



İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi



Cilt: 5 / Sayı: 9
2020

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**CİLT V, Temmuz, Sayı 9
Vol. V, July, No. 9**

**İstanbul
Temmuz 2020**

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 © 2020

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 ve sair 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. Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

<p>İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Sahibi: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR Editör: Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT Yayımcının Adı: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Basımcının Adı: Renk Matbaası Yönetim Yeri: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul Yayın Türü: Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir.</p>	<p>Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Review Publisher: On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI Responsible Manager: Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR Editor: Dr. Öğr. Üyesi Tülay YILDIRIM MAT Name of Publishing Company: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Printed by: Renk Matbaası Place of Management: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul Type of Publication: Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi- annually.</p>
--	---

ISSN-2458-7958

Basım Tarihi: Eylül 2020

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan
Kurban Cd. No: 44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail lawreview@medeniyet.edu.tr
URL: hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-lawreview

Temmuz 2016 ve 2020 Ocak Tarihleri Arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla yayımlanan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Temmuz 2016 yılından itibaren yılda 2 sayı olarak Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makalelerin yayımlandığı hakemli bir dergidir.

DANIŞMA KURULU / REFEREE LIST

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	
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 Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Paslı	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay	Antalya Bilim Üniversitesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Başbuğ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Gülan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan Döner	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Cem Baygın	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Cemil Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. C. İlhan Günay	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Emre Esen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. E. Murat Engin	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit	MEF Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Fuat Bayram	Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Füsün Nomer Ertan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan Hakeri	
Prof. Dr. Halil Akkanat	Türk Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Hacak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Tunç	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi
Prof. Dr. H. Hadi Sümer	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. H. İbrahim Sarıoğlu	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. H. Nuri Yaşar	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Özbay	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. İsmail Kayar	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Kadir Arıcı	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Levent Akın	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Kabakçı	İstanbul Teknik Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Koca	İstanbul Medipol Üniversitesi

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

YAYIN İLKELERİ

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHPD), hakemli dergi statüsünde, Ocak-Temmuz 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. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.
4. 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.
5. 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.
6. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
7. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
12. 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 atıflarında:**

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

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 atıflarda:

TOPUZ, s. 298.

d. Elektronik kaynakların atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

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 atıflarda:

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 atıflarda 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 sistematik kullanılması gerekir.

l. Resmî Gazeteye yapılacak atıflar 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 January and July, 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. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200- 250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
4. 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.
5. 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.
6. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
12. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**
WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**
LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany", <https://eguides.cmslegal.com/>

pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

bb. For following footnotes of the same work:

LORCHER, p. 9.

- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**

CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.

CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.

- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**

aa. For the first footnote:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, *Principles of International Taxation*, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

bb. For following footnotes of the same work:

MILLER/OATS, s.145.

- f. Citing a court case:**

Notes for court cases should include case name, number, volume number, abbreviated name(s) of reporter, and, in parentheses, the abbreviated name of the court and the date. Case names written in full are typeset in roman, while in subsequent shortened citations the short form of the case name is italicized. Citations are assumed to refer to decisions as a whole unless a particular page is cited using "at" (see example 3 below).

1. *United States v. Christmas*, 222 F.3d 141, 145 (4th Cir. 2000).
2. *Profit Sharing Plan v. Mbank Dallas, N.A.*, 683 F. Supp. 592 (N.D. Tex. 1988).
3. *Christmas*, 222 F.3d at 145. The court also noted that under *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7 (1989), police may briefly detain a person without probable cause if the officer believes criminal activity "may be afoot." *Christmas*, 222 F.3d at 143; see also *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

İ Ç İ N D E K İ L E R¹ / C O N T E N T S

MAKALELER² / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

HUKUK EĞİTİMİNİ YENİDEN TASARLAMAK: BİR HUKUK EĞİTİM REFORMU ÖNERİSİ

RE-DESIGNING THE LAW EDUCATION: A SUGGESTION FOR LEGAL EDUCATION REFORM

Ramazan ARITÜRK..... 1

Özel Hukuk / Private Law

BİRLEŞMEDE İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN DOLAYI ORTAKLARIN ŞAHSİ SORUMLULUĞU

SHAREHOLDERS' PERSONAL RESPONSIBILITIES DUE TO DEBT OF EMPLOYEES IN MERGER

Aslıhan KAYIK AYDINALP.....65

¹ Bu sayıda sadece araştırma makalesi biçimde eserler bulunmaktadır. In this issue, there are only research article type of publications.

