüncü kişiler kanımızca incelemeyi yapan ticaret mahkemesine İİK. m. 16 kapsamında şikayet yoluna gidebilir. Her ne kadar kanunda veya Yönetmelikte bu şekilde bir düzenleme olmasa da konkordatoya ilişkin hükümlerin burada kıyasen uygulanabileceği düşünülebilir ve konkordato komiserinin işlemlerine ilişkin şikayet prosedürü de burada uygulanmalıdır.

Ara dönem denetçinin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde ara dönem denetçisinin sorumluluğunda, kayyım ile ilişkin düzenlemelerin kıyasen düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹¹³. Kayyımın sorumluluğunda ise, anonim şirketlerin tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır¹¹⁴. Bu nedenle de kayyım tarafından yapılan haksız işlemler, haksız fiile ilişkin hükümlere tabidir ve haksız işlemde zarar görenin zararını da devlet karşılar¹¹⁵. TANRIVER, konkordato komiseri içinde aynı hükümlerin geçerli olduğu görüşündedir¹¹⁶.

3. Proje Denetçisi

İcra ve İflas Kanunu m. 309/p-2' de projenin tasdiki ile birlikte mahkeme tarafından bir veya birkaç proje denetçisinin atanabileceği düzenlenmiştir. Mahkeme atamayı yaparken eğer borçlu ile alacaklılar proje denetçisini kararlaştırmışlarsa ve belirlenen proje denetçisi Yönetmelik m. 19' daki şartları

¹¹³ TAŞPINAR AYVAZ, s. 351; KAYHAN ÇETİN, s. 84, 85.

¹¹⁴ TAŞPINAR AYVAZ, s. 346 ; KAYHAN ÇETİN, s. 85.

¹¹⁵ AKİL, Cenk, “İflasın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri-Özellikle Kayyım”, **BATİDER**, C.XXV, 2009/III, s. 250; ERMENEK, s. 318; KAYHAN ÇETİN, s. 85, 168.

¹¹⁶ TANRIVER, Süha, **Konkordato Komiseri**, Ankara, 1993, s. 269. Öztekin, kayyımın devletin resmi bir organı olduğu ve kayyımın görevinin konkordato komiserinin görevine de benzetilebileceğini görüşündedir. ÖZTEK, Selçuk, **İflasın Ertelenmesi**, İstanbul, 2007, s. 139. (ÖZTEK, **İflasın Ertelenmesi**)

taşıyorsa bu kişi veya kişileri atayabilir¹¹⁷. Ancak alacaklılar ile borçlu proje denetçisi konusunda anlaşamamışlarsa ki, ara dönem denetçisinin atanması ile ilgili sorun burada da geçerlidir, mahkeme de proje denetçisi atanmasını gerekli görüyorsa o zaman proje denetçisini kendisi atayabilir. İlgili hüküm emredici mahiyette olmayıp durum ve şartlara göre bu hususta hâkimin takdir yetkisi olduğu yönündedir. Ancak kanımızca eğer alacaklılar ile borçlu bir ya da birkaç proje denetçisi belirlemişlerse mahkeme gerekli olmadığını düşünse dahi bu kişileri atamalıdır. Çünkü alacaklılar ile borçlunun iradeleri bu yönde olup mahkemenin de buna uyması gerekir.

Mahkeme tarafından atanan proje denetçisinin borçlunun tasarruf hakkı üzerinde herhangi bir görevi bulunmamaktadır. Proje denetçisi projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip düzenli olarak rapor düzenleyerek mahkemeye sunacaktır. Alacaklılar da bu raporlara istinaden hem süreçten haberdar olacak hem de yeniden yapılandırmanın feshinin istenmesi halinde bu raporlar mahkemeyi ve yeniden yapılandırmanın feshini isteyen ilgiliyi bilgilendirerek yönlendirecektir.

Yönetmelik m. 19/4 uyarınca ara dönem denetçisi proje denetçisi olarak atanabilir. Yönetmelik bu hususu genel olarak tavsiye etmektedir. Çünkü ara dönem denetçisi borçluyu tanıdığı ve borçlunun işletmesine vakıf olduğu için hazırlayacağı raporda daha sağlıklı ve gerçekleri daha iyi yansıtan bir rapor olacaktır. Yönetmelik m. 19/3 uyarınca tıpkı ara dönem denetçisi gibi, proje denetçisinin de yeminli mali müşavir olması gerekir. Birden fazla proje denetçisi atansa dahi bunların hepsinin yeminli mali müşavir olması Yönetmelik gereği bir zorunluluktur. Seçilen proje denetçisinin tıpkı ara dönem denetçisi gibi tamamen bağımsız ve tarafsız olması gerekir ve projeden etkilenen alacaklılar ile borçluyla menfaat ilişkisinin olmaması gerekmektedir. Bu durumda mahkemenin atamayı yapması halinde, seçeceği proje denetçisini bölge adliye mahkemesi bilirkişilik kurulunda sicile kayıtlı bilirkişiler arasından ya da konkordato komiserlerine ilişkin oluşturulan sicilden ataması proje denetçisinin tarafsız ve bağımsız olması açısından faydalı olacaktır.

Yönetmelik m. 19/son uyarınca proje denetçisi olarak atanan kişinin alacağı ücret, o nitelikteki uzman bir kişinin alacağı ücrete göre mahkeme tarafından belirlenir. Gerek Yönetmelik gerekse de kanun ücretin nasıl ödeneceği konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Ancak kanımızca burada mahkeme bu hususu belirleyecektir. Aylık veya toptan olarak belirlemesinde ise, herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Ara dönem denetçisi gibi, proje denetçisinin de yönetim veya denetim yetkisi olmayacağı için ara dönem denetçisinin kararlarına karşı konkordato komiserinin işlemlerindeki şikayet prosedürünün burada uygulanmasına ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Şayet proje denetçisi görevini gereği gibi yerine getirmiyorsa o

¹¹⁷ BİLGİN, s. 1166; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s.6401; KAYHAN ÇETİN, s. 82; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 661; KURU, *El Kitabı*, s. 1561; DELİDUMAN, s. 53; BALCI, *İİK*, 309/m-ü, s.199.

zaman mahkemenin herhangi bir aşamada kanımızca proje denetçisini değiştirme yetkisi bulunmaktadır. Aynı şekilde ara dönem denetçisinin de görevini gereği gibi yerine getirmemesi halinde mahkeme tarafından değiştirilmesi mümkündür.

III.BAŞVURUNUN İNCELENMESİ VE TASDİK AŞAMASI

A. İLK BAŞVURU ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Yeniden yapılandırmaya ilişkin belgelerini eksiksiz bir şekilde borçlunun mahkemeye sunması üzerine İİK. m.309/ö-1 uyarınca mahkemenin derhal bir duruşma günü belirlemesi ve belirlediği duruşma gününü İİK. m. 288 uyarınca Basın İlan Kurumu'nun portalında ve ticaret sicili gazetesinde yayınlaması gerekir¹¹⁸. Borçlunun yeniden yapılandırma talebi üzerine yapılan ilan ve adresi bilinen alacaklılara yapılan bildirim üzerine, alacaklılar özellikle borçlunun kötü niyetli olduğu, mal kaçırdığı, basiretli bir tacir gibi davranmadığı ve bu şekilde aciz duruma düştüğü ve hatta borçlu hakkında bir veya birçok doğrudan iflas sebebinin bulunduğu, başvurusu öncesi alacaklıların oyunu hileyle aldığı ve başvurusunun reddedilerek iflasına karar verilmesi gerektiği hususlarında itirazda bulunabilir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/ö-1'de projeden etkilenen ve adresi bilinen tüm alacaklılara da duruşma gününün tebliğ edilmesi gerektiği bildirilmektedir. Bu durumda borçlunun başvurusu ile birlikte alacaklılarının bilenen en son adreslerini de bildirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Borçlunun burada dürüst davranarak doğru bilgileri sunması gerekir. Çünkü yapılandırma talebinden haberinin olmasını istemediği bir alacaklısının adresini yanlış bildirerek, bu alacaklının örneğin itiraz etmesinin önüne geçmek isteyebilir. Borçlunun yanlış bilgi vermesi neticesinde ise, yeniden yapılandırma tasdik dahi olsa kanımızca bu bir fesih sebebidir. Ayrıca bu yalan beyandan kaynaklı olarak borçlunun İİK. m. 338 kapsamında cezalandırılabilmesi de düşünülebilir.

Yeniden yapılandırma başvurusu üzerine, alacaklılardan birinin ya da borçlunun talep etmesi halinde mahkemenin bu tedbirleri alması bir zorunluluktur¹¹⁹. Mahkemenin herhangi bir talep olmadan bu tedbirleri kendiliğinden alması ise, ilgili hükmün lafzına istinaden mümkün değildir. Mahkemenin talep ve lüzum görmesi üzerine vereceği tedbir kararlarına bakıldığında, konkordato sürecinde, konkordatonun alacaklılar açısından sonuçlarını düzenleyen İİK. m. 294/1' deki düzenleme ile benzerlik gösterdiği görülecektir. Konkordato sürecinde bu tedbir kararları mahkeme tarafından karar verilmesi zorunlu olmasına rağmen yeniden

118 ALTAY/ESKİOÇAK, s. 521; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı**, İstanbul, 2020, s.558. (PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, 2020); ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 569, 570; YILMAZ, **Şerh**, s. 1309; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 6398; MUŞUL, **İcra ve İflas Hukuku**, s.1428.

119 ALTAY/ESKİOÇAK, s. 521; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 569, 570; YILMAZ, **Şerh**, s. 1309; MUŞUL, **İcra ve İflas Hukuku**, s.1428; KURU, **El Kitabı**, s.1563; UYAR, **Şerh**, s. 20817.

yapılandırmada talep ve lüzum üzerine verilebilmektedir. Bunun sebebi ise, konkordatoda henüz alacaklıların konkordato teklifi hususunda bir görüş bildirmemiş ve mühlet içerisinde görüşlerini bildirecek olması ve sürpriz bir konkordato talebi üzerine de panikleyerek icra ve iflas yollarına başvurup borçlunun ticari faaliyetine mani olabilecek olmalarıdır. Oysa yeniden yapılandırmada borçlunun başvurudan önce alacaklıların olumlu oylarını almış olması ve alacaklılarının zaten süreçten haberdar olmalarından dolayı bir sürpriz ile karşılaşmayacak olmaları ve bunun sonucunda da borçlu aleyhinde icra ve iflas yollarına başvurunun istisnai olabileceği düşünüldüğündendir. Ancak yeniden yapılandırmada da borçlunun projesine olumsuz görüş bildiren alacaklıların bu süreçte icra ve iflas yollarına başvurabilecekleri düşünüldüğü için de, tedbire ihtiyaç duyulabilir¹²⁰.

Mahkeme ilan edilen ve adresi bilinen alacaklılara bildirilen duruşma gününden önce tedbir ve taleplere ilişkin inceleme konusunda bir duruşma günü belirleyebilir¹²¹. Burada belirlenen duruşma gününün ise, ilan edilmesi yahut adresi bilinen alacaklılara bildirilmesi gerekmemektedir. Bu duruşmaya ise, eğer talep eden borçlu ise, borçlunun, eğer talep eden alacaklılardan biri ise, bu alacaklının ve borçlunun çağırılması yeterlidir. Bu nedenle aslında bu duruşmanın bir nevi toplantı olduğu da düşünebilir. Bu tarz bir toplantının ise, Amerikan hukukundaki pre-trial aşamasındaki ön görüşmeye benzediğini söyleyebiliriz¹²².

İcra ve İflas Kanunu m.309/ö-4' de ise, borçlunun bu ara dönemde, zorunlu olması halinde, malvarlığının kıymetini korumak ve artırmak için kredi kullanabileceği ve bu kredi için ise, eğer teminat vermesi gerekiyorsa, daha önce üzerinde rehin tesis etmediği taşınır veya taşınmaz malları üzerinde rehin tesis edebileceği bildirilmektedir. Söz konusu hüküm incelendiğinde ise, borçlunun ticari faaliyetleri için bu şekilde kredi kullanamayacağı sadece malvarlığının kıymetini korumak ve artırmak için bir kredi kullanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak İİK. m.309/ö-5 bu hususta finansman kaynağının işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri de kapsayacağını düzenlemiştir. Borçlunun bu şekilde malvarlığının kıymetini korumak ve artırmak için bir krediye ihtiyaç duymasının istisnai olacağı kanaatindeyim. Ancak yine de işletmenin

¹²⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nde borçlunun yeniden yapılandırma başvurusuyla tüm takipler ve davalar 11.Federal Yasanın 362. maddesi gereğince durmaktadır. Ancak duran takip ve davalar malvarlığına ilişkin takip ve davalardır. Bu hususta mahkemenin karar vermesine dahi gerek bulunmamaktadır. BUDAK, **İşletmelerin Kurtarılması**, s. 59; BUDAK, **Sempozyum**, s. 350. Westbrook, borçlunun başvurusunun bir moratoryum olduğu görüşündedir. WESTBROOK, s. 269. Türk hukuk sisteminde yeniden yapılandırma sürecinde tedbire ihtiyaç duyulmasının sebebi ise, Amerikan sistemindeki Chapter 11'in "*pre-packed*" yeniden yapılandırma sisteminin Türk hukukunda kabul edilmiş olmasıdır. BUDAK, **İşletmelerin Kurtarılması**, s. 60.

