



İstanbul Medeniyet Üniversitesi

# Hukuk Fakültesi Dergisi



Cilt: 6 / Sayı: 11  
2021

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**

**Cilt VI, Eylül, Sayı 11  
Vol. VI, September, No. 11**

**İstanbul  
Eylül 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**

<b>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</b>	<b>Medeniyet Law Review</b>
<b>Hukuk Fakültesi Dergisi</b>	
<b>Yayın Sahibi</b>	<b>Publisher</b>
İstanbul Medeniyet Üniversitesi	On behalf of Istanbul Medeniyet University
Hukuk Fakültesi adına	Faculty of Law
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI
<b>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü</b>	<b>Responsible Manager</b>
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR	Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR
<b>Editörler</b>	<b>Editors</b>
Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT	Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT
Öğr. Gör. Dr. Berrak GENÇ	Lect. Dr. Berrak GENÇ
Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN	Res. Asst. Dr. Caner TAŞATAN
<b>Editör Yardımcıları</b>	<b>Editor Assistants</b>
Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN	Res. Asst. Ebuzer ZENGİN
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU	Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR	Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR
Arş. Gör. Emre KILIÇ	Res. Asst. Emre KILIÇ
Arş. Gör. Büşra İZCİ	Res. Asst. Büşra İZCİ
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ	Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ
<b>Yayın Kurulu</b>	<b>Editorial Board</b>
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN	Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>	<i>Istanbul Medeniyet University</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
<i>İstanbul Üniversitesi</i>	<i>Istanbul University</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	Prof. Dr. Talat CANBOLAT
<i>Marmara Üniversitesi</i>	<i>Marmara University</i>
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Prof. Dr. Mustafa AVCI
<i>Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi</i>	<i>Ankara Sosyal Bilimler University</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
<i>Selçuk Üniversitesi</i>	<i>Selçuk University</i>

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ <i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ <i>Ankara Hacı Bayram Veli University</i>
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ <i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Sezer ÇABRİ <i>Istanbul Medeniyet University</i>
<b>Dil Editörleri</b>	<b>Language Editors</b>
<b>İngilizce</b>	<b>English</b>
Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK	Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK
<b>Almanca</b>	<b>German</b>
Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ	Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ
<b>Fransızca</b>	<b>French</b>
Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT Dr. Öğr. Üyesi Halil ALTINDAĞ	Assoc. Prof. Dr. Tülay YILDIRIM MAT Asst. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ
<b>Yayıncının Adı</b>	<b>Name of Publishing Company</b>
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Basımcının Adı</b>	<b>Printed by</b>
Renk Matbaası	Renk Matbaası
<b>Yönetim Yeri</b>	<b>Place of Management</b>
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul
<b>Yayın Türü</b>	<b>Type of Publication</b>
Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, sürekli, hakemli bir hukuk dergisidir.	Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi- annually.

**ISSN-2757-7082**

**Basım Tarihi:** Eylül 2021

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No: 44,  
34865 Kartal/İstanbul

E-mail [hukukdergi@medeniyet.edu.tr](mailto:hukukdergi@medeniyet.edu.tr)

URL: <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>

## **DANIŞMA KURULU / 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. 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	İstanbul 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. 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. 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. 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. M. Fatih Uşan	Ankara Yıldırım Beyazıt 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. 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	Uluslararası Kıbrıs 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. Sururi Aktaş	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Süleyman Başterzi	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak Narbay	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Şahin Akıncı	İstanbul Ticaret 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 veya Türkçe 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 or Turkish 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](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 uygulamada 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, 2016 yılında yayın hayatına başlayan, 4 farklı dilde (Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca) ve yılda iki sayı olmak üzere yayımlanan hakemli bir dergidir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak İMHFD 6. Cilt 11. Sayısı'nı sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

Dergimizin 2021 yılı ikinci sayısında, Arş. Gör. Dr. Feyzan Olgunsoy'un "Challenges of Invoking Environmental Rights Before the Turkish Constitutional Court: Mehmet Kurt Case" başlıklı makalesi; Prof. Dr. Habib Yıldız'ın "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar"a başlıklı makalesi; Doç. Dr. Hacı Kara'nın "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme" başlıklı makalesi; Dr. Öğr. Üyesi Hakan Cindemir'in "Bulaşıcı Hastalıkların İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Nitelendirmesi" başlıklı makalesi; Arş. Gör. Ömer Uğur'un "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ücret" başlıklı makalesi; Doç. Dr. Özcan Günergök'ün "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi" başlıklı makalesi; Av. Şaban Tamer'in "Bina Tamamlama Sigortası" başlıklı makalesi; Dr. Öğr. Üyesi Şeref Güler'in "İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk" başlıklı makalesi olmak üzere sekiz özgün araştırma makalesi yer almaktadır. Dergimizin 2021 Eylül sayısına katkı veren tüm yazarlara teşekkürlerimizi sunuyoruz.

**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.





## İÇİNDEKİLER<sup>1</sup>/CONTENTS<sup>2</sup>

### MAKALELER / ARTICLES

#### Kamu Hukuku / Public Law

#### CHALLENGES OF INVOKING ENVIRONMENTAL RIGHTS BEFORE THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT: MEHMET KURT CASE

ÇEVRE HAKKININ ANAYASA MAHKEMESİ ÖNÜNDE İLERİ  
SÜRÜLMESİNDEKİ ZORLUKLAR: MEHMET KURT BAŞVURUSU

*Arş. Gör. Dr. Feyzan OLGUNSOY*.....1

#### Özel Hukuk / Private Law

#### KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ MESULİYET POLİÇESİ KAPSAMININ SÜRÜCÜNÜN TAM KUSURU HALİNDE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINI KAPSAYIP KAPSAMADIĞI HAKKINDA YAKLAŞIMLAR

HIGHWAYS MOTOR VEHICLES REQUIRED AT THE FULL FAULT OF  
THE DRIVER TO THE SCOPE OF THE LIABILITY POLICY APPROACHES  
ABOUT WHETHER IT INCLUDES WITHDRAWAL OF SUPPORT  
COMPENSATION

*Prof. Dr. Habib YILDIZ*.....29

#### YARGITAY'IN REKABET YASAĞINDA GÖREVLİ MAHKEME KONUSUNDA VERDİĞİ BİR KARAR ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

EVALUATION ON A DECISION OF THE SUPREME COURT AT THE  
PROHIBITION OF COMPETITION

*Doç. Dr. Hacı KARA*.....45

---

<sup>1</sup> Bu sayıda sadece araştırma makalesi biçiminde eserler bulunmaktadır.

<sup>2</sup> In this issue, there are only research article type of publications.

**BULAŞICI HASTALIKLARIN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
YÖNÜNDEN NİTELENDİRMESİ**

DEFINITION OF CONTAGIOUS DISEASES REGARDING LABOR AND  
SOCIAL SECURITY LAW

*Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR*.....61

**4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE KISMİ SÜRELİ İŞ  
SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRET**

WAGE IN PART-TIME EMPLOYMENT CONTRACTS ACCORDING TO  
THE LABOUR CODE NUMBERED 4857

*Arş. Gör. Ömer UĞUR*.....97

**İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FİİLDE  
ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERİNİN TÜRK  
HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRİLMESİ**

A COMPARATIVE EVALUATION OF THE NEW AMENDMENTS OF THE  
SWISS LAW OF OBLIGATIONS WITH REGARD TO THE STATUTE OF  
LIMITATIONS OF TORT WITH TURKISH LAW

*Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK*.....125

**BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI**

BUILDING COMPLETION INSURANCE

*Av. Şaban TAMER*.....155

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK**

SEVERAL LIABILITY IN TRANSFER OF EMPLOYMENT CONTRACT

*Dr. Öğr. Üyesi Şeref GÜLER*.....201

# CHALLENGES OF INVOKING ENVIRONMENTAL RIGHTS BEFORE THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT: MEHMET KURT CASE

Arş. Gör. Dr. Feyzan OLGUNSOY<sup>1</sup>

## Abstract

The increased industrial activities of corporations have triggered the occurrence of many major incidents that have led to concomitant environmental degradation. The increasing amount of greenhouse gases, the loss of biodiversity, the exploitation of natural resources and the dispersal of hazardous substances are just a few of the incidents that have occurred. Victims of man-made environmental disasters seek legal remedies for a greater protection of environmental rights. One possible legal response is to rely on human rights litigation such as filing individual applications before constitutional courts. The Turkish Constitutional Court has jurisdiction to review individual applications regarding the fundamental rights and freedoms. In Article 56, the 1982 Constitution of Turkey recognizes the right to live in a healthy and balanced environment; however, a question arise as to whether the implementation of individual application allows to invoke Article 56 effectively in environmental matters. This study aims to demonstrate the potential and pitfalls of individual application to protect environmental rights in Turkey with specific reference to Mehmet Kurt case. A prominent environmental litigation in Turkey, Mehmet Kurt Case illustrates the challenges of individual application and highlights the positive obligations of the state regarding environmental matters.

**Key words:** *Right to live in a balanced and healthy environment, The Turkish Constitutional Court, Individual application, Environmental litigation, Positive obligations*

## ÇEVRE HAKKININ ANAYASA MAHKEMESİ ÖNÜNDE İLERİ SÜRÜLMESİNDEKİ ZORLUKLAR: MEHMET KURT BAŞVURUSU

### Öz

Şirketlerin artan endüstriyel faaliyetleri, beraberinde çevresel tahribata yol açan birçok vahim olayın meydana gelmesini tetiklemiştir. Artan miktarlardaki sera

---

<sup>1</sup> İstanbul Medeniyet University, Law Faculty, Constitutional Law Department, ORCID: 0000-0002-2062-8909; feyzan.ozbay@medeniyet.edu.tr

This article is an elaborated version of the author's presentation made in the "Sixth Annual Conference of the American Society of Comparative Law Younger Comparativist Committee" held at Koc University on 28-29 April 2017. The author's presentation was never published in anywhere before.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.04.2021

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 17.09.2021

Bu makaleye atf için; OLGUNSOY Feyzan, "Challenges of Invoking Environmental Rights Before the Turkish Constitutional Court: Mehmet Kurt Case", **İMİHD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 1-27.

gazları, biyolojik çeşitliliğin kaybolması, doğal kaynakların tüketilmesi ve zararlı maddelerin salınımı, meydana gelen olaylardan sadece birkaç tanesidir. İnsan yapımı çevre felaketlerinin mağdurları çevre haklarının korunması adına yasal telafi yollarını aramaktadırlar. Yasal yollardan bir tanesi de anayasa mahkemeleri huzurunda bireysel başvuruda bulunma gibi hak temelli yollara başvurmadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de temel haklar ve özgürlüklere ilişkin bireysel başvuruları inceleme yetkisi bulunmaktadır. 1982 Anayasasının 56. maddesinde sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda çevresel meselelere ilişkin bireysel başvurularda 56. maddenin etkili biçimde uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma, Mehmet Kurt başvurusu özelinde, Türkiye'de çevresel hakların korunmasında bireysel başvurunun potansiyelini ve eksiklerini ortaya koymayı hedeflemektedir. Çevresel meselelerle öne çıkan başvurulardan biri olan Mehmet Kurt başvurusu, bireysel başvurunun sorunlu alanlarını ortaya koymakta ve devletin çevresel meselelerdeki pozitif yükümlülüklerini vurgulamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** *Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa Mahkemesi, Bireysel başvuru, Çevre davaları, Pozitif yükümlülükler*

## I. INTRODUCTION

Environmental problems are mainly resulted from industrialization, commercial activities and economic developments.<sup>2</sup> Air pollution, nuclear disasters, mining activities, oil tanker accidents resulting marine pollution, chemical spills and flows are just a few examples of environmental disasters.<sup>3</sup> People cannot be expected to enjoy their human rights in a degraded and polluted environment since for instance soil degradation, deforestation and exposure to toxic chemicals, hazardous wastes and contaminated drinking water threaten the right to life, right to a private life, right to a safe drinking, right to food, right to property and etc.<sup>4</sup> The enjoyment of human rights depends upon environmental protection and quality.<sup>5</sup> The insertion of an environmental right clause in 1982 Constitution of

---

<sup>2</sup> HALATÇI ULUSOY, Ülku, "Türk Çevre Hukuku Politikaları Açısından Ticaret Ve Çevre İlişkisi," **Türk Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne Ve Geleceği**, Ed. Zerrin Savaşan, Hakan Ünay, Seçkin, Ankara, 2021, p. 272.

<sup>3</sup> MORGERA, Elisa, **Corporate Accountability in International Environmental Law**, OUP, New York, 2009, p. 18 vd.; ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. bs., Hukuk, Ankara, 2019, p. 288.

<sup>4</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Çevre Hukuku: Doğal Çevrenin Korunması**, 2. bs, Adalet, Ankara, 2017, p. 58.

<sup>5</sup> The linkage of human rights and environment is first declared in Stockholm in 1972 the United Nations Conference on the Human Environment as follows: "Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well being and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations." Principle I, 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment.; The purpose of this study excludes the examination of the relationship between human rights and the environment. Therefore, the historical background and international

the Republic of Turkey (Constitution) reflects a global trend in recognition of the relation between human rights and environment. Article 56 of the Constitution sets forth that “Everyone has the right to live in a healthy and balanced environment. It is the duty of the State and citizens to improve the natural environment, to protect the environmental health and to prevent environmental pollution.” The constitutional recognition of linkage between human rights and environment could provide a legal remedy to mitigate, adapt, or restitution for environmental damage. Individuals could utilize human rights litigation such as filing individual applications before constitutional courts to compel public authorities and business to comply with obligations arising from environmental rights.<sup>6</sup> The Turkish Constitutional Court (TCC) has jurisdiction to review individual applications regarding fundamental rights and freedoms. Individual application provides a legal remedy to protect against the infringements of the rights and freedoms caused by public authorities. As an exceptional constitutional jurisdiction review and the last resort mechanism, individual application can be filed by everyone asserting that the public power has violated one of his/her fundamental rights and freedoms secured under the Constitution which falls into the scope of the European Convention on Human Rights (ECHR).<sup>7</sup> The TCC examined several environmental matters so far such as electromagnetic radiation<sup>8</sup>, water pollution<sup>9</sup>, hydroelectric power plants<sup>10</sup>, biological pollution<sup>11</sup> in its relevant jurisdiction. A couple of questions arise within this context. Does the TCC implements individual application to provide victims with a legal remedy for environmental protection? Does the constitutional recognition of 'the right to live in a healthy and balanced environment' ensure greater protection for people

---

legal documents on this subject are not included in the study. Just to note that apart from the Paris Agreement which refers to the relationship between human rights and environment in its preamble, there is still a lack of a specific clause for human rights and environment in an international treaty. ATAPATTU, Sumudu, SCHAPPER Andrea, **Human Rights and the Environment: Key Issues**, Routledge, New York, 2019, s.3.; Leaving aside the limited impact of the Stockholm Declaration on international level, the proliferation of environmental provisions in national constitutions can be traced back to it. BIRNIE, Patricia/ BOYLE, Alan/ REDGWELL, Catherine, **International Law and the Environment**, 3<sup>th</sup> Ed., OUP, Oxford, p. 275.

<sup>6</sup>German Federal Constitutional Court, BVerfG, Order of the First Senate of 24 March 2021 - 1 BvR 2656/18 -, paras. 1-270, See <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>.

<sup>7</sup> KANADOĞLU, Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstanbul, 2015, p. 72 vd.

<sup>8</sup> Turkish Constitutional Court, Hüseyin Tunç Karlık Ve Zahide Şadan Karlık, Application No: 2013/6587, Date of Decision: 24/3/2016 Official Gazette Date: 6/5/2016, Number: 29704.

<sup>9</sup> Turkish Constitutional Court, Binali Özkaradeniz Ve Diğerleri, Application No:2014/4686, Date of Decision: 1/2/2018, Official Gazette Date: 4/5/2018, Number:30411

<sup>10</sup> Turkish Constitutional Court, Mehmet Kurt, Application No: 2013/2552, Date of Decision: 25/2/2016, Official Gazette Date: 20/5/2016, Number: 29717. See the link for English version of the case <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2552?Dil=en> (Mehmet Kurt Case)

<sup>11</sup> Turkish Constitutional Court, Öznur Çiçek Bildik, Application No: 2013/6595, Date of Decision: 21/04/2016.

confronted serious interference with their livelihood and surroundings as a result of environmental problems in Turkey? What are the challenges of invoking 'the right to live in a healthy and balanced environment' via filing an individual application before the TCC? In order to answer questions posed above, Mehmet Kurt case is selected as a reference point since it embodies challenges of invoking 'right to live in a healthy and balanced environment' before the TCC. Additionally, the case emphasized positive obligations of the State.

After giving a general summary of Mehmet Kurt case, this study will turn on the discussion for a legal definition of the environment by the TCC. Having determined that the TCC's definition of the environment is anthropocentric rather than ecological, the practical outcomes of such a human-centred approach will be presented. Then it will focus on the the legal status of the right to live in a healthy and balanced environment to question if it cannot be enforced directly in individual applications or not referring to the TCC's method overcoming the direct inapplicability of the right will also be displayed. The issue of whether categorization of Article 56 of the Constitution among social and economic rights limits state's obligations deriving from environmental rights will also be discussed. Last but not least, the study will show that positive obligations doctrine is an effective tool in providing protection to the victims to remedy environmental harms of the corporations.

#### **A. The Summary of Mehmet Kurt Case**

A brief summary of the facts and merits of Mehmet Kurt case will be presented in this section. Mehmet Kurt, who lived in a village close to the Black Sea city of Rize, lodged an individual application before the TCC.<sup>12</sup> The applicant alleged that the Project of the Cevizlik Regulator and Hydroelectric Power Plant, to build a switchyard in his village, violated his right to life and the right to live in a healthy and balanced environment.<sup>13</sup> According to the national Environmental Act No. 2872 and the Environmental Impact Assessment By-law<sup>14</sup> then in effect, the Hydroelectric Power Plant Project is required to receive a positive environmental impact assesment (EIA) report in order to obtain a licence for construction, approval and promotion. The applicant alleged that the high-voltage transmission lines, which form part of the switchyard, were located very close to his house, so he faced a threat of developing cancer due to the radiation being emitted by the transmission lines. Additionally, the applicant complained that the unbearable noise made by the plant prevented residents from sleeping well at night or carrying out their daily life. As a result, the applicant claimed that, in the absence of the

---

<sup>12</sup> Turkish Constitutional Court, Mehmet Kurt, Application No: 2013/2552, Date of Decision: 25/2/2016, Official Gazette Date: 20/5/2016, Number: 29717. See the link for English version of the case <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2552?Dil=en> (Mehmet Kurt Case)

<sup>13</sup> Ibid., para. 33.

<sup>14</sup> Environmental Impact Assesment By-Law, O.G. 17.7.2008, No. 26939.; The 2008 Environmental Impact Assesment By-Law abolished with the adoption of the 2014 Environmental Impact Assesment By-Law. O.G. 25.11.2014, No. 29186.

EIA, the operation of the plant violated his 'right to life' and 'right to live in a healthy environment', which are guaranteed by Article 17 and Article 56 of the Constitution, respectively.

Article 17 of the Constitution recognizes the the right to protect and develop the material and spiritual existence. In case of a direct interference of an environmental issue with the right defined in Article 17, the TCC could examine the case by forming a connection with the legal interests within the scope of the Article 17. The TCC acknowledges the deference to the discretion of the public authorities on environmental matters, as the construction and operation of the hydroelectric power plant requires political expediency. On the other hand the TCC emphasised the importance to determine whether the public authorities took necessary steps to ensure the guarantees of the right. Within this context, a fair balance between an individual's right and the public interest should be achieved. It also needs to be ascertained that the duties are completed in compliance with the due process with regard to environmental matters.<sup>15</sup>

The TCC observes the requests and objects made by the applicant in the first instance proceedings to consider the effects of the plant on his and his neighbours' health and quality of their lives. Despite the applicant's objections, the first instance court did not resort to a new expert examination and did not reveal the justification of its rejection. The first instance decision was quashed by specifying that the legal procedure pertaining to the Switchyard for which additional authorization had been granted was not fulfilled. Upon the request of the defendant administration for the rectification of the judgment before the Supreme Administrative Court, the previous judgment rendered by the Chamber of the Supreme Administrative Court was revoked, and the first instance decision was upheld.<sup>16</sup>

One of the procedural safeguards that should be provided to individuals subject to environmental decision-making processes is the opportunity to bring acts or omissions of public authorities before an independent judicial authority and have them examined as necessary.<sup>17</sup> Besides, the judicial authorities should establish a fair balance by considering all relevant interests.<sup>18</sup> For this, the relevant public authorities should enable individuals to participate the proceedings actively by presenting their objections and evidences. Public authorities should examine all the claims which could effect merits with due diligence.<sup>19</sup>

The most important factor in determining whether a just balance is sustained among interests of public authorities, applicant and the public is the basic accusations of the applicant claiming that the environmental disturbance due to

---

<sup>15</sup> Mehmet Kurt Case, para. 75.

<sup>16</sup> Ibid., para. 7-31.

<sup>17</sup> Ibid., para. 66.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid., para. 78.



the facility's operation affected the quality of health and life negatively. The applicant alleged that the environmental evaluation by the administration is insufficient. Nevertheless, the TCC observed that the applicant's requests and objects are not taken into account at the first instance courts. It is revealed that the evaluation and justification of the first instance court for not taking an EIA report is substantially limited, with this respect it does not directly respond to the basic claims of the applicant, and the applicant's claims on aforementioned environmental activities could not have a chance to be evaluated in front of judicial authorities.<sup>20</sup>

Given these evaluations, it is evaluated that the public authorities have not fulfilled their positive obligations regarding the applicant's right to protect and develop his corporeal and spiritual existence.<sup>21</sup> In conclusion, it is decided that the applicant's right to protect and develop his corporeal and spiritual existence under the guarantee of Article 17 of the Constitution has been violated.<sup>22</sup>

It is important to note here that the TCC mainly focuses on due diligence issues rather than directly assessing the impact of the construction and operation of the plant on the protection and improvement of the applicant's corporeal and spiritual existence. The TCC found that the legal claims and objections of the plaintiff have not been evaluated by the national courts adequately, and therefore his basic claims had not been responded.<sup>23</sup> In this context, the TCC reached the conclusion that the public authorities failed to comply with their commitments and breached 'the right to protect and improve one's corporeal and spiritual existence.'<sup>24</sup>

## **B. The Court's Anthropocentric Approach to Define the Environment and Its Practical Outcomes**

This section will focus on the concept of the environment and how it is defined by the TCC. The TCC's approach to the legal definition of the environment and its practical outcomes will be analysed.

A legal definition of the environment enables the delineation of the scope of the subject, the determination of the rules to be applied, and the delineation of liability in case of harm.<sup>25</sup> The environment can be generally defined as all physical, chemical and biological factors external to the human host, as well as those factors impacting related behaviors.<sup>26</sup> The environment includes natural resources such

---

<sup>20</sup> Ibid., para.81-82.

<sup>21</sup> Ibid., para. 83.

<sup>22</sup> Ibid., para. 84

<sup>23</sup> Ibid., para. 82.

<sup>24</sup> Ibid., para. 83.

<sup>25</sup> ANTON, Donald K., SHELTON Dinah L., **Environmental Protection and Human Rights**, New York, CUP, 2011, p.2.

<sup>26</sup> WHO, "What is the Environment in the Context of Health," (Online) [https://www.who.int/quantifying\\_chimpacts/publications/preventingdisease2.pdf](https://www.who.int/quantifying_chimpacts/publications/preventingdisease2.pdf) Access Date: 01.09.2021.

as air, water, soil, flora and fauna and their mutual interaction.<sup>27</sup> The term 'environment' could refer to anything in the planet from the whole biosphere to the limited area of a smallest organism or creature.<sup>28</sup> As a broad term encompassing different factors, it is difficult to delineate the scope of the environment.<sup>29</sup> As a matter of fact, there is no agreed legal definition of environment in international conventions, declarations and documents.<sup>30</sup> The 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment does not offer any definition on environment.<sup>31</sup> The Declaration categorizes man's environment as natural and man-made, underlining that these are essential for his well-being and to the basic rights.<sup>32</sup> The Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment defines "Environment" as natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; property which forms part of the cultural heritage; the characteristic aspects of the landscape.<sup>33</sup> The environment is defined as the biological, physical, social, economic and cultural milieu in which living things maintain their relations and interact with each other throughout their lives in the Environmental Law No. 2872.<sup>34</sup>

Differences though between the definitions given above, they share a common ground that they all display an anthropocentric (human-centred) approach in which human beings are at the centre of concerns for environmental protection. The justification for environmental protection relies on the value added by the ecosystem and other natural resources to human existence.<sup>35</sup> The anthropocentric view, based on the grounds of equality since the environment is perceived as a common value for humanity, aims to make the environment habitable for present and future generations.<sup>36</sup> The prevention of environmental damage is justified on the grounds that environmental degradation harm human being.<sup>37</sup> It is rejected by the ecological approach that places the environment as a value to be protected by environmental rights per se.<sup>38</sup> Ecological approach attributes value on all living organisms and their habitat, no matter what their usefulness or importance to

---

<sup>27</sup> YÜZER ELTİMUR, DİLARA, "AİHM Ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri," *Terazi Hukuk Dergisi*, Vol.13, 1.45, 2018, p. 95.

<sup>28</sup> BIRNIE/ BOYLE / REDGWELL, p. 5.; ANTON, SHELTON, p. 3.

<sup>29</sup> YÜZER ELTİMUR, p. 94.

<sup>30</sup> BIRNIE/ BOYLE / REDGWELL, p. 2.

<sup>31</sup> UN General Assembly, United Nations Conference on the Human Environment, 15 December 1972, A/RES/2994.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> European Treaty Series-No. 150.

<sup>34</sup> The Environmental Law No. 2872, Official Gazette Date: 11/8/1983, No: 18132.

<sup>35</sup> BIRNIE/ BOYLE / REDGWELL, p. 7.

<sup>36</sup> GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 52, Issue. 1-4, 1987, p. 255.

<sup>37</sup> BIRNIE/ BOYLE / REDGWELL, p. 7

<sup>38</sup> YOKUŞ SEVÜK, p. 7.

human being.<sup>39</sup> From the lens of ecological approach, humans have equal standing with the other living organisms in the biological community. The same ecological approach can be traced in the Law of the Rights of Mother Earth.<sup>40</sup> This law recognizes the right of Nature (Pachamama) and has been adopted by Bolivia's national legislation and Ecuador's Constitution.<sup>41</sup>

The consequence of adopting different views gains importance in assessing environmental damages and mitigating environmental effects.<sup>42</sup> The anthropocentric view limits the scope of environmental litigation only with environmental matters which are proven to harm human beings. Animals, forests, rivers or other living organisms and their natural habitat in biodiversity is excluded from legal protection so long as any damage to them harms human being. Ecological view, on the contrary, protects environment as a value per se and therefore all living organisms are able to benefit from the protection. Since ecological view puts nature itself at the center, a direct link between harm and human being should not be sought for environmental protection. Accordingly, in possible litigation, the scope of environmental protection should be extended to other living organisms when they are damaged. Climate change, ecosystem loss, biodiversity depletion, and pollution are only some of the environmental concerns we face today, and an ecological approach could be the tool for a holistic strategy to address them. According to this approach, the environment has a legal value in and of itself that should be protected, and such an approach could help to improve environmental democracy and implementing participatory rights.<sup>43</sup>

Having briefly defined the approaches to justification for the protection of environment, another question arises as to which approach the Constitution and the TCC follow. The Constitution displays an anthropocentric view as the subject of 'the right to live in a healthy and balanced environment' is human being and not the nature itself.<sup>44</sup> The Constitution does not entitle nature to a right to maintain and renew its existence, life cycle, structure, function and evolutionary processes. The Constitution does not guarantee nature's rights as quite opposingly did the

---

<sup>39</sup> HELP course on The Environment and Human Rights (Çevrimiçi) [http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/player.php?a=10869&currentorg=EHR\\_-\\_M1\\_ORG&scoid=22952&sesskey=BDExKDWPbQ&display=popup&mode=normal](http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/player.php?a=10869&currentorg=EHR_-_M1_ORG&scoid=22952&sesskey=BDExKDWPbQ&display=popup&mode=normal), Accessed Date .10/09/2021.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> SAVAŞAN, Zerrin, "Çevre Hakları: İnsan Hakları İle Korumadan Asli Korumaya," **Çevre Hukuku ve Politikaları: Kavramlar, Teoriler ve Tartışmalar**, Ed. Zerrin Savaşan, Çağlar Söker, Fırat Hakan Yılmaz, Seçkin, Ankara, 2021, p. 59.

<sup>42</sup> GÜVEYİ, Ümit, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", **MÜHF-HAD**, Vol. 24, Issue 2, 2018, p. 651-652.

<sup>43</sup> HELP course on The Environment and Human Rights (Çevrimiçi) [http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/player.php?a=10869&currentorg=EHR\\_-\\_M1\\_ORG&scoid=22952&sesskey=BDExKDWPbQ&display=popup&mode=normal](http://help.elearning.ext.coe.int/mod/scorm/player.php?a=10869&currentorg=EHR_-_M1_ORG&scoid=22952&sesskey=BDExKDWPbQ&display=popup&mode=normal), Accessed Date .10/09/2021.

<sup>44</sup> GÜVEYİ, p. 652.

Ecuador's Constitution.<sup>45</sup> The object of the right encapsulated in Article 56 which forms a connection between 'the right to life' and 'right to environment' is 'the right to live in a healthy and balanced environment.'<sup>46</sup> Everyone is entitled to live in a healthy and balanced environment. On the other hand, Article 56 places the burden of improving the natural environment, protecting the environmental health and preventing environmental pollution merely to the State and citizens. It should not be interpreted in a way that corporations, businesses, associations and other actors from private sector does not carry any obligations to comply with Article 56 though.<sup>47</sup> Because, it is unlikely to enforce protection of environment, prevention of pollution and improvement of the environment without the participation and mutual efforts of all.<sup>48</sup>

The TCC prefers an anthropocentric approach to the subject of the right to the environment in Mehmet Kurt case.<sup>49</sup> In fact, the Constitutional Court has overtly expressed its opinion that the ecological approach has left its place to the anthropocentric approach in its relevant decisions of individual application.<sup>50</sup> The TCC states as follows:

"Having considered the aforementioned definitions, which refer to the ecological approach, the environment per se is protected as a value. On the other hand, the Court observes that the ecocentric (ecological) approach leaves its place to the idea enunciating a clear link between human rights and the protection of environment. Within this context, considering the anthropocentric (human-centred) approach towards environment, a considerable amount of international documents are formed on the basis that a link between environment and the right to life and health is to be established.<sup>51</sup>

A technical problem lies in the TCC's view aforementioned. Quite the opposite, there is a tendency to return to the ecological approach. Especially with the World Charter for Nature accepted in 1982, the anthropocentric approach has been replaced by the ecological approach.<sup>52</sup> Therefore, a holistic view of life have to be adopted because by detaching the connection with the Mother Earth, we are

---

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> SEMİZ, Yasemin, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", **Hacettepe HFD**, Vol. 4, Issue 22, 2018, p. 10.

<sup>47</sup> ÖZDEK, E. Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Todaie Yayınları, Ankara, 1993, s. 127. aktaran SEMİZ, p. 11.

<sup>48</sup> SEMİZ, p. 11

<sup>49</sup> Turkish Constitutional Court, Fevzi Kayacan (2), Application No:2013/2513, Date of Decision: 21/4/2016, para. 47.; Turkish Constitutional Court, Hüseyin Tunç Karlık Ve Zahide Şadan Karluk, Application No: 2013/6587, Date of Decision: 24/3/2016, Official Gazette Date: 6/5/2016, No: 29704, para. 51.; Mehmet Kurt Case, para. 54.; Turkish Constitutional Court, Öznur Çiçek Bildik, Application No: 2013/6595, Date of Decision: 21/4/2016, para. 59.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Mehmet Kurt Case, para. 54

<sup>52</sup> UN General Assembly Resolution 37/7, 1983.; UN General Assembly, World Charter for Nature, A/RES/37/7.

jeopardising our own survival.<sup>53</sup> Thus, the term “humanity” is specifically important as we can’t harm Nature by will, because by doing so, we will harm ourselves.<sup>54</sup> The literature on “ecological law” has exponentially increased, culminating with the foundation of the Ecological Law and Governance Association (ELGA) in 2017.<sup>55</sup> ELGA is a new think tank in University of Siena that embeds Oslo Manifesto as its cornerstone.<sup>56</sup> Meanwhile, a new initiative by the UN called ‘the Harmony with Nature’ has been initiated in 2009, and has triggered ten resolutions, along with several transnational dialogues.<sup>57</sup> Moreover, following is from 2011 High Commissioner for Human Rights report, “[...] the need to protect and promote a healthy environment is indispensable not only for the sake of human rights, but also to protect the common heritage of mankind”.<sup>58</sup> Still, the anthropocentric approach is partially valid with a difference: “extractive anthropocentrism” is now replaced with “immersive anthropocentrism”. The motto behind this overtake is as follows: “man is immersed in Nature, mainly because he is a body; man’s duties ought to follow...naturally”.<sup>59</sup>

The adoption of an anthropocentric approach as in Mehmet Kurt case, has practical outcomes in meeting the standards to be deemed victim. In order to make an individual application, an applicant should prove that s/he is a victim as one of her/his right under the common protection of the Constitution and the ECHR was berached as a result of actions or omissions of public authorities.<sup>60</sup> According to Article 46 of the Code on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court "the individual application may only be lodged by those, whose current and personal right is directly affected due to the act, action or negligence that is claimed to result in the violation."<sup>61</sup> 'Current' means that the victim status should continue at the time of application. 'A directly affected

---

<sup>53</sup> LAMBERT, Elisabeth, *The Environment And Human Rights: Introductory Report to the High-Level Conference: Environmental Protection and Human Right*, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f> Access Date: 09.09.2021.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> GARVER, G., “Confronting remote ownership problems with ecological law”, *Vermont Law Review* Vol. 43, p. 428.; JENNINGS B., *Ecological Governance: Toward a New Social Contract with the Earth*, West Virginia University Press, Morgantown, 2016.; LAMBERT, p. 4.

<sup>56</sup> <https://www.elga.world/oslo-manifesto/> Para. 6: “In other words, ecological law reverses the principle of human dominance over nature, which the current iteration of environmental law tends to reinforce, to a principle of human responsibility for nature.” directly from LAMBERT, p. 4.

<sup>57</sup> UN Documents on Harmony with Nature (Çevrimiçi) <http://harmonywithnatureun.org/> Accessed date: 04/09/2021.

<sup>58</sup> UN General Assembly, Human Rights Council (2011), “Analytical study on the relationship between climate change and human rights”, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/19/34, 2011, para. 24.

<sup>59</sup> LAMBERT, p. 4.

<sup>60</sup> ŞİRİN, Tolga, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*, 2th Ed., Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, p.46-49.

<sup>61</sup> Code on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court, Code No:6216, See for English version <https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/law-on-constitutional-court/>

personal right' means that a close connection between the relevant action or act and an identifiable victim.<sup>62</sup>

Another consequence of displaying an anthropocentric approach is that only the activities that harm and violate human health and well-being can be evaluated under the scope of the right to environment. In order to invoke environmental rights before the TCC, a link between an environmental issue and a concrete damage to a human being shall be proven. The anthropocentric view places a disproportionate burden on the applicant in determining and proving the damage to their health or well-being resulting from environmental issues. For instance, environmental pollution results from more than one pollutant. It is difficult to determine and prove the extent to which pollutants are involved in pollution.<sup>63</sup> Proving any concrete damage to the ecosystem caused by an extinct species is also a very complex issue. The requirement of a direct link between the hardly proven damage and a specific human right aggravates the situation for claimants.

In Mehmet Kurt case, however, the applicant was not required to prove the damage directly. The TCC concluded that the applicant's allegations as to whether the damage exists, were not properly investigated.<sup>64</sup> The TCC states as follow:

"Regarding the environmental disturbance resulting from the operation of the facility, the applicant's basic claims are that his health and quality of life have been affected and the environmental assessment made by the administration is insufficient. His basic claims constitute the most important factor of the case in determining whether a fair balance between the interests of the applicant and the public is established by the public authorities. The Court observes that the applicant's claims and objections in question were not evaluated by the administrative courts. The EIA report was not received due to the administrative court's limited examination and justification and therefore the applicant's basic claims had not been responded. The applicant could not take the possibility to have his claims regarding the environmental disturbance properly evaluated before judicial authorities."<sup>65</sup>

As the applicant's claims on damage were not properly investigated by the national courts, the TCC did not focus on the question of proof; but rather the negligence in investigating the applicant's claims.

The scope of this study is limited to individual applications and thus norm-based decisions of the TCC are excluded from analysis. On the other hand, it would be appropriate to refer to the TCC's exceptional norm-based decisions including ecological approach to show that the TCC does not completely excludes ecological approach and hence could extend the scope of environmental protection. In one of its judgments, the TCC stated that game and wild animals

---

<sup>62</sup> ŞİRİN, p. 47-49.

<sup>63</sup> GÜNEŞ, AHMET M., *Çevre Hukuku*, 3. Edition, Adalet, Ankara, 2020, p. 74.

<sup>64</sup> Mehmet Kurt Case, para. 82.

<sup>65</sup> Ibid.

and their natural habitats are included into the natural assets of the environment.<sup>66</sup> The TCC extends the scope of the concept of environment to include game and wild animals. In another judgment, the TCC emphasizes biological diversity and completely focuses on nature by excluding human beings while defining the environment.<sup>67</sup> The TCC's ecological approach reflects as follows:

"It is clear that exploration activities excluded from the scope of the EIA may cause changes on biological diversity or in nature, these changes may have long-term effects and therefore carry risks for the environment. The provision of an EIA in order to eliminate and prevent existing risks is a requirement of the environmental protection obligation given to the State in Article 56 of the Constitution within this respect."<sup>68</sup>

As can be seen, any possible harm that the exploration activities could cause to a human being has not been taken into account when examining the exclusion of exploration activities from the scope of the EIA. The TCC focuses merely on the biological diversity and includes it to the concept of the environment. Exceptional though, it is of noteworthy as it shows that no hindrance stands on extending the scope of environmental protection by utilising ecological approach.

### **C. Direct Inapplicability of The Right to Live in a Healthy and Balanced Environment (Article 56) before the Court**

Individual application is a last resort mechanism for enhancing and promoting fundamental rights and freedoms. Article 148 of the Constitution provides that "Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the ECHR which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities". Violations of fundamental rights and freedoms can be subject to individual application only if they fall under the common protection area of the Constitution, the ECHR and the Convention's additional protocols to which Turkey is a party. The right to live in a healthy and balanced environment is protected as a separate fundamental right in the Constitution. Unlike the Constitution, the ECHR does not include an explicit provision on the right to environment.<sup>69</sup> The European Court of Human Rights (ECtHR) concluded that the Convention has not been designated to provide a general protection for environmental loss and that it only protects the victims of a specific convention's rights.<sup>70</sup> This textual void is surpassed by the ECtHR thanks to its dynamic interpretation method. Accordingly, the Convention "as a living

---

<sup>66</sup> Turkish Constitutional Court, E. 2010/51, K. 2011/137, 12/10/2011, O.G. 25/01/2012, No. 28184.

<sup>67</sup> Turkish Constitutional Court, E. 2006/99, K. 2009/9, 15/1/2009, O.G. 08/07/2009, No. 27282.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> ECtHR, Hatton/United Kingdom, Application No:36022/97, 08/07/2003, para. 96.; ECtHR, Kyrtatos/Greece, Application No: 41666/98, 22.05.2003, para. 52.; BIRNIE/ BOYLE / REDGWELL, p. 301.; ARSLAN ÖNCÜ, Gülay **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, p. 49.

<sup>70</sup> Ibid.

instrument that should be interpreted within the light of the present-day conditions".<sup>71</sup> The ECtHR reviewed nearly 300 applications on environmental issues as it extended the scope of its jurisdiction on examining the right to environment.<sup>72</sup> The first symbolic case that needs to be emphasized within this context is Lopez Ostra/Spain.<sup>73</sup> The ECtHR found breach of right to privacy of private life on the grounds of the incompetence and negligence of public authorities in solving locals' health problems and inconvenience due to fumes and effluvia of recycling facilities.<sup>74</sup> Even though it does not directly threaten applicants seriously, the presence of heavy environmental pollution breaches the right to respect for private and family life and property. It is a pioneer approach as it demonstrates that ECtHR sees living in a clean environment as a prerequisite for other conventional rights and shows that human rights can be used as an effective tool in environmental issues.

Article 56, entitled the right to live in a healthy environment, is listed in the social and economical rights section of the Constitution. Since Article 56 is beyond the scope of the common protection area of the ECHR and the Constitution, it cannot be invoked in individual applications before the TCC. The TCC follows the same dynamic interpretation method as that of ECtHR to overcome the direct inapplicability of Article 56 in Mehmet Kurt case.<sup>75</sup> The TCC concludes that the right to live in a healthy and balanced environment corresponds to values of physical and mental integrity, self-actualization and self-determination covered under the right to privacy in Article 20 of the Constitution.<sup>76</sup> The TCC further expresses that the values aforementioned are arranged as a separate right, namely the right to protect and improve his/her corporeal and spiritual existence, in Article 17 of the Constitution and should be evaluated accordingly.<sup>77</sup> Thus, the direct inapplicability of the right to live in a healthy environment is surmounted by the TCC's solution of forming the normative grounds under the scope of Article 17 of the Constitution.

#### **D. The Classification of the Right to Live in a Healthy and Balanced Environment (Article 56)**

With specific reference to the Mehmet Kurt case, the question as to whether regulating environmental rights under the social and economic rights section of the Constitution limits any demand that the State should fulfill its obligations regarding environmental matters will be discussed in here.

---

<sup>71</sup> ECtHR, Selmouni/France, Application No:25803/94, 28/07/1999.; ECtHR, Soering/United Kingdom, Application No: 14038/88, 07/07/1989, para.102.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> ECtHR, Lopez Ostra/Spain, Application No: 16798/90, 9/12/1994.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Mehmet Kurt Case, para. 45-46. The TCC followed a similar approach in its further decisions after this. See Öznur Çiçek Bildik, para. 49.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Ibid.



The general tendency to analyze human rights is to classify them into three categories.<sup>78</sup> The classification is parallel with the historical development of human rights doctrine and practice.<sup>79</sup> 'First generation rights' corresponds to civil and political rights recognized since the 18th century. 'Second generation rights' are considered to correspond to the social, economic and cultural rights that emerged at the beginning of the 20th century. The third generation rights, on the other hand, is begun to emerge from the 1970s.<sup>80</sup> Environmental pollution, nuclear weapons, regional war and conflicts, large differences between development levels triggered the recognition of 'third generation rights' in international conferences and meetings to find a common solidarity and common solutions to these problems.<sup>81</sup> In that regard, the third generation rights or to put in another way 'solidarity rights' requires to respond to the universal problems as such with the participation of all humanity. The right to environment could only be enjoyed with the combination of efforts of all those who participate in social life.<sup>82</sup> The right to environment represents all the features of the third generation rights in terms of its subject, object and duty bearer.

Having been classified under the third generation rights, the right to live in a healthy and balanced environment is regulated in the social and economic rights section of the Constitution though. As might be remembered, 'social and economic rights' correlate with the second-generation rights. Notwithstanding the textual arrangement, the classification of environmental rights as one of the social and economic rights does not reflect the global trend in human rights doctrine and practice.<sup>83</sup> Environmental rights differ from traditional human rights in terms of the dialectic of rights and duties.<sup>84</sup> A holistic approach should be adopted when examining environmental rights, as the right holders and duty bearers intersect to a certain extent.<sup>85</sup> The right holders also have duties with respect to leaving a healthy and balanced environment for future generations. States are obliged to force individuals to provide due process rights, such as access to information, participation in environmental decisions, and application mechanisms, in environmental matters.<sup>86</sup> Environmental matters exceed the limit of individual's

---

<sup>78</sup> ERDOĞAN, p. 178.; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1-İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7th Ed., İmge, Ankara, 2013, p. 41. An additional category of 'fourth-generation rights' is also added to the classification. With the aim of protecting human rights against the threat of misusing science and technology, the fourth generation rights emerged in the 21st century. UYGUN, p. 530.

<sup>79</sup> UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 7th Ed, On İki Levha, İstanbul, 2020, p. 530.

<sup>80</sup> ERDOĞAN, p. 178.; KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**..., p. 41. SEMİZ, p. 12.; SAVAŞAN, p. 52-53.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> SEMİZ, p. 11.

<sup>84</sup> YILMAZ TURGUT, Nükhet, **Çevre Politikası ve Hukuku**, 2. Edition, İmaj, Ankara, 2012, p. 79.

<sup>85</sup> GEMALMAZ, p. 235

<sup>86</sup> GÜNEŞ, Ahmet M. "Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine" **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Vol.5, Issue 16, 2014, p. 85.

or state's power to challenge them on their own. Environmental rights classified under the term 'third-generation rights' require collectivity and solidarity of all humankind.<sup>87</sup> Human rights, as a holistic concept, can be instrumentalized to meet the basic needs of human beings.<sup>88</sup> The holistic nature of human rights does not allow prioritizing a specific right to another. The classifications of rights in constitutions are made to offer differentiated methods of protection and guarantees.<sup>89</sup> Within this context, the right holders and duty bearers remain intersected even if the right to environment is evaluated within the scope of third-generation rights. The right holders shall also undertake duties to promote the right to environment. The TCC avoided addressing the question of whether environmental rights can be classified as the third generation-solidary rights in Mehmet Kurt case.

One possible reason for the TCC's avoidance of categorising environmental rights under third generation rights might be to make a room for the government to implement its political preferences. Because categorising environmental rights as social and economic rights results in having some practical consequences regarding the limitation clause outlined in Article 65 of the Constitution of Turkey. Article 65 provides that "The State shall fulfil its duties as laid down in the Constitution in the social and economic fields within the capacity of its financial resources, taking into consideration the priorities appropriate with the aims of these duties".<sup>90</sup> Views on the interpretation of Article 65 with respect to environmental rights and the duties of the State are threefold.<sup>91</sup> According to the first view, the capacity of the State's financial resources can only serve as a limitation cause regarding reparation projects and programmes requiring a considerable amount of expenses.<sup>92</sup> Therefore, the State's duty of the improvement of the environment, namely, the protection of environmental health and the prevention of environmental pollution shall not be restricted on the grounds of financial capacity.<sup>93</sup> The second view reflects that environmental rights and civil rights are interrelated. Thus, it hinders the State to invoke Article 65 as a justification for not implementing environmental duties.<sup>94</sup> The compulsory nature of the link between the right to environment with civic rights removes the liability requirement to the extent of the adequacy of financial resources. Failure to fulfill the obligations arising from environmental rights by asserting the limited financial

---

<sup>87</sup> Ibid., p. 84

<sup>88</sup> UYGUN, p. 537.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> "Constitution of the Republic of Turkey", [https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf?TSPD\\_101\\_R0=08ffcef486ab2000aecd4e14f192ea2fe010f72a73da3e46fbbff22e1f10b3d855c9094e3399705082b91f220143000d26af520aba9a7dc3895e5e88c838e0b64310f07be3600be1b82c87763677a254b4b5f7f7e9d972cf6f4e02a5f9d758f](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000aecd4e14f192ea2fe010f72a73da3e46fbbff22e1f10b3d855c9094e3399705082b91f220143000d26af520aba9a7dc3895e5e88c838e0b64310f07be3600be1b82c87763677a254b4b5f7f7e9d972cf6f4e02a5f9d758f), Access Date: 03.03.2021.

<sup>91</sup> SEMİZ, p. 14

<sup>92</sup> KABOĞLU, İbrahim, *Çevre Hakkı*, İletişim, İstanbul, 1992, p. 42.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> YILMAZ TURGUT, p. 79.

capacity may result in the non-fulfilment of obligations arising from civil rights such as right to life where the adequacy of financial resources are irrelevant. The third view is that environmental rights are part of socio-economic rights and therefore do not entitle the right holders to demand.<sup>95</sup> The disregard for duties that socio-economic rights entail may cause the degradation of environmental rights status. Thus, environmental rights could hold a programme norm status, which means that they are not directly enforceable or directly applicable.<sup>96</sup>

The socio-economic status of environmental rights has not been elaborated in the norm-based reviews of the TCC.<sup>97</sup> However, the TCC declared that the State shall commit its obligations such as protecting the environment, preventing pollution and improving the environment, in order to promote environmental rights.<sup>98</sup> On the other hand, it was stated that environmental duties will be fulfilled within the limit of financial resources in the dissent.<sup>99</sup> Fortunately, the shallow argument in the dissent remained as a dissent and did not spread on the TCC's overall approach to environmental rights.

The TCC explicitly classified environmental rights as social and economic rights in case-based reviews.<sup>100</sup> In Mehmet Kurt, The TCC reiterates the State's obligations regarding environmental rights as it did in aforementioned norm-based reviews.<sup>101</sup> In the context of environmental matters, the State's positive obligations are the prevention of environmental pollution and protection and development of the natural environment.<sup>102</sup> The TCC also refers to Article 48 of the Constitution as a basis for the positive obligations of public authorities in environmental issues.<sup>103</sup> The provision in question emphasizes the balance to be achieved between public interests in an economic activity and individual interests in protecting and improving one's corporeal and spiritual existence. The right to environment cannot be waived on the grounds that it will cause economic and bureaucratic liabilities or production activities will be affected.<sup>104</sup> The TCC cannot waive the right to live in a healthy and balanced environment for the sake of

---

<sup>95</sup> Turkish Constitutional Court, E. 2011/110, K. 2012/79, 24/05/2012, O.G. 21/07/2012, No: 28360.

<sup>96</sup> SEMİZ, p. 16.

<sup>97</sup> Ibid., p. 13.

<sup>98</sup> Ibid.; Turkish Constitutional Court, E. 2001/106, K. 2012/192, 29/11/2012; O.G. 02/04/2013, No: 28606.

<sup>99</sup> Turkish Constitutional Court, E. 2011/110, K. 2012/79, 24/05/2012, O.G.21.07.2012, No: 28360 (Judge Özgüldür's Dissent.)

<sup>100</sup> Hüseyin Tunç Karlık Ve Zahide Şadan Karlık, para. 43.; Öznur Çiçek Bildik, para. 51.

<sup>101</sup> Mehmet Kurt, para. 50.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Ibid. para. 51. "The State shall take measures to ensure that private enterprises operate in accordance with national economic requirements and social objectives and in security and stability." "Constitution of the Republic of Turkey", [https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf?TSPD\\_101\\_R0=08ffcef486ab2000aec4e14f192ea2fe010f72a73da3e46fbbbf22e1f10b3d855c9094c3399705082b91f220143000d26af520aba9a7dc3895e5e88c838e0b64310f07be3600be1b82c87763677a254b4b5f7f7e9d972cf6f4e02a5f9d758f](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000aec4e14f192ea2fe010f72a73da3e46fbbbf22e1f10b3d855c9094c3399705082b91f220143000d26af520aba9a7dc3895e5e88c838e0b64310f07be3600be1b82c87763677a254b4b5f7f7e9d972cf6f4e02a5f9d758f), Access Date: 03.03.2021.

<sup>104</sup> Mehmet Kurt, para. 51.

prioritizing economic obligations.<sup>105</sup> Hence, the adequacy of financial resources will not be asserted to limit the protection and development of environment, even in the case of right to environment being classified as a social right. The TCC's approach regarding the limits of positive obligations of public authorities in environmental protection matters resembles that of ECtHR.<sup>106</sup> The ECtHR notes that environmental concerns cannot be superseded by financial obligations or various fundamental rights such as the right to property<sup>107</sup>

### **E. Positive Obligations of the State and the Horizontal Effects Doctrine**

Considering the increased industrial activities, corporations are the major contributors to environmental problems such as pollution, climate change, national resource depletion or loss of biodiversity.<sup>108</sup> Environmental rights are violated mostly as a direct result of corporate activities. The terms 'corporate accountability', 'corporate social responsibility' and 'liability' are used inconsistently in academic literature and several international instruments.<sup>109</sup> The concept of 'liability' is used to encompass an obligation to provide a remedy for harmful but not necessarily unlawful activities of corporations.<sup>110</sup> 'Responsibility' is used when there is a breach of international law by international actors.<sup>111</sup> 'Accountability' refers to a broader context than responsibility and liability, as it also raises non-legal mechanisms which are political or administrative.<sup>112</sup> The term 'liability' is preferred to be used here for the purposes of this study. Leaving aside international law documents aiming to incur corporate liability for environmental damages, this study focus on the function of individual application in environmental protection. Thus, the discussion will be revolved around the question as to whether individual application could be utilised to ensure corporate liability for environmental harms in this section. 'Positive obligations doctrine' and

---

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> ECtHR, Turgut and others/Turkey, Application No: 4860/09, 26.03.2013, para. 90.; Financial imperatives and even certain fundamental rights, such as ownership, should not be afforded priority over environmental protection considerations, in particular when the State has legislated in this regard. See Hamer/Belgium, Application No: 21861/03, para. 79.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> BAKAN, Joel, **The Corporation: the Pathological Pursuit of Profit and Power**, 2th Ed, Cornstable 2005, p. 57-58.

<sup>109</sup> ERSON ASAR, Bilge, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Devler-Dışı Aktörlerin Çevresel Sorumluluğu: Uluslararası Örgütler, Hükümetdışı Örgütler ve Ticari Kuruluşlar," **Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları Dünden Bugüne ve Geleceğe**, Ed. Zerrin Savaşan, Hakan Ünay, Yetkin, Ankara, 2021, p. 644.; VALOR, Carmen, "Corporate Social Responsibility and Corporate Citizenship: Towards Corporate Accountability" **Business and Society Review**, Vol.110, 2005, p. 191.

<sup>110</sup> ERSON ASAR, p. 645, 663-669.

<sup>111</sup> Ibid., p. 645

<sup>112</sup> HOBE, Stephan, "Legitimacy, Recognition, Democratic Control, Transparency and Accountability of Non-Governmental Organizations" **From Government to Governance: 2003 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law**, Ed. Wybo P. Heere, TMC Asser Press, 2004.

the 'horizontal effects of rights' are the powerful tools that the TCC could use in that regard.

'Positive obligations doctrine' developed by dynamic interpretation method by the ECtHR which sees the Convention as a living instrument, is one of the important tools consulted for environmental protection.<sup>113</sup> Positive obligation, in a nutshell, can be defined as the precautions that the State should actively take in order to guarantee the rights and freedoms under the ECHR.<sup>114</sup> The obligations can be either preventive for state's or third parties' actions or corrective for secondary harms in the context of precautionary principle.<sup>115</sup> Although to present a full list of circumstances for state's positive obligations regarding individuals' right to a healthy environment is not possible, there are relevant case law that embodies state's positive obligations regarding substantive rights such as right to life, right to privacy of private life, right to property, prohibition of torture, and procedural rights such as right to access to court, right to an effective remedy, right to access information in environmental matters.<sup>116</sup> The substantive and procedural obligations regarding the right to environment in the relevant jurisprudence of the ECtHR can be listed as follows<sup>117</sup>:

- (i) an obligation to grant access information in environmental matters<sup>118</sup>
- (ii) an obligation to guarantee participation on environmental decision making<sup>119</sup>
- (iii) an obligation to provide access to courts on environmental matters<sup>120</sup>,
- (iv) an obligation to enact environmental legislation<sup>121</sup>,
- (v) an obligation of evaluation on employment, research and environmental effect in compliance with precautionary principle,<sup>122</sup>
- (vi) an obligation to take necessary measures<sup>123</sup>,

---

<sup>113</sup> DUYMAZ, Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı,"**İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi**, C.0, S.42, 2013, s.124.; YÜZER ELTİMUR, p. 96.; ARSLAN ÖNCÜ, p. 50.; BRAIG, Katharina Franziska/PANOV, Stoyan, "The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change," **Journal of Environmental Law and Litigation**, Vol.35, 2020, p.272-273.

<sup>114</sup> ECtHR, Öneriyıldız/Turkey, 30.11.2004, para. 71.; HARRIS, David/O'BOYLE, Michael/BATES Ed/ BUCKLEY, Carla, **Law of the European Convention on Human Rights**, 4th Ed, OUP, 2018, p. 19

<sup>115</sup> BRAIG/PANOV, p. 273.

<sup>116</sup> Council of Europe, **Manual on Human Rights and the Environment**, 2th Ed, 2012, p. 31-32.

<sup>117</sup> For the list of examples on case law, see BRAIG/PANOV, p. 273.

<sup>118</sup> ECtHR, Guerra/Italy, Application No: 116/1996/735/932, 19.02.1998, para. 60

<sup>119</sup> Hatton/United Kingdom

<sup>120</sup> ECtHR, Moor/Switzerland, Application No: 52067/10 and 41072/11,

<sup>121</sup> ECtHR, Öneriyıldız/Turkey, Application No: 48939/99, 30.11.2004, para. 79.

<sup>122</sup> ECtHR, Tatar/Romania, Application No: 67021/01, 27.01.2009, para.114

<sup>123</sup> ECtHR, Budayeva and others/Russia, Application No:15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 29.09.2008, para.156.

(vii) an obligation to investigate and punish environmental damage due to pollution<sup>124</sup> ,

(viii) an obligation to fight with neglect and insufficient precautions of public authorities<sup>125</sup>

As an extension of positive obligations doctrine the horizontal effects of rights offers an alternative solution.<sup>126</sup> The horizontal effects doctrine enables constitutional rights to be applied not only to relations between the state and the individual; but also to relations among individuals or legal entities.<sup>127</sup> Horizontal violations refer to the human right violations that occur on the relations of individual level. The horizontal effect requires public authorities to be held accountable for the horizontal violations occurred among individuals. To avert or eliminate horizontal violations, public authorities have an obligation to adopt necessary norms and guarantees, to take operational measures, to fulfill supervisory duties, to establish and specify the mechanisms of remedies that can be applied in case of violations, to conduct an effective investigation in case of violation and to impose appropriate sanctions.<sup>128</sup> The horizontal effects of constitutional rights in Turkey enables individuals to invoke environmental rights for violations that occur as a result of corporate activities.<sup>129</sup> The normative basis of the horizontal effect doctrine can be found in Article 11 of the Constitution which provides that the provisions of the Constitution are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals. Considering the fact that environmental damages or threats arise mainly as a result of corporate activities, the horizontal effects will significantly contribute to the protection of environment.<sup>130</sup> On the other hand, the liability is placed directly upon public authorities by the horizontal effects' doctrine, whereas major activities are conducted by the corporations.<sup>131</sup> The TCC is lack of necessary tools to clarify international standards for corporations to ensure their compliance with environmental rights, as it address public authorities. Besides, it is challenging to invoke the accountability of corporations' home or host State before the TCC, as the TCC does not have jurisdiction in that regard. Even assuming for a moment that had the TCC jurisdiction, other states would probably refuse to accept liability on the grounds of the non-interference principle in another state's affairs.

---

<sup>124</sup> Tatar/Romania, para.114

<sup>125</sup> ECtHR, *Oluic/Croatia*, Application No: 22330/05, 05.02.2009, para. 66

<sup>126</sup> DUYMAZ, p. 123-124.

<sup>127</sup> SUNAY, Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi Ve Devletin Sorumluluğu," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol.23, Issue 1, 2015, pp. 11-12.; DUYMAZ, p. 123-124.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.31.

<sup>129</sup> EREN, p. 178.

<sup>130</sup> DUYMAZ, p. 123-124.

<sup>131</sup> MUCHLINKSI, Peter, "Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation", **Business and Ethics Quarterly**, Vol. 22, Issue 1, 2012, p. 150.

The right to live in a healthy and balanced environment not only protects individuals against the arbitrary interferences of public authorities, but also includes positive obligations for public authorities to protect the values deriving from the right.<sup>132</sup> The scope of this obligation extends not only to the activities of the State's but also to that of private sector's.<sup>133</sup> The State's primary obligation in that regard is to enact laws or regulations to protect the environment and to prevent environmental damage.<sup>134</sup> For instance, after evaluating that noise pollution is within the scope of environmental pollution that intervenes the physical and mental integrity of individual, the ECtHR decided that there is a breach of Article 8 as the state did not adopt legal or administrative regulations regarding the noise level coming from night club near the applicant's house.<sup>135</sup> Not determining an effective policy to prevent or minimize harmful emissions from a steel factory nearby living area, where many are intensely accommodating, is also seen as a breach of positive obligations.<sup>136</sup> Besides, the merely adoption of relevant legislation on environmental matters is not sufficient, as it should also be implemented effectively by public authorities.<sup>137</sup> Public authorities' failure in obeying the prohibitions or making the necessary controls due to negligence, will result in non-compliance with the positive obligations embedded in ECHR.<sup>138</sup> Likewise, in the aforementioned example of steel factory, not performing the relocation of the applicants outside the dangerous zone or not compensating the citizens looking for lodging elsewhere is evaluated as a breach of obligations.<sup>139</sup>

The limits of positive obligations could be illustrated with one of the ECtHR's judgment finding no breach of Article 8 in the case of not eliminating the disturbance of the applicants from the noise pollution due to residing near a highway.<sup>140</sup> According to the ECtHR, it is not possible to accept that the public authorities have direct obligation to avoid busy streets for a highway designed to pass across a city, or to accommodate every citizen in an environment with certain standards. Likewise, taking into account that the state has to deal with complex

---

<sup>132</sup> Hatton/United Kingdom, para. 100, 119, 123.; Guerra vd./Italia, para. 58)

<sup>133</sup> Tatar/Romania, para. 87.; ECtHR, Moreno Gomez/Spain, Application No:4143/02, 16.11.2004, para. 61.

<sup>134</sup> Council of Europe, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 2020, p. 38.

<sup>135</sup> Moreno Gomez/Spain, para. 62-63.; Similarly, the fact that the lack of a regulation about the noise caused by the heavy traffic on the street where the applicant lives is also considered as a violation of Article 8. See ECtHR, Dees/Hungary, Application No:2345/06, 09.11.2010, para. 23.

<sup>136</sup> ECtHR, Ledyayeva and others/Russia, Application No: 53157/99, 53247/99, 53695/00 and 56850/00, 26.03.2007.; ECtHR, Fadeyeva/Russia, Application No: 55723/00, 09.06.2005.

<sup>137</sup> Morena Gomez/Spain.; Guerra and others/Italia.; Taşkın and others/Turkey.; Ledyayeva and others/Russia para. 110.

<sup>138</sup> Morena Gomez/Spain, para. 61-62.

<sup>139</sup> Ledyayeva and others/Russia.

<sup>140</sup> Grimkovskaya/Ukraine, Application no. 38182/03, 21.10.2011.

infrastructure problems, obligations that will be additionally attributed should not burden the state disproportionately.<sup>141</sup>

In Mehmet Kurt case, the TCC emphasized that it does not have a role in examining the appropriateness of public authorities' decisions on the investments for the purposes of progress and economic development.<sup>142</sup> It also stated that if the environmental impact of the investments for public interest interfere with individuals' right to protect and develop their physical and mental integrity, the TCC is to evaluate whether a fair balance is established between competing interests and whether environmental procedural guarantees are provided.<sup>143</sup> While defining the limits of administration's positive obligations at environmental issues, the TCC is of the view that procedural guarantees that can be sorted as access to information, participation in decision-making and access to court should be utilised for finding a fair balance.<sup>144</sup> Within this context, the procedural guarantees that are utilized to define the limit of positive obligations, form the procedural aspect of positive obligations and it requires an examination on guarantees for the public to participate in environmental matters.<sup>145</sup> Procedural rights are as follows: (i) right to access to environmental information, (ii) right to participate in environmental decision-making and (iii) right to access to courts.<sup>146</sup>

Right to access to environmental information, is the obligation to inform individuals whose self-interests are in jeopardy due to natural disasters or hazardous activities of the state or private parties.<sup>147</sup> The purpose of the access to information is to relieve the concerns of the individuals by giving them a chance to evaluate the environmental danger that they faced or will face.<sup>148</sup> In a case in which the UK was conducting nuclear tests as a hazardous activity, the ECtHR decided that the soldiers deployed in there had the right to be informed on the radiation levels that they encountered.<sup>149</sup> Article 8 of the ECHR requires the establishment of an effective and accessible procedure for the individuals that are exposed to dangerous activities of public authorities. The procedure is not supposed to present a process that would be defined as long and complicated. Having taken into account that the soldiers had not applied necessary mechanisms to learn the level of radiation at their posts during nuclear tests regarding the application in question, the ECtHR simply finds the mere existence of an

---

<sup>141</sup> Ibid., p. 65-66, 68, 73.; **Manual on Human Rights and the Environment**, p. 54.

<sup>142</sup> Mehmet Kurt, para. 72-75.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Turkish Constitutional Court, Ahmet İsmail Onat, Application No:2013/6714, Date of Decision:21.04.2016, para. 79.

<sup>145</sup> Taşkın ant others/Turkey, para., 115.; Guerra/Italy.

<sup>146</sup> ARSLAN ÖNCÜ, p.52.

<sup>147</sup> Guerra/Italy, para. 60.; Öneriyıldız/Turkey para. 90.; Budayeva vd. para. 131.; Tatar/Romania, para. 101,113.

<sup>148</sup> **Manual on Human Rights and the Environment**, p. 83.; ECtHR, McGinley and Egan/United Kingdom, Application No:21825/93, 23414/94, Date of Decision:09.06.1998.

<sup>149</sup> Ibid.



procedure founded by the state as adequate, thus concluded that there is no breach of Article 8 of ECHR.<sup>150</sup> In another case, the ECtHR emphasizes that had the right to access to information on the dangers of a chemical factory been granted, the applicants living near the factory could have avoided the dangers of it.<sup>151</sup>

Relevant with the right to access to environmental information, another obligation requires sharing the information produced by conducting necessary research, studies and environmental impact assessment with the public.<sup>152</sup> The state has the obligation to search and evaluate a danger in case of an existence of a risk that is directed to the applicants' health and well-being.<sup>153</sup> It can be achieved by providing the public with access to environmental impact assessment reports.<sup>154</sup> The TCC emphasizes that both the administrative authorities and private parties executing hazardous activities have a positive obligation to make information they have available.<sup>155</sup> For instance, regarding an information request at all stages of the transfer of electric cables to underground, the TCC concluded that the administration provided the applicant with the necessary information, and thus there is no breach of positive obligations.<sup>156</sup>

In terms of the right to participate in environmental decision-making, individuals should be given the opportunity to express their opinion, object to or approve decisions on the environment that they live in.<sup>157</sup> The public participation should specifically be provided on the process of deciding the approval of industrial facilities and infrastructure projects.<sup>158</sup> According to the ECtHR, prerequisites for environmental decision making process are twofold: (i) expert opinions should be collected before the decision, (ii) individuals granted access to environmental information should participate the decision making process. When the individuals have adequately participated a decision-making process leading to an alleged environmental destruction, then the ECtHR consider that there is a fair balance between conflicting interests.<sup>159</sup> The TCC also seeks the two prerequisites to be met to ensure the right to environmental participation.<sup>160</sup> In an application regarding the project of transferring the electric cables underground, the TCC confirms that the public authorities ensured the participation of the locals to the decision-making and release of the environmental impact assessment report, and

---

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> Guerra/Italy, para. 60.

<sup>152</sup> ECtHR, Giacomelli/Italy, Application No: 59909/00 2.11.2006, para.83.; Tatar/Romania, para.113.; Lemke/France, para. 41.

<sup>153</sup> Tatar/Romania, para.114-115.

<sup>154</sup> Tatar/Romania, para. 98.

<sup>155</sup> Ahmet İsmail Onat, para. 80.

<sup>156</sup> Ahmet İsmail Onat, para. 106.

<sup>157</sup> ELTİMUR YÜZER, p.102.; ARSLAN ÖNCÜ, p. 53.; Giacomelli/Italy, para. 363-364.; BRAIG/PANOV, p. 275

<sup>158</sup> Tatar/Romania, para.124.

<sup>159</sup> BRAIG/PANOV, p. 276.

<sup>160</sup> Ahmet İsmail Onat, para. 97.

thus the two prerequisites were adequately met for the right to environmental participation.<sup>161</sup>

Individuals that are affected by environmental issues in cases of administrations' actions and negligence should be granted the right to access to courts. Where the interests are not taken into consideration at environmental decision-making processes, the right to access courts should be granted to the individuals that are affected by environmental issues in cases of administrations' actions and negligence.<sup>162</sup> The establishment of the judicial mechanisms per se is not found adequate by the TCC.<sup>163</sup> Besides, it is essential that individuals should have the opportunity to present all their objections and proofs and have them been investigated. All their accusations should be responded to by presenting justification, and eventually a fair balance should be founded with the help of taking into account all interests.<sup>164</sup> In addition, the judicial application mechanisms should be provided not only for the reasons of unsuitable decision-making processes but also to resolve applicants' complaints in cases of not sharing the individual scientific studies requested by the public administrations.<sup>165</sup> As a procedural right guaranteed under Article 8 of ECHR, the right to appeal judicial mechanisms has more comprehensive protection than the right to access court, which is a sub element of right to fair trial under Article 6 of the ECHR. The ECtHR prefers to enforce the right to access to courts under Article 6 with the condition that applicant's another conventional right is also breached.<sup>166</sup> The right to appeal judicial mechanisms, which is one of environmental procedural rights under Article 8 of ECHR has more widespread protection, because of being more determinative in regards of applicant's other rights according to the decision at the end of the proceedings and also not seeking the possibility of a serious danger.<sup>167</sup> It is observed that the ECtHR prefers to enforce Article 8, instead of Article 6 and 13 in its examination of procedural rights in environmental cases.<sup>168</sup>

As already stated before, in Mehmet Kurt, the applicant claimed that his requests and objections about environmental impact assessment report of a hydroelectric power plant project are not properly evaluated. The TCC reached the conclusion that the right to appeal judicial mechanisms, which is a procedural right under

---

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Taşkın/Turkey, para. 206. Tatar/Romania para. 124.; BRAIG/PANOV, p. 277.; ARSLAN ÖNCÜ, p. 53-54.

<sup>163</sup> Mehmet Kurt, para. 81-83.

<sup>164</sup> Mehmet Kurt, para. 81-83.

<sup>165</sup> Grimkovskaya/Ukraine para. 69.; Tatar/Romania, para. 113, 116-117 and 119.; **Manual on Human Rights and the Environment**, p.101.

<sup>166</sup> BRAIG/PANOV, p. 277.

<sup>167</sup> **Manual on Human Rights and the Environment**, p.102.; BRAIG/PANOV, p. 277.. Öçkan and others/Turkey, 28.03.2006, para. 39.

<sup>168</sup> 44. Tatar/Romania, para. 88 and 119.

<sup>168</sup> YANCI ÖZALP, Nihan, "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı" **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol.2, Issue.3, 2013, p. 88.

protection of Article 17 of the Constitution, was breached.<sup>169</sup> The TCC did not prefer to examine the case under Article 36 of the Constitution which provides the right to access to courts. On the contrary, in another application regarding hydroelectric power plant project again, the TCC evaluated that the right to access court under Article 36 was breached.<sup>170</sup> The TCC concludes that the essence of the right to access court was breached because proceedings did not convene in time as public was not aware of the environmental impact assessment report as it was not announced through proper tools. The TCC directly evaluated the case under the right to access court without investigating the impact to applicants' rights within common protection area such as right to life, right to physical and mental integrity or right to property, or whether there is a connection among them.<sup>171</sup> By doing so, The Constitutional Court has drifted away significantly from the approach of the ECtHR.

In light of the analysis above, the ECtHR's positive obligations doctrine is observed to be applied quite similar by the TCC in its relevant case law. As Mehmet Kurt case shows, the positive obligations doctrine is utilized effectively in individual applications for a greater protection of the environmental rights and to ensure liability for environmental harms.

## **II. CONCLUSION**

Relying on human rights in environmental litigation via filing an individual application before the TCC has a relatively short history. Having a couple of years experience in that regard though, the TCC is equipped with effective tools transferred from the ECtHR's jurisprudence to address environmental rights. The TCC utilizes positive obligations doctrine and the horizontal effects of rights to ensure greater protection for the environment. On the other hand, the TCC displays an anthropocentric approach in definition of environment and provides victims with protection only for damages that are proven to harm human beings. It requires to prove the link between environmental damage and natural disasters or hazardous activities. Placing a unheavy burden on the victims on the one hand, it excludes other living organisms and their natural habitat from the scope of the protection of the right on the other.

This study examined the legal status of the right to live in a healthy and balanced environment and categorized it as a third-generation rights. As it is already stated a few times, only civil and political rights under the common protection of the ECHR and the Constitution can be a subject of an individual application. The TCC rejects individual applications on the grounds that the claims derived from violations of the second and third generation rights.<sup>172</sup> The TCC avoids discussion

---

<sup>169</sup> Mehmet Kurt, para. 83.

<sup>170</sup> Turkish Constitutional Court, Mehmet Bolat and others, Application No: 2013/5974, Date of Decision: 10.03.2016, Official Gazette:05.05.2016, Number:29703.

<sup>171</sup> Mehmet Bolat and others, para. 27.

<sup>172</sup> Ibid.

on determining Article 56 as a third generation right but it allows to invoke it under the shelter of other constitutional rights. According to the TCC, environmental rights have an impact on mutual legal interests guaranteed in Article 17, Article 20 and Article 21 that are the right to protect and improve his corporeal and spiritual existence, the right to privacy and the inviolability of domicile respectively.<sup>173</sup> The TCC notes that environmental rights are categorized as social and economic rights but it evaluates Mehmet Kurt case on the grounds of the right to protect and improve his corporeal and spiritual existence under Article 17 of the Constitution. Placing environmental rights among social and economic rights results in limiting any possible demands of individuals to compel public authorities to comply with obligations deriving from environmental rights. Public authorities could bring the limits of financial resources and the economic development plans to avoid compliance with environmental rights. The TCC stated that protection of the environment will prevail in case of competing interests as it did not exclude industrialization or economic development activities such as the installation of hydroelectric power plants or the exploitation of natural resources completely. Relying on positive obligations of public authorities, procedural rights such as right to access to court, right to an effective remedy, right to access information in environmental matters are used effectively to weigh competing interests. Nevertheless, all the assurances results from anthropocentric approach that places human being at the center. However, recent problems such as climate change, forest fires, drought and sea pollution show that a quality environment is only possible with the protection and development of the environment holistically.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## REFERENCES

ANTON, Donald K., SHELTON Dinah L., **Environmental Protection and Human Rights**, New York, CUP, 2011.

ATAPATTU, Sumudu, SCHAPPER Andrea, **Human Rights and the Environment: Key Issues**, Routledge, New York, 2019.

---

<sup>173</sup> Ibid.

BAKAN, Joel, **The Corporation: the Pathological Pursuit of Profit and Power**, 2. Edition, Cornstable 2005.

BIRNIE, Patricia/ BOYLE, Alan/ REDGWELL, Catherine, **International Law and the Environment**, 3. Basım, OUP, Oxford, 2009.

ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. bs., Hukuk, Ankara, 2019.

EREN, Abdurrahman, "Bireysel Başvuru Mekanizmasının Temel Hak Ve Özgürlükler Rejimine Etkisi" , **Yeniyüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol.1, Issue 1, 2013, pp. 173-194.

ERSON ASAR, Bilge, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Devler-Dışı Aktörlerin Çevresel Sorumluluğu: Uluslararası Örgütler, Hükümetdışı Örgütler ve Ticari Kuruluşlar," **Uluslararası Çevre Hukuku Ve Politikaları Düünden Bugüne ve Geleceğe**, Ed. Zerrin Savaşan, Hakan Ünay, Yetkin, Ankara, 2021, pp. 639-682.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Vol. 52, Issue. 1-4, 1987, pp. 233-278.

GÜNEŞ, Ahmet M. "Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine" **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Vol. 5, Issue 16, 2014, pp. 79-103.

GÜNEŞ, AHMET M., **Çevre Hukuku**, 3. Edition, Adalet, Ankara, 2020.

GÜVEYİ, Ümit, "1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili", **MÜHF-HAD**, Vol. 24, Issue 2, 2018, pp. 633-659.

HALATÇI ULUSOY, Ülkü, "Türk Çevre Hukuku Politikaları Açısından Ticaret Ve Çevre İlişkisi," **Türk Çevre Hukuku ve Politikaları: Düünden Bugüne Ve Geleceği**, Ed. Zerrin Savaşan, Hakan Ünay, Seçkin, Ankara, 2021, pp. 271-296.

KABOĞLU, İbrahim, **Çevre Hakkı**, İletişim, İstanbul, 1992.

KANADOĞLU, Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstanbul, 2015.

LAMBERT, Elisabeth, The Environment And Human Rights: Introductory Report to the High-Level Conference: Environmental Protection and Human Right," (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f> Access Date: 09.09.2021.

MORGERA, Elisa, **Corporate Accountability in International Environmental Law**, Oxford, OUP, 2009.

ÖZDEK, E. Yasemin, **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, Todaie Yayınları, Ankara, 1993.

SAVAŞAN, Zerrin, "Çevre Hakları: İnsan Hakları İle Korumadan Asli Korumaya," **Çevre Hukuku ve Politikaları: Kavramlar, Teoriler ve**

**Tartışmalar**, Ed. Zerrin Savaşan, Çağlar Söker, Fırat Hakan Yılmaz, Seçkin, Ankara, 2021, Pp. 49-82

SEMİZ, Yasemin, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", **Hacettepe HFD**, Vol. 4, Issue 22, 2018, Pp. 9-46.

SHELTON, Dinah L., "Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment", **Stanford Journal of International Law**, 1991, Vol. 28, Pp. 103-138

SUNAY, Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol.23, Issue 1, 2015, pp. 9-52.

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 7. Basım, On İki Levha, İstanbul, 2020.

VALOR, Carmen, "Corporate Social Responsibility and Corporate Citizenship: Towards Corporate Accountability" **Business and Society Review**, Vol.110, 2005, pp. 191-212.

YANCI ÖZALP, Nihan, "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı" **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol.2, Issue.3, 2013, pp. 53-93.

YILMAZ TURGUT, Nükhet, **Çevre Politikası ve Hukuku**, 2. Edition, İmaj, Ankara, 2012.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Çevre Hukuku-Doğal Çevrenin Korunması**, 2. Edition, Adalet, Ankara, 2017.

YÜZER ELTİMUR, Dilara, "AİHM Ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Çevrenin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri," **Terazi Hukuk Dergisi**, Vol.13, I.45, 2018, pp.94-113.



# KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ MESULİYET POLİÇESİ KAPSAMININ SÜRÜCÜNÜN TAM KUSURU HALİNDE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINI KAPSAYIP KAPSAMADIĞI HAKKINDA YAKLAŞIMLAR

Prof. Dr. Habib YILDIZ<sup>1</sup>

## Öz

Bu çalışmada, trafik kazasında kusurlu hareketleri ile ölen kişinin desteğinden yararlananların karayolları motorlu araç zorunlu mali mesuliyet sigortasına başvurarak destekten yoksun kalma tazminatı talep edip edemeyeceği araştırılmıştır. Destekten yoksun kalma tazminatı esasen maddi ve dolaylı bir zarar türü olarak karşımıza çıkar. Bu yönüyle destekten yoksun kalma tazminatı desteğini yitiren kişilere, maruz kaldıkları zararı giderme imkânı veren hukuksal koruma yollarından biridir. Ancak ölenin tam trafik kazasında kusurlu olması halinde destekten yoksun kalanların bu tazminatı talep edip edemeyeceği hakkında doktrinde ve yüksek yargı kararlarında farklı ve çelişkili görüşler bulunmaktadır. Gelineen noktada, kast veya ağır ihmali nedeniyle sürücünün tam kusurlu olduğu trafik kazalarında destek görenlerin destekten yoksun kalma tazminatından yararlanmaları mümkün gözükmemektedir. Ancak iki taraftan da belli oranlarda kusurlu olduğunun anlaşıldığı kazalarda ölenin kusur derecesi destekten yoksun kalma tazminatı açısından indirim sebebi olarak görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası, Sorumluluk Sigortaları*

## HIGHWAYS MOTOR VEHICLES REQUIRED AT THE FULL FAULT OF THE DRIVER TO THE SCOPE OF THE LIABILITY POLICY APPROACHES ABOUT WHETHER IT INCLUDES WITHDRAWAL OF SUPPORT COMPENSATION

### Abstract

In this study, it was investigated whether those who benefited from the support of the person who died in a traffic accident due to their faulty actions could apply for the motor vehicle compulsory liability insurance and claim compensation for deprivation of support. Compensation for deprivation of support is essentially a

---

<sup>1</sup> İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-4129-7168, habibyildiz00@gmail.com,

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.08.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 17.09.2021

Bu makaleye atf için; YILDIZ Habib, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar”, *İMİHD*, C. VI, S. 11, 2021, s. 29-43.



type of material and indirect damage. In this respect, compensation for deprivation of support is one of the ways of legal protection that gives people who lost their support the opportunity to compensate for the damage they have suffered. However, there are different and contradictory opinions in the doctrine and high judicial decisions about whether the person who is deprived of support can claim this compensation if the deceased is at fault in the traffic accident. At this point, it does not seem possible for those who receive support in traffic accidents where the driver is at fault due to intent or gross negligence, to benefit from compensation for lack of support. But, in accidents where both parties are found to be defective to a certain extent, the degree of fault of the deceased is seen as a reason for reduction in terms of compensation for deprivation of support.

**Keywords:** *Compensation for Deprivation of Support, Compulsory Liability Insurance, Liability Insurance*

## GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin 3 fıkrası hükmü ile destek görenlere, destekten yoksun kalma zararını tazmin etme imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme ile desteğin ölmesi durumunda destekten yoksun kalan kişilerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Ancak destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için ölen kişinin üçüncü bir kişiye destek olması veya gelecekte destek olmasının muhtemel bulunması gerekir. Destek kaybindan doğan zarar, hukuki niteliği itibarıyla yansıma yoluyla ortaya çıkan maddi bir zarar iken tazminat talep hakkı, destekten yoksun kalan kişinin şahsında ortaya çıkan asli ve bağımsız bir haktır.