² Makaleler, yazarları ilk isimlerine göre alfabetik olarak sıralanmıştır. Articles are drawn up according to alphabetical order of the names of the authors.

İŞÇİNİN KİŞİSEL İNTERNET KULLANIMININ İŞ İLİŞKİSİ VE İŞVERENİN KİŞİLİK HAKLARINA ETKİSİ

EMPLOYMENT OF THE PERSONAL INTERNET USE ON THE RELATIONSHIP OF THE JOB AND THE EMPLOYER'S RIGHTS

Atanur KARAAHMETOĞLU79

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN “İMKÂNSIZLIK” HALİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

APPEARANCE OF CULPA IN CONTRAHENDO RESPONSIBILITY IN CASE OF IMPOSSIBILITY

Erkam Haşim BULUT.....107

KÜRESEL COVID-19 SALGINI'NIN TÜRK BİREYSEL İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

THE IMPACT OF THE GLOBAL COVID-19 PANDEMIC ON TURKISH INDIVIDUAL LABOR LAW

İbrahim SUBAŞI127

AZINLIK HİSSEDARLARININ KORUNMASI KAVRAMI; TEORİK ÇERÇEVE

NOTION OF PROTECTION OF MINORITY SHAREHOLDERS; THEORETICAL FRAMEWORK

Meltem KARATEPE KAYA195

KAZA SİGORTALARI

ACCIDENT INSURANCES

Şaban KAYIHAN/ Özcan GÜNERGÖK.....221

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ÇAPRAZ TEMERRÜT KAYITLARI

CROSS DEFAULT CLAUSES IN BANK CREDIT AGREEMENTS

Şerafettin EKİCİ.....247

HUKUK EĞİTİMİNİ YENİDEN TASARLAMAK: BİR HUKUK EĞİTİM REFORMU ÖNERİSİ

Ramazan ARITÜRK¹

ÖZET

Adaleti tesis etmek ve bir hukuk devleti olmak için iyi bir yargı sistemine ve iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç vardır. Bunun için de iyi bir hukuk eğitim sistemi gereklidir. Ülkemizde son yıllarda hukuk fakülteleri ve öğrenci sayısında ciddi seviyede artış olması üzerine hukuk eğitimindeki niteliği arttırmak için birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Ancak yeterli olmayan bu düzenlemelerin ötesinde hukuk eğitim sisteminin yeniden düşünülmesi ve tasarlanması gerekmektedir. Farklı hukuk sistemlerindeki çeşitli hukuk eğitim sistemleriyle karşılaştırınca, ülkemizde hukuk eğitiminde temel bir yöntem değişikliğine gitme ihtiyacı öne çıkmaktadır. Mutlak taktır (ders anlatma) yöntemi yerine, karar yönteminin avantajlı yönlerinin de sisteme dahil edildiği, teorik eğitimin yanında uygulamalı çalışmaları da içerecek bir hukuk eğitim modeli kurgulanmalıdır. Bu doğrultudaki somut önerimiz ise hukuk eğitimi öncesi bir lisans programından mezuniyet şartı getirilmesi ve hukuk fakültesi eğitiminin beş yıla çıkarılması, üç yıllık lisans eğitiminin ardından tüm hukuk meslekleri için ortak iki yıllık meslek stajının da hukuk fakültesi eğitimine dahil edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: *Hukuk eğitimi, hukuk fakültesi, hukuk meslekleri, meslek stajı.*

RE-DESIGNING THE LAW EDUCATION:

A SUGGESTION FOR LEGAL EDUCATION REFORM

ABSTRACT

A good judicial system and well-trained lawyers are needed to establish justice and rule of law. For this, a good legal education system is required.

In recent years, due to the serious increase in the number of law schools and students in our country, some arrangements have been made to increase the quality of law education. However, beyond these inadequate regulations, the legal education system needs to be reconsidered and designed. Comparing with various legal education systems in different legal systems, the need to change a basic method in legal education in our country comes up. Instead of absolute lecture method, a legal education model which includes the advantageous aspects of the case method and includes practical studies as well as theoretical education should

¹ Av. Dr., ORCID: 0000-0003-0898-2128, ramazan@elmadaghukuk.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.06.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29.07.2020

be designed. Our concrete suggestion in this regard is to require a university degree before law school and to increase the law school education to five years, and after a three-year undergraduate education, also a joint two-year professional internship commun for all legal professions shall be included into the law school education.