¹²¹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 521, 522; YILMAZ, **Şerh**, s. 1310.

¹²² LANGBEIN, John H., "The Disaperance of Civil Trial in The United States", **Yale Law Journal**, V. 122, Y. 2012, s. 542.

faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetler açısından bir krediye ihtiyacının olması halinde, kredi kullanmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²³. Şayet mahkeme tarafından borçlunun malvarlığının korunması yönünden bir tedbir kararı verildiyse, bu durumda borçlunun taşınır veya taşınmaz malları üzerine rehin tesis edebilmesi için mahkemenin tedbirin kaldırılması kararına ihtiyacı vardır. Ancak borçlunun malvarlığı üzerine herhangi bir ihtiyati tedbir kararı verilmediyse, o zaman borçlunun mahkemeden izin almadan da bu işlemi yapabileceği kanaatindeyiz. Ancak dürüstlük kuralı gereğince borçlunun bu tarz bir işlemde özellikle önce mahkemeyi bilgilendirmesi, dürüstlüğünün işareti olarak faydalı olacaktır.

Borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması üzerine İİK. m.309/ö-2 uyarınca bir ara dönem denetçisinin de atabileceği düzenlenmiştir. Yukarıda ayrıntılı şekilde incelediğimiz üzere, ya alacaklılar ile borçlunun bu ara dönem denetçisini belirlemesi gerekir ya da alacaklılar ve borçlu belirleymemişlerse, mahkeme belirler¹²⁴. Bu durumda İİK. m.309/ö-4 uyarınca borçlunun malvarlığının kıymetini korumak ve artırmak için kredi kullanması halinde mahkemenin izninden önce kanımızca eğer atanmışsa ara dönem denetçisinin bir rapor hazırlaması gerekir. Şayet mahkeme tarafından borçlunun malvarlığı üzerine bir tedbir uygulanmamış ise, de bu durumda da ara dönem denetçisinin yapılacak işleme nezaret etmesi gerektiği kanısındayız.

B. ARA DÖNEMDE SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLER İLE MAHKEMENİN YAPACAĞI İŞLEMLER

Yeniden yapılandırma başvurusu üzerine mahkeme, duruşma günü belirledikten sonra alacaklı ve borçlu tarafından belirlenen ya da kendisinin belirlediği ara dönem denetçisini atar ve tedbirler hususunda karar verir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi mahkeme lüzum görürse bu incelemeyi toplantı şeklinde bir duruşma olarak da yapabilir¹²⁵.

Yeniden yapılandırma talebi üzerine mahkeme tarafından yapılması gereken işlemler yapıldıktan sonra borçlu faaliyetine başvurudan önce olduğu gibi aynı şekilde devam eder. Bu süreç içerisinde başvurudan önce anlaşılmadığı alacaklılarıyla tekrar görüşerek onların olumlu oylarını alabilir. Ancak başvuru aşamasında yeterli nisabı sağladığı için bu alacaklıların oylarının yeniden yapılandırmanın tasdiki açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak

¹²³ Amerika Birleşik Devletleri'nde de yeniden yapılandırma sürecinde 11.Federal Yasanın 363.maddesi gereğince borçlunun kredi kullanması mümkündür. Bu süreçte alınan kredi borçları, Chapter 11, Arc.1102 uyarınca rüçhanlı olarak kabul edilmektedir. LOPUCKÍ, Lynn M./WARREN, Elizabeth, **Secured Credit: A Systems Approach**, Alpheen aan den Rijn, 2003, s. 517; WESTBROOK, s. 269.

¹²⁴ **II.** Başvuru ve Başvurunun Sonuçları, **B.** Görevli Organlar, **2.** Ara Dönem Denetçisi.

¹²⁵ **II.** Başvuru ve Başvurunun Sonuçları, **A.** Başvuru, **2.** Görevli ve Yetkili Mahkeme ile Yargılama Prosedürü.

borçlu ne kadar çok alacaklısı ile anlaşır, yeniden yapılandırmanın tasdiki ve ifası sürecinde o oranda daha az sorunla karşılaşacaktır.

Mahkeme duruşmadan önce olağanüstü bir durumun vuku bulması ve borçlu hakkında acil bir karar verilecek olması halinde bu kararlarını duruşmasız olarak vermelidir. Ancak borçlunun iflasını gerektiren bir durumun olması halinde duruşma günü ile başvuru arasında 30 günden fazla bir süre olmayacağı için duruşmanın beklenmesi gerekir. Bu süreç içerisinde ilandan sonra alacaklıların itiraz etmiş olmaları halinde mahkemenin bu itirazları mutlaka tasdik duruşmasında değerlendirmesi gerekir. Mahkemenin itirazları duruşma öncesinde değerlendirmesi için olağanüstü bir durumun olması gerekir.

Tasdik duruşmasından önce atanmış ise, ara dönem denetçisinin de borçlunun faaliyetleri ve kayıtları hususunda bir rapor düzenlemesi ve en geç duruşmadan önce mahkemeye sunması gerekir. Süreç içerisinde kanımızca özellikle borçlunun başvuru esnasında verdiği bilgilerinin ve ticari kayıtlarının doğruluğu hususunda mahkemenin şekli açıdan incelemesinin ötesinde bir yetkisi yoktur. Ancak ara dönemde mahkeme özellikle tasdik duruşmasına kadar borçlunun belge ve bilgilerinin doğruluğu ve başvuru şartlarının tam olarak yerine getirilip getirilmediği hususunda bilirkişilerden rapor alabilir. Bu şekilde rapor olarak tasdik duruşmasına başlanması, verilecek kararın doğruluğu ve belirlenen hususların teyit edilmesi açısından da oldukça faydalı olacaktır¹²⁶.

C. TAsDİK VEYA TAsDİK TALEBİN REDDİ KARARI VE SONUÇLARI

1. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasının Tasdiki veya Tasdik Talebinin Reddi

a. Tasdik Kararı

Borçlunun başvurusu üzerine belirlenen duruşma tasdik duruşmasıdır. Tasdik duruşması yukarıda da belirttiğimiz üzere mutlaka ilan edilir ve adresi bilinen alacaklılara tebliğ suretiyle bildirilir. Esasen aynı zamanda ilan edilmesinin sebebi ise, tüm ilgililerin ve adresi bilinmeyen alacaklıların duruşmaya iştirak edebilmeleridir. Duruşmada eğer atanmışsa ara dönem denetçisi, borçlunun yetkilileri mutlaka hazır bulunur. İtiraz eden ya da etmeyen alacaklılarda isterlerse duruşmaya katılabilirler¹²⁷. Mahkeme duruşmaya katılanları dinler. Şayet ara dönemde mahkeme bilirkişiye başvurmuşsa bilirkişi rapor düzenlemiş ise, bilirkişileri de duruşmaya davet ederek dinleyebilir.

¹²⁶ Aksoyoğlu, yeniden yapılandırmada klasik bilirkişi incelemesinin yer almaması gerektiğini, her hangi bir hususta incelemeye lüzum olması halinde, incelemenin yine bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılması gerektiği görüşündedir. AKSOYOĞLU, s. 123.

¹²⁷ ALTAY/ESKİOCAK, s. 522; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, 2020, s. 560.

Mahkeme duruşmada tarafları dinledikten sonra öncelikle başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirir. Bu hususun en iyi şekilde değerlendirilmesi ise, mahkemenin bu hususta bir bilirkişiye dosyayı ve borçlunun kayıtlarını incelemesi yoluyla mümkündür. Mahkeme borçlunun başvuru şartlarını yerine getirdiğine kanaat getirdikten sonra borçlunun bu yola iyi niyetle başvurup başvurmadığını değerlendirir¹²⁸. Mahkemenin bu hususta kanaat getirmesine, alacaklıların duruşma gününe ilişkin ilan veya bildirimden sonra yapacakları itiraz, alacaklıların ve borçlunun duruşmadaki beyanları, eğer sunmuşsa ara dönem denetçisinin raporu ve bir bilirkişi incelemesi yaptırılmışsa bilirkişinin duruşmadan önce hazırladığı rapora göre kanaat getirecektir. Hakimin burada ön sezilerine göre değil, somut gerekçelere göre karar vermesi gerekir.

Mahkemenin borçlunun yeniden yapılandırma talebini kabul edebilmesi için bir diğer şart ise, projeyi reddetmiş her alacaklının projeye eline geçecek alacağının en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olmasıdır. Kanun koyucu burada konkordatoya ilişkin İİK. m. 305/a hükmünden uzaklaşmıştır. Çünkü konkordatoda alacaklıların konkordato neticesinde ellerine geçecek miktarın iflas tasfiyesinde ellerine geçecek miktardan fazla olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Bunun sebebi ise, kanımızca yeniden yapılandırmanın özellikle büyük sermaye şirketleri ve kooperatifler için getirilmiş bir düzenleme olması ve büyük sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin ülke ekonomisine olan etki ve katkılarıdır.

İlgili hükümde yazmamasına rağmen borçlunun projesinin gereklerini yerine getirip getiremeyeceği kısaca projenin uygulanabilir olup olmadığının da tetkik edilmesi gerekir. Bu kapsamda projede uzlaşılan hususların gerçekten borçlu tarafından faaliyetlerine devam etmesine ve borçlarını proje kapsamında ödemesine uygun olup olmadığı da denetlenmelidir. Bu hususta kanımızca mahkemenin takdir yetkisi vardır¹²⁹.

Yeniden yapılandırmaya ilişkin kararın, İİK. m.309/p-1 uyarınca 30 gün içerisinde başvurunun tasdikine veya reddine karar verileceği bildirilmektedir. Buradan çıkarılan sonuca göre, mahkeme tasdik veya tasdik talebinin reddi hususunda duruşmayı 30 güne kadar erteleyebileceğidir. Mahkemenin tasdike veya tasdik talebinin reddine ilişkin kararını duruşmasız olarak vermesi mümkün değildir. Ancak mahkemenin duruşmayı ertelemesi halinde ise, yeni duruşma gününü ilan etmesi veya duruşmaya gelmeyen alacaklılara yeni duruşma gününün bildirmesine de gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Yeniden yapılandırma talebi hakkında belirlenen ilk duruşma gününde karar verilmesinin de önünde bir engel yoktur. Ancak bu 30 günlük süre mahkemenin

¹²⁸ ALTAY/ESKİOCAK, s. 522, 523; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *Ders Kitabı*, 2020, s. 560.

¹²⁹ ULUSOY, s. 552.

başvuruyu ve itirazları değerlendirmesi açısından dır. Mahkeme ilk etapta eğer bilirkişinin görüşünü almamışsa bu aşamada alabilir ya da daha önceki aşamada aldığı rapora istinaden son gelişmeler ışığında bir ek rapor düzenlenmesine karar verebilir. Mahkemenin mümkün olduğu nispette öncelikle sermaye şirketi veya kooperatifin mevcut durumundan kurtulması ve alacaklılarında alacaklarına en üst haddten kavuşmaları amacına istinaden hareket etmesi gerekir. Mahkemenin tüm koşulları yerine getirmiş borçlunun yeniden yapılandırma talebini kabul etmesi zorunludur¹³⁰. ULUSOY, alacaklıların tamamının projeye olumlu oy vermeleri halinde mahkemenin herhangi bir hususu araştırmadan projeyi tasdik etmesi gerektiğini, mahkemenin böyle bir durumda takdir yetkisinin olmadığını, zaten tasdik amacının projeye olumsuz oy veren alacaklıları korumak olduğunu ve eğer projeye olumsuz oy veren alacaklı da yoksa mahkemenin doğrudan projeyi tasdik etmesi gerektiği görüşündedir¹³¹. Mahkeme yeniden yapılandırma talebinin kabul ederse bir veya birkaç proje denetçisi de atayabilir¹³². Mahkemenin tasdik kararıyla birlikte tedbirlerin akıbetinin ne olacağı hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkemenin tasdik kararıyla birlikte tedbirlerin de devam etmesi gerekmektedir¹³³.

b. Tasdik Talebin Reddi ve Kanun Yolları

Mahkeme yapacağı duruşma neticesinde edindiği kanaate göre, başvuru şartlarının yerine getirilmediğini, borçlunun bu yola iyi niyetle başvurmadığını veya projeyi reddetmiş her alacaklının projeye eline geçecek alacağının en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olmadığını tespit ederse borçlunun yeniden yapılandırma talebini reddeder. Mahkemenin ret kararında bu şartlardan birini tespit etmesi yeterlidir¹³⁴. Şartların hepsinin aynı anda bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Mahkemenin ret kararını mutlaka somut sebeplerle gerekçelendirmesi gerekir. Mahkeme bu kanaate yukarıda belirttiğimiz şekilde raporlarla da varabileceği gibi, kendisi de dosya içeriğine göre ulaşabilir. Mahkemenin yeniden yapılandırma talebinin reddine ilişkin vermiş olduğu karar maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip değildir. Borçlu daha sonra tekrar şartları yerine getirerek başvurabilir¹³⁵.