Ancak bu hakkın talep edilebilmesi için ölen kişinin kusurlu olup olmaması hususlarında doktrinde ve yüksek yargıda farklı görüş ve kararlar bulunmaktadır. Bu tartışmalardan yola çıkılarak motorlu araç kullanımından kaynaklanan nedenlerle kusurlu hareketiyle meydana gelen ölümlerde, vefat eden kişinin desteğinden yoksun kalanların maruz kaldığı zararların sigortacı tarafından tazmin edilip edilmeyeceği sorusuna cevap aranacaktır. Bu bağlamda çalışmada; ölümle sonuçlanan kazalarda ölenin kusurlu olup olmamasının destek görenlerin tazminat talepleri üzerinde etkisi olup olmadığı? Ölenin kazada tam kusurlu olmasının tazminatın belirlenmesinde önemli bir rol oynayıp oynamadığı? Ölenin kusurlu olması durumunda destekten yoksun kalma tazminatından sigortacının sorumlu olup olmadığı hususları tartışılmıştır.

Öte yandan destekten yoksun kalma zararı, haksız fiil sonucu meydana gelen ölümlerin neticesinde meydana geldiği için sadece trafik kazalarında değil, iş kazalarında ve meslek hastalıklarından kaynaklanan ölümler nedeniyle de ileri sürebilmektedir. Ancak bu çalışmada konu sınırlandırılarak sadece trafik kazalarından kaynaklanan ölümler ve talepler açısından ele alınmıştır.

Bu bağlamda konu üç başlık altında ele alınmıştır. Öncelikle destekten yoksun kalma tazminatının mahiyeti, amacı ve hukuki niteliği ortaya konulmuştur. Daha sonra destekten yoksun kalma tazminatından yararlanmanın şartları incelenmiştir. Son olarak da desteğin tam kusurlu olması halinde destekten yoksun kalma tazminatının talep edilip edilemeyeceği yüksek yargı kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde ele alınmıştır.

## **I. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ MAHİYETİ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A. Destek Kavramı**

Destek, bir başkasına geçimini tamamen veya kısmen sağlaması için sürekli ve düzenli şekilde bakan veya ileride ona bu anlamda bakması yüksek ihtimal gözüken kişiye verilen addır. Burada bakma ilişkisi zaruret içinde bulunan ve ihtiyaçlarını karşılayamayan muhtaç birine düzenli ve sürekli yardım yapmayı ifade eder. Arada bir yapılan yardımlar bu kapsama girmediği gibi, o kişinin tüm ihtiyaçlarının da karşılanması şart değildir<sup>2</sup>. Bakım ilişkisi çoğu zaman bir yakınlıktan kaynaklanır. Ancak her zaman böyle olmak zorunda da değildir. Farklı nedenlerle de yardım söz konusu olabilir. Örneğin anne babaya, kardeşlere, eşe, çocuğa sürekli ve düzenli yapılan yardımlar bu kapsama girer. Bu yüzden destek kavramının kapsamının geniş anlamda kullanıldığını belirtmek gerekir.

Literatürde destek kavramı mahiyetine göre gerçek destek ve varsayımsal destek olarak sınıflandırılmaktadır. Buna göre, şayet bir kimse başka birine ölüm anına kadar sürekli olarak fiilen ve düzenli şekilde bakıyorsa bu kişiye gerçek destek denilir. Bir kimsenin ölüm anında değil de sonraki dönemlerde veya gelecekte başka birilerine bakması yüksek ihtimalse bu kişiye varsayımsal destek denilmektedir<sup>3</sup>.

### **B. Destekten Yoksun Kalma Kavramı**

Hayatta iken birilerine sürekli ve düzenli destek olan kişinin ölümüyle birlikte yardım alan kişilerin bu yardımdan mahrum kalmaları söz konusu olabilecektir. Özellikle babanın vefatıyla çocuklar, eşlerden birinin vefatıyla diğer eş, çocuğun vefatıyla anne ve baba fiilen veya varsayımsal olarak desteğinden yararlandığı kişinin maddi ve manevi pek çok ilgi ve katkısından mahrum kalabilmektedir. Ancak hukuk düzeni belli şartlarda başka birinin yardımından yararlanan bu kişilerin yoksunluk halini korumaktadır<sup>4</sup>. İşte bu mağduriyet veya mahrumiyete destekten yoksunluk adı verilmektedir.

---

<sup>2</sup> NARTER, Sami, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 3

<sup>3</sup> KABA, Gizem, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 20-21; GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, Umuttepe yayınları, İstanbul, 2020, s. 460.

<sup>4</sup> ÇELİK, Ahmet Çelik, **Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 16-17

## **II. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ YASAL DAYANAĞI VE AMACI**

Destekten yoksun kalma tazminatının kaynağı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanmaktadır. Bu maddede; “ölüm hâlinde uğramılan zararlar özellikle şunlardır” denildikten sonra son fıkrada ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların da haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilir. Zira ölüm bir hakkı ortadan kaldırır ve ölüm sorumlusunun bu hakkı tazmin etmesi gerekir.

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı ise; bir kişinin desteğine muhtaç olan kişinin desteğinin ölümünden sonra mağduriyete düşmesini önlemektir. Bu tazminatla bir anlamda desteğinin ölümünden önce kişinin sahip olduğu sosyal ve ekonomik koşulların desteğinin ölümünden sonra da benzer seviyede sürdürülmesi amaçlanmaktadır<sup>5</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmesi, öncelikle ölüm nedeniyle davacının yaşam düzeyi düşmüş olmasına bağlıdır<sup>6</sup>. Ölüm hadisesine rağmen, her nasılsa değişen koşullardan dolayı yaşam düzeyinde bir değişiklik olmamışsa, desteğe ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>7</sup>.

## **III. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ**

Hukuk düzeni, trafik kazalarından zarar görenleri korumaya yönelik çeşitli hukuki tedbirleri öngördüğü gibi, bazen de bu kazalarda zarara görenlerin dışında üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaya ve zararlarının karşılamaya yönelik çeşitli haklar ve yollar sunmaktadır. Nitekim trafik kazalarında hayatını kaybedenlerin yakını konumundaki bazı kişiler şayet ölen kişinin desteğine muhtaç durumdaysalar maruz kaldıkları zararın karşılanmasını belli şartlarda karşı taraftan talep edebilmektedirler. İşte üçüncü kişi konumunda olan ve ölen kişinin desteğine muhtaç olan bu kişilerin karşı karşıya kaldıkları zararların telafi edilmesi için oluşturulmuş olan bu hukuki güvenceye destekten yoksun kalma tazminatı adı verilmektedir<sup>8</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun “ölüm ve bedensel zararlar” başlıklı 53. maddesinin üçüncü fıkrasında “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplara” yer verilerek destekten yoksun kalma tazminatının yasal dayanağı oluşturulmuştur. Haddi zatında hukuk düzeni genel kural olarak haksız fiile maruz kalan kişilerin zararlarının karşılanmasına olanak sağlamaktadır. Ancak bu madde ile bu kuralın aksine haksız fiile maruz kalanların dışındaki bazı

---

<sup>5</sup> NARTER, s. 29

<sup>6</sup> OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul 2017, s. 106; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 461.

<sup>7</sup> GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 461.

<sup>8</sup> TAŞ, Nilgün, “Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2019, s. 214; YAŞAR, Halis, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 11-15; NARTEL, s. 31-33; KABA, s. 23-25

kişilerin de yansıma yoluyla uğranılan zararların tazmini talebinde bulunması mümkün hale gelmiştir<sup>9</sup>.

Destekten yoksun kalmaz tazminatı, hukuki niteliği itibariyle, destekten yoksun kalan kişinin şahsından doğan, bağımsız ve asli bir talep hakkı olup, miras yoluyla başkasına geçmemektedir. Bu hak kanunda herhangi bir kazandırmayla değil, destekten yoksun kalma nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>10</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı yansıma zarar türüdür. Çünkü haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan zararlar daha çok mağdur üzerinde ortaya çıkmakta ve zararın tazminini isteme hakkı bu kişiye düşmektedir. Ancak bazı hallerde mağdurla birlikte onunla iktisadi ve sosyal ilişkisi bulunan üçüncü kişilerin de zarar görmesi mümkün olabilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan zarara yansıma zarar denilmektedir<sup>11</sup>. Ölüm durumunda bazen ölen kişinin desteğinden mahrum kalan kişi bu yoksunluğunun veya mağduriyetinin karşılanmasını isteyebilir. İşte destekten yoksun kalma tazminatı bu şekilde ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin üçüncü kişi olarak karşı taraftan talep ettikleri yansıma zarar türlerinden biridir<sup>12</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı istisnai bir tazminat türüdür. Bunun nedeni sorumluluk hukukunun kural olarak sadece haksız fiillere maruz kalan kişilerin zararının karşılanmasını öngörmesidir. Ancak istisna olarak destekten yoksun kalma tazminatında üçüncü kişilerin de maruz kaldığı zararların tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır<sup>13</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı maddi bir tazminat türüdür. Bunun nedeni destekten yoksun kalma tazminatı ile ölen kişinin maruz kaldığı zararın giderilmesi değil, destek gören kişinin maruz kaldığı zararın giderilmesinin amaçlanmasıdır. Öte yandan destekten yoksun kalma tazminatı sadece kişinin malvarlığına yönelik zararları ifade ettiği için manevi zararları kapsamamaktadır<sup>14</sup>.

Destekten yoksun kalmaz tazminatı nafakadan veya ahlaki borç ifasından farklıdır. Burada zikredilen desteklik ilişkisi diğer hukuki ilişkilerden farklı olarak karşılıksız olduğu için akrabalık, mirasçılık veya yasal ödevlere dayanmaz. Bu

---

<sup>9</sup> UÇUKHAN, Sema Güleç, **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 656-658; YILDIRIM, Hayrullah Burak, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, 2020, s. 3; NARTER, s. 53

<sup>10</sup> GÜVEN, Tuba, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatında İşletenin Kusurunun Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğuna Etkisi”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE, 2017, s. 28-30

<sup>11</sup> YAŞAR, s. 15

<sup>12</sup> GÖKYAYLA, Kadir Emre, “Destekten yoksun kalma tazminatı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2004, s. 50-54

<sup>13</sup> ÇAKIRCA, Seda İrem, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 165

<sup>14</sup> YAŞAR, s. 36-37

yüzden özellikle miras hukuku ile bağlantısı olmadığı belirtilmelidir. Dayandığı tek ilişki sürekli ve düzenli bir yardımın var olmasıdır<sup>15</sup>.

#### IV. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ ŞARTLARI

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için destek ile destek gören arasındaki sürekli ve düzenli ilişkinin bulunmasının yanında bazı koşulların da gerçekleşmiş olması gerekir.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için aranan ilk koşul desteğin ölmesidir<sup>16</sup>. Nitekim TBK'nın 53. maddesine göre bu tazminat türü ile ölüm nedeniyle oluşacak zararın gidermesi amaçlanmaktadır. Ölüm olayı gerçekleşmediği sürece bu tazminata başvurmak mümkün değildir<sup>17</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için aranan ikinci koşul ölümün hukuka aykırı bir fiil ile gerçekleşmiş olmasıdır. Bir fiille ilgili olarak hukuka aykırılık nitelendirmesinde bulunulduğunda, fiilin bütün hukuk sistemine aykırı olduğu belirtilmiş olmaktadır<sup>18</sup>. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu hallerde destekten yoksunluk tazminatı talep edilemez. Ayrıca hukuk düzeninde tazminatta indirim yapılmasını gerektiren haller de bulunmaktadır.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için aranan üçüncü koşul destek ilişkisinin sürekli ve düzenli olmasıdır. Destek ilişkisi hukuki bir zorunluluktan kaynaklanan bir tazminat türü değildir. Bu bağlamda kanuni veya sözleşme ile oluşan bir yükümlülüğten doğmaz, daha çok fiili bir durumdan kaynaklanır. Öte yandan bu ilişkinin geçici, arızı ve düzensiz olması tazminat talebini engeller. Bu yüzden ilişkinin sürekli ve düzenli olması gerekir ki, ölümden önce yapılan yardımların ölümden sonrada talep edilmesi mümkün olsun<sup>19</sup>. Şayet destek ilişkisi tespit edilemezse, diğer koşulların incelenmesinin bir anlamı olmayacaktır<sup>20</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için aranan koşullardan biri de desteğin bakım gücünün bulunması ve karşı tarafın da bakıma ihtiyacının olmasıdır<sup>21</sup>. Öncelikle desteğin bakım gücünün bulunması gerekir. Yani desteğin ekonomik durumunun başka birine yardım edebilecek kadar iyi olması gerekir. Bu yardım maddi şekilde olabileceği gibi aynı şekilde de olabilir. Ancak desteğin ekonomik gücünün kaynağı önemli değildir<sup>22</sup>. İkinci olarak destek gören kişinin durumunun da bakıma muhtaç şekilde olması gerekir. Bakıma ihtiyacı olmak

<sup>15</sup> KILIÇOĞLU, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2014, s. 12-17

<sup>16</sup> YAŞAR, s. 53

<sup>17</sup> KABA, s. 51

<sup>18</sup> SERT, Mahmut, "Hukuka Aykırılık ve Uygunluk Unsurları", 2018, (Çevrimiçi) <http://mahmutsert.com/hukuka-aykirlilik-ve-uygunluk-unsurlari>, E.T: 05/06/2021

<sup>19</sup> KILIÇOĞLU, s. 12-17

<sup>20</sup> KABA, s. 54

<sup>21</sup> KILIÇOĞLU, s. 12-17

<sup>22</sup> NARTER, s. 20-21

sadece yoksulluk olarak anlaşılmalıdır. Burada önemli olan destek görenin ölüm nedeniyle eski yaşam seviyesinin altında düşmüş olmasıdır. Yani desteğin ölümüyle birlikte karşı tarafın ekonomik olarak eski yaşam seviyesinin altında bir hayat sürmeye başlamasıdır<sup>23</sup>.

## **V. DESTEĞİN TAM KUSURLU OLMASI HALİNDE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ**

Tam kusuru ile ölen sürücünün desteğinden istifade eden kişilerin ZMMS sigortacısından destek tazminatı talep edip edemeyeceği konusunda Yargıtay'ın kararları zaman içinde farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. Nitekim 14/04/2016 tarihinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde yapılan değişikliklere kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü trafik kazalarında tam kusurlu ölen desteğin hak sahiplerinin sigortaya karşı açtıkları tazminat davalarında, destekten yoksun kalanların ZMMS sigortacısından birlikte kusur indirimi yapılmaksızın destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği yönünde oluşmuştur. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K. ve 1.11.2017 tarihli kararında ölenin mirasçılarının üçüncü kişi olmadıklarını kabul etmiş ve bunun doğal sonucu olarak da destekten yoksun kalanların tazminat isteyemeyeceklerini hüküm altına almıştır. Bu kararların dayandığı görüşler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararlarda ortaya konulan gerekçelere göre aşağıda izah edilmiştir.

### **A. Kusurluluğun Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Talep Edilmesine Engel Teşkil Etmediği Yönündeki Görüşler**

Kusurluluğun destekten yoksun kalma tazminatının talep edilmesine engel teşkil etmediğine dair görüşler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun farklı tarihlerde vermiş olduğu kararlar doğrultusunda birkaç madde altında toplanarak incelenebilir.

- Öncelikle YHGK'nın, 2011/17-142 E., 411 K., 15.06.2011 T kararına göre; destekten yoksun kalan mirasçı değil üçüncü kişi olduğu için, destek tazminatı talep etmeleri mümkün iken kazadan kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Borçlar Kanunu'nun 45. Maddesinin 3 fıkrasına göre destekten yoksun kalan kişilerin mirasçılarının dışındaki kişilerden olması pek ala mümkündür. Yani mirasçı olmayan kişilerin destekten yararlanmaları söz konusu ise ölüm olayından sonra tazminat talep etmelerinin önünde bir engel yoktur. Ancak destekten yararlananların ölüm olayından sonra tıpkı mirasçı gibi ölenin kusurundan kaynaklanan zararlardan dolayı bir sorumluluğu olmayacaktır<sup>24</sup>. Bunun nedeni destekten yoksun kalanların talep ettikleri tazminat hakkının ölenin intikal eden bir hak olmamasıdır. Zira bu hak hukuki niteliği itibarıyla desteğini yitiren kişinin kendisinde doğan, asli ve

<sup>23</sup> KABA, s. 60-61

<sup>24</sup> YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 411 K., 15.06.2011 T.

bağımsız bir haktır<sup>25</sup>. Dolayısıyla ölenin tam kusuruyla meydana gelen kazada, talep edilen destek zararının, ölenin değil, üçüncü kişi durumundaki destek tazminatı talep edenlerin zararı olduğu kabul edilmelidir<sup>26</sup>.

- İkinci olarak Karayolları Trafik Kanunu, zarar gören üçüncü kişileri korumak amacıyla getirilmiş olduğu için desteğin yardımından yararlanan kişilerin de bu korumanın kapsamında olması gerekmektedir. Nitekim motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları korumak amacıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanun ile getirilmiş olan sorumluluk bir kusur sorumluluğu değildir. Buradaki sorumluluk sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkindir<sup>27</sup>. Öte yandan Kanun 86. maddesinde sorumluluktan kurtulma yollarını da düzenlemiştir. Bu maddeye göre; *“İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir”*. Bu maddede açıkça görüleceği üzere kanun koyucu bir taraftan zarar görenin kusuru nispetinde indirim yapılabileceğini öngörmüş, diğer taraftan da indirimi zorunlu tutmayarak hâkimin takdirine bırakmıştır<sup>28</sup>. Yine Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesi ile, işletenin bu kanundan kaynaklanan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bu maddede getirilen sorumluluk sözleşmeye dayalı bir sorumluluktur. Kanununun 92. maddesinde ise sorumluluğun kapsamı dışında kalan hâller düzenlenmiştir. Bu maddede açıkça *“işletenin; eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin ZMMS kapsamı dışında olduğuna”* belirtilmiştir. Bu düzenleme ile tehlike sorumlusu olan işletenin ve sürücünün eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları ZMMS kapsamı dışına çıkartılırken, anılan kişilerin ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararları sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmıştır<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku**, 10. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 25; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2006, s. 775

<sup>26</sup> YHGK Kararı 2017/1089 E., 2019/294 K., 14.03.2019 T.

<sup>27</sup> EREN, s. 631; KILIÇOĞLU, s. 264

<sup>28</sup> ÜNAN, Samim, “Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, Ergün A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2006, s. 1180

<sup>29</sup> YHGK Kararı, 2017/1089 E., 2019/294 K; 14.03.2019 T.

- Üçüncü olarak destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği ve sosyal amacı bu talebin yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu tazminatın konusu desteğin ölümü sebebiyle mahrum kalınma nedeniyle yoksun kalınan imkanlar veya paralardır. Dolayısıyla trafik kazasında ölenin desteğinden yararlanan kişiler, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüşseler, ihtiyaç içerisinde bulunma koşulu gerçekleşmiş kabul edilir ve destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleri mümkün olur. Ayrıca birçok Yargıtay kararında bu tazminatın ortaya çıkan eylemin karşılığı olan bir ceza olmadığı, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamını, desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulmasını sağlamak amacıyla yönelik getirilen sosyal nitelikte kendine özgü bir tazminat türü olduğu belirtilmiştir<sup>30</sup>.

### **B. Kusurluluğun Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Talep Etme Hakkını Ortadan Kaldırdığına Dair Görüşler**

Kusurluluğun destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkını ortadan kaldırdığına dair görüşler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun farklı tarihlerde verdiği kararlar doğrultusunda birkaç madde altında toplanarak incelenebilir.

- Öncelikle; YGHK'nın 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; 2017/1089 E., 2019/294 K (Karşı Görüş); 14/03/2019 T; 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.;2011/17-787 E., 2012/92 sayılı kararlarına göre, destek görenler üçüncü kişi değildir. Kendi hakkı, ölenin hakkına sıkı sıkıya bağlı olmayan kişiler ancak üçüncü kişi olabilir. Aralarında miras ilişkisi olmadan ölenin haklarına istinaden sigortacıya müracaat edemeyecek olanların üçüncü kişi olarak kabulü mümkün değildir. Öte yandan destek görmek için mutlaka mirasçı olmak gerekmez. Ancak destek gören, desteğin isteyebileceği haktan daha fazlasını da talep edemeyecektir<sup>31</sup>. Yine destek görenin üçüncü kişi olduğu yönündeki açıklamalarının tamamı, ölenin kendine veya destek olduklarından başkasına verdiği zararlar için veya başkasının desteğe verdiği zararlar bakımından geçerli olup, ölen işleyen ile kendi ZMMS sigortacısı arasındaki ilişki için kabul etmek mümkün değildir<sup>32</sup>. Nitekim hukuk mantığı gereği aynı davada aynı şahısların kendilerine karşı açılan davada mirasçı, kendi açtıkları davada ise üçüncü kişi olmaları mümkün değildir. Buna göre bir trafik kazasında sürücünün tam kusuru ile ölmesi ve karşı taraftan birilerinin de yaralanması veya ölmesi halinde, karşı tarafın sürücünün mirasçılara karşı dava açması durumunda doğal olarak sürücünün mirasçıları kendilerinin üçüncü kişi olduğu savunmasında bulunacaklardır. Oysaki aynı olayda ölen sürücünün mirasçıları, üçüncü kişi

<sup>30</sup> YHGK Kararı, 2017/1089 E., 2019/294 K; 14.03.2019 T.

<sup>31</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>32</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.



***YILDIZ/ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar***

sıfatıyla ZMMS sigortacısına karşı dava açmaktadırlar. Bu hukuk mantığı açısından kabulü zor bir durumdur<sup>33</sup>.

- İkinci olarak hukuk düzeni şahısların kendi kusuru ile hak sahibi olmalarını kabul etmez. Özellikle ZMMS genel şartlarında açıkça belirtildiği üzere; ZMMS poliçe kapsamı işletenin (sürücünün) başkasına verdiği zararları teminat altına almaktadır. Aksi yönde bir düşünce, şahısların kendi kusurları ile hak sahibi olmaları sonucunu doğurur. Ancak hiç bir hukuk düzeni bunu kabul etmez<sup>34</sup>. Öte yandan destekten yoksun kalma zararının bir yansıma zarar olmasının doğal bir sonucu olarak, desteğin ölümü nedeniyle oluşan zararın destek görenleri de etkilediğini kabul edildiği için desteğin tazminattan indirimine neden olacak kusurlu davranışlarının da benzer şekilde destek görenlere yansıtılacağını kabul etmek gerekir. Bu şekilde tutarlı davranmak dürüstlük kuralına da uygun olacaktır<sup>35</sup>.

- Üçüncü olarak destek görenin desteğin hak ettiğiinden daha fazlasını istemesi mümkün değildir. Sürücü ve aynı zamanda işletenin trafik kazasında tam kusuru ile %100 malul kalması durumunda ZMMS sigortacısından isteyebileceği bir tazminat bulunmayacaktır. Böyle bir kazada sürücünün malul kalmayıp ölmesi durumunda destek görenin bir istemde bulunma hakkı olmayacaktır. Başka bir ifade ile yüzde yüz malul kalma ile ölüm arasında destek görenler açısından maddi bakımdan fark olabilmesi için hukukun hiçbir neden yoktur<sup>36</sup>. Destek görenin ancak desteğin hak ettiğini istemesi söz konusudur. Başka bir ifade ile destek görenin desteğin hak ettiğiinden daha fazlasını alması mümkün değildir. Zaten ZMMS sigortacısı, kural olarak sigortalının üçüncü kişiye verdiği zararları teminat altına almaktadır. Başka bir ifade ile sigortalının kendi kendine verdiği zararlar ZMMS kapsamı dışında kalmaktadır. Bunun için sigortalının ihtiyari mali mesuliyet sigortası yaptırmaması gerekmektedir. Nitekim tek taraflı kazalarda ölüm halinde kasko sigortacısı zararları karşılamaktadır. Üstelik burada öncelikle ZMMS'ye gidilmesini gerektirecek bir durum da bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>34</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>35</sup> ALTOP, Atilla, "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, s. 173, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/pub/jyasar/issue/19146/203162>, E.T. 04/06/2021

<sup>36</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>37</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

- Dördüncü olarak sürücünün intiharı halinde mirasçılarının hayat sigortası sigortacısından bir talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, ZMMS sigortacısından tazminat talep etmeleri de söz konusu olmayacaktır. Birçok kazada sürücünün gerçekte intihar edip etmediği belli değildir. Ancak sürücünün tam kusurlu bir kaza sebebiyle ölmesi durumunda artık onunun desteğinden yararlanan kişilerin lehlerine bir talepte bulunmaları mümkün değildir. Hayat sigortalarında bile böyle bir hak söz konusu değilken ZMMS'nin bunu karşılamaını beklemek sigorta hukuku ilkelerine ters düşmektedir<sup>38</sup>. Öte yandan destekten yoksun kalanların, destekten (yani desteğin mirasçılarından) destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleri hukuken mümkün olmadığı için, aynı kişilerin desteğin ZMMS sigortacısından da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmeleri hukuken mümkün değildir<sup>39</sup>.

- Beşinci olarak ZMMS sigortacısının sigortalı işletenden daha fazla sorumlu olması mümkün değildir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85 vd. maddelerinde işletenlerin sorumluluklarının belli bir limite kadar ZMMS sigortacısının karşılayacağı belirtilmiştir. Hal böyle iken ZMMS sigortacısının sigortalı işletenden daha fazla bir sorumlu olmasını beklemek doğru bir mantık değildir. Başka bir ifade ile işletenlerin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85 vd. maddelerinde düzenlenmiş sorumluluklarını zorunlu sigorta limitlerine kadar karşılamakla yükümlü olan ZMMS sigortacısının, sigortalının sorumlu olmadığı durumlarda sorumlu tutulabilmesi hukuken mümkün değildir<sup>40</sup>.

- Altıncı olarak destekten yoksun kalma tazminatının miras hukukundan bağımsız ve ayrı bir hak olması desteğin birlikte kusurunun ileri sürülmesine engel teşkil etmez. Desteğin kendi kusurunun bulunduğu hallerde talepte bulunması indirim sebebi olarak kabul ediliyorsa, yansıma yoluyla zarara uğrayan destekten mahrum kalanlara da aynı şekilde desteğin kusurunun yansıtılması gerekir. Aksi halde kendi ölümünden sorumlu olmayan desteğin, destek olduğu kişilere karşı sorumluluğunun devam etmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda destek görenlerin ölenin mirasçılarına karşı talepte bulunma hakkını gündeme getirecektir ki, ortaya kabul edilmez bir durum çıkacaktır<sup>41</sup>.

- Yedinci olarak işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu bağlamında kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş olmasına rağmen illiyete bağlı bir sorumluluk olduğu gözönünde bulundurulmalı ve illiyetin olmadığı yerde tazminatın talep edilemeyeceği unutulmamalıdır<sup>42</sup>. Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesine göre; işletenin hukuki sorumluluğu tehlike sorumluluğu niteliğinde olup, bu sorumluluk

---

<sup>38</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K..

<sup>39</sup> ALTOP, s. 174

<sup>40</sup> ALTOP, s.173

<sup>41</sup> NARTEL, s. 103

<sup>42</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K; 14/03/2019 T; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırları olarak kabul edilir. Tehlike sorumluluğunun bulunduğu hallerde kişinin kusuru olması gerekmez. Karayolları Trafik Kanunu'nda işletenin sorumluluğu bu bağlamda düzenlenmiştir<sup>43</sup>. Buna göre aracın işletilme tehlikesi nedeniyle bu sorumluluk getirilmiş olduğu için işleten kendisinin kusurlu olmadığını ileri sürerek bu sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına bağlı olmasına rağmen illiyete dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Yani zarardan sorumlu olmak için illiyet bağının bulunması şarttır. Nitekim Karayolları Trafik Kanunu'nun 86. maddesinde zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağını kesen bir sebep olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu kural ve mantık sürücünün kusurlu ölümü halinde de söz konusu olacaktır. Buna göre sürücünün ölümü nedeniyle destekten yoksunluk tazminatı isteyenler, bu kişinin ölümü nedeniyle tazminat istediklerinden bu kişinin ağır kusuru illiyet bağını kestiği için tazminat isteyemeyeceklerdir. Bu durumda ölen desteğin ağır kusuru işletenin tehlike sorumluluğunu ikinci plana itmekte ve illiyet bağını kesmekte olduğu için destekten yoksun kalan kişinin tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Öte yandan ağır kusur halinde tazminat istenebileceğinin kabulü durumunda sürücünün intihar etmesi halinde sürücü yakınlarının illiyet bağının kesilmediğini ileri sürmesi ve tazminat talebinde bulunması söz konusu olabilecektir. Ancak bu durum tazminat hukukunun ilkeleri ile uyuşmaz<sup>44</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere desteğin fiili ile ölüm olayı arasındaki illiyet bağı önemlidir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine göre desteğin kusuru indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yaklaşım "*kimse kendi kusurundan faydalanmaz*" ilkesine dayanır<sup>45</sup>. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine göre; zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir. Öte yandan yukarıda izah edildiği üzere ölen desteğin kusurunun zararda dikkate alınması dürüstlük ilkesinin bir gereğidir. Çünkü bir kimse kusurlu davranışı ile zararın ortaya çıkmasına veya ağırlaşmasına sebep olmuşsa ortaya çıkan zararın tamamını karşı taraftan talep edemeyecektir. Aksi durumda ortaya çıkan sonuç hakkaniyete uygun düşmeyecektir<sup>46</sup>. Ölenin ağır kusurunu görmezden gelip hiçbir değer atfetmemek bu kusur nedeniyle indirim yapmamayı gerektirir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 87. maddesi ile aracın hatır için verilmesi halinde bile tazminattan indirim yapmaya imkan tanımıştır. Bu madde bile ölenin ağır kusurunun sorumluluğun belirlenmesinde önemi olduğunu

---

<sup>43</sup> NARTEL, s. 39

<sup>44</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K.; 14/03/2019 T.; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>45</sup> KABA, s. 128-129

<sup>46</sup> GÖKYAYLA, s. 260-265

ortaya koyar. Yani burada ağır kusur illiyet bağıını keser ve işleteni sorumluluktan kurtarır<sup>47</sup>. Öğretide büyük çoğunlukla, destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde birlikte kusur nedeniyle yapılacak indirim bakımından, hem doğrudan zarar gören ölen desteğin hem de yansıma yoluyla zarar gören destekten yoksun kalanın kusurunun dikkate alınması gerektiği yönünde görüşler ağırlık kazanmaktadır<sup>48</sup>.

## **SONUÇ**

14/04/2016 tarihinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde yapılan değişikliklere kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü trafik kazalarında tam kusurlu ölen desteğin hak sahiplerinin sigortaya karşı açtıkları tazminat davalarında destekten yoksun kalanların ZMMS'den birlikte kusur indirimi yapılmaksızın destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği yönünde oluşmuştur. Bu görüşe göre; destekten yoksun kalanlar üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla bu kişilerin miras hukukundan bağımsız olan destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleri durumunda desteğin kusurunun tazminattan indirim nedeni olarak görülmemesi gerekir. Öte yandan Karayolları Trafik Kanunu zarar gören üçüncü kişileri korumak amacıyla getirilmiş olduğu için desteğin yardımından yararlanan kişilerin de bu korumanın kapsamında olması gerekir. Ayrıca destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği ve sosyal amacı bu talebin yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Ancak 14/04/2016 tarihinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde yapılan değişikliklerle ZMMS dışında kalan haller eklemeler yapılmış ve kapsam dışında kalan haller çoğaltılmıştır. Bu değişikliklerden sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüş ve kararlarında tersi yönde değişiklik olmuştur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K sayılı 1.11.2017 tarihli kararında ölenin mirasçılarını üçüncü kişi olmadıklarını kabul etmiş ve bunun doğal sonucu olarak da destekten yoksun kalanların Borçlar Kanunu'nun 44. ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddeleri gereğince tazminat isteyemeyeceklerini hüküm altına almıştır. Bu yaklaşım ve görüşlere göre; destek görenler üçüncü kişi değildir. Aralarında miras ilişkisi olmadan ölenin haklarına istinaden sigortacıya müracaat edemeyecek olanların üçüncü kişi olarak kabulü de mümkün değildir. Öte yandan destekten yoksun kalma tazminatı miras hukukundan ayrı ve bağımsız bir haktır. Ancak desteğin kendisinin talep etmesi halinde nasıl birlikte kusur tazminattan indirim gerektiriyorsa, aynı şekilde yansıma yoluyla zarar uğrayan kişiler yönünden de desteğin kusurunun kendilerine yansıması gerekmektedir. Bu bağlamda sigorta şirketlerine karşı ileri sürülen tazminattan birlikte kusur nedeniyle indirim yapılması gerektiği gibi tam kusur halinde bu tazminatın ödenmemesi gerekecektir. Yine hukuk düzeni şahısların kendi kusuru ile hak sahibi olmalarını kabul etmez. Destek görenin

<sup>47</sup> YHGK Kararı, 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., 1.11.2017 T.; YHGK Kararı (Karşı Görüş), 2017/1089 E., 2019/294 K.; 14/03/2019 T.; YHGK Kararı, 2011/17-142 E., 2011/411 K., 15.06.2011 T.; YHGK Kararı, 2011/17-787 E., 2012/92 K.

<sup>48</sup> ALTOP, s. 159

desteğin hak ettiğinden daha fazlasını istemesi mümkün değildir. Sürücünün intiharı halinde mirasçılardan hayat sigortası sigortacısından bir talep de bulunması mümkün olmadığı gibi, ZMMS sigortacısından tazminat talep etmeleri de söz konusu olmayacaktır. Öte yandan ZMMS sigortacısının sigortalı işletenden daha fazla sorumlu olması mümkün değildir. Yine işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu bağlamında kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş olmasına rağmen illiyete bağlı bir sorumluluk olduğu gözünde bulundurulmalı ve illiyetin olmadığı yerde tazminatın talep edilemeyeceği unutulmamalıdır.

Hülasa yukarıda izah edildiği üzere konu literatürde de tartışmalıdır. Ancak ZMMS poliçe kapsamının sürücünün tam kusuru halinde destek tazminatını kapsamayacağı yönündeki görüşler ağırlıklı durumdadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## KAYNAKÇA

ALTOP, Atilla, “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı Ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi’nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013,(Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203162>, E.T. 04/06/2021

ÇAKIRCA, Seda İrem, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012.

ÇELİK, Ahmet Çelik, **Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2006.

GÖKYAYLA, Kadir Emre, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2004.

GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

GÜVEN, Tuba, “*Destekten Yoksun Kalma Tazminatında İşletenin Kusurunun Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğuna Etkisi*”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE, 2017.

KABA, Gizem, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku**, 10. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları, 2014.

NARTER, Sami, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2017.

SERT, Mahmut, “*Hukuka Aykırılık ve Uygunluk Unsurları*”, 2018, (Çevrimiçi) <http://mahmutsert.com/hukuka-aykirlilik-ve-uygunluk-unsurlari>, E.T: 05/06/2021.

TAŞ, Nilgün, “*Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri*”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2019.

UÇUKHAN, Sema Güleç, **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

ÜNAN, Samim, “*Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler*”, Ergün A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2006.

YAŞAR, Halis, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

YARGITAY Hukuk Genel Kurulu Kararları ve Yargıtay Kararları

YILDIRIM, Hayrullah Burak, “*Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, 2020.

***YILDIZ/ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar***

# YARGITAY'IN REKABET YASAĞINDA GÖREVLİ MAHKEME KONUSUNDA VERDİĞİ BİR KARAR ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Hacı KARA<sup>1</sup>

## Öz

Hakkı ihlal edilen ya da edilme riski ile karşı karşıya kalan kişi, bu hakkını almak için devlet mahkemelerine başvurmak zorundadır. Bu kişi, istemde bulunur ve dava sürecini başlatırken öncelikli olarak yargı sisteminde bulunan mahkemelerden hangisine başvuracağını belirlemek zorundadır. Bu belirleme, özel hukukta göreve ilişkin kurallara göre yapılır. Çünkü görev, uyuşmazlığın bir yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından inceleneceğini ifade eden bir kavramdır. Kural olarak göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir.

Görev kuralları emredici olduğundan, yorum veya kıyas yolu ile genişletilmeleri ya da değiştirilmeleri mümkün değildir. Mahkemelerin görevli olması ise dava şartlarından. Bu nedenle, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden (re'sen) inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa kendiliğinden görevsizlik kararı verir (HMK m. 115/1). Taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile görevli mahkeme tayin edemezler ve uyuşmazlığın başka bir mahkemede görülmesini sağlayamazlar. Taraflarca yapılan bu yöndeki bir sözleşme, emredici hükme ve kamu düzenine aykırı olduğundan, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre butlan müeyyidesine tabi olur.

Yargıtay vermiş olduğu yerleşik kararlarında, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrası için yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflara bakmakla görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemeleri olduğuna karar vermiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin T. 01.06.2021, E. 2021/3076 ve K. 2021/9789 sayılı kararı ile, yerleşik içtihatlardan dönülmüş ve bu kez iş sözleşmesine eklenen rekabet yasağı davalarından kaynaklanan tazminat ve taraflarca kararlaştırılan cezai şartın tahsiline dair davalara bakmakla görevli mahkemelerin, İş Mahkemeleri olduğuna karar vermiştir.

İş bu çalışmada içtihat değişikliğine neden olan kararın ve gerekçesinin yerinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışma rekabet yasağında görevli mahkemenin neresi olması gerektiği hakkında olup başkaca konulara değinilmeyecektir.

---

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

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 27.08.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 14.09.2021

Bu makaleye atıf için; KARA Hacı, "Yargıtay'ın Rekabet Yasağında Görevli Mahkeme Konusunda Verdiği Bir Karar Üzerine Değerlendirme", **İMHD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 45-60.



**Anahtar kelimeler:** *Yargıtay İçtihat Değişikliği, İş Sözleşmesi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Görevli Mahkemenin Belirlenmesi, Ticari Davalar.*

## **EVALUATION ON A DECISION OF THE SUPREME COURT AT THE PROHIBITION OF COMPETITION**

The person whose right has been violated or who is at risk of being violated has to apply to the state courts to obtain this right. This person makes a request and has to determine which of the courts in the judicial system to apply first while initiating the litigation process. This determination is made in accordance with the rules regarding the duty in private law. Because duty is a concept that expresses which of the civil courts in a place will examine the dispute. As a rule, the rules of duty are of public order.

Since the rules of duty are imperative, they cannot be extended or changed by interpretation or comparison. Being in charge of the courts is one of the conditions of the case. For this reason, the court automatically (ex-officio) examines whether it is in charge at every stage of the case, and if it deems that it is without jurisdiction, it automatically decides on non-jurisdiction (CCP art. 115/1). The parties cannot appoint a court in charge with the agreement they will make between them and they cannot ensure that the dispute is heard in another court. Since such an agreement made by the parties is contrary to the mandatory provision and public order, it is subject to a nullity sanction pursuant to the provisions of the Turkish Code of Obligations.

In its settled decisions, the Court of Cassation decided that the court in charge of dealing with disputes arising from non-compete agreements made after the termination of the employment contract is the Commercial Courts of First Instance. However, with the decision of the 9<sup>th</sup> Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals numbered; T. 01.06.2021, E. 2021/3076 and K. 2021/9789, the settled lawsuits were reversed and this time, regarding the compensation arising from the non-competition lawsuits added to the employment contract, and the collection of the penal clause decided by the parties, which the courts in charge of hearing the cases were the Labour Courts.

In this study, it will be evaluated whether the decision that caused the change in case law and its justification are appropriate. The study is about where the court in charge of non-competition should be, and other issues will not be mentioned.

**Keywords:** *Supreme Court Case Law Change, Labour Contract, Non-Compete Agreement, Determination of the Competent Court, Commercial Litigation.*

## **GİRİŞ**

Hakkı ihlal edilen veya edilme riski ile karşı karşıya kalan kişinin kendi hakkını kendisinin (ihkak-ı hak yasağı) alması yasaklanmıştır. Böyle bir kişinin hakkının alınması ise Devlet yargı organlarına aittir. Bu kişi, bu talepte bulunurken yahut

dava sürecini başlatırken öncelikli olarak adli sistemde yer alan mahkemelerden hangisine başvuracağını belirlemek zorundadır. Bu tespit, özel hukukta göreve ilişkin usul kuralların düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) doğrultusunda yapılır.

Kural olarak göreve dair kurallar kamu düzenindedir (HMK. m. 1, 2. Cümle)<sup>2</sup>. Bu nedenle görev kuralları emredici nitelikte düzenlenmiştir<sup>3</sup>, yorum veya kıyas yolu ile genişletilmeleri ya da değiştirilmeleri mümkün değildir<sup>4</sup>. Görev, uyuşmazlığın bir yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından inceleneceğini ifade eden bir kavramdır. Mahkemelerin görevli olması ise dava şartlarından (HMK. m. 114, 1. cümle). Bu nedenle, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden (resen) inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa kendiliğinden görevsizlik kararı verir (HMK m. 115/1).

Taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile görevli mahkemeyi belirleyemezler ve bu şekilde uyuşmazlığın başka bir mahkemede görülmesini sağlayamazlar. Taraflarca yapılan bu yöndeki bir sözleşme, emredici hükme ve kamu düzenine aykırı olduğundan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 27'nci madde doğrultusunda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir<sup>5</sup>.

## **I. YARGITAY KARARI**

Menfi Tespit istemi ile İstanbul 24. İş Mahkemesi'nde açılan dava üzerine yerel mahkeme T. 19.11.2019, E. 2019/215 ve K. 2019/632 sayılı kararı vermiştir. Yerel mahkeme kararı İstanbul BAM 29. HD'de istinaf edilmiş ve istinaf mahkemesince T. 12.11.2020, E. 2020/1294 ve K. 2020/1473 sayılı karar verilmiştir. Karar Yarg. 9. HD'ne temyiz edilmiş, Yüksek Mahkeme temyiz üzerine, T. 01.06.2021, E. 2021/3076 ve K. 2021/9789 sayılı kararını vermiştir<sup>6</sup>.

Anılan karara göre: Dava, rekabet yasağının ihlalinden doğduğu ileri sürülen cezai şart alacaklarının tahsili istemine ilişkin olup, öncelikle dikkate alınması gereken husus uyuşmazlığın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevli olup olmadığı

---

<sup>2</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 2; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. Basım, Yetkin Yayınları, İstanbul 2000, s. 36; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, B. 6, Demir-Demir Yayınları, İstanbul 2001, s. 51.

<sup>3</sup> TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 94.

<sup>4</sup> PEKCANİTEZ, Hakan/KORKMAZ TAŞ Hülya/ÖZEKES Muhammet/AKKAN, Mine, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, B. 15, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2017, s. 240; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 41.

<sup>5</sup> MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 68 (3), s. 567, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/896146>, Erişim tarihi: 15.08.2021.

<sup>6</sup> Yarg. 9. Hukuk Dairesi'nin T. 01.06.2021, E. 2021/3076 ve K. 2021/9789 sayılı yayımlanmamış kararı.

noktasında toplanmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin kararına göre; "Gerek mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK), gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK), Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu belirtilmiş ise de, TTK'nın 5. maddesinde yer alan: "*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir*" hükmü, bu konuda ayrı bir düzenleme bulunup bulunmadığının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. İşçinin haklarının adalet mercilerinde çabuk, kolay ve ucuz bir surette alınmasını temin etmek amacıyla özel İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) çıkarılmıştır. Ayrı bir iş yargılaması ve bu yargılamayı uygulayan özel mahkemelerin kuruluşu, esasen iş hukukunun işçiyi koruma hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. 7036 sayılı İMK'nın 5. maddesi, "*a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu (İK)'na veya 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı TBK'nın İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kürtününün taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Şu halde, İMK ile işçi ve işveren arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözüme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, TTK'nın 5. maddesinde yer alan "**aksine hüküm bulunmadıkça**" ibaresinin karşılığıdır. Başka bir anlatımla, İMK'nın 5. maddesi, TTK'nın 4. maddesinde belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5. maddedeki "aksine hükmü" öngören bir düzenlemedir. Benzer bir durum, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 76. maddesinde 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 30. maddesi ile yapılan değişikliğin sonucu olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri için söz konusudur. TTK'nın maddesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davalar da ticari dava sayılmasına rağmen 5846 sayılı Kanun uyarınca kuru Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin düzenlemenin TTK'nın 5. maddesinde belirtilen aksine hükmü karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi halde tüm fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Rekabet yasağına ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444-447.maddeleri hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler içinde düzenlenmiştir. Her iki konumda da rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulması ve sınırlan özellikle işçinin konulması ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. Gerçekten,

işçinin çalışma hakkı, rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yer, süre ve konu itibarıyla sınırlandırılması gerekmektedir. İşçi ile işveren arasında sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma olmadıkça, TBK'daki hükümler tek başına işverene talep hakkı vermez. Başka bir anlatımla, taraflarca rekabet yasağı konusunda anlaşma yapılmışsa işveren, sözleşmeye aykırı davranıldığını ileri sürerek cezai şart ya da tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu nedenle, burada borcun kaynağı kanun değil, iş sözleşmesidir.

İş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat borcu gereği zaten rekabet yasağı bulunduğundan bu konuda ayrı bir anlaşmanın varlığına gerek yoktur. Rekabet yasağının ihlali halinde işveren, iş sözleşmesine aykırı davranıştan ötürü sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği gibi, varsa zararının tazminini de isteyebilecektir. TBK'nın rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen 447. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak ya da işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması halinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmiş olup, haklı fesih müessesesinin iş hukuku ilkeleri çerçevesinde ticaret mahkemesince değerlendirilmesinin güçlüğü ortadadır.

Uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan TBK'nın 444 ve devamı maddelerine dayalı olarak İK kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Dairemizin önceki kararlarında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonrası dönem bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak cezai şart ve tazminat davaları bakımından ticari dava olduğu belirtilmiş ise de; konunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği anlaşılınca, yukarıda belirtilen açıklamalar uyarınca görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu belirlendiğinden bu karardan dönülmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Somut olayda davacı işveren ile davalı işçi arasında rekabet yasağına ilişkin düzenlenmiş olan sözleşme maddesi uyarınca tarafların talep edebilecekleri cezai şart ve tazminata ilişkin davaların görülme yeri iş mahkemeleri olduğundan davalı tarafın bu yöndeki temyiz itirazlarının yerinde değildir”.

Yargıtay kararının ikinci kısmı, cezai şartı hakkında ve üçüncü kısmı ise icra takibi hakkında kötüniyet tazminatı istenip istenemeyeceği hakkındadır. Bu kısımda bir taraftan TBK 182/son maddesinin de göz önünde bulundurmamak suretiyle cezai şart miktarının gözden geçirilmesini belirtmekte, diğer taraftan verdiği bu kararla kambiyo senetlerine dair temel ilkelerle çalışmaktadır. Zira kambiyo hukukunun temel ilkelerinden biri de senedin kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödeneceğine dair taahhütte bulunulması gerektiğidir. Senette belirlenen bu bedel mahkemenin tartışmasına açık bir bedel değildir. Halbuki TBK m. 182/son hükmüne göre “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*”. Dolayısıyla hakimin cezai şartın miktarına müdahalesi kambiyo senetlerine dair temel ilke ile çelişir. Bu kısımda sadece bu hususu belirtmekle yetineceğiz. Makalenin özü itibarıyla bu konuda fazlaca bir

tartışmaya girmeyeceğiz.

## II. MAHKEMENİN GÖREVİNE DAİR HUKUKİ DÜZENLEME

### A. TİCARİ DAVALARIN SINIFLANDIRILMASI

#### 1. Mutlak Ticari Davalar

Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğmuş olmasına ve tarafların tacir olup olmadıklarına yani tarafların sıfatına bakılmaksızın bir takım davalar kanun tarafından “ticari dava” olarak kabul edilmişlerdir. Her halükarda ticari dava olarak kabul edilen bu davalar “mutlak ticari davalar” olarak adlandırılırlar<sup>7</sup>. Konu itibariyle ticari davalarda denilen bu kategoriye giren davalar, tarafların sıfatı ne olursa olsun, yani taraflardan biri veya her ikisi tacir sıfatını haiz olsun veya olmasın, mutlak surette ticari davadırlar. Bunlar, ticarî işler arasında "öz ticaret hayatına mahsus olup aynı bir ihtisas cephesi arz eden" meselelerden doğan davalardır<sup>8</sup>.

TTK'da 4'üncü madde 1-6 bentlerde sayılan davalarla, özel kanunlarda ticari dava oldukları açıkça belirtilen veya ticaret mahkemelerinde görülecekleri açıkça belirtilen davalar mutlak ticari davalardır. Bir diğer ifadeyle hangi davaların ticari dava olarak kabul edilecekleri TTK hükmü ile düzenlenmiştir.

#### 2. Nispi Ticari Davalar

##### a. Genel Olarak

Bu davalar konuları itibariyle değil, taraflarının sıfatı itibariyle ticarî sayılan davalardır<sup>9</sup>. Mutlak ticari davaların aksine, bu tür davaların ticari dava sayılması için; iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan kaynaklanması ve davanın her iki tarafının da tacir olması<sup>10</sup> gerekir. Bir diğer ifadeyle söz konusu davanın nispi ticari dava olabilmesi için bazı şartların birlikte mevcut olması gerekir. Ancak bazı şartlar birlikte varsa bu kategorideki davalara nispi ticari

---

<sup>7</sup> ARKAN, Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, 25. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019, s. 107; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 17. Basım, Dora Yayınları, Bursa 2020, s. 47; KARAHAN, Sami, **Ticarî İşletme Hukuku**, 27. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 80; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı** 22. Basım, Yetkin yayınları, Ankara 2011, s. 176; PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 12. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 134; Yargıtay HGK, T. 10.2.2016, E. 2014/17-2389, K. 2016/129 (Yayınlanmamıştır); KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, **Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019, s. 91, dn. 46, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, Erişim tarihi:15.8.2021.

<sup>8</sup> GÜRDOĞAN, Burhan, “Ticari Usul Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1956, S. 13, s. 173, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>.

<sup>9</sup> GÜRDOĞAN, s. 176.

<sup>10</sup> ARKAN, s. 115; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 49; KARAHAN, s. 81; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 135.

dava denir. Bunun için evvela, söz konusu davanın hukuk davası olması gerekir. Taraflardan yalnız birinin ticari işletmesiyle ilgili olan; istisna, kira, ödünç ve satış gibi hukuki işlerden doğan davalar ticari dava sayılmaz. Buna karşılık her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan davalar nispi ticari dava sayılır. Ayrıca, diğer şartlar bulunsa bile, eğer dava bir ceza davası ise bu dava ticari dava olarak değerlendirilmeyecektir. Hukuki bir davanın, ticari bir dava olarak kabul edilebilmesi için aşağıdaki iki şartın bulunması gerekir:

**b. Gerekli Şartlar**

**(a) Davanın Her İki Tarafı da Tacir Olmalıdır**

Kanundaki ibarede her iki tarafın ticari işletmesinden bahsedilmektedir. Ticari işletme sahiplerine tacir denildiğinden, bir davanın ticari olabilmesi için her iki tarafın da tacir olması gerekir. TTK m. 19/11’ deki yayma kriteriyle Kanun’a göre, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Ticarilik vasfının karşı tarafa da aksettirilmiş olması halinde, ortada her iki taraf için de ticari iş söz konusu olmasına rağmen, söz konusu ticari iş, ticari dava değildir. Burada ifade edilen işin ticari iş olması onu ticari dava yapmaz.

**(b) Ayrıca Bu İşin Taraflarının Her İkisinin de İşin Ticari İşletmeleriyle İlgili Olması Gerekir**

Her ticari iş, şartlarını taşııyorsa ticari dava sayılmaz. Taraflarının her ikisinin tacir olması ve (aralarındaki davanın) hukuk davası niteliğinde olması, bir hususu ticari dava konusu etmek için yeterli değildir. Ayrıca o hususun, tarafların her ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili olması gerekir. Bu şartları taşıyan bir husustan doğan davalar nispi ticari dava sayılırlar. TTK. m. 4/1 (son cümle) gereğince, “bir ticari işletmeyi ilgilendiren havale, saklama (vedia) ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ticari davadır”, bu nedenle, bir ticari işletmeyle ilgili olan bu davalar da ticari dava sayılmıştır. Bu durumlarda, davanın ticari niteliğinin kabul edilmesi için, davanın sadece bir ticari işletmeyle ilgili olması yeterli olup, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması aranmaz. Ticari dava sayılma konusunda, bir davanın nispi ticari dava olması için gereken şartların varlığı hususu, sadece sözleşme ilişkisinden doğan davalara özgü değildir.

**B. TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN MUTLAK TİCARİ DAVALAR**

**1. TTK'da Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Davalar**

Öz ticaret hayatına ilişkin olup ayrı bir ihtisas gerektirmeleri nedeniyle<sup>11</sup> ticari olarak kabul edilmiş olan bu gruptaki yani kaynağını TTK’dan alan mutlak ticari davaların ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekir. Örneğin cari hesap

---

<sup>11</sup> ARKAN, s. 108.

sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan hukuk davaları (TTK m. 89-101), ticari defterlerin zıyı halinde belge verilmesi (TTK m. 82/2), ticaret şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan hukuk davaları (TTK m. 124 vd.), anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda açılacak davalar (TTK m. 553), anonim şirkete kayyım atanması davası (TTK m. 126), limited şirket ortaklarından birinin ölümü üzerine, bu ortağın ortaklık hissesinin (miras yolu ile) mirasçılara devir ve intikali davası (TTK m. 596), kambiyo senetlerinden kaynaklanan hukuk davaları (TTK m. 670 vd.), zayi nedeniyle bononun iptali davası (TTK m. 757), taşıma işlerinden kaynaklanan hukuk davaları (TTK m. 850, 930), deniz ticaret hukukundan kaynaklanan hukuk davaları (TTK md 931 vd.) ve sigorta hukukundan kaynaklanan hukuk davaları (TTK m. 1401 vd.)<sup>12</sup> gibi.

## **2. Türk Borçlar Kanunu'ndan Doğan Bazı Davalar**

“Türk Borçlar Kanunu (TBK)”da bir takım davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. Rekabet Yasağına İlişkin TBK 444-447'inci maddelerden kaynaklanan davalar bunlardan biridir. Hizmet sözleşmesi dolayısıyla rekabet yasağına ilişkin TBK 444-447'inci<sup>13</sup> maddelerden kaynaklanan davalar ticari dava sayılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, TTK'nın bu hükmü isabetli değildir. Bir berber çırağı ile yapılan hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlali, öz ticaret hayatına ilişkin değildir ve çözümü de ayrı bir uzmanlık gerektirmez<sup>14</sup>.

Diğer bir görüşe göre rekabet yasağından kaynaklanan davalarda ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. İlk olarak rekabet yasağından doğan bir dava ticari bir işletmeyi ilgilendirmiyorsa, bu davayı ticari dava saymak güç olacaktır. Çünkü her hizmet sözleşmesinin mutlaka ticari bir işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek güçtür. Örneğin; esnaf seviyesindeki bir terzi ile çırağı arasında doğan davanın da ticari dava sayılması anlamsızdır. Çünkü bu tür sözleşmelerden kaynaklanan davaların ayrı bir uzmanlığı veya "öz ticaret hayatına" ilişkin olduğu söylenemeyecektir. Fakat rekabet yasağından kaynaklanan bir dava bir ticari işletmeyi ilgilendiriyorsa, bu sefer bu davayı ticari dava olarak saymak mümkündür<sup>15</sup>.

Uygulamada, alelade, sıradan yani herkesin yapabileceği türden işler için yapılan hizmet sözleşmelerine zaten rekabet yasağı maddesi konulmamaktadır. Konulsa bile ihtilafın hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı gözetilerek bu tür davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Zaten genellikle yönetici veya üst düzey

---

<sup>12</sup> Bu davalarla ilgili Yargıtay kararları için bkz. BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, **Ticari Dava**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, 43. vd.

<sup>13</sup> “Ve” bağlacı rekabet yasağını düzenleyen maddeler dikkate alınarak “ilâ” şeklinde anlaşılmalıdır. ARKAN, s. 109, dn. 1; GÜRDOĞAN, s. 174, dn. 10.

<sup>14</sup> ARKAN, s. 109.

<sup>15</sup> BOZKURT, Salim, **Ticari Davalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Konya 2015, s. 28.

işlerde çalışan ya da özgün işler yapan rekabet yasağına aykırı davranması halinde ve nedeniyle şirketi zarara uğratma tehlikesi bulunan kişilerin hizmet sözleşmelerine rekabet yasağı maddesi konulmaktadır. Bu anlamda bu tür davalar ihtisası gerektirdiği için ticari dava olarak kabulü yerindedir ve TTK'daki düzenlemenin amaca hizmet ettiği söylenebilir.

### **III. REKABET YASAĞINA BAKACAK MAHKEMENİN TESPİTİ**

#### **A. GENEL OLARAK**

Rekabet yasağına dair davanın mutlak bir ticari dava ettiğini tespit ettikten sonra bu davada görevli mahkemenin neresi olması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Doktrine göre 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesine göre iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda görevli mahkemeler iş mahkemeleridir. Dolayısıyla aynı konuya ilişkin birbiriyle çelişen iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Böyle bir durumda iş mahkemeleri, asliye ticaret mahkemelerine göre iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemesi olup, iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir<sup>16</sup>.

Yargıtay ise aksi görüşte kararlar vermiş ve iş sözleşmesi devam ederken rekabet yasağına aykırılık iddiası ile açılan davaların iş mahkemelerinde, iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağına aykırılık iddiası ile açılan davaların ise mutlak ticari dava olarak ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>17</sup>. Yukarıda belirtilen gerekçe ile bu kez yerleşik içtihattan dönülmüş ve görevli mahkemenin iş mahkemeleri olması gerektiğine karar verilmiştir.

#### **B. TİCARİ DAVALAR**

##### **1. Genel Olarak**

Dava, bir başkası (davalı) tarafından subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan (takipten önce açılan menfi tespit davalarını da kapsaması açısından, bulunulması tehlikesine maruz bulunan, da eklenebilir) kimsenin (davacının), mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir. Buna göre ticari dava, bir başkası tarafından ihlal edilen veya tehlikeye sokulan hakkın ticari bir hak olması ya da haksız talebe (veya talep tehlikesine) maruz konunun ticari olması durumunda ticari davadan söz edilir<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> KOÇYİĞİT/BULUR, s. 99.

<sup>17</sup> Yarg. 11. HD, T. 24.10.2016, E. 2016/11487 ve K. 2016/8359 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır). KOÇYİĞİT/BULUR, s. 99, dn. 59.

<sup>18</sup> DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, "Ticari Davalar", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, y. 2012, C. 18, S. 2 (Özel Sayı), s. 100, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak/C3%BCLtedergisi/2012C.18.S.2/2.oturum.pdf>, Erişim tarihi: 27.08.2021.



Ticari hayat; sürat, güvenlik ve esneklik gerektirir. Bu nedenle ticari uyuşmazlıkların çözümü ayrı bir uzmanlık gerektirir<sup>19</sup>. Ancak ticaret mahkemeleri, kuruluş itibarıyla de hukuk mahkemelerinden farklı değildir. Hakimleri hukuk hakimleriyle aynı vasıfta olup aynı şartlarla tayin edilirler<sup>20</sup>.

Almanya ve Fransa gibi bazı ülkelerde, ticari davaların sadece meslekten hukukçu hâkimler tarafından değil, yerine göre tacirler arasından seçilen kişilerin de görev yaptığı mahkemeler eliyle çözümlendiği görülmektedir<sup>21</sup>. Bunun için öncelikle açılan davanın ticari olarak nitelendirilmesi gerekir. Uyuşmazlığın ticari olarak nitelendirilmesi aynı zamanda davanın daha sağlıklı yürütülmesi açısından önem taşır. Bir davanın ticari dava sayılmasına bağlanan en önemli sonuç ise, o davanın ticaret mahkemesinde görülmesi ve buna bağlı olarak özel birtakım usul kurallarına tabi olmasıdır<sup>22</sup>.

## **2. Ticari Davalarda Görevli Mahkeme**

Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4'üncü madde hükmünce mutlak ya da nispi ticari sayılan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca<sup>23</sup>, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine<sup>24</sup> ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Türk hukukunda ticari mahkemelerin tarihi gelişimi için bkz. ARKAN, s. 105 vd. KARAHAN, s. 69; Ticaret mahkemelerinin dünyadaki ve Türkiye'deki tarihsel gelişimi için bkz. BOZKURT, s. 3-10.

<sup>20</sup> GÜRDOĞAN, s. 181.

<sup>21</sup> ARKAN, s. 105, dn. 2; Türk Hukukunda hâkimlerin nitelikleri hakkında bkz. BOZKURT, s. 15.

<sup>22</sup> ARKAN, s. 105.

<sup>23</sup> 6087 Sayılı "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu" 18.12.2010 T. ve 27789 S. RG'de yayımlanmıştır. Kanunun adı 2.7.2018 T. ve 703 S. KHK'nin 208 inci maddesiyle "Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>24</sup> Y. 20. HD, T. 23.6.2016, E. 2016/5316 ve K. 2016/7481 karar sayılı kararı: İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi (Denizcilik İhtisas Mahkemesi sıfatıyla), davada gemi tamir sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı olarak ortaya çıkan zararların tahsilinin talep edildiği, uyuşmazlığın BK'nın 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesine dair hükümler ile borçların gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen BK'nın 112 ve 113. maddelerinde yer alan genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği, taraflar tacir olup uyuşmazlık konusunun, her iki yanın ticari işletmesi ile ilgili olması sebebiyle davanın TTK'nın 4 ve 5. maddelerine göre mutlak ticari dava niteliğinde olduğu, bu sebeple görevli mahkemenin deniz ticareti ve deniz sigortalarından kaynaklanan davalar dışındaki hukuk davalarına bakmakla görevli ticaret mahkemesi olduğu ve İstanbul Anadolu Ticaret Mahkemesi'nin görevli bulunduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun, görev hususunu düzenleyen 5. maddesinin ikinci

fıkrasında “Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4. madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına dair hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.” hükmü getirilmiştir. HSYK’nın 20.7.2004 gün 370 Sayılı kararı ile İstanbul İlinde Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulup, faaliyete geçtiği anlaşılmaktadır. HSYK’nın 24.3.2005 gün 188 Sayılı kararında Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulmayan yerlerde, ticaret mahkemesi bulunması halinde bu mahkemenin, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde 1 numaralı asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağı hususu karar altına alınmıştır. Deniz alacağı hususunda, 6102 Sayılı TTK’nın 1352/1. maddesinde “Deniz alacağı; aşağıda sayılan hususların birinden veya birkaçından doğan istem anlamına gelir: ve aynı maddenin 1-m bendinde “Geminin yapımı, yeniden yapımı, onarımı, donatılması ya da geminin niteliğinde değişiklik yapılması.” hükümleri mevcuttur. Somut olayda; davacı vekilinin, davalı tarafından, taraflar arasındaki anlaşma uyarınca davacıya ait geminin onarımının yapıldığı, ancak davalı tarafından gemiye monte edilen şaft sızdırmazlık salmastrasının sızıntı yaptığı, davacı tarafın bu ayıplı ifadan dolayı birbirini takip eden zararlarının oluştuğu, bu sebeple davacıya yönelik hizmetindeki ağır kusuru sebebiyle uğranılan zararların tazminine yönelik dava açtığı, taraflar arasındaki uyumsuzluğun yukarıda anılan madde uyarınca deniz alacağına dair olduğu ve denizcilik ihtisas mahkemesinin görev alanına girdiği anlaşıldığından, davanın denizcilik ihtisas mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir. Y. 15. HD, T. 18.5.2017, E. 2016/2840 ve K. 2017/2126 sayılı kararı: Denizcilik İhtisas Mahkemeleri’nin davaya bakabilmesi için davanın deniz ticaretinden kaynaklanması gerekli ve zorunlu olup, somut olayda ihtilâf davalıya ait geminin boyanması ve verniklenmesi sebebiyle ödenmeyen iş bedeline ilişkindir. Bu haliyle taraflar arasındaki ihtilâf Türk Borçlar Kanunu’nun 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır (Emsal 15. HD 2015/3948 E. 2015/4790 K 5.10.2015 T;15. H.D.2014/6962E. 2015/5607K. 9.11.2015 T.). Davada Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevli olması sebebiyle mahkemece ...’de ayrı bir ticaret mahkemesi bulunmadığından ara kararı ile “ticaret mahkemesi sıfatıyla” esasının incelenmesi yerine, esas hakkında görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 23.04.2020. İstanbul Bölge Adliye Mah., 14. HD, T. 20.2.2020, E. 2018/1720 ve K. 2020/190 sayılı kararı: “6102 Sayılı TTK’nın 5/2. maddesiyle, bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na, Asliye Ticaret Mahkeme’lerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanun’dan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebileceği hükme bağlanmıştır. HSK tarafından, bu tür davalara bakmak üzere, İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi görevlendirilmiş olup bu mahkeme ile İstanbul il sınırları içindeki diğer Asliye Ticaret Mahkeme’leri arasındaki ilişki görev ilişkisidir. Mahkemenin görevli olması HMK’nın 114/1.c maddesi uyarınca dava şartı olup aynı Kanun’un 115/1. maddesi uyarınca, mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden gözetir.” www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 18.8.2021.

<sup>25</sup> Türk Ticaret Kanunu bu hükmüyle, özel mahkeme olan denizcilik ihtisas mahkemelerini kaldırmış bulunmaktadır. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, B. 8, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2020. s. 42; 6762 sayılı Kanunun 4’üncü maddesine, 28.4.2004 tarihli ve 25446 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5136 sayılı Kanunla üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, 6762 sayılı Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilâflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere denizcilik ihtisas mahkemeleri kurulur. Anılan mahkemelerin yargı çevresi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir. Bu hüküm birçok yönden hatalı idi. İlk olarak, anılan hüküm bir mahkeme ile ilgili olduğu halde, ticarî davalara ilişkin 4’üncü maddeye

Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.

Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir.

### **C. İŞ DAVALARINDA GÖREVLİ MAHKEME**

İş mahkemeleri özel görevli (ihtisas) mahkemelerden olup, genel mahkemeler asıl olarak asliye hukuk mahkemesi ve sayılan haller için sulh hukuk mahkemeleridir (HMK m. 4). İş mahkemesi ile diğer özel görevli mahkemeler ve genel mahkemeler arasında görev ilişkisi bulunmaktadır<sup>26</sup>.

İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)<sup>27</sup> iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünü düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır. İMK'nın 5'inci maddesine göre İş Mahkemeleri; 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22.50/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya

---

eklenmişti. İkincisi, söz konusu mahkemelerin "asliye derecesinde" olacakları belirtilerek, ticaret mahkemesi olduklarının belirtilmesinden kaçınılmış, hatta bilinçli ifadeyle bu mahkemelerin ticaret mahkemesi olmayacakları vurgulanmıştı. Denizcilik ihtisas mahkemesine verilen bu konum 6762 sayılı Kanuna ve Tasarıya aykırıdır. Çünkü, anılan ihtisas mahkemesi, 6762 sayılı Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara, yani 6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin, birinci fıkrasının (1) numaralı bendine göre mutlak ticarî davalara bakacaktır. 6762 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ticarî davaları bir yerde ticaret mahkemesi varsa- ticaret mahkemesi görür. Oysa, yeni düzenleme ile mutlak ticarî davaya ticaret mahkemesinin bakamaması gibi 6762 sayılı Kanuna aykırı bir durum çıkmıştır. 6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi ile 5 inci maddesinin ikinci fıkrası hükümleri değiştirilmeden 6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü korunamaz. Nihayet bu düzenleme, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5235 sayılı Kanuna da açıkça aykırıdır. Bu değerlendirmelerle 6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının amacına uygun olarak, Tasarı, bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, bunlardan birinin veya birkaçının Tasarıdan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortasına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirileceklerini hükme bağlamıştır. Böyle bir görevlendirme yapılmışsa, o mahkeme veya mahkemeler başka hiçbir ticarî davaya bakmayacak, münhasıran deniz ticareti ve deniz sigortası ile ilgili davaları görecektir. 6762 sayılı Kanunun aksine, "Dördüncü Kitap" yerine "bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan" denilerek söz konusu mahkemenin bakacağı işler alanı amaca uygun olarak genişletilmiştir. Nitekim Limanlar Kanunu, Çevre Kanunu gibi çok sayıda başka kanunda da deniz ticaretine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır; bu hükümlerden doğan davalara da aynı mahkemelere bakılması mahkemenin gerçek anlamda uzmanlaşmasını sağlayacağı gibi, tek bir olaydan doğan çeşitli uyumsuzlukların (örneğin çatma, deniz kirliliği, enkaz kaldırma, sigorta) farklı mahkemelerde görülmesi gibi amaca aykırı bir sonucu da önlemiş olacaktır. Adalet Komisyonu raporu,

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c044/b083/tbmm230440830660.pdf>, s. 572, Erişim tarihi: 19.08.2021.

<sup>26</sup> MUTLAY/IŞIK, s. 568.

<sup>27</sup> 7036 sayılı ve 12.10.2017 tarihli Kanun 25.10.2017 T. ve 30221 S. RG'de yayımlanmıştır.

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına; idari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ve diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işlere bakar.

## **D. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN DAVALAR**

### **1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan Kaynaklanan Davalar**

“Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)”nun<sup>28</sup> ile düzenlenen ilişkilerden doğan dava ve işler ile bu FSEK’den kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156/1 maddesinde belirtilen, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir.

Her ne kadar, fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan kaynaklanan ve para ve tazminat alacağını konu alan davaların, FSEK’nın 76’ncı maddesi uyarınca fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde açılması gerekse de TTK’nın 4/1(d) maddesine göre bu davalar da ticari dava olarak düzenlenmiştir.

### **2. Sınai Mülkiyet Kanunundan Doğan Davalar**

Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)’nun<sup>29</sup> amacı, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır. SMK m. 156 uyarınca, SMK’da öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Aynı bir fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde bu davalara, asliye hukuk mahkemesince, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla bakılacaktır. Bu konudaki davaların, fikri ve sınai haklara ilişkin ihtisas mahkemelerinde görülmesi, davaların ticari sayılmasına engel değildir.

## **IV. YARGITAY 9. HD KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yargıtay 9. HD, T. 01.06.2021, E. 2021/3076 ve K. 2021/9789 sayılı kararında işveren ile işçi arasında rekabet yasağına ilişkin düzenlenmiş olan sözleşme maddesi uyarınca tarafların talep edebilecekleri cezai şart ve tazminata ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.

<sup>28</sup> 05.12.1951 tarihli 5846 sayılı Kanun 13.12.1951 T. ve 7981 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

<sup>29</sup> 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanun 10.01.2017 T. ve 29944 S. RG’de yayımlanmıştır.

Yargıtay'ın verdiği bu karara amaç ve olması gereken hukuk yönünden bakıldığında biz de katılıyoruz. Bizce de iş sözleşmesinden kaynaklanan rekabet yasağına dair davaların Asliye Ticaret Mahkemelerinde değil yetkili İş Mahkemeleri önünde görülmesi gerekir. Ancak yukarıda açıklanan hukuki düzenleme açısından bakıldığında bu kararın zorlama bir karar olduğu ve mevcut hukuki düzenleme açısından kararın gerekçesine katılmanın mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

Öncelikle “fıkrî mülkiyet hukukuna dair mevzuattan” kaynaklanan davaların TTK m. 4/1(d) maddesi ile ticari dava olarak kabul edilmiştir. Ancak mutlak ya da nispi ticari bir davanın asliye ticaret mahkemesi yerine başka bir kanunla görevlendirilen diğer mahkemede bakılacak olması bu davaların türünün ticari dava sayılmasına engel değildir.

İkincisi rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ve sonuç doğurduğundan, uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarih itibariyle tarafların birbirlerine karşı işçi ve işveren sıfatına sahip olmasından bahsedilemeyeceği gibi, uyuşmazlığın kaynağı da iş ilişkisi değil, rekabet yasağı sözleşmesidir<sup>30</sup>.

Son olarak iş mahkemelerinin görevi İMK'da “...4857 sayılı ***İş Kanununa veya 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları ...***” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla İK ile düzenlenen her türlü ihtilaf iş mahkemelerinin görevi içindedir. Bu nedenle İK ile düzenlenmeyen bir husus, başka bir kanun hükmü ile iş mahkemelerinin görev alanı içinde sayılmadığı sürece, iş mahkemelerinin görev alanına girmeyecektir. Bu bakımdan da, rekabet yasağı İK ile değil, TBK'nın 444 ve 447'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca başka bir kanun ile de iş mahkemelerinin görev alanında olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle de TTK 4/1(c) maddesinin açık hükmüne rağmen iş mahkemeleri görevli sayılmayacaktır.

## **SONUÇ**

Yukarıda açıklanan hukuki düzenlemeye karşısında Yargıtay'ın gerekçesine katılmak mümkün değildir. Dolayısıyla rekabet yasağına dair davalarda görevli mahkeme iş mahkemeleri değil, eskiden olduğu gibi asliye ticaret mahkemeleridir.

Yargıtay'ın gerekçesine katılmamakla birlikte işlevsel olarak ve amaç yönünden bu tür davaların asliye ticaret mahkemelerinde değil, iş mahkemelerinde görülmesi fikrine biz de katılmaktayız. Ama bunun için iş sözleşmesinden sonra

---

<sup>30</sup> Kanun koyucunun benimsediği bu bakış açısı doğrultusunda ifade edelim ki, rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklar ticaret mahkemelerinde görülmelidir. Görev kurallarının kıyas ve yorum yoluyla genişletilememesi ya da değiştirilememesi ilkesi doğrultusunda Yargıtay'ın yaklaşımı kanaatimizce isabetlidir. MUTLAY/IŞIK, s. 586-587.

rekabet yasağı nedeniyle tazminat istemine dair davaların TTK'dan tamamen çıkarılması ve bu tür ihtilafları da kapsayacak şekilde bir düzenleme içeren değişiklik yapılması gerekir. Ayrıca mevcut davaların da istisna tutulması gerekir. Bunun dışında Yargıtay hükmü ile bir değişiklik yapılması tartışmaya açık, bağlayıcı olmayan ve zorlama bir hüküm olacaktır.

Son olarak iş mahkemelerinin görevlendirilmesine dair kanuni bir düzenleme yapılması halinde rekabet yasağına dair davaların için iş mahkemeleri içinde bir ihtisas mahkemesi öngörülmesi faydalı olacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## **KAYNAKÇA**

ARKAN, Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, 25. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019.

MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 68 (3) 2019: 565-634, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/896146>, Erişim tarihi: 15.08.2021.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 17. Basım, Dora Yayınları, Bursa 2020.

BOZKURT, Salim, **Ticari Davalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Konya 2015.

BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, **Ticari Dava**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, “Ticari Davalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, y. 2012, C. 18, S. 2 (Özel Sayı), s. 99-108, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/2012C.18.S.2/2.oturum.pdf>, Erişim tarihi: 27.08.2021.

GÜRDOĞAN, Burhan, “Ticari Usul Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1956, S. 13, s. 172-193, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/634014>.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, B. 6, Demir-Demir Yayınları, İstanbul 2001.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı** 22. Basım, Yetkin yayınları, Ankara 2011.

KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019, <https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, Erişim tarihi: 15.8.2021.

MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, S. 68 (3), s. s. 565-634, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/896146>, Erişim tarihi: 15.08.2021.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, B. 8, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2020.

PEKCANITEZ, Hakan/KORKMAZ TAŞ Hülya/ÖZEKES Muhammet/AKKAN, Mine, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, B. 15, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 12. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 4. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

# BULAŞICI HASTALIKLARIN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU YÖNÜNDEN NİTELENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR<sup>1</sup>

## Öz

Bulaşıcı hastalıkların özellikle küresel salgın boyutuna ulaştıkları dönemlerde, insanlık tarihi boyunca pek çok dönüşüm ve değişimi beraberinde getirdiği gerek sosyal gerekse ekonomik anlamda pek çok önemli etkide bulunduğu göz ardı edilemez. Nitekim salgın hastalıkların doğal sonucu olarak hukuk alanında doğurduğu etkiler doğrultusunda yeni tartışma alanları yarattıkları oldukları açıktır. Bu itibarla halen etkisini sürdürmeye devam eden COVID 19 ve H1N1 virüsünden kaynaklanan SIV (domuz gribi) hastalığı gibi hastalıkların yanı sıra ileride ortaya çıkabilecek daha tehlikeli bulaşıcı hastalıkların iş hukuku boyutlarını tanımlamak da önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Zira hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı döngüsü çerçevesinde bulaşıcı hastalıkların yerinin tespit edilmesi yalnızca sağlık çalışanları bağlamında değil; bütün işçileri kapsayıcı bir hukuksal çerçevenin ortaya konması ve sorumluluk yapısının belirlenmesi anlamında büyük önem taşımaktadır. Bu itibarla önce SIV (H1N1) daha sonra ise COVID 19'un ulaştığı geniş kitlelerin durumu dikkate alınarak bulaşıcı hastalıkları, iş kazası ve meslek hastalığı yönlü nitelendirme ve doktrinindeki tartışmaları da ortaya koyarak, içtihatlarla ve karşılaştırmalı hukuk dairesince incelemek suretiyle tanımlamak hukuki bir gereklilik halini almıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Covid- 19, H1N1, SIV, İş Kazası, Meslek Hastalığı, Bulaşıcı Hastalık, Salgın Hastalık.*

## DEFINITION OF CONTAGIOUS DISEASES REGARDING LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW

### Abstract

It cannot be ignored that communicable diseases have brought many transformations and changes throughout the history of humanity, especially in the periods when they reached the level of global epidemics and had many important effects both socially and economically. As a matter of fact, epidemics have created new areas of discussion in the legal sense. In this respect, it is also an important issue to define the labor law dimensions of diseases such as COVID 19 and SIV (H1N1), which continue to be effective, and more dangerous infectious

---

<sup>1</sup> Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-2180-0723, hakancindemir@yahoo.com.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 11.08.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 23.08.2021

Bu makaleye atf için; CİNDEMİR Hakan, "Bulaşıcı Hastalıkların İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Nitelendirmesi", **İMHPD**, C. VI, S. 10, 2021, s. 61-96.



diseases that may arise in the future. Determining the location of infectious diseases within the framework of the disease, work accident and occupational disease cycle is not only in the context of health workers; It is of great importance in terms of establishing a legal framework that covers all workers and determining the structure of responsibility. In this respect, it has become a legal requirement to define infectious diseases, by considering the situation of the large masses reached by SIV (H1N1) and then by COVID 19, by putting forward the qualifications and discussions in the doctrine, by examining it with case law and comparative law.

**Keywords:** *Covid-19, H1N1, SIV, Occupational Accident, Occupational Disease, Infectious Disease, Epidemic*

## GİRİŞ

Yaşamın tarihi kadar eski olan mikro organizmaların, tarih boyunca sebebiyet verdiği bulaşıcı hastalıklar insanlığın toplumsal, kültürel ve ekonomik hayatını doğrudan etkilemiştir. Bulaşıcılığı yüksek olan mikro organizmalar büyük salgınlara sebebiyet vermiş ve belli dönemlerde insanlık nüfusunun büyük bir kısmını yok edecek kadar yoğun tahribatlara sebebiyet vermiştir. İnsanlığın beşerî hayatıyla doğrudan ilgili olan bulaşıcı hastalıkların hukuk düzeni tarafından ele alınması bu durumun doğal bir sonucudur.

Toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda, hukuk sistemlerinin ilk dönemlerde insan sağlığı ve tıp bilimine yönelik düzenlemeleri, İnsan hekim hasta ilişkisi ve hekimin sorumluluğu olarak ele aldığını görüyoruz. Hammurabi Kanunnamelerinde 215 ve 223 maddeleri arasındaki hükümleri bu duruma örnek olarak gösterebiliriz.<sup>2</sup> Söz konusu maddelerde, hasta hekim ilişkisine yönelik olarak hekimin hastada cerrahi bıçağı ile derin bir yarık açması ve hastanın ölmesi durumunda ya da bıçak ile bir tümörün tedavisi için müdahale yapıldığı sırada hastanın gözün kör olmasına sebebiyet verilmesi halinde, hekimin ellerinin kesileceği düzenlenmiştir.<sup>3</sup>

Özellikle belirli dönemlerde bulaşıcı hastalıkların salgın boyutuna ulaşması ve toplumda çok yoğun bir şekilde görülmeye başlaması, ekonomik ve sosyal hayatı ağır bir şekilde sekteye uğratmış ve hukuk kuralları koyma gücüne sahip olanları konuyla ilgili önlemler almaya sevk etmiştir. Bu yöndeki ilk düzenlemeler, düzenlemenin yapıldığı dönemde tıbbi bilgisiyle sınırlı olarak hasta insanlara yaklaşmama ve onların toplum yaşamından uzaklaştırılmasına yönelik karantina düzenlemeleri olmuştur. Her ne kadar günümüzde kullandığımız kelime anlamıyla “karantina”, 14. Yüzyılda Milano’da alınan önlemlerin geliştirilerek

<sup>2</sup> AKBABA, Murat/ DAVUTOĞLU Vedat, **Sağlık ve Hukuk Kıskaçında Hekim Ne Yapmalı**, Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi, C.44, S.7, Kare Yayıncılık, İstanbul 2016, s.609.

<sup>3</sup> KING L.V, **The Code Hammurabi**, Yale Law Scholl, Lillian Goldman Law Library, 2008 <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>.

bir yüz yıl sonrasında Viyana da “Quarantino” önlemleri olarak uygulanmasıyla ortaya çıksa da; bulaşıcı hastalıklara ilişkin konulan hukuk kuralları insanlığın çok eski devirlerinden beri mevcuttur. Bu kapsamda eski Babil hukukunda dahi karantinaya ilişkin düzenleme ve yasakların olduğu görülmektedir. Tarih boyunca, uzunca bir süre hukuk kuralı olarak da uygulanan, Yahudilik, Hristiyanlık ve Müslümanlıkta da bu karantinaya ilişkin düzenlemeler olduğu gözlemlenmektedir.<sup>4</sup> Kara veba olarak adlandırılan salgın sırasında Doğu Roma’da da sosyal mesafeye ilişkin yasak ve düzenlemeler meydana getirilmiştir.<sup>5</sup> Bütün bu düzenlemelerin de ortaya koyduğu üzere, neredeyse insanlık tarihi kadar eski olan bulaşıcı hastalıklarla mücadele de zorlayıcı ve yaptırıma tabi hukuk kuralları etkili bir rol oynamıştır.