Keywords: Legal education, law school, legal professions, professional internship

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda hukuk fakülteleri ve öğrenci sayısında ciddi seviyede artış olması üzerine hukuk eğitimindeki niteliği arttırmak için birtakım düzenlemeler yapılmıştır². Ancak bu düzenlemeler çözüm bulmak niyetiyle yapılsa da bütüncül bakıştan uzak, ihtiyaçlara cevap vermeyen, deyim yerinde ise kısa vadeli yapıldığından benzer konularda yeni stratejiler geliştirme yoluna gidilmiştir³. Yeterince düşünülmeden, tartışılmadan ve olgunlaştırılmadan yapılan ilk düzenlemeler, sonradan ayak bağı ve çözüm bekleyen sorun haline gelmiştir.

Türkiye toplumunun adalete olan saygısı ve inancı maalesef giderek azalmaktadır⁴. Toplumun adaletten ve hukuktan memnun olmaması aslında yargı camiasından, yargı sistematüğinden ve dolayısıyla ülkemizdeki hukuk eğitiminden memnun olmadığını göstermektedir.

Harvard Hukuk Fakültesi Profesörü Felix Frankfurter'a göre: Hukukçuların niteliği o ülkedeki hukukun niteliğini göstermektedir. Hukukçuların iyi yetişmesi de hukuk fakültelerinin iyi nitelikte olmasına bağlıdır⁵. Hukuka saygılı devlet; hukukçu yetiştirmeye önem veren devlettir. Hukuka saygılı olan ve iyi hukukçular

² Bu amaçla hukuk fakültelerine öğrenci alımında kontenjan sınırlaması getirilmiş ve ilgili puan türünde belirli bir başarı sıralamasına giremeyen öğrencilerin hukuk fakültelerine yerleşmesinin önüne geçilmiştir. Öncelikle 150.000 olarak belirlenen baraj daha sonra 190.000'e ve son olarak 125.000'e çekilmiştir. Konu ulusal basında ifade ediliş şekli dikkate değerdir: "*Tip programına 2010 ÖSYS'de 20 bin 200'üncü, 2014 ÖSYS'de 101 bininci, hukuk programına 2010 yılında 177 bininci, 2014 ÖSYS'de ise 366 bininci aday yerleşti. Getirilen başarı sırası barajıyla tıp ve hukukta eğitim seviyesinin yükseltilmesi hedefleniyor.*" **Gönül Koca**, "Doktor olacaksın 40 bin, avukat olacaksın 150 bin", Hürriyet Gazetesi, 06.09.2015 , <http://www.hurriyet.com.tr/egitim/doktor-olacaksın-40-bin-avukat-olacaksın-150-bin-28180410> (Erişim: 06.01.2020)

³ Adalet Bakanlığınca hazırlana reform stratejisinde "*Öğrenci sayısının fazlalığı nitelikli eğitim verilmesini engellemektedir. Bundan hareketle fakültelerin kabul ettiği öğrenci sayısının gözden geçirilmesinde fayda olduğu değerlendirilmiştir.*" Adalet Bakanlığı, Yargı reformu Stratejisi, Mayıs 2019, s. 40. http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/pdf/YRS_TR.pdf, (Erişim: 06.01.2020)

⁴ "*Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit: Şunu da ifade etmek istiyorum; geçmişte yargıya güven yüzde 70 idi, şimdi yüzde 30'lara düştü.*", "Yargıtay Başkanı: Güven yüzde 70'ti yüzde 30'a düştü", Hürriyet Gazetesi, 2016 Nisan 29, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-baskani-guven-yuzde-70ti-simdi-yuzde-30a-dustu-40096779> (Erişim: 01.08.2019).

⁵ Bu ifade, Harvard Hukuk Fakültesi Profesörü Felix Frankfurter'ın Mr. Rosenwald'a 13 Mayıs 1927'de yazdığı bir mektuptan alınmıştır. Bkz. **Harry T. Edwards**, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", Michigan Law Review, , S. 91 (1), 1992, ss. 34-78, Akt: **Alper Uymaz/ Kemal Erdoğan**, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 64, 2015, s. 465. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2007/20954.pdf> (Erişim: 25.07.2019).

yetiştirmeye çalışan bu devlet kıyamete kadar baki olmaya namzettir. Halkını ezmeyen devlet, devletine saygılı halk oluşturmak için Şeyh Edebalı'nın “insanı yaşat ki devlet yaşasın” felsefesi benimsenmeli, vatandaşın hakkına, hukukuna saygılı hukuk insanları yetiştirilmelidir.