130 ULUSOY, s. 551, 552.

131 ULUSOY, s. 552.

132 **II.** Başvuru ve Başvurunun Sonuçları, **B.** Görevli Organlar, **3.** Proje Denetçisi.

133 Kuru, mahkemenin tedbir kararıyla birlikte tedbirlerin devam edeceğini ancak, mahkemenin de bir karışıklığa sebebiyet vermemek açısından tedbirlerin devam edip etmeyeceğine kararında ayrıca belirtmesi gerektiği görüşündedir. KURU, **El Kitabı**, s. 1563.

134 ALTAY/ESKİÖCAK, s. 524; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 570; BALCI, **İİK. 309/m-ü**, s.166.

135 YARICI, s. 46.

Mahkeme borçlunun yeniden yapılandırma talebini ret etmesi ile dosyadan el çekemez. Sermaye şirketi veya kooperatif hakkında aynı zamanda iflas sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilir. Özellikle diğer doğrudan iflas sebepleri yanında, borçlunun sermayesinin borca batık olup olmadığını tespit edecektir. Bu hususta özel bir bilgiyi gerektirdiğinden mutlaka bilirkişiden rapor alınmalıdır. Mahkemenin karar duruşmasından önce bu raporu alması ve tasdik talebini reddediyorsa, borçlunun kayıtlarına göre sermayesinin borca batık olup olmamasına göre, iflasına ya da sadece talebinin reddine karar vermesi gerekir.

Yeniden yapılandırma talebinin tasdikinin kabulüne veya reddine ilişkin kararlara karşı İİK. m.309/p-3 uyarınca 10 gün içerisinde kanun yoluna gidilebilir. HMK’da kanun yoluna başvuru için düzenlenen iki haftalık süre burada uygulanmaz. Yeniden yapılandırmanın tasdikine veya tasdik talebinin reddine ilişkin kararın kanun yoluna, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde gidilebileceği İİK. m. 309/p-3’de düzenlenmiştir. Ancak ilgili hükümde sadece itiraz eden alacaklılarla borçlunun kanun yoluna gidebileceği bildirilmektedir. İİK. m. 309/p-3’de “*duruşmada itiraz eden*” ifadesi bulunmaktadır. Kanımızca yazılı olarak itiraz eden alacaklının bu durumda duruşmada hazır olmasını itirazının geçerliliği açısından kanun koyucu bir zorunluluk olarak görmektedir¹³⁶. Çünkü sadece yazılı olarak itirazda bulunduktan sonra duruşmaya dahi katılmayan alacaklının borçlunun yeniden yapılandırma talebine engel olmaması gerekir. Ayrıca projeye kabul oyu vermiş veya duruşmanın ilanından sonra itiraz etmemiş alacaklılar verilen kararın kanun yoluna taşıyamayacaklardır¹³⁷. Bu durumda verilen kararın sadece itiraz eden alacaklılarla borçluya tebliğ edileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yargılama sonunda verilen karar olumlu da olsa olumsuz da olsa kanunun lafzından kararın ilan yoluyla da duyurulacağı hususunda bir düzenleme bulunmadığı için verilen karar ilan edilmeyecektir. Mahkeme tarafından verilen karara karşı da temyiz kanun yolu ilgili hüküm gereğince açıktır. İİK. m.309/p-4 uyarınca da itiraz ve temyizde maktu harç alınacağı bildirilmektedir. Buradaki itirazdan kasit kanımızca istinaf kanun yoluna dosyanın götürülmesi için yapılan itirazdır¹³⁸. Yoksa yeniden yapılandırma başvurusu üzerine duruşma gününü içeren ilan ve adresi belirli alacaklılara yapılan bildirimden sonraki alacaklıların yapacağı itirazı değildir.

2. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasının Sonuçları

a. Sermaye Şirketleri ve Kooperatifler Açısından

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma taleplerine ilişkin kararın etkileri, İİK. m. 309/r-1 uyarınca yeniden yapılandırma

¹³⁶ ALTAY/ESKİOCAK, 524; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 571; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, 2020, s. 560.

¹³⁷ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 6402.

¹³⁸ YILMAZ, **Şerh**, s. 1313.

talebinin tasdikine ilişkin kararın verilmesiyle başlar. İflas kararlarına benzetme yoluyla tıpkı konkordato da olduğu gibi kararın tebliği yahut ilanına lüzum olmadan etkilerini verildiği anda gösterir.¹³⁹ Konkordatoya ilişkin hükümlerden İİK. m.308/c-1’de düzenlendiği gibi bağlayıcılık tasdik kararının kesinleşmesine ötelenemez. Bunun sebebinin, yeniden yapılandırmanın niteliği ve talepte bulunanın bir sermaye şirketi yahut kooperatif olması ve de alacaklılarında çoğunluğunun aynı nitelikte alacaklılardan oluşacak olması ve sürecin bir an önce sonuçlanmasının ekonomiye yansımaları açısından getirilmiş bir kural olduğu kanaatindeyiz.

Projenin mahkeme tarafından tasdik edilmesinden sonra, projeyi kabul etmeyen alacaklılar, projeye bir zorunluluktan dolayı bağlı kalacaklardır¹⁴⁰. Tasdik edilen proje, projeye olumlu oy verenler için rızai bir sözleşme iken, projeden etkilenen ancak projeye olumsuz oy veren alacaklılar için kanundan doğan sözleşme yapma mecburiyeti kapsamında değerlendirilecektir¹⁴¹.

İcra ve İflas Kanunu m.309/r-2’ de projenin tasdikine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararının Yargıtay tarafından bozulması halindeki sonuçları düzenlenmiştir. Her ne kadar kanunda olmasa da bölge adliye mahkemesindeki istinaf incelemesini de bu kapsama dâhil edebiliriz. İlk derece mahkemesinin kararı bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılırsa ya da Yargıtay tarafından bozulursa, kaldırma ya da bozma kararının verilmesini müteakip, proje kapsamında borçlunun yaptığı işlemler kendiliğinden durur. Ancak kaldırma veya bozma kararına kadar borçlunun yapmış olduğu ifa geçerliliğini korur. Bu kapsamda ilk derece mahkemesinin tasdik kararının kaldırılması veya bozulması halinde, eğer tasdik talebinin reddine karar verilirse, borçlunun kaldırma veya bozma kararına kadar ki yapmış olduğu ödemeler, toplam borcundan mahsup edilir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/r-3’ de, konkordatonun sözleşmelere etkisine ilişkin İİK. m.296’ya benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre sözleşmenin diğer tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmemesine bakılmaksızın, borçlunun konkordato sürecine başlamasının sözleşmeler açısından bir haklı fesih sebebi sayıldığı ve sözleşmeye göre ödemelerin muacceliyet kazanacağı ve de özellikle bu sözleşmenin devam etmesinin borçlunun faaliyetinin devamı açısından önemli olduğu durumlarda ilgili hükümler geçerli kabul edilmeyecektir. Ayrıca, ilgili hüküm sözleşmenin diğer tarafının sözleşmede böyle bir hüküm bulunmasa dahi borçlunun konkordato sürecine başlaması sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi ve sonlandırmasının önüne geçmektedir. İlgili hüküm Konkordato mühleti alınmasının bir haklı fesih sebebi sayılmamasını

¹³⁹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 525; KARSLI, s. 537.

¹⁴⁰ ULUSOY, s. 558.

¹⁴¹ ULUSOY, s. 559. Amerika Birleşik Devletleri’nde onaylanan plan, alacaklılar ile borçlu arasında bir sözleşme olarak kabul edilir. Plan uygulanırken bir sözleşmenin ifasına yönelik şekilde sonuçlar doğurur. BRİNDİSE, s.1362.

düzenlemektedir¹⁴². Yeniden yapılandırmanın sözleşmelere etkisine ilişkin İİK. m.309/r-3’de de benzer şekilde yeniden yapılandırmaya başvurulmasının temerrüt hali sayılacağı veya akde aykırılık olacağı durumlarda uygulanmayacağını düzenlenmiştir.

Yeniden yapılandırma başvurusunun sözleşmelere etkisinde, projeden etkilenmeyen alacaklılar açısından da aynı sonuçlar geçerlidir. İlgili hüküm diğer hükümlerde olduğu gibi sadece projeden etkilenen alacaklılara yönelik düzenlenmemiş ayrıca projeden etkilenmeyen alacaklıların sözleşmeleri açısından da getirilmiş bir düzenlemedir.

Yeniden yapılandırmanın sözleşmeleri etkisini düzenleyen hükümde yeniden yapılandırmaya başvuran borçlunun alacaklıyla arasında projeden önce akdettiği sözleşmelerin borçlunun projesinin tadiline veya feshine sebep olacak hükümlerin bulunması halinde de bu hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bununla tarafların yapmış olduğu sözleşme eğer projedeki taahhütlerle çelişiyorsa, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanmayacağı ve projenin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴³. Ayrıca ilgili hüküm İİK. m.309/r-2’de düzenlenen yeniden yapılandırma projesinin, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan sözleşmelerden önce uygulanacağı düzenlemesiyle de paraleldir. Ancak İİK. m.309/r-2 sadece projeden etkilenen alacaklılar açısından düzenlenmiş olmasına rağmen İİK. m.309/r-3 hem projeden etkilenen, hem de projeden etkilenmeyen alacaklılar için getirilmiştir. Ayrıca borçlunun yeniden yapılandırmaya başvurması ve projesinin mahkeme tarafından tasdik edilmesi de borçluyla alacaklıları arasındaki sözleşmeleri tümüyle ortadan kaldırmamakta sadece bahsedilen hükümlerin uygulanmayacağını ve kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu göstermektedir¹⁴⁴.

İcra ve İflas Kanunu m.309/r-4’ de, tasdik talebinin reddine ilişkin karar verilmesi halinde, mahkeme tarafından verilmiş olan tedbirlerin kalkacağı ve takip ve de

¹⁴² AYDEMİR, Dilek, “Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C.15, S.44, 2019/3, s. 850, 851; EROĞLU, s.176.

¹⁴³ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda da, borçluya yük getiren sözleşmelerin fesih edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca borçlu sözleşmeyi fesih etmek istemiyorsa bu alacaklı tarafından da yapılamamaktadır. Ancak özellikle borçlunun kiracı olduğu taşınmazlarda, borçlu teminat gösterirse alacaklının borçluyu tahliye etme hakkı bulunmamaktadır. GARBADÉ, s. 85; BUDAK, **Sempozyum**, s.353 vd.; BUDAK, **Şirket Kurtarma**, s. 164.

¹⁴⁴ Kısmi Hükümsüzlük: Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (TBK. m. 27/2). Bkz. GÜNERGÖK / KAYIHAN, s.121 vd.; REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 2014, s. 140; KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan / HÜSEYİN, İhsan, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri**, Umutepe Yayınları, İstanbul, 2020, s.182 vd.; OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, C. I, s. 180. Ayrıntılı bilgi için; BAŞPINAR, Veysel, **Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998.

davalara devam edileceği belirtilmektedir. Söz konusu hüküm HMK m.397/2'nin istisnasıdır. İcra ve İflas Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel nitelikte bir kanun olduğundan öncelikle uygulanır. Bu durumda HMK kapsamında diğer verilen ihtiyati tedbir kararlarının aksine, tasdik talebinin reddine ilişkin karar kanun yoluna götürülmüş olsa da, tedbir kararı tasdik talebinin reddine ilişkin kararlarla birlikte kalmaktadır. Bu hususta incelemeyi yapan mahkemenin ayrıca tedbirlerin kalktığına ilişkin bir karar vermesine gerek yoktur. Ancak mahkeme kanun yolu incelemesinin sonuna kadar tedbirlerin devam edeceği hususunda da karar verebilir. Kanunda bunu önleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Eğer ilk derece mahkemesi tedbirlerin kanun yolu incelemesi sürecinde devam etmesi hususunda bir karar vermediyse, yeniden yapılandırma talebinde bulunan borçlu, bölge adliye mahkemesinden de ihtiyati tedbir kararı vermesini ya da daha önce verilen tedbir kararının devam etmesini talep edebilir.