Günümüzde de insanlık, bulaşıcı hastalıklarla mücadele konusunda, hastalığa ilişkin elde edilen bilgi ve deneyimler doğrultusunda koruyucu önlemlere başvurmaktadır. Bu kapsamda yasaklama ve tedbirlere yönelik hukuk kuralları oluşturmaktadır. Bulaşıcı hastalığa yönelik yapılacak hukuki düzenlemeler hastalığın tıbbi seyri ve toplumsal hayatı etkileme oranıyla doğrudan ilgilidir. Yaşayan bir olgu olan hukuk güncel ihtiyaçları da karşılamaya yönelik olduğundan konulan hukuk kuralları ve bu kurallara yönelik içtihatlar hastalıkların seyriyle ilgilidir. Bulaşıcı hastalıklar normal seyirlerinde devam ettiğinde ve toplumu büyük ölümcül salgınlar olarak etkisi altına almadığı dönemlerde oluşturulan hukuk kuralları ve yargı içtihatları daha genel ve seyrek düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte son dönemlerde H1N1 virüsü (domuz gribi) ve virüsü salgınlarında olduğu gibi toplumun büyük bir bölümünde ölümcül ve salgın bir seyir izleyen bulaşıcı hastalıkların yoğun seyrettiği dönemlerde olduğu gibi toplumsal hayat etkilendiği ölçüde hukuk kuralları ve yargı içtihatları da değişme ve artma eğilimi göstermektedir.

Günümüzde kolaylaşan ulaşım ve artan seyahat özgürlükleri bulaşıcı hastalıkların dünyanın birçok bölgesine çok hızlı bir şekilde yayılmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle son birkaç yıldaki gelişmeler bu tip salgın hastalıkların sıklıkla yaşanabileceğini göstermekte, ekonomik hayatın ve üretimin bu bulaşıcı hastalıklardan yoğun bir şekilde etkilendiğini ortaya koymaktadır. Çalışma hayatının yoğun bir şekilde etkilendiği bulaşıcı hastalıkların yayılmasına yönelik hukuki düzenlemelerin yanında, bu hastalıkların verdikleri zararların giderilmesine yönelik düzenlemeler ve yargı kararlarının artması gereği ortaya

---

<sup>4</sup> Konu Hakkında detaylı bilgi için bkz., ERTEN, Rifai, Yahudilik’te ve Yahudi Kültüründe Şifa Anlayışı, Kalemname, **Kırıkkale Üniversitesi İslami Bilimler Dergisi**, C.5 S.10, Kırıkkale Üniversitesi Yayınları, Temmuz- Aralık 2020, Kırıkkale, s.295-308; POLAT, Murat, İslam Hukukunda Karantina Ahkamı, **Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, Pamukkale Üniversitesi Yayınları, Pamukkale 2020, s.88-111; ERTEN, Rifai, Hristiyanlık’ta İslamiyet’te Şifa ve Bu Dine İnanaların Sağlık Konusuna Bakışları, Kalemname, **Kırıkkale Üniversitesi İslami Bilimler Dergisi**, Kırıkkale Üniversitesi Yayınları, C.5, S.10, Temmuz-Aralık 2020, Kırıkkale, s.288-437

<sup>5</sup> MACKOWIAK, A. Philip/SEHDEV, Paul S., **The Origin of Quarantine, Clinical Infectious Diseases**, C.35, S.9, Oxford University Press, Oxford 2002, s.1071-1072

çıkıştır. Özellikle üretimin durma noktasına gelmesi ve işçilerin can güvenliğini doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle iş güvenliği ve sosyal güvenlik hukukunda bu alanda yeni içtihatlar oluşmaya başlamıştır. Gerek sağlık sektöründe çalışanlar gerekse diğer sektörlerde çalışanların iş yerlerinde yoğun bir şekilde bulaşıcı hastalıklarla karşı karşıya kalması ve bu sebeple çalışamaz hale gelmesi veya hayatlarını kaybetmeleri durumunda gerek sosyal güvenlik hukuk açısından gerekse iş kanunu açısından uygulanması gereken hükümlerin neler olacağını tespiti gerekmektedir. Bu sebeple bulaşıcı hastalıkların her birinin ayrı ayrı değil hep birlikte ele alınması hukuki nitelenmesinin ortaya konulması ve böylelikle hukuki yeknesaklığın sağlanması gerekmektedir. Bir bulaşıcı hastalık iş kazası kabul edilirken diğerinin iş kazası kabul edilmemesi gibi sonuçlar hukuki yeknesaklık ve belirlilik ilkesi açısından hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Özellikle COVID-19 hastalığına sebebiyet veren SARS-CoV-2 virüsü, çalışma hayatını durma noktasına getirmiş, dünyada ve ülkemizde iş yerlerinin büyük kısmının kapanmasına sebebiyet vermiş ve çalışanların belli bir bölümünde ölümcül sonuçlara yol açmıştır. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık 11.03.2020 itibarıyla pandemi olarak ilan edilmiştir.<sup>6</sup> Söz konusu bulaşıcı bir hastalık sanayi devriminde bu yana ilk defa çalışma hayatı açısından bu kadar etkili bir hale gelmiş ve önemli bir risk faktörü olarak karşımıza çıkmıştır. 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.<sup>7</sup> Bu kapsamda çalışanların sağlığını ve çalışma hayatını etkilediği ölçüde, iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından da ayrıca incelenmesi gereken bir konu haline gelmiştir.

Bu kapsamda bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından yeni sınıflandırmalar, içtihatlar ve normatif düzenlemelere yapılmaya başlanmıştır. Bu sebeplerle önemli birer “paradigma” olan iki hastalığın bulaşıcı hastalıkların iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından etkileri de göz önüne alınarak bulaşıcı hastalıkların sosyal güvenlik hukuku ve iş hukukundaki tanımlanmasında birer model olarak ele alınacaktır.

## **I. HASTALIK, BULAŞICI HASTALIK, MESLEK HASTALIĞI VE İŞ KAZASI KAVRAMLARI**

### **A. HASTALIK VE BULAŞICI HASTALIK KAVRAMLARI**

Hastalık ve bulaşıcı hastalık kavramlarına, Anayasal düzenlemeler dahil birçok hukuk normunda yer verilmiştir. Buna rağmen söz konusu düzenlemelerde kavramsal bir tanıma yer verilmemiştir.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> SUBAŞI, s.130-131.

Kelime anlamıyla, mikrop, parazit virüs vb. etkenlerle yayılan hastalık olarak tanımlanan bulaşıcı hastalık, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Türk Ceza Kanunu, İş kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu gibi birçok düzenlemede yer almıştır. Örneğin, TCK 195. Maddede Bulaşıcı Hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranmak suç olarak tanımlanmış ancak bulaşıcı hastalığın tanımı söz konusu kanunda yapılmamıştır. İş Kanunu 24. Madde de haklı nedenle fesih sebepleri arasında yer alan bulaşıcı hastalık, Sosyal Sigortalar ve Umumi Hıfzıssıhha Kanununda birçok farklı madde de yer almıştır. Bununla birlikte söz konusu kanunların hiçbirinde hastalık kavramı tanımlanmamıştır. Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde ise sadece bildirim tabi bulaşıcı hastalıklar tek tek sayma yöntemiyle sayılmıştır. Bununla birlikte, kelime anlamıyla bulaşmak birinden başkasına geçen olduğuna göre, bulaşıcı hastalık kavramının hukuki tanımını hastalık kavramının tanımlanmasıyla ortaya konulabileceği açıktır.

Hastalık, insanın her zaman karşılaşacağı fizyolojik ya da psikolojik bir olgudur.<sup>8</sup> Sosyal ve bireysel olduğu kadar tıbbi bir durumu anlatan hastalık, “Doku ve hücrelerde normal dışı yapısal ve işlevsel (fonksiyonel) değişikliklerin doğurduğu hal”<sup>9</sup> olarak tanımlanabilir. Hastalığı, sağlıklı olma hali olarak tanımlamak mümkündür. Sağlık ise; Dünya Sağlık Örgütünün, kurucu belgesi olan Anayasasında, sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma hali olarak tanımlanmıştır.<sup>10</sup> Bu doğrultuda Mülga 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunda Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla sağlık ve hastalık kavramları sadece biyolojik iyi olma ya da iyi olmama halini değil ruhen ve sosyal olarak da iyi olma veya olmama halini de tanımlamaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanununda ise hastalık hali, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla söz konusu kanunun, iyi olmama halleri arasında iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık ayrı mı yaptığı söylenebilir. Dolayısıyla Kanun, beden, ruhen ve sosyal bakımdan iyi olmama hali olarak tanımlanan hastalık halini kaynaklanma nedenlerine göre daraltmıştır. Böylelikle sadece iş kazası ve meslek nedenleri dışında meydana gelen iyi olmama hallerini hastalık olarak kabul etmiştir. Bir diğer açıdan bakacak olursak aslında 5510 sayılı Kanun sosyal ve tıbbi bir durum olan hastalığı, ya da iyi olmama halini, sosyal güvenlik hukuku açısından üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur. Bu üç grup iş kazası sebebiyle meydana gelen, meslek Hatalığı sebebiyle meydana gelen ve bunlar dışındaki diğer hastalıklardır. Bu sebeple, 5510 sayılı yasa uyarınca ancak

<sup>8</sup> CANİKLİOĞLU, Nurşen, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.3

<sup>9</sup> FİŞEK, Nuri, **Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları**, Modern Yönetim Semineri, Türk-İş Yayınları, 1982, No: 144, <http://ankararefakat.net/drupaltr/drupal-5.2/?q=node/12>, Erişim Tarihi 13.03.2020.

<sup>10</sup> United Nations Treaty Collection, Constitution of the World Health Organization [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) Erişim Tarihi 12.03.2020.

meslek hastalığı ve iş kazası nedenleri dışında gerçekleşen iyi olamama hallerini hastalık hali olarak kabul edilmiştir. Bu ayırım özellikle çalışma hayatına ilişkin düzenlemeler ve önlemler açısından hastalığın çalışma hayatından mı, yoksa çalışma hayatının dışındaki bir nedenden mi kaynaklandığının tespiti açısından kaçınılmazdır. Bu sebeple söz konusu ayırım bir tek Türk Sosyal güvenlik sisteminde değil birçok ülkenin sosyal güvenlik sisteminde kabul edilmiştir.

28.06.1952 tarih ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki sözleşmesi de dahil Uluslararası Çalışma Örgütü, hemen hemen bütün çalışma hayatına yönelik düzenlemelerinde hastalık, sakatlık ve meslek hastalıklarını, bir birbirinden ayrı riskler olarak değerlendirilerek ele almıştır. Sosyal güvenlik sistemleri bu risklere yönelik farklı önlemler almak ve güvenceler sağlamak için bu yönde bir ayırma gitmişlerdir. Bununla birlikte hastalık hali sosyal güvenlik ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik ayırmadan farklı olarak özünde neden kaynaklandığının bir önemi olmadan bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan iyi olmama halidir. Bu nedenle aynı tıbbi rahatsızlık gerçekleşme nedenine göre iş ve sosyal güvenliğine ilişkin hukuk sistemleri açısından bazen hastalık, bazen meslek hastalığı, bazense hastalık hali olarak kabul edilmektedir.

## **B. MESLEK HASTALIĞI**

Dünya Sağlık Örgütü belgelerinde, meslek hastalığı “zararlı bir etkenle insan vücudu arasında, çalışılan işe özgü neden sonuç, ilişkisinin ortaya konulabildiği hastalık gurubu”<sup>11</sup> olarak tanımlanmıştır. Her şeyden önce meslek hastalığı da bir biyolojik hastalıktır. Bir diğer ifadeyle iyi olmama halidir. Bununla birlikte daha önceden de belirttiğimiz üzere sosyal güvenlik hukuku açısından hastalığın çalışma hayatından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti gerekmektedir. Türkiye gibi sosyal güvenlik kapsamının geniş tutulduğu ülkelerde çalışma hayatından kaynaklanmayan sıradan bir biyolojik hastalık dahi söz konusu olsa, sosyal güvenlik sistemi sigortalının gerçekleşen bu riskini gidermeye çalışacaktır. Bununla birlikte bu hastalığın çalışma hayatından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti, iş verenin sorumluluğu açısından önem arz edecektir. Zira sıradan bir biyolojik hastalık vukuunda, iş verene rücu söz konusu olmamakla birlikte, meslek hastalığı söz konusu olduğunda sosyal güvenlik kurumunca iş verene rücu söz konusu olabilecektir. Sadece çalışma hayatından kaynaklanan riskleri karşılayan sosyal sigorta sistemine sahip ülkeler açısından ise hastalığın nerden kaynaklandığı ayrıca önem arz edecektir. Bu gibi sebeplerle gerek UÇÖ, gerekse ulusal mevzuatımızda meslek hastalığı ayrıca düzenlenmiştir.

UÇÖ ilk defa 1924 yılında 18 sayılı sözleşmeyle meslek hastalıklarını düzenlemiştir. Bununla birlikte söz konusu sözleşmede meslek hastalıklarına ilişkin bir tanım yapılmamış, sadece bazı biyolojik hastalıkları sayma yoluyla sıralanarak, üye ülkelerin bu hastalıkları meslek hastalığı olarak kabulü

---

<sup>11</sup> TUNCA, A. Can/ EKMEKÇİ Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.415

gerektiğini düzenlemiştir. Benzer şekilde 1934 yılında, daha sonra Türkiye tarafından da imzalanarak iç hukuk haline getirilen, 42 sayılı “Mesleki Hastalıkların Tazmini Hakkında UÇÖ sözleşmesiyle” de meslek hastalıkları sayma yöntemiyle belirlenmeye çalışılmıştır. Söz konusu 42 sayılı sözleşmeden sonra akdedilen ve meslek hastalıklarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 155, 121, 161,187 sayılı sözleşmelerde de meslek hastalığına ilişkin sayma yöntemi benimsenmiştir. Bu doğrultusunda çeşitli yeni hasatlıklar güncellemelerle meslek hastalığı listesine eklenmiştir. Bu kapsamda UÇÖ uzmanlar komitesi tarafından yapılan güncellemeler sonucunda, 194 sayılı tavsiye kararları alınarak en son meslek hastalıkları listesi 2010 yılında güncellenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte meslek hastalıkları listesinde sayılan hastalıklar sınırlı sayıda sayılmamıştır. Söz konusu 194 sayılı tavsiye kararları 1.3.9 maddesine göre, bilimsel olarak bulaşıcı hastalığın çalışma koşullarından kaynaklandığına ilişkin doğrudan bir bağın kurulması durumunda liste yöntemiyle belirtilmeyen hastalıklarda meslek hastalığı kabul edilmelidir. Ayrıca UÇÖ 121 sayılı listede belirtilen hastalıkların asgari olarak meslek hastalığı sayılması gerektiği ve üye ülkelerin en azından söz konusu hastalıkları meslek hastalığı kabul etmesi gerektiğini veya bu hastalıkları içerir bir meslek hastalığı tanımını ulusal mevzuatlarında düzenlemesi gerektiğini düzenlemiştir. Böylelikle sayma yöntemiyle sayılan hastalıklar dışında meydana gelen hastalıklarında ayrı bir liste veya tanımla meslek hastalığı sayılabileceği UÇÖ tarafından karar altına alınmıştır.

Alman Hukukunda da, meslek hastalıkları için herhangi bir hukuki bir tanımlama yapılmamıştır. Bu kapsamda sosyal güvenlik hukukuyla ilgili Alman Sosyal Kanunu 9. Paragrafında belirtildiği üzere, meslek hastalığı Alman Federal Konseyinin (Bundesrat) sayma yöntemiyle belirlediği hastalıklardan oluşmaktadır.<sup>12</sup> Bununla birlikte Alman sosyal güvenlik hukukunda da meslek hastalığı listesi sınırlı sayıda sayma yöntemini benimsememiştir. Meslek hastalıkları listesi dışında bir hastalığa yakalanan kimse, hastalığın mesleki faaliyetten kaynaklandığı iddiasını ispatlaması durumunda sağlanan güvencelerden faydalanabilecektir.<sup>13</sup>

Benzer şekilde Fransız Hukukunda da meslek hastalıklarıyla ilgili bir tanım yapılmamıştır. Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu 461-2 uyarınca, kanuna ek meslek hastalığı tablosunda yer alan hastalıklar meslek hastalığı olarak kabul edilmiştir.<sup>14</sup> Bununla birlikte mesleki aktivite ile hastalık arasındaki doğrudan bağlantının bulunduğu dair Bölgesel Mesleki Hastalık Tanıma Komitesi'nin

---

<sup>12</sup> Siebtes Buch Sozialgasetzbuch- Gesetzliche Unfallversicherung- Artike 1 des Gesetzes vom. 7., August 1996, BGVI. I, S.1254.

<sup>13</sup> H. Bley/ R. Kreikebohm/ A. Marschner, sozialrecht, 9. Aufl, Lucterhand, 2007 Neuwied, s.626,627

<sup>14</sup> Legifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189&idArticle=LEGIARTI000006743130&dateTexte=&categorieLien=cid>

görüşü ile liste dışı hastalıklarda meslek hastalığı olarak kabul edilir düzenlemesi yapılmıştır.<sup>15</sup>

Türk hukuk öğretisinde, işçinin işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktayken işin niteliğine göre tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütülüş koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedensel veya ruhi arıza olarak tanımlanan meslek hastalığı,<sup>16</sup> 5510 sayılı kanunda bağımsız çalışanları da kapsayan bir şekilde tanımlanmıştır. Söz konusu kanunun tanımına göre meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı ve yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halidir. Meslekle ilgili faaliyetlerin meydana getirilmesi ve bazı işlerde sürekli olarak çalışılması işçide yaptığı işten kaynaklanan hastalığa sebebiyet verebilir. Dolayısıyla bu durum, Türk Hukukunda da birçok hukuk sisteminde olduğu gibi bir sosyal risk olarak kabul edilmiş ve düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu ve İş Kanununda tanımı yapılmayan meslek hastalığı kavramı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, mesleki risklere maruz kalma sonucu ortaya çıkan hastalık olarak tanımlanmıştır. 5510 sayılı kanunun yaptığı tanıma göre çok eksik ve kapsamsız yapılan bu tanım 6331 sayılı kanunun amacı göz önüne alındığında olağan karşılanabilir.

Meslek hastalıkları çalışılan ortamdan kaynaklanan nedenlerin meydana getirdiği hastalıkların ortak adıdır.<sup>17</sup> Dolayısıyla meslek hastalığının işyerinden kaynaklanması söz konusu olabileceği gibi salt iş yerinden kaynaklı olarak değil, çalışma ve koşulları nedeniyle meydana gelen rahatsızlıklarda olabilir.<sup>18</sup>

## **1. Meslek Hastalığının Unsurları**

### **a. Sigortalıda Bedenen veya Ruhun Bir Zarar Oluşması**

Meslek hastalığında bedensel veya ruhsal olarak bir zarar görme durumu söz konusudur. Böylelikle sigortalıda hastalık sonucu geçici veya kalıcı bir engellilik hali oluşması gerekmektedir. 5510 sayılı kanunun 20/1. Maddesi gereği, meslek hastalığına bağlı nedenlerden ölüm halinde sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanacağı düzenlenmektedir.<sup>19</sup>

Meslek hastalığı, meslekten kaynaklanan bir biyolojik hastalık olduğu için, sadece vücudun maddi bütünlüğüne ilişkin değil, ruh ve sinir sisteminde meydana gelen rahatsızlıkları da kapsamaktadır. Burada ayırt edici unsur hastalığın

---

<sup>15</sup> International Business Publications, France Labor Law and Regulations HandBook Strategic Information and Basic Regulations, IBP, Washington 2015, s.237.

<sup>16</sup> GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.381; KORKUSUZ, Refik/UGUR, Suat, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ekin Yayınları Bursa 2018, s.291; ŞAKAR, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.163.

<sup>17</sup> TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.415.

<sup>18</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Meslek Hastalıkları Rehberi, İSGGM, Ankara 2011, s.12.

<sup>19</sup> GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s.382; AYAR, Zeynep; İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası, Tanımı, Unsurları ve Kuruma Bildirilmesi, **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, Seçkin Yayınları, Kayseri 2015, s. 484.

çalışılan iş nedeniyle ortaya çıkmış olmasıdır.<sup>20</sup> Meslek hastalığına yakalanan kişinin 5510 sayılı kanunda sayılan yardım ve haklardan yararlanabilmesi için söz konusu Kanuna göre sigortalı olarak kabul edilmiş olması ön şarttır.

#### **b. Hastalığın veya Sakatlığın Yürütülen İş Sonucunda Meydana Gelmiş Olması**

Meydana gelen zarar ile sigortalının yapmış olduğu iş arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Meslek hastalığını, hastalık halinden ayıran önemli bir unsur da hastalığın meslekten yani kanun anlamıyla yürütülen işten kaynaklanmasıdır. Meslek hastalıkları da biyolojik bir hastalık olmakla birlikte iş kazasından ve diğer hastalıklardan farklı olarak mesleki nitelikte olmalarıdır.<sup>21</sup> Bu yönüyle meslek hastalığı sigortalının gördüğü işle ilgilidir.<sup>22</sup> İşle ilgili hastalıklar işyerinden kaynaklanmak zorunda değildir, çalışma ve koşulları nedeniyle ortaya çıkan hastalıklar da söz konusu olabilir.<sup>23</sup>

Yürütülen işten kaynaklanan hastalık, sigortalı işten ayrıldıktan sonra meydana çıkarsa, sigortalının 5510 sayılı kanundan kaynaklanan haklardan istifade edebilmesi için, ilgili meslek hastalığı için kural olarak Yönetmelikte belirtilen sürelerden daha fazla bir sürenin geçmemiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte Yönetmelikteki süreler aşılmış olsa bile hastalık kurumun veya ilgilinin başvurusu üzerine Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayıyla meslek hastalığı sayılabilecektir. Bununla birlikte, Kurul tarafından hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için, iş yerinde yapılan inceleme sonucu klinik ve laboratuvar bulgularıyla hastalığa yol açan nedenin tespiti gerekmektedir.<sup>24</sup>

Özellikle bulaşıcı hastalığın, yürütülen işten mi yoksa başka bir vesileyle mi bulaştığının tespitinde; diğer bir ifadeyle yürütülen iş ile hastalık arasındaki illiyet bağının kurulmasında, önemli zorluklarla karşılaşmaktadır. Burada öncelikle, sağlık çalışanları gibi çalışma koşulları gereği sürekli bulaşıcı hastalıklarla maruz kalan meslek gruplarına yönelik özel düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir. Bu tür meslek gruplarının bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda, söz konusu hastalığa yakalanan çalışana meslek hastalığına ilişkin hükümlerin uygulanmasının düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu gruplardaki mesleklerde çalışanlar, diğer meslek gruplarına göre bulaşıcı hastalıklarla çok daha fazla maruz kalmakta hatta sürekli bulaşıcı hastalık bulunan ortamda çalışmak zorundadır. Örneğin bir sağlık çalışanı çoğu zaman bütün çalıştığı saatler boyunca bulaşıcı hastalık bulunan ortamda bulunmak zorundadır. Bu durum özellikle virüs yoluyla bulaşan hastalıklarda sağlık çalışanının virüs yükünü artırmakta ve zaman içerisinde artan virüs yükü sebebiyle hastalanmasına yol açmaktadır. Pek tabii ki sağlık çalışanının söz konusu

<sup>20</sup> ÇENBERCİ, Mustafa, **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s.123.

<sup>21</sup> TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.416.

<sup>22</sup> ÇENBERCİ, s.124.

<sup>23</sup> TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.415

<sup>24</sup> ÜÇİŞİK, H. Fehim, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ötügen Yayınları, İstanbul 2015, s.190



hastalığa çalışmasıyla ilgili olmayan bir sebepten, örneğin günlük yaşamından kaynaklı olarak yakalanmış olması mümkündür, bu durumun somut delilleriyle ortaya konulması halinde doğal olarak var kabul edilen nedensellik bağının koptuğunun kabul edileceği aşikardır. Yukarıda da değinildiği üzere bulaşıcı hastalıkların bu denli yoğun bir şekilde çalışma hayatını etkilemesi süreci son birkaç yıl içerisinde gerçekleştirmiştir. Bu sebeple bu yoğun etkinin devam edeceği de göz önüne alındığında ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde bulaşıcı hastalıklar için ayrı düzenleyici hükümler oluşturulması gerekmektedir. Özellikle son iki yılda bulaşıcı hastalıkla teması azaltmak için, toplumun büyük bir kısmı için sokağa çıkma yasağı söz konusuysa sağlık görevlileri gibi bazı meslek gurupları mesleklerinin niteliği gereği, işlerinden kaynaklanan nedenlerle bulaşıcı hastalıkla iç içe çalışmak, hatta onunla mücadele etmek durumunda kalmıştır. Popülasyonun büyük bir çoğunluğunun virüsle temas riski bu denli azaltılmışken, sürekli bulaşıcı hastalıkla mücadele eden meslek guruplarına ayrıca bir illiyet bağı aranması toplum vicdanıyla örtüşmeyeceği gibi sosyal güvenlik hukukunun amacına da ters düşecektir. Söz konusu çalışan gurupları çalışma koşullarından dolayı sürekli ve büyük oranda risk altındadırlar. Bu risk, çalışma hayatının dışından bir etkenle bulaşıcı hastalığa yakalanma riskinden önemli ölçüde fazladır. Bu kapsamda meslek guruplarına yönelik olarak risk değerlendirmesi içeren çalışmalar yapılmaya başlamış olup zaman içerisinde söz konusu çalışmaların sonuçları bilimsel olarak daha fazla bir şekilde ortaya konuldukça hangi meslek guruplarının gerçekten illiyet bağının doğal olarak kabul edilmesi gerekecek ölçüde riskli olduğu daha somut bir şekilde ortaya konulacaktır. Böylelikle bu tip meslek guruplarına ve hastalıklara özel hukuki düzenlemeler ortaya çıkacaktır. SARS-CoV-2 virüsüyle ilgili olarak yapılan çalışmalarda meslek gurupları risk kategorilerine ve temas durumlarına göre sınıflandırılmalarına tabi tutulmaya başlanmış olup özellikle sağlık çalışanları bütün bu çalışmalarda meslek hastalığı yönünden en riskli grup olarak kabul edilmiştir.<sup>25</sup> Benzer şekilde, Alman Doktrininde de sağlık çalışanları, sosyal hizmet çalışanları ve laboratuvar çalışanlarının meslekleri nedeniyle diğer çalışan popülasyona göre SARS-CoV-2 virüsüne yakalanma olasılıklarının son derece yüksek olduğu değerlendirilmiştir.<sup>26</sup> Özellikle SARS-CoV-2 virüsünün bulaşma yöntemlerine ilişkin bilimsel çalışmalar arttıkça sağlık çalışanları yanında hangi meslek guruplarının risk düzeyinin yüksek olduğu daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

---

<sup>25</sup> ŞAHAN, Ceyda/ÖZGÜR, Esra Aydın/ ARKAN, Gökçen/ALAGÜNEY, M. Erdem/DEMİRAL Yücel, COVID-19 Pandemisi'nde Meslek Hastalığı Tanı Kılavuzu, 22.03.2019, [https://korona.hasuder.org.tr/wp-content/uploads/Mesleksen-COVID\\_19\\_Tan%C4%B1\\_Rehberi\\_2020.pdf](https://korona.hasuder.org.tr/wp-content/uploads/Mesleksen-COVID_19_Tan%C4%B1_Rehberi_2020.pdf), s.9, Erişim Tarihi 13.06.2021.

<sup>26</sup> NOWAK, Denis/OCHMANN, Uta/BRANDENBURG, Stephan/NIENHAU, Albert/WOLTJEN Michael, COVID-19 als Berufskrankheit oder Arbeitsunfall: Überlegungen zu Versicherungsschutz und Meldepflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung, Dtsch Med Wochenschr 2021; 146(03),s.198,199, <https://www.thieme-connect.de/products/ejournals/pdf/10.1055/a-1341-7867.pdf>, Erişim 15.06.2021.

Söz konusu çalışmalarda yer alan özellikle yüksek olasılıkla meslek hastalığı olarak kabul edilen çalışan gurubunun bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda meydana gelen zarar ile sigortalının yapmış olduğu iş arasında uygun illiyet bağının var olduğunun kabulü gerektiği kanısındayız. Bu illiyet bağını kesen ayrı bir olay ortaya konulmadıkça meslek hastalığının varlığının kabulü gerekecektir.

**c. Hastalığın Tekrarlanan Bir Nedenle Zaman İçerisinde Meydana Çıkan Sağlık Bozulmasına Sebebiyet Vermesi**

Meslek hastalığı, iş kazasının aksine aniden ortaya çıkmamaktadır. İşin niteliğinden kaynaklanan veya yürütüm şartlarından kaynaklanan bir nedenle yavaş bir şekilde belli bir zaman dilimi içerisinde sağlığın bozulmasına sebebiyet vermektedir.<sup>27</sup> Vücudun zarar görenek, hastalanması, engelli hale gelmesi veya ölüm, iş kazasından farklı olarak aniden ortaya çıkan bir nedenle değil işten kaynaklanan ve sürekli maruz kalınan etki sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu etki günden güne sürekli olarak sigortalı çalışanın sağlığını bozmaktadır. En sonunda sigortalı geçici veya sürekli olarak iş gücü kaybına uğramaktadır.

Örneğin, hastanede çalışan sağlık görevlisinin hastadan kan alırken hastalığı (iğne batması, makas kesmesi gibi bir nedenle) kendisine bulaştırması sonucunda bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda meslek hastalığı söz konusu olmayacaktır. Tıbbi cihaz araç ve gereçlerle çalışmak sağlık çalışanın işinin gereğidir ve hatta zorunluluk arz eder ve belli riskler ihtiva eder. Bu sebeple hastalık durumu işin niteliğinden kaynaklanan bir nedenle ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte aniden meydana gelmiştir. Tekrarlanan bir etkiye maruz kalmak söz konusu değildir. Bu yönüyle söz konusu olayda sağlık çalışanı açısından iş kazası hükümlerinin uygulanması gerekecektir.<sup>28</sup>

İş kazası açısından anilik kavramını ele alırken, olayın meydana geldikten sonra zararın oluşmasına kadar geçen süreyi veya olayın sona ermesine kadar geçen süreyi değil, olayın ortaya çıkış şeklini dikkate almak gerektiği kanaatindeyiz. Zira iş kazasına sebebiyet veren olay da doğası gereği bir müddet devam edecektir. Söz konusu olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi için, süresinin bir saniye, bir dakika yada başka bir ifadeyle bir an içinde ortaya çıkıp sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Önemli olan husus söz konusu iş kazasına sebebiyet veren olayın niteliği itibariyle asıl olarak ansızın ortaya çıkan bir olay olmasıdır. Güneş altında uzun süre kalan işçinin uzun süreli güneş ışınlarına maruz kalması sebebiyle ölümü, saatler sürmesine rağmen iş kazası olarak nitelendirilecektir. Benzer bir şekilde donma olayı da saatler sürmesine rağmen iş kazasını olarak nitelendirilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus olaydaki bir defalık niteliğinin kaybolmamasıdır.<sup>29</sup> O halde iş kazasını meslek hastalığından ayırırken olayın devamı açısından zamansal olarak aniliğiyle

<sup>27</sup> TUNCA/ EKMEKÇİ, s.417; KORKUSUZ/UGUR, s.291.

<sup>28</sup> Aynı yönde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görüş yazısı için bkz. <https://www.saglikaktuel.com/d/file/8285a3e8dadd403aa4543f42001dd919.pdf>.

<sup>29</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II., İstanbul 1994, s. 63.

sınırlamak gerekmez olayın niteliğine göre değişen makul kabul edilebilecek bir süre anılık unsurunun varlığı açısından yeterli olacaktır.

Bununla birlikte, yukarıdaki örnekteki gibi ani bir gerçekleşen ve zarara sebebiyet veren bir olay neticesinde değil de, sağlık çalışanın yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden sürekli olarak virüse maruz kalması durumunda, bulaşıcı hastalığa yakalanması sebebiyle meslek hastalığı hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Özellikle SARS-CoV-2 virüsü üzerinde yapılan çalışmalarda, kişinin sürekli virüsle karşı karşıya kalmasının viral yükünü artırdığını ve viral yükün belli bir sınırı geçtikten sonra kişinin rahatsızlanmasına sebebiyet verdiği tespit edilmiştir. Her ne kadar önlem alınsa da havadaki virüsün insan gözüyle temasında dahi bulaşabilen bu hastalıklarla sürekli karşı karşıya kalan sağlık çalışanı iş yerinin şartları sebebiyle her gün virüs yükünü artırma riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Aslında bulaşıcı hastalık, sağlık çalışanında zarar verici hale gelemeyecekken artan virüs yükü çalışanın bağışıklık sistemini etkisiz kalmasına sebebiyet verecektir. Bu sebeple işin niteliğinden kaynaklanan veya yürütüm şartlarından kaynaklanan bir nedenle yavaş bir şekilde belli bir zaman dilimi içerisinde sağlığın bozulmasına söz konusudur.

## **2. Meslek Hastalığının Tespit Yöntemi**

UÇÖ, meslek hastalıklarının listeden tespit edilmesi, listede bulunmayan hastalıklar açısından ise bulaşıcı hastalığın çalışma koşullarından kaynaklandığına ilişkin doğrudan bir bağın kurulması gerekliliğini kabul edilmiştir. Buna uygun olarak 5510 sayılı kanunda hangi hallerin meslek hastalığı kabul edileceğinin Kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğe ek listede, meslek hastalığı kabul edilen hastalıklar sayılma yöntemiyle listelenmiştir.<sup>30</sup> Yönetmeliğe ekli listede sayılan hastalıklar kural olarak meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecektir. Bununla birlikte yönetmelikte belirlenmemiş olan hastalıklar açısından ise meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı konusunda çıkacak uyuşmazlıklar, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca çözümlenecektir. Dolayısıyla sigortalıda yönetmelikte bulunan listede yer alan bir hastalık ortaya çıktığı takdirde hastalığın işin nitelik ve yürütüm şartlarından ileri geldiği kabul edilecek ve hastalığın meslek hastalığı olduğu karine olarak kabul edilecektir.<sup>31</sup> Bu sebeple sigortalı hastalığın meslek hastalığı olduğunu ispat mükellefiyetinden kurtulacaktır. Bu durum listede bulunan hastalıkların doğrudan doğruya meslek hastalığı olarak kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Listedeki bulunan hastalığın meslek hastalığı kabul

---

<sup>30</sup> Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, R.G:27021, 11.10.2008.

<sup>31</sup> EREN, Fikret, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluk**, Ankara 1974, s.30.

edilmesi için sigortalının, hastalığa yol açan iş koşullarında belli bir süre çalışması aranabilir.<sup>32</sup>

Yönetmeliğe ekli listede bulunmayan bir hastalık söz konusu olduğunda, UÇÖ sözleşmeleri doğrultusunda hastalığın meslek hastalığı olabileceği ihtimali de göz ardı edilmemiştir. Buna göre liste dışı bir hastalığın meslek hastalığı olduğu iddiasının varlığı durumunda, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca söz konusu hastalık meslek hastalığı olarak kabul edilebilecektir. Böylelikle kanun koyucu liste dışı hastalığa yakalanmış sigortalıya hastalığın meslek hastalığı olduğunu ispat etme olanağı sağlamıştır.

Sigortalının çalıştığı işyerinden kaynaklanan hastalığının işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkmış olması durumunda hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için işten ayrılma süresiyle hastalığın meydana çıkması arasında belirli bir süreden daha fazla bir zamanın geçmemiş olması gerekir. Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde belirtilen bu süreler aşılmış olsa dahi, iş yerindeki inceleme sonucunda klinik ve laboratuvar bulgularıyla meslek hastalığına sebebiyet veren etkenlerin tespiti halinde Sosyal Sigorta Sağlık Kurulunun onayı ile meslek hastalığı sayılabilir. Yönetmelikle amaçlanan sigortalının meslek hastalığının ortaya konulmasının kolaylaştırılması, sigortalının ispat külfetinin hafifletilmesidir. Bununla birlikte kanun koyucu Yönetmelikteki süreler dışında ve Yönetmeliğe ekli liste dışında meydana gelen hastalıkların da meslek hastalığı kabul edilmesi imkânı tanımıştır. Bunun için yetkili kılınan kurum ise Sosyal Sigorta Sağlık Kurulu'dur.

Kurul kararına karşı itiraz yolu kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Kurulun kararlarının yargı denetiminin dışında tutulması Türk Hukuk sistemine aykırılık oluşturacaktır. 1982 Anayasasının ikinci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere hukuk devleti yargı denetimine açık olan devlettir.<sup>33</sup> Bu açıdan hukuk devletinde idari kurum ve kuruluşların yargı denetimi dışında bırakılması söz konusu olamaz.<sup>34</sup> Yargıtay da bu doğrultuda Kurul kararlarına karşı ilgililerin iş mahkemelerine başvurabileceğine karar vermiştir.<sup>35</sup>Bu kapsamda hastalığın

<sup>32</sup> Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği 20. Maddesinde düzenlenen Pnömonyoz hastalığında belirtilen şartlarda üç yıl çalışmış olmak koşulu gibi. Bununla birlikte yönetmelikte belirtilen bu süre Sosyal Sigortalar Sağlık Kurulunun kararınca kısaltılabilir. Ayrıca bkz. TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.419.

<sup>33</sup> AYM, 17.02.2004 T, 2001/406 E., 2004/20 K.; AYM, 10.09.2015 T, 2014/148 E. 2015/80 K.; AYM, 10.09.2015 T. 2015/82 K.; AYM, 18.02.2015 T. 2015/19 E., 2015/17 K.

<sup>34</sup> İdarenin yargısal denetimiyle ilgili ayrıca bkz. GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi Ankara 2013,s.39-40; GÖZLER, Kemal/ KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2015,s.59; GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2013, s.56; AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları Ankara 2015, s.103; SANCAKTAR, Oğuz/ US Eser/ TURHAN, Mine Kasapoğlu/ ÖNÜT, Lale Burcu, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.55.

<sup>35</sup> Yargıtay İBKG, 28.06.1976 T, 1976/6 E, 1976/4 K, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1976-6-k-1976-4-t-28-06-1976>.

meslek hastalığı olup olmadığı hususunda nihai olarak yargı karar verecektir. Yargıtay kararlarında Yüksek Sağlık Kurulunun raporuna yönelik olarak yapılacak itirazlarla ilgili olarak Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gereğini hükme bağlamıştır.<sup>36</sup> Adli tıp raporuyla, Yüksek sağlık kurulu raporları arasında bir çelişki hasıl olması durumunda ise Adli Tıp Genel kurulundan yeni bir rapor alınması gerekmektedir.<sup>37</sup> Böylelikle yargı bilimsel tespitler ışığında hastalığın meslek hastalığı olup olmadığına karar verebilecektir.

## **C. İŞ KAZASI**

### **1. İş Kazasının Kavramsal Yapısı**

Bir olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağı noktasında; hukuk sisteminin gelişmişliği, ülkedeki rejimin sosyal devlet yönü ve ülkelere özgü diğer bazı durumlar etkili olabilmektedir.<sup>38</sup> Üretimin herhangi bir yerinde insan olduğu sürece iş kazalarının da olacağı yadsınamaz bir gerçek olmakla birlikte bu kazaların kavramsal anlamının tespit edilmesi gerekmektedir. İş kazalarının tanımsal yapısının tespiti açısından da iş kazalarının hukukî temelinin irdelenmesi önem taşımaktadır. İş kazası, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından, “Bir veya birden fazla işçinin kişisel yaralanma, hastalık veya ölümüyle sonuçlanan, şiddet olayları da dahil iş ile bağlantılı beklenmedik ve planlanmadık olay” olarak tanımlanmıştır.<sup>39</sup> Dünya Sağlık Örgütü ise, iş kazasını “önceden planlanmamış, çoğu kez kişisel yaralanmalara, makinelerin, araç ve gereçlerin zarara uğramasına, üretimin bir süre durmasına yol açan bir olay” olarak tanımlamıştır. Her iki tanıma da baktığımızda, planlanmayan olay ve yaralanmayla sonuçlanması bakımından ortak hükümler yer almakla birlikte, kazaya maruz kalan kişinin beden ve ruhen özüne uğraması, ya da ölüm gibi vahim bir hadisenin oluşması zorunluluğu aranmamıştır. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, işyerinde ve yapılan işle bağlantılı olarak gerçekleşen zarar verici olayların iş kazası sayılması, genel anlamda dünyada kabul görmüş ortak bir kriter haline gelmiştir.

İş kazasına ilişkin en dikkat çekici tanımlamalardan biri Alman mevzuatında kendisine yer bulmuştur. Alman Sosyal Kanunu'nun Yedinci Kitabının sekizinci başlığında iş kazası kavramı, oldukça detaylı şekilde ele alınmış ve sigorta yardımlarına konu olan bu olgunun çerçevesi olabildiğince net çizilmiştir. Alman Sosyal Kanunu'nun yedinci kitabın sekizinci bölümünde düzenlenmiş olan iş kazası, sigortalıların çalışma kapsamının ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği,

<sup>36</sup> Yargıtay 21. HD., 01.10.2018 T, 2016/20543 E, 2018/6879 K, Çalışma ve Toplum, S.61, Birleşik Metal İş Basın Yayın, İstanbul 2019, s.1549-155.; Yargıtay 21. HD., 16.11.2009 T, 5752 E 2009/14932 K., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.26, Legal Yayıncılık, 2010 İstanbul, s.840.

<sup>37</sup> Yargıtay 21. HD., 19.02.2013 T., 2012/11004 E. 2013/2889 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasi/IstemciWeb/>

<sup>38</sup> YILMAZ, Aslı, Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve AngloSakson Sistemlerinden Birer Örnek ile Türk Hukuku Karşılaştırması, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Y.6, S.11, s.123.

<sup>39</sup> U.Ç.Ö. Sözlüğü, ILOSTAT, Glossary, <https://ilostat.ilo.org/glossary/occupational-accident/>

kanunun 2. 3. ve 6. bölümünde “belirtilen kapsamlardaki sigortalılık faaliyetlerinden doğan kazalar” olarak ifade edilmiştir. Kazalar ise, “belirli bir zaman diliminde vücut üzerinde dışarıdan bir etki doğuran, bir sağlık sorununa ya da ölüme sebep olan olay olarak tanımlanmıştır.<sup>40</sup> Hükme göre iş kazası, sigortalının yasada belirtilen bir sigortalılık faaliyetinden doğan kazayı ifade etmektedir.

Fransız Sosyal Güvenlik Kanununu L 411-1.maddesindeyse iş kazası, sebebi ne olursa olsun, iş veren ve iş veren vekili dahil herhangi bir çalışan veya işçiye yönelik, işten veya iş sırasında, herhangi bir yerde meydana gelen kaza olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Fransız Sosyal Güvenlik Kanununda geniş bir çerçeve çizilmiş olmakla birlikte iş kazasıyla ilgili tanımlama yapmak yerine bir kazanın hangi hal ve koşullarda iş kazası olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Kıta Avrupa’sından çok farklı bir hukuk sistemine sahip olan İngiltere’de ise, iş kazasını tanımlayan tek, spesifik ve bütüncül bir metne rastlanmamaktadır. Bununla beraber İngiliz içtihat hukukunda kabul edildiği üzere, iş kazasının üç temel ayağı vardır. Bunlar:

- Olaya bir “kaza”nın sebep olması,
- Kazanın yapılan işten ötürü veya yapılan iş sırasında ortaya çıkması,
- Kazanın kişisel (bedeni ya da ruhi) zarar doğurması şeklinde tanımlanmıştır.<sup>41</sup>

Dikkat edilirse Alman Hukuku ve Fransız Hukuku düzenlemelerinde yargı organlarının yorum alanı dar kalırken, Anglo-Sakson hukuk düzeninde yargısal yorum öne çıkmaktadır. Türk Hukuk sistemi ise bu bağlamda sistemsel olarak Kıta Avrupası içinde olmakla birlikte; Alman Hukuku ile kıyaslandığında iş kazası düzenlemesinde bazı açılardan yargısal yoruma daha açık bir düzenlemeye sahiptir. Bunun sebebi Türk Hukukundaki yaklaşımın nispeten daha az detaylı düzenlenme metoduna tabi olmasıdır.<sup>42</sup> Türk Hukuk sisteminin Kıta Avrupası Hukuk sistemi içinde olması, temelde iş kazasının hukuki düzenlemesinde ortak bazı değerlerin esas alınması sonucunu beraberinde getirir de, Türk Hukuku ile Kıta Avrupası Hukuk sistemleri kıyaslandığında, esaslı farklılıkların bulunduğu su götürmez bir gerçektir. Bu durumun en önemli sebeplerinden biri iş kazasının, niteliği itibarıyla hem işçi, işveren ilişkileriyle ilgili olması sebebiyle iş hukuku alanıyla, hem de mesleki risklerin giderilmesi açısından sosyal güvenlik hukukuyla doğrudan ilgili olmasıdır.

<sup>40</sup> Sosyal kanun 8. Bölüm tam metni için, bkz., [http://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_7/\\_8.html](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_8.html)

<sup>41</sup> WIKLEY, N. J/ OGUS, A., The Law of Social Security. Fifth Edition: OUP Oxford 2002, s.721.

<sup>42</sup> YILMAZ, s.123.

## **2. Türk Hukukunda İş Kazası**

### **a. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda İş Kazası**

Türk hukukunda iş kazası ayrı ayrı hem 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda, hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini yürürlükten kaldıran, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda düzenlenmiştir. 2008 yılında yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun ile aslında iş kazalarının sosyal güvenlik sistemi açısından hukukî sonuçları düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun, bu bakımdan iş kazası ile karşılaşan çalışanlara ve ölümleri hâlinde de geride kalan hak sahiplerine bu Kanun kapsamında sağlanan haklardan yararlanabilmeleri için hangi hâllerin iş kazası olarak nitelendirilebileceğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanunun ilk halinde, 13. maddede sayılan ve iş kazası olarak kabul edilen durumların 4/1, a, 4/1, b ve 4/1, c sigortalıları yönünden uygulanacağı kabul edilmişken, 14.07.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanunun 65. maddesi ile yapılan değişiklikle, 4/1, c kapsamındaki sigortalılar bu madde kapsamından çıkarılmıştır. Kanunun halihazırdaki düzenlemesine göre, iş kazası hükümleri, yalnızca bir hizmet akdiyle çalışan sigortalılar ile bağımsız çalışan sigortalılar hakkında uygulanacaktır.<sup>43</sup>

5510 sayılı Kanunda kavramsal olarak açık bir tanıma yer verilmemiş olmakla birlikte, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda<sup>44</sup> iş kazası, "işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı... ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır (6331 sayılı Kanun, m. 3/1, g). Maddenin gerekçesinde bu tanımın, 5510 sayılı Kanundaki tanımı de kapsayacak, daha genel/üst bir tanım olduğu belirtilmiştir.<sup>45</sup> Gerekçede ayrıca iş kazası kavramının bu şekilde geniş tutularak 5510 sayılı Kanun'daki tanımın kısıtlanmamasının sağladığına yer verilmiştir. 6331 sayılı Kanun'un 3/I-g hükmüne göre bir olayın iş kazası sayılabilmesi için kazanın işyerinde ya da işin yürütümü nedeniyle olması ve çalışanın ölümüne, vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ruhen ya da bedenen engelli hâle gelmesine neden olması gerekmektedir. Ancak 6331 sayılı Kanun'da sigortalı yerine çalışan kavramı kullanılarak iş kazasının kapsamı genişletilmiş gibi görünse de 5510 sayılı Kanun'da yalnızca işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen kazalar değil, bununla birlikte sigortalının işyeri dışında başka bir yere görevli olarak gönderilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının süt izni sırasında ve sigortalının işveren tarafından sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen kazalar da iş kazası sayılmıştır. Bu bakımdan gerekçenin aksine 6331 sayılı Kanun'daki iş kazası kavramının 5510 sayılı Kanun'dakinden daha

<sup>43</sup> YÜKSEL, Hasan, *Sosyal Güvenlik Hukuku, Primli & Primsiz Rejim*, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, s.121; ARICI Kadir, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s.316.

<sup>44</sup> R.G., T.30.06.2012.

<sup>45</sup> [www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf) (15.01.2010).

dar olarak düzenlendiği kanaatindeyiz. 6331 sayılı Kanun'daki iş kazası tanımında 5510 sayılı Kanun'daki iş kazası ifadesine göre iş kazasının sigortalıyı ruhen ya da bedenen engelli hâle getirmesine ilişkin olarak kullanılan "hemen veya sonradan" ifadeleri bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Zira bu ifade, 6331 sayılı Kanun'daki iş kazası tanımında yer almamıştır. 6331 sayılı Kanun'daki bir başka farklılık da yukarıda da değindiğimiz üzere bu Kanun'da "çalışan" kavramının kullanılmış olmasıdır. Buna göre kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen herkes kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın çalışan olarak kabul edilmektedir.

İş kazası kavramı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda ise 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre iş kazası:

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay" olarak hüküm altına alınmıştır.

Bu hükmün tam anlamıyla tanım içeren bir düzenleme olduğu söylenemese de, hukuk tekniği açısından tanımlayıcı bir hukuk kuralı olduğu söylenebilir. Bu konudaki bir Yargıtay kararında, "Anılan hüküm tanımlayıcı hüküm niteliğindedir ve bir konuda tanımlayıcı hüküm olunca, tanımlamada o hükmün göz önünde tutulmasına yasal ve hukuksal zorunluluk vardır. Daha açık bir anlatımla, nasıl, bu hükmün dışında bir olayı bu hükmün belirlediği tanıma uymamasına rağmen başka bir görüş ve esastan hareketle, iş kazası saymak mümkün değilse, bu tanımın belirlediği bir çerçeveye giren bir olayı da, aynı şekilde iş kazası olarak tanımlamamak mümkün değildir" ifadeleriyle hükmün tanımlayıcı hukuk kuralı yönü vurgulanmıştır.<sup>46</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer bir şekilde, iş kazasının yasada tanımlanmadığını, ancak bir kazanın hangi hal ve durumlarda iş kazası sayılacağına yer ve zaman koşullarıyla sınırlanarak Kanunda belirtildiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iş kazasını "maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana

<sup>46</sup> Y. 10. HD, T. 04.02.1980, 1980/6407 E., 1980/624 K., **Kazancı İçtihat Bankası**, Erişim Tarihi 27.09.2020.



gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olay” olarak tanımlamıştır.<sup>47</sup> Bir başka Yargıtay kararında ise, “işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu bir zamanda vukua gelen her kaza iş kazasıdır” tanımlaması benimsenmiştir.<sup>48</sup> Doktrindeki yaklaşımlara bakıldığında ise genellikle aynı tanım üzerinde bir uzlaşma olması dikkat çekicidir. Bu kapsamda iş kazası genel itibariyle, işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada, işveren için yaptığı iş veya bu iş nedeniyle aniden ve dıştan gelen olay sonucu onu bedenen veya ruhça zarara uğratan olay şeklinde ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Buna karşın doktrindeki bir diğer tanım ise geniş bir yaklaşım benimsenmiş ve “birdenbire veya hiç değilse kısa bir zaman parçası içinde meydana gelmiş zarar verici bir olay” iş kazası olarak kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Daha dar bir yaklaşımı tercih eden yazarlar ise sigortalının çalıştığı sırada iş gücüne zarar veren her olay, genellikle sosyal sigorta bakımından bir mesleki riski anlamında iş kazasıdır ifadesini benimsemişlerdir.<sup>51</sup> Ancak netice itibariyle 5510 sayılı Kanununun anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere, Sosyal Sigortalar Hukuku anlamında iş kazasının unsurları; bir kazanın (zarar verici olay) meydana gelmesi, kazaya maruz kalanın sigortalı olması, kaza sonucunda sigortalının ruhen veya bedenen engelli hale gelmesi, kaza ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı bulunması ve kazanın maddede belirtilen (md. 13/1(a)’dan (e)’ye kadar sayılan) hallerden birine uygun olarak gerçekleşmesidir.<sup>52</sup> Nitekim Yargıtay da, bir olayın iş kazası sayılabilmesi için, sigortalıyı ruhen veya bedenen engelli hale getiren olayın, Kanun’un belirlediği hal ve durumlardan birinde meydana gelmiş bulunmasını gerekli ve yeterli saymıştır. Buna göre, Kanunda belirlenen sınırlı durumlar dışında meydana gelen olayların iş kazası olarak kabulü mümkün olmayıp; ayrıca, söz konusu sınırlı hallerin birlikte gerçekleşmesi değil, herhangi birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir.<sup>53</sup>

## **b. İş Kazasının Unsurları**

5510 sayılı Kanun düzenlemesinde iş kazası, bir kavram olarak doğrudan tanımlanmamış, hangi hallerin iş kazası sayılacağı açıklanmak suretiyle ifade

<sup>47</sup> Yargıtay H.G.K., 13.10.2004 T., 21-529/527, **İ.B.D.** 2005/3, s.165-169.

<sup>48</sup> Y. 9.H.D., T.13.3.1967, E.2441, K.1970, **Kazancı İçtihat Bankası**, Erişim Tarihi 27.09.2020.

<sup>49</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara 1974, s.5; TUNCA Y. A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s.148-149; SAYMEN, Ferit Hakkı/EKONOMİ, Münir, **Sosyal Sigortalar Tatbikatı**, İstanbul 1966, s.84; ŞAHBAZ, Zübeyde Başboğa, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zarar Hesabına İlişkin Esaslar**, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s.12; SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Güvenliği)**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.90

<sup>50</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, İstanbul 1982, s.311.

<sup>51</sup> İZVEREN, Adil, **Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar**, Ankara 1970, s.202.

<sup>52</sup> ŞAKAR, Müjdat, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.259-260.

<sup>53</sup> Y. 10. HD, T., 31.10.2011, E.2010/6264, K. 2011/14971; Y. 21. HD, T.20.11.1997, E.1997/7353, K. 1997/7596; Y.H.G.K., T. 13.10.2004, E.2004/21-529, K. 2004/527, **Kazancı İçtihat Bankası**, Erişim Tarihi 25.10.2020.

bulmuştur.<sup>54</sup> Diğer bir deyişle Kanunda iş kazasıyla ilgili olarak doğrudan bir tanım verilmesi yerine, bir kazanın hangi hal ve durumlarda iş kazası olarak kabul edileceği belirtilmiştir.<sup>55</sup> Bir başka ifadeyle 5510 sayılı kanunda iş kazasının unsur ve koşulları sayılmıştır.<sup>56</sup> Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere, Sosyal Sigortalar Hukuku anlamında iş kazasının unsurları; bir kazanın meydana gelmesi, kazaya maruz kalanın sigortalı olması, kaza sonucunda sigortalının ruhen veya bedenen engelli hale gelmesi, kaza ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı bulunması ve kazanın maddede belirtilen (md. 13/1(a)'dan (e)'ye kadar sayılan) hallerden birine uygun olarak gerçekleşmesidir.<sup>57</sup> Söz konusu hüküm gereğince bir olayın iş kazası sayılabilmesi için, kazayı geçiren kişinin sigortalı olması, sigortalının işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde bulunması, olayın işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle meydana gelmesi, kaza ile sonuç arasında uygun bir illiyet bağının bulunması, kaza sonucu bedence veya ruhça özre uğraması ve bu unsurların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak iş kazası işin yürütümü sırasında meydana gelen olayı ifade etmekte ise de, yapılan işle ilgisi olmayan bazı hal ve durumlarda meydana gelen olayları da kapsadığı gözden uzak tutulmamalıdır.

#### **(a) Kazaya Uğrayan Kimsenin Sigortalı Sayılması**

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından iş kazasının varlığından söz edebilmek için öncelikle, kazaya maruz kalan kişinin sigortalı olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir olayın iş kazası sayılabilmesi için ilk koşul, kazaya uğrayan kimsenin sigortalı sıfatını taşımasıdır. 5510 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde sigortalı, "Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödemesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi" olarak tanımlanmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinde, tüm sigorta kolları açısından sigortalı sayılanlar, 5. maddesinde bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar sayılmış, 6. maddesinde de kimlerin sigortalı sayılmayacağı belirtilmiştir. Kanunun 7. maddesinde, sigortalılığın başlangıç tarihi düzenlenmiş, 92. maddesinde ise "sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir" denilmek suretiyle sigortalılığın zorunlu olduğu belirtilmiştir. Buna göre, Kanunun 4. ve 5. maddeleri kapsamında olup da 6. maddede sayılanlar arasında olmayan kişiler, 7. maddede öngörülen başlangıç tarihine göre zorunlu sigortalı olacaklarından, bu kişilerin SGK'ya bildirilmemiş olmaları, sigortalılık niteliklerine, başka bir ifade

---

<sup>54</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri. **Çalışma ve Toplum**, 2006/1, S.8, s.54.

<sup>55</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, Beta Yayınları, İstanbul 1990, s.259; TAŞKENT, Savaş, **İş Kazası Kavramı**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 1951; SÖZER, A. Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.1893; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s.360

<sup>56</sup> TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.392.

<sup>57</sup> ŞAKAR, s.259-260.

ile sigortalı sayılmalarına engel olmayacaktır.<sup>58</sup> Kazaya uğrayan kimsenin 5510 sayılı Kanunda tanımlanan sigortalılık sıfatını taşıyamaması durumunda, meydana gelen olay söz konusu Kanunun uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Meydana gelen olayın iş kazası olup olmadığı değerlendirilirken, sigortalı için prim ödenmiş olması veya sigortalının belirli bir süre çalışmış olması gibi koşullar aranmayacağı gibi, iş kazasının meydana geldiği tarihte sigortalının yaşının küçük olması veya sigortalının emekli iken çalışıyor olması da önem arz etmeyecektir.<sup>59</sup> Aynı şekilde, sigortalının kısmi zamanlı veya tam zamanlı çalışması da iş kazası yönünden fark yaratmayacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki kazaya uğrayanın fiilen sigortalı olması yani sigortalılık niteliklerine sahip olması şarttır. Bu bağlamda, gerçekte bir hizmet ilişkisine bağlı olarak fiilen çalışmadığı halde sigorta primleri yatırılan ve sadece kaydi olarak sigortalı görünen bir kişinin kazaya uğraması halinde, iş kazasının varlığından söz edilemeyecektir.<sup>60</sup> Kısacası, burada “sigortalı” kavramı, işverene bağlı olarak çalışan iş göreni ifade etmektedir. Kayıt dışı çalıştırılıyor olması, “sigortalı” olması gereğini ve bu sıfattan dolayı doğacak haklarını ortadan kaldırmamaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında bulunan ve 4207 sayılı Yasa ile değişik 3308 sayılı Mesleki Eğitim Yasasında düzenlenen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrenciler, sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışan emekliler ve ayrıca ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, sanatçılar, koruma bekçileri ve genel ev kadınları da iş kazası kapsamı içerisindedir. Öte yandan elliden az işçinin çalıştığı tarım ve orman işleri İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalmasına karşın, söz konusu işlerde sürekli olarak çalışan tarım işçileri 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı kabul edildiklerinden, bu kişilerin maruz kaldıkları kazalar da iş kazası olarak kabul edilmektedir.

### **(b) Kazanın Gerçekleşmiş Olması**

Borçlar hukuku açısından kaza, borçlunun kusur ve iradesi dışında meydana gelen, önceden görülemeyen, kaçınılması mümkün olmayan zarar doğuran ve borçluyu sorumluluktan kurtaran herhangi bir olaydır. Genel anlamda kaza, can ya da mal kaybına neden olan kötü olay şeklinde tanımlanır. İş kazasından söz edebilmek içinse, sonuçları dışa yansıyan bir kazanın gerçekleşmiş olması

<sup>58</sup> SÖZER, Ali Nazım, **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.331

<sup>59</sup> AKDENİZ, Ayşe Ledün, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği**, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, Legal Yayınevi, İstanbul 2014, s.10.

<sup>60</sup> ERTÜRK, Şükran, **Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 (2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi)**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2018, s.821-822.

gerekmektedir. İş kazası olarak değerlendirilebilecek kazalar, ani ve belirli şiddette dış etki sonucu oluşarak sigortalıyı bedence ya da ruhi olarak zarara uğratan olaydır.<sup>61</sup> Başka bir deyişle, iş kazaları açısından kazanın sonuçlarının “sigortalı” üzerinde etki ve sonuç doğurma zorunluluğu bulunmaktadır. Sadece mal varlığı veya eşya üzerinde sonuç doğuran kazaların iş kazası olarak kabulüne imkân bulunmadığı düşünülebilirse de buna bir istisna olarak işçinin protez organlarında oluşan zararlar da iş kazası kapsamına dahil kabul edilmelidir.<sup>62</sup> Kanaatimizce de vücut tamlığı kavramı geniş yorumlanmalı, vücuda takılan yapay organlar ve protezler, vücudun ayrılmaz bir parçası halini aldığı ölçüde, iş kazası kavramına dâhil sayılmalıdır.

Gerçekleşen bir olayın iş kazası olarak değerlendirilebilmesi için sigortalıda bedence veya ruhça arıza oluşturan veya ölümüne neden olan olayın, dış etki sonucu ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Yine, sigortalının kastı veya suç sayılır bir hareketi sonucu olayın meydana gelmiş olması, iş kazası sayılma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.<sup>63</sup> İşyeri sınırları içerisinde sigortalının intihar sonucu vefat etmesi durumlarında her ne kadar görünürde bir dış etki olmadığı düşünülse de intihar olaylarında kişinin intihar eylemini gerçekleştirdikten hemen sonra fakat ölümden çok kısa bir süre önce intihar iradesinden vazgeçtiği, bu iradesini eyleme dökmemesinin mümkün olmaması sonucunda ölümün gerçekleşmiş olduğu, dolayısıyla ölen kimsenin iş kazası geçirdiği kabul edilmektedir.<sup>64</sup> Nitekim Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2016/21 sayılı Genelgesinde<sup>65</sup> sigortalıların işyeri sayılan yerlerde; avluda yürürken düşmesi, dinlenme saatinde top oynarken ayağının burkulması, bahçede meyve ağacından meyve toplarken düşmesi, tarlada çalışır iken traktör ile kaza geçirmesi, yemek yerken elini kesmesi, dinlenme odasında dinlenirken sobadan zehirlenmesi, işyerinde intihar etmesi, işyeri sınırları içinde bulunan havuzda boğularak ölmesi, ücretli izinli bulunduğu sırada çalıştığı işyerindeki arkadaşlarını ziyaret için geldiğinde kaza geçirmesi, araçlarla çalışanların bu araçlarda geçirecekleri kazaların iş kazası olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Buna göre Kurum uygulamasında, olayın harici bir etkenle olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, Kanununun 13. maddesinde sayılan unsurlar çerçevesinde gerçekleşen tüm kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir.

İş kazalarında kazaya neden olan etki kısa bir zaman aralığında ortaya çıkmaktadır. İş kazalarında etki ani olarak ve genellikle bir defaya mahsus şekilde ortaya çıkmakta ve sigortalının vücut ya da ruh bütünlüğüne zarar veren sonuçlar doğurarak sona ermektedir. Nitekim iş kazalarını meslek hastalıklarından ayıran en önemli unsur, kazanın aniden olmasıdır. Gerçi, niteliği gereği zehirlenme gibi

<sup>61</sup> EREN, s.6; TUNCAY, s.149.

<sup>62</sup> TUNÇOMAĞ, s.317; ŞAHBAZ, s.29-30.

<sup>63</sup> ÇOLAK, Mahmut, **Sosyal Sigortalar ve İş Hukuku Uygulama Rehberi**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, Ekim 2005, s.179.

<sup>64</sup> GEÇER, Bekir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2004, s.26.

<sup>65</sup> 29.09.2016 tarihli Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları Genelgesi.

birtakım kazalar nispeten daha uzun bir süre içerisinde oluşabilir. Ancak bu süre dahi fazlaca zaman içermeyen, tekrerrür etmeyen, tedrici olmayan bir olayın varlığına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

### **(c) Kaza Olayının Bedence ve Ruhça Zarar Vermesi**

Herhangi bir kazanın 5510 sayılı Yasa hükmünce iş kazası sayılabilmesi için kazanın sigortalıyı bedence veya ruhça bir arızaya uğratması gerekmektedir. Yani kaza geçiren kişinin beden ya da ruh bütünlüğünde bir bozulma veya zarar meydana gelmesi gerekmektedir. Bedence ya da ruhça arıza veya zarara uğrama halinin hemen ya da sonradan ortaya çıkmış olmasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla sigortalının iş kazası sonucunda sigorta yardımlarına hak kazanabilmesi için hemen veya sonradan bir zarara uğraması gereklidir.<sup>66</sup> Söz konusu zarar kapsamına gelir kaybının yanı sıra, vücut bütünlüğünde ve ruhta ortaya çıkan zararlar ile ölüme girmektedir.<sup>67</sup> Dolayısıyla bedenen sağlıklı durumda olan sigortalının kaza sonucunda psikolojik olarak zarara uğraması halinde dahi olay, iş kazası olarak kabul edilecektir. Netice itibariyle meydana gelen kazanın sigortalının vücut bütünlüğüne zarar vermesi esastır. Sigortalının malvarlığında meydana gelen zararlar, örneğin sigortalının elbisesinin yırtılması, çantasının yanması gibi olaylar iş kazası olarak kabul edilmeyecektir.

Görüldüğü üzere sigortalı işçinin maruz kalmış olduğu iş kazası nedeniyle “hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale gelmesini” diğer bir anlatımla “hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen zarara uğramasını”, 5510 sayılı Kanunun, 13’ üncü maddesinin 3 Mayıs 2013 tarihli ve 28636 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 25.04.2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1’ inci maddesiyle değiştirilmeden önceki hali dikkate alındığında “hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğramasını” ifade etmektedir. Dolayısıyla, sigortalıların maruz kaldıkları kaza olaylarının, 5510 sayılı Kanun kapsamında bir iş kazası olarak kabulü için, iş kazasının diğer unsurları/şartlarıyla birlikte, söz konusu olay nedeniyle sigortalının hemen veya sonradan “bedenen ya da ruhen engelli hale gelmesi/zarara uğraması/özre uğraması” unsurunun da varlığı şarttır. Zira sigortalının hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen herhangi bir şekilde zarara uğraması söz konusu değilken bir iş kazasından bahsedilebilmesi mümkün değildir. Örneğin, işverenin yanında hizmet akdine tabi çalışan sigortalılar ile kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalı işverenin, işyeri sınırları içerisinde bulunan malzeme hangarında çalışırken ve malzemelerin

---

<sup>66</sup> Yargıtay 21. HD 29.04.2013, 2012/3393 E., 2013/8223 K. sayılı kararda, işyerinde muhasebe müdürü olarak çalışanın farklı işyerlerince ortak kullanım alanında olan otoparktaki aracın bagaj kapağını açarken beyin kanaması geçirip hastanede vefat etmesini iş kazası kabul eden yerel mahkemenin kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “Somut olayda; davacının eşinin olay sırasında binmek üzere olduğu aracın kime ait olduğu, bu araç işyerine ait ise müteveffanın bu aracı hangi amaçla, hangi zaman dilimlerinde kullandığı gibi hususlar saptanmadan ve olayın meydana geldiği otopark, yerinde görülerek işyeri ile olan bağlantısı da araştırılmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz olmuştur.”. Legalbank, Erişim Tarihi, 25.10.2020

<sup>67</sup> YILMAZ, Gürbüz, İş Kazalarından Doğan Sorumluluklar, **Mühendislik ve Makina Dergisi**, C.46, S.543, s.5.

yerlerini değiştirirken, malzemeler devrilerek sigortalıların hafif şekilde yaralanmasına neden olmuş, sigortalılar kendi imkanları ile tedavi olmuşlar ve işlerine devam etmişler. Bu olay esnasında veya sonrasında herhangi bir zarar görmemişlerdir. Meydana gelen kaza olayı neticesinde sigortalıların vücut bütünlüğünde bir hasar meydana gelmemiş ya da manevi olarak olumsuz bir etkiye neden olmamış olması, olayın 5510 sayılı Kanun kapsamında bir iş kazası olarak kabul edilmemesini neden olmuştur. Ancak söz konusu olayda sigortalıların bedence veya ruhça zarara uğramaları unsuru da gerçekleşmiş olsaydı 5510 sayılı Kanun kapsamında bir iş kazasının kabulü mümkündür olabilecektir.

#### **(d) Uygun İlliyet Bağının Bulunması**

Sigortalının maruz kalmış olduğu her kaza iş kazası olarak nitelendirilmemektedir. Yani bir kaza olayının varlığı o olayın iş kazası olması için yeterli değildir. Söz konusu olayın iş kazası olarak kabul edilmesi için uygun illiyet bağının varlığı gereklidir.<sup>68</sup> Uygun illiyet bağı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun gerçekleşmesini kolaylaştıran sebeple sonuç arasındaki bağıdır.<sup>69</sup> Bununla birlikte Türk Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemesinde iş kazası, tek basamaklı bir illiyet bağı üzerine temellenmiş ve yürütülen işle meydana gelen kaza arasında herhangi bir ilişkinin bulunması gerekliliği öngörülmemiştir.<sup>70</sup> Ancak önemle belirtmek gerekir ki görülen işle kaza arasında nedensellik bağının aranması, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma borcundan kaynaklanmaktadır. Haliyle işveren iş güvenliği önlemlerini almadığı için bundan doğan zararlardan sorumlu olacağı için; bu sorumluluğun sınırının belirlenmesi anlamında meydana gelen kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranacaktır. Kaldı ki illiyet bağının tespiti, meydana gelen kazanın iş kazası olup olmadığını da ortaya koyacaktır.<sup>71</sup> İşverenin emir ve

<sup>68</sup> SÜZEK, Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s.240.

<sup>69</sup> UYAR, Turgut, *Açıklamalı İhtihathlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, C. 2, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2003, s.1287.

<sup>70</sup> UYAR, s.1287.

<sup>71</sup> Yargıtay 21. HD 25.11.2013, 2012/17141 E., 2012/21766 K. sayılı kararında, iş kazası tespiti istemine ilişkin davada yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kazazede merhum, bilgisayar şirketine bağlı sigortalı olarak Şırnak Devlet Hastanesi'nde otomasyon biriminde görevlidir. Olay günü, çocuğa cinsel istismar suçundan cezaevinde tutuklu bulunan bir mahkûm tedavi için hastaneye getirilir; akabinde halk bu kişiye linç girişiminde bulunur. Bu sırada hastane kampüsünde tek katlı bir inşaatla çalışan işçiler tutuklu kişiye taş atarlar. Bu işçileri uyarmak için inşaatçı çıkan kazazede sigortalı, çıkan tartışma sonucu ateşli silahla öldürülür. Yerel mahkemenin iş kazası tespitini Yargıtay şu düşünceyle bozmuştur: "Somut olayda, davacılar murisi Şırnak Devlet Hastanesi bilgisayar otomasyon sistemine veri girişi içinde çalışmaktadır. Vefat ile sonuçlanan olay ise hastane bahçesinde bulunan ve yapımı devam eden inşaat halindeki tek katlı binanın üzerinde meydana gelmiştir. Ayrıca davacılar murisinin inşaat halindeki bina üzerinden taş atan kişileri yatıştırmak, onlara engel olmak veya onları aşağı indirmek gibi herhangi bir görevi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla olay işverinde ve işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle meydana gelmemiştir. Meydana gelen olayla murisin yaptığı iş arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu nedenlerle davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı

talimatı altında, üstlenmiş olduğu hizmet edimini ifa ederken kazaya maruz kalan sigortalı yönünden, görülen işle uğranılan kaza arasında uygun illiyet bağı gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>72</sup>

İllyet bağı iş kazaları açısından iki yönde kurulabilir. Sigortalının gördüğü iş ile meydana gelen kaza arasında bir bağıın mevcudiyeti gereklidir. Uğranılan kazanın, görülen iş dolayısıyla meydana gelmesi durumunda iş ile kaza arasında illiyet bağıının var olduğu kabul edilmektedir. Örnek bir olayda, mezbaha işyerinde haftada iki gün gelip kesim yaparak çalışan sigortalı, o gün sarhoş durumda çalışırken bıçağı hayvana saplayacağı yerde bacağına saplayarak kan kaybindan ölmüştür. Yargıtay olayı SSK md.11/A ‘nın a ve b fıkraları göz önüne alınıp değerlendirerek bunu iş kazası saymıştır.<sup>73</sup> Bu olayda işçi sarhoş dahi olsa çalışırken uğranılan kaza iş kazasıdır. Çünkü olay işyerinde ve işverenin otoritesi altında, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelmiştir. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki iş kazası tanımlamasının yapılması için kazanın işyerinde gerçekleşmesi zorunlu bir unsur değildir. Yapılan işle ilişkili olmak koşuluyla kaza işyeri dışında gerçekleşse dahi doğan kazalar iş kazasıdır. Fiziki olarak işyerinin bulunduğu yer dışında işçinin görevli olarak başka bir yere gönderildiğinde kaza geçirmesi hali iş kazasıdır. Süt iznine giden kadın işçinin süt izni zamanında kaza geçirmesi hali de yine iş kazasıdır.<sup>74</sup>

Olayın iş kazası olarak değerlendirilmesinde sigortalının kendi dikkatsizliği kusur ya da kastının da bir önemi yoktur. Belirtmek gerekir ki, “bir olayın meydana gelmesi” ifadesi ile, sonucunda bir zararın meydana geldiği, ani veya kısa sürede gerçekleşen bir olay ifade edilmektedir. Türk Hukukunda olay kavramına, sigortalının kastı ya da kusuru ile meydana gelen olaylar -örneğin intihar- da dâhil edilmiştir. Böyle bir durumda bile olay iş kazası olarak kabul edilecektir.<sup>75</sup> Her ne kadar iş kazası tanımı yapılması hususunda olayın işyerinde gerçekleşmesi zorunlu olmamakla birlikte Yargıtay iş kazasının oluşumu için kazanın işyeri sınırları içerisinde meydana gelmesini yeterli bulmakta, ayrıca kazanın yapılan işle ilişkisi olup olmadığını araştırmamaktadır. Örneğin Yargıtay

---

olup bozma nedenidir.” Bu karara göre hastane bahçesindeki inşaat, işyerinden sayılmamış, bu yüzden de iş kazası kabul edilmemiştir. **Legalbank**, Erişim Tarihi, 17.10.2020

<sup>72</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.14.

<sup>73</sup> Y. 10.HD, T. 23.3.1992, E.91/12579, K.92/3624, **Y.K.D.**, Mayıs 1992, s.172.

<sup>74</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.6.1983 tarihli, 382/652 sayılı kararında bir kadın işçinin süt izni süresi içinde işyerine gitmek üzere yolda karşıdan karşıya geçerken bir aracın çarpması sonucu ölmesini iş kazası olarak kabul etmiştir. Yine Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Uygulamaları Genelgesi’nde de şöyle denilmektedir: “Kadın sigortalının çocuğunu emzirmek için belirlenen zamanda işyerindeki emzirme odasında merdivenden düşmesi sonucu meydana gelen kaza, çocuğun bulunduğu yere gidiş geliş esnasında geçirdiği trafik kazaları iş kazası sayılmalıdır.” **Legalbank**, Erişim Tarihi: 14.10.2020.

<sup>75</sup> Y. 10. HD, T.29.03.1979, E. 78/8413.,K. 79/2759; Yargıtay 10. HD, T. 05.07.2004, E.4465, K. 6429, **Legal İçtihat Bankası**, Erişim Tarihi, 27.09.2020.

işçinin düşmanları tarafından öç almak kastıyla işyeri sınırları içerisinde öldürülmüş bulunmasını iş kazası olarak kabul etmiştir.<sup>76</sup>

Kaza ile sigortalının uğramış bulunduğu bedensel veya ruhsal arıza arasında bir ilişkinin bulunması, başka bir ifadeyle, neden ile sonuç arasında bir bağın varlığı gereklidir. Yaşamın karmaşık olayları içinde her yöndeki illiyet bağının saptanması her zaman kolay değildir. Her şeyden önce, buradaki illiyet uygun illiyettir. Olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun meydana gelmesini kolaylaştıran nedene uygun neden, bu sebeple sonuç arasındaki bağı da, uygun illiyet bağı denilmektedir. Eğer sigortalının uğradığı zarar, olayların doğal akışına göre, faaliyetin beklenilmeyecek bir sonucu ise, bu durumda illiyet bağından söz edilemez. Örneğin, işyerinde çalışırken güneş çarpması sonucu hastaneye kaldırılan ve tedaviye alınan sigortalının, hastanede tedavi görürken tam iyileştiği sırada kalp krizinden ölmesi, göğsüne dolanan ip dolayısıyla göğsü şişen fakat aylar sonra kronik kalp yetmezliğinden ölen madencinin ölüm olaylarında kaza ile sonuç arasında bir illiyet bağından, dolayısıyla da bir iş kazasından söz edilemez.<sup>77</sup> Örneğin, işyerinde su baskını meydana gelmiş ve işyerindeki makine ve teçhizat hasar görmüştür. Dolayısıyla işyerinde üretim durduğu için işveren tarafından işçilere iki gün ücretli izin verilmiştir. Sigortalı işçi izinli olduğu süre zarfında birinci katta bulunan evinin balkonundan aşağıya dengesiz bir şekilde düşerek yaralanmış ve yedi gün iş göremez duruma düşmüştür. Bu durumda sigortalı su baskını olmasaydı işe gideceğini, işyerinde çalışıyor olacağını ve evde bulunduğu süre zarfında maruz kaldığı yaralanma olayının meydana gelmeyeceğini iddia ederek maruz kalmış

---

<sup>76</sup> Yargıtay 10. H.D., T. 30.04.1974, 38091/14209 , Yargıtay 21. H. D., T. 03.11.2004, 8871/9254, , **Legal İçtihat Bankası**, Erişim Tarihi 25.10.2020. Yargıtay 21. HD 18.06.2013, 2012/7530 E., 2012/12862 K. sayılı kararında ise, belediye başkanı tarafından başka bir köye gitmesi için görevlendirilen sigortalının kahvede oturduğu sırada husumeti olan başka bir kişi tarafından bıçaklanarak öldürülmesini iş kazası sayan yerel mahkemenin kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “Somut olayda, ölüm olayı işveren tarafından verilen işin yapıldığı esnada ve işyerinde meydana gelmemiştir. Muris kahvehanede otururken öldürülmüştür. Yasanın aradığı iş kazası unsurları bu olayda mevcut değildir. Bu nedenle murisin ölüm olayının iş kazası olmadığı açıktır.” Yargıtay’ın bu şekilde verdiği karara katılmak mümkün değildir. Yargıtay HGK 09.10.2013, 2013/21-102 E., 2013/1456 K. sayılı kararında, zararlandırıcı olayda işverenin sorumluluğu hususunda şunları belirtmiştir: “...illiyet bağının mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilmesi halinde işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Somut uyuşmazlıkta, pilotun üçüncü kişi olduğu ve pilotaj hatasının da sorumluluğun tüm halleri için gerekli illiyet bağı kesileceği gözetilmek suretiyle Mahkemece olayın niteliğine göre işverenin alması gerekli veya alabileceği önlemlerin olup olmadığı, varsa bunlardan hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar belirtilerek, işverene atfedilebilecek bir kusur veya üçüncü kişi olarak pilot hatasının bulunup bulunmadığı hususları ile, olayda mevcut ise kusurun aidiyeti ve oranının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirleneceği bir rapor alınıp irdelenerek, sonucuna göre karar verilmelidir. O halde, yetersiz kusur raporuna dayalı olarak olayda illiyet bağının kesildiğinin yöntemince kanıtlanamadığı gerekçesiyle davalı işverenin sorumluluğuna dair kararda direnilmesi isabetsizdir.” **Legalbank**, Erişim Tarihi, 13.10.2020.

<sup>77</sup> ÇOLAK, s.181.



olduğu kazanın iş kazası sayılması gerekeceğini ileri sürerek talepte bulunmuştur. Sigortalının uğradığı zararlar işyerinde yaşanan su baskını olayı arasında uygun illiyet bağından söz edilemeyeceğinden olayın bir iş kazası olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

## **II. BULAŞICI HASTALIKLARIN İŞ KAZASI, HASTALIK HALİ VE MELEK HASTALIĞI AÇISINDAN NİTELENDİRİLMESİ**

Son yıllarda ortaya çıkan ve kısa süre içerisinde bütün dünyaya yayılarak küresel salgın haline gelen önce H1N1 virüsü daha sonra ise SARS-CoV-2 virüsü, ekonomik ve sosyal hayatı etkilediği gibi hukuk alanında önemli etkileri olmuştur.<sup>78</sup> Özellikle SARS-CoV-2 virüsü, endüstriyel hayatı durma noktasına getirmiş dünyada ve ülkemizde iş yerlerinin büyük kısmının kapanmasına sebebiyet verdiği gibi nüfusun belli bir bölümünde ölümcül sonuçlara yol açmıştır. Bir bulaşıcı hastalık sanayi devriminden sonra ilk kez bu denli yoğun ve yıkıcı bir şekilde çalışma hayatını etkilemiştir. Bu kapsamda çalışma hayatını etkilediği ölçüde, iş hukuku açısından da ayrıca incelenmesi gereken bir konu haline gelmiştir. Söz konusu iki hastalık çalışma hayatında meydana getirdiği riskler doğrultusunda sosyal güvenlik hukukunda da önemli etkiler doğurmuştur. Bu kapsamda bu tip bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından yeni sınıflandırmalar, içtihatlar ve normatif düzenlemeler ortaya çıkmaya başlanmıştır. Bu sebeplerle önemli birer “paradigma” olan iki hastalığın ve diğer bulaşıcı hastalıkların, iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından etkileri de göz önüne alınarak, bulaşıcı hastalıkların sosyal güvenlik hukuku ve iş hukukundaki tanımlamasının yapılmasında birer model olarak ele alınmıştır.