Hukuka ve hukukçunun yetişmesine önem veren Osmanlı Devleti; Orta Avrupa'dan, Kuzey Afrika'ya kadar birçok ülkede hakimiyetini sürdürebilir hale getirmiştir. Hakeza Roma İmparatorluğu hukuka ve hukukçunun yetiştirilmesine önem verdiği için MÖ 1. Yüzyıldan MS 1453 yılına kadar Avrupa, Afrika ve Asya kıtasında hüküm sürmeyi başarmıştır. Bu imparatorlukların başarısında siyasi ve toplumsal etmenlerin yanı sıra hukuk eğitimine ve hukuk sistemlerine verdikleri önem de etkilidir.

Çalışmamızda öncelikle, hukuk eğitim reformunda dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüz çeşitli ülkelerdeki hukuk eğitim sistemini inceleyecek, akabinde ise somut reform önerimizi ortaya koyacağız.

I. BAZI ÜLKELERDE HUKUK EĞİTİMİ

A. Almanya

Almanya hukuk bilimine verdiği önem sayesinde hem hukuk teorisinde hem de yargı içtihatlarında çok gelişmiştir. Öyle ki Latin Amerika'dan Asya kıtasına kadar birçok ülke Almanya'da geliştirilen hukuk teorilerini ve içtihatlarını takip etmektedir. Dünyanın birçok ülkesi gibi ülkemiz de Almanya'nın hukuk alanındaki çalışmalarından ve mevzuat sistematiğinden istifade etmiştir⁶. Nitekim Almanya'nın hukuka verdiği önem tüm dünyada Alman hukuku ve hukukçusunun niteliğine işaret eden “*Berlin’de hakimler var*” mottosunun bilinmesini sağlamıştır⁷.

Almanya’da hukuk eğitimi hukuki bilgiyi ezberden çok öğrenciye hukukun yapısını öğrenme, hukuki bilgiyi anlama, sorgulama ve yorumlama becerisi kazandırmayı hedefleyerek verilir.

Hukuk fakültesine kayıt yapabilmek için öncelikle on üç yıllık orta öğretimi bitirmek ve akabinde her eyalette yapılan “*abitur*” sınavını vermek gerekir. Hukuk fakültesine kayıt yaptıktan sonra hukuk eğitimi iki aşamalı şekilde yaklaşık beş

⁶ Gece Yolcusunun Seyir Defteri, “Almanya’da Hukuk Eğitimi Üzerine Gözlem ve İncelemelerim”, (2014 Nisan 5), Erişim Adresi: <https://gecegezgini.wordpress.com/2014/04/05/almanyada-hukuk-egitimi-uzerine-gozlem-ve-incelemelerim/> (Erişim: 25.07.2019).

⁷ “Prusya Kralı II. Friedrich'in Berlin yakınlarındaki Potsdam'da yeni bir saray yaptırmak için beğendiği arazide bulunan bir değirmenci, kralın görevlendirdiği kişiler tarafından mülkünü satması için ikna edilemez. Değirmenci, mülkün ailesinden miras kaldığını ve asla satmayacağını beyan eder. Bunun üzerine II. Friedrich değirmenciyi sarayına çağırır ve isteğini bizzat dile getirir. Yeniden red cevabı alması üzerine “Sen benim kral olduğumu bilmiyor musun?” diyerek hiddetlenir. Bunun üzerine de değirmenci ise “Haklısınız efendim; ama siz de biliniz ki Berlin’de hakimler var!” şeklinde karşılık verir”. Emir Öngüner, “Berlin’de Hakimler Var Efsanesi ve Gerçekler”, Devlet Dergisi, Mart, 2018, s. 4.

yıl sürmektedir. İlk aşamada fakültede teorik dersler verilmektedir⁸. Bu derslerin verildiği ilk aşamanın sonunda üniversite ve devlet iş birliği ile ortak bir sınav yapılmaktadır. Bu sınava girenlerin yaklaşık %25'i başarısız olmaktadır. Sınavı iki defa geçemeyen öğrenciler bir daha hukuk eğitimi alamamaktadır⁹.