Yeniden yapılandırma sürecinde takiplerin durması konkordato sürecindeki takiplerin durması ile benzer niteliktedir. Yeniden yapılandırmada bu hususta tedbir kararı talep üzerine ve mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde verilebilmektedir. Mahkeme tarafından takiplerin durdurulmasına karar verildikten sonra takip dosyalarında herhangi bir takip işlemi yapılamaz¹⁴⁵. Mahkeme tarafından tasdik talebinin reddine ilişkin kararın verilmesiyle de mahkemenin başka bir karar vermesine gerek kalmaksızın, takiplere devam edilebilir. Ancak yeniden yapılandırma talebinde bulunan borçlu mahkemeden bu husustaki tedbirin devamına karar vermesini talep edebileceği gibi ilk derece mahkemesi tarafından bu hususta karar verilmedi ya da talep reddedildiğinde bölge adliye mahkemesinden de takiplerin durmasına devam edilmesi hususunda karar vermesini talep edebilir.

Yeniden yapılandırma sürecinde davaların durması ile ilgili olarak mevcut durumu iflasta davaların ikinci alacaklılar toplantısından sonrasına kadar ertelenmesine benzetebiliriz. İflas sürecinde de davalar durduğunda, mahkeme dosyadan el çekmemekte ancak bu süreçte ne taraf ne de mahkeme usul işlemi yapılamamaktadır. Şayet yeniden yapılandırma sürecinde davaların durmasına karar verildiğinde, bu durumda da aynı şekilde, yeniden yapılandırma talebinin reddiyle davalar kaldığı yerden devam eder ve gerek taraf, gerekse de mahkeme usul işlemleri yapılabilir. Yeniden yapılandırma projesinin tasdikine karar verildiğinde ise, proje kapsamındaki alacaklara ilişkin takipler projenin ifasına kadar varlıklarını sürdürürler ancak bu takip dosyalarında herhangi bir takip işlemi yapılamaz. Yeniden yapılandırmanın feshi halinde ise, yeniden takip işlemi yapılmaya devam edilebilir. Davalar açısından ise, borçlunun davalardaki hak ve

¹⁴⁵ İcra ve İflâs Kanunu m. 40 uyarınca eğer ilamlı icraya konu edilen karar, üst mahkeme tarafından bozulur ya da kaldırılırsa; bu karar, icra işlemlerini olduğu yerde durdurur. Kanun koyucunun, yeniden yapılandırma talebinden önce başlatılmış olan icra takiplerinin durdurulması hususunda da tıpkı İİK. m. 40'ta olduğu gibi işlemlerin olduğu yerde duracağını ya da ara dönemin sonuna kadar durdurulacağını bildirmesi yerinde olurdu. Bu durumda da yeniden yapılandırma sürecinde, başvurudan önce konulmuş hacizler hakkında İİK. m. 40'ın kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.

alacaklar konusunda projesinde bir kabul beyanı yoksa hak veya alacak ihtilaflı olmaya devam edeceği için davalarda sürmeye devam edecektir.

Bölge adliye mahkemesi tarafından yeniden yapılandırmada ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılır ve bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin yerine yeni bir karar verirse, verilen kararın uygulanması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek zorundadır. Çünkü tıpkı iflas ve konkordatoda olduğu gibi yeniden yapılandırmada işlemlerin yapılması için ilk derece mahkemesi görevlendirilmiştir¹⁴⁶.

b. Alacaklılar Açısından

Yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kararı, yeniden yapılandırma kapsamında borçları yapılandırılanlar açısından, yeniden yapılandırmaya olumlu oy verenler, olumsuz oy verenler ve hatta borçlunun yeniden yapılandırma talep ettiğinden ve yeniden yapılandırma sürecinden haberdar olmayan ancak alacakları yeniden yapılandırma projesi kapsamında yapılandırılan alacaklılar için de bağlayıcı olacaktır.

Borçlunun yeniden yapılandırma talebinin tasdik edilmesi halinde ise, borçlunun yeniden yapılandırma projesine olumlu veya olumsuz oy veren alacaklılarla bir nevi sözleşme yapılmış ve borçlar yapıldığı varsayılan bu sözleşme yani proje kapsamında ödenecektir. Tarafların sözleşme şartlarına uyması ise, mahkeme denetimindedir. Süreç içerisinde hiç bulunmamış bir alacaklının, projeye tabi bir alacağı için yeniden yapılandırmanın tasdiki kararından sonra borçlu aleyhinde takip başlatması ve alacağının tamamını istemesi söz konusu değildir. Alacaklının bu nevi bir takibinin de icra mahkemesinde şikayet yoluyla iptal edilebileceği kanaatindeyiz.

D. PROJENİN TADİLİ, İHLÂLİ ve FESHİ

1. Projenin İhlali

Yeniden yapılandırma talebinin tasdik olmasını müteakip borçlu ifaya başlar. Borçlunun ifa aşamasında projedeki taahhüdünü ihlal etmesi mümkündür. İİK. m. 309/t-1 borçlunun projesini ihlal etmesi halinde izlenecek yolu anlatmaktadır. Projeden kaynaklanan yükümlülüklerin kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi halinde proje denetçisi, projeden etkilenen alacaklılar veya borçlu tarafından projenin tasdikine karar veren mahkemeye bu durum bildirilebilir. Genel olarak burada proje denetçinin görevi aslında projenin usulüne uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini tetkik etmektir¹⁴⁷. Bu nedenle bildirim

¹⁴⁶ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, planın onaylanmasıyla iflas mahkemesinin görevi sona ermez. Planın hükümlerinin yürütülmesi veya planın uygulanması, planın onaylanması üzerine verilen kararın yorumlanması ve planın tüm ifa sürecinde oluşabilecek anlaşmazlıkların çözümü açısından görevi devam eder. PUGATCH/PUGATCH/VAUGHAN, s. 66.

¹⁴⁷ II. Başvuru ve Başvurunun Sonuçları, B. Görevli Organlar, 3. Proje Denetçisi.

yükümlülüğü esas olarak proje denetçisindedir. Aynı hak projenin tasdikinden önce teminatlı veya teminatsız olarak kredi finansmanı sağlayan alacaklı açısından da mümkündür¹⁴⁸. Ancak bu alacaklı sadece kendisine kredi borcundan kaynaklı ödemenin yapılmamasından dolayı bu bildirim yapabilir. Buradaki kredi borcu, kanımızca borçlunun yeniden yapılandırma başvurusundan önceki kredi borçları olmayıp, yeniden yapılandırma başvurusundan sonra İİK. m.309/ö-3,4'de düzenlenen kredi açısından düzenlenmiş bir hükümdür. Borçlunun başvurusu ise, kanımızca borçlarını ödeyemeyeceğini anlaması ve bir nevi iflasını kendisinin talep etmesidir¹⁴⁹.

Mahkeme kendisine bu şekilde bir başvurunun olması halinde, öncelikle borçlunun malvarlığı yönünden tedbir kararı vermeli derhal bir duruşma günü belirlemeli ve de bu duruşma gününü İİK. m.288 uyarınca basın ilan kurumu ile ticaret sicili gazetesinde ilan etmelidir. Bu aşamada borçlunun adresi bilinen alacaklılarına duruşma gününün tebligat yoluyla bildirilmesine ve İİK. m.288'de bildirilen kurumlara bilgi verilmesine gerek bulunmamaktadır. Mahkemenin bu aşamada vereceği tedbir kararı, daha çok borçlunun iflasına karar verilmesi halinde, iflas tasfiyesinden alacaklıların alacaklarına daha yüksek haddden ulaşmalarını sağlamak ve bu süreçte borçlunun hileli veya mal kaçırmaya yönelik işlemlerinin önüne geçmektir.

Mahkeme borçlunun projesinin gereklerini yerine getirmediğine dair kendisine yapılan başvuru üzerine yapacağı inceleme, bir çekişmeli yargı işi olup, bir nevi davacısı itiraz eden alacaklı davalısı ise, borçludur. Mahkeme öncelikle itirazın ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini ya da eğer itiraz eden bir finans alacaklısı ise, finans alacaklısının alacağını kısmen veya tamamen alıp almadığını kontrol eder. Borçlunun sadece yükümlülüğünü yerine getirmemesi iflası açısından yeterli bir sebep değildir. Aynı zamanda mahkeme proje tadil edilirse şayet borçlunun yükümlülüğünü yerine getirilebilip getirilemeyeceğini de değerlendirir. Mahkeme bu hususu kendisi değerlendirebileceği gibi bilirkişilerden de yardım alabilir.

Mahkeme öncelikle borçlunun projesinin gereklerini ihlal edip etmediğini ve özellikle finans alacaklısının alacağını kısmen veya tamamen ödeyip ödemediğini inceledikten sonra projenin tadil edilse dahi uygulanamayacağı kanaatine varırsa, borçlunun iflasına karar verir. Yeniden yapılandırmada konkordatoda olduğu gibi sadece borçlu hakkında doğrudan iflas sebeplerinin bulunması halinde iflasına karar verilmemektedir. Projenin ihlali ve tadil edilememesi aynı zamanda bir iflas

148 ALTAY/ESKİOCAK, s. 527; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 521; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı** 2020, s. 562.

149 Budak'a göre, işletmelerin iki tür değerleri bulunmaktadır. Bunlardan biri yaşayan varlık olarak değeridir. Yaşayan varlık değeri, müşteri çevresi, yetişmiş iş gücü, iş bağlantıları ve tedarik sözleşmeleri gibi unsurlardır. İşletmenin birde hurda değeri vardır. Hurda değeri aynı zamanda tasfiye değeridir. Çoğu zaman bunlardan biri diğerine göre daha değerlidir. Mahkemenin muhtemel bir iflas kararı vermeden önce alacaklılar açısından hangisi daha değerli ise, ona göre hareket etmesi gerekir. BUDAK, **Sempozyum**, s. 55.

sebebidir. Bu durumda borçlunun sermayesinin borca batık olup olmadığına dahi bakılmaz. Eğer şartlar oluştu ise, mahkemenin iflas kararı vermesi zorunludur.

2. Yeniden Yapılandırmanın Feshi

Yeniden yapılandırmanın feshi İİK. m. 309/s’de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm incelendiğinde konkordatonun tamamen feshini düzenleyen İİK. m.308/f’ye ve konkordatonun kısmi feshini düzenleyen İİK. m.308/e’ye atıf yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda konkordatonun kısmi ve tamamen feshine ilişkin hükümleri incelemekte fayda vardır.

Yeniden yapılandırmanın kısmi feshinde; konkordatonun kısmi feshi İİK. m. 308/e’de düzenlenmiştir ve yeniden yapılandırmanın kısmi feshinde de bu hüküm uygulanacaktır. Konkordatonun kısmi feshi, sadece bir alacaklının kendisine karşı konkordato projesindeki şartların ifa edilmemesi sebebiyle başvurduğu ve fesih sonuçlarının da sadece bu alacaklı açısından doğacağı fesih türüdür. Yeniden yapılandırmanın kısmi feshi de yine konkordatonun kısmi feshinde olduğu gibi projeden etkilenen alacaklılardan birinin proje kapsamındaki şartların kendisine ifa edilmemesi sebebiyle başvurduğu ve fesih sonuçlarının da sadece bu alacaklı açısından doğduğu fesih türüdür¹⁵⁰.

Yeniden yapılandırmanın kısmi feshini talep eden alacaklı açısından yeniden yapılandırma projesindeki ödeme taahhüdü miktar yönünden ya da ödemenin zamanı açısından ihlal edilmiş olabilir. İlgili hüküm bu durumda alacaklıya sadece kendisi açısından yeniden yapılandırmayı fesih ettirme imkânı tanımıştır. Yeniden yapılandırmanın kısmi feshini talep eden alacaklı açısından yeniden yapılandırmanın kısmi olarak fesih edilmesi hâlinde yeniden yapılandırmanın etkileri sadece bu alacaklı açısından ortadan kalkar. Ancak, diğer alacaklılar açısından yeniden yapılandırma projesi etkilerini sürdürmeye devam eder. Bir alacaklının yeniden yapılandırmanın kısmi feshini talep edebilmesi için yeniden yapılandırma projesi kapsamında projeden etkileniyor olması gerekir.

Yeniden yapılandırmanın tamamen feshi ise, İcra ve İflâs Kanunu m. 308/f uyarınca konkordatonun tamamen feshine ilişkin hükmüne istinaden istenebilir. Tasdik olunan yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kötü niyetle sakatlanırsa, tasdik kararının verilmesinden itibaren her zaman tamamen feshedilebilir. İİK.’nın konkordatoya ve yeniden yapılandırmaya ilişkin düzenlemelerinin “*Ratio Legis*” inden borçlunun dürüstlük ilkesine aykırı hareketlerinin konkordatonun olduğu gibi yeniden yapılandırmanın da tamamen feshine sebep olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵¹.