5510 sayılı kanun anlamında bir olayın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için 13. maddedeki hallerden birine uygun olarak meydana gelen bir kaza neticesinde sigortalı işçinin ruhen veya bedenen zarara uğraması ve sigortalı işçinin uğradığı zarar ile iş kazası arasında illiyet bağı bulunması gerektiği açıktır. Bu bakımdan H1N1 ve SARS-CoV-2 virüslerinin pek çok kişide görülmesi karşısında, işçinin işini ifa ederken bulaşıcı bir hastalık ile enfekte olması halinin iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu sıkça karşılaşılabilecek bir soru olarak gündeme gelmektedir. Mevzuatta iş kazası kavramı geniş olarak ele alınmakta olup, 5510 sayılı Kanun Madde 13’te sıralanan hallerden birinin tek başına gerçekleşmesi halinde olay sosyal güvenlik hukuku açısından iş kazası olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay içtihatları uyarınca 5510 sayılı kanunun 13. maddesi kapsamında bir olayın meydana gelmesi halinde ilgili olayın, işçinin işi ile ilgili olması şartı aranmadığı da açıktır. Zira Yargıtay kararları<sup>79</sup> çerçevesinde işçinin işyerinde kalp krizi geçirmesi dahi iş kazası olarak nitelendirilmiş olup, bu minvalde işçilerin 5510 sayılı Kanun Madde 13’te

<sup>78</sup> AYDOĞDU, Murat/ YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, **Kovid-19 Salgının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.129.

<sup>79</sup> Y.H.G.K., T.03.02.2010, E.2010/21-36, K.2010/67, **Kazancı İctihat Bankası**, Erişim Tarihi 24.10.2020.

sıralanan hallerden birinin gerçekleşmesi suretiyle bulaşıcı bir hastalık ile enfekte olmaları da iş kazası olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte işçinin işini ifa ederken bulaşıcı bir hastalığa yakalanmasının iş kazası olarak değerlendirilmesinde bulaşıcı hastalıkların kuluçka sürelerinde etkilerini derhal göstermemesi ve zararın sonradan ortaya çıkması hususları, hastalığın işçinin işini ifa ederken işçiye bulaştığının kanıtlanması açısından zorluk teşkil etmektedir.

Bu kapsamda COVID-19 ile ilgili yapılan hukuki düzenlemeler ve bilimsel değerlendirmeler, bulaşıcı hastalıkların nitelendirilmesi açısından ayrı bir önem arz eden hale gelmiştir. Özellikle, kuluçka süresinin 1-14 gün arasında seyrettiği bilgisi göz önünde bulundurulursa, işçinin bir iş seyahatinde veya işyerinde ile SARS-CoV-2 virüsü ile enfekte olması halinde hastalığın etkilerinin işçide kendisini göstermesi 14 güne kadar uzayabilecektir. Olası bir yargılamada, iş kazasının tespitinde işçinin bulaşıcı hastalığa ilişkin şikâyetlerinin başladığı tarih ve kuluçka süresi dikkate alınarak işçinin SARS-CoV-2 ile hangi tarihte ve nasıl enfekte olduğunun araştırılması gerekecektir. Bu sonuç Yargıtay'ın SIV (H1N1) hastalığına yönelik iş kazası tespiti hususundaki kararı ile de uyumlu bir sonucu ihtiva etmektedir.<sup>80</sup> Söz konusu kararda Yargıtay, bir bulaşıcı hastalığa sebebiyet veren H1N1 virüsünü, işçiye işini ifa ederken bulaşmasını ve bu virüs nedeniyle vefat etmesini iş kazası olarak değerlendirmiştir. Bu karar, SIV (H1N1) gibi bulaşıcı bir hastalık olan ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen COVID-19 için de önemli bir emsal niteliği taşıyabilecektir.

SARS-CoV-2 virüsünün Türkiye de yayılmasından bir süre sonra idari kuruluşlar birbiriyle çelişen görüş bildirimlerinde bulunmuştur. Sağlık kuruluşlarında çalışırken COVID-19 hastalığına yakalanan personelle ilgili olarak hangi uygulamanın yapılması gerektiğine ilişkin başhekimliklerce talep edilen görüş yazılarına ilişkin verilen cevaplardan bu durum anlaşılmaktadır. Söz konusu sorulara verilen cevaplarda, Bursa Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü tarafından, personelin ne zaman enfekte olduğu tam tespit edilemeyeceğinden dolayı iş kazası olarak değil meslek hastalığı bildirim yapılması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.<sup>81</sup> Ankara İl Sağlık Müdürlüğü tarafından verilen cevapta ise iş kazası bildirim yapılması yönünde görüş bildirilmiştir.<sup>82</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, SARS-CoV-2 virüsüyle ilgili olarak düzenleyici bir idari işlem olan genelge yayınlayarak COVID-19'un bir bulaşıcı hastalık olduğunu bu sebeple iş kazası yada meslek hastalığı değil hastalık kapsamında işlem yapılması gerektiğini

---

<sup>80</sup> Y.21.H.D., T.15.04.2020, E.2018/5018, K.2019/2931, [www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7fcdc7cc-b533-4aca-9b01-61552b609abd](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7fcdc7cc-b533-4aca-9b01-61552b609abd)

<sup>81</sup> Bursa Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Osman Gazi Sosyal Güvenlik Merkezinin 06.04.2020 tarihli 35899187- 204.01.03-E.520570 sayılı yazısı.

<sup>82</sup> Ankara Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü Ankara Şehir Hastanesi Başhekimliği – 72300690-918.01 sayılı Coronavirus İş Kazası bildirim konulu yazısı.

düzenlemiştir.<sup>83</sup> Söz konusu genelge bütün bulaşıcı hastalıkları, hastalık olduğu için 5510 sayılı kanunda düzenlenen hastalık rizikosuna girdiğine yönelik bir düzenleme yapmıştır. Söz konusu düzenleme kanunun düzenleme mantığına tamamıyla aykırıdır. Bütün bulaşıcı hastalıkların hangi nedenden kaynakladığına, işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir neden kaynaklanıp kaynaklanmadığına, yapılan iş ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın hastalık olarak kabul edilmesi 5510 sayılı kanununa açıkça aykırılık teşkil etmektedir. 5510 sayılı kanun 14. Maddesinde düzenlendiği üzere meslek hastalıkları, sadece Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde belirtilen listede sınırlı sayıda sayılmış hastalıklardan ibaret olmayıp, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden ortaya çıkan hastalıklarda bu kapsamdadır. Bu durumda zarar verici olayın sırf bir hastalık olduğu için meslek hastalığı veya iş kazası kapsamı dışında kalacağı savunulamaz. Söz konusu genelge, Türkiye'nin imzalamış olduğu uluslararası anlaşmalara da aykırıdır. Kurum yayınladığı genelgeyle kanundan farklı olarak, eğer zarar verici olan olay bir hastalıksa kanundaki diğer hükümlerin yok sayılarak hastalık olarak kabul edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu kapsamda, kurum söz konusu genelgeyle bütün bulaşıcı hastalıkları ve hatta aynı mantıkla bakıldığında, örtülü olarak bütün hastalıkları, meslek hastalığı veya iş kazası olamayacağını düzenlemiştir. Her ne kadar yukarıda genelgeyi kanun sistematığına uygun olarak yorumlamaya çalışırken, listede yer alan hastalıkların hariç tutulduğu yönünde bir yorum yaptıysak da genelgeden bu durum dahi anlaşılmamaktadır. Başka bir ifadeyle genelgeye göre bütün bulaşıcı hastalıklar sırf hastalık oldukları için ve aynı mantıkla bakıldığında bütün hastalıklar da yine hastalık oldukları için meslek hastalığı veya iş kazası olarak kabul edilemeyecek, en iyi ihtimalle ise yorum yoluyla yönetmeliğe ekli listede yer alan hastalıklar meslek hastalığı kabul edilebilecektir. Pek tabi ki genelge 5510 sayılı kanunun meslek hastalıklarına ve iş kazalarına ilişkin hükümlerini yok saydığı için söz konusu sayılma yoluyla yönetmelikte listelenmiş hastalıklara ilişkin düzenlemeleri de yok saymış olabilir. Ayrıca söz konusu genelgenin yukarıda belirttiğimiz üzere 5510 sayılı kanun 14. Maddesinin yanı sıra, 13. Maddesini de yok saydığı aşikardır. Zira söz konusu genelgeye göre bulaşıcı hastalık, 13. Maddede belirtilen; sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında dahi meydana gelse ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre de uğratsa iş kazası olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

5510 sayılı kanun sistematığına tamamıyla aykırı olan bu genelgenin açıkça hukuka aykırı olduğu görüşünderiz. Bununla birlikte söz konusu genelge normlar piramitinin en altında da yer alsa bir düzenleyici işlemdir. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen dava da söz konusu genelgeyi uygulamaları gerekir

---

<sup>83</sup> T.C Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 07.05.2020 tarih 2020/12 sayılı genelgesi.

mi yada uygulamaları mümkünümdür soruları sorulabilir. Bilindiği üzere genelge yasa, tüzük ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, herhangi bir konuyu aydınlatmak, bir duruma dikkat çekmek gibi amaçlarla ilgili yerlere ve ilgililere gönderilen talimatlardır. Genelgeler bu kapsamda idari kuruluşlara yönelik olarak çıkarılırlar. Yürütme organının yargı organına talimat verme yetkisi olmadığı gibi kanunun uygulanmasında yol göstermesi de Anayasa gereği mümkün değildir. Zira Anayasanın 138. Maddesi de açıkça mahkemelere genelge gönderilemeyeceğini düzenlemiştir. Pek tabi ki idare kendi iç işleyişine dair veya personeline yönelik genelgeler çıkarabilecektir, bununla birlikte bu genelgelerde yasanın uygulanış şekli mahkemelere diretilemeyecektir. Aksi taktirde yargı bağımsızlığından veya hukuk devletinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Yargı kararlarında, 5510 sayılı kanuna uygun olarak, meydana gelen rizikonun iş kazası olarak nitelendirilmesi için zarara sebebiyet veren olayın ne olduğuna değil, 13. Maddede sayılmış koşullara uygun olarak meydana gelip gelmediği araştırılmıştır. Bu olay ister bir kalp krizi, ister intihar, isterse bulaşıcı hastalık olsun hiçbir önem arz etmemektedir. Bu sebeple genelgede zarar meydana getiren olayın sırf bulaşıcı hastalık olması sebebiyle iş kazası kabul edilmemesi yargı kararlarına da aykırılık teşkil etmektedir.

Kanımızca bulaşıcı hastalığın iş kazası mı, meslek hastalığı mı, yoksa hastalık hali mi oluşturacağıın tespiti açısından her somut olayın ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Bulaşıcı hastalık iş yerinde veya iş yeri sayılan yerlerde yeterli önlem alınmaması sebebiyle, örneğin işçilere maske taktırılmaması sebebiyle bulaşması durumunda 5510 sayılı kanunun 13. Maddesindeki tanım uyarınca iş kazası oluşmuş olacaktır. Yine çalışanın iş yerinde veya 13. Madde de belirtilen işleri yapması sırasında, solunum yoluna, göz mukozasına ya da açık yaralarına COVID-19 veya SIV (H1N1) hastası gibi bulaşıcı hastalığa sahip birinin öksürmesi, veya diğer vücut sıvılarının sıçrama ve bulaşma durumlarında zarar verici olayın gerçekleşmesi söz konusuysa iş kazası bildirim yapılmalıdır. Burada çalışanın hastalığa sebebiyet veren etkene belli bir süre maruz kalması ve tekrarlanması söz konusu değildir. Bu tip olaylarda çalışanın hastalığa yol açan etkene bir anlığına maruz kalması hastalığa yakalanması için yeterlidir. Hastalığın etkilerini daha sonra göstermesi ise maruz kalınan etkiyle ilgili bir olgu değildir. Zira aranan unsur, sağlığın bozulmasının bir müddet sonra gerçekleşmesi değil, hastalığa sebebiyet veren etkenin bir müddet devam ederek tekrarlanmasının sonucunda hastalığa sebebiyet vermesidir.

5510 sayılı kanunda iş kazası, sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlandığından, zarar verici olayın etkilerinin bir süre devam etmesi ve zaman içinde artması, buna bağlı olarak zarar sonucun daha sonra gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla, iş kazası ani bir olay şeklinde ortaya çıkıp, söz konusu olaya bağlı olan zarar, derhal gerçekleşebileceği gibi, etkileri daha sonra da ortaya çıkabilir. Sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağı bulunması koşuluyla olay iş kazası kabul edilmelidir. Dolayısıyla burada uygun illiyet bağının ispatı gerekmektedir. Bulaşıcı hastalığın

nerede, ne zaman bulaştığı tespit edilemiyorsa bu durumda iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabulü mümkün olmayacak, meslek hastalığına ilişkin şartlarda mevcut değilse, hastalık hali olarak kabulü gerekecektir. Kanunda aranan uygun illiyet bağının var olmasıdır. Bu durumda kanunun aradığı hal ve durumlardan herhangi birinin gerçekleşmesi ile zarar sonucunun birbiriyle örtüşmesi gerekmektedir. Söz konusu illiyet bağının kurulmuş olması yeterli olup kanunda yer almayan bulaşıcı hastalıkta iş kazası yada meslek hastalığı olamayacağı şeklinde kanununda yer almayan başkaca kısıtlayıcı bir koşulun aranmaması gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2019 tarihindeki bir kararında da belirtildiği üzere, özetle “anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zarar verici sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir.”<sup>84</sup>

Spesifik olarak bulaşıcı hastalığa sebebiyet veren olay ayrıca tespit edilemiyorsa veya doğrudan bir illiyet bağı kurulamıyorsa, yürütülen işten mi yoksa başka bir vesileyle mi bulaştığı da tespit edilemiyorsa, bu durumda kural olarak 5510 sayılı kanunda belirtilen hastalık haline ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bununla birlikte belli meslek guruplarına ilişkin olarak 5510 sayılı kanunun 14. Maddesi gereği bu meslek guruplarının niteliğinden dolayı ayrı olarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu meslek guruplarında spesifik bir olay belirlenememekle birlikte çalışanın enfeksiyonu çalışma alanında yakalandığına dair yüksek bir olasılık bulunmaktadır.

Özellikle sağlık çalışanları olmak üzere, bazı çalışan gurupları bulaşıcı hastalıklarla normal popülasyona göre meslekleri dolayısıyla çok daha yoğun bir şekilde maruz kalmaktadırlar. Hatta sağlık çalışanları sürekli bir şekilde bulaşıcı hastalıkların bulunduğu ortamda, virüs ve mikroplara bütün gün boyunca maruz kalarak çalışma hayatını devam ettirmek zorundadır. Bu tür meslek guruplarının çalışma süresi boyunca sürekli virüs ve mikroplara maruz kalmaları söz konusu olduğundan riske maruz kalma açısından, iş yerinde bütün gün, ince taş ve kömür tozlarına maruz kalan ve klasik bir meslek hastalığı olarak kabul edilen pnömokonyoz yada koah hastalığına uğrayan kömür madencisi çalışandan bir farkı yoktur. Bu sebeple, kömür madeninde çalışan sigortalı için koah nasıl tereddütsüz olarak çalışılan işin niteliği ve yürütüm şartları açısından meslek hastalığı kabul ediliyorsa bir sağlık çalışanı açısından da bu illiyet bağı son derece açıktır. Pek tabi ki bu illiyet bağını koparan ve açıkça ortaya konulabilen bir vaka söz konusuysa bu duruma nedensellik bağının varlığından söz edilemeyecektir. Bunun dışında bir sağlık çalışanın bulaşıcı hastalığa yakalanması ülke çapında yaygın bir hastalık dahi olsa yadsınamaz ve göz ardı edilemez derecede büyük bir ihtimalle o bölgedeki bütün hastaların toplanmış olduğu çalışma ortamından

---

<sup>84</sup> Yargıtay HGK 2009/21-400 E., 2009/432 K. 14.10.2009 Tarihli kararı, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=32851&sid=df7da3791b69e2b4a6d4f35529acb36b>

meydana gelecektir. Bir sağlık çalışanı çalıştığı ve yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden sürekli olarak virüs ve diğer mikro organizmalara maruz kalmakta, her ne kadar önlem alınsa da havadan, gözden dahi bulaşabilen bu hastalıklarla karşı karşıya kalmaktadır. Özellikle SARS-CoV-2 virüsü üzerinde yapılan çalışmalarda, kişinin sürekli virüsle karşı karşıya kalmasının viral yükünü artırdığını ve viral yükün belli bir sınırı geçtikten sonra kişinin rahatsızlanmasına sebebiyet verdiği tespit edilmiştir.<sup>85</sup> Bu durumda kamu yararı için ve kamu gücü tarafından istifası dahi yasaklanarak bütün gün virüse maruz kalacak şekilde çalışması istenilen sağlık çalışanına en azından diğer çalışanlarla eşit bir şekilde 5510 sayılı kanunun ruhuna uygun olarak meslek hastalıklarına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## **SONUÇ**

Dünya nüfusunda meydana gelen artış, uluslararası seyahat imkanlarının kolaylaşması, yerleşim birimlerindeki nüfus yoğunluğunun tarih boyunca hiç gözlemlenmediği kadar yoğunlaşması sonucunda bulaşıcı hastalıklar kısa sürede dünya çapında yayılabilir hale gelmiştir. Bu durum dünya çapında sosyal hayatı ve ticareti etkilediği kadar çalışma hayatı ve çalışanlar üzerinde önemli etkilere yol açmaktadır. Özellikle COVID-19 salgını sırasında birçok işeri kapatılmış, birçok çalışan hastalığa yakalanmak suretiyle çalışamaz hale gelmiştir. Bu durum bulaşıcı hastalıkların çalışma hayatı üzerindeki etkisinin büyük olduğunu ortaya konulmuştur. Bununla birlikte hukuk sistemlerinin, bulaşıcı hastalıkların çalışma hayatına ve çalışanlara yönelik etkisine ilişkin, daha çok eski ve dağınık bir mevzuatla düzenlemeye çalıştığı, dünya çapında seyreden ve ekonomiyi bu denli etkileyen bulaşıcı salgın hastalıklar karşısında daha mevzuatta güncellemeler yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

Özellikle bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak, meslek hastalığı ve iş kazası hükümlerinin daha güncel, belirlenebilir ve ihtiyaçları karşılamaya yönelik düzenlemelere ihtiyaç olduğu ortaya çıkmıştır. Özellikle yeni çıkan bulaşıcı hastalıkların en azından belirli meslek gurupları açısından meslek hastalığı listelerine alınması gerekmektedir. Bununla birlikte hali hazırda yürürlükte olan mevzuata göre de idari düzenlemelerde hatalar olsa da yargı kararları doğrultusunda doğru hukuki nitelendirmeler yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere Yargıtay kararlarında, iş yerinde kalp krizi geçiren ve iş verenin gönderdiği yurt dışı çalışması sırasında SIV (H1N1) bulaşıcı hastalığına yakalanan kişilerin iş kazası geçirdiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte küresel salgın söz konusu olduğunda bulaşıcı hastalıkların çalışma hayatından kaynaklanan bir nedenle bulaştığının ispatının zor olduğunun göze alınması gerekmektedir. Özellikle yapılan iş çalışanın bulaşıcı hastalığa maruz kalmasını normal popülasyona oranla önemli ölçüde artırıyorsa, bu hastalığa

---

<sup>85</sup> PAN, Yang, Viral Load of Sars- CoV-2 in clinical samples, **The Lanet Infectious diseases**, S.20, Nisan 2020, s. 411-412.

çalışma alanında yakalanma olasılığıyla günlük hayat alanında bulaşma olasılığı arasında bir fark oluşmayacaktır. Bu durumda önemli bir oranda risk oluşturmayan çalışmanın meslek hastalığına sebebiyet vermeyeceğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte hastalanmaya sebebiyet veren bulaşma olayının işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada, işveren için yaptığı iş veya bu iş nedeniyle meydana geldiği ispatlanabiliyorsa iş kazası hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

SARS-CoV-2 virüsünün dünya çapında bir salgın haline gelmesinden sonra iş yerlerinin önemli bir bölümü kapatılmış, Türkiye dahil birçok ülkede sokağa çıkma yasakları ilan edilmiştir. Bununla birlikte sağlık çalışanlarının başta olduğu bazı meslek guruplarından fedakârlık yaparak çalışma saatlerinin oldukça üzerinde sürelerle virüsle birebir mücadele etmeleri beklenmiştir. Birçok sağlık personelinin istifa etmesi yasaklanmış, virüsle teması olan sağlık personeli karantina süresince evine gidememiş ve özellikle salgının başlangıcında birçok sağlık çalışanı virüs bulaşması sebebiyle hayatını kaybetmiştir. Toplumun büyük bir kısmı virüsten uzak tutulamaya çalışılırken, sağlık personeli görevleri gereği doğrudan virüse maruz kalmak zorunda kalmıştır. Bulaşıcı hastalıkla bu denli yakın çalışan ve virüse maruz kalan çalışanlar açısından risk normal popülasyona göre son derece fazladır. Bu durumda bu tip çalışanlar açısından bulaşıcı hastalığın meslekten kaynaklandığı bilimsel bir gerçekliktir. Bu nedenle en başta sağlık çalışanları olmak üzere bulaşıcı hastalık açısından çok riskli meslek guruplarının meslek hastalığı açısından doğal illiyet bağının olduğunun kabulü gerekir.

Sonuç olarak her bulaşıcı hastalık vakasına ilişkin somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı vakalarda iş kazasının unsurları söz konusu olabileceği gibi bazı vakalarda ise meslek hastalığı söz konusu olabilecektir. Bunun dışında bir düzenleyici işlemle, somut vakanın nasıl vuku bulduğu göz ardı ederek bütün bulaşıcı hastalıkların sırf hastalık olduğu için iş kazası ya da meslek hastalığı oluşturmayacağını düzenlenmesi sosyal güvenlik hukukunun yapısına, uluslararası ve ulusal mevzuata aykırılık oluşturacaktır. Bununla birlikte her bulaşıcı hastalık vakasını iş kazası ya da meslek hastalığı olarak kabul etmekte mümkün değildir. Yargıtay kararlarında da üzerinde durulduğu gibi kanundaki unsurların gerçekleşmesi ve nedensellik bağının kurulabilmesi gerekmektedir. Şüphesiz ki enfeksiyonun hemen ortaya çıkmaması nedensellik bağının kurulmasında zorluklar ortaya çıkaracaktır. Bununla birlikte sırf bu zorluklar mevcut diye bulaşıcı hastalıkların iş kazası ya da meslek hastalığı olamayacağını savunmak mümkün değildir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## **KAYNAKÇA**

AKBABA, Murat/ DAVUTOĞLU, Vedat, **Sağlık ve Hukuk Kıskaçında Hekim Ne Yapmalı**, Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi, C.44, S.7, Kare Yayıncılık, İstanbul 2016.

AKDENİZ, Ayşe Ledün, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, S. 2, Legal Yayınevi, İstanbul 2014.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları Ankara 2015.

ARICI, Kadir, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

AYAR, Zeynep, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası, Tanımı, Unsurları ve Kuruma Bildirilmesi”, **Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, Seçkin Yayınları, Kayseri 2015.

AYDOĞDU, Murat/ YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, **Kovid-19 Salgının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/1, S.8, 2006.

ÇENBERCİ, Mustafa, **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara 1985.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

EREN, Fikret, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluk**, Ankara 1974.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara 1974.

ERTEN, Rifai, “Yahudilik’te ve Yahudi Kültüründe Şifa Anlayışı”, **Kalemname**, C.5 S.10, Temmuz- Aralık 2020.



ERTEN, Rifai, Hristiyanlık'ta İslamiyet'te Şifa ve Bu Dine İnananların Sağlık Konusuna Bakışları, **Kalemname**, C.5, S.10, Temmuz- Aralık 2020.

ERTÜRK, Şükran, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016** (2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi), Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2018.

FİŞEK, Nuri, “Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları”, **Modern Yönetim Semineri**, Türk-İş Yayınları, 1982, No: 144, <http://ankararefakat.net/drupaltr/drupal-5.2/?q=node/12>.

GEÇER, Bekir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2004.

GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2013.

GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi Ankara 2013.

GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

HAFNER, H. Bley/ R. Kreikebohm/ A. Marschner, sozialrecht, 9. Aufl, Lucterhand, 2007 Neuwied.

İZVEREN, Adil, **Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar**, Ankara 1970.

KING L.V, The Code Hammurabi, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, 2008, <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>.

KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ekin Yayınları Bursa 2018.

MACKOWIAK A. Philip/ SEHDEV Paul S., “The Origin of Quarantine”, **Clinical Infectious Diseases**, C.35, S.9, Oxford University Press, Oxford 2002.

NOWAK, Denis/ OCHMANN, Uta/ BRANDENBURG, Stephan/ NIENHAU, Albert/ WOLTJEN, Michael, COVID-19 als Berufskrankheit oder Arbeitsunfall: Überlegungen zu Versicherungsschutz und Meldepflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung, Dtsch Med Wochenschr 2021; 146(03),s.198,199, <https://www.thieme-connect.de/products/ejournals/pdf/10.1055/a-1341-7867.pdf>.

PAN, Yang, Viral Load of Sars- CoV-2 in clinical samples, The Lanet Infectious diseases, S.20, Nisan 2020.

POLAT, Murat, “İslam Hukukunda Karantina Ahkâmı”, **Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, Pamukkale Üniversitesi Yayınları, Pamukkale 2020.

SANCAKTAR, Oğuz/ US Eser/ TURHAN, Mine Kasapoğlu/ ÖNÜT, Lale Burcu, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

SAYMEN, Ferit Hakkı/EKONOMİ, Münir, **Sosyal Sigortalar Tatbikati**, İstanbul 1966.

SÖZER, A. Nazım, “Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

SÖZER Ali Nazım, **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

SUBAŞI, İbrahim, “Küresel Covid 2019 Salgını’nın Türk Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.9, İstanbul, 2020.

SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Güvenliği)**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

SÜZEK, Sarper, **İş Güvenliği Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.

ŞAHAN, Ceyda/ÖZGÜR Esra Aydın/ARKAN Gökçen,/ALAGÜNEY M. Erdem/ DEMİRAL, Yücel, COVID-19 Pandemisi’nde Meslek Hastalığı Tanı Kılavuzu, 22.03.2019, [https://korona.hasuder.org.tr/wp-content/uploads/Mesleksel-COVID\\_19\\_Tan%C4%B1\\_Rehberi\\_2020.pdf](https://korona.hasuder.org.tr/wp-content/uploads/Mesleksel-COVID_19_Tan%C4%B1_Rehberi_2020.pdf), s.9.

ŞAHBAZ, Zübeyde Başboğa, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zarar Hesabına İlişkin Esaslar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

ŞAKAR, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

ŞAKAR, Müjdat, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

TAŞKENT, Savaş, “İş Kazası Kavramı”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

TUNCAY, A. Can/ EKMEKÇİ Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, Beta Yayınları, İstanbul, 1990.

UYAR, Turgut, **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 2, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2003.

ÜÇİŞİK, H. Fehim, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2015.

WIKLEY, N. J/ OGUS, A., **The Law of Social Security**, Fifth Edition: OUP Oxford 2002.

YILMAZ, Aslı, “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve AngloSakson Sistemlerinden Birer Örnek ile Türk Hukuku Karşılaştırması”, **Sosyal Güvence Dergisi**, Y.6, S.11, 2017.

YÜKSEL, Hasan, **Sosyal Güvenlik Hukuku, Primli & Primsiz Rejim**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.

# 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE KISMI SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ÜCRET

Arş. Gör. Ömer UĞUR<sup>1</sup>

## Öz

Kısmi süreli iş sözleşmeleri, iş hukukundaki esnekleşme hareketlerinin önemli neticelerinden biridir. Haftalık çalışma süresinin tam zamanlı çalışan emsal işçinin çalışma süresine göre önemli ölçüde daha az belirlendiği bu sözleşme türünde kısmi süreli çalışan işçi tarafların arasındaki anlaşmaya göre haftanın belirli günlerinde çalışabileceği gibi haftanın tüm iş günlerinde daha kısa çalışma saatleriyle de iş görme edimini yerine getirebilir. Klasik anlamdaki kısmi süreli çalışmanın yanında kısmi süreli iş sözleşmesinin çağrı üzerine çalışma, kayan iş süreleri, iş paylaşımı gibi özel görünüşleri de bulunmaktadır.

Genel kuralların çoğunlukla tam süreli klasik iş ilişkisine göre düzenlendiği iş hukukunda kısmi süreli çalışan işçilerin ücret, ikramiye, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izin ücretinin nasıl tespit edileceği önemli bir konudur. Sayılan ücretler bakımından her konuda açık kanun hükümleri yer almamakta, konu yargı kararları ile çözüme kavuşturulmaktadır. Elbette öğretilerde yer alan çeşitli görüşler de konunun gelişmesine ve çeşitli sorunların çözümüne katkı sağlamaktadır.

Bu çalışmada konu klasik anlamdaki kısmi süreli iş sözleşmeleriyle sınırlandırılmış olup kısmi süreli çalışan işçilerin temel ücreti, ikramiye ve diğer sosyal hakları, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izin ücreti hakkındaki öğretici görüşleri ve yargı kararları değerlendirilmiş, sorunlu konularda çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ücret, Hafta Tatili, Yıllık Ücretli İzin, Fazla Çalışma.*

---

<sup>1</sup> İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi / İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi, Orcid: 0000-0001-7481-112X, omerugur.imu@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 11.08.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 02.09.2021

Bu makaleye atıf için; UĞUR Ömer, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ücret”, **İMİHD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 97-123.

## **WAGE IN PART-TIME EMPLOYMENT CONTRACTS ACCORDING TO THE LABOUR CODE NUMBERED 4857**

### **Abstract**

Part-time employment contracts are one of the important results of the idea of flexibility in the labour law. In this type of contract, where the weekly working hours is determined significantly less than the working hours of the full-time equivalent employee, the part-time employee may work on certain days of the week, as well as performing the duty to work with shorter working hours on all working days of the week, depending on the agreement between the parties. In addition to part-time work in the classical type, part-time employment contracts also have special types such as on-call work, shifting working hours, and job sharing.

In the labour law, where the general rules are regulated according to the full-time classical employment relationship, it is an important issue how to determine the wage, bonuses, overtime wage, paid weekend wage, national holidays and public holiday wage and annual paid leave wage of part-time employees. There is no explicit rule on every issues in terms of the wages listed, and the issues are resolved by judicial decisions. Of course, various views in the doctrine also contribute to the development of the subject and the solution of various problems.

In this study, the subject is limited to part-time employment contracts in the classical sense. During the study, the doctrine views and judicial decisions on the basic wage, bonus and other social rights, overtime wage, paid weekend wage, national and public holiday wage and annual paid leave wage of part-time employees are evaluated, and solution are suggested on problematic issues.

**Keywords:** *Part-Time Employment Contract, Wage, Paid Weekend, Annual Paid Leave, Overtime Work*

### **GİRİŞ**

Gerek işveren ve işçilerin yeni ihtiyaçları, gerek sosyal yaşantıdaki gelişmeler ve değişimler hukuk alanında da yansımalarını yaratmıştır. Gerçekten de teknolojinin gelişmesi, ekonominin çeşitlenmesi, rekabetin artması gibi sebeplerin sonucu olarak klasik çalışma biçimleri, yerini daha esnek çalışma biçimlerine bırakmaya başlamıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesi de yaşanan bu gelişmelerin esneklik bağlamında meydana getirdiği bir örnektir<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, s. 259; ALPAGUT, Gülsevil, “AB’nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler”, **TİSK Akademi**, C. 3, S. 5, 2008/I, s. 28; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 9.

Öncesinde iş sözleşmesi dendiğinde klasik anlamda tam süreli olarak haftanın tüm iş günlerinde çalışmayı konu alan iş sözleşmeleri anlaşılırken, günümüzde çalışanların zamanlarının tümünü işe özgülemedikleri, haftanın belirli günlerinde çalıştığı veya her iş gününde çalışmakla birlikte olağan günlük çalışma süresi kadar çalışılmayan sözleşmeler de gündeme gelmektedir<sup>3</sup>. Çocuk bakımıyla ilgilenen ebeveynlerin ya da çalışma ile eğitimini aynı anda devam ettiren öğrencilerin de özellikle tercih ettiği kısmi süreli çalışmalara uygulamada sıkça rastlanılabilmektedir<sup>4</sup>. Bu çalışma düzeninin iş ve sosyal yaşamı bağdaştıracağı savunulmaktadır<sup>5</sup>. Kısmi süreli çalışmanın işsizlik sorunu üzerinde pozitif etkisi olacağına beklendiği de öğretilerde ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin kayan iş süreleriyle çalışma, iş paylaşımı, çağrı üzerine çalışma gibi özel görünümlü halleri de mevcuttur. Çalışmamızda yer alan değerlendirmelerin önemli bir kısmı bu tür sözleşmeler için de geçerlidir. Ancak olası karışıklıkların önüne geçebilmek adına çalışmamızda klasik anlamdaki kısmi süreli iş sözleşmesi değerlendirilmiştir.

Kısmi süreli iş sözleşmelerinin tipik iş sözleşmelerinden farklılaşan yönleri nedeniyle ücret unsuru da dahil olmak üzere çeşitli hususlarda uygulamanın nasıl gerçekleşmesi gerektiği tartışma konusu olabilmektedir. Çalışmamızda temel ücret, fazla çalışma ücreti, ikramiye ve diğer sosyal haklar, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izin ücreti bakımından özellikler arz eden hususlar incelenecektir.

## **I. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ VE UNSURLARI**

### **A. Tanımı**

Esnek çalışma türlerinden biri olan kısmi süreli çalışma, bilinen diğer adıyla *part-time* çalışma, tam süreli çalışmanın önemli ölçüde altında gerçekleştirilen

---

Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 84; Nedim MERİÇ, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”, **Legal İHSGHD**, C.2, S.8, 2005, s. 1547.

<sup>3</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 443, 446; SÜZEK, s. 259 vd.

<sup>4</sup> ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 32. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 196; SÜZEK, s. 259; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 84-85; ŞAFAK, Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part-Time) Çalışma”, (Çevrimiçi), [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/kismi\\_calisma.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/kismi_calisma.pdf), E.T. 05.06.2021; ZEYTİNOĞLU, Emin, “Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm”, **İÜHF**, Y. 2004, C. 62, S. 1-2, s. 455; YUYUCU, Ahmet Mahmut, “Türk İş Hukuku Çerçevesinde Kısmi Zamanlı Çalışmanın Uygulanması”, **Emek ve Toplum**, Y. 6, C. 6, S. 15, 2017/2, s. 403.

<sup>5</sup> ALPAGUT, s. 28.

<sup>6</sup> KOÇ, Muzaffer / GÖRÜCÜ, İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Çalışma Uygulanması ve Sonuçları”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/1, S. 28, s. 150; Buna karşın aynı yazarlar Türk çalışma hayatında böyle bir etkinin oluşmadığını ileri sürmektedir (KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 173).

çalışmayı ifade eder<sup>7</sup>. İş Kanunu'nun<sup>8</sup> 9. maddesinde taraflara tanınan sözleşme serbestisinin neticesi olarak kısmi süreli çalışma sözleşmeleri farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir<sup>9</sup>.

Bu çeşitliliğe rağmen kısmi süreli iş sözleşmesinin esaslı unsurlarını içinde barındıran bir tanım, İş Kanunu'nun (İK) 13. maddesinde şu şekilde yer almaktadır: *“İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.”* Esasında İK'da yer alan bu düzenlemede 97/81 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi<sup>10</sup> esas alınmıştır<sup>11</sup>. Öte yandan Türk mevzuatında yer alan bu tanım Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (*International Labour Organisation*) 28 Şubat 1998 tarihinde yürürlüğe giren 175 numaralı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Anlaşma'sındaki<sup>12</sup> *“kısmi süreli çalışan işçi terimi, çalışma süresi 'emsal tam süreli işçinin çalışma süresinden daha az olan işçi' anlamına gelir”* tanımına da paralellik göstermektedir<sup>13</sup>.

## **B. Hukuki Niteliği**

İş sözleşmelerinin üç temel unsuru “işin görülmesi”, “işin ücret karşılığı olması” ve “bağımlılık unsuru”dur<sup>14</sup>. Tipik iş ilişkisi belirtilen üç unsurla tanımlanmaktayken, çağın getirdiği teknolojik ve ekonomik gelişmelerin bir sonucu olarak iş sözleşmelerinin temel unsurlarından “bağımlılık unsuru” zayıflamış; uygulanan yeni teknikler atipik sözleşme türlerini doğurarak iş görme borcunun nerede ve ne zaman yerine getirileceği hususunda değişiklikler ortaya çıkarmıştır<sup>15</sup>. İK'nın 9. Maddesinde;

*“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. İş sözleşmeleri*

---

<sup>7</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 446; NARMANLIOĞLU, Ünal, **Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 231.

<sup>8</sup> RG. 10.06.2003, S. 25134.

<sup>9</sup> SÜZEK, s. 261; YORULMAZ, Çiğdem, **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**, Yetkin, Ankara, 2008, s. 19-21.

<sup>10</sup> Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time working concluded by UNICE, CEEP and the ETUC - Annex : Framework agreement on part-time work

<sup>11</sup> SÜZEK, s. 260; ALPAGUT, s. 29.

<sup>12</sup> 175 numaralı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Anlaşma Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

<sup>13</sup> SÜZEK, s. 260; İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde verilen tanımda *“işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”* ifadesine yer verilmiştir. Emsal çalışmanın 2/3'ü şeklinde bir oranlama ne ILO'nun 175 numaralı anlaşmasında ne de 97/81 sayılı AB Yönergesinde yer almamaktadır.

<sup>14</sup> SÜZEK, s. 223; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 165; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 343 vd.; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 61 vd.

<sup>15</sup> SÜZEK, s. 259.

*belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir”* şeklinde yer alan hüküm, atipik iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü sağlamaktadır.

Atipik iş sözleşmelerinde, İK m. 9’da sağlanan sözleşme serbestisine dayanarak taraflarca yapılmış çeşitli farklılıklar bulunabilir. Bu bağlamda özellikle çalışma süresi üzerinde taraflarca yapılan değişiklikler nedeniyle kısmi süreli iş sözleşmeleri atipik iş sözleşmesi niteliğindedir<sup>16</sup>.

### **C. Unsurları**

#### **1. Çalışma Süresinin Emsal İşçinin Normal Çalışma Süresinden Önemli Ölçüde Az Olması**

Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımının yapıldığı İK’nın 13. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere kısmi süreli iş sözleşmesi işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az olan sözleşmedir. Çalışma süresiyle ilgili bu unsur, kısmi süreli iş sözleşmesinin tam süreli iş sözleşmesinden ayırt edilmesine olanak tanır<sup>17</sup>. Ancak ayırt etme işlemi sırasında “emsal işçi” ve “önemli ölçüde az” kavramların ne anlama geldiğinin tespiti önem arz eder.

İK’nın 13. maddesinin üçüncü fıkrasına göre emsal işçi kavramından anlaşılması gereken, o işyerinde aynı veya benzeri bir işte tam süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta olan işçidir. Şayet işyerinde söz konusu işçiye emsal teşkil edebilecek tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi yoksa, yine aynı fıkra da yer alan hükme göre, aynı işkolunda, işçinin çalıştığı işyerinin şartlarına en uygun işyerinde, aynı veya benzer işi yapan tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi esas alınacaktır. İK’nın bu düzenlemesi, ILO’nun 28 Şubat 1998 tarihinde yürürlüğe giren 175 numaralı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Anlaşma’nın 1. maddesinin (c) bendinde verilen emsal işçi (*comparable full-time worker*) tanımına da paraleldir<sup>18</sup>.

Nitelik arz eden diğer bir kavram olan “önemli ölçüde azlık” ise gerek İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin<sup>19</sup> (İKÇSY) 6. maddesinde, gerekse İK’nın 13. maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. “Önemli ölçüde azlık”

---

<sup>16</sup> SÜZEK, s. 259; SARIBAY, Gizem, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, Ed. Mehmet Uçum, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 267.

<sup>17</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 197; NARMANLIOĞLU, s. 231; YORULMAZ, s. 27.

<sup>18</sup> Art. 1/c: “*The term comparable full-time worker refers to a full-time worker who:*

*(i) has the same type of employment relationship;*

*(ii) is engaged in the same or a similar type of work or occupation; and*

*(iii) is employed in the same establishment or, when there is no comparable full-time worker in that establishment, in the same enterprise or, when there is no comparable full-time worker in that enterprise, in the same branch of activity, as the part-time worker concerned”*

<sup>19</sup> RG. 06.04.2004, S. 25425.



ifadesi İKÇSY'nin 6. maddesinde “işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır” şeklindeki hükümde anlamına kavuşmaktadır. Kanunun gerekçesine göre de çalışma süresinin önemli ölçüde az sayılabilmesi için tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçinin çalışma süresinin üçte ikisinden daha az bir çalışma süresi söz konusu olmalıdır. Kanun gerekçesinde “üçte ikisinden daha az” ifadesi yer almaktaysa da Yargıtay uygulamasında yönetmelikte geçen “üçte ikisi oranına kadar” ifadesi esas alınmaktadır<sup>20</sup>. Bu durumda 45 saatlik bir tam çalışma süresi için 30 saate kadar kısmi süreli çalışma mümkündür<sup>21</sup>. Belirtmek gerekir ki ne ILO'nun 175 numaralı anlaşmasında ne de 97/81 sayılı AB Yönergesinde emsal çalışmanın üçte ikisi gibi bir oran verilmiştir; bu metinlerde yalnızca tam süreli işçinin çalışma süresinden daha az bir çalışma süresinden söz edilmiştir.

## **2. Çalışmanın Düzenli ve Sürekli Olması**

Kısmi süreli iş sözleşmesine dayanılarak yapılan çalışmanın düzenli ve sürekli olması, bu tipteki sözleşmelerin ikinci unsurudur. Taraf iradeleriyle belirlenmiş olan kısmi çalışma süresi, tüm iş ilişkisine düzenli olarak uygulanacaktır. Bu bağlamda kısmi süreli çalışma düzensiz ve geçici bir durum değildir<sup>22</sup>. Örneğin kısa çalışmanın geçici, kısmi süreli çalışmanın ise düzenli ve sürekli olması kısa çalışma ile kısmi süreli çalışma arasındaki temel fark olarak gösterilmektedir<sup>23</sup>.

Bunun yanında İş Kanunu'nun sürekli-süreksiz iş ayırımına ilişkin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre; kısmi süreli iş sözleşmesinin düzenlendiği İK'nın 13. maddesi, süreksiz işlerde uygulanmayacaktır. Buna göre niteliği bakımından en çok 30 gün süren süreksiz işlerde İK hükümleri kapsamında kısmi süreli iş sözleşmesi yapılamayacaktır. Ancak bu durum süreksiz işlerde kısmi süreli iş sözleşmesi yapmanın mümkün olmadığı anlamına gelmez. Zira İK m. 10'un ikinci

---

<sup>20</sup> Yarg. 9. HD., 2009/44744 E., 2009/33940 K., 8.12.2009 T., (Çevrimiçi), <https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-6027-82102d08.pdf>, E.T. 17.07.2021.

<sup>21</sup> SEVİMLİ, K. Ahmet, **4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, Beta, İstanbul, 2019, s. 14; SÜZEK, s. 260; ÇİL, Şahin, **İş Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2007, s. 670; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 152; Tam süreli çalışan emsal işçinin haftada 45 saat değil de örneğin 39 saat çalışması durumunda önemli ölçüde az çalışma durumu 39 saat üzerinden 1/3 oranını uygulamak suretiyle haftalık 26 saat çalışma olarak bulunabilecektir (KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 152).

<sup>22</sup> CENTEL, Tankut, **Kısmi Çalışma**, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 29; NARMANLIOĞLU, s. 231; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 196; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 448; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 342; SEVİMLİ, s. 18; YORULMAZ, s. 29-30; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 154; SARIBAY, s. 279-280.

<sup>23</sup> EYRENCİ, Öner, **Kısmi Süreli Çalışmalar: Uygulama ve İş Hukuku Açısından**, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 25; CENTEL, **Kısmi**, s. 32; ZEYTİNOĞLU, s. 454; SARIBAY, s. 280.

fıkrasına göre süreksiz işlerde uygulanmayacak maddelere ilişkin hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>24</sup> ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmesini düzenleyen 393. maddesinde işçinin kısmi süreli olarak düzenli şekilde hizmet yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Kanun hükmü işin düzenli şekilde yerine getirilmesi gerektiği hususunu açık şekilde ifade ederken kısmi süreli hizmet sözleşmelerinin yalnız sürekli işlere ilişkin yapılabileceği ya da süreksiz işlere ilişkin yapılamayacağı noktasında bir sınırlama getirmemiştir. Buna göre süreksiz işlerde Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerine tabi şekilde kısmi süreli iş sözleşmeleri yapılabilecektir.

### **3. Sözleşmenin Tarafların Serbest İradesine Dayanması**

Kısmi süreli iş sözleşmelerinde taraflar serbest iradeleri ile aralarında iş ilişkisi kuracak olan sözleşmeyi imzalamaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, kısmi süreli çalışma rejimi, tarafların kendi iradeleriyle yaptıkları bir tercihtir<sup>25</sup>. Ancak Kanun'un farklı gerekçelerle işçinin çalışma süresini normal sürenin altında tuttuğu hallerde taraf iradesinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Nitekim bu hallerde tarafların irade serbestisi olmadığından sözleşme de kısmi süreli iş sözleşmesi olmayacaktır<sup>26</sup>. Kaldı ki kısmi süreli iş sözleşmesi tanımı ve unsurları incelenirken kısmi süreli iş sözleşmesinde işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az olması gerektiği belirtilmişti. Normal haftalık çalışma süresinin belirli işler için kanunla daha düşük öngörülmesi halinde işin normal çalışma süresi zaten en fazla kanunda öngörülen süre kadar olabilecektir. Dolayısıyla kanunda öngörülen üst sınır üzerinden yapılan çalışmalarda bu süre örneğin 30 saatin altında olsa dahi kısmi süreli değil tam süreli bir çalışmanın varlığı söz konusu olacaktır.

Kanunun getirdiği çalışma süresi sınırlamalarının haricinde, işveren tarafından ekonomik, teknik veya zorlayıcı nedenlerden ötürü işçinin çalışma saatlerinde mecburi kısıtlamaya gidilmesi halinde de yine iradilikten söz edilememektedir. Bu durum, salt şekilde işveren tarafından ileri sürülmüş ve düzenlilik unsurunu karşılamayan geçici nitelikte bir tedbirdir<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>25</sup> CENTEL, **Kısmi**, s. 31; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 196; SEVİMLİ, s. 18; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 153-154; MERİÇ, s. 1554.

<sup>26</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 447; NARMANLIOĞLU, s. 233; ÇİL, s. 670.

<sup>27</sup> KARAMAN, Mehmet Halis, "Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 18; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 448

İK'nın 13. maddesine 6663 sayılı Kanunla<sup>28</sup> eklenen fıkralar ile işçinin doğum yapması durumunda işçinin talebi üzerine işverene işçiyi kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu durum, işverenlerin kısmi süreli iş sözleşmesi yapma konusundaki sözleşme serbestilerine getirilen kanuni bir sınırlamadır<sup>29</sup>. Ancak işverenin serbest iradesi bulunmasa da kanundaki açık düzenleme karşısında işçinin doğumu üzerine işverene yapacağı talep ile kurulacak olan sözleşme de kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul görecektir<sup>30</sup>.

## **II. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNDE ÜCRET**

İK'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir. Yine İK'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasında esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir. Makale kapsamında bu temel kurallar dikkate alınarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin temel ücreti, ikramiye ile diğer sosyal hakları, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili hakkı ve ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izin ücreti değerlendirilecektir.

Çalışmanın devamında incelenecek olan ücret türleri bakımından işverenin İK m. 5 ve 13'te düzenlenmiş temel kurallara uygun hareket etmesi esas olmakla birlikte kurallara aykırı eylem ve işlemler söz konusu olduğunda işçi yoksun bırakıldığı hakları talep edebileceği gibi İK m. 5'e aykırılık halinde ayrımcılık tazminatı da talep edebilecektir<sup>31</sup>. Bu durumda işçi, işverenden “dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminat” alabilir. Tazminatın miktarını hakim olayın koşullarına göre takdir edecektir. Öte yandan ayrımcılık tazminatı, yoksun kalınan hakların talep edilmesine elbette engel değildir. Bunların haricinde İK m. 99/1-a bendi uyarınca işveren eşit davranma ilkesine aykırı hareket ettiği her işçi için idari para cezası da ödemek durumundadır. Yeniden değerlendirilmiş tutarlara göre 2021 yılı için öngörülen idari para cezasının tutarı her işçi için 292-TL'dir.

### **A. Temel Ücret**

Genel anlamda ücret, İK'da yer alan tanıma göre “*bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*”. Kısmi süreli iş sözleşmesinde taraflar sözleşme serbestisi gereği ücretin miktarını

---

<sup>28</sup> RG. 10.02.2016, S. 29620.

<sup>29</sup> SÜZEK, s. 261.

<sup>30</sup> SEVİMLİ, s. 19.

<sup>31</sup> ÇİL, s. 670, EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 87; SEVİMLİ, s. 78; MERİÇ, s. 1567; SARIBAY, s. 297; Aynı yönde: Yarg. 22. HD., 2017/21402 E., 2019/6676 K., 26.03.2019 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 15.07.2021.

serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Ancak bu ücretin kararlaştırılmasında göz önüne alınması gereken kanuni sınırlamalar mevcuttur<sup>32</sup>.

Kanun koyucu, paraya ilişkin bölünebilir menfaatler konusunda İş Kanunu'nda açık bir düzenlemeye yer vermiştir. İK'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceğine hükmedilmiştir. Buna göre kısmi süreli çalışan işçilere ödenecek olan ücret, emsal işçiye göre orantılanacak ve bu ücret çalışma süresine uygun gelen asgari ücretin altında olamayacaktır<sup>33</sup>. Yani, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin saat başına alacağı ücret, emsal işçinin asgari ücretinin saat başına düşen miktarından daha az olamayacaktır. Yargıtay da “*kısmi süreli çalışmada işçi tam süreli çalışmadığı için, ona en az ücret olan asgari ücret ödenmez. Ancak, işçiye işyerinde çalıştığı süre için ödenecek ücret aynı süre için orantılı olarak hesaplanacak olan asgari ücretin altında olamaz*” şeklinde hüküm kurarak aynı doğrultuda karar vermiştir<sup>34</sup>. Bu durum İK m. 5/2'de düzenlenmiş olan farklı işlem yasağı ile de aynı doğrultudadır.

Bu temel ilkeler ışığında hareket ederek ücretin türüne göre değerlendirme yapmak gerekirse zamana göre ücret uygulamasında kısmi süreli çalışan işçinin çalıştığı süreye göre ücret alacağını; parça başına ücret veya götürü ücret uygulamasında kısmi süreli çalışma zarfında üretilen parça veya üretilen mal veya hizmet üzerinden ücretin belirleneceğini; yüzde usulüne dayanan ücrette kısmi süreli çalışan işçinin gerçekleştirdiği çalışma saatlerinin emsal işçi esas alınarak tespit edilecek çalışma günü karşılığında göre hesaplanacağını<sup>35</sup>; prim ödenmesi söz konusu olduğunda ise primin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak hesaplanacağını söylemek gerekir.

## **B. İkramiye ile Diğer Sosyal Haklar**

İkramiye, asıl ücrete ek olarak bayram, yılbaşı gibi vesilelerle verilen ve işverenin işçiden memnuniyeti ile işçi-işveren bağlılığını gösteren özel bir ödemedir<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 155; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 201; MERİÇ, s. 1568.

<sup>33</sup> EYRENCİ, *Kısmi Süreli*, s. 44; CENTEL, *Kısmi*, s. 63; SÜZEK, s. 262; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 201; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 155; MERİÇ, s. 1568.

<sup>34</sup> Yarg. 9. HD., 2003/12697 E., 2004/1877 K., 10.02.2004 T., (Çevrimiçi), www.kazanci.com, E.T. 16.06.2021; Aynı yönde: Yarg. 22. HD., 2016/3925 E., 2019/747 K., 14.01.2019 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 12.07.2021.

<sup>35</sup> Bilindiği gibi yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde “Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik” uyarınca hazırlanacak puan cetveline göre işçinin fiilen çalıştığı gün sayısı esas alınarak işçilere ödeme yapılacaktır. Bu noktada çalışma saati değil de fiilen çalışılan gün esas alındığından öncelikle emsal işçinin günlük çalışma süresi tespit edilmeli ve ardından kısmi süreli çalışan işçinin çalıştığı saatin emsal işçinin kaç günlük çalışmasına denk geldiği belirlenmelidir.

<sup>36</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 327.

İkramiye, Yargıtay içtihatlarında da ek ücret olarak nitelendirilmektedir<sup>37</sup>. Bu ek ücret bireysel veya toplu iş sözleşmesinde açık veya örtülü kararlaştırılmışsa yahut işverence tek taraflı verilmekle birlikte işyeri uygulaması haline gelmişse işçinin ikramiyeyi talep hakkı doğar<sup>38</sup>.

Kısmî süreli çalışan işçi, ücret alacağında olduğu gibi paraya ilişkin bölünebilir bir menfaat olan ikramiye alacağını da İş Kanunu'nun 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak alabilecektir<sup>39</sup>. Nitekim farklı muamele yapılmasını haklı kılan bir neden olmadıkça işverenin bunun aksi bir uygulamaya gitmesi, işverenin İK madde 5/II'de "*esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz*" şeklinde düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder<sup>40</sup>.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sahip olduğu diğer sosyal haklar da İK'nın 13. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına girebilmektedir. Burada dikkat edilecek husus, sosyal hakkın ücret ve paraya ilişkin bölünebilir bir menfaat olup olmadığıdır. Maddenin gerekçesinde de kısmî süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacağı ifade edilmiştir. Gerekeceği örneğe göre "*işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmî süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir.*" Bunun aksine paraya ilişkin bölünemeyen bir hak söz konusu ise, tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi ile kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi bu haktan aynı şekilde faydalanacaktır<sup>41</sup>. Örneğin bir sosyal tesisten yararlanma hakkı bakımından durumun böyle olduğu söylenebilir. Ancak yine durumun gereklerine göre farklı muamelenin haklı nedene dayanması durumunda kısmi süreli çalışanla tam süreli çalışan arasında çeşitli haklardan yararlanma noktasında ayırım yapılabileceği de ifade edilmektedir. Sadece öğleden sonraki saatlerde üç saat çalışan bir işçinin öğle yemeği imkanından ya da sabah servisinden faydalandırılmaması buna örnek olarak verilmektedir<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Y. 9. HD., 22.10.2003, E. 2003/10497, K. 2003/23425, Legal, İHD, 2004/2, 635-636

<sup>38</sup> ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 328.

<sup>39</sup> "Paraya ilişkin bölünebilir menfaat" kavramına dair ayrıntılı değerlendirme için bkz: SEVİMLİ, s. 67-69.

<sup>40</sup> Eşit davranma borcuna aykırılık halinde İK m. 5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatı gündeme gelecektir (ÇİL, s. 670; MERİÇ, s. 1567; SEVİMLİ, s. 78).

<sup>41</sup> EYRENCİ, Öner "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler: Genel Bir Değerlendirme", Legal İHSGHD, Y. 2004, S. 1, s. 27.

<sup>42</sup> EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, s. 27; ZEYTİNOĞLU, s. 456; ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 203.

### **C. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti**

İK'nın 41. maddesinin ilk fıkrasında yer alan düzenlemeye göre fazla çalışma “*kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır*”. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise fazla sürelerle çalışma düzenlenmiştir. Buna göre “*haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır*”. Bir diğer ifadeyle haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılırken, tarafların anlaştığı haftalık çalışma süresi 45 saatin altındaysa anlaşılan saat ile 45 saat arasında yapılan çalışmalar da fazla sürelerle çalışma sayılmaktadır. Bu iki çalışma arasındaki temel fark ise fazla sürelerle çalışmada ücretin %25, fazla çalışmada ücretin %50 zamlı ödenmesidir.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin<sup>43</sup> 8. maddesinin birinci fıkrasının d bendinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme doktrinde Anayasa'ya ve İK'nın 41. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>44</sup>. Diğer bir görüşe göre ise yönetmelikte yer alan yasağa rağmen kısmi süreli çalışan işçi istemesi halinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapabilecek ancak yönetmelikteki yasak gereği işverenin işçiden fazla mesai yapmasını talep etmesi işçi bakımından uyulması gereken bir talimat niteliğinde olmayacaktır<sup>45</sup>. Kanaatimizce de fazla çalışma yasağı işçinin öngörülen sürelerin üzerinden çalışmak durumunda kalmaması ve böylece olası diğer kısmi süreli çalışmalarıyla çakışma yaşamaması adına önemli olmakla birlikte işçinin rızası durumunda dahi yasağın öngörülmüş olması isabetli değildir.

Öte yandan öğretide kısmi süreli çalışan işçinin emsal işçinin haftalık çalışma süresinin 2/3 oranını aşan sürelerle çalışması halinde bu aşan sürelerde gerçekleşen çalışmaların gerçekleştiği haftalarda sözleşmenin tam süreli sözleşmeye döndüğünün kabul edilmesi gerektiğini, böylelikle yönetmelikte öngörülen yasağa aykırı çalışma durumunun da oluşmayacağını ileri süren bir görüş de mevcuttur<sup>46</sup>. Ancak kanaatimizce bu yönde bir uygulama sorunları çözmekten ziyade daha da karmaşık hale getirebilir. Kaldı ki aynı görüşe göre emsal işçinin haftada 45 saat çalıştığı, kısmi süreli iş sözleşmesinin ise haftalık 20 saat için yapıldığı bir örnekte işçinin haftalık 30 saate kadar yaptığı çalışmalar

---

<sup>43</sup> RG. 06.04.2004, S. 25425.

<sup>44</sup> SÜZEK, s. 262.

<sup>45</sup> SEVİMLİ, s. 168; Birden çok işverenin yanında kısmi süreli çalışanların diğer işveren yanındaki çalışmaları bakımından sorun yaşamaması adına böyle bir yasağın yerinde görülebileceği ifade edilmektedir (SOYER, Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışma”, **Legal İHSGHD**, S. 3, 2004, s. 808).

<sup>46</sup> ÇİL, s. 672.

fazla sürelerle çalışma sayılmalıdır<sup>47</sup>. Bu durumda yine yönetmelikteki yasaklayıcı düzenlemeden doğan sorun ortadan kalkmamaktadır.

Her ne kadar yönetmelikte kısmi süreli çalışanlar için fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya yönelik yasak düzenlenmişse de işçi fiilen haftalık 45 saatin üzerinde çalıştırılmışsa bu süreler fazla çalışma olarak kabul edilip %50 zamlı şekilde ödenmelidir<sup>48</sup>. Aynı şekilde işçinin taraflarca sözleşmede kararlaştırılan sürenin üzerinde çalışma yapması durumunda kararlaştırılan süre ile haftalık 45 saatlik çalışma arasındaki çalışmaların %25 zamlı olarak hesaplanması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararlarda iş sözleşmesi ile 22,5 saat haftalık çalışmanın kabul edildiği olayda bu süre ile 45 saat arasındaki çalışmalar için %25 zamlı hesaplama yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>50</sup>.

Birden fazla işverene bağlı olarak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve bu çalışması esnasında fazla sürelerle çalışma yapan işçinin buna ilişkin ücretini hangi işverenden talep edeceği hususu tartışmalı olup, doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, işçinin birden fazla işverenin yanında iş sözleşmesine dayanarak yaptığı çalışmaların toplamı 45 saati aşıyorsa bu durumda zaman bakımından en son yapılan fazla çalışmanın 45 saati aşan kısmı fazla çalışma kabul edilmeli ve bu çalışmanın yapıldığı işyerinde işveren, işçinin hak ettiği fazla çalışma ücretini ödemelidir<sup>51</sup>. Buna karşın haftalık 45 saatin aşıldığını bilmeyen ve bilecek durumda olmayan işverenin fazla çalışma değil, fazla sürelerle çalışma ücreti ödemesi gerektiği de ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise kısmi süreli iş sözleşmelerinin her biri bakımından yapılan çalışmalar ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>53</sup>.

Öte yandan öğretide birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi yapılması durumunda bu sözleşmeler gereği üstlenilen çalışma süresinin haftalık 45 saati aşması halinde sonradan yapılan sözleşmenin yasal çalışma süresini aşan kısmının ileriye doğru etkili olacak şekilde geçersiz sayılacağı da ifade edilmektedir<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> ÇİL, s. 672.

<sup>48</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 204; SARIBAY, s. 305; ÇİL, s. 672; MERİÇ, s. 1571.

<sup>49</sup> ZEYTİNOĞLU, s. 459; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 203; ÇİL, s. 672.

<sup>50</sup> Yarg. 22. HD., 2013/3027 E., 2014/7495 K., 09.03.2014 T., (Çevrimiçi), <https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-4026-3e8f36f1.pdf>, E.T. 01.07.2021; Aynı yönde: Yarg. 22. HD., 2017/17841 E., 2018/24950 K., 20.11.2018 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 01.07.2021.

<sup>51</sup> EYRENCİ, *Kısmi Süreli*, s. 55.

<sup>52</sup> SEVİMLİ, s. 170; SARIBAY, s. 306.

<sup>53</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 89.

<sup>54</sup> CENTEL, *Kısmi*, s. 62; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 199; SEVİMLİ, s. 154; EYRENCİ, *Kısmi Süreli*, s. 38-39; Alman hukukunda bu hususu açıkça düzenleyen kanun hükümlerine göre birden fazla işveren yanında çalışma halinde bu çalışma sürelerinin birlikte değerlendirileceği ve yasal haftalık çalışma süresini aşan kısmın geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir (ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 199-200).

Birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesinin aynı işverenin farklı işyerleri için yapılabileceğini de değerlendirmek gerekir. Bu ihtimalde taraflar aynı işverenin farklı işyerleri için farklı çalışma koşulları veya ücret belirleyebilir. Bu sözleşmeler her ne kadar aynı işverenle yapılmış olsa da farklı sözleşmeler olarak dikkate alınmalıdır<sup>55</sup>. Bu bakımdan tarafların arasında bir tam süreli iş sözleşmesi değil, birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir<sup>56</sup>. Bu sözleşmeler kapsamında haftada 45 saatten fazla yapılacak olan çalışmanın ücretlendirilmesi noktasında bir önceki görüşleri tekrar etmek mümkündür. Bir diğer ifadeyle bir görüşe göre her bir sözleşme tamamen bağımsız kabul edilip kendi içinde değerlendirilebilir ya da diğer görüşe göre 45 saatlik çalışmayı aşan son çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilebilir. Bu noktada kısmi süreli sözleşmelerin tümünde işveren tarafı aynı olduğu için işverenin 45 saati aşan çalışmadan haberi olduğunun kabulü gerekir. Sözleşmelerin ayrı olduğu hususu katı şekilde ele alınırsa örneğin haftada 15'er saatten aynı işverenin üç farklı işyerinde çalışan işçinin bu işyerlerinden birinde 20 saat çalışması durumunda bu çalışmanın 5 saatlik kısmının fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilmesi ve %25 zamlı ücretlendirilmesi gerekecektir. Oysa daha geniş değerlendirme yapıldığında işçinin aynı işverenin yanında toplam 50 saat çalıştığı, 5 saatlik kısmının fazla çalışma olarak kabul edilmesi ve %50 zamlı ücretlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Esasen fazla çalışmanın düzenlendiği İK m. 41'e bakıldığında "*fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır*" hükmü görülmektedir. Esasen bu hükümden fazla çalışmanın tek bir işyerinde ya da tek bir iş sözleşmesi kapsamında gerçekleşmesi gerektiği anlamını çıkarmak da zordur. Kanunun lafzı, çalışmanın haftalık 45 saati geçmesi şeklindedir. Esasen 45 saatlik sınır da işçinin sağlığını korumak, iş hayatı ile kişisel hayat arasındaki dengeli sağlamak gibi amaçlarla getirilmiş olup farklı sözleşmeler altında gerçekleşse de aynı kişi haftalık üst sınırın üstünde çalışma yapmış olmaktadır. Haftalık çalışma saatine ilişkin üst sınırın üstünde çalışmanın bedeli %50 zamlı ücret iken salt farklı sözleşmeler altında aynı eforun sarf edilmesi sebebiyle %25 zamlı ücretlendirme yapılması hakkaniyete uygun görülmeyebilecektir. Bu nedenle kanaatimizce çalışma aynı işverenin farklı işyerlerinde farklı sözleşmeler altında gerçekleşse de işverenin haftalık 45 saatin aşıldığını bilebilecek durumda olduğu düşünüldüğünde işçinin aşan çalışmalar için %50 zamlı olarak ücretlendirilmesi gerekir. İşçi eğer farklı işverenler yanında kısmi süreli çalışmalar yapıyorsa bu durumda haftalık 45 saatin aşıldığı ilgili

---

<sup>55</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 89; SEVİMLİ, s. 53; Bununla birlikte Yargıtay yakın tarihli bir kararında şehir içi özel halk otobüsü hatlarında şoför olarak çalışan işçinin birden fazla işveren yanında kısmi süreli iş sözleşmeleriyle ayda 30 gün çalışma yaptığı olayda davalı işverenler arasında organik bağ olmasından hareket ederek tüm çalışma süresi bakımından birlikte hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 9. HD., 2016/33841 E., 2020/17957 K., 09.12.2020 T., (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 28.07.2021)

<sup>56</sup> Çalışma sürelerinin kısmi süreli iş sözleşmesi koşulunu karşıladığı varsayılırsa.



işveren tarafından biliniyor veya bilinebilecek durumda ise yine yapılan çalışmanın %50 zamlı ücretlendirilmesi gerekecektir.

Bu tartışmanın dışında örneğin haftalık 30 saat çalışmanın öngörüldüğü kısmi süreli iş sözleşmesinin sonradan sürekli olarak 40 saat haftalık çalışma şeklinde uygulanması halinde kısmi süreli iş sözleşmesinin tam süreli iş sözleşmesine tadil edildiğinin kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>57</sup>. Gerçekten de iş sözleşmesinin kısmi süreli yerine tam süreli kabul edilmesinde özellikle sosyal güvenlik hukuku bakımından önemli farklar ortaya çıkabilecektir<sup>58</sup>. Kanaatimizce de taraflar kısmi süreli iş sözleşmesi üzerinde anlaşmışlarsa da kısmi süreyi aşacak şekilde düzenli ve sürekli çalışmanın fazla sürelerle çalışma sayılması yerine iş sözleşmesinin taraflarca tadil edilerek tam süreli sözleşmeye dönüştürüldüğünün kabulü isabetli olabilir. Ancak bu neticeye ulaşabilmek için somut olayın koşullarının dikkatli şekilde değerlendirilmesi gerekir.

#### **D. Hafta Tatili ve Ücreti**

Hafta tatili, temeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda düzenlenmiş olan dinlenme hakkına dayanan ve bireylerin fiziksel ve ruhsal sağlığı için çok önemli olan bir haktır<sup>59</sup>. İK'nın 46'ncı maddesi hafta tatili ve ücretini düzenlemektedir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına giren işyerlerinde *"işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir."* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise *"çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir."* Dolayısıyla hafta tatiline hak kazanılması durumunda bir iş karşılığı olmaksızın hafta tatili ücretine de hak kazanılacaktır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi uygulamasında hafta tatili ve ücretinin nasıl tatbik edileceği üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Gerçekten de kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçilerin hafta tatiline ve ücretine hak kazanıp kazanamadığına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden birinde İK'nın 46'ncı ve 63'üncü maddeleri dayanak gösterilerek kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanmadığı ileri sürülürken<sup>60</sup>, diğer bir görüş kısmi süreli şekilde haftanın her çalışma günü çalışan işçinin hafta

---

<sup>57</sup> ÇİL, s. 672; SEVİMLİ, s. 172; Sözleşmenin tadili noktasında irade açıklamaları ve bunun sözleşmeyi kurmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz: TAŞATAN, Caner, **Sözleşmenin Kurulması**, On İki Levha, İstanbul, 2021.

<sup>58</sup> Örneğin kısmi süreli iş sözleşmesinde SGK'ya bildirilen eksik günler tam süreli iş sözleşmesinde bildirilmeyebilecektir.

<sup>59</sup> KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 156; Hafta tatili hakkında ayrıca bkz: GÖKTAŞ, Seracettin: "Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2013, S. 30, s. 43-49.

<sup>60</sup> CENTEL, Tankut, "Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatil Ücreti", **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, Y. 1, S. 2, Haziran 2006, İstanbul, s. 20-21.

tatiline hak kazanacağını kabul etmekte<sup>61</sup>, üçüncü bir görüş ise haftanın her çalışma günü olmasa da işçinin sözleşmede kararlaştırılmış olan günlerde çalışmış olması halinde bu hakkı elde edeceğini savunmaktadır<sup>62</sup>.

İK'nın 46. maddesinde İK kapsamında yer alan işçiler için hafta tatili ve ücreti “*bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. İK'nın 63'üncü maddesi ise “*genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır*” şeklindedir. Bu yasal düzenlemelere göre yedi günlük zaman dilimi içinde yirmidört saatlik dinlenme süresine, yani hafta tatiline hak kazanabilmek için hafta tatilinden önceki çalışma günlerini çalışarak geçirmiş ve kararlaştırılan çalışma süresini tamamlamış olmak gerekir. Haftalık 45 saat çalışma süresini tamamlamanın bir koşul olup olmadığı ise duraksama yaratan bir konudur. Bir görüşe göre haftalık 45 saatin tamamlanması hafta tatiline hak kazanabilmek için aranan bir koşulken<sup>63</sup> diğer görüşe göre kanunda böyle bir koşul aranmamaktadır<sup>64</sup>. Yargıtay'ın bu bağlamdaki kararlarına bakıldığında Yargıtay'ın daha önceki kararlarında 63. maddede düzenlenen haftalık en çok 45 saatlik çalışma süresini esas aldığı ve kısmi süreli çalışanların haftalık çalışma süresinin 45 saati bulamayacağından, işçinin hafta tatiline hak kazanamayacağına hükmettiği görülmektedir<sup>65</sup>. Kanaatimizce hafta tatiline hak kazanma noktasında haftalık 45 saat çalışmanın esas alınması isabetli olmayacaktır. Öyle ki hafta tatili haftalık çalışma süresine göre değil İK m. 63'e göre belirlenen iş günlerinde

---

<sup>61</sup> EYRENCİ, **Kısmi Süreli**, s. 46; ÇELİK CANIKLIOĞLU CANBOLAT, s. 206, MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 1306; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 88; ÖZCAN, İrem, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma**, Aristo, İstanbul, 2020, s. 88.

<sup>62</sup> YORULMAZ, s. 86-88; KARACA, Ali “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçilerin Hafta Tatili İzinleri ve Hafta Tatili İzni Ücret Hakları”, **Mali Çözüm Dergisi**, Kasım-Aralık 2016, s. 244; SARIBAY, s. 302; MERİÇ, s. 1568-1569; *Süzek* haftanın iki günü çalışma gibi dinlenmeyi gerektirmeyecek kadar kısa süreli çalışmalar için hafta tatili hakkının kazanılmaması gerektiğini ifade etmektedir (SÜZEK, s. 838); Esasen *Centel* de olması gereken hukuk bakımından sözleşmeyle belirlenmiş sürelerde çalışmış olan işçinin hafta tatiline hak kazanması gerektiğini ifade etmektedir (CENTEL, **Kısmi**, s. 64)

<sup>63</sup> CENTEL, **Hafta Tatili**, s. 20; ÇİL, s. 676; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 1306 (Aynı yazar aynı sayfada kısmi süreli şekilde haftanın her çalışma günü çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanacağını da söylemektedir).

<sup>64</sup> SÜZEK, s. 837; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 206; SEVİMLİ, s. 178; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 157; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 289; SARIBAY, s. 302.

<sup>65</sup> Yarg. 9. HD., 2009/44744 E., 2009/33940 K., 8.12.2009 T., (Çevrimiçi), <https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-6027-82102d08.pdf>, E.T. 17.07.2021; Yarg. 22. HD., 2017/29375 E., 2020/6031 K., 08.06.2020 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 06.07.2021.

çalışmış olma haline göre hak edilmektedir. İK m. 63'te çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirlenmiş olup 45 saatlik süre azami çalışma süresidir. Dolayısıyla haftalık çalışma süresi haftalık üst sınır olan 45 saat olarak belirlenmemişse de işyerinde belirlenmiş olan çalışma günlerinde çalışıldığında işçiler hafta tatiline hak kazanılabilecektir<sup>66</sup>. Öyle ki Yargıtay da yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda haftalık 45 saat çalışma esasını dikkate almaksızın kısmi süreli iş sözleşmesi ile günde 3 saat çalışan işçinin hafta tatiline hak kazandığını ve bu nedenle haftanın yedi günü çalıştırılan işçiye hafta tatili ücretinin ödenmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>67</sup>. Yine benzer bir olayda Yargıtay haftanın yedi günü günde iki saat çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazanacağına ve hafta tatili ücretinin hafta tatili gününde yaptığı iki saatlik çalışma üzerinden ve %50 zamlı olarak hesaplanacağına hükmetmiştir<sup>68</sup>.

Hafta tatiline hak kazanma noktasındaki tartışmanın bir ayağının da “haftanın çalışılan günleri” ifadesine dayandığı söylenebilir. Klasik anlamda haftanın çalışılan günleri altı gün iken cumartesi gününün de çalışmadan geçirilebileceği ve çalışma günlerinin haftanın beş günü sayılabileceği değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>69</sup>. Bu klasik yaklaşımla haftanın çalışılan günleri beş veya altı gün olarak kabul edildiğinde haftanın beş veya altı günün tamamında çalışmamış olan kısmi süreli çalışanın hafta tatiline hak kazanıp kazanmayacağı tartışma konusu haline gelmektedir. İK'nın 13'üncü maddesinin gerekçesinde yer alan “*kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi*” ifadesi de bu tartışmayı ortaya çıkaran diğer bir olgudur.

Öğretide yer alan bir görüşe göre gerek çalışma günlerinin tümünde çalışmamış olmaktan dolayı; gerekse 46. maddede çalışılmadığı halde çalışılmış sayılan günlerin tek tek sayılmış olmasına rağmen kısmi süreli çalışmanın bu hallere eklenmemiş olması nedeniyle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler hafta tatiline hak kazanamayacaktır<sup>70</sup>. Ancak çalışma günlerinin tamamında, örneğin haftada altı gün ve günde iki saat, kısmi süreli çalışan işçi bu durumda hafta tatiline hak kazanacaktır<sup>71</sup>.

Diğer görüşe göre ise kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ile belirlenmiş olan çalışma sürelerine riayet etmiş olması halinde, haftanın beş veya altı gününde çalışmamış olsa dahi, hafta tatiline hak

---

<sup>66</sup> KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 289; SÜZEK 263; SARIBAY, s. 302-303.

<sup>67</sup> Yarg. 9. HD., 2020/3437 E., 2020/19928 K., 23.12.2020 T., **İSGHD**, C. 18, S. 69, 2021, s. 379-381.

<sup>68</sup> Yarg. 22 HD., 2016/21544 E., 2017/19393 K., 26.09.2017 T., (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 23.07.2021.

<sup>69</sup> KARAMAN, **Kısmi Süre**, s. 128-129; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 288.

<sup>70</sup> CENTEL, **Hafta Tatili**, s. 21; KOÇ, **GÖRÜCÜ**, s. 157.

<sup>71</sup> KOÇ, **GÖRÜCÜ**, s. 157; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 206.

kazanacaktır<sup>72</sup>. Aksi halde kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçi farklı işleme tabi tutulmuş olur<sup>73</sup>. Kaldı ki, haftada altı gün günde iki saat kısmi süreli çalışan işçi hafta tatiline hak kazanırken haftada iki gün günde altı saat kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanamayacak olması da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu duruma karşı şunu savunmak mümkündür: Haftanın altı günü günde iki saat çalışan bir işçi bu altı günlük süreçte kanunda öngörüldüğü şekliyle 24 saatlik aralıksız dinlenme fırsatına sahip olamamıştır; buna karşın günde altı saatten iki gün çalışan işçi toplamda aynı süre çalışsa da aralıksız dinlenme imkanına sahiptir. Ancak bu savunma, işçinin birden fazla işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışması durumunda geçersiz hale gelecektir. Öyle ki günde altı saatten haftanın iki günü üç ayrı işyerinde çalışan bir işçi toplamda altı gün ve 36 saat çalışma gerçekleştirirse de hafta tatili hakkı ve buna bağlı olarak hafta tatili ücretine hak kazanamayacaktır. Oysa uygulanacak kuralın her koşulda adil bir sonuç vermesi gerekir. Birden fazla işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftanın beş veya altı gününde çalışan işçinin bu yaklaşım nedeniyle hafta tatiline hak kazanamamasını Anayasa'nın 50. maddesinde düzenlenen dinlenme hakkına aykırı olarak değerlendiren görüş de öğretide mevcuttur<sup>74</sup>.

Öte yandan örneğin cumartesi gününün tatil günü olarak belirlendiği durumlarda işçinin beş gün çalıştığı ya da 44 saatlik haftalık çalışma süresinin günlük 11 saati aşmamak koşuluyla dört gününe paylaştırıldığı ihtimallerde işçi hafta tatilinin haricinde 24 saatlik aralıksız dinlenme fırsatına kavuşsa da yine de bir günlük hafta tatili ücretine hak kazanmaktadır. O halde kısmi süreli çalışan işçinin haftanın hafta tatili dışındaki herhangi bir gününde dinlenebiliyor olması hafta tatili hakkını ortadan kaldırmak için yeterli görülmemelidir. Gerçekten de hafta tatili hakkının dinlenme hakkı boyutunun yanında maddi sonuçları da önemlidir. Öyle ki aynı saatlik ücret üzerinden çalışan iki işçiden biri haftanın altı günü günde iki saat çalıştığında hak kazanacağı hafta tatili ücretiyle birlikte; günde altı saatten iki gün çalışan işçiden daha fazla ücret elde etmiş olacaktır. Oysa iki işçi de haftalık aynı sürelerle çalışmıştır.

Kanaatimizce bu karmaşık durumun önüne geçilmesi adına gerekirse yasal düzenleme de yapılarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin sözleşme ile anlaşılan günlerde çalışmış olması koşuluyla hafta tatiline ve hafta tatili ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir. Öte yandan öğretide kısmi süreli çalışanların hafta tatiline hak kazanabilmeleri bakımından asgari bir çalışma süresinin belirlenebileceği de ileri sürülmektedir<sup>75</sup>. Eğer böyle bir düzenleme getirilecekse belirlenecek alt sınırın altında çalışsa dahi haftanın beş veya altı gününde çalışan işçilerin her halükarda hafta tatiline hak kazanabilmeleri öngörülmeli ve bu

---

<sup>72</sup> YORULMAZ, s. 86-88; ŞAFAK, s. 8.

<sup>73</sup> YORULMAZ, s. 86-88.

<sup>74</sup> KARAMAN, *Karar İnceleme*, s. 290.

<sup>75</sup> CENTEL, *Hafta Tatili*, s. 22; SEVİMLİ, s. 182; MERİÇ, s. 1570.

koşulun sağlandığının tespitinde birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların çalışma gün ve süreleri birlikte değerlendirilmelidir. Kısmi süreli çalışan işçinin çalışmayı üstlendiği gün ve saatlerde çalışması durumunda her halükarda çalıştığı süreyle orantılı olarak hafta tatili ücretine hak kazanması ise uygulama açısından daha pratik bir sonuç olacaktır.

Elbette incelenen diğer durumlarda olduğu gibi hafta tatili ücreti bakımından da tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresi üzerinden bir oranlamaya gidilmesi gerekecektir<sup>76</sup>. Bu doğrultuda örneğin tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışması süresi 45 saat ve kısmi süreli çalışan işçinin haftalık çalışma süresi 15 saat ise kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatili ücreti, tam süreli çalışan işçinin hafta tatili ücretinin 1/3'ü tutarında olmalıdır. Öte yandan hafta tatili gününde çalıştırılan işçilerin bir çalışma karşılığı olmaksızın alacakları hafta tatili ücretinin yanında çalıştırıldıkları sürenin ücretinin de ödenmesi gerekecektir<sup>77</sup>.

### **E. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti**

Ulusal bayram ve genel tatil günleri 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da<sup>78</sup> düzenlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesine göre yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü genel tatil günleri; 23 Nisan günü 19 Mayıs günü ve 30 Ağustos günü resmi bayram günleri; arefe gününün yarısı dahil Ramazan Bayramı ve arefe gününün yarısı dahil Kurban Bayramı ise dini bayram günleridir. Öte yandan aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “*Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.*”

Ulusal bayram ve genel tatillere ilişkin İK'nın 47. maddesinde “*bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir*” denmiştir.

Buna göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin, sözleşme gereği çalışması gerektiği zamanlar ulusal bayram veya genel tatil günlerinden birine denk gelirse, işçi çalışmadığı halde o süre için ücrete hak kazanacaktır<sup>79</sup>. İşçi böyle bir günde çalışması halinde ise hem tatil ücretini, hem de çalışması karşılığı hak

---

<sup>76</sup> KARACA, a.g.m., s. 244; KOÇ, GÖRÜCÜ, a.g.m., s. 157; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 290.

<sup>77</sup> KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 290-291.

<sup>78</sup> RG. 19.03.1981, S. 17284.

<sup>79</sup> EYRENCİ, **Kısmi Süreli**, s. 47; CENTEL, **Kısmi**, s. 65; EYRENCİ, **Kısmi Süreli Çalışma**, s. 47; SEVİMLİ, s. 186-187; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 158; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 291-292; MERİÇ, s. 1569.

kazanacağı ücreti alacaktır<sup>80</sup>. Fakat belirtilmelidir ki bayram tatili veya genel tatilin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin zaten çalışmıyor olduğu bir güne denk gelmesi halinde işçi çalışmadığı bayram tatili veya genel tatil için tatil ücretine hak kazanamaz<sup>81</sup>. Yargıtay'ın görüşü de aynı doğrultudadır<sup>82</sup>.