¹⁵⁰ ALTAY/ESKİOCAK, s. 526; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **Ders Kitabı**, 2020, s. 562; KURU, **El Kitabı**, s.1566

¹⁵¹ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda 11. USC, Chapter 11, Arc. 1144 uyarınca plânın onaylanmasından sonraki 180 gün içerisinde herhangi bir ilgili, plânın onaylanmasının sahte karlıkla gerçekleştiğini iddia ederek onaylamayı iptal ettirebilir. Böyle bir durumda ise, iyi niyetli hak

Borçlunun yeniden yapılandırma projesi mahkeme tarafından tasdik edildikten sonra hangi hareketlerinin dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ise mahkemenin değerlendirmesi gerekir. Dürüstlük kuralının genel bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranışlarını ifade eder. Bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını ise, toplumda egemen olan ahlaki ölçülere, adetlere ve hakları sağlayan ilişkinin amacına göre belirleyebiliriz¹⁵².

Konkordatonun ve yeniden yapılandırmanın tamamen feshinin istenebileceği zamanaşımı süresi kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, TBK m. 146 uyarınca konkordatonun ve yeniden yapılandırmanın kısmi feshinde bu sürenin de on yıl olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Bu sürenin on yıl olduğu konusunda bir tereddüt olmamasına rağmen, sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı hususu belirli değildir.

İlk bakışta konkordatonun veya yeniden yapılandırma projesinin tasdiki kararının kesinleşmesinden itibaren bu sürenin işlemeye başlayacağı düşünülebilir. Ancak, Türk hukuk sisteminde yeniden yapılandırma da ödeme süresi açısından bir üst sınır bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun tasdik kararından zamanaşımının dolacağı tarihe kadar bir ödeme planı yapması da mümkündür¹⁵³. Böyle bir durumda henüz borçlu yükümlülüklerini yerine getirmeden zamanaşımı süresinin dolması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, zamanaşımı süresinin yeniden yapılandırma projesi gereği borçlu tarafından tüm edimler yerine getirildikten sonra, son edim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı görüşündeyiz.

sahiplerinin onaylama ile kazandıkları durumların korunması sağlanır ve aynı zamanda borçlunun ödemeleri iptal olur. ABD’de planın onaylanması bir güven belgesinin kabulü mahiyetindedir. Borçlunun alacaklılarla, aralarındaki güvenin tesisine ilişkin başka bir belge imzalamasına gerek yoktur. Borçlu plana sadık kalır ve uygularsa alacaklıların başvurabilecekleri bir yol da yoktur. Alacaklıların planın ihlali halinde pasif kalmaları halinde ise, mahkemenin kendiliğinden müdahalesi mümkün değildir. KEETON, Douglas R., “Litigation Trust in Chapter 11 Bankruptcies, Aproposal to Ensure Adequate Representation to Creditors Represented By Bankruptcy Trustees”, **Brooklyn Law Review**, Summer 2014, V. 79, I. 2, s. 1696.

¹⁵² EDİS, Seyfullah, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara, 1975, s. 449; ARSLAN, Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 1989, s. 24 vd.; AKYOL, Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, 2006, s. 10; KAYIHAN / GÜNERGÖK / HÜSEYİN, s.225 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, 2013, s. 253;

¹⁵³ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, 11.USC, Chapter 12 kapsamında borçlu borçlarını 3-5 yıl içerisinde ödemek zorundadır. Bu süre 5 yılı geçemez. 11.USC, Chapter 11 Arc. 1129/a-9-c/ii uyarınca ise, borçlunun yapılandığı borçlarını “relief” den itibaren 5 yıl içerisinde ifa etmesi gerekmektedir. Borçlu tüm planı bunun üzerine kurar ve bu süreyi aşamaz. PUGATCH/PUGATCH/VAUGHAN, s. 49, 50; BRİNDİSE, s. 1367;

Yeniden yapılandırmanın feshini düzenleyen İİK. m.309/s ile projenin ihlalini düzenleyen İİK. m.309/t'nin birbirleriyle çeliştiği düşünülmektedir¹⁵⁴. İİK. m.309/s incelendiğinde kısmi fesih halinde borçlunun iflasına karar verilmediği ve borçlunun proje kapsamında diğer alacaklılara ifaya devam ettiği görülmektedir. Kısmi fesih halinde sonuçtan sadece fesih talebinde bulunan alacaklı faydalanmakta ve mahkeme tarafından verilen kısmi fesih kararı ilan edilmemektedir.

Yeniden yapılandırmanın tamamen feshi halinde verilen karar kesinleşirse, bu karar İİK. m.288 uyarınca basın ilan kurumunda ve ticaret sicili gazetesinde ilan edilmekte ve ilandan itibaren on gün içerisinde sadece projeden etkilenen alacaklılar tasdik ve tamamen fesih kararı vermiş mahkemeden borçlunun iflasını isteyebilmektedir. Bu 10 günlük süre de hak düşürücü süredir. Kanunun lafzından yeniden yapılandırma projesinden etkilenmeyen alacaklıların borçlunun iflasını isteyemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca tamamen fesih anında eğer borçlunun sermayesi borca batık ise veya başkaca bir doğrudan iflas sebepleri varsa mahkemenin kendiliğinden de iflas kararı vermesi gerekir.

Bu durumda her iki hüküm ve şartları birbirinden farklı olmasına rağmen, borçlunun projeyi ihlal etmesi kanımızca İİK. m.309/t'de bir veya birkaç alacaklı için değil tüm alacaklılar açısından aranmaktadır. Çünkü kanun İİK. m.309/s ile alacaklıya kendisi açısından fesih hakkını vermiştir. Borçlu bir veya birkaç alacaklıya ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesine rağmen diğer alacaklılara karşı yerine getirebilir. Bu durumda projeyi sadece bir veya birkaç alacaklıya karşı ihlal etmiş olur bu nedenle de iflasına karar verilmesi hakkaniyete uygun olmayacağı gibi kendilerine ifada bulunulan diğer alacaklıların haklarına da zarar verir. Ancak proje tüm alacaklılar yönünden ihlal ediliyorsa bu durum gerek proje denetçisi gerekse de alacaklılar tarafından mahkemeye bildirilir ve projenin tümünün ihlal edilmesinin de bir iflas sebebi olması doğaldır. Ayrıca projenin ihlalinin yanında İİK. m. 309/t-1 aynı zamanda finans kuruluşlarına da bu hakkı vermektedir. Bu kapsamda bakıldığında her iki hükmün amaç ve sonuçlarının birbirinden farklı olduğu görülecektir.

3. Projenin Tadili

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında konkordatonun aksine, projenin tasdik edildikten sonra da düzeltilmesi mümkündür. Yeniden yapılandırmada projenin tasdikinden sonra projenin değiştirilmesi İİK. m. 309/ş'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm projenin tasdikinden sonra değiştirilmesi hususunu bir kısım şartlara bağlamıştır.

Yeniden yapılandırmada projenin değiştirilmesi için öncelikle proje uygulanırken ihlal edilmiş olmalıdır. Bir projedeki yükümlülükler, projeye uygun bir şekilde ifa edilirken projenin değiştirilmesi söz konusu olmaz. Bu tarz bir değişikliğin

¹⁵⁴ ALTAY/ESKİOCAK, s. 468.

kanunun lafzına göre zorunlu olması gerekir. Projenin ihlalinde, projenin ihlali tüm alacaklıların değil, sadece bir kısım alacaklıların haklarını da ihlal etmiş olabilir. Bu durumda hakları ihlal edilen alacaklılar borçluyla projenin kendilerini ilgilendiren bölümünün değiştirilmesi hususunda anlaşabilirler¹⁵⁵. Borçluyla hakları ihlal edilen bir kısım alacaklının anlaşması halinde, tıpkı projenin tasdikinde olduğu gibi yine proje mahkemeye tasdike sunulur. Bu durumda proje sadece hakları ihlal edilen alacaklılar açısından değiştirilir. Diğer yani hakları ihlal edilmemiş alacaklılar açısından daha önceki tasdik edilmiş proje geçerliliğini korur.

Projenin tadil edilebilmesi için, projede değişiklik yapılmasının zorunlu olması ve eğer değişiklik yapılmazsa, projenin ifasının güç ve hatta imkansız olduğunun mahkemede kanıtlanması gerekir. Eğer alacaklılardan bir kısmının hakları ihlal edildiği için kısmi şekilde proje değiştiriliyorsa, bu durumda hakları ihlal edildiği için kendileri açısından projede değişiklik yapılan alacaklıların projeden etkilenen diğer alacaklılardan haklarının daha iyi bir duruma getirilmemesi gerekir. Her ne kadar yeniden yapılandırmada borçlu alacaklılar arasında bir eşitlik yaratmak zorunda değilse de, projenin ilk etaptaki tasdikinden sonra yapılacak tadilde projeye bağlı olan alacaklıların aleyhine bir durumun oluşması bu şekilde engellenmek istenmiştir. Projenin tadil edilmesi üzerine ise, mahkeme önceki aşamadaki tasdike ilişkin prosedürü aynen uygular.

İcra ve İflas Kanunu m.309/t-1’de projenin ihlali halinde, mahkemenin iflas kararı verebilmesinin şartlarından biri de projenin uygulanamayıp tadilinin de söz konusu olmamasıdır. Bu durumda mahkeme projenin ihlalinin bildirilmesi üzerine, öncelikle projenin tadil edilip edilemeyeceği hususunu da tetkik etmesi gerekmektedir. Bu durumda kanımızca projenin hangi şartlarda tadil edilirse uygulanabileceği veya projenin tadilinin mümkün olup olmadığı hususlarında bir bilirkişi incelemesi yapılabilir ya da mahkeme bu hakkı borçluya tanımak için, projenin tadili hususunda duruşmada borçluya süre vermelidir ve duruşmayı da bu sebeple ertelemelidir. Çünkü borçlunun, borçlarını nasıl en uygun şekilde ödeyebileceğini kendisinden başka kimse daha iyi bilemez. Aksi durumda bu hususlar sübuta ermeden mahkemenin projenin ihlali halinde İİK. m. 309/t-1 kapsamında borçlunun doğrudan iflasına karar veremeyeceği kanısındayız.

E. YENİDEN YAPILANDIRMADA HARÇ, VERGİ İSTİSNALARI VE TEŞVİK BELGELERİ

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında da tıpkı konkordatoda olduğu gibi bir kısım harç, vergi istisnaları tanınmış ve

¹⁵⁵ ALTAY/ESKİOCAK, s.524.

özellikle teşvik belgelerinin süreleri ile ihracat taahhüt sürelerinin projede belirtilen süreler kadar uzatılmış sayılacağı düzenlenmiştir.¹⁵⁶

Söz konusu düzenleme, yeniden yapılandırmayı teşvik etmek borçlunun, borçlarını ödemesi ve iflasın sonuçlarından kurtulabilmek maksadıyla bu yola başvurusu hususunda özendirilmesi ve zaten ekonomik açıdan sıkıntı içerisinde olan ve de bu nedenle yapılandırmaya başvuran borçlunun masraflarının bir nebze de olsa azaltılması için getirilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca söz konusu istisnalar, ancak proje kapsamındaki işlemler açısından geçerlidir. Proje kapsamında yapılan işlemler gerçekleşme dahi uygulanmış olan istisnalar geri alınmamaktadır.

IV.GENEL DEĞERLENDİRME

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması Türk hukuk sistemine 5092 Sayılı Kanun ile girmiştir. Müessese genel olarak incelendiğinde, büyük işletmelerin ekonomik sıkıntı yaşamaları halinde iflas etmemek ve süreç içerisinde ticari faaliyetlerine devam etmelerini sağlamak ayrıca bu süreçte gelirleriyle de borçlarını ödeyerek sıkıntılı süreçten çıkmalarını sağlayan bir icra ve iflas hukuku müessesesi olduğu görülecektir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması borçların ödenmesinin ertelenmesi ve yeniden yapılandırılması açısından konkordatoya alternatif bir yoldur.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümler incelendiğinde beklentiyi karşılamadığı ve Türk toplumsal yapısına da uymadığı görülecektir. Bu sebeple de yürürlüğe girdiği günden beri ayrık birkaç uygulama ve uygulanmasına yönelik birkaç teşebbüs haricinde de gündeme gelmemiştir. Borçlu bu nedenle 7151 Sayılı Yasa ile icra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce iflasın ertelenmesi müessesesini, Yasa değişikliğinden sonra ise, konkordatoyu tercih etmiştir. Çünkü iki düzenleme de borçluyu koruyucu ve kolay sonuç almasını sağlayan müesseselerdir. Bu nedenlerle de yeniden yapılandırma tercih edilmemiştir ve borçlular alternatif müesseselere yönelmiştir, diyebiliriz.

İcra ve İflas Kanunu m.309/m'de kimlerin yeniden yapılandırmaya başvurabilecekleri ve projenin tasdiki için gerekli çoğunluk belirtilmekte ve borçlunun alacaklılar arasında sınıflandırma yapabileceği düzenlenmiştir. Öncelikle sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından getirilmiş özel bir düzenleme olması yerindedir. Çünkü sermaye şirketlerinin ülke ekonomisi açısından katkısı yadsınmaz. Ancak bu belirlemenin tüm sermaye şirketleri ve

¹⁵⁶ Amerika Birleşik Devletleri hukukunda da yeniden yapılandırmada vergi istisnaları bulunmaktadır. 11. USC, Chapter 11, Arc. 1146 uyarınca borçlu plâni onaylanırsa, damga vergisinden, herhangi bir menkul kıymetin çıkarılmasından, devredilmesinden veya devir belgesi düzenlenmesinden kaynaklı olarak ödeyeceği vergilerden muaf tutulmuştur. BUCCALO, Vincent S.J., "Bankruptcy's Cathedral: Property Rules, Liability Rules and Distress", **Northwestern University Law Review**, Y. 2019, V. 114, s. 720.

kooperatifler açısından getirilmesi kanımızca doğru olmamıştır. Tıpkı Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi sermayesi belli bir rakamın üzerinde olan ve belirlenmiş bir sayıyı aşan üyeye sahip sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından getirilen bir düzenleme olsa daha faydalı olacağı kanısındayız. Çünkü zaten her ne kadar hükümde geçmese de gerekçe de müessesenin büyük işletmeler için getirilmiş bir düzenleme olduğu vurgulanmıştır. Bu durumda sermayesi 50.000TL. olan bir limited şirkette, sermayesi 5 milyon Türk Lirası olan bir anonim şirkette bu yola başvurabilmektedir. Türk hukuk sisteminde de bir sermaye alt limiti belirlenmesinde yarar vardır. Çünkü düzenleme kendi içine kapalı ve özellikle iflasın toplumsal sonuçlar doğuracağı, istihdam ve üretim faaliyetinin aksamaması açısından büyük sermaye şirketleri ve kooperatifler için getirildiği görülmektedir. Çünkü 500 işçisi olan bir sermaye şirketinin iflası ile 10 işçisi olan bir sermaye şirketinin iflası birbiriyle aynı değildir ve toplumda yaratacağı etkide birbirlerinden oldukça farklı olacaktır.

İcra ve İflas Kanunu m.309/m-1 incelendiğinde, yeniden yapılandırmaya başvurabilmek için borçlunun sermayesinin borca batık olması şart değildir. Hatta böyle bir tehlikenin olması halinde de borçlu yeniden yapılandırmaya başvurabilir. Oysa bu ve benzeri durumlar için düzenlenmiş konkordato müessesesi bulunmaktadır. Konkordatoya da başvurmak için borçlunun sermayesinin borca batık olmasına gerek yoktur. Oysa yeniden yapılandırma özellikle belli bir sermayenin üzerindeki sermaye şirketleri ile belli bir sayının üzerindeki kooperatifler açısından tıpkı yürürlükten kalkan iflasın ertelenmesi müessesesi gibi sermayenin borca batık olmasını şart koşabilir ve borçlunun iflastan hemen önce başvurabileceği son bir yol olarak değerlendirilebilir. Çünkü sıkıntılı bir sürece girme ihtimali olan borçlu konkordato yoluna da başvurabilecek iken sermayesi borca batık hale geldiğinde bu yola başvurabilir ve yeniden yapılandırmanın da bu şekilde uygulanabilirliği artırılır.

İcra ve İflas Kanunu m.309/m-1' de ayrıca borçlunun alacaklılarıyla önceden müzakere etmesi gerektiğini ve gerekli çoğunluğu sağladıktan sonra başvurması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda borçlu hem yeniden yapılandırma yoluna başvuracak olmasına olumlu bakanlar ile, hem de olumsuz bakanlar ile aynı müzakere yoluyla görüşecektir. Borçluya güvenmeyen ve yeniden yapılandırmada başarısız olabileceğini düşünen herhangi bir alacaklı böyle bir durumda alacaklarını garanti altına almak için takip yollarına başvuracaktır. Bunun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda zaten zor durumda olan borçlu alacaklılarıyla projesini müzakere ederken birde haciz ve iflas takipleriyle uğraşacak belki bir kısım malları haciz edilerek muhafaza altına alınacak ve de ticari faaliyetine devam edemeyecektir. Bu tarz bir haciz ve iflas yollarına başvuru ise, alacaklılar arasında zincirleme etki yaratarak borçluya güvenen ve yeniden yapılandırma sürecinde başarılı olacağına inanan alacaklıları da tetikleyecektir. Çünkü her alacaklı kendi alacağı açısından öncelik elde etmek için takip yollarına başvuracak ve de bu borçlunun hem borçlarının artmasına hem de ticari faaliyette bulunamamasına sebep olacaktır.

Borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvuracağını duyan herhangi bir kredi kuruluşu borçluya kredi vermeyecek muhtemelen hesaplarını kat ederek, borçlunun belki de hesaplarındaki paraları kullanmalarına kredi borçlarının teminatı olarak mani olacaktır. Borçlu bu süreç içerisinde eğer bir iş yapmak ister ve işe ilişkin banka teminat mektubu sunmak isterse de hiçbir kredi kuruluşundan teminat mektubu alamayacaktır.

Yukarıda belirttiğim olumsuz sonuçların tamamı olmasa da bir kısmının olması kaçınılmazdır. Özellikle belli bir sermayenin üzerindeki sermaye şirketleri ile üye sayısı belli bir rakamın üzerindeki kooperatifler açısından kanımızca müzakerenin mahkemeye başvurudan sonraki aşamaya alınması gerekir. Çünkü özellikle ülke ekonomisine yıllarca katkı sağlamış ve istihdam yaratmış sermaye şirketleri açısından en azın küçük bir ihtimal dahi olsa bu hakkı kullanmaları ve iflas sürecinden çıkmalarına yardımcı olunması gerekir. Başvurudan sonra müzakerede alacaklıların ticari faaliyete mani olmamaları bir kısım tedbirler ile haciz ve iflas yollarının önüne geçilmesi ve borçlunun daha rahat bir ortamda alacaklılarıyla görüşmesi sağlanabilir. Bu tarz bir uygulama yeniden yapılandırmayı konkordato ile aynı müessese haline de getirmez. Amerika Birleşik Devletleri hukukunda da benzer uygulamalar bulunmakta yukarıda belirttiğim üzere çeşitli eleştiriler almakta ancak iflastan kurtulma ihtimali olan özellikle bir sermaye şirketi yönünden uygulanmaya devam etmektedir.

Borçlunun alacaklıları sınıflara ayırması ve her alacaklı sınıfı açısından da kendi içinde yeter sayıyı tamamlamaya çalışması projenin tasdikinde yeterli nisabın sağlanması açısından yararlıdır. Çünkü bu durumda aynı sınıfta olan alacaklılarda birbirlerini etkileyebilecek ve hatta tasdik olmama ihtimali olan bir proje belki de bu şekilde tasdik olabilecektir. Kanımızca projenin kabulü açısından belirlenen nisapta yerindedir. Bununla alacak miktarının alacaklı sayısından daha fazla bir oranda belirlenmesi borçlunun daha yüksek seviyede bir borcunu yapılandırdığı ve borçlarının büyük bir bölümüne sahip alacaklıların projeye onay verdiği sonucunu doğuracaktır.

İcra ve İflas Kanunu m.309/n' de yeniden yapılandırma projesinde bulunması gereken unsurlar düzenlenmiştir. Yeniden yapılandırma projesi genel olarak bakıldığında borçlunun iradesidir. Ancak kesinlikle değişmez ve alacaklılara sadece kabul et veya ret et şeklinde bir dayatmayla sunulacak bir belgede değildir. Bu nedenle kanımızca başvurudan önce konkordatoda olduğu gibi borçlu bir ön proje sunabilir ve süreç içerisinde bu proje alacaklılarla tartışılarak her iki tarafında iradesine uygun hale gelebilir. Kanımızca başvuru öncesi ve başvuru sonrası şeklinde ikiye ayrılarak tarafların iradelerine ve müzakere etmelerine olanak sağlayan bir belge haline getirilmesi hem borçlu hem de alacaklı açısından daha faydalı olacaktır.

İcra ve İflas Kanunu m.309/m-1' de, borçlunun başvurusunda, başvurusuna ekleyeceği belgelerin neler olduğu düzenlenmiştir. Genel olarak karşılaştırıldığında konkordato talebine eklenecek belgelerle paralellik arz

etmektedir. Ancak konkordato talebinde borçlunun konkordatosunun başarıya ulaşacağına ilişkin makul güvence veren bağımsız denetim kuruluşları tarafından hazırlanan rapor sunulmaktayken, yeniden yapılandırma bu belge finansal analiz raporudur. Oysa özellikle yeniden yapılandırma büyük sermaye şirketleri ile kooperatiflerin başvurması için getirilmiş bir düzenlemelerdir. Büyük sermaye şirketlerinin çoğu ise, zaten bağımsız denetim kuruluşları tarafından düzenli olarak denetlenmektedir. Bu durumda özellikle bir sermaye şirketi açısından bağımsız denetim raporunun hazırlanması çok da zor olmayacaktır. Sermaye şirketleri ile kooperatifler açısından ise, makul güvence oldukça önem arz edecek ve alacaklılar başvuru aşamasında aslında borçlunun muhtemel bir yeniden yapılandırma talebinin kabul edilmesi halinde başarıya ulaşma şansının yüksek olduğuna kanaat getirecektir. Eğer projenin müzakeresinin başvurudan sonraki bir tarihe ertelenmesi halinde ise, başlangıçta olumsuz düşünen bir alacaklı bile müzakere ve belgeleri değerlendirmesinin sonunda olumlu kanaate ulaşabilecektir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/ö, yeniden yapılandırma başvurusu üzerine ve ara dönemde mahkeme tarafından yapılacak işlemler ile alınacak tedbirleri düzenlemektedir. Söz konusu hüküm, başvurudan itibaren mahkemenin 30 gün içinde bir duruşma günü belirleyeceği bu duruşma gününü ise, ilan edip adresi bilinen tüm alacaklılara tebliğ edeceğini bildirmektedir. Başvurudan itibaren 30 gün çok kısa bir süredir ve bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin tamamlanması ise, neredeyse imkânsızdır. Türkiye şartları ve mahkemelerdeki iş yükü düşünüldüğünde mahkeme kaleminin neredeyse uzun bir süre sadece bir yeniden yapılandırma dosyası ile ilgileneceği ve neredeyse başka bir iş yapamayacağı gibi bir sonuç doğacaktır. Ayrıca adresi bilinen borçlulara tebligat yoluyla bildirim ise, borçluya ayrıca bir külfet yükleyecektir. Duruşma gününün ilanı zaten ilgililerin duruşmadan haberdar olması açısından yeterli iken, çok kısa bir süre içerisinde hem borçluya maddi bir külfet yükleyen tebligat yoluyla bildirim hem de ilan yoluyla duyurma kanımızca yerinde olmayacaktır.

İlgili hükümde borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine mahkemenin gerekli gördüğü tedbirleri alacağı bildirilmektedir. Yeniden yapılandırma başvurusu üzerine borçlunun tedbir talep etmesi kaçınılmazdır. Ancak tedbirlerin alınma tarihi açısından borçlunun faaliyetine zarar vermeyecek bir tarihte alınması yerinde olur. Kanımızca tedbirlere mahkeme ön duruşma yapmadan dosya üzerinden karar vermeli ve bu tedbirlere taraflardan birinin talebi olmadan milli ekonomi ve özellikle alacaklıların haklarını korumak adına konkordato talebinde olduğu gibi başvuru anında kendiliğinden karar vermelidir.

İlgili hükümde ayrıca borçlu ile alacaklıların anlaşarak bir ara dönem denetçi atayabileceği, tarafların ara dönem denetçisi seçmedikleri yahut da seçemedikleri durumlarda mahkemenin gerekli görmesi halinde kendisinin bir ara dönem denetçisi atayabileceği düzenlenmiştir. Ara dönem denetçisinin alacaklılar ile borçlunun birlikte nasıl belirleyecekleri gerek yasanın ilgili hükmünde, gerekse de yönetmelikte belirtilmemiştir. Tüm alacaklıların burada iradelerini aramak ise, seçimi imkânsız kılacaktır. Ancak uygulamada kanımızca borçlunun bu ara

denetçiyi projesinde belirteceği ve alacaklıların yeterli çoğunlukla projeyi kabul etmeleri halinde ara dönem denetçisine de onay verdikleri sonucunun çıkacağıdır. Kanımızca özellikle büyük sermaye şirketi veya kooperatife bu dönem de atanacak ara dönem denetçisinin mahkeme tarafından belirlenmesi ve atanacak ara dönem denetçisinin de tıpkı konkordato komiserlerinde olduğu gibi belli niteliklere sahip kişilerden ve resmi bir merci tarafından tutulan sicilde kayıtlı bağımsız kişilerden seçilmelidir.