Öğretide hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretinin belirlenmesinde yine İK madde 13/II'ye göre tam süreli emsal işçiyle çalışma sürelerinin oranlarına bakılacağını ileri süren bir görüş mevcuttur. Buna göre tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresi ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin haftalık çalışma süresinin oranı, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ulusal bayram veya genel tatil ücretine uygulanarak kısmi süreli çalışan işçinin hak kazanacağı ücreti tespit edilir<sup>83</sup>. Örneğin haftada 45 saat çalışan emsal işçi 7,5 saatlik ücreti tutarında ulusal bayram ve genel tatil ücretine hak kazanırken haftada 30 saat çalışan işçi 5 saatlik ücreti tutarında ulusal bayram ve genel tatil ücretine hak kazanacaktır. Diğer bir görüşe göre ise kısmi süreli çalışan işçi çalışma gününe denk gelen ulusal bayram veya genel tatil gününde ne kadar ücret kazanacaktı ise o ücretin kendisine ödenmesi gerekir<sup>84</sup>. Yargıtay ise yakın tarihli bir kararında kısmi süreli çalışan işçinin ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağını talep ettiği olayda işçinin son aylık ücret miktarının otuz sayısına bölünmesiyle bir günlük ücretinin tespit edileceğini ve bu bir günlük ücret üzerinden işçinin çalıştığı ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ücretinin hesaplanması gerektiğini hüküm altına almıştır<sup>85</sup>.

Uygulanacak hesaplama yöntemi özellikle farklı günlerde farklı saatlerle çalışan işçiler bakımından fark yaratabilecektir. Örneğin kısmi süreli işçinin ulusal bayram veya genel tatil gününe denk gelen çalışma gününde kazanacağı miktarın ücret olarak ödenmesi gerektiği kabul edilirse tatil gününe isabet eden günde işçi 3 saat çalışıyorsa 3 saatlik ücret alacakken 7 saat çalışıyorsa 7 saatlik ücret alabilecektir. Buna karşın ilk yöntem uygulanırsa kısmi süreli çalışan işçi hangi güne denk gelirse gelsin çalışma gününe denk gelen tatil günü için aynı ücreti elde edecektir. Saatlik ücret üzerinden gelir elde eden bir işçi için bu durum aylık gelirinde dalgalanmalara yol açabilir. Zira uzun çalışma saati olan bir günde daha az gelir veya kısa çalışma saati olan bir günde daha fazla gelir elde edebilir. Buna karşın kısmi süreli çalışanlar bakımından temel esas İK m. 13'te düzenlenmiştir. Buna göre "*kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir*

---

<sup>80</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 88; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 158; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 292.

<sup>81</sup> KARAMAN, **Kısmi Süre**, s.134, 135; KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 292.

<sup>82</sup> Y. 9. HD, 23.09.1996, E. 1996/15976, K. 1996/17646; Yarg. 22. HD. 2017/40535 E., 2020/8300 K., 01.07.2020 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 16.07.2021.

<sup>83</sup> KARAMAN, **Kısmi Süre**, s. 132.

<sup>84</sup> SEVİMLİ, s. 186.

<sup>85</sup> Yarg. 22. HD., 2018/12875 E., 2018/20820 K., 02.10.2018 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 16.07.2021.

*menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.”* Tam süreli çalışan işçilerin ulusal bayram ve genel tatil ücreti denk gelen çalışma gününde alacakları ücrete göre değil, günlük çalışma ücretlerine göre hesaplanmaktadır. Öyle ki İK'nın 49'uncu maddesinde tatil ücretinin bir güne düşen ücret olduğu düzenlenmiş, saat ücreti ile çalışan işçiler bakımından ise bu ücretin yedi buçuk saatlik ücret olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla tam zamanlı çalışan işçinin tatil ücreti, tatilin denk geldiği günde kaç saat çalışma yapacağına göre değil, her halükarda bir günlük ücreti tutarına göre tespit edilecektir<sup>86</sup>. Bu durumda kanaatimizce Yargıtay uygulamasında da olduğu gibi kısmi süreli çalışan işçinin tatil ücreti tam süreli çalışan emsal işçinin alacağı tatil ücretine oranla belirlenmelidir.

## **F. Yıllık Ücretli İzin Ücreti**

### **1. Yıllık Ücretli İzin Hakkı**

Yıllık ücretli izin hakkı, dinlenme hakkı kapsamında yer alan bir yasal düzenlemedir. İK'nın 53. maddesinde yer alan hükme göre *“işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.”* İK m. 53'ün devamındaki *“yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez”* ibaresi ve İK m. 58'de düzenlenen izinde çalışma yasağından; yıllık ücretli izinin bir emredici hukuk kuralı olduğu anlaşılmaktadır<sup>87</sup>. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin yıllık ücretli izin hakkı ile ilgili olarak izne hak kazanmak için gereken bir yıllık çalışma süresi, İK'da öngörülen yıllık ücretli izin süreleri ve bu işçilere ödenecek yıllık izin ücreti önem arz etmektedir.

Yıllık ücretli izin, kanunun da belirttiği gibi, işçinin işyerinde işe başlamasından itibaren en az bir yıl çalışmış olmasıyla kazanacağı bir haktır<sup>88</sup>. İK'daki yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemeden yola çıkıldığında, iznin kullanılması için tam gün çalışma şartı arandığı sonucuna varılamaz. Öyle ki kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin yıllık ücretli iznine ilişkin olarak Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin<sup>89</sup> 13. maddesinde yer alan düzenlemeye göre *“kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz”* ve *“izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz.”*

Bu düzenlemeler ışığında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin de Kanunun aradığı şartları haiz olmaları halinde yıllık ücretli izine hak

---

<sup>86</sup> Yahut saatlik ücretin uygulandığı işyerlerinde 7,5 saatlik ücret tutarına göre tespit edilecektir.

<sup>87</sup> KARAMAN, *Kısmi Süre*, s. 135.

<sup>88</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 88; MERİÇ, s. 1572.

<sup>89</sup> RG. 03.03.2004, S. 25391.

kazanabilecekleri anlaşılmaktadır<sup>90</sup>. Bir yıllık çalışma süresinin hesabı ise kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin işe girdiği tarihten itibaren, taraf olduğu iş sözleşmesine göre çalışması gereken zamanlarda çalışmış olup olmadığına bakılarak yapılır. Şayet kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi işe girdiği tarihten itibaren bir yıllık süreyi doldurmuşsa yıllık ücretli izin hakkını kazanır<sup>91</sup>. Bir diğer ifadeyle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanmak için tamamlamaları gereken bir yıllık sürenin hesabında yalnızca fiilen çalıştığı günler değil, çalışmadığı günler de dikkate alınacaktır<sup>92</sup>. Yargıtay uygulaması incelendiğinde kısmi çalışmanın haftanın belirli günlerinde ya da haftanın her günü daha düşük sürelerle yapılması arasında fark olmaksızın aynı esasların uygulandığı görülmektedir<sup>93</sup>.

Yıllık ücretli izin süreleri açısından kısmi süreli çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında ayrımı gerektiren bir fark bulunmamaktadır. Nitekim kısmi süreli çalışan bir işçi yıllık ücretli iznini kullanırken, yalnızca İK madde 56/V’te belirtilen izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. Dolayısıyla kısmi süreli çalışan işçi, yıllık ücretli iznini kullanırken, zaten sözleşme gereği çalışmayacağı günlere denk gelen süreler de yıllık ücretli izin günlerinden sayılacaktır<sup>94</sup>. Bu nedenle ayrıca tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçinin çalışma süreleri arasında oranlama yapmaya gerek olmaksızın, kısmi süreli çalışan işçinin yıllık ücretli izin süreleri İş Kanunu madde 53’te düzenlendiği şekilde, tam süreli çalışan işçi ile aynı uygulanacaktır. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır.” ifadesi de bu yönde uygulamaya işaret etmektedir<sup>95</sup>. Buna göre yıllık ücretli izin günleri belirlenirken ulusal bayram ve genel tatil günleri ile hafta tatili günleri yıllık ücretli izin süresinden sayılmayacaksa da sözleşme gereği zaten çalışılmayacak olan günler yıllık ücretli izin günlerinin içinde kabul edilecektir<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> EYRENCİ, **Kısmi Süreli**, s. 58; CENTEL, **Kısmi**, s. 66; YORULMAZ, s. 95; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s. 204-205.

<sup>91</sup> KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 158; ŞAFAK, s. 9; MERİÇ, s. 1572; Yarg. 22. HD., 2017/29375 E., 2020/6031 K., 08.06.2020, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 19.07.2021.

<sup>92</sup> KARAMAN, Mehmet Halis, “Karar İncelemesi - 4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin Ve Hafta Tatili”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s. 285.

<sup>93</sup> Yarg. 9. HD., 2009/44744 E., 2009/33940 K., 8.12.2009 T., (Çevrimiçi), <https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-6027-82102d08.pdf>, E.T. 17.07.2021.

<sup>94</sup> EYRENCİ, **Kısmi Süreli**, s. 60; KOÇ, GÖRÜCÜ, s. 158; KARAMAN, **Karar İncelemesi**, s. 286.

<sup>95</sup> KARAMAN, **Kısmi Süre**, s. 140.

<sup>96</sup> KARAMAN, **Karar İnceleme**, s. 287.



Yıllık ücretli izin hakkının hangi günlerde kullanılacağı da dinlenme hakkı açısından önem arz eder. İK m. 56/1'e göre kural olarak “*yıllık ücretli izin işveren tarafından bölünemez*”. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre yıllık ücretli izin “ *tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir*”. Bilindiği gibi yıllık ücretli iznin kullanılacağı günlerin belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında yer almakta olup işveren işçinin talep ettiği tarihlerle bağlı değildir<sup>97</sup>. Dolayısıyla işveren işçinin yıllık ücretli izin hakkını, bir bölümü on günden az olmamak üzere, kullandırırken izin günlerini kısmi süreli çalışan işçinin zaten çalışmayacağı günlere denk getirmeye çalışması halinde işçinin dinlenme hakkından gereği gibi yararlanamaması ihtimali ortaya çıkacaktır. Örneğin haftanın pazartesi ve salı günlerinde günde 5 saat çalışan bir işçinin yıllık izin hakkı çarşamba günü başlayarak bir sonraki haftanın cuma gününe kadar 10 gün ve yine ikinci parça olacak şekilde çarşamba günü başlayarak cumartesi gününe kadar 4 gün şeklinde kullandırılması durumunda işçi çalışması gereken günlerden yalnızca ikisinde çalışmayarak dinlenmiş olacaktır. Esasen bunun önüne geçmek için kanunda açıkça öngörülmüş bir düzenleme yoktur. Buna karşın gerek ölçülülük ilkesi gerekse dürüstlük kuralı dikkate alındığında işveren işçiye yıllık ücretli izin haklarını kullandırırken çalışma süresiyle orantılı şekilde bir dinlenme imkanı sağlamaya özen göstermelidir. Örneğin, yukarıdaki örnekte haftada 10 saat çalışan işçinin yıllık ücretli izin hakkı kullandırılırken 14 günlük izin süresi için normalde 20 saatlik çalışma yapacağı günlere denk gelecek şekilde izin kullandırılması dinlenme hakkının kullanılabilmesi bakımından hakkaniyete daha uygun olacaktır. Öğretide de işçi lehine yorum ilkesi esas alınarak yıllık iznin işçinin en çok izin gününden faydalanabileceği şekilde kullandırılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Kanaatimizce işçiye olabilecek en fazla izin gününün sağlanmasından ziyade yukarıda açıkladığımız şekilde işçinin çalışma saati esas alınarak sonuca gidilmesi daha isabetli olabilir. Zira işçinin çalışma yaptığı günlerdeki çalışma saati de birbirinden farklı olabilir. Bu durumda günde iki saat çalıştığı gün ile on bir saat çalıştığı günü bir tutmak işçi bakımından aleyhe sonuçlar doğurabilir.

## **2. Yıllık Ücretli İzin Ücreti**

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, hak kazandıkları yıllık ücretli izinlerini kullanırken, çalışmadığı bu süreler içinde de ücret almaya devam ederler. Tatil ücretlerinin hesaplanmasındaki gibi, yıllık izin ücreti de çıplak ücret esas alınarak hesaplanacaktır. Nitekim yıllık izin ücretine ilişkin İK madde 57/II, İş Kanunu'nun 50. maddesine gönderme yapmaktadır. İK madde 50'ye göre ise “*fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi*

---

<sup>97</sup> Yönetim hakkının kullandırılmasında ölçülülük ilkesi, dürüstlük kuralı gibi olgular dikkate alınmalıdır.

<sup>98</sup> SEVİMLİ, s. 195.

*olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz.”*

Verilecek ücretin hesabı konusunda tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi arasında fark bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışan işçi parça başı, saatlik, günlük veya aylık ücret alıyor olabilir. Öğretide yer alan bir görüşe göre burada öncelikle işçinin günlük çıplak ücreti bulunmalıdır. Buna göre saat başı ücret alan işçinin günlük ücreti; aylık ücret alan işçinin ücretinin çalıştığı gün sayısına bölünerek bulunan günlük ücreti; günlük ücretle çalışıyorsa doğrudan günlük çıplak ücreti yıllık ücretli izin hesabında kullanılacaktır. Bu görüşe göre elde edilen günlük çıplak ücret üzerinden yıllık izin kullanıldığı sırada çalışıyor olsaydı işçi ne kadar çalışma yapacaktı ise işçiye o kadar çalışmanın çıplak ücretle çarpılmış hali ile yıllık izin ücreti verilecektir<sup>99</sup>. Bu yol üzerinden yapılacak hesaplama örnek vermek gerekirse, haftada üç gün günde 5 saat kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi, iki haftalık yıllık izin kullanımı için 6 günlük çıplak ücret kadar (30 saatlik ücreti kadar) yıllık izin ücretine hak kazanır. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise yıllık izin ücretinin hesabı noktasında çalışma süresi oranında yıllık izin ücreti verilmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>100</sup>. Kanaatimizce bu yöntemin daha isabetli olacağı söylenebilir. Zira işçinin haftanın bazı günlerinde farklı saatlerde çalışması durumunda, örneğin yıllık izin hakkının çalışma saatinin daha yüksek olduğu günlerde kullanılması halinde bir yıl için hak kazanacağı 14 günlük yıllık izin hakkı için daha fazla yıllık izin ücretine hak kazanması gibi bir dengesizlik ortaya çıkabilir. Oysa yıllık izin ücretinin çalışma saatine göre orantılanması durumunda işçi her halükarda 14 günlük ücretin belirli bir oranında (çalışma saatine göre ortaya çıkacak oranda) yıllık izin ücreti elde edecektir. Yukarıda verilen örnek için bu yöntem kullanıldığında işçi haftada üç gün günde 5 saat gibi düzenli bir çalışma yaptığından yine aynı sonuca ulaşılmaktadır. İşçinin haftalık çalışma süresi 15 saat olduğundan haftada 45 saat çalışan tam zamanlı emsal işçiye göre 1/3 oranında yıllık izin ücretine hak kazanacaktır. Dolayısıyla tam zamanlı çalışan emsal işçi 14 günlük yıllık izin kullanımında 90 saatlik ücrete hak kazanırken kısmi süreli çalışan işçi de ilk yöntemde olduğu gibi 30 saatlik ücrete hak kazanır. Buna karşın çalışma süresinin haftanın farklı günleri için farklı belirlendiği ihtimallerde, yahut yıllık izin

---

<sup>99</sup> YORULMAZ, s. 99; ŞAFAK, s. 9; *Eyrenci ve Centel* de işçinin işgörmesi gereken günlerde ne kadar ücret alacaktıysa o tutarda yıllık izin ücreti alması gerektiğini ifade etmektedir (EYRENCİ, *Kısmi Süreli*, s. 61; CENTEL, *Kısmi*, s. 67)

<sup>100</sup> KARAMAN, *Karar İnceleme*, s. 286; Ancak aynı yazar makalenin devamında kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin “*şayet izinli olmasalar idi çalışabilecekleri süreler dikkate alınarak*” yıllık izin ücreti alacağını savunmuştur (KARAMAN, *Karar İnceleme*, s. 287). Ancak açıklanacağı üzere bu yöntem esasında işçinin bir yıllık çalışma neticesinde elde edeceği yıllık ücretli izin hakkı karşılığında toplamda alacağı yıllık izin ücretinin farklı tutarlarda belirlenebilmesine yol açmaktadır.

günlerinin özellikle haftanın çalışılan veya çalışılmayan günlerine daha çok denk getirilmeye çalışıldığı ihtimallerde işçinin bir yılda hak kazanacağı yıllık izin ücreti için alabileceği yıllık izin ücreti değişebilecektir. Bu da adil olmayan sonuçlar yaratabilir. Örneğin işveren, kısmi süreli çalışan işçinin yıllık izin günlerini daha çok işçinin zaten çalışmadığı günlere denk getirecek şekilde kullanmaya çalışması halinde ilk yöntemin uygulanması durumunda işçi sadece normalde çalışacağı günlere isabet eden izin günleri üzerinden yıllık izin ücreti alacağından ikinci yöntemle göre alması gereken yıllık izin ücretinden daha düşük ücret alması söz konusu olacaktır ki bu sonuç isabetsizdir. Oysa bir gün için alınacak yıllık izin ücreti tam süreli çalışan emsal işçiye oranlandığında böyle bir karmaşa yaşanmayacak; işçi toplamda her halükarda aynı tutarda yıllık izin ücreti elde edecektir.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararı incelendiğinde kısmi süreli çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra yıllık ücretli izin alacağını talep ettiği olayda yüksek mahkemenin işçinin son aylık ücret miktarının otuz sayısına bölünmesiyle bir günlük ücretinin tespit edilmesi ve bu bir günlük ücret üzerinden bakiye gün karşılığı yıllık izin ücreti alacağını hesaplanması gerektiğini hüküm altına aldığı görülmektedir<sup>101</sup>. Dolayısıyla bu içtihadta esas alınan yöntemde de işçinin izin kullandığı günlerde ne kadar ücret alabileceği değil, bir aylık çalışması üzerinden günlük ücretinin tespit edildiği görülmektedir. Bu ücret zaten kısmi süreli çalışan işçinin çalışma saatinin tam süreli işçinin çalışma saatine oranı kadar düşük tespit edilecektir. Örneğin 45 saat çalışan işçinin aylık 3000-TL ücret aldığı örnekte 30 saat çalışan işçi aylık 2000-TL ücret alacaktır. Dolayısıyla günlük ücret de yine çalışma sürelerinin oranı ile aynı doğrultuda tespit edilmiş olacaktır.

## **SONUÇ**

Çalışmamızda İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan kısmi süreli iş sözleşmesinin klasik görünümünde uygulanacak olan temel ücret, ikramiye ve diğer sosyal haklar, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve yıllık ücretli izin ücreti incelenmiştir. İş Kanunu hükümleri genel olarak klasik anlamdaki tam süreli iş sözleşmesi esas alınarak hazırlanmış olduğundan kısmi süreli iş sözleşmesi bakımından uygulamanın nasıl olacağını değerlendirilmesi önemlidir.

İnceleme sırasında İK'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği hükmü ve yine İş Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye farklı işlem

---

<sup>101</sup> Yarg. 22. HD., 2018/12875 E., 2018/20820 K., 02.10.2018 T., (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 16.07.2021.

yapılamayacağı hükmü değerlendirmelerin esasını oluşturmuştur. Bu bağlamda yapılan incelemede özellikle fazla çalışma ve hafta tatili hususlarının doktrinde tartışmalı olduğu görülmüş; diğer ücret kalemleri bakımından da olası ihtimaller ve problemler değerlendirilmiştir.

Tartışmalı hususlardan olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma bakımından İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde kısmi süreli çalışanlara yasak getirilmiş olsa da fiilen bu çalışmaları yapanların çalışmaları karşılığında fazla çalışma ücretlerini alacakları noktasında görüş birliği mevcuttur. Bununla birlikte aynı anda birden fazla işyerinde kısmi süreli çalışma yapan işçinin toplam çalışma süresinin 45 saati aşması durumunda uygulamanın nasıl gelişeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce haftalık 45 saatin aşıldığı ilgili işveren tarafından biliniyor veya bilinebilecek durumda ise yapılan çalışmanın %50 zamlı ücretlendirilmesi isabetli olacaktır.

Hafta tatili ücreti hususu kısmi çalışanlar bakımından bir diğer önemli tartışma konusudur. Mevzuatta konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta ve öğretide de farklı görüşler yer almaktadır. Her ne kadar Yargıtay uygulaması, yalnızca haftanın tüm çalışma günlerinde kısmi süreli çalışanlar bakımından çalışma süreleriyle orantılı bir hafta tatili ücretinin varlığını kabul etse de bizim de katıldığımız görüşe göre sözleşmede kararlaştırılan günlerde çalışan işçinin, haftanın tüm iş günlerinde çalışmaya da çalışma saatiyle orantılı şekilde hafta tatili ücretine hak kazanması daha isabetlidir.

Yıllık ücretli izin uygulaması bakımından yapılan değerlendirmede ise özellikle işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye yıllık izin hakkını kullandırırken işçinin dinlenme hakkından hakkaniyete uygun şekilde faydalanmasının sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu yönüyle gerek ölçülülük ilkesi gerekse dürüstlük kuralı dikkate alındığında işveren işçiye yıllık ücretli izin haklarını kullandırırken çalışma süresiyle orantılı şekilde bir dinlenme imkanı sağlamaya özen göstermelidir. Böylelikle kısmi süreli çalışan işçinin tam süreli çalışan işçi ile aynı gün sayısında yıllık izin hakkı olsa da bu izin günlerinin işçinin zaten çalışmadığı günlere denk getirilmesi ve işçinin pratikte dinlenme hakkını gereği gibi kullanamamasının önüne geçilmiş olacaktır.

Yapılan değerlendirmelerde özellikle İK hükümlerinin tam süreli iş sözleşmesi esas alınarak düzenlenmiş olmasının karışıklığa yol açabildiği anlaşılmış olup kısmi süreli iş sözleşmesi için daha ayrıntılı düzenlemelerin gerekebileceği kanaati oluşmuştur. Böylelikle pek çok tartışmalı husus açıklığa kavuşabilecektir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## **KAYNAKÇA**

ALPAGUT, Gülsevil “AB’nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler”, **TİSK Akademi**, C. 3, S. 5, 2008/I, s. 6-37.

CENTEL Tankut,: “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatil Ücreti”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y:1, S: 2, Haziran 2006, İstanbul, s. 19-22. (Hafta Tatili)

CENTEL, Tankut, **Kısmi Çalışma**, Kazancı, İstanbul, 1992. (Kısmi)

ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 32. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

ÇİL, Şahin, **İş Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2007.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat / CENTEL,Tankut: **İş Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2012.

EYRENCİ, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler: Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İHSGHD**, 1, Ocak-Mart 2004, s. 15-56. (Yeni Düzenlemeler)

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

EYRENCİ, Öner, **Kısmi Süreli Çalışmalar: Uygulama ve İş Hukuku Açısından**, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989. (Kısmi Süreli)

GÖKTAŞ, Seracettin, “Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2013, S. 30, s. 43-49.

KARACA, Ali, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçilerin Hafta Tatili İzinleri ve Hafta Tatili İzni Ücret Hakları”, **Mali Çözüm Dergisi**, Kasım-Aralık 2016.

KARAMAN, Mehmet Halis, “Karar İncelemesi - 4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin Ve Hafta Tatili”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s. 269-300. (Karar İncelemesi).

KARAMAN, Mehmet Halis: “Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2008 (Kısmi Süre).

KOÇ, Muzaffer / GÖRÜCÜ, İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/1, s. 149-178.

MERİÇ, Nedim, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”, **Legal İHSGHD**, C.2, S.8, 2005, s. 1545-1580.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Beta, İstanbul, 2012.

ÖZCAN, İrem, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma**, Aristo, İstanbul, 2020.

SARIBAY, Gizem, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, Ed. Mehmet Uçum, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

SEVİMLİ, K. Ahmet, **4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, Beta, İstanbul, 2019.

SOYER, Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışma”, **Legal İHSGHD**, S. 3, 2004, s. 797-808.

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.

ŞAFAK, Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part-Time) Çalışma”, (Çevrimiçi) [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/kismi\\_calisma.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/kismi_calisma.pdf), E.T. 05.06.2021.

TAŞATAN, Caner, **Sözleşmenin Kurulması**, On İki Levha, İstanbul, 2021.

YORULMAZ, Çiğdem: **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**, Ankara, 2008.

YUYUCU, Ahmet Mahmut, “Türk İş Hukuku Çerçevesinde Kısmi Zamanlı Çalışmanın Uygulaması”, **Emek ve Toplum**, C: 6, Y: 6, S: 15, 2017/2, s. 399-407.

ZEYTİNOĞLU, Emin, “Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm”, **İÜHF**, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 449-466.



# İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERİNİN TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK<sup>1</sup>

## Öz

İsviçre’de İsviçre Borçlar Kanununda zamanaşımına ilişkin bir dizi değişiklik gerçekleştirilmiş, bu değişiklikler 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında zamanaşımına ilişkin yapılan değişikliklerden haksız fiilde ceza zamanaşımına ilişkin yenilikler ele alınacaktır. Haksız fiilde zamanaşımını düzenleyen Art. 60 OR hükmünde yer alan bir yıllık kısa zamanaşımı üç yıla çıkarılmış, on yıllık mutlak zamanaşımı süresi muhafaza edilmekle birlikte, bu sürenin başlangıç anı netleştirilmeye çalışılmıştır. AİHM’nin Howald Moor kararı sonrası ölüm veya bedensel zararlarda mutlak zamanaşımı süresinin uzatılarak sorunun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Yapılan kanun değişikliği değerlendirilerek AİHM’nin ihlal kararı vermesindeki koşulların ortadan kalkıp kalkmadığı ele alınmıştır. Fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre cezayı gerektirmesi halinde haksız fiilden doğan tazminat taleplerine kovuşturma zamanaşımının uygulanacağına dair düzenleme kanunda muhafaza edilmiş, öğretilerde tartışılan bazı hususlara açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmada tüm bu düzenlemeler Türk Hukukundaki durum ile karşılaştırmalı olarak ele alınıp değerlendirmeler yapılmış, hukukumuz açısından da önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** *Ceza Zamanaşımı, Haksız Fiil, Gecikmeli Zarar, İsviçre, Türk Hukuku, Zamanaşımı*

## A COMPARATIVE EVALUATION OF THE NEW AMENDMENTS OF THE SWISS LAW OF OBLIGATIONS WITH REGARD TO THE STATUTE OF LIMITATIONS OF TORT WITH TURKISH LAW

### Abstract

In Switzerland, a number of amendments regarding the statute of limitations have been made in the Swiss Code of Obligations, and these amendments entered into force on January 1, 2020. In this study, from the amendments regarding the statute of limitations in the general provisions of the Swiss Code of Obligations, the

---

<sup>1</sup> Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, ORCID: 0000-0003-2604-3765, gunergok@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 18.05.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 23.08.2021

Bu makaleye atf için; GÜNERGÖK Özcan, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi”, **İMİHFD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 125-154.



innovations regarding the penalty limitation in tort will be discussed. The one-year short prescription specified in Art. 60 OR is increased to three years, while the ten-year absolute prescription period is preserved, the starting point of this period was tried to be clarified. After the ECHR's Howald Moor decision, it was aimed to eliminate the problem by extending the absolute prescription period in case of death or bodily harm. The amendment to the law has been evaluated and it has been discussed whether the conditions for the ECHR to issue a violation decision are eliminated. The regulation stating that if the act also requires punishment according to the penal laws, the prosecution time-out will be applied to the claims arising from the tort has been preserved in the law and some issues discussed in the doctrine have been clarified. In this study, all these regulations are handled in comparison with the situation in Turkish Law and evaluated, and recommendations have been made in terms of our law.

**Keywords:** *Penalty Timeout, Tort, Long-Term Damage, Statute of Limitation, Switzerland, Turkish Law*

## GİRİŞ

İsviçre'de 2018 yılında Borçlar Kanununda (OR) zamanaşımına ilişkin bir dizi değişiklik gerçekleştirilmiş, bu değişiklikler 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmada öncelikle genel olarak İsviçre Borçlar Kanununda zamanaşımına ilişkin değişiklik önerilerine yer verilecek, gerçekleşen değişiklikler aktarılacak ve sonrasında haksız fiil alanındaki değişiklikler incelenecektir.

### I. Genel Olarak Değişiklik Önerileri

İsviçre Borçlar Kanununda değişiklikler öngören tasarı 29 Kasım 2013 tarihinde Ulusal Parlamento ve Üst Meclis Başkanlıklarına sunulmuştur<sup>2</sup>. Bu tasarıda zamanaşımı hukukunun belirli noktalarda iyileştirilmesi ve basitleştirilmesi hedeflenmiştir<sup>3</sup>. Bir yıllık kısa –nisbi- zamanaşımının haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme alacakları bakımından üç yıla çıkarılması ve özellikle bedensel zararlar bakımından uzun –mutlak- zamanaşımı süresinin otuz yıl olarak belirlenmesi tasarının merkezinde yer almıştır<sup>4</sup>.

Tasarıda zamanaşımına ilişkin hükümlerin yeniden elden geçirilmesindeki saik, yürürlükteki zamanaşımı hukukunun bir yandan talep hakkının hukuki sebebine göre farklı olması, diğer yandan çok sayıda özel hüküm bulunması sebebiyle

<sup>2</sup> Botschaft zur Aenderung des Obligationenrechts (Verjaehrungsrecht) vom 29 November 2013 – kısaca Botschaft olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> Botschaft, s. 236.

<sup>4</sup> Botschaft, s. 236. İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşma süreci hakkında bkz. AYBAY, Memet Erdem, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı Konusunda İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği ve Buna Dair Düşünceler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak)”, BAÜHFD, C. 14, S. 183-184, s. 1862 vd.

yeknesaklık bulunmaması ve karmaşık olması biçiminde ifade edilmiştir. Tasarı gerekçesine göre, bu durum zamanaşımı kurumu ile amaçlanan hukuki açıklık ve hukuki güvenlik ile çelişmektedir. Gene bugünkü hâkim görüşe göre yabancı hukuklarla kıyas edildiğinde de bazı zamanaşımı süreleri oldukça kısa olarak görülmektedir<sup>5</sup>. Bu özellikle hakız fiil ve sebepsiz zenginleşmede nisbi süre olan bir yıllık kısa zamanaşımı süresi ve gene zarar verici olayın gerçekleşmesinden yıllar sonra ortaya çıkan gecikmeli zararlar (Spaetschaeden-geç ortaya çıkan zararlar) olarak anılan zararlar bakımından geçerlidir. Gecikmeli zararlara asbeste maruz kalma örnek olarak gösterilmektedir. Bundan dolayı Parlamento 07.3763 sayılı “*Sorumluluk Hukukunda Zamanaşımı Süreleri*” başlıklı yazısıyla Federal Konsey’i (Bundesrat) gecikmeli zararlar bakımından tazminat taleplerinin varlığını ve icra edilebilirliğini sağlayacak şekilde haksız fiildeki zamanaşımı sürelerini uzatmakla görevlendirmiştir. Belirtilen bu olgular tasarının çıkış noktası olarak ifade edilmiştir.

Tasarının hazırlanması sırasında yapılan görüşmelerde tüm zamanaşımı hukukunun yeknesaklaştırılmasından vazgeçilmiştir. Bunun yerine yürürlükteki hukukta mevcut olan kusurları iyileştirmek ve belirsizlikleri gidermeye odaklanılmıştır<sup>6</sup>.

Belirtilen saiklerle OR’nin zamanaşımına ilişkin hükümlerine dair bir dizi değişiklik önerilerine bu tasarıda yer verilmiştir.

## **II. Değişiklik Yapılması İhtiyacı**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Federal Konsey Parlamento tarafından değişiklik tasarısı hazırlama konusunda görevlendirilmişti. Parlamentonun Federal Konseyi bu konuda görevlendirmesinin sebebi AİHM’nin “*Asbest Davası*” olarak anılan hak ihlali kararıdır<sup>7</sup>. 1965-1978 yılları arasında bir makine fabrikasında çalışan Howald Moor bu süre zarfında asbeste maruz kalmış, yirmi yılı aşkın süre sonra ona diyafram kanseri teşhisi konmuştu. Howald Moor Teşhis konulmasından sonra on sekiz ay yaşamış ve bu hastalıktan dolayı vefat etmiş, ailenin açtığı tazminat davası zamanaşımı nedeniyle reddedilmişti<sup>8</sup>. Konunun AİHM’e taşınması üzerine, AİHM 2014 yılında söz konusu olayda AİHS.m.6, f. 1’de yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve İsviçre’yi tazminata mahkûm etmişti. Bu gelişme üzerine uzun süre konuyu değerlendiren Parlamento bedensel zararlarda zamanaşımı süresini uzatma gerekliliğini gördü.

Aile AİHM nezdinde açılan davada adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini belirtmiş ve Federal Mahkeme’nin alacağı hali hazırda zamanaşımına uğramış olduğu kararını şikâyet konusu yapmıştır. AİHM üye devletlerinin takdir hakkı olduğu, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği biçimindeki İsviçre Hükümetinin savunmasını reddetmiştir. AİHM, adil yargılanmanın örneğin hukuk

<sup>5</sup> Botschaft, s. 236.

<sup>6</sup> Botschaft, s. 236.

<sup>7</sup> 52067/10 başvuru no ve 41072/11 karar no. Kararın metnine

<sup>8</sup> BGE 136 II 187.

güvenliğini sağlayacak şekilde bir zamanaşımı süresi konularak sınırlanabileceğini kabul etmekle birlikte, bu sınırlamaların orantılı olması gerektiğini de belirtmiştir. Mahkeme, hastalığın zarar verici olaydan yıllar sonra teşhis edildiği durumlarda zorunlu mutlak zamanaşımının uygulanmasının orantısız olacağını belirtmiştir. Çünkü bu tarz rahatsızlıklarda mutlak zamanaşımı sıkı surette uygulandığı takdirde bireylerin mahkeme önünde taleplerini ileri sürmeleri imkânsız hale gelecektir. AİHM'e göre, olağan dışı geç ortaya çıkan hastalıklarda, kişinin kendi hastalığını daha önceden öğrenip öğrenemeyeceği bilimsel olarak tespit edilmelidir. Bilimsel olarak daha önceden öğrenme imkânı var idiyse, bu halde kişi hakkında zamanaşımı dikkate alınabilecektir. Bu görüşü benimseyen Mahkeme İsviçre devletini ölenin yakınlarına tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. AİHM'in bu kararı üzerine, İsviçre devleti kararı tanımış, aileye tazminat ödemiş ve iç hukukunu bu tarz zararlarda hak ihlali doğurmayacak şekilde değiştirme kararı almıştır<sup>9</sup>. AİHM'in bu kararı gecikmeli zararlar hakkında zamanaşımının düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkardığı gibi, zamanaşımına ilişkin tüm düzenlemelerin de elden geçirilmesi fırsatı doğmuştur.

### **III. Gerçekleşen Değişiklikler**

#### **A. Genel Olarak**

Tasarıda yer alan haksız fiilde üç yıllık kısa zamanaşımı kabul edilirken, ölüm ve bedensel zararlardaki otuz yıllık zamanaşımı süre önerisi 20 yıl olarak kabul edilmiştir (Art. 60 OR).

Ceza zamanaşımı yeniden ele alınmış, öğretilde tartışılan bazı hususların açıklığa kavuşturulmasına çalışılmıştır (Art. 60 OR).

Sebepsiz zenginleşmede kısa zamanaşımı süresi haksız fiilde olduğu gibi üç yıl olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, sebepsiz zenginleşme alacağı alacaklının zenginleşmeyi öğrendiği andan itibaren üç yılın, her halde talep hakkının doğduğu tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (Art. 67 OR).

Gene tasarıda olmayan 128a hükmü ile sözleşmeye aykırılıktan oluşan ölüm ve bedensel zararlar için de haksız fiile ilişkin zamanaşımı ile uyumlu zamanaşımı süreleri getirilmiştir. Art. 128a OR hükmüne göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat alacakları zarar görenin zararı öğrendiği andan itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak her halde zarar verici davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden başlayarak yirmi yılın geçmesiyle alacak zamanaşımına uğrar.

Art. 134 OR hükmünde zamanaşımının durma sebeplerine yeni sebepler eklenmiştir. Objektif nedenlerle alacağın mahkeme önünde ileri sürülememesi, yazılı olarak kararlaştırılması durumunda arabuluculuk veya mahkeme dışı uyuşmazlık çözümüne ilişkin sulh görüşmeleri, miras bırakanın alacakları ve

<sup>9</sup> <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bund-akzeptiert-asbesturteil-des-strassburger-gerichts/story/18968416> (E.T.: 16.04.2021).

borçlarına ilişkin olarak terekenin resmi defterinin tutulması halleri yeni durma sebepleri olarak kanuna eklenmiştir.

Art. 136 OR hükmünde yapılan değişiklik ile bir müteselsil borçluya ya da bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilen zamanaşımının diğer borçlular bakımından da zamanaşımının kesilmesi etkisinin sadece alacaklının fiiliyle gerçekleşen kesilme sebepleriyle sınırlı olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Art. 139 hükmüyle müteselsil borçluların birbirlerine rücuunda zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu alacaklıyı tatmin ettiği ve birlikte sorumlu olduğu borçluyu öğrendiği tarihten itibaren üç yıl, her halde alacağın doğduğu tarihten itibaren on yıl içinde rücu alacağını takip etmediği takdirde onun bu alacağı zamanaşımına uğrayacaktır.

Art. 141 OR hükmünde zamanaşımı def'inden feragate ilişkin olarak; borçlunun zamanaşımının işlemeye başlamasından itibaren her defasında en fazla on yıl için zamanaşımını ileri sürmekten yazılı olarak feragat edebileceği düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarıyla zamanaşımından feragat sadece bunu düzenleyen tarafın feragati halinde geçerlidir. Borçlunun zamanaşımı def'inden feragati sigortacıya karşı ileri sürülebilecektir. Gene sigortacıdan doğrudan alacak hakkı bulunduğu takdirde borçlunun feragati de sigortacıya karşı ileri sürülebilecektir.

OR'nin genel hükümler kısmında zamanaşımına ilişkin yapılan değişiklikler anılanlardan ibarettir. Aşağıda haksız fiilde zamanaşımına ilişkin değişiklikler detaylı olarak incelenecektir.

## **B. Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Gerçekleşen Değişiklikler**

### **1. Kısa Zamanaşımı**

Art. 60, Abs. 1 OR hükmündeki bir yıllık kısa zamanaşımı süresi son değişiklikle üç yıla çıkarılmıştır. Bu değişiklikle sürenin kısa olduğu eleştirileri karşılanmıştır. Üç yıllık süre zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bir yıllık sürenin kısa bulunduğu, yabancı hukuklarda üç yıldan az sürenin tek tük bulunduğu olgusu değişikliğe gerekçe olarak gösterilmiştir<sup>10</sup>.

Hukukumuzda TBK.m.72, f. 1 hükmü ile iki yıllık süre tercih edilmiştir. Meclise sunulan tasarı gerekçesinde bir yıllık sürenin yetersiz olduğu, Karayolları Trafik Kanununda motorlu araç işletenin haksız fiil sorumluluğunun iki yıl olarak belirlenmiş olması da değişiklik gerekçesi olarak gösterilmiştir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Botschaft, s. 251-252.

<sup>11</sup> "Haksız fiil tazminatı için, 818 sayılı Borçlar Kanununda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin, yetersiz bulunması nedeniyle, Tasarıda iki yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim motorlu taşıt işletenlerin sebep oldukları maddî zararlar da, niteliği itibarıyla bir haksız fiil oluşturduğu hâlde, bu tür zararlardan doğan sorumluluk, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda iki yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur" (TBK Tasarısı m. 71). Tasarıda 71. madde olarak geçen düzenleme 72. madde olarak kanunlaşmıştır.

Alman Hukukuna bakıldığında haksız fiilde kısa zamanaşımı süresi alacağın doğumundan itibaren on yıl olarak düzenlenmiştir (§ 852 Abs. 2 BGB).

Bir yıllık kısa zamanaşımının oldukça kısa olduğu açıktır. Kısa sürenin üç yıla çıkarılmasıyla sürenin azlığının yarattığı sakıncaların giderildiği söylenebilecektir. Hukukumuzda iki yıllık sürenin tercih edilmesinin KTK.m.109 ile uyumun sağlanması amacına yönelik olduğunu düşünmekteyim.

## **2. Uzun Zamanaşımı (Mutlak Zamanaşımı)**

Art. 60 OR'de yer alan on yıllık uzun zamanaşımı muhafaza edilmekle birlikte, bu sürenin başlama anı konusundaki belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Art. 60 Abs. 1'in yeni metni şu şekildedir: *“Zararın giderilmesi talebi ya da manevi tazminat, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsü kişiyi öğrendiği günden itibaren üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*.

Değişen metindeki yenilik zarar verici davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği anın uzun zamanaşımının başlama anı olarak kabul edilmesidir. Burada eski metinden farklı olarak bir yandan zarar verici fiil (Handlung) yerine, *“davranış”* (Verhalten) ifadesinin yer alması, diğer yandan gerçekleşme anından başka *“sona erme”* anına da yer verilmiş olması dikkat çekicidir.

Tasarı'da bu değişikliğin gerekçesi öğretilerdeki hâkim görüş ve yargı kararları doğrultusunda belirginleştirme olarak ifade edilmiştir<sup>12</sup>. Art. 60 OR'nin eski metni zarar verici hadisenin tekrarlandığı ya da devam eden bir fiilden kaynaklandığı hallere uymamakta idi<sup>13</sup>. Öğreti ve Federal Mahkemeye göre, uzun zamanaşımı zarar verici fiilin son günü ya da zarar verici davranışın sona erdiği gün başlar<sup>14</sup>. Art. 60 OR'nin eski metni zarar verici fiilden bahsetmekte idi. Bu da olumlu bir davranışı ifade eder. Oysa olumsuz bir davranış da haksız fiil oluşturabilir. Yapmaması gereken davranışı yapan kişinin davranışı olumlu bir davranışla, yani bir fiille zarar verirken, yapması gereken şeyi yapmayan, hareketsiz kalan kişinin davranışı da haksız fiil sorumluluğunu gerektirebilir. Art. 60 yeni metninde *“zarar verici davranışın sona erdiği gün”* ifadesiyle olumsuz davranışla zarara yol açılan durumlarda zamanaşımının başlangıç anını tartışmaya kapatmıştır.

Hukukumuz açısından bakıldığında; TBK.72, f. 1, c. 1 hükmüne göre, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*. TBK.m.72 hükmü uzun zamanaşımı bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu 60. maddesindeki düzenlemeyi özü itibarıyla değiştirmemiştir<sup>15</sup>. Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken uzun

<sup>12</sup> Botschaft, s. 252.

<sup>13</sup> Botschaft, s. 252.

<sup>14</sup> BGE 92 II E. 5b; 109 II 418 E. 3.

<sup>15</sup> BK.m.60: *“Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine itilau tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürrurundan sonra istima olunmaz”*.

zamanaşımının yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştü. Sürenin yirmi yıla çıkarılması önerisinin gerekçesi maddedeki “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” ibaresinin, “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıdır. Bundan dolayı TBK Tasarısı’nda bu ibare “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Gene Alman Medenî Kanunundaki on ve otuz yıllık süreler de yirmi yılın benimsenmesinde etkili olmuştur<sup>16</sup>. Ancak TBMM Adalet Komisyonu’nda yirmi yıllık süre metinden çıkarılmış ve sürenin on yıl olarak devamı uygun görülmüştür. Komisyon yirmi yıllık sürenin haksız fiilin sonucuna odaklandığını, bunda muhtemelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun deprem zararına ilişkin verdiği kararın etkili olduğunu, zarar verici fiilin sonucunda zarar ortaya çıkmadıkça haksız fiilin gerçekleşmeyeceğini, aradan ne kadar zaman geçerse geçsin zararlı sonuç ortaya çıktığında bunun öğrenilmesiyle kısa zamanaşımının işlemeye başlayacağını belirterek, uzun zamanaşımı süresinin yirmi yıl olarak belirlenmesinin uygun olmayacağına karar vermiştir<sup>17</sup>. Adalet

<sup>16</sup> Gerekçe: “Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibarenin, haksız fiilin “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852 nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür”.

<sup>17</sup> Adalet Komisyonu Gerekçesi: “Tasarının 71 inci maddesi deprem ve benzeri olaylarda uzun zamanaşımını benimseme temeline dayanarak yirmi yıllık genel bir süre öngörmüştür. Deprem üzerine Yüksek Mahkemenin geliştirdiği yorum, bu düzenlemeyi etkilemiş olmalıdır (YHGK. 04.06.2003 t, 4- 400/393- E/K, YCGK. 4.3.2003 t, 9-314/15-E/K). Komisyon, bu gibi sonuçlarda çözümün “haksız fiil” kurumunun analizinde aranması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuş, süreyi on yıla indiren önergede temel çözümü ortaya koymuştur. Buna göre, haksız fiilin “sonuç” unsurunun üzerinde durulması gerekir. “Sonuç”, eylemin “hareket” unsurunun dış-dünyada meydana getirdiği ve hukukun hüküm tertip ettiği “değişiklik”tir (Prof.Dr. Kaneti, Selim. Haksız Fiilde Ani Sonuçlu Olaylarda Hukuka Aykırılık Unsuru, İst.2007, s.19 ve civ.). Hareketten hemen sonra meydana gelen ölüm, yaralanma ve hasar gibi “ani sonuç”lar yönünden bir sorun yoktur. Bu hâllerde, hareketle sonuç arasında uzun bir zaman bulunmamaktadır. Hareketle sonuç arasında uzun bir zamanın girdiği hâllerde sorun doğmaktadır. Sözgelimi kimi kimyasal ya da radyoaktif kökenli kazalarda hareket unsuru ile dış-dünyadaki değişiklik (sonuç) unsuru arasında, yarım asrı aşan bir süre girebilir. Radyoaktif kaza çevresinde 50 yıl sonra elsis-kolsuz doğumun gerçekleşmesi farazi örneği uyarıcıdır. İlliyyet bağının varlığı hâlinde bu örnekte nükleer santraldeki “patlama”, haksız fiilin “hareket unsurunu”, “noksan doğum” ise, haksız fiilin 15 “sonuç unsurunu” (cismani zararı) ifade eder. Bu somut örnekte haksız fiilin işlendiği tarih, hareketin olduğu “patlama” tarihi değil; sonucun meydana geldiği “noksan doğum” tarihidir. Haksız fiil, noksan doğum tarihinde tamamlanmış olmaktadır. (Prof.Dr. Henri Deschenaux, Prof.Dr. Pierre Tercier. Sorumluluk Hukuku. Selim Özdemir çevirisi, Ank.1983.s.12-13). Hareket ve sonuç haksız fiil bütününi oluşturan kurucu unsurlar olup sonucu meydana gelmemiş harekete bir hüküm tertip olunamaz. Öte yandan aynı hareketin farklı zamanlarda birden fazla sonuç doğurması mümkündür. Çernobil kazasından sonra birden fazla özürü doğum gibi. Her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının

## **GÜNERGÖK/ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi**

Komisyonu'nun bakış açısına göre, bir nükleer patlamadan elli yıl sonra zararlı sonuç ortaya çıktığında haksız fiil o anda gerçekleşmiş olup, henüz zamanaşımı süresi dolmamıştır. Uzun zamanaşımı bu zararlı sonucun ortaya çıktığı anda işlemeye başlayacaktır.

Yargıtay 1999 Büyük Marmara Depremi sonrası açılan tazminat davalarına ilişkin bazı kararlarında uzun zamanaşımı süresinin deprem zararının oluşmasıyla başladığı esasını benimsemiştir. Buna göre, hukuka aykırı davranışın varlığına rağmen, zarar henüz gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresi işlemeye başlamamıştır. Yani zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zarara neden olabilecek hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması ve tazminat yükümlüsünün bilinmesi yeterli olmayıp, zararın gerçekleşmiş, istenebilir hale gelmiş olması aranmalıdır. Hukuka aykırı fiil ve davranışa rağmen, zararın varlığı henüz dava edilebilir duruma gelmemiş ise, söz konusu zarar çok uzun yıllar sonra gerçekleşse bile, zarar görenin tazminat alacağı için zamanaşımı, zararın gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Gene Yargıtay'a göre, zamanaşımının işlemeye başlaması için alacağın muaccel hale gelmesi gerekir. Zararın doğmadığı durumda muaccel bir alacak da bulunmamaktadır<sup>18</sup>.

---

*başlangıcı farklı olacaktır. Bu gibi hâllerde zarar, ancak ve ancak sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olacağından, kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihi zorunlu olarak, sonucun meydana geldiği tarih sonrasındaki öğrenme tarihi olacaktır. Tasarımın 71 inci maddesinin birinci fıkrası, uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmaması bulunması karşısında "yirmi yılın" ibaresi "on yılın" şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 72 nci madde olarak kabul edilmiştir".*

<sup>18</sup> Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, 22.10.2003 T., 2003/4-603 - 2003/594 K.: "B.K.nun 60, maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir.

Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki B.K. nun 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki "muacceliyet" kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığına göre, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine "alacak" kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağını da kapsayan bir genişlik taşıdığına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Kısaca, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır.

...B.K. nun 60. maddesi, gerek 1 ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir. Bir kimsenin, ödenince isteminde bulunabilmesi için öncelikle bir zararın doğması ilk koşuldur. Çünkü davanın hukuki nedeni ödenince olunca, öncelikle bunun var ve miktarının da belli veya belirlenebilir olması gerekir. Öte yandan ve en önemli koşul, bu zararın tazminat olarak istenebilir bir duruma gelmiş olmasıdır. Davaya konu edilen olayda olduğu gibi, davalının hukuka aykırı eylemi, yapının yapıldığı tarihte gerçekleşmiştir. Ancak o tarihte davacının eldeki davaya

Konu ettiği tür ve kapsamda bir zararı doğmamıştır. Bu tür bir zarar olmayınca, davacının eldeki gibi böyle bir dava açma olanağı da bulunamayacağı doğaldır. Zamanaşımı, harekete geçememek,

Türk öğretisinde hâkim görüş Yargıtay'ın görüşünün aksi yöndedir<sup>19</sup>. Yargıtay'ın bu kararından sonra yapılan değerlendirmelerde iki farklı yaklaşım görülmektedir. Bir görüşe göre, depremden doğan zararlarda tazminat yükümlüsünün yıkılan yapı ile ilgisi teslimden itibaren kesilmiştir. Yapının depremde yıkılmasında etkili olan eksiklik ve sorumluluğun başlangıcı bu teslim tarihi itibarıyla doğmuştur. Bundan dolayı kural olarak, zararın bu tarih itibarıyla doğduğu kabul edilmelidir<sup>20</sup>. Buna göre, bu gibi durumlarda zamanaşımının başlangıcına ilişkin olarak, zararın gerçekleştiği tarih değil, zararı doğuran hukuka aykırı davranışın tamamlandığı tarih esas alınmalıdır. Zarar daha sonra gerçekleşmiş olsa bile, artık zarara neden olan fiilin üzerinden on yıl geçmişse tazminat alacağı zamanaşımına uğramıştır. Burada belirleyici olan haksız fiilin tamamlandığı tarih değil, zarara yol açan hukuka aykırı fiilin tamamlandığı tarihtir<sup>21</sup>. Bu sonucun kabulü adalet ve

---

*istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine islemez. Davacıya ait mesken her ne kadar Yapı Kullanma İzin Kâğıdına göre 06.11.1975 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukukun binanın davalılar ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalıların haksız fiili, zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin olduğu 17.8.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, BK. nun 60. maddesindeki 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır (...)*” (Lexpera E.T.: 16.04.2021). Yargıtay HGK. 2015 yılında açılan rücu davasında da zamanaşımı nedeniyle davayı reddeden yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Bu karar Yargıtay'ın görüşünde değişiklik olmadığı biçiminde yorumlanmalıdır: “Somut olaya gelince; dava konusu zarar 17.08.1999 depreminde meydana gelmiştir. Deprem nedeni ile yapım aşamasında davalıların görev aldığı bina çökmüş ve davacı idare bu nedenle lojmanda ikamet eden ve zarar gören personeline idare mahkemesi kararına istinaden tazminat ödemiştir.

*Resmi raporlara göre, 285.211 ev, 42.902 iş yerinin, resmi olmayan bilgilere göre ise yaklaşık 133.683 çöken bina ile yaklaşık 16 milyon insan, depremden değişik düzeylerde etkilenmiştir. Bu nedenle Türkiye'nin yakın tarihini derinden etkileyen en önemli olaylardan biri olan 1999 depremi gerek büyüklük, gerek etkilediği alanın genişliği, gerekse sebep olduğu maddi kayıplar açısından son yüzyılın en büyük depremlerinden biridir. Bu nedenle rücuya konu olan zarar tutarının ne kadarlık kısmından davalıların sorumlu olacağıın tam olarak tespit edilememesi halinde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu 43. maddesi gereğince depremin yukarıda belirtilen niteliği ve olumsuz etkisi de dikkate alınarak adalete uygun karar verilmesi gereklidir”* (Yarg. HGK, 15.04.2015 T., 2013/4-1706 E.-2015/1205 K.-İçtihat Bülteni Programı - E.T.: 26.04.2021).

<sup>19</sup> ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 183 vd.; BAŞPINAR / ALTUNKAYA, s. 118; HAVUTÇU, Ayşe, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, **DEÜHFD**, Y. 2010, C. XXII, Özel Sayı, s.584 vd.; NART, Serdar, “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), **Prof.Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2012, s. 236 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul 2017, s. 76; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 618. EREN, İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasındaki görüşleri benimsediğini ortaya koymaktadır. Ancak gecikmeli zararları andığı bazı hallerde bunun tatmin edici olmayacağını ifade etmekle bu konuda farklı düşündüğünü ortaya koymaktadır (EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019, s. 941).

<sup>20</sup> BAŞPINAR, Veysel / ALTUNKAYA, Mehmet, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, C. 57, 2008, S. 1, s. 118.

<sup>21</sup> BAŞPINAR / ALTUNKAYA, s. 118; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 719;



hakkaniyet hislerini zedelese bile, hukuk güvenliği tercih edilmeli, ona üstünlük tanınmalıdır. Aksi halde hukuki istikrarı sağlamak güçleşeceği gibi, hukuk güvenliğinden söz edilemeyecektir<sup>22</sup>. Yargıtay'ın depremin ağır sonuçlarının zarar görenler üzerinde kalmaması gerektiği düşüncesiyle somut olay adaletini sağlamak için verdiği bu kararların hukuk güvenliğini zedelediği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. On yıllık uzun zamanaşımı süresinin mutlak süre olduğu göz ardı edilmemelidir. Zararın doğumu anı esas alındığı takdirde, bir yapının üzerinden yüz yıl geçse de zamanaşımının gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir<sup>24</sup>. Hukuk güvenliği gerekçesiyle zarara neden olan kişinin mirasçılarının böylesi bir durumdan korunmaları gerekir<sup>25</sup>. Her ne kadar Yargıtay binayı inşa edenin külli haleflerinin nedensellik bağı bulunmaması nedeniyle zarardan sorumlu tutulamayacaklarını ifade etse de, bu ölçütün belirsiz ve hatalı olduğu, bu yolla tehlikenin bertaraf edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>26 27</sup>.

Konuya farklı yaklaşan diğer bir görüşe göre, burada bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Buna göre, on yıldan sonra ortaya çıkan zararların zamanaşımına uğramasına göz yummanın ve zarar görenin zararını içine sindirmesini istemenin hukukun temel ilkeleriyle bağdaştığı söylenemez. Burada “*gerçek olmayan bir kanun boşluğu*” söz konusudur. Bundan dolayı bu durumda, kanun koyucunun gerçek amacı araştırılmalı ve TMK.m.1 kapsamında bu boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır<sup>28</sup>. Bu görüşe karşı, gerçek olmayan kanun boşluğunda somut olaya uygulanması gereken bir kuralın bulunması, fakat soyut ve genel nitelikli

---

GÜNTÜLÜ ALKAN, Ayça, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı”, BAÜHFD, Y. 2016, C. 11, S. 147-148, s. 130.

<sup>22</sup> BAŞPINAR / ALTUNKAYA, s. 118.

<sup>23</sup> İNCEOĞLU, M. Murat / BAŞ SÜZEL, Ece / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlgisi, BAÜHFD, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 166.

<sup>24</sup> Yargıtay'ın görüşünün kabul edilmesi halinde, zamanaşımının başlangıcı olarak haksız fiilin işlendiği tarihin hiçbir öneminin kalmayacağı, buna göre haksız fiilin zararın gerçekleştiği anda işlenmiş sayılacağı, bu andan itibaren kısa ve uzun zamanaşımı sürelerinin başlayacağı, bu durumun kanun koyucunun öngördüğü zamanaşımı süresinden bütünüyle farklı sürelerin esas alınmasına yol açacağı, bu halde kanunda azami süreye yer verilmesinin de anlamsız olacağı haklı olarak ifade edilmiştir (HAVUTÇU, s. 593).

<sup>25</sup> İNCEOĞLU / BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 167.

<sup>26</sup> NART, s. 241.

<sup>27</sup> “*Son olarak, zamanaşımı süresinin zararın gerçekleştiği tarihten itibaren başlatılmasının; örneğin, 100 yıl önce yapılmış bir binanın depremde yıkılması halinde, onu inşa eden kişinin torununun torunlarının dahi sorumlu tutulması sonucuna yol açacağı şeklindeki yorum ve endişelere cevap olarak şu açıklamanın yapılması gerekmiştir: Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, haksız fiil kavramı, zorunlu olarak, doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmasını gerektirir. Somut olayda Yerel mahkeme, davanın zamanaşımı yönünden reddi gerektiği kanısına vardığı için, işin esasına ilişkin yeterli inceleme ve araştırma yapmamış; dolayısıyla, haksız fiilin unsurlarına ilişkin olarak yukarıdaki açıklamalarda değinilen yönleri değerlendirmemiştir. Bu hususlar işin esası ile ilgili bulunduğu ve mahkemece işin esasına girilmediğinden Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında da işin esasını incelenmemiştir*” (Yarg. HGK. 22.10.2003 T., 2003/4-400 E.-2003/393 K. – Sinerji Hukuk ve İçtihat Programı – E.T.: 26.04.2021).

<sup>28</sup> ÇELİK, Çelik Ahmet, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004. s. 161 (ÇELİK 2004).

olan bu kuralın olduğu gibi, somut olaya uygulanmasının imkânsız olması durumu söz konusu olduğundan, burada “*gerçek olmayan kanun boşluğu*”ndan söz etmenin mümkün olmadığı ifade edilir<sup>29-30</sup>. Gerçek olmayan kanun boşluğunda aslında kanunda uygulanabilir bir hüküm vardır. Ancak bu hükmün uygulanması tatmin edici değildir. Gerçek olmayan boşluk aslında kanun boşluğunu değil, kanunun sakatlığını ifade eder<sup>31</sup>. Gerçek olmayan kanun boşluğunda kanun yasama organı tarafından değiştirilmediği sürece uygulanmalıdır. Kanun hükmünün özü ve sözünün bağdaşmadığı, sözünün uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak düzeyde olmadığı hallerde, kanun hükmünün tatmin edici olmaması nedeniye uygulanmaması hukuk güvenliğini zedeler.

Yargıtay uygulamasını destekleyen bir görüş, aksinin kabulü halinde çok eski tarihlerde inşa edilen yapıdaki bozukluk nedeniyle hak iddia etmenin imkânsızlaşacağını, zarar verici fiilin bina teslim edildiğinde anlaşılmasının mümkün olmadığını, bunun anlaşılması için zararın ortaya çıkması gerektiğini savunmaktadır<sup>32</sup>.

Deprem zararları özelinde savunulan bir görüşe göre, çözüm “*hukuka aykırı davranış*” ölçütünde aranmalıdır. Buna göre, depreme dayanıklılık açısından gerekli teknik özelliklere uymayan bir yapı inşa eden kişinin hukuka aykırı davranışı sona ermiş değildir. Teslim ile sözleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlasa da, haksız fiil açısından hukuka aykırı fiil tamamlanmamıştır. O yapıdaki tekniğe aykırı durumu düzeltme yükümlülüğü bulunmaktadır ve yapıyı inşa eden bu düzeltmeyi yapmayıp hareketsiz kalarak bireylerin vücut bütünlüğünü tehlikeye atmaktadır. Bu hareketsiz kalmanın sonuçlarına onun katlanması gerekir. Bundan dolayı binayı inşa eden kişi yaşadığı sürece hukuka aykırı davranış devam ettiğinden zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Bu davranış yükümlülüğü şahsen binayı yapan kişiye ait olduğundan dolayı bu yükümlülük mirasçıya geçmeyecektir<sup>33</sup>. Bu görüş davranış yükümlülüğünün mirasçıya geçmeyeceğini belirtmekle birlikte, inşa eden kişinin ölümüyle artık davranış yükümlülüğü sona ereceğinden, bu tarihten itibaren uzun zamanaşımı süresi işlemeye başlayacağı dikkate alındığında kendilerini bekleyen tehlikenin farkında olmadıkları için mirası reddetmeyen mirasçılar açısından gene hukuki

<sup>29</sup> BAŞPINAR / ALTUNKAYA, s. 118. Burada kanun hükmünün açık olduğu ve boşluk bulunmadığı yönünde bkz. İNCEOĞLU / BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 169; NART, s. 240.

<sup>30</sup> Gerçek olmayan kanun boşluğu kavramı için bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK / HÜSEYİN, s. 109-110.

<sup>31</sup> ANTALYA, O. Gökhan (editör) / TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, C. I, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 327.

<sup>32</sup> AYBAY, s. 1873-1874. Yazar, deprem anından itibaren mutlak zamanaşımı süresinin başlatılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 1874).

<sup>33</sup> SARIKAYA, Murat, “İsviçre Borçlar Hukuku’nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, MÜHFHAD, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1215, dn. 74. Yapıyı inşa edenin ayıp sorumluluğuna da gidilebileceğini, buradaki ayıbın inşaatın yapılması sırasındaki ihmalden kaynaklandığı konusunda bkz. AYBAY, s. 1874.

güvenliğin bulunduğu söylenemez. Bu görüşe göre, teknik koşullara aykırı yapı inşa eden kişinin bunu düzeltme yönünde davranış yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu davranış ölüm anına kadar devam ettiğine göre, bu yükümlülüğünün sona erdiği ölüm tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerekir. Bundan dolayı bu yükümlülüğün mirasçıya geçmemesi ona yeterli koruma sağlamış olmayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi on yıllık sürenin uygulanmasında zararın doğmuş olmasını aramamaktadır. BGH, “*saatçi davası*” olarak anılan olayda (Uhrmacher Fall) on yıllık sürenin geçmesinden sonra ortaya çıkan bedensel zararın giderilmesine hükmeden kanton mahkemesi kararını bozmuştur<sup>34</sup>. Federal Mahkeme, daha sonra AİHM önüne gelen ve İsviçre'nin hak ihlali sebebiyle tazminata mahkûm olduğu asbest zararından dolayı açılan tüm davalarda da bu görüşünü sürdürmüştür<sup>35-36</sup>.

Hukumumuz açısından bakıldığında, sorun hukuki güvenliğin mi yoksa zarar görenin çıkarının mı tercih edileceği noktasında toplanmaktadır. Yargıtay deprem zararlarına ilişkin olarak zarar görenlerin korunması yönünde tercihte bulunmuştur. Ancak bu uygulamaya yöneltile eleştiriler kolaylıkla göz ardı edilebilecek türden değildir<sup>37</sup>. Hukuk güvenliği hukuk devleti açısından vazgeçilmez öneme sahiptir. Hukuk güvenliğinin bulunmadığı bir ortamda adil yargılama her zaman tehdit altındadır. Bundan dolayı hukuk güvenliğinin tercih edilmesi daha doğru olan yaklaşımdır.

Hukuka aykırı davranışın düzeltici davranış yükümlülüğü gerekçesiyle tamamlanmadığı görüşü, somut olay adaletini sağlamak için uygun görünse de, yukarıda da ifade edildiği üzere mirasçılar açısından hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaktadır.

---

<sup>34</sup> BGE 106 II 134. Federal Mahkeme bu kararında zarar görenin zamanaşımı gerçekleşmeden önce talep hakkından haberdar olmayan ve hareketsiz kalmasında kusuru bulunmayan zarar gören açısından bu durum zor görünse de, kanun koyucunun gözünden kaçan bir durum olmadığını, bundan dolayı hâkimin kanunun metninden ayrılmaya yetkili olmadığını da belirtmiştir.

<sup>35</sup> BGE 137 III 16.

<sup>36</sup> Mezotelyomadan (diyafram kanseri) ölen Howald Moor'un mirasçılarının AİHM'de İsviçre devleti aleyhine açtıkları davada AİHM 2014 yılında İsviçre Hukukunun zamanaşımı hükümlerinin uygulamasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmişti (Howald Moor et al. gegen Schweiz, 52067/10 und 41072/11, sog. Fall Moor). AİHM, hastalığa yol açan olaylardan ancak uzun zaman geçtikten sonra teşhis edilebilen hastalıkların kurbanlarına ilişkin olarak İsviçre'nin zamanaşımı kurallarının sistematik uygulamasının zarar görenlerin taleplerini mahkeme önünde ileri sürmelerine engel olmaya elverişli bulmuştur. AİHM'e göre, bir kişinin bir hastalığa maruz kaldığını bilememesinin bilimsel olarak ispatlanabilir olması durumunda bir kişinin bir hastalığa maruz kaldığını bilememesinin zamanaşımının hesaplanmasında dikkate alınması gerekir.

<sup>37</sup> Henüz zarar doğmadığı için tazminat alacağı zamanaşımına uğramış olsa dahi kanun uygulanmalıdır. Kanun koyucu zamanaşımı süresi için bir üst sınır azami belli koyarak, bu süre boyunca riski tazminat yükümlüsünde, bu süre geçtikten sonra ortaya çıkan zarar riskini ise zarar gören üzerinde bırakmakla riski taraflar arasında paylaşmıştır. Kanun koyucu hukuk politikasını tercihini bu yönde yapmıştır (HAVUTÇU, s. 592).

Mutlak zamanaşımı olarak da ifade edilen uzun zamanaşımının getirilmesindeki amaç dikkate alındığında, zamanaşımının başlaması için zararın doğmuş olmasının aranmayacağı, hukuka aykırı davranışın tamamlanmasıyla uzun zamanaşımı süresi işlemeye başlayacağı sonucuna varılmalıdır. Buna göre, gerçekleşen ve anında sona eren fiilden dolayı zamanaşımı o fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak, belirli süre devam eden bir fiil ya da davranış söz konusu ise bunun sona ermesi tarihi esas alınacak, zararın doğumu aranmayacaktır.

Ülkemizde kanun koyucu TBK.m.72’de BK.m.60’daki uzun zamanaşımı düzenlemesini değiştirmeme yönünde tercihte bulunmuştur. İsviçre’de ise haksız fiile yol açan yapma şeklindeki eylem ile yapmama şeklindeki davranışı açıkça düzenleyerek konunun tartışma dışında tutulması arzu edilmiştir. Aslında İsviçre’deki değişiklik yeni bir şey getirmemiş, öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşü kanun metnine dönüştürmüştür. TBK.m.72 metninde bu yönde bir değişiklik faydalı olarak görülebilmekle birlikte, zorunlu olduğu da söylenemez.

### **3. Ölüm ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımı**

Art. 60 OR hükmünde ölüm ve bedensel zararlarda zamanaşımı konusunda ciddi bir değişiklik söz konusudur. Art. 60 Abs. 2 OR hükmüne göre, “*Bir insanın ölümü ya da bedenlen yaralanması halinde maddi tazminat talebi ya da manevi tazminat zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren üç yıl, her halde zarar verici davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*”. Tasarıda otuz yıl olarak öngörülen bu süre yirmi yıl olarak yasalaşmıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Howald Moor’un ailesinin açtığı tazminat davası zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş<sup>38</sup>, konunun AİHM’e taşınması üzerine, AİHM AİHS.m.6, f. 1’de yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve İsviçre’yi tazminata mahkûm etmişti. İşte bu değişiklik AİHM’nin ihlal kararını karşılama amacıyla yapılmıştır. Ancak bu değişikliğin adil yargılanma hakkının ihlaline yol açan sorunu ortadan kaldırmadığı, sadece sürenin uzatılarak hak ihlali ihtimalini düşürdüğü söylenebilir. Yirmi yılın geçmesinden sonra ortaya çıkan bir zararın giderilmesi istemi zamanaşımı nedeniyle reddedilebilecektir. Bu durumda AİHS kapsamında adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacak ve sorun AİHM’nin önüne gittiğinde hak ihlali kararı kaçınılmaz olacaktır.

Hukukumuz açısından da gecikmeli zararlar bakımından düzenleme yapılması ihtiyacı bulunduğu ifade edilir<sup>3940</sup>. Geç ortaya çıkan bedensel zararlara ilişkin

<sup>38</sup> BGE 136 II 187.

<sup>39</sup> SARIKAYA, s. 1216.

<sup>40</sup> Yargıtay haksız fiilin neden olduğu zararın gelişmekte olması durumunda zamanaşımının işlemeye başlamayacağını ifade etmektedir. Örneğin bir trafik kazasında yaralanan kişinin uğradığı bedensel zarar henüz kesin olarak belli olmayıp, gelişen bir durum arz ediyorsa zamanaşımı süresi henüz işlemeye başlamamıştır (Yarg. HGK, 06.11.2017 T., 2017/3-2786 E.-2017/2016 K. - <http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/zararda-gelisen-durum-zamanasimi-zararin-tam->

olarak otuz yıllık zamanaşımı süresinin uygun olacağı öğretide ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Gecikmeli zararlar da zarara neden olan olay ya da fiil ile bunun yol açtığı zararların objektif olarak anlaşılabilir hale gelmesi arasında çoğu durumlarda mutlak zamanaşımı süresini de aşan bir zaman aralığı söz konusudur<sup>42</sup>. Moor olayında olduğu gibi asbeste maruz kalan kişide bedensel zararların ortaya çıktığı anlaşılabilir hale geldiğinde on yıllık uzun zamanaşımı çoktan sona ermiş olabilir<sup>43</sup>. Zararlı etkilerin geç ortaya çıktığı bu durumları zamanaşımı süresi bakımından diğer zarar türleriyle eşdeğer görmeyi sorgulanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>44</sup>. İsviçre'de gecikmeli zararlar ile ilgili düzenleme ihtiyacının asbeste, radyo aktif ışına maruz kalma ve ilaçların kullanımında zararların geç ortaya çıkmasından kaynaklandığı ifade edilmiş, kanun koyucunun bundan dolayı örneğin radyo aktif faaliyete ilişkin özel kanun çıkardığı, ancak bu tür maddelere ilişkin özel düzenleme yapmanın da bazı tehlikeleri beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Şöyle ki, özellikle piyasaya yeni giren bir teknolojinin ancak yıllar sonra zarara yol açması durumunda bazı münferit sağlık risklerinin göz ardı edilmiş olması tehlikesi söz konusudur. Bundan dolayı hem haksız fiil alanında, hem de sözleşme sorumluluğu alanında belirli gecikmeli zararlar için özel bir mutlak zamanaşımı süresi getirilmelidir. Bu sürenin somut olarak otuz yıl olması, hem beden bütünlüğü, hem de ölüm hali için geçerli olması gerektiği tasarımı gerekçesinde ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

Zararın on yıllık zamanaşımı süresi içinde anlaşılabilir olmadığı durumlarda, bunun ilk olarak belirlenebilir hale geldiği andan geçerli olmak üzere iki yıllık kısa zamanaşımı süresini aşmayan bir ek süre tanınması çözümü önerilmektedir<sup>46</sup>.

Uzun zamanaşımının zararın doğumu ile başlayacağı yönündeki Yargıtay uygulaması hukuk güvenliğini tehlikeye atmaktadır. Öte yandan hukuka aykırı davranışın gerçekleşmesi ya da sona ermesinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra anlaşılabilir hale gelen bedensel zararın zamanaşımı nedeniyle dava yoluyla istenememesinin de savunulabilir bir tarafı yoktur. Uzun

---

olarak-belirlendiği-anda-baslar E.T.: 26.04.2021. Ayrıca bkz. İçtihat Bülteni Programı). Bu durum gecikmeli zararlarla kısmen örtüşse de aynı şey değildir. Gelişen durumda bir zararın varlığı bilinmekte, fakat kapsamı henüz belirginleşmemiştir. Zararın tekliği ilkesi gereği, gelişen durum sona erdiği ve zararın kapsamı belirginleştiğinde zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Yarg. HGK. bu kararda ceza zamanaşımı gerçekleşse dahi zararın gelişen durum nedeniyle tam olarak öğrenilemediği durumlarda zamanaşımının işlemeye başlamayacağı görüşünde olduğunu ortaya koymuştur.

<sup>41</sup> AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, "Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İÜHFİM*, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 213.

<sup>42</sup> AKKAYAN-YILDIRIM, s. 185; SARIKAYA, s. 1216.

<sup>43</sup> Asbeste maruz kalma süreklilik arz ettiğinden zamanaşımı süresi en son maruz kalınan günden itibaren başlayacaktır. Moor olayında bu da onun işten ayrıldığı tarih idi. Ancak buna rağmen hastalık işten ayrılma tarihinden on yıl geçtikten sonra ortaya çıkmıştı.

<sup>44</sup> SARIKAYA, s. 1216; Botschaft, s. 252.

<sup>45</sup> Botschaft, s. 252. Ancak otuz yıllık öneri kabul edilmemiş ve ölüm ve bedensel zararlar da zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak belirlenmiştir.

<sup>46</sup> SARIKAYA, s. 1216.

zamanaşımı süresi geçtikten sonra anlaşılabilir hale gelen zararların giderilmesi istemi için ek bir süre verilmesi düşüncesi hem hukuk güvenliğini riske etmemekte, hem de zarar görene zararının giderilmesini isteme imkânı sunmaktadır. Kanaatimce böylesi bir durumda ek sürenin kısa zamanaşımı süresi kadar olması uygundur. Çünkü zararın anlaşılabilir hale geldiği durumda zarar gören tedavisi ile uğraşacağından, bu aşamada derhal dava açması ondan beklenemeyecektir. Kanaatimce, bu ek süre düzenlemesi getirilmesi durumunda bedensel zararlarda uzun zamanaşımı süresinin on yılın üstüne çıkarılmasına da gerek olmayacaktır.

#### **4. Ceza Zamanaşımı**

##### **a. Genel Olarak**

İsviçre’de Öntasarı’da uzun zamanaşımı süresinin otuz yıla çıkarılması benimsendiğinden ceza zamanaşımına gerek olmadığı düşüncesiyle bu kurumun kaldırılması öngörülmüştü. Ancak bu yaklaşım meclis komisyonunda benimsenmemiş ve ceza zamanaşımı Tasarı’da yer almıştır<sup>47</sup>.

Art. 60 Abs. 2 OR hükmünde ceza zamanaşımı yeniden düzenlenmiş, öğretide tartışmalı olan konuların bir kısmı açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Yeni metne göre: *“Tazminat yükümlüsü kişi zarar verici davranışıyla cezalandırılabilen bir fiil işlemiş ise, maddi zararın giderilmesi talebi ya da manevi zarar istemi önceki fıkralar dikkate alınmaksızın en erken kovuşturma zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. İlk derece mahkemesinin ceza hükmü sonucu artık kovuşturma zamanaşımı gerçekleşmeyecek ise, talep hakkı en erken hükmün açıklanmasından itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*. Art. 60, Abs. 2 OR’de ceza zamanaşımına ilişkin eski metin şöyle idi: *“Dava ceza hukukunun daha uzun zamanaşımı öngördüğü cezalandırılabilir bir fiilden kaynaklanıyor ise, bu zamanaşımı özel hukuk talebine de uygulanır”*.

Haksız fiil oluşturan davranış aynı zamanda cezalandırılabilir bir fiil ise, zamanaşımı süresi kovuşturma süresi kadardır. Bu zamanaşımı *olağanüstü zamanaşımı* ya da *ceza zamanaşımı* olarak da ifade edilir. Devletin cezalandırma hakkı olduğu sürece zarar görenin dava hakkı bulunmamasının adil olmayacağı bu kurumun dayanağı olarak gösterilir<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Bkz. Begleitbericht zum Vorentwurf, s. 32. Öntasarıda haksız fiilde zamanaşımı düzenleyen Art. 60 hükmünün kaldırılması ve zamanaşımı sürelerinin Art. 127-130 arasında tüm borç ilişkilerini düzenleyecek şekilde düzenlenmesi öngörülmüştü.

<sup>48</sup> OFTINGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil. 5. Auflage**, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Zürich 1995, N. 373.

**b. Değişikliklerin Revizyon Öncesi Tartışmalarla Birlikte Değerlendirilmesi**

**(a) Ceza Zamanaşımının Hangi Zamanaşımı Süresi Yerine Uygulanacağı**

Art. 60 OR hükmünde yapılan değişiklik öncesinde ceza zamanaşımı konusunda çeşitli tartışmalar mevcut idi. Bunlar ceza zamanaşımının kısa zamanaşımı yerine mi yoksa her iki zamanaşımı sürelerinin yerine mi uygulanacağı, durma ve kesilme sebeplerinin ceza hukukuna göre mi yoksa özel hukuka göre mi gerçekleşeceği noktalarında toplanıyordu.

İsviçre'de değişiklik öncesi hâkim görüş ceza zamanaşımının hem kısa zamanaşımı, hem de uzun zamanaşımı bakımından uygulanacağı yönünde idi<sup>49</sup>. Federal Mahkeme de, ceza zamanaşımının hem kısa zamanaşımı, hem de uzun zamanaşımı bakımından uygulanacağı görüşünde kararlar vermişti<sup>50-51</sup>. Buna karşın ceza zamanaşımının sadece uzun zamanaşımı yerine kullanılabilmesi de savunulmakta idi<sup>52</sup>. Art. 60 Abs 2 OR'nin sözünden ceza zamanaşımının kısa zamanaşımı yerine de mi uygulanacağını açık olarak anlaşılmadığı, bu nedenle sorunun hükmün amacının tespiti ile çözüleceği, ratio legisin özel hukuk ve ceza hukuk kurallarının uyumlulaştırılması anlamında, asıl sorumlunun zarara neden olan fiilden dolayı ceza hukuku bakımından hala takip edilebildiği sürece bir özel hukuk alacağının zamanaşımına uğramamasında bulunduğu, ceza zamanaşımının kısa zamanaşımı yerine de uygulanmasının ilgili talep hakkı için bu sürenin oransız biçimde uzamasına yol açacağı, bunun da duruma göre işlenen suç için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza için yedi yıldan otuz yıla kadar sürebileceği belirtilerek, bunun Art. 60 OR Abs. 2 hükmünün amacı ile örtüşüp örtüşmediğinin haklı sebeplerle şüpheli olabileceği, kısa zamanaşımının yerine ceza zamanaşımının ikamesinin zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü bilmesine rağmen otuz yıla kadar ileri sürebilmesi sonucunu doğuracağı, zamanaşımına uğramayan suçlardan doğan talep haklarının zamansal kısıtlama olmaksızın ileri sürülebileceği, kısa zamanaşımının böylesi bir uzatımının

<sup>49</sup> MUELLER, Christof, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3**, Jahr 2016, Art. 60, N. 28; BREHM, Roland, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Auflage**, Bern 2013, , Art. 60, N. 68 a; VERDE, Michel, "Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR, Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. s. 76; FISCHER, Willi, **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Auflage 3.**, überarbeitete Auflage, 2016, Art. 60, N. 22.

<sup>50</sup> BGE 107 II 151/155, 111 II 429/440; 106 II 213 E. 2; 107 II 151 E. 4a; 111 II 429 E. 2d; 49 II 357.

<sup>51</sup> Bahse konu Federal Mahkeme kararında ceza zamanaşımının sadece uzun zamanaşımı hakkında uygulanacağından değil, zamanaşımının kesilmesi durumunda sadece yeni işleyecek sürenin ne olacağı açıklanmaktadır.

<sup>52</sup> SPIRO, Karl, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fataleisten**, 2 Bde, Bern 1975, s. 203 vd.; GAUCH, Peter, "Verjährungsunsicherheit, Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen", Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, s. 247; KRAUSKOPF, Frederic, "Die Verjaehrung der Haftpflichtigen Ansprüche wegen Personenschaden", in: Weber (Hrsg.), **Personen-Schaden Forum 2011**, Zürich / Basel / Genf 2011, s. 128.

sorumluluk hukukunun karakteristik sistemi olan kısa ve uzun zamanaşımına müdahale oluşturacağı, Art. 60 Abs 2 OR'nin amacıyla uygun düşmeyecek şekilde bu sistemi tahrip edeceği ifade edilmekte idi<sup>53</sup>. Bu görüşü ileri süren yazar Federal Mahkemenin 127 III 538 kararında Art. 60 OR Abs 2 hükmünün sadece uzun zamanaşımını uzattığını, hükmün anlam ve amacına en uygun düşen sonucun bu olduğunu tespit ettiğini belirterek, Art. 60 Abs 2 OR hükmünün ratio legisi ve sözünün daha uzun olan ceza zamanaşımı süresinin kısa zamanaşımı yerine de kullanılabilceğini göstermediğini, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü bildiği hallerde, ona kısa zamanaşımı yerine ceza zamanaşımı bahşetmenin hükmün amacıyla bağdaşmayacağını, daha ziyade burada kısa zamanaşımı süresi içinde zarar görenin aktif olmasının istenebileceğini, aksi halde –sırf zarar verici davranışın cezalandırılabilir bir fiil olmasıyla haklı gösterilemeyecek şekilde- Art. 60 Abs 2 OR hükmüne göre ayrıcalıklı olmayan hak sahipleri karşısında eşitsizlik oluşturacağını, sonuç itibariyle Art. 60 Abs. 2 OR hükmünün on yıllık uzun zamanaşımı süresinle sınırlandırılması gerektiğini savunmakta idi<sup>54</sup>. Ceza hukuku ile özel hukukun uyumlulaştırılmasının amaçlandığı yönündeki kabul bakımından, sadece uzun (mutlak) zamanaşımının yerine ceza zamanaşımının uygulanmasının yeterli olacağı, kısa zamanaşımı hakkında ceza zamanaşımının uygulanmasına gerek bulunmadığı da ifade edilmekte idi<sup>55</sup>.