Yönetmelikte ara dönem denetçisinin yeminli mali müşavir olması gerektiği bildirilmiştir. Mali hesaplar ve kayıtlar açısından yerinde bir düzenleme ise de, özellikle projenin hukuki niteliği ve başvurunun yeterli koşulları objektif şekilde taşıyıp taşımadığı hukuksal bilgi gerektirmektedir. Aynı zamanda borçlunun teknik açısından da değerlendirilmesi gerekebilir. Bu nedenle ara dönem denetçisini yeminli mali müşavir ile sınırlamak uygun olmayacaktır. Çünkü bu durumda ara dönem denetçileri açısından kollektif bir çalışma gerekecektir. Kanımızca özellikle büyük sermaye şirketlerinde atanacak ara dönem denetçisinin şirketin yönetimi açısından atanmaması ve sadece denetleyici şekilde atanmaları sermaye şirketlerinin ticari faaliyetlerini devam ettirmeleri hususunda ve alacaklılara faaliyetin devam edeceği hususunda güven verecektir. Çünkü bu süreçte yönetim erkini yetkililerden almak, ticari faaliyette bulunulacak üçüncü kişilerde bir çekince yaratabilir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/p'de, proje tasdik edildikten sonra proje denetçisine alacaklılar ile borçlunun belirleyebileceği veya alacaklılar ile borçlunun görüşlerini de dikkate alarak mahkemenin proje denetçisi atayabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda genel olarak proje denetçisini atayacak olan mahkemedir. Yönetmelik gereğince proje denetçisinin yeminli mali müşavir olması gerekmektedir. Mahkeme birden çok proje denetçisi atasa da yine hepsini yeminli mali müşavirler arasından atayacaktır. Oysa projenin ifası sadece mali açıdan denetlenmemekte hem teknik hem de hukuki açıdan denetlenmektedir. Ayrıca proje denetçisinin süreç içerisinde uzun bir süre görev yapacağı düşünüldüğünde, yetkin kişiler arasından atanmasında fayda bulunmaktadır. Proje denetçisi, tıpkı ara dönem denetçisinin atanmasında olduğu gibi, konkordato komiserlerine benzer şekilde belli niteliklere sahip kişilerden ve resmi bir merci tarafından tutulan sicilde kayıtlı bağımsız kişilerden seçilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/s'de, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın feshi düzenlenmiştir. İlgili hüküm incelendiğinde, konkordatonun tamamen veya kısmen feshine ilişkin hükümlere atıf yapıldığı görülecektir. Ancak yeniden yapılandırmanın tamamen feshine karar verilirse, kararın kesinleşmesi üzerine yapılan ilandan itibaren on gün içinde projeden etkilenen alacaklıların tasdik kararını vermiş mahkemedен borçlunun iflasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar ilk bakışta tamamen feshi gerektiren hususların aynı zamanda borçlunun doğrudan iflasını da gerektirebileceği düşünülebilirse de burada kanun koyucu bir başka doğrudan iflas sebebi oluşturmuştur. Oysa doğrudan iflas sebeplerinden biri olmadan sadece yeniden yapılandırmanın tamamen feshinin bir iflas sebebi

olmaması gerektiği kanısındayız. Konkordatoda olduğu gibi bu ve benzeri durumlarda ancak bir doğrudan iflas sebebinin olması halinde borçlunun iflasına karar verilebilmesi yerinde olurdu. Zaten 7151 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile daha önce benzer bir düzenleme konkordato için de bulunmakta iken değiştirilmiş ve borçlunun hakkında sadece doğrudan iflas sebeplerinden birinin bulunması halinde iflasına karar verilebileceği düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu m.309/t'de, borçlunun alacaklılarına karşı veya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi finansman kaynağı yaratan alacaklısına yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediginde, bunlardan birinin veya proje denetçisinin bu durumu mahkemeye bildirmesi üzerine mahkeme yapacağı duruşmada itirazları inceleyip projenin ihlal edildiğini ve projenin tadil edilmesinin söz konusunu olmadığını tespit ederse borçlunun iflasına karar vermek zorundadır. Bu aynı zamanda kanun koyucu tarafından getirilmiş yeniden yapılandırılmaya başvuran borçlu açısından bir başka doğrudan iflas sebebidir. Oysa borçlunun eylemi yeniden yapılandırmanın kısmi veya tamamen feshine de sebep olabilir ve şartları varsa borçlunun iflasına zaten karar verilebilir. Söz konusu hüküm borçlunun elinde olmayan sebeplerle bazen geçici mahiyette de olsa kısmi ifa etmeme halinin iflasla sonuçlanmasına da sebep olabilir. Bu nedenle söz konusu hükmün yumuşatılması yahut değiştirilmesinde de fayda olduğu kanısındayız.

Yukarıda genel olarak madde bazında yapmış olduğumuz incelemede yeniden yapılandırma ile bazı hükümlerin değiştirilmesi ve bazı hükümlerin ise, yumuşatılmasında fayda olduğu izah edilmiştir. Ancak yeniden yapılandırmada, konkordatoda olan bazı düzenlemeler bulunmamaktadır. Özellikle kesin mühletten itibaren alacaklara faiz yürütülememesi yeniden yapılandırmada bulunmamaktadır. Ancak borçlu alacaklılarına kabul ettirdiği projesinde faizden arı olarak ödeme yapacağını kararlaştırabilir. Ayrıca yeniden yapılandırmanın da tenzilat ve vade içermesi mümkündür. Konkordatonun aksine yeniden yapılandırmada faiz hususu düzenlenmemiş ve bu husus tarafların iradelerine bırakılmıştır.

Yeniden yapılandırma ile konkordatoda borçlunun borçlarını ödemesi hususunda vade açısından bir üst limit söz konusu değildir. Borçlu projesinde alacaklılarına kabul ettireceği projesinde isterse 100 ay isterse 10 ayda ödemeyi taahhüt edebilmektedir. Bu durum da projeyi kabul etmeyen alacaklılar açısından bir belirsizlik ve mağduriyet yaratabilmektedir. Bu nedenle kanımızca tıpkı Amerika Birleşik Devletleri hukukunda olduğu gibi başvurudan itibaren borçların ödenerek biteceği bir üst tarih örneğin üç yıl yahut beş yıl gibi bir sınır olması da dürüst borçlunun planını buna göre yapmasını sağlayacak, alacaklının da alacağına en geç hangi tarihte kavuşacağı konusunda endişe etmesinin önüne geçecektir.

SONUÇ

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması Türk hukuk sistemine 5092 Sayılı Kanun ile girmiştir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması müessesesi sadece ülke

ekonomisi açısından önem arz eden sermaye şirketleri ile kooperatiflerin başvurabileceği bir müessesedir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının amacı, borçlarını ödemekte güçlük çeken sermaye şirketi veya kooperatifin alacaklılarıyla anlaşarak borçlarını yeniden yapılandırması ve bu şekilde borçlarını projesinde belirttiği şekilde ödeyerek ticari faaliyetine devam etmesidir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında borçlu alacaklılarıyla uzlaşmakta bir diğer deyişle sulh olmaktadır. Alacaklıların bir kısmı ile mahkeme huzurunda mahkemenin vereceği kararla, diğer bir kısmı ile de mahkeme dışında anlaşılmaktadır. Alacaklıların projeyi onaylamaları, nitelik olarak alacaklılar ile borçlu arasında bir sulh sözleşmesi olarak kabul edilir ve bu sulh sözleşmesi ibra da içerebilir. Bu sonuca projedeki ödeme vaadinden ulaşılr.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına kimlerin başvurabileceği İİK. m. 309/m-1'de ve Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik m. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre; muaccel olmuş para borçlarını ödeyemeyenler, mevcut mal varlığı ve alacakları borçlarını karşılamaayanlar yahut da bu duruma düşme ihtimali kuvvet ve muhtemel olan sermaye şirketleri ve kooperatifler bu yola başvurabilir.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasına başvurulması halinde başvuruya eklenecek belgeler hem İcra ve İflas Kanunu'nda hem de Yönetmelikte düzenlenmiştir. Borçlunun başvuru dilekçesine ek olarak öncelikle borçlarını nasıl ödeyeceğini bildiren bir proje sunması gerekir. Sunacağı bu projeye ek olarak, borçlunun mali durumunu gösterir belgeler, ayrıntılı bilanço, defterlerinin vaziyetini bildiren cetvel, gelir tablosu ve borçlunun mali durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler, borçluyu yeniden ödeme kabiliyetine kavuşturarak muaccel borçlarını ödeme planına göre ödeyebilecek ve nakit akışını gerçekleştirecek duruma getireceğini gösteren belgeler, projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar ile bunların alacaklarının listesi, başvuru öncesi müzakere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamalar, projeden etkilenip de onay veren alacaklıların, bu beyanlarını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar, projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren tablo, sayı ve meblağ itibarıyla çoğunluk koşulunun gerçekleştiğini gösteren cetvel ve borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren ve gerekli niteliklere haiz bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış bulunan finansal analiz raporları ile dayanaklarını sunması gerekir.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin başvuru yukarıda saydığımız belgelerle birlikte İİK. m. 309/m-1 uyarınca

borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yapılacaktır. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması bir çekişmesiz yargı işidir. Bu nedenle basit yargılama usulü uygulanır. Yeniden yapılandırmaya ilişkin başvuru üzerine verilecek tedbir kararının ve projenin tasdikine ilişkin kararın etkileri verildiği anda doğmaya başlar. Buradan ulaştığımız sonuca göre, iflas dışı adi konkordatoda olduğu gibi İİK. m.308/c-1’de düzenlendiği şekilde borçlu, tasdik kararının kesinleşmesiyle projenin bağlayıcı olacağını kararlaştıramaz.

Yeniden yapılandırmaya ilişkin belgelerini eksiksiz bir şekilde borçlunun mahkemeye sunması üzerine İİK. m.309/ö-1 uyarınca mahkemenin derhal bir duruşma günü belirlemesi ve belirlediği duruşma gününü İİK. m. 288 uyarınca Basın İlan Kurumu’nun portalında ve ticaret sicili gazetesinde yayımlaması gerekir. Borçlunun yeniden yapılandırma talebi üzerine yapılan ilan ve adresi bilinen alacaklılara yapılan bildirim üzerine, alacaklılar özellikle borçlunun kötü niyetli olduğu, mal kaçırdığı, basiretli bir tacir gibi davranmadığı ve bu şekilde aciz duruma düştüğü ve hatta borçlu hakkında birçok doğrudan iflas sebebinin bulunduğu, başvurusu öncesi alacaklıların oyunu hileyle aldığı ve başvurusunun reddedilerek iflasına karar verilmesi gerektiği hususlarında itirazda bulunabilir.

Yeniden yapılandırma başvurusu üzerine mahkeme, duruşma günü belirledikten sonra alacaklı ve borçlu tarafından belirlenen veya mahkeme tarafından belirlenen ara dönem denetçisini atar ve tedbirler hususunda karar verir. Mahkemenin borçlunun yeniden yapılandırma talebini kabul edebilmesi için bir diğer şart ise, projeyi reddetmiş her alacaklının projeye eline geçecek alacağının en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olmasıdır.

Mahkeme yapacağı duruşma neticesinde edindiği kanaate göre, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğini, borçlunun bu yola iyi niyetle başvurup başvurmadığını veya projeyi reddetmiş her alacaklının projeye eline geçecek alacağının en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olup, olmadığını değerlendirir. Mahkeme bu şartların yerine getirilmediğini tespit ederse borçlunun yeniden yapılandırma talebini reddeder. Mahkeme şartlar yerine getirilmiş ise, projeyi tasdik eder ve alacaklılarla borçlu kararlaştırmışsa, onların belirlediği yok eğer kararlaştırmamışlarsa ve mahkeme atanmasına gerek görüyorsa kendisinin belirlediği proje denetçisini atayabilir.

Yeniden yapılandırma talebinin tasdik olmasını müteakip borçlu ifaya başlar. Borçlunun ifa aşamasında projedeki taahhüdünü ihlal etmesi mümkündür. İİK. m. 309/t-1 borçlunun projesini ihlal etmesi halinde izlenecek yolu anlatmaktadır. Projeden kaynaklanan yükümlülüklerin kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi halinde proje denetçisi, projeden etkilenen alacaklılar veya borçlu tarafından projenin tasdikine karar veren mahkemeye bu durum bildirilebilir. Genel olarak burada proje denetçinin görevi aslında projenin usulüne uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini tetkik etmektir. Bu nedenle bildirim yükümlülüğü esas olarak proje denetçisindedir.