Art.60 Abs. 2 OR'nin yeni metni bu tartışmaları sonlandırmıştır. Söz konusu hükme göre, haksız fiil oluşturan davranışın cezalandırılabilir bir fiil olması halinde, önceki fıkralar (Art. 60 Abs. 1 ve 1bis) dikkate alınmaksızın zarar görenin talepleri en erken kovuşturma zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. Burada “*en erken*” ifadesiyle kovuşturma zamanaşımının haksız fiil zamanaşımından daha kısa olabileceği ihtimal öngörülmüştür. Özellikle cezalandırılabilir bir fiil sonucu oluşan bedensel zararlarda kovuşturma zamanaşımının yirmi yıldan daha az olması mümkündür. Bu durumda daha kısa olan kovuşturma zamanaşımı değil, yirmi yıllık uzun zamanaşımı uygulanacaktır<sup>56</sup>. Art. 60 Abs. 2 OR'nin uygulanabileceği durumlarda üç yıllık kısa zamanaşımı artık uygulanmayacak, sadece kovuşturma zamanaşımı esas alınacaktır.

Türk Hukukuna bakıldığında hâkim görüşün ceza zamanaşımının her iki zamanaşımı süresi yerine uygulanacağı yönünde olduğu görülmektedir<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> BERGAMIN, Melanie Catalina, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht Grundlagen und ausgewählte Problemereiche**, 2019, s. 90-91; GAUCH, s. 247.

<sup>54</sup> SPIRO, s. 204; BERGAMIN, s. 91; KRAUSKOPF, Personenschaden, s.129.

<sup>55</sup> GAUCH, s. 247.

<sup>56</sup> Tasarı gerekçesinde ancak Abs. 1 ve 1bis hükümlerine göre alacak zamanaşımına uğradığı takdirde kovuşturma zamanaşımının incelenmesi gerekeceği ifade edilmiştir (Botschaft, s. 255).

<sup>57</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 725; OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 77; EREN, s. 943; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 525; SAVAŞ, Fatma Burcu, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı”, **TBB Dergisi**, 2008, S. 74, s. 142; ALTIN, Hayrünisa, “Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması”, **AÜHFD**, 69 (1) 2020, 21.



Azınlıkta kalan görüşe göre ise, kovuşturma zamaşaşımı kısa zamaşaşımı yerine uygulanmayıp, sadece uzun zamaşaşımı yönünden uygulanmalıdır<sup>58</sup>. Kovuşturma zamaşaşımı süresinin nitelik bakımından zamaşaşımı süresine daha yakın olduğu ifade edilir<sup>59</sup>. Yargıtay hem kısa, hem de uzun zamaşaşımı bakımından ceza zamaşaşımının uygulanabileceği görüşündedir<sup>60</sup>. Yargıtay'ın rekabet ihlallerine ilişkin verdiği kararlarda sekiz yıllık soruşturma zamaşaşımını uyguladığı görülmektedir<sup>61</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından bu tartışma sona ermiş olmakla birlikte, kanunda değişiklik yapılmadığı sürece hukukumuz açısından bu konu tartışmalı olmaya devam edecektir. İsviçre'de kanun koyucu bu revizyonla tercihini failin cezalandırılabilir olduğu sürece tazminattan da sorumluluğunun devam etmesi yönünde kullanmıştır. Hukukumuz açısından kanun değişikliği ile bu yönde bir tercihte bulunmadığı sürece kovuşturma zamaşaşımı süresinin sadece uzun zamaşaşımı süresi bakımından uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Zararı ve tazminat yükümlüsünü bildiği halde uzun yıllar hareketsiz kalan zarar görenin korunmamasının adalet hislerini rencide edeceği söylenemez. Aksi halde zaten zamaşaşımı kurumuna ihtiyaç duyulmazdı. Özellikle tazminat yükümlüsünün ölümünden sonra, otuz yıla yakın süre önce gerçekleşen bir ölüm olayından dolayı mirasçuları sorumlu tutmanın hukuki güvenlikle bağdaşır bağdaşmayacağı da değerlendirilmelidir<sup>62</sup>.

### **(b) Zamaşaşımının Durması ve Kesilmesi**

Zamaşaşımı revizyonu öncesine bakıldığında, İsviçre'de öğretilerdeki hâkim görüşün ve Federal Mahkeme uygulamasının ceza zamaşaşımının özel hukuk hükümlerine göre kesilebileceği yönünde olduğu görülür<sup>63</sup>. Federal Mahkeme, bir kararında zarar görenin ceza zamaşaşımının özel hukuk araçları ile kesebileceğini ve zamaşaşımının kesilmesinin Art. 135 OR vd. hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir. Buna göre zarar gören olağan ceza zamaşaşımını takip ve dava yoluyla kesebilir; burada artık ceza hukuku normlarına yer yoktur. Kesilen ceza zamaşaşımı yerine yeniden aynı süre işlemeye başlar. Aynı şekilde Art. 138 Abs.

<sup>58</sup> ANTALYA, V/1, 2, N. 2664; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 511.

<sup>59</sup> ANTALYA, V/1, 2, N. 2664.

<sup>60</sup> "Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60.maddenin 2.fıkrası gereğince, eylemin aynı zamanda Ceza Kanunu'nda suç sayılması halinde, daha uzun olur ise olayda ceza zamaşaşımı süresinin uygulanacağı, dolayısı ile bu durumda B.K.nundaki kısa zamaşaşımı sürelerinin uygulanamayacağı hususu açıkça anlaşılmaktadır" (Yarg. HGK., 10.4.2013E T., 2012/1161 E.-2013/498 K.-Lexpera E.T.: 21.04.2021). Aynı yönde bkz. Yarg. 4. H.D., 26.11.2029 T. 2018/1691 E.- 2019/5589 K.- Lexpera E.T.: 21.04.2021.

<sup>61</sup> Yarg. 11. HD., 27.10.2015 T., 2015/3450 E.-2015/11139 K.-Lexpera E.T.: 21.04.2021.

<sup>62</sup> Kanun koyucunun zamaşaşımı kurumunu getirmesindeki temel amaç ve işlevin sorumluluğun zamanla sınırlandırılması, tazminat yükümlüsünün belirsiz süre boyunca tazminat baskısı altında tutulmaması olduğu, bu nedenle özellikle sözleşme dışı sorumluluk hallerinde objektif bir zaman noktasının başlangıç alındığı ve tazminat yükümlüsüne karşı tazminat istemlerinin bu azami süre içinde yöneltilmesine izin verildiği ifade edilir (HAVUTÇU, s. 593).

<sup>63</sup> BREHM, Art. 60, N. 42; VERDE, s. 78; MUELLER, Art. 60 OR, N. 37; BGE 100 I 335, E. 2.a = Pra 64 (1975), N. 67; BGE 97 II 136, E. 2; BGE 137 III 481 E. 2. 5; BGE 135 V 74 E. 4.2.1.

1 ve 2 OR gereğince dava veya takipte her yeni işlemle zamanaşımı kesilecektir<sup>64</sup>  
65

Art. 60 Abs. 2 gereğince daha uzun bir sürenin Abs. 1 ve 1bis hükümlerindeki sürelerden bağımsız ve paralel olarak işlemesi suretiyle, artık kısa ve uzun zamanaşımının durması ya da kesilmesinin Abs. 2 Satz 1'deki daha uzun zamanaşımının işlemesi üzerinde etkisi olmayacağı Tasarı gerekçesinde ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Buna göre, kovuşturma zamanaşımı sadece ceza hukuku kurallarına tabi olacaktır (Art. 97 ve 98 StGB)<sup>67</sup>.

Art. 97 StGB hükmünde kovuşturma zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Abs. 3 hükmünde, ilk derece merciin kararını açıklamasıyla artık suçun kovuşturma zamanaşımına uğramayacağı düzenlenmiştir. Yani, –hukukumuzdakinin aksine-mahkeme kararını verdikten sonra kanun yollarında geçecek süre artık suç oluşturan filin yaptırımı tabi tutulmasına engel değildir. Bu düzenlemeden dolayı suç oluşturan bir fiille işlenen haksız fiillerden doğan tazminat alacağının zamanaşımına uğrayıp uğramayacağı sorunu ortaya çıkmıştı. Art. 60 Abs. 2 hükmü ilk derece mahkemesinin kararını açıklamasıyla artık kovuşturma zamanaşımının gerçekleşemeyecek olması durumunda üç yıllık ek bir zamanaşımı süresi tanıyarak bu sorunu çözmüştür. Kararın açıklanmasından itibaren işleyecek olan bu üç yıllık sürede tazminat davası açılmadığı takdirde tazminat alacağı zamanaşımına uğrayacaktır. Burada esas alınacak olan tarih açıklanan hükmün kesinleşme tarihidir<sup>68</sup>. Bu üç yıllık zamanaşımı süresi artık tazminat davasında esas alınacak zamanaşımı süresidir. Bu süreye ilişkin olarak özel hukuk kurallarına göre durma ve kesilme söz konusu olabilir. Bu süre kesildiğinde Art. 135 OR gereği gene üç yıllık yeni bir süre işlemeye başlayacaktır.

İsviçre'de ceza kanununda 2002'de yapılan değişiklik ile kovuşturma zamanaşımının durması ve kesilmesi uygulamasına son verildiğinden, bugün itibariyle İsviçre bakımından bu konu tartışmalı olmaktan çıkmıştır. Gereğince de ifade edildiği üzere, Abs. 2'de düzenlenen kovuşturma zamanaşımı süresini esas

---

<sup>64</sup> BGE 97 II 136, 141. Davaya konu olayda beş yıllık olağan ceza zamanaşımı 13 Ocak 1967 tarihinde icra takibi ve 26 Nisan 1968 tarihinde dava ile kesilmişti. Federal Mahkeme her defasında beş yıllık zamanaşımının yeniden işlemeye başladığını ve davacının tazminat taleplerinin zamanaşımına uğramadığına hükmetmişti. Federal Mahkeme 1965 yılında görüşünü değiştirmeden önce, ceza zamanaşımının durması ve kesilmesi konusunda ceza kanunlarının uygulanacağı görüşünde idi (KILIÇOĞLU, Ahmet, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", *AÜHFD*, Y. 1973, S. 3-4, s. 215).

<sup>65</sup> Zarar görenin ceza yargılamasında tazminat talep etmesi halinde ceza hukukundaki zamanaşımının kesilmesi sebeplerinin istisnai olarak uygulanabileceği İsviçre öğretisinde savunulmaktadır (BREHM, Art. 60, N. 92. Aynı yönde bkz. BGE 124 IV 49 E. 4c).

<sup>66</sup> Botschaft, s. 255.

<sup>67</sup> İsviçre'de 2002 yılında yapılan değişiklikte artık kovuşturma zamanaşımının kesilmesi söz konusu değildir (Botschaft, s. 255).

<sup>68</sup> Botschaft, s. 256.

## **GÜNERGÖK/ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fülde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi**

alan bu zamanaşımı süresi, kısa ve uzun zamanaşımı sürelerine paralel ayrı bir süre olup, diğerlerinden bağımsız olarak işlemektedir<sup>69</sup>.

Türk hukukundaki hâkim görüş<sup>70</sup> ve Yargıtay uygulaması da ceza zamanaşımına yapılan yollamanın sadece süreler bakımından olduğu, zamanaşımının durması ve kesilmesi sebeplerinin TBK hükümlerine göre gerçekleşeceği yönündedir<sup>71</sup>. Yargıtay 17. HD., 2008 yılında verdiği bir kararda dolaylı biçimde kesilme sebebiyle uzayan ceza zamanaşımının uygulanacağına hükmetmiştir<sup>72</sup>. Yargıtay 17. H.D. daha sonraki tarihli kararlarında ceza zamanaşımının TCK kapsamında kesilmesi sebebiyle uzayacak sürelerin hukuk davasında dikkate alınmayacağını açıkça ifade etmiştir<sup>73</sup>. Yargıtay 21. H.D. bir kararında tartışmaya girmeksizin

<sup>69</sup> Botschaft, s. 255.

<sup>70</sup> KILIÇOĞLU, s. 216; ÇELİK, Çelik Ahmet, **Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı**, Yeniden yazılmış ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2018, s. 405; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 510; TEKİNAY / AKMAN / BURCOĞLU / ALTOP, s. 727; AKÇAY, Engin, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 75; ALTIN, s. 24; KARACABEY, Ömer Faruk, "Haksız Fillerde Zamanaşımı", YD., C. 5, S. 1, Y. 1979, s. 91.

<sup>71</sup> "(...) Öte yandan Ceza Kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı (uzamış zamanaşımı) süresi, her halde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Ayrıca zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden ise, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102, 104 ila 107. maddeleri değil, aksine BK'nın, 132 ila 137. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. (...)" (Yarg. HGK., 16.9.2015 T., 2014/116 E.-2015/1771 K.-Lexpera E.T.: 21.04.2021). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK., 22.2.2012 T., 2011/640 E.-2012/89 K.-Lexpera E.T. 21.04.2021; Yarg. 21. HD., 27.05.2014 T., 2014/4962 E.-2014/11409 K.-Lexpera E.T. 21.04.2021).

<sup>72</sup> "(...) Açıklanan hukuksal durum ve ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; birleştirilen davada davalıların murisi K1'in neden olduğu olay esnasında kendisinin de öldüğü ve davacıya sigortalı aracın hasarlanmasıyla sonuçlanan trafik kazasının, aynı zamanda TCK'nun 455. maddesi çerçevesinde cezayı gerektiren bir eylem niteliğinde bulunması, bu eylemle ilgili ceza davasının anılan hükmünde öngörülen cezanın süresi ve türü itibarıyla aynı kanunun 102.maddesi uyarınca 7.5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması, 2918 Sayılı KTK'nun 109/2 maddesi uyarınca bu sürenin görülmekte olan maddi tazminat davası için de geçerli bulunması, davanın kaza tarihinden itibaren 7.5 yıl geçmeden açılmış olması karşısında zamanaşımının gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. (...)" (Yarg. 17. HD., 03.11.2008 T., 2008/2733 E.-2008/5069 K.-Lexpera E.T. 21.04.2021). Burada "7,5 yıl" ifadesi beş yıllık zamanaşımı süresinin kesilme sebebiyle yarı oranında artmasıyla bulunan süredir. Bu nedenle Daire dolaylı biçimde ceza zamanaşımının TCK hükümlerine göre kesilebileceğini kabul etmiştir.

<sup>73</sup> "(...) Ancak bununla beraber somut olayda, olay tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nın 102. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı da dolmuştur. Ceza davasının açılmış olması, hukuk davasındaki zamanaşımını 5 yıla çıkarmakla beraber, bu beş yıllık süre içinde ceza davasında karar verilir ve karar kesinliği ise hukuk davasındaki zamanaşımı olay tarihinden itibaren 5 yıl olarak kalır. TCK'nın 104. maddesindeki zamanaşımının yarı oranında artması artık bu davada uygulanmaz. Davanın konusu olay için 2005 yılında ceza davasında karar verilmiş ve kesinleşmiş olup, artık zamanaşımının uzaması söz konusu değildir. (...)" (Yarg. 17. HD., 22.02.2010 T., 2009/8551 E.-2010/1395 K.-Lexpera E.T. 22.04.2021).

"(...) Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, 2918 Sayılı KTK'nun 109/2.maddesinde öngörülen ceza zamanaşımı süresinin davaya konu kazanın meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan 765 Sayılı TCK'nun 102/4.maddesinde düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresi olmasına, olağanüstü ceza zamanaşımı süresinin (7 yıl 6 ay) kastedilmemesine ve uygulamaya yerinin olmamasına, somut olayda 5 yıllık ceza zamanaşımı süresinin 18.3.2005 olay tarihinden

TCK.m.67, f. 2'deki kesilmeye göre oluşabilecek olan uzun zamanaşımı süresinin uygulanacağı ifadesine yer vermiştir<sup>74</sup>.

Ceza zamanaşımının durması ve kesilmesi sebeplerinin TBK hükümlerine tabi olmasının kanunun amacıyla yakından ilintili olduğu, fail hala cezalandırılabilir iken, zarar görenin tazminat isteyememesi sonucunun ortaya çıkmaması amaçlandığından, sadece süreler bakımından ceza normlarının uygulanması gerektiği, ceza zamanaşımının durması ve kesilmesinin ceza kanunlarına bağlanması durumunda hukuk davasının kaderinin, ceza davasının kaderine bağlanmış olacağı ifade edilir<sup>75</sup>. Zarar görenin açacağı tazminat davasında zamanaşımının kesilmesinde TBK hükümleri esas alınmadığı takdirde, zarar gören ceza hukuku bakımından davanın açılıp açılmadığını ve ceza mahkemesinde verilen hükmün lehte veya aleyhte olduğunu bilmek zorunda bırakılacaktır ki, bu yerinde olmayacaktır<sup>76</sup>.

Ceza zamanaşımının kesilmesi ve sonuçlarının ceza kanununa tabi olması gerektiği görüşü de savunulmaktadır<sup>77</sup>. Bununla birlikte ceza davasının mahkûmiyet ya da delil yetersizliğinden dolayı beraatla sonuçlanması durumunda artık ceza zamanaşımının söz konusu olmayacağı, bu halde ceza zamanaşımının tazminat davasına uygulanmasındaki sebep ortadan kalmış olacağı için artık TBK.m.72'deki iki ve on yıllık sürelerin uygulanması gerektiği ifade edilir<sup>78</sup>.

---

*18.4.2013 tarihinde yapılan icra takip tarihine kadar fazlasıyla geçmiş olmasına göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile gerekçesi ile bu şekilde DÜZELTİLEREK ONANMASINA (...)* (Yarg. 17. HD., 15.10.2015 T., 2015/10421 E.-2015/10651 K.-Lexpera E.T. 22.04.2021).

<sup>74</sup> "(...) Somut olayda zararlandırıcı sigorta hadisesinin aynı zamanda olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nun 89. maddesinde belirtilen "Taksirle Yaralama" suçunu oluşturduğu ve aynı Kanunun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirtilen uzamış ceza zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, bu uzamış zamanaşımı süresinin ise (8+4 yıl olmak üzere) "12" yıl olduğu, buna göre ıslah tarihi olan 13/05/2016 tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı açıktır. Hal böyle olunca maddi tazminatın ıslahla arttırılan kısmının zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi hatalı olmuştur. (...)" (Yarg. 21. HD., 11.9.2018 T., 2017/1294 E.-2018/6177 K.-Lexpera E.T. 22.04.2021).

<sup>75</sup> KILIÇOĞLU, s. 216. Yazar devamla görüşünü aynen şu şekilde gerekçelendirmektedir: "Uzun süreli ceza zamanaşımının kesilme ve durma sebepleri bakımından Ceza Kanunu hükümlerine tabi olduğunu kabul edecek olursak, mağdura ceza davası zamanaşımının bir kesilme sebebi olan ceza davasını açmak ve onu takip etmek külfetini yüklemiş oluruz. Halbuki ceza zamanaşımının uygulanması için fiilin cezayı müstelzim bir fiil olması yeterli olup ayrıca cezai takibatın yapılmış olması gerekmez. Bu nedenle yalnız ikame edilmiş ceza davası hukuk davası zamanaşımını kesmez. Buna karşılık usulüne uygun olarak ceza davasına ilaveten yapılan bir müdahale veya şahsî hak talebi hukuk davası zamanaşımını keser. Bunun için bu talebin kabul edilmesi gerekir. Talep reddedilirse zamanaşımı kesilmiş olmaz" (s. 216). Bu görüşün kaleme alındığı dönemde var olan, suçtan zarar görenin tazminat talebini ceza mahkemesinde talep edebildiği şahsi dava imkânına 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmemiştir.

<sup>76</sup> KILIÇOĞLU, s. 216.

<sup>77</sup> OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 79; GÜNTÜLÜ ALKAN, s. 135.

<sup>78</sup> OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 79-80. "Ceza davası zamanaşımı süresi, TCK.102 nci maddesine göre belirlenecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; BK.m.60/2'deki (TBK.m.72/1,c.2'deki) zamanaşımı, tamamen hukuka ait bir kurum olup, zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden TCK.nun 102.104-107. maddeleri değil, aksine BK.m.132-137 (TBK.m.153-158)

Buna göre, zarar gören zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmiş ise ceza davasının sonuçlanmasından itibaren süre işlemeye başlar. Zarar görenin katılma (müdahale) yoluyla ceza yargılamasına iştirak edip etmediğinin, onun tazminat yükümlüsünü öğrenip öğrenmediğinin kabulü bakımından önemli olduğu ifade edilir<sup>79</sup>.

Kanaatimce, zamanaşımının durması ve kesilmesi bakımından TBK hükümlerinin esas alınması daha doğru bir yaklaşımdır. Kanunun ceza kanunlarına yaptığı yollama sadece süreler bakımındandır. Kanun koyucu ceza ve hukuk yargılamalarını birbirine bağlamamıştır. Aksine TBK.m.74 hükmüyle, hukuk hâkiminin zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığını, gene ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararı ile kusurun değerlendirilmesine, zararın belirlenmesine ilişkin kararının da hukuk hâkimini bağlamadığını belirterek, hukuk ve ceza yargılamalarını senkronize etmek gibi bir amacı olmadığını ortaya koymuştur.

### **(c) Zamanaşımına Uğramayan Suçlarda Tazminat Taleplerinin Akıbeti**

Art. 60 Abs. 2 haksız fiilin cezalandırılabilir bir fiil olması durumunda kovuşturma zamanaşımını esas almıştır. İsviçre Ceza Kanununda soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların zamanaşımına uğramayacağı düzenlenmiştir (Art. 264 ve Art. 101 StGB). Benzer düzenleme Türk Ceza Kanununda da yer almaktadır (Soykırımı düzenleyen TCK.76, İnsanlığa karşı işlenen suçlara ilişkin TCK.m.77, işkenceyi düzenleyen TCK.m.94 bu kapsamdadır).

OR'nin ilk kabulü sırasında zamanaşımına uğramayan suçlar bulunmadığından kanunun bu konuda susması normal idi. Bosna savaşıdan sonra 1998 yılında BM Roma Statüsü ile Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Roma Statüsü m.29 hükmüyle Uluslararası Ceza mahkemesinin yargı yetkisine giren suçların herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı esas benimsenmiştir. Mahkemenin yetkisini kabul eden devletler ile birlikte henüz mahkemenin yetkisini kabul etmemiş olan bazı devletler bu mahkemenin yetki alanındaki suçları zamanaşımına uğramayacak şekilde kendi iç hukuklarında yasalaştırmışlardır.

Gene İsviçre Anayasasında ergen olmayan çocuklara karşı işlenen cinsel ve pornografik suçların zamanaşımına uğramayacağı açıkça düzenlenmiştir (Art. 123b BV). Hal böyle iken, ceza zamanaşımını muhafaza eden ve tartışmalı hususları açıklığa kavuşturmaya çalışan düzenlemede bu sorunun da cevabının verilmiş olması gerekirdi. Bugün itibarıyla bu konu tartışmalıdır. Tasarı gerekçesinde belirli suçların zamanaşımına uğramamasını kabul eden Anayasa koyucunun, bu suçlara ilişkin özel hukuk taleplerini de olumlu göreceği ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Gerçekten de çocukların cinsel istismarına ilişkin Anayasa'nın 123b

*uygulama alanı bulur*" (Yarg. HGK., 18.11.1981 T., 1979/4-231 E.- 1981/744 K. -YKD., 1982/6, s. 1036).

<sup>79</sup> OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 80.

<sup>80</sup> Botschaft, s. 257.

maddesine ilişkin olarak madde gerekçesinde sadece ceza davasının değil, tazminat taleplerinin de zamanaşımına uğramaksızın talep edilebileceği açıkça belirtilmiştir<sup>81</sup>. Ancak böylesine önemli bir konunun Art.60 OR hükmünde açıkça düzenlenmiş olması gerekirdi. Anayasanın sadece ceza davasını düzenlediği dikkate alındığında, madde gerekçesinin hukuk davalarında ne ölçüde bağlayıcı olduğu tartışılabilir.

Federal Mahkeme bir kararında zamanaşımına uğramamanın düşünülebileceğini belirtmekle birlikte, tazminat talebini kanunların geçmişe etkili uygulanamaması nedeniyle reddetmiştir<sup>82</sup>.

Türk Hukuku açısından konu değerlendirildiğinde, ceza kanunlarının daha uzun zamanaşımı öngörmesi halinde, bunu tazminat davalarında da uygulayan bir sistemin, deyim yerinde ise daha uzun zamanaşımından daha da uzun olan zamanaşımına uğramazlığı da içerdiği söylenebilir. Bu açıdan haksız fiili işleyen fail bakımından alacağın zamanaşımına uğramaması kabul edilebilir.

Fail dışındaki kişiler bakımından değerlendirildiğinde, failin fiilinden kanun hükmü gereği sorumlu tutulan adam çalıştıran gibi üçüncü kişilerin hakkında zaten ceza zamanaşımı uygulanmamalıdır. Konu mirasçılar bakımından özel önem içerir. Mirasçılar hakkında ceza zamanaşımının uygulanması konusunda mirasçının lehine ve aleyhine olan iki farklı görüş vardır ve bu çalışmada mirasçı hakkında da külli halefiyet gereği ceza zamanaşımının uygulanabileceği görüşü benimsenmektedir<sup>83</sup>. Bununla birlikte istisnai bir durum olan ceza zamanaşımının kapsamının dar tutulması gerektiği kanaatindeyim<sup>84</sup>. Zamanaşımına uğramayan bir suç söz konusu ise, mirasçının da zamanaşımına uğramayan bir tazminat talebiyle karşılaşmasının kanun koyucunun amacı olduğu söylenemez. Zamanaşımına uğramayan tazminat talebinin mirasçıya karşı uygulanabileceği kabul edildiğinde, haksız fiil failinin ölümü anında mirasçı sıfatı taşımayan, mirasçının mirasçıları ve devam eden kuşaklar bakımından da tazminat talepleriyle karşılaşmak mümkün olabilecektir.

Zamanaşımına uğramazlığın mirasçıya karşı uygulanamaması durumunda ise, mirasçıya yönelen tazminat talebinin hangi zamanaşımı süresine tabi olacağı

---

<sup>81</sup> Botschaft zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes), s. 6011 (BBl 2011 5977 - Botschaft zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) (admin.ch E.T.: 21.04.2021).

<sup>82</sup> BGE 132 III 661, E. 4.3.

<sup>83</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. III B 4 dd başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>84</sup> Ceza zamanaşımının cezalandırılabilirlik ile ilintili olduğu ve failin ölümüyle onun cezai açıdan takip edilebilirliğinin sona ereceği, bundan dolayı hükmün uygulanmasının sadece fail ile sınırlı olması gerektiği, mirasçıya uzatılamayacağı görüşü için bkz. **PETER / von TUHR**, s. 439-440. Aynı yönde Türk Hukukundaki görüş için bkz. **İNCEOĞLU / BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 187.

sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu suçların ağırlığı dikkate alındığında ceza kanunlarındaki en uzun kovuşturma süresinin uygulanması düşünülebilirse de, hukuk güvenliği bakımından bunun kanun tarafından açıklığa kavuşturulması gerekir.

#### **(d) Ceza Zamanaşımına İlişkin Diğer Hususlar**

Tasarı gerekçesinde Art. 60 Abs. 2 revizyonunda hükmün uygulanma çevresine ilişkin olarak mevcut hukuki durumdan ayrılma söz konusu olmadığı ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Önceki metinde davanın cezalandırılabilir bir fiilden kaynaklanmasından bahsedilirken, yeni metinde tazminat yükümlüsü kişinin davranışıyla cezalandırılabilir bir fiil işlemesinden söz edilmektedir. Eski metin sırasında da sadece haksız fiili işleyen bakımından ceza zamanaşımının uygulanacağı, kusursuz sorumluluk çerçevesinde haksız fiilden sorumlu tutulan kişi hakkında sadece kısa ve uzun zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı kabul görmekteydi. Kanaatimce yeni metin aslında bu durumu daha güçlü biçimde ifade etmektedir. Çünkü yeni metinde tazminat yükümlüsünün fiiline bakılmaktadır. Her ne kadar hakkında ceza zamanaşımı uygulanmayacağı kabul edilse de, eski metindeki davanın cezalandırılabilir bir fiilden kaynaklanması ifadesi kusursuz sorumlu olan tazminat sorumlusunu bu denli açık korumamakta idi.

Hukukumuzda da ceza zamanaşımının sadece haksız fiili işleyen kişi ve onun mirasçıları hakkında uygulanacağı konusu genel kabul görmektedir<sup>86</sup>. Yargıtay önceleri ceza zamanaşımının mirasçılar hakkında uygulanamayacağı görüşünde iken<sup>87</sup>, sonradan bu görüşünü değiştirmiş ve ceza zamanaşımının mirasçılar hakkında da uygulanacağına hükmetmiştir. Yargıtay bu görüşünü külli halefiyet esasına dayandırmıştır<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Botschaft, s. 257.

<sup>86</sup> OĞUZMAN / ÖZ, C. II, s. 79; EREN, s. 944; ÇELİK, s. 425; AKÇAY, s. 83, SAVAŞ, s. 143; TÜTÜNCÜ, Muharrem, "Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil Zamanaşımı", **İKÜHFD.**, 11 (1) 2012, s. 172.

<sup>87</sup> Yarg. 4. HD., 23.01.1964 T., 2925 E.-379 K.

<sup>88</sup> "(...) Dairenin, esas: 1981/11922, karar: 1981/13786 sayılı ve 25.12.1981 günlü kararında belirtildiği gibi ceza davası zamanaşımının uygulanması için haksız eylemin sadece suç niteliğinde olması yeterlidir. Bu zamanaşımının uygulanabilmesi için eylemi işleyen hakkında ceza davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması gerekli olmadığı gibi sanığın mahkûmiyet kararından sonra ölmüş olması hali de buna engel değildir. Çünkü mirasçılar ölenin külli halefidirler. Gerçekten mirasçılar Medeni Hukuk bakımından muristen daha iyi bir hukuki duruma malik değildirler (Bkz. Mustafa Reşit Karabasan, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1981, Sh. 1618 ve Dr. A. Becker, İsviçre Medeni kanunu Şerhi, Cilt: 6, Borçlar kanunu Çevirisi, 1. Kısım, Genel Hükümler, Sh. 360). (...)" (Yarg. 4. HD., 08.07.1986 T., 1986/4736 E.-1986/5453 K.-Lexpera E.T.: 23.04.2021).

"(...) Eylemi işleyen hakkında kamu davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması gerekli olmadığı gibi, sanığın mahkûmiyet kararından sonra ölmüş olması hali de buna engel değildir. Çünkü mirasçılar ölenin külli halefidirler. (...)" (Yarg. 4. HD., 25.01.1990 T., 1989/6101 E. -1990/285 K. -YKD.1990/4-535). Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD., 25.01.1990 T., 1989/6101 E.-21990/285 K.-Lexpera E.T. 23.04.2021.

Ceza zamanaşımı konusunda bir diğer husus da tüzel kişiler bakımından bu zamanaşımının uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Tüzel kişi hakkında ceza zamanaşımının uygulanması konusunda ikili bir ayırıma gidilir. Bir haksız fiilden dolayı tüzel kişinin tazminatla yükümlü tutulabilmesi iki şekilde söz konusu olabilir. Organı oluşturan kişi veya kişilerin işlediği suçtan dolayı tazminat talebiyle yüzleşilebileceği gibi, tüzel kişinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu da söz konusu olabilir. Tüzel kişiler iradelerini organları vasıtasıyla oluşturur ve açıklarlar. Organ Art. 32 OR/TBK.m.40 vd. hükümleri anlamında tüzel kişinin temsilcisi değildir. Organın iradesi tüzel kişinin iradesidir ve organın fiili tüzel kişiye izafe edilir. Bu sebeple organı oluşturan kişi veya kişilerin cezayı gerektiren bir fiilden dolayı ceza zamanaşımı uygulanabilecektir<sup>89</sup>. Organ sıfatıyla işlenen bir suçtan dolayı organı oluşturan kişilerin de Art. 55 Abs. 3 ZGB /TMK.m.50, f. 3 hükmü gereği müteselsilen sorumlu olmaları söz konusu olacağından, hem tüzel kişiye, hem de organı oluşturan gerçek kişilere karşı açılan tazminat davasında aynı zamanaşımı süresi, yani ceza zamanaşımı süresi uygulanmalıdır<sup>90</sup>. Ancak cezai ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle, ceza zamanaşımının tüzel kişiler hakkında uygulanamayacağı da öğretide savunulmaktadır<sup>91</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay organın cezayı gerektiren bir fiili nedeniyle açılan tazminat davasında tüzel kişi hakkında da ceza zamanaşımının uygulanabileceği görüşündedir<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Aynı yönde BGE 125 III 339 E. 3.b; BGE 122 III 225 E. 4.a; AKÇAY, s. 83; EREN, s. 944; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 725; SAVAŞ, s. 144.

<sup>90</sup> VERDE, s. 70; BREHM, Art. 60, N. 99a; BGE 111 II 429 E. 2d; BGE 112 II 2c; "(...) Haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ceza zamanaşımı süresinin tüzel kişi aleyhine açılan tazminat davasında da uygulanması gerekmektedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.09.2012 tarih ve 2012/4-319 E-2012/619 K sayılı ilamı da bu doğrultudadır). Tüzel kişi hakkında daha kısa olan zamanaşımı süresinin, şahıslar hakkında ise, daha uzun olan ceza zamanaşımı süresinin kabul edilmesinin uygulamada hakkaniyete de uygun olmayan sonuçlar doğuracağı açıktır.

Mahkemece davalı tüzel kişi hakkında ceza zamanaşımı süresinin uygulanacağını kabulü ile davanın esasına girilerek sonucu dairesinde hüküm tesisi gerekirken mahkemece davalı tüzel kişi hakkında ceza zamanaşımı uygulanmayacağından bahisle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. (...)" (Yarg. 3. HD., 13.3.2014 T., 2013/19903 E.-2014/3914 K.-Lexpera E.T.: 21.04.2021). Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., 05.11.2015 T., 2014/21558 E.-2015/17389 K.-Lexpera E.T.: 21.04.2021; Yarg. 3. HD., 25.12.2017 T., 2016/12018 E.-2017/18096 K.-Lexpera E.T. 21.04.2021; Yarg. HGK., 13.5.2014 T., 2014/718 E.-2014/7447 K.-Lexpera E.T. 21.04.2021.

<sup>91</sup> BECKER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I. Abteilung, Bern 1941, Art. 60, N. 4. Federal Mahkemenin eski kararlarından: BGE 55 II 23.

<sup>92</sup> BGE 111 II 429/440, 122 III 5/7. BGH, bir kararında uzatılmış (ceza) zamanaşımının tüzel kişilere uygulanacak şekilde genişletilmesinin organ kavramına uygun düştüğünü, çünkü organın tüzel kişinin bizzat kendisi olduğunu, bundan dolayı onun davranışının bir üçüncü kişi için bir davranış olarak görülemeyeceğini, organın kendi davranışı ile –özellikle haksız fiiliyle- tüzel kişiyi yükümlü kılacağını, Art. 60 Abs. 2 OR hükmünde cezalandırılabilir bir fiilden bahsedildiği için bunun kanunun sözüyle de bağdaştığını belirtmiştir (BGE 112 II 172, 190).



Art. 60 Abs. 2 hükmünde yapılan değişiklikte bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Kovuşurma zamanaşımının uygulanması için fiilin bir suçun objektif maddi) ve sübjektif (manevi) unsurlarını içermesi gerekir. İhlal edilen ceza normu ihlal nedeniyle zarar görenin tazminat taleplerini ileri sürdüğü hukuki değer korunmasına hizmet etmelidir. Failin cezalandırılabilmesi yeterlidir. Onun hakkında dava açılmış olması kovuşturma zamanaşımının uygulanması için gerekli değildir<sup>93</sup>. Bu halde tazminat davasına bakan mahkeme suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını ön mesele olarak inceleyecektir<sup>94</sup>. Ceza mahkemesinin bir kararı mevcut ise, hukuk hâkiminin bununla ne ölçüde bağlı olduğu Art. 53 OR/TBK.m.74 çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>95</sup>. Ceza mahkemesinin yargılamanın durdurulması kararı (Einstellungsverfügung)<sup>96</sup> sadece mahkemenin kararının suçun objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmediğinden hareketle verildiği hallerde hukuk hâkimini bağlayacaktır<sup>97</sup>. Buna göre, takipsizlik kararı verilmiş olması kovuşturma zamanaşımının uygulanmasına engel değildir.

Art. 60 Abs. 2 OR hükmüyle kovuşturma zamanaşımının ön tasarıdaki önerinin aksine kaldırılmayıp yeniden düzenlenmiş olması karşısında bu konuda da açıklık getirmesi beklenirdi. Kanun değişikliğine rağmen hukuki durumda bu bakımdan bir değişiklik gerçekleşmemiştir. Özellikle hakkında mahkûmiyet kararı bulunmayan, hakkında hiç dava açılmamış bir kimsenin ön mesele olarak farazi yargılanarak tazminattan sorumlu tutulması adil yargılanma hakkı bakımından da tartışılmalıdır. Kanun koyucunun böylesi önemli bir konuyu açık bırakmaması beklenirdi. İsviçre Hukukuna ilişkin bu söylenenler hukukumuz açısından da geçerlidir<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> BGE 112 II 79 E. 4a; 136 III 502 E. 6.3.1 ve 6.3.2; Botschaft, s. 256-257.

<sup>94</sup> BGE 122 III 225 E. 4; Botschaft, s. 257.

<sup>95</sup> Botschaft, s. 257.

<sup>96</sup> Art. 55a StGB. Bu hükümde hetero ya da homoseksüel partnerlerin birbirlerine karşı işledikleri basit yaralama, hakaret, tehdit gibi bazı suçlarda savcılık ya da mahkeme kararıyla yargılamanın durdurulması düzenlenmiştir.

<sup>97</sup> BGE 136 III 502 E. 6.3.1.

<sup>98</sup> Hukuk hâkiminin hakkında ceza davası açılmış olan sanığa ilişkin yargılamanın sonucunu beklemesi, aksi halde ileride beraat eden sanık hakkında hukuk yargılamasında tazminata hükmedilmesi riski olduğu ifade edilir (İNCEOĞLU /BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 188). Hâkim görüş ve Yargıtay uygulamasının aksine, hakkında ceza dava açılmamış olan kişiye karşı hukuk hâkiminin fiilin suç oluşturup oluşturmadığını değerlendirip ceza zamanaşımını uygulamasının mümkün olmaması gerektiği de savunulmaktadır (İNCEOĞLU /BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 189). Buna göre, aksi durum suçsuzluk karinesi ile bağdaşmadığı gibi, ileride dava açılıp beraat kararı verilmesi durumunda hukuk güvenliği açısından da sıkıntılar yaşanabilecektir (s. 189). Yazarlara göre, iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinden birinin dolduğu ve kovuşturma zamanaşımının önem kazandığı durumlarda, hukuk hâkimi ceza davasının açılıp açılmayacağını bekletici mesele yapmalıdır. Ceza davası açıldığı takdirde ceza mahkemesinin kararı kesinleşinceye kadar bekletici mesele yapılmalıdır. Makul bir süre içinde ceza davası açılmadığı takdirde hukuk hâkimi davayı zamanaşımından reddetmelidir (s. 189). Buna karşın bu görüşe “makul süre” kavramının belirsiz ve göreceli olduğu eleştirisi getirilmektedir (ALTIN, s. 9, dn. 30).

## SONUÇ

Art. 60 OR hükmünde yer alan bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin yeterli görülmemesi nedeniyle üç yıla çıkarılması yararlı olmuştur. Türk kanun koyucusu da TBK.m.72’de bu süreyi iki yıl olarak belirlemiştir. Sürenin iki ya da üç yıl olması kanun koyucunun tercihidir.

On yıllık uzun zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusu daha belirgin hale getirilmiştir. Değişiklikle on yıllık sürenin zarar verici davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği tarihten başlayacağı esası benimsenmiştir. Bu düzenleme ile öğreti ve uygulamada kabul edilen çözüm tarzı kanun metni haline gelmiştir. Zarar verici “fiil” yerine “davranış” ifadesinin kullanılmasıyla olumsuz davranışın da haksız fiil oluşturacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Hukukumuz açısından bu yönde bir düzenleme yararlı olmakla birlikte, zaten öğreti ve uygulamanın bu doğrultuda olması nedeniyle zorunlu değildir.

Ölüm ve bedensel zararlardan doğan tazminat talepleri açısından yirmi yıllık zamanaşımı süresinin öngörülmesi gecikmeli zararlarda uzun zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle henüz zarar ortaya çıkmadan uzun zamanaşımının gerçekleşmesi riskini düşürse de ortadan kaldırmamaktadır. AİHM’nin adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin verdiği kararın gereğinin tam anlamıyla yerine getirildiği söylenemez. AİHM’nin İsviçre aleyhine hak ihlali kararı vermesine ilişkin koşullar hukukumuz açısından da mevcuttur. İsviçre’de yirmi yıllık sürenin Tasarı’da öngörüldüğü gibi otuz yıl olarak kabul edilmesi durumunda risk daha da düşürülebilirdi. Yargıtay’ın deprem zararlarına ilişkin verdiği zamanaşımının zararın doğmasıyla başlayacağı görüşü gecikmeli zararlarda uygulandığı takdirde bu risk gerçeklemeyecektir. Ancak bu görüş bir içtihadı birleştirme kararı olmadığından yerel mahkemeleri bağlamayacağı gibi, Yargıtay dairelerinin farklı kararlar vermesi de mümkündür. Ayrıca zamanaşımı süresinin zararın doğumu anına bağlanması ve çok uzun süre sonra ortaya çıkan zarardan dolayı zarardan sorumlu tutulmak hem zamanaşımı kurumunun kabulünün altında yatan düşünce ile hem de hukuk güvenliği ile bağdaşmamaktadır.

Uzun zamanaşımı süresi geçtikten sonra anlaşılabilir hale gelen zararların giderilmesi istemi için kısa zamanaşımı süresi kadar bir ek süre verilmesi düşüncesi somut olay adaletini sağlayacağı gibi, zararın hiç bir şekilde anlaşılabilir olmadığı süreçte zarar görenin dava hakkını kullanmasından bahsedilemeyeceğinden hukuk güvenliğinin tehlikeye düştüğünden kolaylıkla söz edilemeyecektir.

Ceza zamanaşımı konusunda yapılan değişiklikler bazı tartışmaları ortadan kaldırmış olmakla birlikte, bu kurumun yol açtığı tartışmaları bütünüyle sonlandırmamıştır. Kovuşturma zamanaşımının kısa ve uzun zamanaşımından bağımsız olarak işlenmesi, bu zamanaşımı süresinin kesilmemesi, sürenin gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkması durumunda üç yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin benimsenmesi yararlı olmuştur. Ancak hakkında ceza davası açılmamış

ya da takipsizlik kararı verilmiş kişi hakkında hukuk hâkiminin ön mesele olarak suçun unsurlarının objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmesinin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği sakıncası varlığını korumaktadır.

OR'nin ilk hazırlandığı sırada var olmayan zamanaşımına uğramayan suç kavramı bu revizyon sırasında dikkate alınarak böylesine önemli bir konu çözüme kavuşturulmalıydı. Bu tartışma hukukumuz açısından da çözüme kavuşturulması gereken bir husustur.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## KAYNAKÇA

AKÇAY, Engin, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İÜHFMD** C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 185-219.

ALTIN, Hayrünnisa, “Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması”, **AÜHFMD**, 69 (1) 2020, 1-32.

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1, 2, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

ANTALYA, O. Gökhan (editör) / TOPUZ, Murat, **Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri**, C. I, 3. Baskı, Ankara 2019.

AYBAY, Memet Erdem, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı Konusunda İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği ve Buna Dair Düşünceler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak)”, **BAÜHFMD**, C. 14, S. 183-184, s. 1859-1883.

BAŞPINAR, Veysel / ALTUNKAYA, Mehmet, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFMD**, C. 57, 2008, S. 1, s. 95-131.

BECKER, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I. Abteilung, Bern 1941.

BERGAMIN, Melanie Catalina, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht Grundlagen und ausgewählte Problembereiche**, 2019.

BREHM, Roland, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Auflage**, Bern 2013.

ÇELİK, Çelik Ahmet, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul 2004 [ÇELİK (2004)].

ÇELİK, Çelik Ahmet, **Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı**, Yeniden yazılmış ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2018.

ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019.

FISCHER, Willi, **Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Auflage 3.**, überarbeitete Auflage, 2016.

GAUCH, Peter, “Verjährungsunsicherheit, Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen”, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, s. 239 ff.

GOTTINI, Melanie Catalina, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Grundlagen und ausgewählte Problembereiche**, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 290, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2019.

GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

GÜNTÜLÜ ALKAN, Ayça, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı”, **BAÜHFD**, Y. 2016, C. 11, S. 147-148, s. 119-140.

HAVUTÇU, Ayşe, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, **DEÜHFD**, Y. 2010, C. XXII, Özel Sayı, s. 579-605.

İNCEOĞLU, M. Murat / BAŞ SÜZEL, Ece / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlgisi”, **BAÜHFD**, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 149-209.

KARACABEY, Ömer Faruk, “Haksız Fillerde Zamanaşımı”, **YD.**, C. 5, S. 1, Y. 1979, s. 81-100.

KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan / HÜSEYİN, İhsan, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul 2020.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", **AÜHFD**, Y. 1973, S. 3-4, s. 185-225.

KRAUSKOPF, Frédéric, "Die Verjaehrung der Haftpflichtigen Ansprüche wegen Personenschaden", in: Weber (Hrsg.), **Personen-Schaden Forum 2011**, Zürich / Basel / Genf 2011, s. 113-134.

MUELLER, Christof, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3**, Jahr 2016.

NART, Serdar, "Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)", **Prof.Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2012, s. 223-244.

OFTINGER, Karl / STARK, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil. 5. Auflage**, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Zürich 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul 2017.

SARIKAYA, Murat, "İsviçre Borçlar Hukukunda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", **MÜHFHAD**, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1203-1219.

SAVAŞ, Fatma Burcu, "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı", **TBB Dergisi**, 2008, S. 74, s. 121-148.

SPIRO, Karl, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fataleiten**, 2 Bde, Bern 1975.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler**, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

TÜTÜNCÜ, Muharrem, "Türk Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil Zamanaşımı", **İKÜHFD.**, 11 (1) 2012, s. 159-206.

VERDE, Michael, "Die Verjaehrung Nach Art. 60 Abs. 2 OR", in Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjaehrungsrecht, Herausgeber Frederic Krauskopf, **HAVE**, Schulthess medien AG, 2018, s. 65-92.

## BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI

Av. Şaban TAMER<sup>1</sup>

### Öz

Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olan tüketicinin korunması için gerekli tedbirlerin devlet tarafından alınması Anayasamız m. 172 hükmü gereği zorunluluktur. Anayasa ile devlete yüklenen bu sorumluluğun yerine getirilmesi amacıyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) düzenlenmiştir. Bu kanunun “Tüketici Sözleşmeleri” başlıklı 4. Kısmı içerisinde 4. Bölümde “Ön Ödemeli Konut Satışı” ilk kez kanun ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile; günümüzde konut fiyatlarının çok yüksek olması, birçok tüketici tarafından peşin ödeme ile alınmasının mümkün olmaması sebebiyle, konuta ihtiyacı olan tüketicinin bu ihtiyacını karşılayabilmesi için, henüz projenin başlangıcında daha cazip fiyatlar ve taksitle satın alma imkanı getirilmiştir. Bu imkân sağlanırken, henüz ortada olmayan konut için tüketicinin bir miktar peşin ödeme yapacak olması sebebiyle gireceği riskin teminata kavuşturulması amacıyla kanunun 42. Maddesi ile “Bina Tamamlama Sigortası” düzenlemesi yapılmıştır. Aynı madde içerisinde diğer teminat türleri de düzenlenmiş olmasına rağmen, biz çalışma konumuzu “Bina Tamamlama Sigortası” ile sınırlı tutacağız.

Tüketiciler yönünden ekonomik açıdan ödenmesi zor bir maliyete katlanılacak olması, tüketici ve ailesinin yüksek risk altında olması, satıcıya göre çok daha zayıf durumda olması, devletin tüketiciyi koruma sorumluluğunun Anayasal bir yükümlülük olması sebepleri ile bu konuda yasal düzenleme yapılması gerekli olmuştur. Hukuk hayatımıza 6502 sayılı yasa ile ilk kez giren “Bina Tamamlama Sigortası” düzenlemesi ile hem tüketicinin korunması amaçlanmış hem de sigorta hukukuna yeni bir sözleşme eklenmiştir. Biz bu çalışmamız ile “Bina Tamamlama Sigortası” şartlarını ve hükümlerini inceleyeceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** *Bina Tamamlama Sigortası, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Teminat, Sigorta*

---

<sup>1</sup>Avukat, İstanbul 2 Nolu Barosu Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi ORCID: 0000-0003-0257-9936, av.sabantamer@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 14.06.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 09.09.2021

Bu makaleye atf için TAMER Şaban, “Bina Tamamlama Sigortası”, **İMİHFD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 155-199.

## BUILDING COMPLETION INSURANCE

### Abstract

According to Article 172 of our Constitution; measures of precautions by the State are mandatory to protect consumers who act for non-commercial or non-professional purposes. 6502 numbered Law of Consumer Protection has been issued by the constitution to fulfill this responsibility and also imposed this responsibility to the State. "Prepaid House Sales" are regulated for the first time in the fourth part which titled "Consumer Contracts" at the fourth chapter of this law. Because of the impossibility to buy houses with cash payment since the high prices of houses; more attractive prices and the opportunity of installment buying have been introduced at the beginning of the project to meet customer's housing needs with this arrangement. While providing this opportunity; the law has aimed to ensure the risk to be held by the consumer with the regulation of "Building Completion Insurance" in the article 42 of the code, since the consumers pay some cash for the house that is not yet in sight. Even though the other types of coverage have been regulated in the same article of the law; we will limit our frame of work about "Building Completion Insurance".

Because of the consumers will bear a cost which is difficult to pay economically, the consumer and his family are in a high risk, the situation of the consumer is much weaker than the seller and protecting the consumer is a constitutional obligation of the state; legislation was necessary in this regard.

"Building Completion Insurance" which is entered our legal life for the first time with the law numbered 6502; both of the protection of the consumer and a new contract type in insurance law have intended to be added.

With this study; we will examine the terms and conditions of "Building Completion Insurance".

**Keywords:** *Building Completion Insurance, Prepaid Housing Sales Agreement, Guarantee, Insurance.*

### GİRİŞ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda (TKHK) düzenlenen "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi" ile satıcı, tüketicilere konut satmak suretiyle yüklü miktarda piyasadan nakit toplamakta, bu nakit ile de teslim etmeyi taahhüt ettiği binanın imalatını finanse etmektedir. Satıcının finansman sorunu araya banka konulmadan bu şekilde çözülerek satıcının faizsiz para kullanması imkânı sağlanmaktadır. Satıcının, projeden ya da maketten sattığı konutların, teslim edilmeme riskinin olması, satılan konutların bedellerinin tüketicilerin mali yapıları açısından genellikle çok yüksek meblağlar olması sebebiyle, bu risklerin teminat altına alınarak tüketicilerin de korunması Anayasal ve yasal bir gerekliliktir.

Bu amaçla TKHK m. 42’de kanun koyucu, “*Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur.*” düzenlemesini yapmıştır.

Uygulamada özellikle “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” ne istinaden konut imal eden “müteahhit” in, mali durumunun kırılgan olması, çok daha fazla kazanma hırsı ile kendi öz kaynaklarının çok üzerinde maliyetlere sahip projeleri yapmaya çalışırken iflas etmesi, mali yapısının bozulması hallerinde, satıcıdan konut satın alan kişilerin ciddi mağduriyetler yaşadığı, paralarının karşılığını alamadığı, parasını iade alabilecek muhatap dahi bulamadığı görülmüştür. Kanun koyucu, tüketici açısından hiçbir şekilde riskin oluşmaması adına bu düzenleme ile satıcının, “Ön Ödemeli Konut Satışı”na başlamadan önce bu teminatı sağlaması gerektiği hususunu da açıkça ortaya koymuştur.

Çalışmamız ile; öncelikle konuya ilişkin temel kavramların tanımları yapıldıktan sonra “Bina Tamamlama Sigortası”nın kurulması ve tarafları üzerinde durulacaktır. Daha sonra, bu sigorta açısından riskin ne olduğu, sigortalanan menfaat ve sağlanan teminatın ne olduğu izah edilecektir.

Tarafların hak ve yükümlülükleri, sigortanın sona ermesi, zamanaşımı ve uyuşmazlık çözüm yolları anlatılacaktır.

## **I. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASINA DAİR KAVRAMLAR**

### **A. SİGORTA**

Gerçek ya da tüzel kişilerin karşılıklı yardımlaşması ve zararlara karşı korunması fikrine dayanan sigorta<sup>2</sup>, muhtemel tehlikelerin zararlı neticelerine karşı önceden tedbir alınarak zararın giderilmesi amacıyla hizmet etmektedir<sup>3</sup>.

Sigorta öğretide bir tanıma göre, “iktisadi sonuçlar doğuran muhtemel risklerin zarar doğurucu sonuçlarının, sigortacı olarak isimlendirilen kişi ya da kurum tarafından yapılan organizasyona istinaden, birleşen risk taşıyıcıları arasında paylaşılması esasına dayalı bir kurumdur<sup>4</sup>.

Diğer bir tanıma göre sigorta, “Aynı veya benzer tehlikelerle (rizikolarla) karşı karşıya kalma ihtimali olan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi halinde

---

<sup>2</sup> ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Sigorta Hukuku**, 23. Bs., Karahan Kitabevi, Adana, 2021, s. 1; KAYIHAN, Şaban/ GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. Bs., Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s. 5.

<sup>3</sup> KENDER, Rayegan, **Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku I**, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 2.

<sup>4</sup> KENDER, s. 104; ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku C.I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 12; BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, 2. Bs., Ankara 2007, s. 31; CAN, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) C.I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 13.



ortaya çıkacak ihtiyacın, sigorta ettiren tarafından prim adı verilen bedelin ödenmesi şartıyla, sözleşme ile azami limiti belirlenen bir miktar para karşılığında giderilmesine matuf hukuki talep hakkına sahip olunmasıdır<sup>5</sup>.

Sigorta ilişkisinin geçerli olarak kurulması için; tehlike iştiraki olarak adlandırılan muhtemel tehlikeye maruz kalabilecek kişilerden oluşan topluluk, riziko olarak isimlendirilen ileride bir zamanda zarar doğurması muhtemel bir olay, rizikoların aynı veya benzer olması hali, rizikonun gerçekleşmesi halinde poliçe ile limitleri belirlenen miktarda zararın giderilmesini sağlayan teminat, riziko sonucu ortaya çıkan zararın sözleşmedeki limitler dahilinde giderilmesi için sigorta ettiren tarafından primin tamamının ya da ilk taksidinin ödenmesi ve sigorta ettirenin talep hakkına sahip olması unsurlarının olması gereklidir.

## **B. BİNA**

Bina tamamlama sigortasının anlaşılabilmesi için “bina” kavramının da tanımlanması, sigorta türünün ve konunun anlaşılması için yerinde olacaktır. Bina tamamlama sigortasının düzenlendiği 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda<sup>6</sup> ve sigorta genel şartlarını belirleyen 16.03.2015 tarihli “Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartlarında<sup>7</sup>”, “bina” kavramına dair bir tanımlama yoktur. Bina kavramı 3194 sayılı İmar Kanunu<sup>8</sup> m. 5’te tanımlanmıştır. Buna göre bina; “*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme ve dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar*” olarak tanımlanmıştır.

Bir yapının bina olarak tanımlanabilmesi için bu yapının kendi başına kullanılabilir olması, üzerinin örtülü olması, içine girilebilir olması, insanların ihtiyaçlarına yönelik kullanılabilmesi gereklidir<sup>9</sup>. Bu anlamda, imar kanununda tanımlanan “bina” kavramı ile insan yaşamı sırasında ikamet ettiği, çalıştığı, eğitim gördüğü, konakladığı, bir şekilde içinde bulunduğu tüm yapıları tarif ettiği anlaşılmaktadır.

## **C. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ**

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, 6502 sayılı yasa m. 40’da tanımlanmıştır. Buna göre; “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Konuya ilişkin diğer düzenleme olan “Ön

---

<sup>5</sup> KENDER, s. 2; ÇEKER, s. 2.

<sup>6</sup> R.G. 28.11.2013, 28835.

<sup>7</sup> <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/11/Bina-Tamamlama-Sigortas%C4%B1-Genel-%C5%9Earlar%C4%B1.docx> (E.T.: 20.05.2021).

<sup>8</sup> R.G.:09.05.1985, 18749.

<sup>9</sup> GENÇ, Mustafa, **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 154.

Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik” (ÖÖKSHY) m. 4’te de sözleşme aynı şekilde tanımlanmıştır.

Kanun ve uygulama yönetmeliği ile getirilen tanımlardan yola çıkarak, ikamet etme amaçlı alınan bir taşınmazın bedelinin tüketici tarafından peşin ya da taksitler halinde ödenmesi, satıcı tarafından da bedelin kısmen ya da tamamen ödenmesinden sonra konutun tesliminin yapılacağına kararlaştırıldığı sözleşmedir<sup>10</sup>. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin, TKHK m. 41 gereği tapuda resmi şekilde yapılması zorunludur. Ayrıca satışa konu konut ya da devre tatilin taşınmaz olması sebebiyle TMK m. 706/1, TBK m. 237/2 ve Tapu Kanunu m. 26/4 gereği tapuda resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu sözleşme ile konutun mülkiyeti tüketiciye devredilse de teslimi daha sonraki bir zamanda yapılacaktır. Tüketici, konutu ya da devre tatili teslim almadan önce kısmen ya da tamamen bedelini ödemektedir.

Ön ödemeli konut satışı, kanun m. 41 metninden anlaşıldığı üzere satış vaadi sözleşmesi olarak da yapılabilir<sup>11</sup>. ÖÖKSHY m. 6’daki “Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifaki devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur.” düzenlemesinden de ön ödemeli konut satışının “satış vaadi” sözleşmesi şeklinde de yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi ile, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin kısmen ya da tamamen ödenmesinden sonra mülkiyetini devredeceği konuta ilişkin satış sözleşmesini yapmayı taahhüt ettiği noterde resmi şekilde yapılan bir sözleşmedir.

## **II. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A. TANIMI**

Bina tamamlama sigortası, 6502 sayılı kanun m. 42’ye göre ön ödemeli konut ve BTSGŞ A.1 maddesine istinaden devre tatil satışlarında, Bina tamamlama sigortası, tüketici tarafından banka vasıtasıyla yapılan ödemelerin, BTSGŞ A.1 (sigortanın konusu) maddesindeki rizikoların gerçekleşmesi halinde, satıcının

---

<sup>10</sup> ÇABRİ, Sezer, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 1.Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 647; DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 61; ÇABRİ, Sezer, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri”, **İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, (Ed. TOKBAŞ, Hakan/KURŞUN, Ali Suphi), 2. Bs., Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 93; ÖZMEN, Ethem Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 4; TEKELİOĞLU, Numan, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Satının Teminat Sağlama Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, S. 1, Mart 2018, s. 82.

<sup>11</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 648; DOĞAR, s. 66.

ödediği prim karşılığında sigortacı tarafından teminat altına alınmasını sağlayan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.

Bu sigorta türü, teminat başlıklı TKHK m. 42’de düzenlenmiştir. Kanun metni ve sigorta genel şartları dikkate alındığında sigortalanan şeyin “bina” kavramı içerisinde kabul edilecek tüm yapıları değil sadece konut ve devre tatili kapsadığı görülmektedir. Ayrıca bu sigorta ile “binanın tamamlanması” veya “banka vasıtasıyla yapılan ödemelerin” teminat altına alındığı anlaşılmaktadır. Yani sigortacı, risk gerçekleştiğinde, poliçede belirtilmek kaydıyla, satıcı yerine geçip binanın tamamlanma işini de yerine getirebilir.

Bu sigortanın sigortacı tarafından yapılabilmesi için kefalet sigortası yapma yetkisinin olması gerektiği Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından 18.03.2015 tarih 2015/9 sayı ile yayınlanan, Bina Tamamlama Sigortasına İlişkin Genelge ile ortaya konulmuştur<sup>12</sup>.

Kefalet sigortası, Kefalet Sigortası Genel Şartları A.1’de “sigortacının, borçlunun poliçede tanımlanan borcunu ifa etmemesi riskine karşı ona kefil olarak, yine poliçede gösterilmiş lehtara teminat vermeyi üstlendiği bir sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bina tamamlama sigortası da tam olarak bu amaçla yapılan bir sigorta türüdür ve satıcının konutu teslim etme yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde sigortacının onun yerine geçerek onun yerine ya binayı tamamlaması ya da teminat senedinde taahhüt ettiği bedeli ödemesi esasına dayanmaktadır.

Bina tamamlama sigortasının yapılmasına ilişkin temel düzenleme TKHK m. 42 den kaynaklanan “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” olsa da, kanun koyucu 7153 sayılı torba yasa m. 25 ile 6303 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m.8/6’ya eklediği düzenleme ile, “...*Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde yürütülecek projeler için yapım işini üstlenen yapı müteahhidinin yapı ruhsatı alınmadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunlu*” hale getirilmiştir. Böylelikle bu kanun kapsamında yapılan binalar için de bu sigortanın, müteahhit tarafından yapılması ya da diğer teminat türlerinin sağlanması gerekecektir. Yine bu düzenleme ile de kanun koyucunun, müteahhitin bina yapıp teslim etme yükümlülüğünü garanti altına almaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

## **B. AMACI**

Barınmak amacıyla mesken satın almak isteyen tüketici, konut fiyatlarının çok yüksek olması sebebiyle fiyatını bir kerede ödeyemediği ya da daha az bedel ödeyerek edinme imkanı sunulması hallerinde, henüz inşa edilmemiş konutu “maketten satın alarak” konut ihtiyacını karşılamaya çalışmaktadır. 6502 sayılı

---

<sup>12</sup> <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/11/Bina-Tamamlama-Sigortas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Genelge-2015-9.docx> (E.T.: 20.05.2021).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenen ve tüketicilere taksitle konut satın alma imkanı sunan “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” düzenlemesi ile ekonomik olarak zayıf olan tüketicinin hem ucuz konut edinmesi hem de risklere karşı korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu durumda önce bedelini ödediği halde konutu inşaatın bitmesinden sonra teslim alabilecektir. Kısmen dahi olsa bedelin önceden ödenmesi halinde tüketici açısından büyük risk oluşmaktadır.

Öğretide bina tamamlama sigortasının amacına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre tüketicinin ödediği bedelin iadesi asırdır<sup>13</sup>. BTSGŞ ile ortaya konulan teminatın eksik kalan binanın tamamlanması değil tüketici tarafından satıcıya ödenen bedelin faizi ile iadesi olduğu ileri sürülmektedir. Sigortacının müteahhitliğe zorlanamayacağı, zorlanması halinde bu sigortanın ölü doğacağı da bu çerçevede dile getirilmiştir<sup>14</sup>. Diğer görüşe göre ise TKHK m.42/2 gerekçesindeki “...sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlamasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır.” cümlesine atıf yaparak, kanunun amacının binanın tamamlanması olduğunu, sigorta şirketinin uygun bir müteahhit tespit ederek binayı tamamlayabileceği<sup>15</sup> ileri sürülmektedir. Başka bir görüşe göre ise, ödenecek tazminatın “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” ile anlaşılabilir nitelikte teslimini sağlar miktarda olması gerektiğini ve bu bedelin sigorta tazminatı olarak ileride doğacak alacağın ödenmesi<sup>16</sup> olduğunu söylemektedir.

TKHK m.42/2 gerekçesindeki “...sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlamasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır.” cümlesi dikkate alındığında bu sigortanın temel amacının, satıcı tarafından satılan binanın tamamlanması olduğu söylenebilir. Fakat BTSGŞ madde B.6’daki “sigortacı bu sigorta sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği yükümlülük uyarınca, riziko gerçekleştiğinde, tüketicilere yapılan ödemeleri, anaparası teminat senedinde yer alan azami tutarı aşmamak üzere yasal faizi ile birlikte geri öder.” cümlesi ile “sigortacı yapacağı değerlendirme sonucunda, poliçede kararlaştırılmış ise, ödeme yapmak yerine projenin tamamlanarak hak sahiplerine teslim edilmesine de karar verebilir.” cümlesi dikkate alındığında temel amacın tüketici adına düzenlenen teminat senedindeki bedelin faizi ile birlikte ödenmesi olduğu, sözleşmede kararlaştırılmış ise ve sigortacının kendi menfaatine uygun olduğunu değerlendirmesini yapması halinde, binanın sigortacı tarafından tamamlanması yoluna gidilecektir. Binanın aynen tamamlanması teminatının sağlanabilmesi için hem sözleşmeye özellikle eklenmesi hem de sözleşmede olsa dahi sigortacının karlılık değerlendirmesine tabi olduğu

<sup>13</sup> ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 63; DOĞAR, s. 181.

<sup>14</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 260.

<sup>15</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 119; PITIRLI, Burak/EVSİNE PITIRLI, Esin, “Bina Tamamlama Sigortası”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 173- 174, Ocak - Şubat 2019, s. 286.

<sup>16</sup> ÖZAKMAN, Cumhur, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, 1.Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, s. 264, 266.

anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu sigortanın temel amacının binanın tamamlanması olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, amaçsal yorum ile sigorta ile amaçlanananın sadece tüketicinin ödediği bedel değil, ödeme ile beklenen fayda olduğu düşüncesi ile tüketicinin satın aldığı konutun, riskin gerçekleştiği andaki tutarının tazmin edilmesi olduğunun kabulü gerekir.

### **C. HUKUKİ NİTELİĞİ**

Bina tamamlama sigortası ile satıcının ödediği prim karşılığında, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacı da tazminat ödemeyi ve rizikoyu sürekli şekilde taşımayı yükümlenmektedir. Buna göre bina tamamlama sigortası tam iki tarafa borç yükleyen rizai bir sözleşmedir. Sigortacının rizikoyu sürekli taşıma yükümlülüğü olması sebebiyle sigortacı açısından sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

Türk Ticaret Kanununun sigorta hukukuna ilişkin sistematüğinde sigortalar zarar sigortası ve can sigortası şeklinde iki ana başlığa ayrılmaktadır<sup>17</sup>. Bu ana ayrım altında da zarar sigortaları; mal sigortası ve sorumluluk sigortası olarak, can sigortaları ise; hayat sigortası, sağlık sigortası ve ferdi kaza sigortası alt başlıklarına ayrılmaktadır<sup>18</sup>. Bina tamamlama sigortasında, tüketicinin uğradığı zararın teminat senedi limiti ile sınırlı olarak tazmini söz konusu olduğu için bina tamamlama sigortasının zarar sigortası ana başlığı altındaki mal sigortası grubunda olduğu söylenebilir. Zira mal sigortaları; para ile ölçülebilen malvarlığı değeri üzerindeki menfaatlara dönük tüm rizikoları içine almaktadır<sup>19</sup>. Mal sigortasında sigortalanan bizatihi mal değil faydalanacak kişinin menfaatidir<sup>20</sup>.

Bina tamamlama sigortasında sigorta ettiren kendisine ait bir menfaati değil, tüketici konumundaki üçüncü kişinin muhtemel menfaatini sigortalatmaktadır, sigorta hukukunda buna başkası hesabına sigorta sözleşmesi denilmektedir<sup>21</sup>.

Başkası yararına sigorta Türk Borçlar Kanunu m. 129 çerçevesinde “üçüncü kişi yararına sözleşme” niteliğindedir<sup>22</sup>. Sözleşmede, sigorta ettiren ile sigortacı sözleşmenin tarafı olduğu halde menfaati sigortalanan tüketici, sözleşmenin tarafı değildir. Bina tamamlama sigortasının kefalet sigortası türü olduğu ileri sürülmektedir<sup>23</sup>. Öğretide, kefalet sigortasının, sigorta ettirenin yükümlülüklerini

---

<sup>17</sup> KENDER, s. 126; ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku C.II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1; KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 235; BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, 12 Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 193.

<sup>18</sup> ÇEKER, s. 127.

<sup>19</sup> BOZER, 1981, s. 75; ÇEKER, s. 132; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 29; BOZKURT, s. 194.

<sup>20</sup> KARA, s. 236.

<sup>21</sup> KARA, s. 235; ÇEKER, s. 138; ÜLGEN, Hüseyin, “Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalının ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, s. 2828; ÜNAN, Samim, “Mal Sigortalarında Başkası Hesabına Sigorta”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, sa. 11-29.

<sup>22</sup> CAN, s. 34.

<sup>23</sup> ÜNAN, Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 94.

yerine getirmemesi (prim ödememesi) halinde menfaati sigortalanan kişi aleyhine kabul edilemez sonuçlar doğuracağı düşüncesi ile sigorta sözleşmesi olarak görülemeyeceğini ileri süren görüşler de vardır<sup>24</sup>.

Bina tamamlama sigortasında sigortacı, BTSGŞ B.8 maddesine göre satıcıya rücu edebilecektir. Diğer zarar sigortalarında ise zarardan sorumlu olan üçüncü kişiye rücu edilecektir. Bu yönüyle zarar sigortalarından ayrılmaktadır.

### **III. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE UYGULANACAK HÜKÜMLER**

#### **A. SÖZLEŞMENİN KURULMASI**

Bina tamamlama sigortası tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Bu sözleşme tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulacaktır<sup>25</sup>. Bu irade beyanlarına sözleşmeler hukukunda öneri (icap) ve kabul denilmektedir<sup>26</sup>. Taraflardan biri öncelikle öneride bulunmakta diğer taraf da kabul beyanı ortaya koyduğunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kurulmaktadır<sup>27</sup>. Uygulamada sigorta ettiren yani satıcı, sigortacıya rizikolar hakkında açıklama ve bilgilendirme yapmakta ve sigortacının verdiği teklifnameyi doldurmaktadır. Bu teklifname öneri olarak kabul edilmektedir. Sigorta ettiren tarafından bu şekilde sigorta sözleşmesi önerisi yapılmakta, sigortacı da poliçe düzenlemek suretiyle kabul iradesini ortaya koymaktadır. Sigorta hukuku genel hükümleri içerisinde TTK m. 1405'te yapılan düzenleme ile "sigortacının susmasına" kabul anlamı yüklenmektedir. Sözleşmenin yapılması sırasında susma başlıklı TTK m. 1405/1'de "*Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme Türk borçlar hukuku genel ilkelerine aykırı olduğu ve hatalı olduğu gerekçeleri ile eleştirilmektedir<sup>28</sup>. TTK m. 1405 düzenlemesi dikkate alınmazsa, bina tamamlama sigortası, genel hükümler çerçevesinde karşılıklı iradelerin ortaya konulmasının ispatı olan poliçenin düzenlenmesi ile kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin kurulma anı ile hüküm doğurma anı aynı olmayabilir. Genel hükümlere göre, sözleşmenin hüküm doğurma anı sigorta priminin tamamının ya da ilk taksidinin ödenmesi anıdır. Bina tamamlama sigortası

<sup>24</sup> GÖZÜŞİRİN, Melike, "Kefalet Sigortası", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 67; SOMUNCUOĞLU, Ünal, "Türk Hukukunda Kefalet Sigortası", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 137, sa. 88-91.

<sup>25</sup> OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I**, 16. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 49; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 227; REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 56; NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 39

<sup>26</sup> OĞUZMAN, ÖZ, s. 50 vd.; REİSOĞLU, s. 57.

<sup>27</sup> KENDER, Rayegan, "Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması", Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, s. 525.

<sup>28</sup> KENDER, Sigorta Sözleşmesi, s. 525; ÜNAN, C.I, s. 63.

açısından ise BTSGŞ C.1/4 maddesi gereği sigortacının tüketicilere karşı sorumluluğu, teminat senedi düzenlendiği tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda başlayacaktır. TKHK m. 43'e göre "Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde" tüketici ondört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeden ve cezai şart ödemediği takdirde cayma hakkına sahiptir. Bina tamamlama sigortası işte bu ondört günlük cayma süresinin dolması ile hüküm doğuracaktır.

## **B. UYGULANACAK HÜKÜMLER**

Bina tamamlama sigortasına ilişkin ilk düzenleme TKHK m. 42 hükmüdür. Düzenleme ile, "...kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur." cümlesi ile, bina tamamlama sigortası hakkındaki esasların Hazine Müsteşarlığınca düzenlenecek genel şartlar ile belirleneceği ifade edilmiştir. Sigorta sözleşmeleri başlıklı 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 11 hükmüne göre de, sigorta sözleşmelerinin içeriği Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek genel şartlara uygun olmak zorundadır. Ayrıca BTSGŞ C.7 hükmüne göre işin özelliğine göre taraflar özel şartlar da belirleyebilir. Özel şartlar TTK m. 1452'de belirtilen emredici hükümlere aykırı olamaz. Sigorta sözleşmesinde özel şartların belirlenmesi halinde, rizikonun gerçekleşmesi durumunda konuya ilişkin ilk uygulama görecektir özel hükümler olacaktır. Sigorta sözleşmesi hükümleri, sigortacı tarafından düzenlenen poliçe ile yazılı hale getirilmektedir<sup>29</sup>. TTK m. 1425'e göre de sigorta poliçesinin genel ve özel şartları içermesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Sigorta genel şartları, bir sigorta alanında yapılacak bütün sigorta sözleşmelerde bulunması gerekli kayıtlardır<sup>30</sup>. Sigorta genel şartları, emredici hükümlerden hemen sonra, yedek kurallardan ise önce dikkate alınacaktır<sup>31</sup>.

BTSGŞ C.1/3 atfına göre bina tamamlama sigortasına Türk Ticaret Kanunu genel hükümleri de uygulanacaktır. Sigorta hukukunun genel hükümleri TTK'nın 6. Kitabında m. 1401-1452'de düzenlenmiştir. Bu hükümler tüm sigorta sözleşmeleri ve türleri açısından uygulanacak genel hükümlerdir. Bina tamamlama sigortasının zarar sigortası olarak sınıflandırılması halinde TTK'daki zarar sigortasına ilişkin m. 1453-1486 hükümleri de bina tamamlama sigortasına uygulanacaktır. Konuya ilişkin TTK'da hüküm olmaması halinde ise TTK m. 1451'deki atıf sebebiyle Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

---

<sup>29</sup> KENDER, s. 49.

<sup>30</sup> BAHTİYAR, Mehmet, "Sigorta Poliçesi Genel Koşulları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 19, S. 2, Aralık 1997, s. 93.

<sup>31</sup> KENDER,(Hususi Sigorta 2014), s. 34.

#### **IV. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TARAPLARI VE TÜKETİCİ**

Bina tamamlama sigortası sözleşmesinin iki tarafı vardır fakat rizikonun gerçekleşmesi halinde lehine sigorta sözleşmesi yapılan tüketici açısından sonuçlar doğuracağı için üç ayaklı bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşme satıcı (sigorta ettiren) ile sigortacı arasında imzalanmaktadır. Taraflar imzaladıkları bu sözleşme ile tüketicinin ödediği bina bedeli teminat altına almaktadır.

Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik m. 4'teki tanımlara göre;

*Sigorta ettiren: Sigortacı ile sigorta sözleşmesi akdederek sigortalının menfaatini sigortacı nezdinde prim ödemek suretiyle teminat altına alan kişiyi,*

*Sigortacı: Belli bir prim karşılığında sigorta sözleşmesi ile risk üstlenen kişiyi,*

*Sigortalı: Zarar sigortalarında menfaati teminat altına alınan, can sigortalarında ise üzerinde riziko gerçekleşme ihtimali olan kişiyi, ifade eder.”*

##### **A. SATICI (SİGORTA ETTİREN)**

Bina tamamlama sigortası sözleşmesinin taraflarından biri BTSGŞ A.2'de tanımlanan satıcıdır. Satıcı, sözleşmenin “sigorta ettiren” tarafıdır. Satıcı, tüketici ile ön ödemeli konut satış sözleşmesi imzalayıp, ona karşı konutu teslim etme yükümlülüğü olan gerçek ya da tüzel kişidir<sup>32</sup>. Satıcı, BTSGŞ A.1 maddesinde belirtilen rizikolara karşı sigorta sözleşmesi yapan ve sigortacıya prim ödeme borcu olan kişidir<sup>33</sup>. Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi de farklı kişi de olabilir<sup>34</sup>. Bir şahsın kendi mamelekini, gelebilecek bir zarara karşı sigortalaması durumunda sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişidir. Bazı durumlarda ise sigorta ettiren üçüncü bir kişi lehine sigorta sözleşmesi yapmaktadır. Bu durumda da sigorta sözleşmesinden doğan borçlar sigorta ettirene ait iken, rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminatı talep etme hakkı üçüncü kişiye aittir<sup>35</sup>. Bina tamamlama sigortası da başkası lehine sigorta sözleşmesidir. Satıcı, TKHK m. 42 ve BTSGŞ esaslarına göre “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” yapmadan önce bu sigortayı ya da kanunda sayılan başka bir teminatı sağlamak zorundadır.

Bina tamamlama sigortasında sigorta ettiren sıfatını taşıyan satıcı, aynı zamanda ön ödemeli konut satış sözleşmesinde konutu devir ve teslim borcu olan kişidir.

<sup>32</sup> GÖKTEPE, Elif, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 74.

<sup>33</sup> ÇEKER, s. 61; KENDER, s. 131; KARA, s. 45; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 116;

<sup>34</sup> ÇEKER, s. 61; KARA, s. 45.

<sup>35</sup> KENDER, s. 131; BOZKURT, s. 197.



## B. SİGORTACI

Sigorta sözleşmelerinin tümünde olduğu gibi bina tamamlama sigortasının da taraflarından biri, prim karşılığında poliçe ile belirlenen rizikoya karşı sigortalıya koruma sağlayan, sözleşme süresince de rizikoyu taşımayan sigortacıdır<sup>36</sup>. Sigortacılık kanununa m. 3'e göre sigortacı anonim şirket ya da kooperatif olmak zorundadır<sup>37</sup>. Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik m. 4'e göre sigortacı; "belli bir prim karşılığında risk üstlenen kişi" olarak tanımlanmaktadır.

Sigortacılık Kanununun 5. Maddesi ile sigorta şirketlerinin çalışma konularına ilişkin Hazine müsteşarlığından ruhsat alması, bunu ticaret siciline tescil ettirmesi, hayat ya da hayat dışı sigorta gruplarından sadece birisinde faaliyet göstermesi gibi çalışma esaslarına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. TTK m. 1401/2 hükmü gereği ruhsatı olmadığı halde bu durumu bilerek bir sigortacı ile sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi yapması halinde TBK m. 604, 605 hükümlerindeki "kumar ve bahis" alacaklarına ilişkin hükümler olaya uygulanacaktır. Kumar ve bahis borçları "doğuştan eksik borç" hükmündedir<sup>38</sup>. Eksik borç "ifa edilebilen, ancak dava edilemeyen borçlar"dır<sup>39</sup>. Bu durumda sigortacının tazminat borcu "eksik borç" niteliğinde olacaktır<sup>40</sup>.

Bir sigorta şirketinin bina tamamlama sigortası sözleşmesi yapabilmek için "Kefalet" branşında ruhsata sahip olması gerekmektedir. Satıcının (sigorta ettiren), "Kefalet" branşında ruhsatı olmadığını bildiği bir sigortacı ile bina tamamlama sigortası yapması halinde, lehine sigorta sözleşmesi yapılan tüketici, rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminatı isteyebilecek midir sorusu akla gelecektir. TKHK'da ya da BTSGŞ'da bu konuda bir düzenleme yoktur.

BTSGŞ A.5/3 hükmü "*Sigortacı, vermiş olduğu teminat senetlerine ilişkin yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, ...sigorta sözleşmesini ... sona erdirebilir...*" düzenlemesini havidir. Sigortacının, sözleşmeden haklı dönme hallerini düzenleyen bu maddeye göre, sigortacı sözleşmeden haklı dönse bile tüketiciye verilen teminat senetlerinden sorumluluğunun devam edeceği söylenmektedir.

Bu durumda kanaatimizce BTSGŞ A.5/3 düzenlemesi kıyasen uygulanarak tüketicinin teminat senedine istinaden tazminat alacağını talep etme hakkının devam edeceği kabul edilmelidir.

## C. TÜKETİCİ (SİGORTALI)

Bina tamamlama sigortası, "tüketici" lehine yapılan bir sigorta sözleşmesidir. Tüketici, bu sigorta ilişkisinde "sigortalı" sıfatını taşıyan kişidir. Sözleşmenin

<sup>36</sup> KENDER, s. 131; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 114.

<sup>37</sup> ÇEKER, s. 60; KARA, s. 45.

<sup>38</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 89.

<sup>39</sup> OĞUZMAN, ÖZ, s. 18-19; REİSOĞLU, s. 34; NOMER, s. 25-26; EREN, s. 89.

<sup>40</sup> ÜNAN, C.I, s. 21.

tarafı olmasa da rizikonun gerçekleşmesi durumunda poliçe ile temin edilen bedeli poliçe limiti ile sınırlı olmak üzere talep etme hakkı olan kişidir. Bina tamamlama sigortasına ilişkin esasların belirlendiği BTSGŞ A.1 maddesinde, bu sigortanın “tüketici” lehine yapılacağı ortaya konulmaktadır. Bu kavram sigorta hukukuna ait bir kavram olmamakla birlikte genel şartlarda “sigortalı” yerine “tüketici” kavramı kullanılmıştır.

Tüketici, TKHK m. 3/k maddesinde, kazanç elde etme amacı taşımamakla birlikte satıcı ile sözleşme yapan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>41</sup>. Buna göre tüketici, gerçek kişide olabilir, tüzel kişi de olabilir. Tüketici, gerçek kişi tacir olsa dahi ticari işletmesi ile ilgili olmayan şahsi ihtiyaca ilişkin işlem yapabilir<sup>42</sup>. Gerçek kişi tacir tüketici olarak konut satın almak için ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapabilecektir. Gerçek kişiler yanında tacir olmayan tüzel kişiler de tüketici sıfatı ile faaliyetlerini yürütmek amacıyla mal ve hizmet satın alabilirler<sup>43</sup>. Kamu tüzel kişilerinin de kazanç elde etmek amacıyla hareket etmemeleri şartıyla tüketici olarak kabul edilebilecekleri öğretide ileri sürülmektedir<sup>44</sup>.

Bina tamamlama sigortası ile temin edilen menfaat tüketicinin menfaatidir. Tüketici, satıcıdan almış olduğu konutu teslim alamazsa ve BTSGŞ’deki şartlar oluşursa, sigortacıdan tazminat alacaklısı olacaktır. BTSGŞ B.6 maddesinde de sigortacının sigorta tazminatını tüketiciye ödeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Tüketici, sigorta sözleşmesinin tarafı değildir. Bina tamamlama sigortasının satışa başlanmadan önce yapılması zorunluluk olarak düzenlendiği için, zaten sigorta sözleşmesi yapılırken tüketicinin kimliği de taraflarca bilinmemektedir. Satıcının konutu tüketiciye satması üzerine sigortacı tarafından tüketici adına teminat senedi düzenlenerek sigorta ilişkisi içerisine dahil edilmiş olacaktır.

## **V. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASINDA MENFAAT, RİZİKO VE TEMİNAT**

### **A. MENFAAT**

TTK m. 1401 hükmü gereği, bir kişinin sigorta yaptırabilmesi için rizikonun gerçekleşmemesinde para ile ölçülebilir menfaati olmalıdır<sup>45</sup>. Bu hükme göre menfaat zarar sigortalarına ilişkin bir unsurdur<sup>46</sup>. TTK m. 1401 ve 1543 maddeleri dikkate alındığında zarar sigortasının konusunun, sigortalanan mal olmadığı, mal

---

<sup>41</sup> ÇABRİ, Şerh, s.51; AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 59-60.

<sup>42</sup> ARIKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 65; ÜLGEN, Celal/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 72-73.

<sup>43</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 56.

<sup>44</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 57.

<sup>45</sup> ÇEKER, s. 134; ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem, **Şematik Sigorta Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 33.

<sup>46</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 47.

üzerinde ilgili kişinin menfaati olduğu anlaşılmaktadır<sup>47</sup>. Zarar sigortasında sigorta konusunun mal olması halinde bu sigortadan sadece malikler faydalanabilecek, malikler dışında hak sahibi olan kişilerin sigortadan faydalanması mümkün olmayacaktır. Sigortanın konusunun mal üzerindeki menfaat olması durumunda sadece malikler değil, mal üzerinde menfaati olan herkesin sigorta yapma imkanı doğmuş olmaktadır. Ayrıca sigorta edilen mal üzerindeki menfaatin değerinin para ile ölçülebilir olması gerekir<sup>48</sup>. Bunun yanında kanun gereği bu menfaatin meşru olması<sup>49</sup> ve sözleşme kurulduğu anda mevcut olması da aranacaktır<sup>50</sup>.

Bina tamamlama sigortası özelinde bakıldığında, bina tamamlama sigortası yapıldığında ortada bir konut (mal) yoktur ve lehine sigorta yapılan tüketici (sigortalı) de henüz bilinmemektedir. Genel şartların A.1/2 maddesine göre; Sigortacı, ön ödemeli satışa konu proje için poliçe düzenleyerek satıcıya projenin ön ödemeli satışa konu kısmı için azami bir teminat limiti tahsis edecektir. Buna göre sigortacı tüm projeyi sigortalamaktadır. Fakat henüz lehine sigorta yapılan tüketici ortada yoktur. Satıcı bina tamamlama sigortası sözleşmesini sigortacı ile yaptıktan sonraki dönemde tüketicilere projeden konutlar satmaya başlayacak ve sattığı konutlara ilişkin sigortacıya bilgi vererek, her bir tüketici adına müstakil teminat senedi düzenlenmesini sağlayacaktır. İşte bu teminat senetleri ile BTSGŞ A.1/1 maddesindeki rizikolar teminat altına alınmış olmaktadır. Bu rizikolardan biri meydana geldiğinde sigortacı BTSGŞ B.6 maddesine göre tüketiciye bir miktar tazminat ödeyecektir. Tüm bu düzenlemeler ve genel hükümler dikkate alındığında bina tamamlama sigortası ile sigortalanan menfaatin, tüketicinin ön ödemeli konut veya devre tatil sözleşmesinden doğan alacak hakkına ilişkin menfaattir<sup>51</sup>.

## **B. RİZİKO VE TEMİNAT**

### **1. Riziko**

Riziko, sigorta hukukunun temel kavramlarından ve sigorta sözleşmesinin unsurlarından biridir<sup>52</sup>. Bu kavram ile sigorta sözleşmesi yapıldığı esnada bilinmeyen, istenmeyen, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan ve gerçekleştiğinde sigortacının tazminat yükümlülüğü muaccel hale gelen olaylar kastedilmektedir<sup>53</sup>. Doktrinde riziko ile tehlike kavramlarının farklı olduğu, olayın gerçekleşme ihtimalinin tehlike, olayın kendisinin riziko olarak adlandırılması

---

<sup>47</sup> CAN, s. 28.

<sup>48</sup> ÇEKER, S. 135; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 49.

<sup>49</sup> SAYHAN, İsmet, **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 75 vd.

<sup>50</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 49.

<sup>51</sup> ÖZAKMAN, s. 264; DOĞAR, s. 160; GÖKTEPE, s. 77.

<sup>52</sup> KENDER, s. 202; KANER, İnci, “Zarar Sigortalarından Sigorta Ettirenin Tehlike İle İlgili Görevleri”, **İÜHF**, C. 54, 1994, S. 1-4, sa. 303-319, s. 302; ÇEKER, s. 62; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 160; KARA, s. 47; BOZKURT, s. 43.

<sup>53</sup> ÇEKER, s. 62; KARA, s. 47; KENDER, s. 202; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 160; CAN, s. 5.

gerektiğini ileri süren görüşler de vardır<sup>54</sup>. Bir olayın riziko olarak kabul edilebilmesi için tarafların iradesine bağlı olmaması da gerekir<sup>55</sup>. Rizikonun muhtemelliği hem olayın gerçekleşmesi açısından hem de olayın gerçekleşme zamanı açısından söz konusu olabilir<sup>56</sup>. TTK m. 1404 hükmü gereği, sigorta ettirenin ya da sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı fiilinden doğabilecek bir zararı teminat altına almak için sigorta yapılamayacaktır<sup>57</sup>. Ayrıca, sigorta ettiren ya da sigortalı rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olurlarsa TTK m. 1429 hükmü gereğince sigortacı tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır<sup>58</sup>.

Bina tamamlama sigortasının ile teminat sağlanan riziko “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” ile alınan konutun teslim edilememesidir. Rizikonun gerçekleşmesi sebebi BTSGŞ A.1 maddesinde sayılan; “saticının iflas etmesi”, “saticının gerçek kişi olması durumunda mirasçılardan mirası reddetmesi şartıyla ölümü”, “genel şartların A.3ve A.4 maddelerinde belirtilen haller dışında, satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması” hallerinden biri olduğunda sigortacının tazminat ödeme borcu doğacaktır. Sigortacı bu durumda, müstakil teminat senedinde ana parası yazan miktarı ve faizini ödeyecektir<sup>59</sup>. Bina tamamlama sigortasında konutun her ne şart altında olursa olsun teslim edilememesi hali riziko olarak kabul edilmemiş, sınırlı sayıda sebep ile konutun teslim edilememesi hali riziko olarak kabul edilmiştir.

## **2. Teminat**

### **a. Teminata Dahil Haller**

Bina tamamlama sigortasının rizikosu olarak belirlenen haller aynı zamanda sigorta sözleşmesinin konusunu da oluşturmaktadır. Sigorta sözleşmesinin konusu olarak sayılan bu üç hal zorunlu olarak poliçede bulunmak zorunda olan hallerdir. Bu konuda tarafların tercih hakları yoktur. Bina tamamlama sigortası ile zorunlu olarak teminat altına alınmış olacak üç hali kısaca inceleyeceğiz.

#### **(a) Satıcının İflas Etmesi**

İflas kurumu 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 155- 179’da düzenlenmiştir. İflasa tabi olan bir borçlu hakkında iflas kararı alınabilmesi kanunda iki usul öngörülmüştür. Buna göre iflase tabi kişi aleyhine öncelikle iflas yoluyla icra takibi başlatıp daha sonra yetkili asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup> KANER, s. 304.

<sup>55</sup> KENDER, s. 202.

<sup>56</sup> ÇEKER, s. 63.

<sup>57</sup> BOZKURT, s. 44.

<sup>58</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 161; ÇEKER, s. 63.

<sup>59</sup> ÖNER KAYA, Emine/ KAYA, Bekir/ YALÇINER, Kürşat, “Bina Tamamlama Sigortası Maketten Konut Alımlarını Güvence Altına Alabilecek mi?”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Y. 2016, C. 53, S. 614, s. 101.

<sup>60</sup> KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1104; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZKAN,

Diğer bir usul ise alacaklı ya da borçlunun doğrudan doğruya yetkili asliye ticaret mahkemesine başvurarak borçlunun iflasının istenmesi davasıdır<sup>61</sup>. “İflâs, iflâs organları tarafından alacaklıların alacağına tahsili amacıyla borçlunun tüm malvarlığı üzerinde gerçekleştirilen cebri bir tasfiye usulüdür<sup>62</sup>.” Satıcının, ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile taahhüt ettiği teslim tarihinden önce iflas etmesi halinde teslim süresinin dolması ya da teslim süresinin tamamlanmasını müteakip 12 ay bekleyip beklemeyeceği hususunda BTSGŞ ya da diğer mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu durumda 12 aylık sürenin beklenmesi gerektiğini söylene de genel şartların (a) bendinde sadece satıcının iflas etmesi denmiş olması, (c) bendi ile bağlantı kurulmamış olması dikkate alındığında, sözleşme süresinin dolmasının beklenmesine de sözleşme süresinin dolması üzerine oniki aylık sürenin dolmasının beklenmesine de gerek olmadığını düşünmekteyiz.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz bir diğer husus, iflas riski taşıyan satıcının (müteahhit) uygulamada iflasın yıkıcı etkisinden kurtulmak için, İİK m. 285-309/1 maddeleri arasında düzenlenmiş olan “konkordato” başvurusu yapması halidir. Satıcının konkordato başvurusu yapması ve başvuru dilekçesi ile birlikte istenilen diğer belgelerin de ibraz etmesi halinde, mahkemesince geçici mühlet kararı verilecektir<sup>63</sup>. Bu karar ile birlikte satıcının (müteahhit) malları koruma altına alınacak, konkordato sürecinde satıcıya karşı icra takibi yapılamayacak ve malları haczedilemeyecektir<sup>64</sup>. Böylelikle satıcı, konkordato korumasından ve hukuki sonuçlarından faydalanmaya başlayacaktır. İİK m. 287 ve 289 maddeleri dikkate alındığında konkordato sürecinin 29 ay’a kadar uzaması hukuken mümkündür. Uygulamada konkordato başvurusu yapan müteahhit, borçlarını ödemek için zaman kazanmakta, bu arada inşaat yapım süreci de ya uzamakta ya da akim hale gelmektedir. Dolayısıyla “konkordato başvurusu”, satıcıdan konut satın alan tüketici açısından büyük bir risk teşkil etmektedir. Bu sebeple, satıcının iflası yanında konkordatoya başvurmuş olmasının da bina tamamlama sigortası teminatı altına alınması düzenlemenin amacı açısından yerinde olacaktır.

### **(b) Satıcının Gerçek Kişi Olması Durumunda Ölümü Halinde Mirasçılarının Mirası Reddetmesi**

Gerçek kişi satıcının ölmesi ve mirasçılarının da mirası reddetmesi durumunda tüketici sigortacıya başvurarak tazminat talebinde bulunabilecektir. Mirasın reddi, yasal ve atanmış mirasçılarının mirası kabul etmemesidir<sup>65</sup>. Mirasın reddi hakkı

---

Sungurtekin/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 385; TERCAN, Erdal, **İcra ve İflas Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2010, s. 175.

<sup>61</sup> KURU, s. 1104.

<sup>62</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 365.

<sup>63</sup> KAYIHAN, Şaban/AKDENİZ, Murat, **Konkordato Hukuku**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2019, s. 70.

<sup>64</sup> KAYIHAN/AKDENİZ, s. 84-93.

<sup>65</sup> ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi(TMK m. 575-639 Cilt II)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 518; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 3.Bs., Yetkin

TMK m. 605-618 arasında düzenlenmiştir. TMK m. 605'e göre "yasal ve atanmış mirasçılar" mirasın reddettiklerine dair mahkemeye başvurabilir. Öğretide bu şekilde mirasın reddine "gerçek ret" denilmektedir<sup>66</sup>. TMK m. 605 hükmüne göre, ölümü tarihinde mirasın ödemededen aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise mirasın reddedilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Buna da hükmen ret denilmektedir<sup>67</sup>. Hükmen ret halinde mirasbırakanın ödemededen aczi açıkça belli olması sebebiyle mirasın reddedildiğine dair yasal karine söz konusudur<sup>68</sup>. Mirasın gerçek ya da hükmen reddi halinde tüketici, sigortacıya başvurarak, bina tamamlama sigortası sebebiyle kendisine verilen teminat senedine istinaden sigortacıdan tazminat talebinde bulunabilecektir. Mirasbırakanın borçlarını ödemededen acz halinde olmasına rağmen borçları ödemeye ve projeyi tamamlamaya ekonomik güçleri olmayan mirasçıların mirası kabul etmesi halinde ise TMK m. 2 dikkate alınmalı, mirasçıların haklarını kötüye kullandıklarının anlaşılması halinde tüketicinin sigortacıdan tazminat alabilme hakkının devam ettiği kabul edilmelidir. Mirası kabul eden mirasçıların ekonomik güçleri olması halinde sigortacıya başvurabilmek için teslim süresinden sonra on iki ayın tamamlanmasına kadar beklenilmesi gerekecektir.

**(c) Satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması**

Bina tamamlama sigortası TKHK m. 42 ile sigorta hukukuna dahil olmuş bir türdür. Bu sigorta ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılmadan önce satıcı tarafından teminat olarak yapılması zorunlu olan bir sigortadır. Satıcının ile tüketicinin yapmış olduğu "ön ödemeli konut satış sözleşmesi" ne göre konutun teslim süresi TKHK m. 44 gereği 36 ayı geçemez. Bu durumda satıcının azami 36 aylık teslim süresinden sonra on iki ayın tamamlanması ile toplamda kırk sekiz ay sonra sigortacıya başvurulabilecektir. BTSGŞ A.1/1-c hükmü ile A.3 ve A.4 maddelerinde belirtilen haller dışında, satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması halinde bu gerekçe ile sigortacıya başvurulabileceğini düzenlemiştir. Genel şartların A.3 maddesi ile "Ek sözleşme ile teminat altına alınabilecek haller ve kıymetler" hüküm altına alınmıştır. Buna göre, ek sözleşme ile sigorta konusuna eklenebilecek hallerden birinin meydana gelmesi sebebiyle 12 aylık sürede teslimin yapılamaması halinde tüketici, sigortacıya başvuramayacaktır. Atıf yapılan genel şartların A.4 maddesi ise teminat kapsamı dışında olan halleri düzenlemektedir. Yine bu atıf sebebiyle, teminat kapsamı dışında olduğu kabul edilen bu hallerden birinin meydana gelmesi sebebiyle 12 aylık sürenin dolması halinde de sigortacıya başvurulamayacaktır. TKHK m. 42 gereği bina tamamlama sigortası teminat olarak seçilip satıcı tarafından yaptırıldığı sırada halihazırda

Yayımları, Ankara, 2020, s. 499; ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 10. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 386.

<sup>66</sup> ÇABRİ, Miras, s. 519; ÖZTAN, s. 386; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 499.

<sup>67</sup> EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 499; ÇAPRİ, s. 535; ÖZTAN, s. 386.

<sup>68</sup> EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 509.

tüketici ortada yoktur. Ek sözleşme ile teminat altına alınacak rizikolar tamamen satıcının ihtiyarına bırakılmıştır. Ek bir maliyet getirecek ek sözleşmenin satıcı tarafından yapılmasını beklemek çok iyi niyetli bir düşünce olacaktır. Bu durumda, sırf kanundaki zorunluluğu yerine getirmek adına bina tamamlama sigortası yapan satıcı ek sözleşmeyi yapmayarak ve bu konuda tüketiciyi bilgilendirmeyerek tüketicinin mağdur olmasına sebebiyet verebilecektir. Bu düzenlemedeki istisnanın bina tamamlama sigortasının amacına aykırı olduğu, tüketiciyi korumak için yapılan kanun ile sigorta şirketini ve satıcının koruduğu ve tüketicinin aleyhine düzenleme yapıldığı ortadadır.

#### **(d) Ek Sözleşme İle Teminat Altına Alınabilecek Haller**

Satıcı tarafından tüketiciye satılan konutun, ancak genel şartlar A.1 maddesindeki sebeplerle teslim edilememesi halinde sigorta koruması söz konusu olacaktır. Bunun yanında, bina tamamlama sigortası sözleşmesine eklenmesi zorunlu olmayan, tarafların ihtiyarına bırakılan, genel şartlar A.3 maddesindeki hallerin de sözleşmeye eklenmesi durumunda, bu maddede sayılan; “sözleşmenin kat karşılığı yapılması halinde arsa sahibine ait menfaatler”, “proje kapsamında yer alan dükkan, ofis vb. ticari nitelikteki taşınmazlar”, “bunlarla sınırlı olmamak üzere, deprem, yanardağ püskürmesi, toprak kayması, fırtına, dolu, yıldırım, sel ve su baskını gibi doğal afetler nedeni ile projenin tamamlanamaması”, “bağlı kredi ile alınan taşınmazlar için kredi verenin veya konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu” halleri de teminat kapsamına alınmış olacaktır.

Taraflar ek sözleşme ile teminat altına alınabilecek hallerin tamamını ya da bir kısmı sözleşmeye ekleyebilirler. Uygulamada tüketicinin mağduriyetine sebep olma potansiyelinin yüksekliği sebebiyle “arsa sahibinin menfaatleri” hakkındaki düzenlemeye dikkat çekilmesi yerinde olacaktır.

Satıcının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bir arsa üzerine bina yapması durumunda, arsa sahibinin beklediği menfaat sadece kendisine düşecek bağımsız bölümlerin teslimi değildir. Uygulamada bu tarz sözleşmeler “anahtar teslimi” şartı ile yapılmaktadır. Bu şart ile yapılan inşaatın teslimi için “yapı kullanma izin belgesi” nin alınması gereklidir<sup>69</sup>. Dolayısıyla satıcı (müteahhit) in edimi “yapı ruhsatı” alınmış bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimidir. Bu şekilde, müteahhitin teslimde temerrüde düşmesi halinde diğer şartlarda oluşur ise arsa sahibinin mahkemeye başvurarak sözleşmeden dönmesi mümkün olmaktadır<sup>70</sup>. Bu sebeple “arsa sahibinin menfaati” kavramını, ona teslim edilecek bağımsız bölümler ile sınırlamamak gerekir. Binanın ortak alanlarının projesine uygun yapılmasında ve projenin iskanının alınmasında da arsa sahibinin menfaatinin

<sup>69</sup> ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 35; ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 146-147; KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 170.

<sup>70</sup> ÖZ, s. 171; ERMAN, s. 104; Yargıtay 15 HD. E.2007/1276, K.2008/2431, T.14.04.2008.; Yargıtay 15 HD. E.2005/7594, K.2006/7533, T.21.12.2006 (E.T.: 30.05.2021 www.kazanci.com ).

olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle arsa sahibine ait menfaatlerin de teminat kapsamına alınması tüketicilerin mağduriyetinin önüne geçilmesi açısından yerinde olacaktır. Yargıtayın, avans tapu<sup>71</sup> uygulaması ve BTSGŞ A.1/1 maddesindeki “satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması” şartı birlikte değerlendirildiğinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi süresinin bitmesi halinde şartları varsa arsa maliki sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönülmesi halinde ise Yargıtay uygulamasına göre, edimini yerine getirmeyen müteahhit (satıcı) tapu devrine hak kazanmamış sayılmaktadır<sup>72</sup>. Müteahhit’in hak kazanmamış olduğu bağımsız bölüm tapularından tüketiciye devredilenlerin tapusu, arsa sahibi tarafından tescilinin düzeltilmesi (iptali) davası ile geri alınabilmektedir<sup>73</sup>. Dolayısıyla, “...teslim tarihini müteakip 12 ay içinde...” şartı sebebiyle tüketici 12 ay boyunca büyük bir risk altında kalacaktır. Bu riskin oluşmaması için ya bu hususun sigorta sözleşmesinin zorunlu konusu içine alınması ya da ek sözleşme ile teminat altına alınması yerinde olacaktır.

## **b) Teminat Dışı Haller**

Bina tamamlama sigortasında teminat dışında kabul edilen haller BTSGŞ A.4 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre;

*-Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer atıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden meydana gelen iyonlayıcı radyasyonlar, radyo-aktivite bulaşmaları veya kirlenme,*

---

<sup>71</sup> Yargıtay 23. HD. E. 2015/8887, K. 2017/3470, T. 28.11.2017 “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye yapılan tapu devri “avans” niteliğinde olup, yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir” www.kazanci.com, (E.T.: 30.05.2021); Yargıtay 15. HD, E. 2009/1989, K. 2010/3468, T.17.06.2010 “Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir”, www.kazanci.com, (E.T.: 30.05.2021).

<sup>72</sup> Yargıtay 15. HD. E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.6.1998 “Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar”, www.kazanci.com, (E.T.: 30.05.2021); Yargıtay 23. HD. E. 2015/2663, K. 2017/3246, T. 15.11.2017 “Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir”, www.kazanci.com, (E. T.: 30.05.2021).

<sup>73</sup> Yargıtay 23. HD. E. 2013/3213, K. 2013/5831, T. 27.9.2013 “Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK’nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner”, www.kazanci.com, (E.T.: 30.05.2021); Yargıtay HGK. E. 2008/15-769, K. 2008/752, T. 17.12.2008 “Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır”, www.kazanci.com, E.T.: 29.07.2018; Yargıtay 23. HD. E. 2013/3213, K. 2013/5831, T27.9.2013. “... üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer”, www.kazanci.com, (E.T.: 30.05.2021).



*-Herhangi nükleer kuruluş, nükleer reaktör veya bunların birleşik veya tamamlayıcı nükleer parçalarının radyoaktif, zehirleyici, patlayıcı veya diğer tehlikeli ya da kirletici özelliklerinden meydana gelen zararlar,*

*-Atomik veya nükleer parçalanma ve/veya birleşme yahut diğer benzer tepkime veya radyoaktif güç ya da madde kullanılan herhangi bir silah ya da cihazdan kaynaklanan zararlar,*

*-Herhangi bir sınai, ticari, zirai, tıbbi, fennîveya sair barışçıl maksatlarla hazırlanan, taşınan, depolanan ya da kullanılanlar haricindeki radyoaktif izotoplardan kaynaklanan zararlar,*

*-Her türlü kimyasal, biyolojik, biyo-kimyasal ya da elektromanyetik silahtan kaynaklanan zararlar,*

*-Savaş, her türlü savaş olayları, istila, yabancı düşman hareketleri, çarpışma (Savaş ilan edilmiş olsun olmasın), iç savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler nedeniyle meydana gelen zararlar,*

*-3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj sonucunda oluşan veya bu eylemleri önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen biyolojik ve/veya kimyasal kirlenme, bulaşma veya zehirlenmeler nedeniyle oluşacak bütün zararlar,*

*-Saticının mevzuata ve projeye aykırı işlemlerinden kaynaklanmaması şartıyla kamu otoritesi tarafından projede yapılacak tasarruflar nedeniyle meydana gelen zararlar. Bu takdirde, projenin yeni mevzuata uygun hale getirilmesine kadar geçen süre, sözleşmede taahhüt edilen teslim süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*

*-Tüketicinin sözleşmeden cayması veya dönmesi,*

*-B.3. maddesine aykırı olarak tüketicinin taşınmazı devir veya teslim almaktan kaçınması,*

*-Dolaylı zararlar ile sözleşmede kararlaştırılmış ise cezai şart,*

*-Taşınmazın iç kısmında kullanılan fayans, musluk, yer döşemesi, kapı kolu, mutfak dolabı gibi oturmaya elverişliliği engellemeyen kıymetlerin projede taahhüt edilen nitelikte olmaması, hususları teminat dışında olan hallerdir.*

Taraflar ek sözleşme ile de bu hususları teminat konusuna dahil edemezler. Sigorta hukukunun birçok türünde teminat dışı haller dışında sayın hususlar dışında sigorta konusu ile özel ilgisi sebebiyle teminata dahil edilmeyen son dört hale ilişkin açıklamalarda bulunmak yerinde olacaktır.

**(a) Tüketicinin Sözleşmeden Cayması ya da Dönmesi**

Cayma hakkı ile tüketici, ilgili hakkın düzenlendiği hukuki ilişki için belirlenen süre içerisinde bir gerekçe ya da sebep ortaya koymaksızın sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile sonlandırmaktadır<sup>74</sup>. Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>75</sup>. 6502 sayılı TKHK ile cayma hakkına ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır<sup>76</sup>. Cayma hakkı sayesinde tüketici, yanlış bilgilendirme ya da yönlendirilme sebebiyle satın aldığı fakat aslında satın almak istemediği ürünü ya da hizmeti, ceza bedeli dahi ödemediği iade etme imkanı bulmaktadır<sup>77</sup>. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkı da kanunda m. 43’de ve ÖÖKSHY m. 8’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile konut satın alan tüketici sözleşmenin kurulmuş olduğu günden itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeden ÖÖKSHY m. 8/2’ye göre noterden göndereceği yazılı beyan ile sözleşmeden cayabilecektir<sup>78</sup>. Cayma hakkının kullanılması ile sözleşme hükümsüz hale gelir ve taraflar aldıklarını iade etmekle sorumlu olacaklardır. Tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayması halinde satıcı, cayma hakkının kullanılmasından itibaren on dört gün içinde bedeli iade etmek zorundadır. Bu sürenin geçirilmesi halinde satıcı temerrüte düşmüş olacağı için tüketici faiz de talep edebilecektir. Tüketicinin sözleşmeden cayması halinde, bina tamamlama sigortası teminatını talep edemeyecektir. Tüketicinin sözleşmeden cayması teminat dışı hallerden sayıldığı gibi BTSGŞ C.1 hükmüne göre de sigortacının sorumluluğu cayma süresi sonunda başlayacaktır.

Tüketici TKHK m. 45’e göre sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Dönme hakkı şekle bağlı olmayan, edim yükümlülüklerini sona erdiren edimler ifa edilmişse iade borcu yükleyen, bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>79</sup>. Kanuna göre tüketici, sözleşme tarihinden itibaren yirmidört aya kadar hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönebilecektir. Yirmidört aylık süre içerisinde kullanılacak dönme hakkının haklı bir sebebe dayanmasına gerek yoktur. TKHK m. 45/1’e göre “*Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila*

<sup>74</sup> BAYSAL, Başak, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2017, C. 75, S. 1, sa. 273-292, s. 275; ÇABRİ, Ön Ödemeli Konut Satışı, s. 124.

<sup>75</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 683.

<sup>76</sup> TKHK’da cayma hakkının tanındığı tüketici sözleşmeleri şunlardır: Taksitle Satış (TKHK m. 18); Tüketici Kredileri (TKHK m. 24); Ön Ödemeli Konut Satışı (TKHK m. 43); İş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47); Mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 48); Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 49); Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri (TKHK m. 50).

<sup>77</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 679;

<sup>78</sup> DOĞAR, s. 266.

<sup>79</sup> EREN, s. 1120; OĞUZMAN, s. 381; SEROZAN, s. 58; BUZ, s. 65.

*oniki ay arası için yüzde altısına ve oniki ila yirmidört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir.”*

Tüketici TKHK m. 45/2’de sayılan haklı bir sebeplerin varlığı halinde ise yirmi dört ay sınırlaması ile bağlı olmadan her zaman sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Haklı sebeple sözleşmeden dönülmesi halinde satıcının tazminat isteme hakkı da olmayacaktır<sup>80</sup>.

BTSYGŞ A.4 maddesinde tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayması ya da dönmesi teminat dışı hal olarak sayılmış ama sözleşmeden dönmenin haklı ya da keyfi olup olmamasına dair bir ayırım yapılmamıştır. Kanaatimizce bu düzenlemenin, tüketicinin keyfi dönme hakkını kullanması halinde geçerli olması lazım. Tüketicinin TBK genel hükümlerine göre haklı sebeple ya da TKHK m. 45/2’de sayılan haklı sebeplerle sözleşmeden dönmesi halinde bina tamamlama sigortası teminatından faydalanmasının engellenmesi uygulamanın amacına aykırı olacaktır<sup>81</sup>. Tüketicinin sözleşmeden haklı dönmesi halinde de bina tamamlama sigortası teminatı kapsamında kabul edilmesi durumunda, tüketiciyi koruma değil korumama amacına hizmet edilmiş olacaktır.

### **(b) B.3. Maddesine Aykırı Olarak Tüketicinin Taşınmazı Devir veya Teslim Almaktan Kaçınması**

Bina tamamlama sigortası teminatı dışında bırakılan hallerden biri de tüketicinin taşınmazı teslim almaktan kaçınması halidir. Bu düzenleme ile bina tamamlama sigortasına ilişkin özel bir alacaklı temerrüdü hükmünün oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hüküm TBK m. 106’dır. Bu düzenleme ile, alacaklı temerrüdünden bahsedilebilmesi için borçlunun edimini olması gerektiği gibi teklif etmesi, buna rağmen alacaklının haksız şekilde teklifi kabulden kaçınmış olması gerekmektedir<sup>82</sup>.

Tüketicinin BTSYGŞ B.3 maddesine aykırı olarak taşınmazı devir veya teslim almaktan imtina etmesi hali teminat kapsamı dışına çıkma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu madde ile üç durum sayılmış ve bu durumların olması halinde taşınmazın tüketiciye devir veya teslim edildiğinin kabul edileceği belirtilmiştir. Buna göre, “*Kat mülkiyetine konu taşınmazın tüketici adına tescili*”, “*Kat irtifakına konu taşınmazın tüketici adına tescil edilmesiyle birlikte taşınmazın oturmaya elverişli bir şekilde zilyetliğinin devri*”, “*Şahsi hakka konu devre tatil amaçlı taşınmazın kullanıma elverişli bir şekilde sunulması*” hallerinde, tüketici konutu devir ve teslim almak zorunda bırakılmaktadır. Bu düzenleme TBK genel hükümlerine aykırıdır. Tüketicinin satın almış olduğu konutu ayıpsız ve eksiksiz isteme hakkı vardır. Satıcının ayıplı yapıya yapı ruhsatı aldıktan sonra kat mülkiyeti kurması sonucu bu kontun tüketici tarafından teslim alınmaması halinde sigorta teminatı kapsamına çıkarılması düzenlemenin amacına da genel

<sup>80</sup> ÇABRİ, Şerh, s. 703; DOĞAR, s. 292 vd.

<sup>81</sup> GÖKTEPE, s. 93.

<sup>82</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 1010-1011; OĞUZMAN, s. 353; NOMER, s. 332.

hükümlere de aykırıdır. Ayrıca “oturmaya elverişli” kavranın neyi tarif ettiği, kime göre elverişli olarak kabul edileceği de muğlaktır. Bizce burada da tüketicinin teslimden kaçınmasının haklı olup olmamasına göre ayırım yapılması, haksız olması halinde bina tamamlama sigortası teminatından faydalanamaması gerekir.

### **(c) Dolaylı Zararlar ile Sözleşmede Kararlaştırılmış ise Cezai Şart**

Bina tamamlama sigortası teminatı dışında kalan hallerden biri de “dolaylı zararlar” ile sözleşmede kararlaştırılan “cezai şart” miktarlarıdır.

Öğretide doğrudan zarar; bir haksız fiil neticesinde kişinin direk olarak uğradığı zarar olarak tanımlanmaktadır.<sup>83</sup> Bu durumda kişi bu zarardan doğrudan doğruya etkilenmektedir. Örneğin haksız fiil sonucu yaralanan kişinin hastane masrafları doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ise, haksız fiil sonucu direkt ortaya çıkmayan fakat bu eylem sonucu doğan zararlar olarak tanımlanmaktadır. Dolaylı zarar ile haksız fiil arasında uygun illiyet bağı var ise zarar veren dolaylı zarardan da sorumlu olacaktır.

Başka bir deyişle; doğrudan doğruya zarar haksız fiilin ilk ve en yakın neticesi olan zarar, dolaylı zarar ise haksız fiilin ilk neticesi olarak meydana gelen zarara bağlı bulunan ve ilk zarar nedeniyle ortaya çıkan zarardır. Ancak ister doğrudan ister dolaylı zarar olsun, her iki halde de haksız eylemin yöneldiği kişinin direk olarak bu eylemden etkilenmesi sonucu uğradığı zararlardır.

“Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır.”<sup>84</sup>

Doğrudan doğruya - dolaylı zarar kavramları, haksız eylemin yöneldiği kişinin uğradığı zarar türüyle ilgili bir ayırımdır. Doğrudan zarar gören-dolaylı zarar gören kavramı ise haksız eylem nedeniyle zarara uğrayan kişi bakımından yapılan bir ayırımdır. Haksız eylem sonucu doğrudan zarar gören kişiler haksız eylemin hedefi olan, bu eylemin yöneldiği kişilerdir. Bunlar doğrudan mağdurlardır. Buna karşılık dolaylı zarar gören kişiler haksız eylem nedeniyle dolaylı olarak zarara uğrayanlardır.

Bina tamamlama sigortası açısından hangi zararların doğrudan zarar olarak kabul edileceğine dair bir düzenleme yoktur. BTSGŞ A.1 hükmü ile hangi hallerin teminat altında olduğu sınırlı şekilde ortaya konulmuştur. Dolayısıyla bu hallerin dolaylı zarar olması mümkün değildir. Bunun dışında A.3 hükmü ile ek sözleşme yapılacak haller belirlenmiştir. Muhtemelen ek sözleşme ile teminat kapsamına alınan hallerden birinin “dolaylı zarar” olması halinde bunun teminat kapsamı dışında olacağı söylenmeye çalışılmaktadır. Yine de genel şartların bu

<sup>83</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 529; OĞUZMAN, ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 43.

<sup>84</sup> OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 43.

düzenlemesi aşırı muğlak ve yoruma açık bırakılmıştır. A.1 maddesinden sayılan hallerin mi yoksa ek sözleşme ile teminat kapsamına alınan hallerden kaynaklanan “dolaylı zarar” durumlarının mı kastedildiği anlaşılamamaktadır.

Teminat dışı tutulan hallerden bir diğeri ise sözleşme ile belirlenmiş ceza koşuludur. TBK m. 179’da düzenlenen ceza koşulu; bir borcun yerine getirilmemesi halinde sözleşme ile kararlaştırılmış olan ve ispat külfeti altında olmadan alacaklının talepte bulunabileceği bedeldir<sup>85</sup>. Genel şartlar ile teminat dışında tutulan “cezai şart” ın seçimlik cezai şart olduğu anlaşılmaktadır. Cezai şartın seçimlik cezai şart olarak belirlenmesi halinde, tüketici ödediği bedeli ve faizini ister ise sigortacıya, cezai şartı ister ise satıcıya başvuracağı anlaşılmaktadır. Rizikoların gerçekleşmesi halinde bu durumda ödenen bedelin ve faizinin sigortacıdan talep edilmesi zararın azaltılması açısından doğrusu olacaktır. Cezai şartın ifaya ekli cezai şart olarak belirlenmesi halinde tüketici, ifa dışında cezai şartı ayrıca isteyebilecektir. Bizce bu durumda tüketici, genel şartlar A.1/3 ve B.6 maddeleri sebebiyle ancak banka kanalı ile ödediği bedeli ve onun faizini sigortacıdan talep edebilecektir. Sözleşmede ifaya ekli cezai şart olsa bile teminat kapsamında sayılmayacak ve bu durumda sigortacıya başvuramayacaktır. Cezai şart talebi için ancak satıcıya başvurabilecektir.

**(d) Taşınmazın İç Kısmında Kullanılan Fayans, Musluk, Yer Döşemesi, Kapı Kolu, Mutfak Dolabı Gibi Oturmaya Elverişliliği Engellemeyen Kıymetlerin Projede Taahhüt Edilen Nitelikte Olmaması**

Tüketici, satın aldığı konutun iç kısmında kullanılan fayans, musluk, yer döşemesi, kapı kolu, mutfak dolabı gibi oturmaya elverişliliği engellemeyen kıymetlerin projede taahhüt edilen nitelikte olmaması gerekçesi ile konutu devir ve teslimden kaçınırsa, A.5/12 maddesi gereği sigortacıdan tazminat talebinde bulunamayacaktır. Maddede belirtilen kriter olan “oturmaya elverişlilik” kavramı, tanımlar başlıklı A.2 maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre oturmaya elverişli taşınmaz;

*“Projede ve satıcı ile tüketici arasında yapılan sözleşmede daha dar kapsamlı bir teslim konusunda mutabakat sağlanmamış olması halinde;*

- *konutun çatısının kapanmış, dış ve iç sıvaları ile dış ve iç cephe boyalarının yapılmış, merdiven ya da asansörünün kullanıma hazır, bağımsız bölüm elektrik, su ve ısıtma tesisatı ile mutfak, banyo ve sıhhi tesisatının yapılmış, zemininin döşenmiş olduğunun*

- *devre tatile ilişkin olarak ise yukarıdakilere ek olarak tüketicinin yararlanabileceği ve projede yer alan yüzme havuzu, sauna ve benzeri ortak tesisler, ışıklandırma, su, bakım ve benzeri hizmetler ile bunlardan yararlanmaya ilişkin unsurların tamamlandığının eksper tarafından tespit edildiği taşınmazı”* ifade etmektedir.

<sup>85</sup> OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 529; NOMER, s. 471.

Bu düzenlemeden anlaşılın, konut ayıplı da olsa tüketici olarak konutu teslim almalısın yoksa sigortadan tazminat isteyemezsin denilmektedir. Her nedense Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartlarında “yapı kullanma izin belgesine” hiç önem atfedilmemiş, teminat aslında binanın tamamlanmasına değil binanın eksikte olsa “oturmaya elverişli” halde teslimine sağlanmıştır. Bu durumda yapılabilecek tek şey, tüketicilerin poliçe özel şartlarına bu hususları özellikle ekletmeleri ve konutun “yapı ruhsatının” alınması halinde konutun teslim alınacağı, sigorta teminatının da bu şartı teminat altına alacağını belirtmesi yerinde olacaktır.

A.5/12 maddesinde “fayans...yer döşemesi” nin olmamasının oturmaya elverişliliği engellemediği söylendiği halde, A.2 maddesinde “zeminin döşenmiş olması” elverişlilik için aranan şart olarak düzenlenmiştir. Anlaşılın o ki, genel şartlar da kendi içinde çelişkiler taşımaktadır. Bu durumda tüketicinin lehine yorum esas kabul edilerek, konutun eksiksiz, ayıpsız ve iskan alınmış halde teslimi gerekmektedir.

## **VI. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **A. SATICININ BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

#### **1. Prim Ödeme Borcu**

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin karakteristik edimi sigorta primi olarak isimlendirilen nakdi bedeli ödeme borcudur<sup>86</sup>. Sigorta primi, sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğünün karşılığı olarak ödenen ücrettir<sup>87</sup>. Sözleşmede farklı şekilde düzenlenmediği müddetçe TTK m. 1430/2 hükmü gereği sigorta primi peşin ödenir fakat sözleşmede ilk taksitin peşin ödenmesi ve diğer taksitlerin kambiyo senedi düzenlenerek ödeneceğinin kararlaştırılması ile taksitler halinde ödenmesi de mümkündür<sup>88</sup>. TTK m. 1431/1 hükmü gereği Prim borcu sigorta poliçesinin düzenlenerek sigorta ettirene teslim edilmesi anında muaccel olacaktır<sup>89</sup>. Prim ödenmesinin en önemli sonucu sigortacının sorumluluğunun başlamasıdır. Sigorta priminin taksitler halinde ödenmesi kararlaştırılmış olan sözleşmelerde rizikonun gerçekleşmesi halinde TTK m. 1431/3 gereği, taksitlere bölünmüş prim miktarlarının tamamı muaccel olacaktır.

Bina tamamlama sigortası açısından sözleşmenin sigorta ettiren tarafı, “ön ödemeli konut sözleşmesi”nin satıcısıdır. Satıcının prim ödeme yükümlülüğüne ilişkin BTSGŞ C.1 maddesinde özel düzenleme yapılmıştır. İlgili hükme göre;

<sup>86</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 191; GÜNAY, Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 102; BOZKURT, s. 149; KARA, s. 202.

<sup>87</sup> KENDER, s. 144; ÇEKER, s. 98; ÜNAN, C.I, s. 317.

<sup>88</sup> KAYIHAN, Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2004, s.. 99.

<sup>89</sup> KENDER, s. 148; ÇEKER, s. 102; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 198; GÜNAY, s. 104; BOZKURT, s. 152.

*“Sigorta primi, projedeki taşınmaz sayısı, proje süresi, proje bedeli, satıcının geçmiş faaliyetleri vb. hususlar göz önünde bulundurularak hesaplanır. Prim ödeme koşulları poliçede belirlenir.*

*Satıcı; sigorta primini ve faturalanan diğer masrafları poliçede kararlaştırılan şekil ve zamanda öder.*

*Prim ödeme borcunda temerrüde düşülmesi halinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.*

*Sigortacının tüketicilere karşı sorumluluğu, teminat senedi düzenlendiği tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda başlar. Denilmektedir.*

Bina tamamlama sigortasında prim miktarı hesaplanırken proje esaslarına bakılması gerekmektedir. ÖÖKSHK m. 12 gereği, bu sigorta konut sayısı otuz ve yukarı olan projelerde yapılabilecek bir sigorta olduğundan prim hesabında asgari konut sayısı otuz adet olarak hesaplanacaktır. Sigorta priminin ödenmesine ilişkin, emredici nitelikteki genel hükümlere aykırı olmamak şartıyla poliçe ile düzenleme yapılabilecektir. Bu sigortada prim borçlusu satıcıdır. Satıcıyı temsilen sözleşmenin yapılması mümkündür, bu durumda da temsilci değil yine satıcı primden sorumlu olmaya devam edecektir<sup>90</sup>. Prim borcu şahsa bağlı bir borç değildir bu sebeple prim bedelini satıcı dışında bir kişi de ödeyebilir, bu durumda satıcının prim borcu yerine getirilmiş olacaktır.

Satıcının prim ödeme borcunda temerrüde uğraması halinde TTK'nın genel hükümlerinin uygulanacağı C.1/3 maddesi ile hüküm altına alınmıştır<sup>91</sup>. TTK'nın temerrüde ilişkin 1434. Maddesi incelendiğinde, sigorta ettirenin (satıcı) prim borcunda temerrüde düşmesi halinde sigortacının sözleşmeden cayması ve sözleşmeyi fesh etmesi mümkündür. Sigortacının sözleşmeden cayabilmesi için primin muacceliyeti tarihinden itibaren üç ay içinde cayabilir, bu süre içinde dava ve takip yoluna başvurmaz ise bu sözleşmeden caydığı anlamına gelmektedir. Prim borcunun taksitler halinde ödenmesi konusunda anlaşılmış ve ilk taksit ödendikten sonra diğer taksitlerin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde ise sigortacı noterden göndereceği ihtarname ile sigorta ettirene 10 günlük süre vererek borcu ödemesini, bu süre zarfında borç ödenmez ise sözleşme fesh edilmiş olacağını ihtar eder. Bu sürenin dolması ile de sözleşme feshedilmiş sayılacaktır. Ayrıca BTSGŞ A.5/3 hükmünde sözleşmenin sigortacı tarafından derhal feshi halleri düzenlenmiştir. Buna göre satıcının, sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi derhal fesih sebebi olarak sayılmıştır. Bina tamamlama sigortasının, prim ödeme borcunun satıcı tarafından yerine getirilmemesi halinde feshi halinde tüketici bu prim borcundan sorumlu olacak mıdır?

<sup>90</sup> KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, s. 138.

<sup>91</sup> GÖKTEPE, s. 160.

Konuya ilişkin özel düzenleme olan BTSGŞ A.5/3 hükmünde; “*Sigortacı, vermiş olduğu teminat senetlerine ilişkin yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, ... Satıcının, sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sigorta sözleşmesini derhal fesh edebilecektir.*”

Bu düzenleme ile “başkası lehine sigortada prim” hakkındaki TTK m. 1431/4 hükmü birlikte incelendiğinde;

Bina tamamlama sigortası niteliği gereği “başkası lehine sigorta” dır. TTK m. 1431/4 hükmünde başkası lehine sigortada prim borcu için sigorta ettirene takip yapılması halinde bu takibin semeresiz kalması durumunda sigortacının bu durumda sigortalıya primi üstlenip üstlenmediğini sorabileceği, bunun kabul edilmesi halinde sözleşmenin sigortalı ile devam edeceği, aksi halde sigortacının sigorta ettirene karşı haklarını kullanabileceği belirtilmektedir. Bu haklar içerisinde yukarıda belirtilen sözleşmeden cayma, sözleşmenin feshi ve sözleşmenin derhal feshi haklarının da olduğu muhakkaktır. Bu maddenin bina tamamlama sigortasında lehine sigorta sözleşmesi yapılan tüketici açısından uygulanması mümkün değildir. Zira bina tamamlama sigortası TKHK m. 42 gereği ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile konut satışına başlanmadan önce satıcı tarafından teminat olarak yapılması zorunlu olan bir sigortadır.

Kanaatimizce, tüketicinin teminat altına alınması için satıcı tarafından zorunlu olarak sağlanması gereken bina tamamlama sigortasının sigorta ettiren tarafının satıcı olması kanuni bir zorunluluk olması sebebiyle TTK m. 1431/4 hükmünün bina tamamlama sigortasında uygulanması kanunun emredici hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu açıklamalar çerçevesinde, tüketicinin prim borcundan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Tüketicinin, satıcı yerine sözleşmeye dahil olması kanunen mümkün olmadığı için, prim borcunun taksitle ödenmesi konusunda anlaşarak yapılan bina tamamlama sigortasında satıcının (sigorta ettiren) prim ödeme konusunda temerrüde düşülmesi halinde, BTSGŞ A.1 de sayılan; “satıcının iflası” ya da “ölmesi durumunda mirasçıların mirası reddetmesi” sebebiyle rizikonun gerçekleşmesi sonucu tazminat borcu muaccel hale gelen sigortacının, TTK m. 1431/5’e göre, prim alacağını ödeyeceği tazminattan mahsup edemeyeceği kanaatindeyiz.

## **2. Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü ve Sigortacıyı Bilgilendirme Görevi**

Sigorta sözleşmesi yapılmadan önce sigortalanması istenilen rizikoya dair hususları en iyi sigorta ettiren bilebilecek durumdadır. Sigorta sözleşmesi kurulmadan önce sigorta ettirenin, sözleşmenin yapılmasına ve şartlarına etki edebilecek bilgileri sigortacıya beyan etme yükümlülüğü vardır<sup>92</sup>. Bu yükümlülük

<sup>92</sup> KENDER, s. 165; ÇEKER, s. 105; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 205; GÜNAY, s. 112.



bir borç değil görev niteliğindedir<sup>93</sup>. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne ilişkin genel hükümler TTK m. 1435-1446 arasında düzenlenmiştir. Kanunda beyan yükümlülüğü; sözleşme öncesi, sözleşme sırasında ve riziko gerçekleşikten sonra olmak üzere üç dönem için de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Beyan yükümlülüğü nitelik itibariyle hukuki fiildir<sup>94</sup>.

Sigorta ettiren TTK m. 1435 hükmü gereği sözleşmenin yapılması sırasında bildiği ya da bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür<sup>95</sup>. Sözleşmenin yapılması sırasında sigorta ettiren tarafından bilinmesine ya da bilinmesi gerekmesine rağmen bildirilmeyen, eksik bildirilen hususlar, sözleşmenin hiç ya da farklı şartlarda yapılmasına sebebiyet verecek mahiyette ise beyan yükümlülüğü anlamında önemli husus olarak kabul edilecektir<sup>96</sup>. Uygulamada özellikle can sigortalarında sigorta sözleşmesi yapılmadan önce sigortacı tarafından konuya ilişkin sorular hazırlanmakta ve bunların sigorta ettiren tarafından cevaplanması istenmektedir<sup>97</sup>. Sigortacı tarafından hazırlanan bu soruların önemli husus olduğu TTK m. 1435 gereği kanuni karinedir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlali halinde, sigortacı TTK m. 1439 gereği sözleşmeden cayabilir ya da prim farkı isteyebilir.

Bina tamamlama sigortası yapılmadan önce satıcının beyanda bulunma külfeti ve hangi konularda beyan bulunacağı BTSGŞ B.1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Satıcı, sayılan hususlarla sınırlı olmamak üzere, sigorta teminatı talep edilen projeye ve geçmiş projelerine ilişkin bilgileri, mali durumunu gösteren belgeleri ve kredi değerliliğine ilişkin bilgileri sigortacıya sunmakla mükelleftir.”* Bu yükümlülük sigorta hukuku genel hükümleri açısından külfet ve görev olarak kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde sigortacı tazminat talep edemez ifasını dava edemez<sup>98</sup>. Bina tamamlama sigortasının sigorta ettiren tarafı satıcıdır, sözleşme tüketici lehine yapılan bir sözleşme olsa da beyan yükümlülüğü satıcıya aittir. Zaten bina tamamlama sigortası yapılırken ortada henüz tüketici yoktur. Genel hükümlerden hareketle satıcının kendi uhdesinde olan, sözleşme imzalanmadan önce sözleşmenin şartlarını belirleyecek, prim miktarını değiştirecek ya da sözleşmenin hiç yapılmamasına sebebiyet verecek önemli hususları sigortacıya beyan etmesi de gereklidir. Bina tamamlama sigortası uygulamada henüz çok fazla kullanılan bir sigorta olmamakla birlikte süreçte konuya ve satıcıya özel soru listelerinin oluşması da muhtemeldir. Sigortacı tarafından soru listesi hazırlanması halinde bu soruların da gerçeğe uygun şekilde cevaplanması gerekecektir.

---

<sup>93</sup> AĞSAKAL, İbrahim, **Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 36.

<sup>94</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 204.

<sup>95</sup> AĞSAKAL, s. 48.

<sup>96</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 207.

<sup>97</sup> ÇEKER, s. 107; GÜNAY, s. 114.

<sup>98</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 205.

Satıcı sözleşmenin yapılmasından sonra da TTK m. 1444 gereği rizikoyu ya da mevcut durumu ağırlaştıracak hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca BTSGŞ B.2 maddesi ile poliçe düzenlenmesinden sonra tarafların hak ve yükümlülüklerine dair örnek hususlar sayılmıştır. Satıcının sözleşme süreci içerisinde bu hususlara dair bildirimde bulunması da önemlidir. Buna göre satıcının; *“Nakdi veya gayri nakdi kredi ilişkilerini sigortacıya bildirmekle”*, *“Sigorta teminatı verilmesi kararını etkileyebilecek ve poliçede bildirimde bulunulmasına ilişkin hüküm bulunan önemli ölçüdeki değişiklikleri sigortacıya bildirmekle”*, *“Zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu hallerde sigortacıyı bilgilendirmekle”*, *“Her ne ad adı altında yapılırsa yapılsın tüketicilerce yapılan ödemeleri, derhal, sigortacıya bildirmekle”*, *“Sigortacının talep etmesi halinde, poliçede kararlaştırılan dönemlerde proje gelişimi ile ilgili bilgileri vermek, projenin gelişimi konusunda sigortacı tarafından yapılabilecek her türlü araştırma ve incelemeye izin vermekle”* ve *“Tüketicinin sözleşmeden cayması veya dönmesi halinde sigortacıya gecikmeksizin bildirimde bulunmakla”* yükümlü olduğu özellikle belirtilmiştir. Bunun yanında rizikonun ağırlaşması olarak kabul edilecek hallerle ilişkin de B.4 maddesinde düzenleme yapılmış, bu madde ile de; *“Satıcı hakkında iflas yoluyla takibe başlanması ya da iflas davası açılması”*, *“Satıcının, borçlarının ödenmesi ile ilgili olarak bir mahkeme veya yetkili bir resmi merci tarafından tüm alacaklıları bağlayan kısıtlayıcı bir karar alınması”*, *“Satıcının borç ödemedi acze düşmesinin belgelenmesi veya bu durumun sigortacı tarafından kabul edilecek başka bir şekilde kanıtlanması suretiyle yapılan icra takibinin sonuçsuz kalması”*, *“Satıcının borçları ile ilgili konkordato ilan etmesi”*, *“Satıcının mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi”* veya *“Satıcının poliçe düzenlenirken beyan ettiği proje planı aşamalarında toplam 6 aydan fazla gecikme olduğunun tespit edilmesi”*, hallerinde rizikonun ağırlaştığı kabul edilecektir. Bu hallerin meydana gelmesi halinde sigorta ettiren sigortacıya bildirimde bulunmakla mükelleftir.

Ayrıca BTSGŞ B.5 maddesi ile de rizikonun gerçekleşmesi halinde satıcının yükümlülüklerine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre sigorta ettiren, *“Poliçeye göre sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya bildirmek”*, *“Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarının tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek”*, *“Tüketicinin yaptığı ödemelerle ilgili olarak sigortacıya gerekli bilgi ve belgeleri sunmak”*, *“Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek”*, ile de yükümlü olacaktır.

Satıcının bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacı ek güvence ve ek prim talep edebileceği gibi sözleşmeyi derhal fesih de edebilir. Yalnız sözleşmesi derhal feshetse bile tüketicie verilen teminat senedini ile sorumlu olmaya devam edecektir.

Beyan ve bildirim yükümü yanında satıcı ayrıca sigortacının projenin gelişimi, süreci hakkında araştırma yapılmasına izin verme ve rizikoyu ağırlaştırılmama ve ağırlaştırılmasına göz yummama ile de yükümlü sayılmaktadır.

### **3. Gerekliğinde Ek Güvence Sunma ve Ek Prim Ödeme Yükümlülüğü**

Satıcı, bina tamamlama sigortası sebebiyle sigortacının riziko taşıma yükümlülüğüne karşı prim ödeme borcu altındadır. Bu prim borcu ihtimaller dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Rizikonun süreç içerisinde tarafların müdahalesi olmaksızın ağırlaşması da muhtemel bir durumdur. Bu durumda da sigortacının tazminat yükümlülüğü ve riziko taşıma yükümlülüğü ağırlaşmış olacağı için menfaatlerin dengelenmesi gerekecektir. BTSGŞ B.9 maddesi ile sayılan hallerin meydana gelmesinde sigortasının ek güvence ve ek prim talep edebileceği düzenlenmiştir. Buna göre satıcı;

*“Sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sigortacıya yanlış beyanda bulunması, mal durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi veya poliçe düzenlenirken beyan ettiği proje planı aşamalarında toplam altı aydan fazla gecikme olduğunun tespit edilmesi halinde, azami teminat limitini aşmayacak şekilde nakit, ipotek, banka teminat mektubu, kefalet sigortası poliçesi veya uygun görülecek başka bir güvence sunmakla, Güvence talebinin alındığı tarihten, güvencenin fiilen sunulduğu veya mevcut bütün teminat senetlerinin tasfiye edildiği tarihe kadar olan dönem için ilave pirim ödemekle yükümlü”* tutulmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için sigortacının talepte bulunması şarttır. Ek güvence talebinin yerine getirilmemesinin yaptırımı ise sigortacının tüketiciye verdiği teminat senedi ile sorumluluğu saklı kalmak üzere sözleşmeyi derhal fesih edebilmesidir.

## **B. SİGORTACININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **1. Rizikoyu Taşıma Yükümlülüğü**

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin ana edimi prim ödemek buna karşılık sigortacının ana edimi ise rizikoyu taşıma yükümlülüğüdür<sup>99</sup>. Riziko, tarafların iradesine bağlı olmayan ve ileride gerçekleşme ihtimali olan bir olaydır<sup>100</sup>. Bu olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmemektedir. İşte rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinmediği dönemde sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğü söz konusudur. Bu sürede riskin oluşması halinde sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu doğacaktır<sup>101</sup>. Sözleşmede farklı bir düzenleme yoksa bu sorumluluk TTK m. 1421 hükmü gereği, primin ya da ilk taksitin ödenmesi ile başlayacaktır. Sigortacının riski yüklenme ve taşıma yükümlülüğü sigorta sözleşmesi süresi ile sınırlıdır<sup>102</sup>. Bina tamamlama sigortasında

<sup>99</sup> KENDER, s. 202; ÇEKER, s. 74; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 170; GÜNAY, s. 72; KARA, s. 169; BOZKURT, s. 138.

<sup>100</sup> KENDER, s. 202.

<sup>101</sup> KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 170.

<sup>102</sup> ÇEKER, s. 75.

sigortacının sorumluluğunun başlamasına ilişkin öznel bir düzenleme vardır. BTSGŞ C.1/4 maddesi gereği sigortacının sorumluluğu, “teminat senedinin düzenlendiği tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda başlayacaktır. Bina tamamlama sigortasında sigortacının rizikosunun içeriği; tüketicinin satın almış olduğu konutun kendisine teslim edilmemesi riskidir. Sigortacı, konutun ancak BTSGŞ A.1 maddesinde belirlenen sebeplerle teslim edilememesi rizikosunu taşıyacaktır. Tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile satın almış olduğu konutun, satıcı tarafından inşaa edilmesi gerekmektedir. Satıcı inşa ve teslim için belirlenmiş olan süre içerisinde iflas ederse, ölürse ve mirasçıları da mirası reddederse ya da projenin teslimi için belirlenen sürenin üzerinden oniki ay geçmiş olmasına rağmen konutu teslim edemezse riziko gerçekleşmiş olacak ve bu durumda da sigortacının tazminat ödeme borcu doğmuş olacaktır. Konutun teslim edilmeme rizikonusunun sebepleri sınırlı sayıdadır. Taraflar BTSGŞ A.3 maddesinde sayılan hallerin tamamını ya da bir kısmını da riziko sebepleri içine dahil edebilirler. Bu durumda sigortacının riziko taşıma yükümlülüğü genişlemiş ve ağırlaşmış olacaktır.

Bina tamamlama sigortası açısından beklenen riziko taşıma yükümlülüğünün son bulma hali, konutun teslim edilmesidir. Sigorta sözleşmesi ile süre belirlenmişse sürenin dolması ile de riziko taşıma yükümlülüğü son bulacaktır. Ayrıca, sözleşmenin feshedilmesi, rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle tazminat yükümlülüğünün doğmuş olması, sözleşme ile kararlaştırılmış ise binanın sigortacı tarafından tamamlanarak teslim edilmesi hallerinde de sigortacının riziko taşıma yükümlülüğü son bulmuş olacaktır<sup>103</sup>.

## **2. Aydınlatma Yükümlülüğü**

Sigortacı TTK m. 1423 hükmü gereği, sigorta ettireni aydınlatmak, bilgi vermekle yükümlüdür. Sigortacı, hem kanunun amir hükmü hem de “Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik<sup>104</sup>” hükümleri gereği, sözleşmenin müzakeresi ve kurulması aşamalarında sigortanın mahiyeti, teminatları, şartları, sözleşmenin devamında ortaya çıkabilecek hususları, tarafları etkileyebilecek gelişmeler hususlarında sigorta ettirenlere bilgi vermelidir<sup>105</sup>. Bina tamamlama sigortasına ilişkin bildirimlerin BTSGŞ C.3 hükmü gereği yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Yine BTSGŞ B.2 hükmüne göre bina tamamlama sigortasında sigortacının, sigortaya ilişkin önemli konuları ihtiva eden formun tüketiciciye iletilmesi gerekliliği de dikkate alındığında tüketiciciyi etkileyecek hususlarda sözleşme süresince onun da bilgilendirilmesi sözleşmenin amacına uygun olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde TTK m. 1423/2 hükmüne göre, sigorta ettiren ondört gün içerisinde itiraz edebilecektir. bu süre içerisinde itiraz etmemişse sigorta poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılacaktır. SSBİK m. 7’ye göre, sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü

<sup>103</sup> GÖKTEPE, s. 130.

<sup>104</sup> R.G. T. 14.02.2020, S. 31039.

<sup>105</sup> ÇEKER, s. 78; GÜNAY, s. 77.

gerektiği gibi yapmaması halinde sigorta ettirenin sözleşmeyi fesh edebileceği, zarar doğarsa tazminini de isteyebileceği belirtilmektedir. Bu taleplerin ileri sürülebilmesi için, eksik bilgilendirmenin sigorta ettirenin kararında etkili olması şartı aranacaktır. Aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün hiç yapılmaması ile gerektiği gibi yapılmaması halinde farklı sonuçların doğacağı anlaşılmaktadır.

### **3. Satıcı İçin Teminat Hesabı Tutma**

Bina tamamlama sigortacısı, satıcı için teminat hesabı tutmakla yükümlüdür. BTSGŞ B.2/2-b hükmünde sigortacı, satıcı için teminat hesabı tutar ve her bir tüketici için düzenlenen teminat senedini düzenlendiği tarih itibarıyla bu hesaba dahil eder denilmektedir. Sigortacı ön ödemeli konut satışına konu proje için azami bir teminat limiti belirlenir daha sonra her bir satış sonrası tüketiciler için müstakil teminat senetleri düzenlenerek tüketicilere verilir ve bu teminat senetlerinin miktarları da teminat hesabına işlenir. Sigortacı bu amaçla, taşınma satışı ve tüketici ile ilgili bilgileri satıcıdan talep edebilir.

### **4. Sır Saklama**

Bina tamamlama sigortası genel şartları ile sigortacı ve sigortacıyı temsil edenlere sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Genel şartların C.5 maddesi “Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sigorta dolayısıyla, tüketiciye ilişkin öğreneceği kişisel sırlar ile satıcıya ilişkin öğreneceği ticari ve mesleki sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur.” hükmünü içermektedir. Söz konusu sigortanın yapılabilmesi için sigortacı süreçte, satıcıdan ticari sırlarına ilişkin bir çık bilgi ve belgeyi isteyebilmektedir, hatta tüketiciye ilişkin gizli bilgileri de alabilmektedir. Bu bilgi ve belgelerin saklanması da satıcının da tüketicinin de korunmaya değer birçok yararının olması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebebe genel şartlar ile satıcı ve tüketicinin sırlarının saklanması için düzenleme yapılmıştır.

### **5. Riziko Gerçekleştiğinde Tazminat Ödeme**

Bina tamamlama sigortası ile teminat altına alınan rizikonun, teminat kapsamındaki sebeplerden biri dolayısıyla gerçekleşmesi halinde sigortacının tazminat ödeme borcu doğmuş olacaktır. Tazminat ödeme borcunun doğması için; rizikonun sigorta süresi içerisinde meydana gelmesi aranacaktır. Sözleşmenin süresi dolduktan sonra sigortacının tazminat ödeme borcu da sona ermiş olacaktır. Tazminatın ödenmesi için bir diğer şart, meydana gelen rizikonun sözleşme ile teminat altına alınan sebeplerden biri olmasıdır. BTSGŞ A.1 hükmünde sayılan hallerden biri ya da ek sözleşme ile teminat altına alınmış hallerden birinin sözleşme süresi içerisinde meydana gelmesi halinde sigortacının tazmin borcu muaccel olacaktır.

BTSGŞ B.6 maddesine göre, “Sigortacının, sigorta döneminde ödeyeceği tazminat tutarı, poliçede belirtilen azami teminat limiti ile sınırlıdır.” Sigortacı, tazminat alacaklısına karşı sigorta değerini geçmemek şartıyla sigorta bedeli ile

sorumlu olacaktır<sup>106</sup>. Bina tamamlama sigortasında sigorta bedeli, ön ödemeli konut satışına konu olabilen konut ya da devre tatilin toplam bedeli için belirlenen azami miktardır. Projede ön ödemeli konut satışına konu olamayacak bağımsız bölümler olması halinde bunlar ek sözleşme ile teminat kapsamına alınmamışsa projenin tamamı için sağlanan bir teminat olmayacaktır.

Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi ve tazminat borcunun muaccel olması halinde kendisine başvuran tüketiciye BTSGŞ B.6/2 hükmü ile belirlenen sigorta zararını ödemekle yükümlüdür. Buna göre, “Sigortacı bu sigorta sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği yükümlülük uyarınca, riziko gerçekleştiğinde, tüketicilerce yapılan ödemeleri, anaparası teminat senedinde yer alan azami tutarı aşmamak üzere yasal faizi ile birlikte geri ödeyecektir.” Bina tamamlama sigortasının tazminat alacaklısı olan tüketici, sigortacıya başvurduğunda ancak banka kanalı ile yapmış olduğu anapara ödemeleri ile talep tarihine kadarki faizini isteyebilecektir. Bu durumda, teslimini beklediği konutun teslim edilemediği tarihteki gerçek değerini sigortacıdan isteyemeyecek olsa da aradaki farkı satıcıdan genel hükümlere göre talep edebilecektir. Poliçede, rizikonun gerçekleşmesi halinde öncelikle binanın tamamlanacağı yönünde bir düzenleme yapılmamış ise sigortacının tazminat sorumluluğu kural olarak bir miktar paraya ilişkindir. Bu durumda sigortacının borcu para borcu niteliğinde olduğu için TBK m. 89 gereği alacaklının (tüketici) ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenecektir. Bina tamamlama sigortası sebebiyle sigortacının borcunun muaccel olması için rizikoya ilişkin belgelerin sigortacıya verilmiş olması ve TTK m. 1427/2 hükmü gereği sigortacının araştırma süresinin dolmuş olması gerekecektir.

## **6. Riziko Gerçekleştiğinde Projeyi Tamamlama**

Satıcıdan ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile konut ya da devre tatil satın alan tüketici, genellikle taksitler halinde ödeyeceği bedel karşılığında piyasa şartlarında ucuza mal edeceğini düşündüğü konutu teslim almayı amaçlamaktadır. Bu sözleşmede tüketicinin en önemli menfaati konuta kavuşmasıdır. TKHK m. 40 vd ile düzenlenen ön ödemeli konut satış ya da satış vaadi sözleşmesi yapıldığı aşamada henüz ortada inşaa edilmiş belki fiilen başlanmış bir bina dahi yoktur. Uygulamada bazı satıcıların (müteahhit) reklamlar ile insanların düşünmeden karar almasına sebebiyet vermeleri ve satış vaadi sözleşmeleri ile büyük miktarda paraları topladıktan sonra insanların umutlarını suya düşürdükleri ve bir nevi umut tacirliği yaptıklarının görülmesi üzerine, tüketicilerin menfaatlerinin teminat altına alınması için TKHK m. 42 ile “ön ödemeli konut satış (vaadi) sözleşmesi” nin yapılmasından önce madde ile sayılan ya da bakanlıkça uygun görülecek bir teminatın sağlanması zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Bina tamamlama sigortası da bu teminat türlerinin ilk sırasında sayılan kefalet nevinden bir sigortadır. Bu sigorta ile teminat altına alınan “konutun teslim edilememesi” rizikosunun BTSGŞ A.1 ve tarafların kabulü ile eklenebilecek A.3 maddesindeki sebeplerle gerçekleşmesi halinde sigortacı BTSGŞ B.6/5 hükmüne göre,

<sup>106</sup> ÇEKER, s. 64; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 45.

*“yapacağı değerlendirme sonucunda, poliçede kararlaştırılmış ise, ödeme yapmak yerine projenin tamamlanarak hak sahiplerine teslim edilmesine de karar verebilecektir.”* Düzenlemeden anlaşılacağı üzere bu hususun poliçede kararlaştırılmış olması ön şarttır. Poliçede kararlaştırılmış bile olsa bu konuda sigortacıya muhtariyet verilmiş ve kendi menfaatine uygun olanın hangisi olduğunu değerlendirmesi sonucu “proje tamamlama”nın daha karlı ya da daha menfaatine uygun olduğunu görmesi halinde projeyi tamamlama kararı verecektir. Kanaatimizce, genel şartların bu hükmünde “bina tamamlama” kavramı yerine “proje tamamlama” kavramının kullanılması yerinde olmuştur. Projenin tamamlanması binanın “yapı kullanma izni” alınacak şekilde tamamlanması anlamı da taşıdığından düzenlemenin amacına daha uygun olduğu ortadadır. Bu aşamada, ön ödemeli konut satışına konu olabilecek projeler yönünden “yapı kullanma izin belgesi” açısından ticari alanların hariç tutulması gibi bir düzenlemenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Böylelikle hem sigorta şirketlerinin teşvik edilmesi hem de tüketicilerin mağduriyetinin azalması sağlanabilir.

Sigortacının, projenin tamamlanmasına karar vermesi halinde, yeniden teslim tarihi belirleyecek ve kalan işleri de dikkate alarak projenin tamamlanması için “makul bir süre” belirleyecektir. Bu makul süre her halükarda yirmidört ay geçemeyecektir. Sigortacının projeyi tamamlamaya karar verebilmesi için BTSGŞ A.1/1-c maddesi gereği, “A.3 ve A.4 maddelerinde belirtilen haller dışında, satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması” şartının yerine gelmesini beklemesi gerekecektir. Bu durumda TKHK m. 44 gereği konutun azami teslim tarihi olan otuzaltı ay’dan sonra oniki ay daha geçmiş olacak ve toplamda kırksekiz ay sonra ancak bu karar verilebilecektir. Bu kararın verilmesinden sonra da en fazla yirmidört ay içinde projenin tamamlanması gerekecektir. Tüm bu süreler toplandığında azami yetmiş iki ay (altı yıl) içerisinde tüketici konutuna kavuşabilecektir.

Sigortacı BTSGŞ B.6/8 hükmüne göre aynı satıcı ile de anlaşarak projeyi tamamlayabilir. İlgili düzenlemeye göre, *“Riziko, satıcının taşınmazı sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde tamamlayamaması nedeniyle gerçekleşmişse veya A.3 maddesinde belirtilen hallerden biri meydana gelmişse, sigortacı projenin tamamlanmasında aynı satıcı/müteahhit ile anlaşabilir.”* denilmektedir. Sigortacının aynı satıcı ile inşaat yapım sözleşmesi yapabilmesi için, rizikonun A.1/1-c sebebi ile ya da A.3 maddesinde sayılan ek sözleşme sebeplerinden biri ile meydana gelmiş olması şartı aranacaktır.

## **VII. BİNA TAMAMLAMA SİGORTASININ SÜRESİ VE SONA ERMESİ**

Bina tamamlama sigortasının, sigorta sözleşmesi olması ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme nevinden olması dikkate alındığında, içeriğine uyduğu ölçüde hem TTK’nın sigorta sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine hem de TBK’nın

sözleşmeler hukuku ilkelerine göre sona ermesi mümkündür. Bununla birlikte bina tamamlama sigortasının süresi ve sona erme hallerine ilişkin BTSGŞ A.5 maddesinde özel düzenleme yapılmıştır. Aşağıda sona erme hallerini, kendiliğinden sona erme, sigortacının tek taraflı sona erdirmesi ve satıcının feshi başlıkları altında inceleyeceğiz.

## **A. KENDİLİĞİNDEN SONA ERME**

### **1. Konutun Tüketicie Devri ve Teslim Edilmesi**

Bina tamamlama sigortası sözleşmesinin beklenen sona erme hali BTSGŞ A.5/2 maddesinde belirtildiği üzere, “*Taşınmazın tamamlanarak BTSGŞ B.3. maddesine uygun şekilde tüketicilere devir veya teslim edilmesiyle birlikte kendiliğinden sona ermesidir.*” Tüketicinin, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden beklediği menfaatin konutun hem mülkiyetinin devri hem de yapı kullanma izin belgesi alınarak eksiksiz teslimidir<sup>107</sup>. Konutun, ayıpsız bir şekilde tüketicie tapuda tescili ve zilyetliğinin devri ile teslimi sağlandığında bina tamamlama sigortası sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olacaktır.

Teslimden kastın, konutun kullanım amacına uygun şekilde hak sahibinin tasarrufuna sunulmasıdır<sup>108</sup>. Bu sebeple, konutun sadece tapudan kayden devri ya da zilyetliğinin devri ile satıcı edimini ifa etmiş sayılmaz. Konutun eksiksiz teslim edilmesine rağmen tapudan ayıpsız şekilde kayden devrinin yapılmaması halinde de satıcının edimi ifa ettiği kabul edilemez. Konutun teslimi, mülkiyetin tescili ve zilyetliğin devri ile meydana gelecektir<sup>109</sup>. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi mahiyeti itibariyle taşınmaz satış sözleşmesidir, satış sözleşmelerine ilişkin genel düzenleme hükümlerinden olan TBK m. 207/1 maddesinin burada da dikkate alınması gereklidir. Ön ödemeli konut satışlarında, konutun teslimini düzenleyen TKHK m. 44’de her ne kadar “...devir veya teslim...” denilmişse de maddenin devamında “*Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır.*” cümlesi ile mülkiyetin tescili ve zilyetliğin devrinin birlikte yapılması halinde teslimin gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmektedir. İlgili kanun düzenlemeleri, uygulama ve öğretide dikkate alındığında BTSGŞ A.5 maddesindeki “devir veya teslim” ibaresinde hataen “veya” denildiğinin kabulü gerekir.

Genel şartların B.3 maddesinde belirtilen hallerde devir ve teslimin yapılmış olacağı kabul edilmektedir. Genel şartlar B.3 maddesinde, “*Kat mülkiyetine konu taşınmazın tüketici adına tescili*”, “*Kat irtifakına konu taşınmazın tüketici adına tescil edilmesiyle birlikte taşınmazın oturmaya elverişli bir şekilde zilyetliğinin devri*”, “*Şahsi hakka konu devre tatil amaçlı taşınmazın kullanıma elverişli bir şekilde sunulması*”, hallerinde taşınmazın tüketicie devir veya teslim edildiği kabul edilecektir denilmektedir. Benzer düzenleme ÖÖKSHY m. 10’da da

<sup>107</sup> DOĞAR, s. 214.

<sup>108</sup> ERMAN, Hasan, Arsa Payı, s. 33 vd; DOĞAR, s. 211.

<sup>109</sup> GÜMÜŞ, Şerh, s. 268-269; ÇABRİ, Ön Ödemeli Konut Satışı, s. 153; ÇABRİ, Şerh, s. 691; DOĞAR, s. 213; ÖZ, s. 146-147.



bulunmaktadır. Konutun teslimine ilişkin tüm bu düzenlemelerde “veya” bağlacının hataen kullanıldığı kabulü ile konutun “devir ve teslim” edilmesinin kastedildiğinin kabulü gerekir. Burada dikkate edilmesi gereken bir husus da “oturmaya elverişli konut” kavramıdır. Bu konuda yukarıda incelendiği için yeniden detaylandırılmayacaktır<sup>110</sup>.

## **2. Sigortacının İflası**

Sigorta hukukuna ilişkin genel düzenlemeler dikkate alındığında TTK m. 1418 hükmüne göre, sigortacının iflası halinde sigorta sözleşmesi sona erecektir. Maddenin devamında, sigortacının iflası halinde ödenmeyen tazminatların Sigortacılık Kanunu gereği sigortacı tarafından ayrılması gereken teminatlardan ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Sigorta Kanunu m. 17 ile; sigortalıların tüm alacakları ödenmeden teminatların iflas masasına dahil edilmeyeceği belirtilmektedir. Bina tamamlama sigortası sigortacısının iflası sebebiyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi halinde sigortalılar, TKHK m. 42/2 hükmü de dikkate alınarak, teminat hesabından zararlarının tazminini isteyebilecektir.

## **3. Rizikonun Gerçekleşmesi**

Bina tamamlama sigortası ile sigortalanan “konutun teslim edilememesi” rizikosunun, genel şartlar A.1 veya kararlaştırılması halinde A.3 maddesindeki sebeplerle, gerçekleşmesi halinde B.6 maddesi gereği muaccel olan anapara ve faiz alacağının ödenmesi ile sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olacaktır.

## **4. Sigorta Sözleşmesi Süresinin Sona Ermesi**

Bina tamamlama sigortası poliçesinde başlama ve bitiş süreleri belirlenmiş ise bu sürenin dolması ile de sözleşme kendiliğinden sona ermiş olacaktır. BTSGŞ A.5/1 maddesi “Aksi kararlaştırılmadıkça, sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, Türkiye saati ile öğlen 12.00’da başlar ve öğlen saat 12.00’da sona erer.” hükmünü ile bunu ayrıca ortaya koymuştur.

## **B. SİGORTACININ FESİH HAKKI**

Sigortacı, vermiş olduğu teminat senetlerine ilişkin yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, BTSGŞ A.5’te sayılan hallerde, sigorta sözleşmesini derhal hüküm doğuracak şekilde sona erdirebilir veya satıcıdan ek güvence ya da ek prim talep edebilir. Buna göre, “Satıcının, sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya sigortacıya yanlış beyanda bulunması”, “Satıcının sigortacı tarafından talep edilen güvenceyi sunamaması; sigortacıya verilen güvencenin, yetersiz kalması, hükümsüz veya değersiz hale gelmesi”, hallerinde sigortacı, bina tamamlama sigortasını derhal fesh edebilecektir.

---

<sup>110</sup> Bkz. s. 24.

Satıcının yükümlülüklerinin başında prim ödeme borcu gelmektedir. Ayrıca, beyan yükümlülüğü, araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğü, sigortacının talebi halinde ek güvence ve ek prim verme yükümlülüğü de satıcının diğer yükümlülükleri olarak sayılabilir. Satıcının bu ve sözleşmede özel şartlar olarak belirtilen diğer yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde sigortacı tek taraflı fesih yetkisini kullanabilecektir. Ayrıca sigortacı, TTK m. 1434 gereği, temerrüt halinde sözleşmeden cayma ve sözleşmeyi feshetme yetkisini kullanarak da tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeye son verebilir.

Sigorta sözleşmesinin yukarıdaki nedenler ya da başka bir nedenle sona erdirilmesi halinde, sigortacı durumu Gümrük ve Ticaret Bakanlığına ve adına teminat senedi düzenlenmiş kişilere 5 iş günü içinde bildirmekle yükümlüdür.

### **C. SATICININ FESİH HAKKI**

BTSGŞ da satıcının fesih hakkında dair bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 1413-1415 arasında düzenlenen genel fesih ve cayma hallerinden bina tamamlama sigortasına uygun olması şartıyla, birinin meydana gelmesi halinde satıcının sözleşmeyi fesh edebileceğinin kabulü gerekir. Buna göre satıcı; “Sigortacının konkordato ilan etmesi”, “Kefalet sigortası ruhsatının ya da sigortacılık ruhsatının iptal edilmesi”, “Sigorta şirketinin sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması”, “sigortacının sigorta teminatı kapsamında değişiklik yapması” ve bunu gibi durumlarda, durumu öğrendiği andan itibaren bir ay içinde sözleşmeyi fesh edebilecektir. Ayrıca TTK m. 1415’e göre sigortacının sözleşmeyi kısmen feshetmesi halinde sigorta ettiren de sözleşmenin tamamını fesh edebilecektir.

## **VIII. ZAMANAŞIMI VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI**

### **A. ZAMANAŞIMI**

Zamanaşımı, kanunda belirlenen şartlar içerisinde ve belirli bir sürede alacaklının alacağını talep konusunda hareketsiz kalması sebebiyle, alacak hakkı olmasına karşın borçlunun, alacağın istenmesi hakkına itiraz edebilmesi halidir<sup>111</sup>.

Alacak hakkını uzun zaman kullanmayan alacaklı alacak hakkını değil, borçlunun iradesine aykırı olarak bu alacak hakkını kullanma imkanını kaybeder. Zamanaşımına uğrayan alacak varlığını ve geçerliliğini korumakla birlikte, ifası borçlunun iradesine bağlı bir alacak haline dönüşmektedir. Zamanaşımına uğramış alacak hakkı eksik borç niteliğindedir<sup>112</sup>.

Bina tamamlama sigortası sözleşmesindeki rizikonun meydana gelmesi durumda sigortacının tazminat borcu doğacaktır. Sigortacının tazminat borcunun doğması ile tazminat borcunun muaccel olması farklı zamanlarda olabilir. Zamanaşımı, TBK m. 149/1’e göre, alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye

---

<sup>111</sup> OĞUZMAN, ÖZ, C. 1, s. 586-587; EREN, s. 1281; NOMER, s. 24; ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 7.

<sup>112</sup> EREN, s. 94.

başlayacaktır. Borcun muaccel olmasından amaç, ödeme zamanının, vadesinin gelmesidir<sup>113</sup>.

Bir alacağın muaccel olmadan dava edilebilmesi de mümkün değildir. Muacceliyet şartı yerine gelmeden bir alacağa ilişkin dava açılması halinde, HMK m. 114 gereği “dava şartı yokluğu” sebebiyle dava usulden reddedilecektir<sup>114</sup>.

Bina tamamlama sigortasında muacceliyete ilişkin BTSGS’da özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla bu konuda genel hükümlere başvurulması gerekecektir. Sigorta sözleşmelerinde, sigorta tazminatı veya bedelinin ne zaman muaccel olacağına dair düzenleme TTK m. 1427 hükmüdür. Buna göre, “*Sigorta tazminatı veya bedeli rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur. Can sigortaları için bu süre onbeş gündür. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez.*” Denilmektedir.

Bu düzenlemeye göre sigorta bedelinin muaccel olması için sigorta ettirenin ihbarda bulunması ya da bildirim yapması gerekmektedir<sup>115</sup>. Bu bildirim ve ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının araştırma süresinin dolması anında sigorta tazminatının muaccel hale geleceği anlaşılmaktadır. Sigortacının araştırma süresinin de azami 45 gün olacağı, can sigortalarında bu sürenin 15 gün olduğu belirtilmiştir. Bu madde ile TTK m. 1446’ya atıf yapılmaktadır. TTK m. 1446, sigorta ettirenin rizikoyu sigortacıya bildirim yükümlülüğü hakkındadır. Maddenin ikinci fıkrasında sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle, sigortacının ödeyeceği tazminatın artması halinde kusurun ağırlığına göre ödenecek tazminattan indirim yapabileceği düzenlenmiştir. Bildirim yükümlülüğü her ne kadar sigorta ettirene (satıcı) ait bir yükümlülük olsa da lehine sigorta yapılan sigortalının (tüketici) da gecikmeksizin bildirimde bulunması kendi lehine olacaktır. TTK m. 1446/3 fıkrası ile sigortacının rizikoyu kendi imkanları ile öğrenmesi ile, sigortalı, lehtar ya da ilgili bir şahsın ihbarda bulunması ile de sigortacının durumdan haberdar olabileceği anlaşılmaktadır. Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini kendi imkanları ile öğrenmişse bu durumda tazminattan indirim hakkı olmayacağı hususu da üçüncü fıkrada ortaya konulmaktadır. TTK m. 1427’nin hükmünden anlaşıldığı üzere sigorta tazminatını ödeme borcu bildirim ve sigortacının araştırma süresi sonunda muaccel olmaktadır. TBK m 149/2 ile de alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu durumlarda zamanaşımının

---

<sup>113</sup> OĞUZMAN, s. 313; EREN, s. 946.