Yeniden yapılandırmanın feshi İİK. m. 309/s'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm incelendiğinde konkordatonun tamamen feshini düzenleyen İİK. m.308/f'ye ve konkordatonun kısmi feshini düzenleyen İİK. m.308/e'ye atf yapıldığı görülmektedir. Yeniden yapılandırmada projenin değiştirilmesi için öncelikle proje uygulanırken ihlal edilmiş olmalıdır. Bir projedeki yükümlülükler, projeye uygun bir şekilde ifa edilirken projenin değiştirilmesi söz konusu olmaz. Bu tarz bir değişikliğin kanunun lafzına göre zorunlu olması gerekir. Projenin ihlalinde, projenin ihlali tüm alacaklıların değil, sadece bir kısım alacaklıların haklarını da ihlal etmiş olabilir. Bu durumda hakları ihlal edilen alacaklılar borçluyla projenin kendilerini ilgilendiren bölümünün değiştirilmesi hususunda anlaşabilirler.

Çalışmamızda sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması detaylı bir şekilde incelenmiştir. Ancak inceleme neticesinde ilgili düzenlemelerin uygulanabilmesi açısından yeterli olmadığı ve borçlunun bu yola başvurusunun özellikle aczini ilan anlamına geldiği sonucuna ulaşılmıştır.

Borçlu herhangi bir koruma zırhı olmadan alacaklılarıyla görüşüğünde, projeyi kabul etmeyen alacaklıların borçlu aleyhinde haciz ve iflas takipleri başlatabilecekleri, başvuru öncesi aşamanın bir süreyi gerektirmesi sebebiyle borçlunun bu süreçte ticari faaliyetinin sekteye uğrayabileceği düşünüldüğünde, yeniden yapılandırma, Türk hukuk sistemine uygun olmayan ve bu nedenle yaklaşık 20 yıldır tercih edilmemiş bir müessese haline gelmiştir.

Yeniden yapılandırmaya başvurulurken, borçlunun başvurusuna, konkordatoda olduğu gibi makul güvence veren bağımsız denetim raporu yerine finansal analiz raporu istenmesi de alacaklıların aleyhine bir durum yaratabilecek mahiyettedir. Oysa ABD uygulamasındaki gibi borçlunun alacaklılarıyla görüşmeden önce mahkemeye başvurusu ve görüşmeden önce bir koruma zırhına kavuşması müessesenin uygulanabilirliğini artıracaktır. Ancak ABD'de dahi Chapter 11 Arc. 362 ile borçlunun başvurusuyla koruma zırhına kavuşması öğretilde eleştirilmektedir. Türk hukuk sisteminde de bu tarz bir uygulamanın olması, kötüye kullanılmasına sebep olabilir.

Yeniden yapılandırmada ödeme süresi açısından Türk hukuk sisteminde bir üst sınır bulunmamaktadır. Borçlu bu durumda da iyi ilişkileri olduğu alacaklılarıyla anlaşarak diğer alacaklıların alacağını uzun vadelere yayabilir. Kanımızca kanun koyucu yeniden yapılandırmada borçlunun alacaklılarıyla görüşüp onaylarını aldıktan sonra başvurusunu, konkordatoya alternatif bir yol olarak getirmiştir. Çünkü konkordatoda borçlu başvurudan sonra alacaklılarıyla görüşüp proje açısından onaylarını almaktadır. Aksi bir düzenlemenin de yeniden yapılandırmayı konkordatoya benzetebileceği ve hatta aralarında başvuranların nitelikleri dışında bir fark kalmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

EK BEYAN

Araştırmacıların Katkı Oranı Beyanı ve Çatışma Beyanı

Yazar Katkı Oranları

Yazarlar çalışmaya eşit oranda katkı sağlamıştır.

Araştırma ve Yayın Etiği İlkelerine Uygun Hareket Edildiğine Dair Metin

Makalenin tüm süreçlerinde İMHFD araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Çıkar Çatışması Bildirimi

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: İflasın Erteleenmesinde Muhafaza Tedbirleri-Özellikle Kayyım, BATİDER, C.XXV, 2009/III, (s.229-258).

Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2006.

Aksoyoğlu, Necati: Sermaye Şirketlerinin ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İcra ve İflas Hukukundaki Değişiklikler Semineri, İstanbul, 2004, (s.117-128).

Altay, Sümer: İflasın Erteleenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Ekim 2004 İstanbul, (s.625-658), (Altay, Armağan).

Altay, Sümer: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, İstanbul, 2005, (Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku).

Altay, Sümer/Eskiocak, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, İstanbul, 2019.

Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2018.

Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Erteleenmesi, İzmir 2006, (Atalay, Borca Batıklık).

Atalay, Oğuz: İflas Hukukundaki Yenilikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, S:2, Y:2005, (s.485-502), (Atalay, Yenilikler).

Aydemir, Dilek: Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C:15, S:44, 2019/3, (s.847-884), (s. 850, 851).

Balcı, Şakir: Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, Ankara 2006, (Balcı, Uzlaşma).

Balcı, Şakir: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması (İİK. 309/m) Hakkında Değerlendirmeler, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2005, Y:24, S:95, (s.37-52), (Balcı, Değerlendirmeler).

Balcı, Şakir: Yeniden Yapılandırma Müzakereleri (Başvuru İçin Ön Hazırlık) Süreci ile (Takipli veya Doğrudan) İflas Yolları ve Konkordato Başvurusu Süreçlerinin Etkileşim ve İlişkileri, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2006, Y:4, S:48, (s.3735-3748), (Balcı, Yeniden Yapılandırma).

Balcı, Şakir: İflasın Erteleenmesi Usul ve Esasları, Ankara 2010, (Balcı, İflasın Erteleenmesi Usul ve Esasları).

Balcı, Şakir: Uzlaşma yoluyla Yeniden Yapılandırma (İİK. 309 m-ü), İzmir 2006, (Balcı, İİK. 309/m-ü).

Balcı, Şakir: İflasın Ertenilmesi, İzmir 2007, (Balcı, İflasın Ertenilmesi).

Balcı, Şakir: Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma (Konkordato, Uzlaşma ve İflasın Ertenilmesi), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, (Balcı, Konkordato ve Uzlaşma).

Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmesinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

Bilgen, Mahmut: İflas, İflasın Ertenilmesi, Konkordato, Yargılama Usulü, Ankara 2012.

Böke, Abdulkadir: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:1, Y:2005, (s.215-274).

Brindise, Suzanne T.: Choosing The “Per-Debtor” Approach to Plan Confirmation in Multi-Debtor Chapter 11 Proceedings, Northwestern University Law Review, V: 108, No:4, (2014), (1355-1384).

Buccalo, Vincent S.J.: Bankruptcy’s Cathedral: Property Rules, Liability Rules and Distress, Northwestern University Law Review, Y:2019, V:114, (705-750).

Budak, Ali Cem: Amerikan Hukukunda Finansal güçlük yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler, Finansal Güçlük Yaşayan İşletmelerin Kurtarılmasına İlişkin Hukuki Çareler Konferansı, Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası, (s.54-66), İstanbul 2008, (Budak, İşletmelerin Kurtarılması).

Budak, Ali Cem: Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’nda Şirket Kurtarma, Türk İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1992, (s.339-359), (Budak, Sempozyum).

Budak, Ali Cem: Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şirket Kurtarma (Corporate Rescue, Reorganization), İstanbul Sanayi Odası Dergisi, Y:26, S:310, (s.159-166), (Budak, Şirket Kurtarma).

Carrington, Paul D.: Federal Rules of Civil Procedure, St. Paul 2014.

Çelik, Aydın: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Projesinin Tasdikinin Sonuçları ve Muhtemel Aksaklıklara Karşı Çözüm önerileri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, S:2, Y:2005, (s.275-309).

Çelik, Ahmet Çelik: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması Projesinin Tasdikinin Sonuçları ve Muhtemel Aksaklıklara Karşı Çözüm Önerileri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2005, C:II, S:1, (s.275-309).

Çevik, Orhan Nuri: Kooperatifler Hukuku, Uygulaması ve İlgili Mevzuat, s. Ankara 1999.

Deliduman, Seyithan: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Yasa Hukuk Dergisi, S:255, Temmuz-Ağustos 2004, (s.47-55).

Direnisa, Efe: Corporate Reorganization in Turkish Law Compared with The United States Chapter 11, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 1, Yıl: 2005, (s. 165 – 214).

Doğrusöz, Hanife: Amerikan Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, (s.207-224).

Downes, Colin M.: Appointing Chapter 11 Trustee in Reorganizations of Religious Institutions, Virginia Law Review, V:101, Y:2015, (2225-2261).

Dumanoğlu, Sezai: İflasın Ertenilmesi, Borca Batıklık ve İyileştirme Projeleri, İstanbul 2011.

Durman, Okay: İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmelerin Devri, İstanbul 2009.

Edis, Seyfullah: Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975.

Ermenek, İbrahim: İflasın Ertenilmesi, Ankara 2010.

Eroğlu, Orhan: Uygulamada Konkordato, Ankara 2020.

Erten, Alper Efe: Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2006.

Fleming, James, Jr./Geoffrey C. Hazard, Jr./John, Jeubsdorf: Civil Procedure, New York 2001.

Friedental, Jack H./Kane, Mary Kay/Miller, Arthur R.: Civil Procedure, St. Paul 2015.

Jacoby, Melissa B./Jarger, Edward J.: Ice Cube Bonds: Allocating The Price of Process in Chapter 11 Bankruptcy, The Yale Law Journal, Y:2014, V:123, (862-947).

James, Amanda E.: Rejection Hurts: Trademark Licenses and The Bankruptcy Code, Valterbilt Law Review, April 2020, V:73, I:3, (889-927).

Garbade, Kenneth D.: Pricing Corporate Securities as Contingent Claims, Cambridge 2001.

Günergök, Özcan / Kayıhan, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

Güney Ağdağ, Necla: Türk Ticaret Kanunu Tasarısından Şirketlerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2005, C: II, S:1, (s.499-510).

Güngör, Seda Ş.: ABD Hukukunda Yeniden Örgütlenme Talebinin Kabulünün Sözleşmelere Etkisi, Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, (s.419-450).

Karşlı, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2014.

Kayhan Çetin, Özlem: İflasın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık, Ankara 2011.

Kayıhan, Şaban / Günergök, Özcan / Hüseyin, İhsan: Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

Kayıhan, Şaban: Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

Keeton, Douglas R.: Litigation Trust in Chapter 11 Bankruptcies, Aproposal to Ensure Adequate Representation to Creditors Represented By Bankruptcy Trustees, Brooklyn Law Review, Summer 2014, V:79, Issue:2, (1657-1702).

Kılıçoğlu, Evren: İflasın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması, Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, (s.451-468).

King, P.Lawrence: Bankruptcy and Other Insolvency Remedies, Fundamental of American Law, Newyork 1996.

Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2015, (Kuru, Medeni Usul Hukuku).

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı).

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2004.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013.

Langbein, John H.: The Disaperance of Civil Trial in The United States, Yale Law Journal, V. 122, (2012), (522 – 572).

LoPucki, Lynn M./Warren, Elizabeth: Secured Credit: A Systems Approach, Alpheen aan den Rijn 2003.

McCormack, Gerard/Wan, Wai Yee: Transplanting Chapter 11 of The US Bankruptcy Code Into Singapore's Reastructing and Insolvency Laws:

Opportunities and Challenges, Journal of Corporate Law Studies, Y:2019, V:19, No:1, (69-104).

Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010, (Muşul, İcra ve İflas Hukuku).

Muşul, Timuçin: İflasın Ertenilmesi, İstanbul 2010, (Muşul, İflasın Ertenilmesi).

Noonan, Kathleen G./Lipson, Jonathan C./Simon, William H.: Reforming Institutions: The Judicial Function in Bankruptcy and Public Law Litigation, Indiana Law Review, Y:2019, V:94, (545-593).

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2013.

Oğuzman, M.Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan: İİK. Şerhi, C:5, Ankara 2007.

Oy, Osman: İcra Hukukunda Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, İstanbul 2009.

Öztek, Selçuk: İflasın Ertenilmesi, İstanbul 2007, (Öztek, İflasın Ertenilmesi).

Öztek, Selçuk: Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası Yayınları, İstanbul 1993, (s.240-248), (Öztek, İşletmelerin Rehabilitasyonu)

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2016, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı 2016).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2020, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı 2020).

Perez, Roma: Bankruptcy, Florida 2019.

Pugatch, Chad P./Pugatch, Craig A./Vaughan, Travis: The Lost Art of Chapter 11 Reorganization, University of Florida Journal Of Law&Public Policy, V:19, Y:2018, (39-73).

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020.

Sayhan, İsmet: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2016.

Tanriver, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993.

Taşpınar Ayvaz, Sema: İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

Ulusoy, Erol: Ticaret Hukuku Açısından Uzlaşma Yoluyla Borçların Yeniden Yapılandırılması, Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, (s.571-634), İstanbul 2007.

Uyar, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2010.

Westbrook, Jay Lawrence: Amerika Birleşik Devletleri'nde 11'nci Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, (Çev. Ali Cem Budak), İstanbul 1993, (s.265-294).

Yarıcı, Hülya: Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İstanbul 2007.

Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016.

Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016.