<sup>114</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medeni Usul Hukuku C. II**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2017, s. 924; HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 235.

<sup>115</sup> MEMİŞ, Tekin, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2106, C. 22, S. 3, s. 1937.

bu bildirim yapılabilmesi günden işlemeye başlayacağı söylenmektedir. TTK m. 1446'daki bildirim de bu mahiyette bildirim olduğunun kabulü gerekir<sup>116</sup>. Dolayısıyla, bina tamamlama sigortası sözleşmesindeki rizikonun meydana gelmesi ve tazminat ödemeyi gerektirir sebeplerin olması halinde sigorta ettirenin bildirim üzerine, sigortacının azami kırkbeş günlük araştırma süresi sonunda tüketicinin tazminat alacağına muaccel olacağı söylenebilecektir.

BTSGŞ A.1/son fıkrası; "Bu sigorta sözleşmesi kapsamında yapılacak tazminat taleplerinin, rizikonun gerçekleşmesini müteakip altı ay içinde ve her halükârda, poliçede kararlaştırılmışsa, ek bildirim süresi içinde yapılması gerekir" hükmünü havidir. Bu düzenlemeye göre, sigorta hukuku açısından henüz muaccel hale gelmemiş bir alacak için talepte bulunma zamanaşımının altı ay olduğu gibi bir anlam çıksa da, düzenlemenin genel hükümlere aykırı olması özellikle sigorta sözleşmelerinde zamanaşımını düzenleyen ve emredici mahiyette olan TTK m. 1420 hükmüne aykırı olduğu açıktır. TTK m. 1420 hükmü ile "*Sigorta sözleşmelerinden doğan bütün istemlerin, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve her halükârda altı yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmektedir.*" TTK m. 1452/2 ye göre TTK m. 1420'ye aykırı sözleşme şartları geçersiz kabul edilmektedir. Bu durumda BTSGŞ A.1/son fıkrası ile bina tamamlama sigortasından kaynaklanan tazminat taleplerinin altı aylık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki düzenleme emredici hükümlere aykırı bir düzenlemedir.

Sigorta genel şartları, genel işlem şartı niteliğindedir ve kanunun emredici hükümlerinden sonra dikkate alınması gerekir, bu durumda 6 aylık zamanaşımı süresinin kanunun emredici hükmüne aykırı olması sebebiyle uygulanırlığı olmayacaktır sonucuna ulaşılacaktır.

TTK m. 1420 hükmü ile, sigorta sözleşmelerinden doğan bütün istemler yönünden zamanaşımının iki yıl ve herhalde altı yıl olarak belirlenmiş olması sebebiyle, bina tamamlama sigortası açısından sigortacının prim alacağı içinde, sigortacının halefiyet ve rücu sebebiyle isteyebileceği alacaklar için de zamanaşımı süresi iki yıl ve altı yıl olacaktır.

## **B. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI**

Bina tamamlama sigortası, satıcı (sigorta ettiren) ile sigortacı arasında yapılan tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sigorta sözleşmesi ile üçüncü kişi olan tüketici lehine sigorta yapılmaktadır. Sözleşme ile sigorta priminin ödenmesinden sigorta ettiren sorumlu iken, rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminat borçlusu sigortacı tazminat alacaklısı ise tüketici olacaktır. Bu sebeple sözleşmenin iki tarafı olsa da etkileneni üç kişidir. Bu sebeple bu sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklar, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortacı tüketici arasında olabilir. Bu iki grup uyuşmazlık haline ve konusunda göre başvurulacak çözüm yolu farklılık arz edebilir.

---

<sup>116</sup> MEMİŞ, s. 1938.

Bina tamamlama sigortası tüketici lehine yapılan bir sigorta sözleşmesidir. Sigorta sözleşmelerine ilişkin genel hükümler TTK m. 1400 vd.'da düzenlenmiştir. TTK m. 4/1-a'ya göre Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlardan doğan davalar ticari davadır. TTK m. 5 hükmüne göre tüm ticari davalarda “asliye ticaret mahkemesinin” görevli olduğu kabul edilmektedir.

Bina tamamlama sigortasında rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacıdan tazminat talep etme hakkı tüketiciye aittir. TKHK m. 83/2 “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” hükmünü havidir. Bu düzenleme dikkate alındığında uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemelerinin görevli olduğu düşünülse de bina tamamlama sigortasında tazminat alacaklısı her ne kadar tüketici ise de, bu sigorta sözleşmesinin sigorta ettireni ve tarafı satıcıdır. Bu sözleşmenin yapılmasında tüketicinin hiçbir dahli ve işlemi yoktur. Dolayısıyla bina tamamlama sigortası sözleşmesinde TKHK m. 3 anlamında bir tüketici işlemi yoktur. Bu nedenle, sigorta sözleşmelerine ilişkin genel hükümlere görevli mahkemenin belirlenmesi gerekecektir. Buna göre, tüketicinin taraf olmadığı bina tamamlama sigortasından kaynaklanan tazminat alacağı davasında görevli mahkeme “asliye ticaret mahkemesi” olarak belirlenecektir. Bina tamamlama sigortasından kaynaklanan davalara ilişkin BTSGŞ C.6 maddesi ile yetkili mahkemeye ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “*Sigorta sözleşmesinden doğan anlaşmazlıklar nedeniyle sigortacı aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, sigorta şirketinin merkezinin veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acentenin ikametgâhının bulunduğu yerdeki, satıcı aleyhine açılacak davalarda ise davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki ticaret davalarına bakmakla görevli mahkemedir.*”

Düzenleme ile hem göreve hem de yetkiye ilişkin hüküm konulduğu anlaşılmaktadır. Tüketici tarafından sigortacıya açılacak tazminat alacağı davasında yetkili mahkeme, sigorta şirketinin merkezinin ya da acentenin ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir.

Satıcı ile sigortacı arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda da sözleşmenin niteliği gereği görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkemenin de HMK m. 6 hükmüne göre genel yetki kurallarına göre belirleneceği söylenebilir.

Ayrıca TTK m. 5/A maddesi ile mutlak ticari davalar açısından zorunlu arabuluculuk şartı olması sebebiyle dava açılmadan önce arabulucuya başvuru yapılması zorunlu olacak, başvurulmaması halinde özel dava şartı sebebiyle dava usulden reddedilecektir.

Ayrıca, HMK m. 407 vd göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilen tahkime de değinmek gerekir. SK m. 30 ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik m. 16 gereği, sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler sigorta tahkim komisyonuna da başvuru yapabilir. Tazminat alacaklısının sigortacıya başvurusunun sonuçsuz kalması ve adli yargı

makamlarına başvuru yapılmamış olması şartıyla komisyona başvuru yapılabilecektir. Sigorta tahkim komisyonu ihtiyari çözüm yolu olarak düzenlenmiştir.

## **SONUÇ**

Konut edinmek isteyen tüketicinin daha fazla korunabilmesi adına 6502 sayılı TKHK m. 42 ile tüketicilere teminat sağlanması için düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile “ön ödemeli konut satışı” na başlanmadan önce konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterlerine göre tüketici lehine “bina tamamlama sigortası” ya da Bakanlıkça belirlenen diğer teminatların yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Kanununun uygulaması adına düzenlenen ÖÖKSHY m. 12 ile “konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler” için bu teminatların zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca yönetmelik m. 13 ile de bina tamamlama sigortasına ilişkin şartların Hazine Müsteşarlığınca hazırlanacak genel şartlar ile düzenleneceği belirtilmiştir. Hazine Müsteşarlığı da 16.03.215 tarihli “Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları” nı yayınlamış ve yürürlüğe koymuştur.

Bina tamamlama sigortasına ilişkin esaslar genel şartlar ile belirlendiği halde bir çok konuya açıklık getirilmemiş, bazı hususlarda da kanunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler yapılmıştır. Bu sigorta sözleşmesi ile tüketicinin “konutu teslim alamaması” riskine karşı teminat oluşturulmaya çalışılmış fakat ancak sınırlı sayıdaki hallerde konutun teslim edilmemesine karşı teminat oluşturulmuştur. BTSGŞ A.1 maddesinde üç alt başlık altında sayılan, “satıcının iflası”, “satıcının ölmesi sonucu mirasçılarının mirası reddetmesi”, “satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması” olarak belirlenmiştir. Bina tamamlama sigortasının konusu olarak sayılan bu haller örnekseyici değil sınırlı şekilde sayılmıştır. Uygulamada bu durumlar ile benzer sonuçları doğurabilecek hallerin de dikkate alınarak sigorta konusunun genişletilmesi, en azından satıcının gaipliği, satıcının konkordatoya başvurmuş ve geçici mühlet kararı almış olması, arsa payı karşılığı yapılan inşaatın müteahhitinden konut alınması halinde arsa malikine ait menfaatlerin de bina tamamlama sigortasının zorunlu teminat konuları kapsamına alınması yerinde olacaktır.

Bunun yanında, tüketicinin sadece banka vasıtasıyla yapmış olduğu ödemelerin sigorta kapsamında olması tüketici aleyhine bir husustur. Tüketici zaman zaman elden makbuz karşılığı ya da başkaca bir ödeme aracı ile konutun bedeli ödemek durumunda kalabilir. Dolayısıyla ispat edilebilir tüm ödemelerin teminat kapsamına alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır.

Bina tamamlama sigortasının amacı konusunda da öğreti farklı görüşler vardır. Tüketicinin konutu teslim alamaması sebebiyle doğan zararının teminat altına alındığı yanında tüketicinin satın aldığı konutun tamamlanarak teslim edilmesinin teminat altına alındığı da ileri sürülmektedir. Bizce, sözleşme ile kararlaştırılması halinde projenin tamamlanmasının asıl amaç olarak kabul edilmesi, bu konuda poliçede bir düzenleme olmaması halinde ise rizikonun gerçekleşmesi sonrası

muaccel olacak sigorta bedelinin tazmin edilmesinin gerçek amaç olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Poliçede “projenin tamamlanması” sigortalanan menfaat olarak kabul edilirse artık bu aşamada projenin tamamlanması sigortacının takdirine bırakılmamalıdır. Zira bu sigorta ile gerçekte tüketici, konuta kavuşmayı beklemektedir. Bu aşamada sigortacının karlılık değerlendirmesine göre inisiyatifin ona bırakılması tüketicinin menfaatine aykırı olacak ve taraflar arasındaki menfaat dengesini de bozacaktır.

Sigorta tazminatının muaccel olacağı an ve alacak hakkının hangi sürede zamanışımına uğrayacağı hususlarında da belirsizlikler giderilerek, tüketici aleyhine olan ve kanun emredici hükümlerine aykırı olan düzenlemelerin biran evvel düzeltilmesi de yerinde olacaktır.

Bina tamamlama sigortasından kaynaklanan uyuşmazlıkta, tüketici tarafından talep edilecek konularda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olarak düzenlenmesi düzenlemenin amacına daha uygundur. Zira tüketici mahkemesindeki dava harçtan muaf olduğu için ekonomik yönden zayıf durumdaki tüketicinin, ekonomik olarak güçlü durumdaki sigortacıya karşı hakkını araması kolaylaştırılmış olacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## KAYNAKÇA

AĞSAKAL, İbrahim, **Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem, **Şematik Sigorta Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

ARIKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 20. Bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

BAHTİYAR, Mehmet, “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 19, S. 2, Aralık 1997, sa: 89-108.

BAYSAL, Başak, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2017, C. 75, S. 1, sa. 273-292.

- BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, 2. Bs., Ankara 2007.
- BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, 12. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- CAN, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) C.I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇABRİ, Sezer, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 1.Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇABRİ, Sezer, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri”, **İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, (Ed. TOKBAŞ, Hakan/KURŞUN, Ali Suphi), 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639 Cilt II)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Sigorta Hukuku**, 23. Bs., Karahan Kitabevi, Adana, 2021
- DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010
- ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 3.Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2020.
- GENÇ, Mustafa, **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÖZÜŞİRİN, Melike, “Kefalet Sigortası”, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- GÖKTEPE, Elif, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÜNAY, Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.



KANER, İnci, “Zarar Sigortalarından Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri”, **İÜHFİM**, C. 54, 1994, S. 1-4, sa. 303-319.

KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

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

KAYIHAN, Şaban/AKDENİZ, Murat, **Konkordato Hukuku**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2019.

KAYIHAN, Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2004.

KENDER, Rayegan, **Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku I**, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

KENDER, Rayegan, “Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’in Anısına Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, sa. 517-528.

KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

MEMİŞ, Tekin, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2106, C. 22, S. 3, Sa. 1931-1943.

NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 16. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, Kemal, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, İstanbul 2017.

ÖNER KAYA, Emine/ KAYA, Bekir/ YALÇINER, Kürşat, “Bina Tamamlama Sigortası Maketten Konut Alımlarını Güvence Altına Alabilecek mi?”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Y. 2016, C. 53, S. 614, sa., 95-106.

ÖZMEN, Ethem Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÖZAKMAN, Cumhuriyet, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, 1.Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015.

ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 10.Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZKAN, Sungurtekin/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medeni Usul Hukuku C. II**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2017.

PITIRLI, Burak/EVSİNE PITIRLI, Esin, “Bina Tamamlama Sigortası”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 173 - 174, Ocak - Şubat 2019, sa., 269-301.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

SAYHAN, İsmet, **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

SOMUNCUOĞLU, Ünal, “Türk Hukukunda Kefalet Sigortası”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 137, sa. 88-91.

TEKELİOĞLU, Numan, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Satının Teminat Sağlama Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 67, S. 1, Mart 2018., sa.81-104

TERCAN, Erdal, **İcra ve İflas Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2010, s. 175.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap:Sigorta Hukuku C.I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku C.II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÜLGEN, Hüseyin, “Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalının ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3.

ÜLGEN, Celal/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ÜNAN, Samim, “Mal Sigortalarında Başkası Hesabına Sigorta”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, sa. 11-29.

ÜNAN, Samim, **Sigorta Tüketici Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.



# İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

Dr. Öğr. Üyesi Şeref GÜLER<sup>1</sup>

## Öz

İş sözleşmesi devri, iş ilişkisinde işveren tarafının değişmesi, sözleşmeyi devralan işverenin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları, devreden işverenin konumunu ve yetkilerini üstlenmesidir. Sözleşme devri; kendine özgü, üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin tarafları, iş sözleşmesini devreden işveren, sözleşmeyi devralan işveren ve işçidir. Devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin birlikte katılması veya devreden ile devralan arasındaki sözleşmeye işçinin onay vermesi ile kurulur. Sözleşmeyi devreden işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkarken, onun yerine, sözleşmeyi devralan işveren geçer. Böylece sözleşme devri ile iş sözleşmesinin işveren tarafı değişir, fakat iş sözleşmesi bir kesinti olmadan devralan işverene geçer. Bu şekilde sözleşmeyi devralan işveren, devreden işverene halef olur; devreden tüm hak ve borçları aynı kapsam ve içerikte devralana geçer.

İş sözleşmesi devri, çeşitli sebeplerle başvurulabilecek bir yoldur. Genellikle şirket topluluklarında yani holdinglerde ve nitelikli işçilerde uygulaması görülmektedir. Şirket topluluklarında genellikle ortak bir insan kaynakları yönetimi bulunmakta, personelin kariyer ve çalışma planlaması, topluluk bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle tek elden yapılmaktadır. Bu sebeple şirket topluluklarında, iş sözleşmesinin devri sık başvuru alan bir araç haline gelmektedir.

İş sözleşmesinin devri, İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Aslında söz konusu kurum, önceki (818 Sayılı) Borçlar Kanunu'nda da mevcut değildi. İş sözleşmesinin devri, uygulamada “sözleşme hürriyeti” çerçevesinde mümkün görülmekteydi. Kurum, ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi ile pozitif bir temele dayandırılmıştır.

TBK 429 hükmünde, devreden işverenin sorumluluğu konusunda da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle, hükümde bu konuda bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu boşluğun doldurulması gerekmektedir. Ancak bu yapılırken, işçinin korunması, söz konusu işlemin temelini oluşturmalıdır. Bu sebeple doktrinde de ekseriyetle savunulduğu üzere, işyeri devrindeki kanunî düzenlemelerin kıyasen iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması işçiye etkin bir

---

<sup>1</sup> Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ORCID ID: 0000 0001 9684 4192., [erzurumluseref@yahoo.com.tr](mailto:erzurumluseref@yahoo.com.tr)

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 22.06.2021

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 21.09.2021

Bu makaleye atf için; GÜLER Şeref, “İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk” **İMİHD**, C. VI, S. 11, 2021, s. 201-220.

koruma sağlayacaktır. Bu kanunî düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesidir.

Gerçekten, işyeri devrinde, işçinin rızası aranmadan devir gerçekleştiğinde dahi, devir anında doğmuş işçilik alacaklarından ve kıdem tazminatından devreden işveren, Kanun'da belirtilen şartlar dâhilinde müteselsil sorumluluk altında bulunmakta iken, işçinin rızası dâhilinde gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde, devreden işvereni böyle bir sorumluluktan muaf kılmak, iş hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi, ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan işçiyi, güçlü işveren karşısında tamamen çaresiz bırakmak anlamına gelecektir. Zira işçinin, istisnalar dışında, haklarını elde etme imkânlarının azalmasına bilerek rıza göstermesini anlamak kolay değildir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin devrine en yakın kurum olan işyeri devrindeki hükümlerden yararlanmak suretiyle işçilik alacaklarını teminat altına almak, işçi lehine olabilecek en tutarlı uygulamadır.

**Anahtar Kelimeler:** *İş sözleşmesi devri, devir sözleşmesi, TBK 429, devreden işveren, devralan işveren, işçi, sözleşme hürriyeti, işçinin korunması*

## SEVERAL LIABILITY IN TRANSFER OF EMPLOYMENT CONTRACT

### Abstract

Transfer of employment contract is the change of employer in employment relation where the transferee employer who takes over the contract assumes all the rights and obligations arising from the contract, and the position and powers of the transferor employer. Transfer of contract takes place through a distinctivetripartite contract. The parties of such contract are the transferor employer, the transferee employer, and the employee. Transfer contract is established through joint participation of the transferor and transferee employers and the employee, or through the employee's approval for the contract between the transferor and transferee employers. While the transferor employer quits being a party to the employment contract, he is replaced by the transferee employer. In this way, the employer in the employment contract is changed through the transfer of contract, and the employment contract is transferred to the transferee employer without any interruption. The transferee employer who takes over the contract by this way becomes the successor of the transferor employer, and all the rights and obligations of the transferor employer are transferred to the transferee employer with the same scope and content.

Transfer of employment contract is a means that can be used for various reasons. It is generally used in group companies, i.e. conglomerates and for skilled employees. In group companies, there is usually a joint human resources management, and the career and working planning of the personnel is carried out centrally by considering the group as a whole. Therefore, transfer of employment contract becomes a frequently used means in group companies.

Transfer of employment contract is not regulated in the Labor Law. Actually, the said institution was not available in the previous Law of Obligations (numbered 818), either. In practice, transfer of employment contract seemed possible pursuant to the “freedom of contract”. The institution was only based on a positive foundation with article 429 of the Turkish Law of Obligations numbered 6098.

The provision of article 429 of the Turkish Law of Obligations does not include a clear regulation regarding the liability of the transferor employer. In other words, there is a legal gap on this matter in the provision. This gap needs to be filled. However, while doing this, protection of the employee must constitute the basis of this process. Therefore, as usually advocated in the doctrine, application of the legal regulations, applied in transfer of workplace, in transfer of employment contract as well by analogy would provide an effective protection for the employee. Such legal regulations are article 6 of the Labor Law numbered 4857 and article 14 of the Labor Law numbered 1475.

Actually, whereas in case of transfer of workplace, even if the transfer has taken place without the need for the employee’s consent, the transferor employer is severally liable for the labor receivables and severance pays that arise at the moment of the transfer under the conditions stipulated by the Law, exempting the transferor employer from such a liability in case of transfer of employment contract that has taken place with the employee’s consent is both contradictory to the labor law principles and means to render the economically weak employee completely helpless against the strong employer. Hence, apart from the exceptions, it is not easy to understand why an employee would knowingly consent to a decrease in his abilities to obtain his rights. Therefore, putting the labor receivables under guarantee by making use of the provisions of transfer of workplace which is the closest institution to transfer of employment contract would be the most consistent application for the benefit of the employee.

**Keywords:** *Transfer of employment contract, transfer contract, Turkish Law of Obligations article 429, transferor employer, transferee employer, employee, freedom of contract, protection of employee*

## **I. KAVRAM**

İş sözleşmesinin devri, 4857 Sayılı İş Kanunu Tasarısında düzenlenmiş, ancak Tasarının kanunlaşması sürecinde Kanun’a alınmamıştır. Buna rağmen uygulamada sözleşme hürriyeti çerçevesinde, özellikle grup şirketlerinde uygulama alanı bulan iş sözleşmesinin devri, 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, 320. maddeye dayanılarak, işçinin onayının alınması şartıyla mümkün görülmekteydi<sup>2</sup>. İş sözleşmesinin devri, 6098

---

<sup>2</sup> ÇELİK, Nuri/CANIKLIÖĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul 2020, s. 298; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, 20. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2020, s. 329; ÖZKARACA, Ercüment, **İşyeri Devrinin İş**

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesinde açıkça düzenlenmek suretiyle pozitif temele kavuşturulmuştur. O halde artık 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak bir boşluk bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Zira Borçlar Kanunu'nun boşluk doldurucu fonksiyonu vardır<sup>3</sup>.

Alacağın temliki ve borcun naklinde, sözleşmeyi devralan, münferiden belirlenmiş bir alacağın veya borcun tarafı olur. Genel olarak sözleşmenin devrinde ise taraflardan birinin hukukî durumu bir bütün olarak devralınır<sup>4</sup>. İş sözleşmesi devri de; iş ilişkisinde işveren tarafının değişmesi, sözleşmeyi devralan işverenin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları, devreden işverenin konumunu ve yetkilerini üstlenmesidir. Sözleşme devri; kendine özgü, üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşir<sup>5</sup>. Bu sözleşmenin tarafları, iş sözleşmesini devreden işveren, sözleşmeyi devralan işveren ve işçidir. Devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin birlikte katılması veya devreden ile devralan arasındaki sözleşmeye işçinin onay vermesi ile kurulur<sup>6</sup>. Sözleşmeyi devreden işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkarken, onun yerine, sözleşmeyi devralan işveren geçer. Böylece sözleşme devri ile iş sözleşmesinin işveren tarafı değişir, fakat iş sözleşmesi bir kesinti olmadan devralan işverene geçer. Bu şekilde sözleşmeyi devralan işveren, devreden işverene halef olur; devreden tüm hak ve borçları aynı kapsam ve içerikte devralana geçer<sup>7</sup>.

İş sözleşmesinin devri çeşitli sebeplerle başvuru bir yoldur. Bu yola çoğunlukla şirket topluluklarında, yaygın ifadesiyle holdinglerde başvurulur. Şirket topluluklarında yönetim, istihdam ve denetim çoğunlukla tek elden yürütülmektedir. Topluluk içindeki bir şirketin, ihtiyaç duyduğu kalifiye eleman, topluluğun diğer bir şirketinde mevcut olabilir. Yine topluluktaki şirketlerin birinde bir grup işçi, belirli bir konuda yetiştirilmek veya uzmanlaşmak amacıyla,

---

**Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu**, İstanbul 2008, s. 118; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı C. 1: Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020, s. 117; ALP, Mustafa, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, 2005, s. 199.

<sup>3</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu – İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", **10. Yılında İş Kanunu Semineri**, 15 Kasım 2013, İstanbul, s. 78.

<sup>4</sup> ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", **İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum, İstanbul, 2009, s. 303.

<sup>5</sup> SÜZEK, s. 329; CANIKLIOĞLU, Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına, Hizmet Sözleşmesinin Devrine ve Sona Ermesine İlişkin Hükümleri", **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve Mevzuatımızdaki Yeni Gelişmeler**, İş Müfettişleri Derneği - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 2014, (52 – 91), s. 78 – 79; ÖZKARACA, Ercüment, "İş Sözleşmesinin Devri", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, İstanbul, 2014, s.119 – 120; KOCAGİL, İpek, "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, s. 47; AYRANCI, Hasan, **Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, 2003, s. 53.

<sup>6</sup> SÜZEK, s. 329; KOCAGİL, s. 47; AYRANCI, s. 97.

<sup>7</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 303; EKONOMİ, Münir/ EYRENCİ, Öner, "Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2**, İstanbul, 2001, s. 1199.

topluluğun diğer bir şirketine gönderilebilir. İşte böyle durumlarda, işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine gerek kalmadan, onların topluluğun diğer bir şirketinde çalışmalarına devam ettirilmesi sağlanmış olur. Ancak iş sözleşmesinin devri, holdingler özgü bir uygulama değildir<sup>8</sup>.

## **II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN UNSURLARI**

Sözleşme devri, kendine özgü üç taraflı bir sözleşmedir ve üç tarafın da uygun irade beyanları ile kurulur. Devirle ilgili sözleşme; devreden işveren, devralan işveren ve işçinin birlikte katılımı ile akdedilir. Fakat bunun yerine, devreden ve devralan işverenlerin aralarında anlaşmaları ve işçinin sonradan rıza beyanında bulunması ile gerçekleşen sözleşme devri de geçerlidir<sup>9</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesinin I. fıkrasında, iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasının alınmasından söz edilmiş, ancak bu rızanın ne zaman alınması gerektiğine değinilmemiştir. TBK. 205/II'ye göre, "Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan ve sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir". Ancak, Kanun hükmünde her ne kadar, işçinin önceden verdiği izne dayanılarak, iş sözleşmesinin devri mümkün görülmüşse de, işçinin, iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan bir işyerine gitmesi veya devralan işverenin ekonomik olarak güçsüz durumda olması gibi ihtimaller dikkate alındığında, önceden verilen rızanın iş ilişkilerinde geçerli olmayacağı kabul edilmelidir. Geçici iş ilişkisinde dahi işçinin rızasının devir sırasında alınması gerektiği dikkate alındığında, iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli olarak devredilmesi halinde, bu rızanın, evleviyetle sözleşmenin devri sırasında aranması gerektiği kabul edilmelidir<sup>10</sup>.

Kanunda, sadece işçinin rızasının yazılı olması aranmış, devir sözleşmesinin şekli konusunda herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Alp'e göre, "Bu düzenleme

---

<sup>8</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, 304. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, toplu iş sözleşmesi yetki uyuşmazlığı sırasında işveren, holdinge bağlı diğer şirketlerden yatay geçiş adı altında 209 işçiyi işyerine almıştır. Bu işçiler için sigorta bildirimini yapılmasından ve karardaki diğer ifadelerden, yatay geçişin aslında iş sözleşmesi devri olduğu anlaşılmaktadır. Yatay geçiş ile alınan bu işçilerin, sendika üyesi olmaması sebebiyle işçi sendikası çoğunluğu kaybetmekte, işveren de buna dayanarak yetki tespitine itiraz etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi isabetli olarak kararında, bu şekilde sözleşme devri ile tam yetki tespit başvurusu öncesinde devralınan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir (Yarg. 9. HD. 05.03.1998, 1998/330 E., 1998/3421 K., EKONOMİ, Münir, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik", **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Y. 2008, S. 12, s. 5, 14.

<sup>9</sup> EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1219; SÜZEK, s. 329; CANİKLİOĞLU, Türk Borçlar Kanunu, s. 78 – 79; ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119 – 120; KOCAGİL, s. 47; AYRANCI, s. 53; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 299.

<sup>10</sup> SÜZEK, s. 329,330; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 300; ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2011, S. 31, s. 923; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, 2009, s. 40; ÖZKARACA, s. 124.



tarzının daha yerinde olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten, sözleşme devrine dair işverenler arasındaki irade beyanlarının özel bir şekle bağlı olmasına gerek yoktur. İşverenlerin sözlü veya örtülü olarak da sözleşme devri konusunda anlaşmaları geçerlidir.”<sup>11</sup>. Bu konuda kanaatlerine katıldığımız Çelik, Canıklıoğlu ve Canbolat’a göre ise, “Bu konuda her üç tarafın iradesini ortaya koyan yazılı bir hukukî işlemin varlığı aranmalıdır. Bu bağlamda, devreden ve devralan işverenler arasında yapılan sözleşmenin işçi tarafından yazılı olarak onaylanması mümkün ve geçerlidir.”<sup>12</sup>.

Devredilecek sözleşmenin türünün, devir işlemi bakımından bir önemi bulunmamaktadır; hangi türde yapılmış olursa olsun bütün iş sözleşmeleri hukuken devre elverişlidir. Bununla birlikte doktrine göre, işverenin kişiliğinin kurucu unsur olarak belirlenmiş bulunduğu sözleşme, ihtiyarî olarak devre elverişli değildir<sup>13</sup>.

İşçinin rızası olmadan, sözleşmeyi devri gerçekleşemez. Zira işçinin rızası iş sözleşmesinin devrinin zorunlu kurucu unsurudur. İşçiden bu rızanın alınmaması, işverene iş sözleşmesini feshetme hakkını bahşetmez<sup>14</sup>. İşçinin rızası alınmadan iş sözleşmesinin devredilmesi, ancak işçinin devri kabul etmeyerek devreden işverenin işyerine gitmemesi, iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmektedir<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> ALP, *Sözleşmenin Devri*, s. 308 vd.

<sup>12</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 300 v.d. Aynı kanaatte olan Alpogut’a göre de, “Borçlar Kanunu’nun 205. maddesinin III. fıkrası uyarınca “Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.” TBK. 429 I’de iş akdinin devrinde işçinin rızasının yazılı olmasının zorunlu tutulması, buna karşılık devralan ve devreden işverenler arasındaki sözleşmede böyle bir zorunluluk getirilmemesi karşısında, herhangi bir şekle bağlı olmayan belirsiz süreli iş akitlerinin devrinde, işverenler arasındaki sözleşmede şekil şartının bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak hükmün amacını oluşturan işçi haklarının korunması gereğinden hareket edildiğinde, başta devrin geçici veya sürekli nitelik taşıyıp taşımadığı olmak üzere birçok konuda belirsizliğin yaşanmaması ve işçinin devralan işverenin işyerinde (malî açıdan daha güçsüz veya iş güvencesinin kapsamı dışında olması gibi) daha korumasız bir hukukî konuma girmemesi için, işçinin rızasının (onayının) yazılı olması gibi, her üç tarafın iradelerini içeren sözleşme ile devreden ve devralan arasında kurulan sözleşmenin de yazılı yapılması gerekir.” (ALPAGUT, *Hizmet Sözleşmesinin Devri*, s. 924 – 925).

<sup>13</sup> ARSLANOĞLU, M. Anıl, “İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2006, S. 10, s. 540. “Bize göre üç tarafın devir konusunda iradelerinin birleşmesi karşısında bu sözleşmenin devri de mümkündür. Zira işveren yönünden iş sözleşmesi intuiti personae özelliği taşımadığından, sözleşme kurulurken işverene atfedilen bu konum, bilahare anlaşmayla değiştirilebilir. Esasen burada işverenin kişiliğinin sözleşmenin kurucu unsuru olduğundan değil, esaslı unsuru olduğundan bahsetmek uygun düşer.” (MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 119). Gerçekten, işverenin kişiliğinin kurucu unsur olduğu bir sözleşmede, sözleşmenin devri söz konusu olduğunda, yine işveren konumundaki kişinin rızasına başvurulacaktır. Bu kişi rıza gösterdiğinde, bu tür sözleşmelerin devri de imkân dâhilindedir.

<sup>14</sup>ALP, *Sözleşmenin Devri*, s. 303.

<sup>15</sup> ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 641.

İşverenin, iş sözleşmesinin devrinde direktmesine rağmen işçinin önceki işyerinde çalışmak istemesi, işverenin ise bunu kabul etmemesi, yine iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi anlamına gelmektedir. Kaldı ki işverenin iş sözleşmesinin devrinde ısrar etmesi durumunda, işçi, İş K. 25/II, f'ye dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>16</sup>.

Yargıtay'a göre de, iş sözleşmesinin devrine onay vermeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi haksız fesih niteliğindedir<sup>17</sup>.

“İşverenin iş sözleşmesinin devri konusunda iradesi olmamasına rağmen, işçinin ayrılarak diğer işverene ait işyerinde çalışması ise, işçinin tek taraflı olarak iş sözleşmesinin feshi şeklinde değerlendirilmelidir”<sup>18</sup>.

İşçinin, yapılan işlemin sözleşme devri olduğunu, işverenin değiştiği ve eski işverenin artık hiçbir sorumluluğu kalmadığını bilerek bu rıza beyanında bulunmuş olması aranmalıdır. Eğer işçi, sözleşme devrinden haberdar değil ise, ilk işvereni iş sözleşmesinden ve iş hukuku yükümlülüklerinden kurtarmak yerinde olmaz. Bu sebeple, ilk işveren ile iş ilişkisini sona erdiren açık bir anlaşma bulunmadıkça, sözleşme devri reddedilmeli; iş ilişkisinin ilk işverenle sürdüğü kabul edilmelidir. Somut olayın özelliklerinin sözleşme devrini kabul etmeyi gerektirdiği, mesela işçinin, işverenler arasındaki anlaşmanın içerik ve sonuçlarından haberdar olup itiraz etmediğinin anlaşılabilirliği durumlar saklıdır<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 121.

<sup>17</sup>“Dosya içerisinde M. Ltd. Şti. ile dava dışı R. N. Ltd. Şti. arasında davacının çalıştığı işyeri ile ilgili olarak yapılan hukukî işlemler ile ilgili belgeler mevcut değildir. Öncelikle bu belgeler celp edilmeli, iki şirket arasında davacının çalıştığı işyerinin devri gerçekleşmişse, işyeri devri davacıya başlı başına işyerini devralan yeni işverenin yanında çalışmama hakkı vermeyeceğinden, şimdiki gibi ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir. Ancak işyeri devri söz konusu değilse, kanunlarımızda düzenlenmeyen ancak yargı kararları ile kabul edilen hizmet akdi devri söz konusu olacaktır ki hizmet akdi devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Başka bir anlatımla devreden ve devralan işveren, devredilen işçinin hizmet akdinin devri konusunda üçlü olarak anlaşmaları gerekir. Somut olayda hizmet akdi devri söz konusu ise davacının bu devre muvafakat etmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca, hizmet akdi devrinden söz edilemeyeceğinden, davacının, yeni işverenin yanında işe devam etmediğinden söz edilerek, akdinin haklı nedenlerle feshedilmesi mümkün değildir. Böyle bir sonucun oluşması halinde, davacı, ihbar ve kıdem tazminatları talebinde haklıdır.” (Yarg. 9. HD., 12.07.2006, 2006/1892 E., 2006/20661 K., www.corpus.com.tr (E.T.26.03.2019).

<sup>18</sup> ÇANKAYA/ÇİL, s. 641.

<sup>19</sup> “Örnek olarak; bir şirketler topluluğunda, (A) şirketinde model geliştirme ve tasarım işi gören mühendis, sırf aynı toplulukta (B) şirketinde çalışmaya başladığında, bu durum iş sözleşmesinin devredildiği anlamına gelmez. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre çeşitli ihtimallerin varlığı kabul edilebilir: İlk akla gelen ihtimal, bir geçici iş ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesidir. Ancak işverenler, sürekli olarak işçinin yeni işveren yanında çalıştırılmasını hedefliyorlarsa, geçici bir iş ilişkisi kurulduğu kabul edilemez. Ayrıca İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde geçici iş ilişkisi, işçinin yazılı rızası olmadan kurulamayacağından, örtülü olarak geçici iş ilişkisi kurulabileceği söylenemez. Eğer işçi hem (A) hem de (B) şirketinde faaliyet gösteriyor, çalışma süresi bölünüyor ise, bu durumda yeni bir iş sözleşmesi daha kurularak, iki kısmî süreli iş ilişkisinin ortaya çıktığı kabul edilebilir. Fakat işçi, aynı işyerindeki iki şirketin işini bir arada görüyor veya artık sadece (B) şirketinde çalışmasını sürdürüyorsa, kısmî süreli iki ayrı iş ilişkisi kurulduğu da söylenemez. Bu durumlarda Alman ve Avusturya hukuklarında, yeni işverenin de iş

Özelleştirme kapsamında olan işyerlerinde, 4046 Sayılı Kanun'un 22. maddesine göre kapsam dışı statüde çalışan işçilerin, başkaca kamu kurumlarına nakilleri de teknik anlamda iş sözleşmesinin devri değildir. Öncelikle bu uygulama bir kanunî zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan işçi, başkaca kamu kurumlarına memur veya sözleşmeli personel olarak atanmaktadır. Nakil sonrası işçi statüsü sona erdiğine göre, iş sözleşmesinin devri gerçekleşmiş olmaz. Yargıtay, işçinin isteği doğrultusunda gerçekleşen nakillerin kıdem tazminatına hak kazandırmadığı yönünde kararlar vermiştir<sup>20</sup>. Zaman zaman özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında, bir işçi kendi isteği ile başka bir kamu kurumuna, yine işçi pozisyonunda naklini istemektedir. Bu da bir işyeri devridir. İşçinin çalışması kesintisiz devam ettiğine göre, feshe bağlı hakların (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti) talep edilmesi söz konusu değildir<sup>21</sup>.

İş sözleşmesinin devrinin söz konusu olabilmesi için, sözleşmeye dayalı bir iş ilişkisinin mevcut olması gerekir. Sözleşmesi sona eren bir işçinin, başka bir işyerinde çalışmaya başlaması, iş sözleşmesinin devri değil, yeni bir iş ilişkisinin kurulduğunun göstergesidir<sup>22</sup>.

Çalışma hayatında sıklıkla, iş sözleşmelerinde veya personel yönetmeliğinde, işçinin başka bir işyerinde görevlendirilebileceği süre ile ilgili olarak birtakım kayıtlara rastlanmaktadır. Bu kayıtlar yorumlanırken, çok dikkatli olunmalıdır. Eğer sözleşmede “işyeri değişikliği” kaydı varsa, bu kayda dayanılarak işçinin sözleşmesi devredilemez. Ancak sözleşmede işçinin holding bünyesi içinde başka bir şirkete devri öngörülmüşse, bu kayıt geçerlidir ve bu kayda dayanılarak holding bünyesi içinde iş sözleşmesinin devri gerçekleştirilebilir<sup>23</sup>.

Aynı şekilde, iş sözleşmesinde işçinin, şartlar gerektirdiğinde kalıcı olarak başka bir işverene devrini öngören bir kayıt yer almakta ise, bu kayıt da geçerli kabul edilmelidir. Zira sözleşme kurulurken, işveren, işçiden bu konuda onayı önceden almıştır<sup>24</sup>.

---

sözleşmesine katılması ile işveren tarafından çoğalma ile iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilmektedir. Sözleşmenin işveren tarafındaki çoğalma, sözleşmeye katılma ile gerçekleşir. Asıl işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi, bu ilişkiyi sona erdiren bir anlaşma bulunmadığından, gereğinde askıya alınmakla birlikte, devam etmekte, bunun yanında işçiyi çalıştıran, onun iş görme ediminden yararlanan yeni işveren de iş sözleşmesine katılmaktadır” (ALP, Sözleşmenin Devri, s. 310, 311).

<sup>20</sup> Yarg. 9. HD., 11.01.2005, 2005/5936 E., 2005/453 K., Karar metni için bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s. 699.

<sup>21</sup> ÇANKAYA/ÇİL, s. 642.

<sup>22</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 303.

<sup>23</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 314.

<sup>24</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 315. Bu konuda kanaatine katıldığımız Arslanoğlu'ya göre, “Sözleşmeyi devir hakkının önceden saklı tutulması halinde, işçiye sağlanan bu güvence tamamen ortadan kalkmakta; işçi önceden bilmediği veya istemediği herhangi bir işverenin işçisi olmaya hukuken zorlanabilmektedir. İşçinin gelecekte işverenin kim olacağına önem vermeden bu olguyu serbestçe belirleme ve değiştirme yetkisini işverenine bırakması, onu aşırı bir bağımlılık altına sokacaktır.” (ARSLANOĞLU, s. 541).

“Devreden işveren işyerinde, belirli süreli iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi de mümkündür. Bu ihtimalde belirli sürenin, iş sözleşmesinin devredilen işveren yönünden de devam edip etmeyeceği önem kazanmaktadır. Düşüncemize göre, asıl olan iş sözleşmesinin tüm unsurları ve şartları ile devridir. Bu noktada belirli süreli iş sözleşmesinin de aynı şartlarla devralana geçmesi gerekir. İş sözleşmesini devralan işveren, sözleşme süresi içinde işçiyi çalıştırmak zorundadır. Buna bağlı bakiye süre ücreti ile öngörülmüşse, cezaî şart yükümlülükleri de doğabilir. Aynı şekilde, işçinin sözleşme süresi içinde iş sözleşmesini feshinde de, karşılıklı olarak öngörülmüş olmak kaydıyla, cezaî şart ile eğitim gideri ödemesi gündeme gelebilir. Bununla birlikte tarafların devir anında veya devralan işverenle işçinin daha sonra, belirli süreli iş sözleşmesi yapmaları mümkündür. Hatta iş sözleşmesinin devri sırasında, devam eden belirli süreli sözleşmenin hükümlerinin devralana geçmeyeceği özel olarak kararlaştırılmış olabilir”<sup>25</sup>.

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesinin iki temel şartı olan işçinin devre açık rızası ve iş ilişkisinin sona ermemiş olması, dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin aleyhine kullanılamaz. Özellikle işverenler arasındaki anlaşmaya dayalı olarak işçinin bir şirketten diğerine geçirilmesi, sözleşmenin feshi ve yeni bir iş ilişkisinin kurulması gibi gösterilerek işçinin haklarına zarar verilmesi kabul edilemez. Yargıtay kararlarına konu olan bazı olaylarda, işçinin çalıştığı şirket tarafından sözleşmesinin feshedildiği, fesihle aynı veya yakın bir tarihte başka bir bağlı şirket ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu gözlenmektedir. Bu şekilde işçi, aralıksız olarak aynı şirketler topluluğuna bağlı, bazen üç farklı şirkette yıllarca çalışmasını sürdürmektedir<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> ÇANKAYA/ÇİL, s. 646; Aynı yazarlara göre, “İhbar öneli tanınmış olan işçinin iş sözleşmesinin devri halinde, devralan işverenin önel kullandırma sorumluluğunun devam ettiği ve iş arama izinlerini vermesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu halde önel süresi sonunda, iş sözleşmesini devralan işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi sona erer. Ancak tarafların, iş sözleşmesinin devri sırasında bunun aksini öngörmeleri imkân dâhilindedir. İş sözleşmesinin devri sonrasında, devralan işveren ile işçi bir araya gelecek ihbar önelini ortadan kaldıracırlar.” (ÇANKAYA/ÇİL, s. 646).

<sup>26</sup> Yargıtay kararına konu olan bir olayda işveren, açıkça işçiye diğer şirkette görevlendirildiğini tebliğ etmemiştir. Bunun yerine, işçinin iş sözleşmesi sadece kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş, fakat feshi izleyen gün yeni bir iş sözleşmesi kurularak, işçi diğer holding şirketinde işbaşı yapmıştır. Bir süre de bu şirkette çalıştıktan sonra işçinin sözleşmesi kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş, yine feshi izleyen gün yeni bir sözleşme kurularak, işçi, bu sefer de farklı bir holding şirketinde çalışmaya başlamıştır. Bu şekilde işçinin aralıksız olarak aynı şirket topluluğuna bağlı üç farklı şirkette, birbirini izleyen dönemde çalıştığı görülmektedir. İşin ilginç yanı, işçinin bu şekilde işveren değişikliğine rağmen hep aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüş olmasıdır. Bu şekilde işçi son şirketteki işinden ayrılırken, sadece bu son şirketteki çalışması için kıdem tazminatı ödenmiş, önceki hizmet süresi hesaba katılmamıştır (Yarg. 9. HD., 2005/34562 E., 2006/15019 K., ALP, Sözleşmenin Devri, s. 318). Kararı değerlendiren Alp'e göre, “Oysa olayda iş sözleşmesi devrinin yapıldığı açıktır. İşverenlerin anlaşması ile ve onların menfaatleri doğrultusunda, işçinin iş ilişkisinde bir kesinti olmadan işveren değişikliği gerçekleşmektedir. İşverenlerin bu şekilde koordineli olarak fesih ve yeni iş sözleşmesi kurma işlemleri, sadece asıl amaç olan sözleşme devrinin gizlemeye yöneliktir. Bu şekilde işçi hak kaybına uğratılmaktadır. Zira işçinin bir şirketten diğerine geçişi, iş sözleşmesinin devri ile gerçekleştirilseydi, son işveren toplam süresinin tamamını dikkate alarak işlem yapmak zorunda kalacaktı. Bu durumda işçinin yıllık ücretli izin, ihbar

### III. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 429. MADDESİ İLE İŞ KANUNU'NUN 7. MADDESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

İş sözleşmesinin devri ile geçici iş ilişkisi arasında benzerlikler olmasına rağmen, hukukî sonuçları bakımından bu iki kurum birbirinden farklıdır<sup>27</sup>.

Bilindiği gibi, geçici iş ilişkisinde de işin ifasının başka bir işverene arz edilmesi söz konusu olmakla beraber, işveren değişikliği geçici bir süre için gündeme gelmektedir. Özellikle iş sözleşmesinin taraflarında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Hâlbuki iş sözleşmesinin devrinde ilişkinin tarafları değişmekte, daha doğrusu iş sözleşmesinin işvereni değişmekte; devreden işveren bu sıfatını yitirmekte, devralan işveren ise sözleşmenin yeni tarafı olmaktadır<sup>28</sup>.

“Yargıtay kararlarında da iş sözleşmesinin devrine en yakın kurum olarak, İş K. 7’de düzenlenmiş olan geçici iş ilişkisinin kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz. Gerçekten Yargıtay, 2006<sup>29</sup> ve 2007<sup>30</sup> yıllarında vermiş olduğu kararlarında, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, sözleşmenin devrinde de devir anında işçinin rızasının alınması gerektiğini açıklamıştır”<sup>31</sup>.

Bu konuda bir başka problem ise, iş sözleşmesi devri ile geçici iş ilişkisinin bir arada gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yargıtay kararına konu olan bir olayda iş sözleşmesi devri gerçekleşmiş, buna karşılık işçi, devreden işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmüştür<sup>32</sup>. “İşçinin, işveren değişikliğine rağmen aynı işyerinde çalışmasını sürdürmesi, sözleşme devri ile birlikte bir geçici iş ilişkisinin de kurulduğunu, sözleşmeyi devreden, geçici iş ilişkisi ile işçiyi ödünç alan işveren haline geldiğini kabul etmeyi gerektirebilir. Ancak aynı anda iki üçlü iş ilişkisine birden başvurulması, işverenler arasındaki gerçek ilişki ve işçinin durumu bakımından bir tereddüt doğurmaktadır. İşçinin fiilen, işyeri ve işinde bir değişiklik olmamasına, işveren yetkileri aynı kişide kalmasına rağmen neden sözleşme devrine başvurulduğunu anlamak güçtür. Böyle bir durumda, hem sözleşme devri hem de geçici iş ilişkisinin görünürde kaldığını ve geçerli

---

tazminatı ve kıdem tazminatı gibi kıdeme bağlı hakları, işçinin tüm şirketlerde geçen toplam hizmet süresi üzerinden hesaplanacaktı. Aynı holdinge bağlı, ortak bir insan kaynakları politikasına tabi işverenlere, bu şekilde işçinin kıdeme bağlı haklarında indirime gitme yetkisi tanınmaz. Bu amaca yönelik olarak, gerçekte iş sözleşmesi devri unsurlarını taşıyan, işçinin bir şirketten diğerine geçişi, fesih ve yeni iş sözleşmesi akdi şeklinde gerçekleşse de, iş sözleşmesinin devrine bağlanan sonuçlardan kurtulmayı amaçlayan bu işlemlere hukukî sonuç bağlanmamalıdır. Bu sonuca varmak için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramına gerek yoktur. Hakkın kullanımı yasağından MK. 2 uyarınca, fesih ve yeni iş sözleşmesi işlemlerini yok kabul edip, gerçek işleme sonuç bağlanmalıdır. İşverenlerin bu olayda aralarında anlaşma bulunduğu, feshine rağmen işçinin kesintisiz çalışmaya devam etmesinden anlaşılmaktadır. İşçinin de feshi izleyen gün yeni işverenle çalışmaya başlaması, sözleşme devrine razı olduğunu göstermektedir.” (ALP, Sözleşmenin Devri, s. 318).

<sup>27</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 305.

<sup>28</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdî İş İlişkileri I**, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), İstanbul, 2014, s. 267; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 118.

<sup>29</sup> Yarg. 9. HD., 26.12.2006, 2006/30168 E., 2006/34624 K., ÇANKAYA/ÇİL, s. 638.

<sup>30</sup> Yarg. 9. HD., 12.03.2007, 2006/35805 E., 2007/6303 K., ÇANKAYA/ÇİL, s. 638.

<sup>31</sup> ÇANKAYA/ÇİL, s. 638.

<sup>32</sup> Yarg. 9. HD., 14.03.2001, 2001/225 E., 2001/3914 K., www.legalbank.net (E.T.29.03.2019).

olmadığını kabul etmek daha yerinde olacaktır. Kural olarak iş sözleşmesi devrinde, işçinin devralan işveren yanında işbaşı yapması gerektiği söylenebilir. İşçinin devreden işveren yanında çalışmasını gerektirecek objektif sebepler yoksa iş sözleşmesi devrinin değil, devralan işvereni bordro işvereni haline getiren bir işlemin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Böyle bir işlemin, işveren değişikliği sonucunu doğuracağı söylenemez”<sup>33</sup>.

#### **IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SONUÇLARI**

İş sözleşmesinin devrinde, sözleşmenin muhtevasında bir değişiklik söz konusu değildir; değişen sadece işveren tarafıdır. İş sözleşmesinin devri ile birlikte devralan işveren de iş ilişkisinin tarafı haline gelir. Bu anlamda İş Hukuku’ndaki diğer üçlü ilişkilerle karşılaştırıldığında, iş sözleşmesinin devri ile işyeri devri arasında dikkat çekici benzerliklerin olduğu açıkça görülür<sup>34</sup>.

Açık bir kanunî düzenleme bulunmadığından<sup>35</sup>, iş sözleşmesinin devrinde, işçinin, sözleşmenin devrinden önce doğmuş alacakları ve kıdem süresine bağlı haklarından, hangi işverenin ne ölçüde sorumlu olduğunun belirlenmesi konusunda farklı çözümler benimsenebilir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bir konuda fikir birliği bulunduğu söylenebilir: İşçinin hizmet süresine bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin hakkı bakımından tüm çalışma süresi dikkate alınarak işlem yapılacaktır<sup>36</sup>. “İş sözleşmesinin devrinin işçinin kıdeminde bir kesinti yaratmadığı gerçeği karşısında bu sonuç isabetlidir. Buna karşılık, diğer konularda farklı görüşler mevcuttur. Kıdem tazminatı bakımından doktrinde, 1475 Sayılı İş K. 14’ün, işyeri devrinde kıdem tazminatından sorumluluk konusundaki hükmünün uygulanması kabul edilmektedir. Bu durumda devralan işveren, tüm süre üzerinden kıdem tazminatının tamamından sorumlu olmakla birlikte, devreden de sözleşme devrinden önceki hizmet süresi ve ücretle sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olacaktır. Bu görüşün, işçinin korunması bakımından isabetli olduğu açık olmakla birlikte, 1475 Sayılı İş K. 14/II ile sadece işyeri devrine bağlı işveren değişikliğinin düzenlendiği,

<sup>33</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 306.

<sup>34</sup> ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131.

<sup>35</sup> “TBK. 429’da, işyerinin devrine ilişkin İş K. 6/III’te ve TBK. 428/III’te öngörülmüş olan “devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır” hükmüne yer verilmemiştir.” (SÜZEK, s. 341).

<sup>36</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 321; EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1223; ÇANKAYA/ÇİL, s. 639. “Türk Borçlar Kanunu’nun 429. maddesinin II. fıkrasında iş akdinin devrinde, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlara ilişkin olarak, işyerinin devrini düzenleyen İş Kanunu’nun 6. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 428. maddesinin ilk iki fıkrasına hemen hemen paralel bir düzenleme getirilmiştir. TBK. 429/II’ye göre “Devir işlemiyle, devralan bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.” TBK. 429/II’de, İş K. 6 ve TBK. 428 / I – II’ye paralel bir hüküm getirildiğinden, bu konularda işyerinin devrine ilişkin hukukî sonuçlar kural olarak iş akdinin devrinde de aynen uygulanacaktır.” (SÜZEK, s. 331).

sözleşme devrinin Kanun'da yer almadığı da dikkate alınmalıdır"<sup>37</sup>. Yargıtay ise kararlarında birbirinden farklı sonuçlara varmaktadır. Kıdem tazminatı konusunda, iş sözleşmesinin toplam süresi üzerinden kıdem tazminatının hesaplanacağı ve kıdem tazminatının tümünden devralan son işverenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Devreden işverenin kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu ise, 1475 Sayılı İş K. 14/II'deki düzenlemenin işyeri devrine özgü olduğu, sözleşme devrini kapsamadığı gerekçesi ile bazı kararlarda reddedilmiştir<sup>38</sup>. Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında tam aksine, devreden işverenin de kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğuna hükmetmiştir<sup>39</sup>.

İşçinin nakledildiği işyerleri kamu kurumlarına ait ise, ortada tek bir işveren vardır, o da kamu işverenidir. Kıdem tazminatı açısından farklı kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği 1475 Sayılı İş K. 14/IV'ün amir hükmüdür. Yargıtay da bir kararında bu hususu açıklamıştır<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, "Hizmet Akdinin Devri – Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı", (Karar İncelemesi), **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, S. 1, s. 37 vd.

<sup>38</sup> Bu kararlardan birisinde Yargıtay, "Davacının davalılardan İndeks Ltd.Şti.de çalıştığı sırada hizmet akdinin devri sureti ile diğer davalıya ait işyerinde çalışmaya başladığı ve hizmet akdinin son işveren İ... Ltd. Şti. tarafından sona erdirildiği anlaşıldığından, hizmet akdini devreden işverenin ihbar ve kıdem tazminatından sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı gibi ihbar tazminatından akdi fesheden işveren sorumludur. Somut olayda işyeri devri de söz konusu olmadığından 1475 Sayılı İş Yasasının 14/2. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla anılan madde gereği işyeri devri halinde devreden işverenin kendi çalıştırma dönemi ile ilgili kıdem tazminatı sorumluluğu düzenlenmiştir. Dava konumuzda ise işyeri devri söz konusu olmayıp hizmet akdi devri mevcuttur. Böyle olunca ilk hizmet akdini devreden işveren hakkında ihbar ve kıdem tazminatı isteği ile açılan davanın reddi gerekir." kanaatine varmıştır (Yarg. 9. HD., 29.09.2005, 2005/309 E., 2005/31664 K. , ÇANKAYA/ÇİL, s. 639).

<sup>39</sup> HGK., 13.04.2005, 2005/9 – 203 E., 2005/252 K. , Yarg. 9. HD. , 14.03.2005, 2004/19810 E. , 2005/8203 K. ; Yarg. 9. HD. , 08.06.2004, 2004/3862 E. , 2004/14291 K. ; Yarg. 9. HD. , 14.03.2005, 2004/19810 E. , 2005/8203 K. , www.corpus.com.tr (E.T.29.03.2019). "İş sözleşmesinin devrine dair bir üçlü ilişkiyi ve ileride söz konusu olabilecek kıdem tazminatı ödeme yükümünü nasıl etkileyeceği üzerinde durulması gereken bir konudur. İş sözleşmesinin devrine rağmen kıdem tazminatı ödenmesi çelişkili bir durum olup, bu çelişki iş sözleşmesinin devri konusundaki iradelerin gerçek olup olmadığı sorusunu akla getirebilir. Kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatının da ödenmiş olması, bizi, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve yeni bir iş ilişkisi içine girildiği düşüncesine yaklaştırır. Ancak üçlü ilişkide tarafların iş sözleşmesinin devri konusunda iradelerini açık ve tereddütsüz ortaya koydukları bir örnekte, devreden işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için kıdem tazminatı ödenmiş olması bu ilişkiyi geçersiz kılmaz. Yapılan ödemenin kıdem tazminatı avansı olup olmadığı ayrı tartışmayı gerektirir." (ÇANKAYA/ÇİL, s. 649).

<sup>40</sup> "Mahkemenin hizmet aktinin davalı işveren tarafından feshedildiği değerlendirilmesi de yerinde değildir. Davalı 24.4.2004 tarihinde hizmet aktini feshettiğini savunmuşsa da, davacıya ihbar tazminatını peşin olarak ödemiş değildir. Davacının ihbar tazminatı ödenmeden önel süresi içerisinde 29.4.2004 tarihinde SSK.'ya tahsis talebinde bulunmuştur. Bu durumda feshin emeklilik sebebiyle davacı tarafından yapıldığının kabulü gerekir. İlk çalışılan işyerinin farklı kamu kuruluşuna ait olduğu anlaşılırsa hizmet sürelerinin 1475 sayılı Yasanın 14/4. maddesi gereğince birleştirilmesi gerekir. Eğer ilk çalışılan işyeri davalıya bağlı veya davalı tarafından devralınan bir işyeri ise hizmet sürelerinin aynı yasanın 14/2. maddesi gereğince bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir" (Yarg. 9. HD. , 07.11.2005, 2005/7100 E. , 2005/35142 K. , ÇANKAYA/ÇİL, s. 689).

Ancak söz konusu hizmetlerin birleştirilmesi için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde bir takım şartlar öngörülmüştür:

“T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir” (İş K. 14/V).

“Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz” (İş K. 14/VI).

Yargıtay, değişik kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı açısından birleştirilmesi için, iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesini yeterli bulmakta, ancak her bir çalışma döneminin bir yılı doldurmasını gerekli görmemektedir<sup>41</sup>.

Yine Yüksek Mahkeme'ye göre, hizmetlerin birleştirilebilmesi için, çalışılan son kurumun bir kamu kurumu olması ve çalışanın da işçi pozisyonunda çalışıyor olması gerekmektedir<sup>42</sup>.

İhbar tazminatı ve yıllık izin ücreti bakımından ise sadece devralanın sorumlu olacağı doktrinde kabul görmektedir<sup>43</sup>. Yıllık ücretli izin alacağı ancak iş sözleşmesi son bulduğunda doğacağına ve sözleşme devrinde sözleşme son bulmadığına göre, bu alacaktan da son işveren sorumlu olmalıdır<sup>44</sup>. “Yıllık ücretli izin hakkı, iş ilişkisi sona erince bir ücret alacağına dönüştüğü ve bu alacak iş ilişkisi sona ermeden muaccel olmadığına göre, alacağın niteliği gereği sadece devralan işveren sorumlu olur. Bu sebeple doktrinde savunulan görüş isabetlidir”<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> “Mahkemece, davacının önceki kamu kurumunda geçen hizmet süresinin bir yıldan az olduğundan söz edilerek bu dönemin kıdem tazminatı gerektirmeyecek şekilde son bulunduğu gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir. Ancak, somut olayda, kamu kurumlarında geçen çalışmaların birleştirilmesi söz konusu olduğundan, 1475 sayılı İş Kanununun 14/4. maddesi uyarınca toplam çalışma süresi göz önünde bulundurularak kıdem tazminatı hesabı yapılmalıdır. Bu nedenle, davacının önceki kamu kurumunda memur olarak geçen hizmet süresi de nazara alınmak suretiyle anılan Kanunun 14/6. maddesi gereğince yapılacak hesaplama doğrultusunda davacı fark kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır. Yazılı gerekçe ile isteğin reddi hatalı olup, kararın bu nedenle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir” (Yarg. 9. HD. , 13.01.2005, 2005/13000 E. , 2005/994 K. , www.corpus.com.tr (E.T.12.05.2019) ).

<sup>42</sup> “Olayda, davacıya sözü edilen Kanun hükmü uyarınca S. S. Kurumu'ndan aylık bağlanmış ise de, emekli olduğu son görevi, T. C. Emekli Sandığı'na tabi memur statüsünde olduğundan, son görev yeri olan davalı müesseseden kıdem tazminatı talep edemeyecektir” (Y9HD. , 11.12.1989, 1989/9608 E. , 1989/10808 K. , www.kazanci.com.tr (E.T.12.05.2019) ).

<sup>43</sup> EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1223; ÇANKAYA/ÇİL, s. 649.

<sup>44</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 322; EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1223; ÇANKAYA/ÇİL, s. 649.

<sup>45</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 322.



İş sözleşmesinin devrinden önce doğmuş bulunan devreden işveren borçlarından sorumluluk konusunda doktrinde üç farklı görüş vardır. İlk görüş sahiplerine göre, iş sözleşmesinin devri ile birlikte devreden işverenin sorumluluğu da sona erer. İş sözleşmesinin devrinden önceki mevcut borçlarla birlikte, devirden sonra doğacak olan borçların sorumlusu da yine devralan işverendir<sup>46</sup>. İkinci görüş ise, devreden ve devralan işverenlerin kendi dönemlerinden ayrı ayrı sorumlu olmaları yönündedir. Bu görüş uyarınca, devreden işverenin kendi döneminde doğmuş alacaklarından sorumluluğu sözleşme devrine rağmen devam eder. Buna uygun olarak, devralan işveren de sadece devir tarihinden sonra doğan kendi borçlarından sorumlu olur<sup>47</sup>. Üçüncü görüş ise, benzer bir üçlü iş ilişkisini düzenleyen İş K. 6 hükmünün uygulanması ve devir anında doğmuş hakların devralana geçmesi yönündedir. Fakat yine İş K. 6'da olduğu gibi, devreden işveren de iki yıl veya belirli bir süre devirden önceki haklardan sorumlu olacaktır<sup>48</sup>.

Yargıtay, 2004 ve 2005 yıllarına ait üç kararında, devreden işverenin devir tarihine kadar kendi işyerinde geçen çalışma süresi ile sınırlı olarak ücret, fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücretinden sorumlu olduğuna karar vermiştir<sup>49</sup>. Ancak

---

<sup>46</sup> EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1222 – 1223.

<sup>47</sup> ARSLANOĞLU, s. 544 – 545; ÇANKAYA/ÇİL, s. 649.

<sup>48</sup> Bu görüş sahiplerine göre, kanunda işyeri devri için öngörülmuş olan işverenlerin birlikte sorumluluğu, iş sözleşmesinin devri için de aynı şekilde geçerli olmalıdır. İş sözleşmesinin devriyle, devirden önce doğmuş haklar da dahil olmak üzere, tüm hak ve borçların sorumluluğu devralan işverene yüklendiğinde, bu işverenin ödeme gücünün yeterli olmadığı bir ihtimalde, işçi güvencesiz bir durumla karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Kaldı ki işyeri devri ile iş sözleşmesinin devrinde, işçinin korunması gereken menfaatleri açısından yakın bir benzerlik söz konusudur. Hukukî olgular arasındaki benzerlikler de kıyas kurumunun uygulanmasına imkân hazırlar. Bu yüzden, iş sözleşmesinin devrine, işyeri devrinde işverenlerin sorumluluğunu düzenleyen İş K. 6/III hükmü kıyasen uygulanmalı ve devreden işverenin de devralan işverenle birlikte 2 yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olması kabul edilmelidir (SÜZEK, s. 331; DOĞAN YENİSEY, Değerlendirme 2006, S. 39 - 40; ALPAGUT, Hizmet Sözleşmesinin Devri, S. 927; ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 133 vd. ; ALP, Sözleşmenin Devri, s. 322; ÇANKAYA/ÇİL, s. 649 – 650; GÜZEL, s. 37; EKONOMİ/EYRENCİ, s. 1222; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 301 v.d.). Aksi görüşte olan Karaçöp/Yamakoğlu'na göre ise, "Hükümde bir boşluk söz konusu değildir ve kanun koyucu müteselsil sorumluluk öngörmemiştir. Kanun tarafından açıkça belirtilmediği durumlarda kıyas yolu ile müteselsil sorumluluk öngörülmesi de söz konusu olamaz.", KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunu ile İlişkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2013, S. 38, s. 125.

<sup>49</sup> "Fazla mesai ve genel tatil alacaklarının her iki işveren için ayrı ayrı hesaplanması yerinde ise de; asgari ücretten hesaplanan bu alacakların toplamının son ücretin asgari ücrete oranı ile çarpılarak belirlendiği ve indirimin de bu son miktar üzerinden yapıldığı görülmüştür. Her iki alacağın da gerçekleştirildiği dönemlerde alınan ücret üzerinden hesaplanması gerekirken yazılı şekilde yapılan hatalı hesaplamaya itibar edilmesi isabetsizdir." (Yarg. 9. HD., 29.09.2005, 2005/309 E., 2005/31664 K., ÇANKAYA/ÇİL, 695). Aynı doğrultuda, HGK., 13.04.2005, 2005/9 – 203 E., 2005/252 K. ve Yarg. 9. HD., 14.03.2005, 2004/19810 E., 2005/8203 K. sayılı kararları, www.corpus.com.tr (E.T.29.03.2019).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2013 yılında aksi yönde; başka bir ifadeyle, üçüncü görüş sahiplerinin kanaatleri doğrultusunda bir karar vermiştir<sup>50</sup>.

İş sözleşmesi devredildiğinde, aslında, devreden işverenin işverenlik sıfatı sona ermekte, iş ilişkisi devralan işverenle devam etmektedir. Ancak sözleşme devrinin sonuçları konusunda çok açık bir düzenleme mevcut değildir. Borçlar Kanunu, sözleşme devrini bir halefiyet işlemi olarak kabul etmektedir. Bu durumda, halefiyet ilkesi gereğince, sözleşmeyi devralan, devreden halefi olur ve onun bütün hak ve borçlarının muhatabı olur. İlk görüş sahiplerinin hareket noktası işte bu prensiptir. Yani sözleşmeyi devralan, sadece devirden sonrakilerin değil; devirden önceki borçların da sorumlusudur. Ancak devreden işverenin, devirden önceki borçlarından sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir<sup>51</sup>. Diğer görüş sahipleri ise iş sözleşmesinin devrinde; devreden işverenin sorumluluğunun devirden önceki dönemle, devralan işverenin sorumluluğunun ise devirden sonraki dönemle sınırlı olduğu kanaatindedirler<sup>52</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi uyarınca: “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınır. “. Hükümde devreden sorumluluğu konusunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, devralanın “bütün hak ve borçları ile iş sözleşmesine taraf olması” ifadesi, “devir tarihinden önce doğmuş haklardan da devralanın sorumlu olacağı” şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Devralanın devir tarihinden önceki borçlardan sorumlu olmaması, sözleşme devrinin tanımı ve hukukî sonucuna da uygun düşmemektedir. Sözleşme devrinde devralan, yerine geçtiği tarafın hukukî durumunu tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak kazanmaktadır. Devralanın sözleşmeye taraf olmasının, devreden hukukî durumunu bir bütün olarak üstlenmesinin tabii sonucu, onun sözleşmeyi devralmadan önce doğmuş tüm haklardan da sorumlu olmasıdır<sup>53</sup>. Dolayısıyla devralan işveren, devirden önce doğmuş bulunan hakların sahibi, ücret, fazla çalışma v.b. borçların da sorumlusu olur<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Yarg. 22. HD. 29.01.2013, 2012/1360 E., 2013/1283 K. , www.corpus.com.tr (E.T.29.03.2019). Kararla ilgili olarak, Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat görüşlerini, “Ancak belirtelim ki, somut olayda iş sözleşmesinin devri TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiştir. Fakat Yargıtay Özel Dairesinin bu hususa vurgu yapmamış olması bu konuda her iki işverenin sorumluluğu görüşünü benimsediğini göstermektedir kanaatindeyiz.” şeklinde ifade etmişlerdir (ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 302).

<sup>51</sup> AYRANCI, s. 56, 57, 117.

<sup>52</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 323 vd.

<sup>53</sup> “Kural olarak, iş sözleşmesini devreden işverenle olan iş ilişkisinde ortaya çıkan çalışma şartları, devralan işverene ait işyerinde uygulanmaya devam olunmalıdır. Şu hale göre, devreden işverence işçinin süregelen çalışmalarıyla ortaya çıkan çalışma şartlarının uygulanmaması, İş K. 24/II'ye göre, işçiye haklı fesih imkânı verir. Aynı zamanda devralan işverence çalışma şartlarında değişiklik yapılması, ancak İş K. 22 hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır” (ÇANKAYA/ÇİL, s. 651).

<sup>54</sup> ALP, Sözleşmenin Devri, s. 324. Özkaraca'ya göre de, “Belirtelim ki, yukarıda yer verilen itirazlardan özellikle TBK. m. 428'de müteselsil sorumluluk öngören kanun koyucunun m. 429'da suskun kalmış olması karşısında, iş sözleşmesini devreden işverenin birlikte sorumluluğunun söz

Alp'e göre, "Burada asıl problem, devralan işveren bütün hak ve borçlardan sorumlu tutulurken, devreden işverenin de kendi döneminde doğmuş işçilik alacakları ve kıdem tazminatından sorumlu olup olmayacağını belirlemektir. Bu konuda bir kanun boşluğu olduğu söylenebilir. TBK. 429 hükmünde de bu boşluk doldurulmamıştır. Zira söz konusu hüküm, sözleşme devrinden önceki döneme ait işçilik alacakları bakımından devreden işverenin sorumluluğu konusuna girmemekte, doktrin ve Yargıtay kararlarında kabul edilen esaslara değinmemektedir. Bu kanun boşluğunun doldurulmasında işçiyi koruyacak sonuçlara ulaşılmasına dikkat edilmelidir. Bu sebeple doktrinde savunulan görüşe uygun olarak, işyeri devri konusundaki kanunî düzenlemelerin kıyasen uygulanmasına başvurulmalıdır. Bu kanunî düzenlemeler, İş K. 6 ile 1475 Sayılı İş K. 14'tür. Gerek devirden önce doğmuş işçilik alacaklarından gerek kıdem tazminatından, devreden ve devralan işverenlerin sorumlulukları, işyeri devri konusundaki bu düzenlemelere göre belirlenebilir. İş sözleşmelerinin topluca başka bir işverene devri anlamına gelen işyeri devrinde, kanun koyucu İş K. 6 ile devralanın tüm borçlardan sorumlu olması ve devredeninin de iki yıl birlikte sorumluluğunu, kıdem tazminatında da işyerini devredeninin kendi dönemi ve son ücreti ile sınırlı sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu şekilde işçinin haklarının olabilecek en etkin şekilde korunması amaçlanmıştır; onun, işveren değişikliğinden zarar görmesi önlenmek istenmiştir. Bu esasların kıyasen sözleşme devrine de uygulanması mümkündür."<sup>55</sup>.

---

konusu olmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak, Borçlar Hukuku prensip ve kurallarının doğrudan uygulanması ile varılacak bu sonucun, İş Hukuku açısından tatmin edici olmadığı kanısındayız. Gerçekten, gerek işyerinin gerek iş sözleşmesinin devrinde, işverenin kişiliğinde bir değişiklik meydana gelmekte ve bu değişiklik nedeniyle işçilerin zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. İşyerinin devri durumunda devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğunu öngören hükümler de, sözü edilen tehlikeye karşı işçilerin haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Aynı korunma ihtiyacı iş sözleşmesinin iradî devri durumunda da mevcuttur. İş sözleşmesinin devrinin işçinin rızası alınmak suretiyle yapılabilmesi, bu korunma ihtiyacını ortadan kaldıracabilecek nitelikte değildir" (ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 135).

<sup>55</sup> "İşyeri devri ile iş sözleşmesi devri arasındaki ortak nokta çok açıktır: Her ikisinde de iş sözleşmesi ve işçi devredilmektedir. İşyeri devri, kanun gereği iş sözleşmelerinin devridir. O halde öncelikle işyeri devri ve sözleşme devri aynı temel durumu yani sözleşme devrini esas alan hukukî kurumlar olmaktadır. Bunun yanında işçinin menfaatlerinin korunması ihtiyacı, işyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmesi devrinde de bulunmaktadır. Kanun koyucu, işyeri devrine bağlı sözleşme devrinin sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir. Bunun sebebi, topluca devredilen işçilerin menfaatlerini korumak, işçinin işveren değişikliğinden zarar görmesini önlemektir. Fakat iş sözleşmesinin devrinde de işçinin korunmaya değer menfaatleri işyeri devrindekinden farklı değildir. İşyeri devrinde, devreden işverenin de işçilik alacaklarından müteselsil sorumlu kalmaya devam etmesinin sebebi, işçiyi, malî durumunu ve ödeme gücünü bilmediği yeni işvereni karşısında güvenceye almaktır. İşverenlerin kararı ve menfaati doğrultusunda gerçekleşen bir iş sözleşmesi devrinde de işçi aynı güvenceye muhtaçtır. İşyeri devri yolu ile gerçekleşen sözleşme devrinde işçinin menfaatlerini korurken, iş sözleşmesi devrinde bu menfaatleri korumamak kabul edilemez. İşyeri devrindeki koruyucu düşünce sözleşme devri için de geçerlidir: İşçinin işveren değişikliğinden bir zarar görmesi önlenmelidir. Bu durumda, işyeri devri halinde işveren değişikliğini düzenleyen hükümlerin, sözleşme devri ile gerçekleşen işveren değişikliğinde uygulanmamasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır" (ALP, Sözleşmenin Devri, s. 324 – 325).

Gerçekten, işyeri devrinde, işçinin rızası aranmadan devir gerçekleştirildiğinde dahi, devir anında doğmuş bulunan işçilik alacaklarından ve kıdem tazminatından, devreden işveren, Kanun'da belirtilen şartlar dâhilinde müteselsil olarak sorumluluk altında bulunmakta iken, işçinin rızası dâhilinde gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde, devreden işvereni böyle bir sorumluluktan muaf kılmak, iş hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi, ekonomik açıdan güçsüz durumda olan işçiyi, güçlü işveren karşısında tamamen çaresiz bırakmak anlamına gelecektir. Zira işçinin, istisnalar dışında, haklarını elde etme imkânlarının azalmasına bilerek rıza göstermesini anlamak kolay değildir. Alp'in de belirttiği gibi, zaten TBK. 429'da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, iş sözleşmesinin devrine en yakın kurum olan işyeri devrindeki hükümlerden yararlanmak suretiyle işçilik alacaklarını teminat altına almak, işçi lehine olabilecek en tutarlı uygulamadır.

Sonuç olarak, işverenlerin sorumluluklarına dair İş K. 6'nın ilk üç fıkrası ve 1475 Sayılı İş K. 14/II hükümlerinin iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması kabul edilmelidir<sup>56</sup>. Sözleşme devri ile iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile devralana geçer. Sözleşmeyi devralan, işçinin hizmet süresine bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin hakkı gibi haklarında, iş sözleşmesinin ilk kurulduğu tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. İş güvencesine esas altı aylık sürenin hesabında da sözleşmenin ilk kurulduğu tarih

---

<sup>56</sup> Kıyasen uygulama ile ilgili olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında, "Çalışma hayatında sıklıkla işverenler arasında işyeri devri yapıldığı gibi, iş sözleşmesinin devri de yapılmaktadır. İşyeri devrinde tüm işçilerin sözleşmeleri topluca yeni işverene devredilirken, iş sözleşmesinin devrinde sadece bir işçinin sözleşmesi yeni işverene devredilmektedir. Ancak, ikisinde de işveren değişikliği olgusu ortaktır. Diğer bir deyişle, ikisinde de sözleşme sona ermeden işveren taraf değişmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, 4857 sayılı Kanun'da işyeri devri açıkça düzenlenmiş ise de, iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri arasındaki hukukî işlemin benzerliği karşısında öğretide, işyeri devrinde öngörülen düzenlemenin kıyasen iş sözleşmesinin devrinde de uygulanabileceği ifade edilmektedir. Sonuç olarak, işverenlerin sorumluluklarına dair 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve 4857 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerinin bütün halinde iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması kabul edilmelidir. Bu durumda, devralan işvereni sadece kendi dönemindeki borçlarla sınırlı olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. İş sözleşmesinin devrinden önce doğmuş borçlardan da devralan işveren sorumlu olacaktır" kanaatine varmıştır (Yarg. 22. HD. 29.01.2013, 2012/11360 E., 2013/1283 K., www.kazanci.com.tr (E.T.13.05.2019). Aynı yönde olmak üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında, "... işyeri devrinde olduğu gibi hizmet akdi devrinde de kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatından son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır" sonucuna varmıştır (Yarg. 9. HD., 18.11.2013, 2013/2920 E., 2013/29532 K., www.kazanci.com.tr (E.T.13.05.2019).

esas alınır. Sözleşme devri tarihinde doğmuş bulunan ve ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenler birlikte sorumludur. Ancak devreden sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. Kıdem tazminatı bakımından ise devreden işveren, kendi dönemi için hak kazanılan kıdem tazminatından, bu dönemdeki ücretle sınırlı olarak, 1475 Sayılı İş K. 14/II'ye göre sorumlu olacaktır<sup>57</sup>.

## **DEĞERLENDİRME ve SONUÇ**

İş sözleşmesinin devri, İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Aslında söz konusu kurum, önceki (818 Sayılı) Borçlar Kanunu'nda da mevcut değildi. İş sözleşmesinin devri, uygulamada “sözleşme hürriyeti” çerçevesinde mümkün görülmekteydi. Kurum, ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi ile pozitif bir temele dayandırılmıştır.

İş sözleşmesinin devri; devreden işveren, devralan işveren ve işçinin uygun irade beyanları neticesinde gerçekleşmekle birlikte, bu üçlü ilişkide işçinin rızasının alınma zamanı özel bir öneme sahiptir. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, bu konuda TBK 429'da bir açıklık yoktur. Ancak işçinin, işveren karşısındaki sosyo - ekonomik durumu dikkate alındığında, bu rızanın baştan, yani iş sözleşmesi yapılırken alınmasını kabul etmek, güçsüz durumda bulunan işçiyi daha kötü duruma sokmak demektir. Dolayısıyla, geçici iş ilişkisinde dahi işçinin rızasının devir sırasında alınması gerektiği dikkate alındığında, iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli devrinde, bu rızanın devir sırasında alınması gerektiği evleviyetle kabul edilmelidir.

Aynı şekilde, TBK 429 hükmünde, devreden işverenin sorumluluğu konusunda da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle, hükümde bu konuda bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu boşluğun doldurulması gerekmektedir. Ancak bu yapılırken, işçinin korunması, söz konusu işlemin temelini oluşturmalıdır. Bu sebeple doktrinde de ekseriyetle savunulduğu üzere, işyeri devrindeki kanunî düzenlemelerin kıyasen iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması işçiye etkin bir koruma sağlayacaktır. Bu kanunî düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesidir.

Gerçekten, işyeri devrinde, işçinin rızası aranmadan devir gerçekleştiğinde dahi, devir anında doğmuş işçilik alacaklarından ve kıdem tazminatından devreden işveren, Kanun'da belirtilen şartlar dâhilinde müteselsil sorumluluk altında bulunmakta iken, işçinin rızası dâhilinde gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde, devreden işvereni böyle bir sorumluluktan muaf kılmak, iş hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi, ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan işçiyi, güçlü işveren karşısında tamamen çaresiz bırakmak anlamına gelecektir. Zira işçinin, istisnalar dışında, haklarını elde etme imkânlarının azalmasına bilerek rıza göstermesini anlamak kolay değildir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin devrine en yakın kurum olan

---

<sup>57</sup> SÜZEK, s. 341 – 342; ALP, Sözleşmenin Devri, s. 327; ÖZKARACA, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137.

işyeri devrindeki hükümlerden yararlanmak suretiyle işçilik alacaklarını teminat altına almak, işçi lehine olabilecek en tutarlı uygulamadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## **KAYNAKÇA**

ALP, Mustafa, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, 2005. (Sözleşmenin Değiştirilmesi)

ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devri”, **İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum, İstanbul, 2009, s.301 – 327. (Sözleşmenin Devri).

ALPAGUT, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2011, S. 31, s.913 – 959. (Hizmet sözleşmesinin Devri).

ARSLANOĞLU, M. Anıl, “İş Sözleşmesinin İradî Devri İle İşverenin Değişmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2006, S. 10, s.533 – 545.

AYRANCI, Hasan, **Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, 2003.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Hizmet Akdinin Devri – Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı”, (Karar İncelemesi), **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, S. 1.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu – İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul, 15 Kasım 2013 (Türk Borçlar Kanunu – İş Kanunu İlişkisi).

CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına, Hizmet Sözleşmesinin Devrine ve Sona Ermesine İlişkin Hükümleri”, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve Mevzuatımızdaki Yeni Gelişmeler, İş Müfettişleri Derneği- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 2014, s.52 – 91. (Türk Borçlar kanunu)

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 3. Baskı, Ankara, 2011.

ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul, 2020.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, Ankara, 2009, s.9 – 99, (Değerlendirme 2006).

EKONOMİ, Münir, “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Y. 2008, S. 12, s.5 – 23. (Esneklik).

EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.2, İstanbul, 2001, s.1199 – 1223.

KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunu ile İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2013, S. 38, s.83 – 148.

KOCAGİL, İpek, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2011, S. 22, s.46 – 61.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı C. 1: Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdî İş İlişkileri I**, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), İstanbul, 2014.

ÖZKARACA, Ercüment, “İş Sözleşmesinin Devri”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, İstanbul, 2014, s.115- 141. (İş Sözleşmesinin Devri)

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, 20. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, 2020.