İkinci aşamada ise öğrenciler pratik eğitime tabi tutularak ilk aşamada öğrendikleri bilgilerin pekişmesi sağlanmaktadır. Özellikle uygulamaya ve yargılama hukukuna ilişkin bilgi ve yetenekler kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu aşamada "*Referendar*" ismiyle anılan stajyerler toplamda 24 ay staj yapmaktadır. Staj esnasında sırasıyla; 1. ay ila 5. aylar arası asliye hukuk ve sulh hukuk hakiminin yanında, 6. ila 8. aylar arası savcılıkta, 9. ila 11. aylar arası idari bir kurumda, 12. ila 21. aylar arası bir avukatın yanında ve kalan üç ayda seçimlik staj yapar. Hakim yanı stajında stajyerler en az 6 dosyanın çalışmasını yapar, kararını yazarlar. Bu çalışmalarını ve kararlarını yanı sıra staj yaptıkları hâkime sunarlar. Hâkim, bunun üzerine bir değerlendirme yaparak stajyere karne verir. Savcılık stajında da stajyer; hakim yanı stajına benzer bir şekilde dosya ve iddianame hazırlar bunu da gözetmen savcının değerlendirmesine sunar. İdari kurum stajı ise herhangi bir kurumda örneğin emniyette ya da sanayi ve ticaret odasında yapılır. Almanya'da yapılan son reform ile birlikte seçimlik olan avukat stajı zorunlu hale getirilmiş, süresi de 4 aydan 10 aya çıkarılmıştır¹⁰. Stajyerler avukatlık stajını bir avukatın gözetiminde çalışarak geçirirler¹¹. Stajyer son üç aylık stajında istediği meslek stajına devam eder. Stajyer aynı zamanda, ilgili alanlardaki eğitimi destekleyici derslere katılmak zorundadır.

Birleşik eğitim sistemini benimsenen Almanya'da tüm meslek stajları bu tek staj eğitiminde tamamlanmaktadır¹². Avukat, hâkim ya da savcı olmak isteyen her meslek grubu için tek staj olduğundan farklı meslekler icra edecek olsalar da iletişim ve empati kurma becerileri kazanmış olmaları sağlanmaktadır. Böylelikle avukat, hâkimin nasıl karar vereceğini bilerek hareket edecek, hâkimin de avukatın taleplerini anlaması daha da kolaylaşacaktır¹³.

Hukuk eğitiminin ikinci aşamasında staj devam ederken yirminci ayında ikinci devlet sınavı yapılır; bu sınavdan alınan puanla kişinin hâkim savcı ya da avukat olacağı belirlenmiş olur. On dört puan üzerinden değerlendirilen ikinci eyalet sınavında en az dokuz puan alanlar hâkimlik ve savcılık; daha düşük puan alanlar

⁸ "*Zorunlu dersler kabaca medeni kanun (Bürgerliches Recht); medeni usul (Zivilprozessrecht); ticaret hukuku (Handelsrecht); şirketler hukuku (Gesellschaftsrecht); iş hukuku (Arbeitsrecht); ceza hukuku (Strafrecht); ceza usul (Strafprozessrecht); Anayasa hukuku (Staatsrecht); Anayasa yargısı (Verfassungsprozessrecht); Genel hatlarıyla Avrupa toplulukları hukuku (Europarecht); idare genel ve özel hukuku (Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht) ve idari yargılama usulü (Verwaltungsprozessrecht).*" **Çiğdem Sert Çelik**, "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik". TBB Dergisi, S. 54, 2004, s.341.

⁹ **Heiner Hans Kuhne**, "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi", TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003, s. 138.

¹⁰ **Kuhne**, s.138

¹¹ **Sert Çelik**, s. 341.

¹² **Kuhne**, s.138

¹³ **Sert Çelik**, 342.

ise serbest avukatlık yapma hakkı kazanır¹⁴. Her iki devlet sınavında da *Klausur* adı verilen yazılı bir sınav yapılır ve makale hazırlanır. Makale ödevlerinin bilimsel nitelik taşıması gerekmektedir¹⁵.

Avrupa’da yapılan çalışmalar sonucunda hukukun ve hukuk mesleklerine yaklaşımın gelişmesi, hukuk eğitimi süreci ile ilgili tartışmaları tetiklemiş, Almanya’da da bu eleştiriler geniş kitlelere yayılmış bunun sonucunda 1.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren federal “Hukukçu Eğitimi Reformu Kanunu (*Gesetz zur Reform der Juristenausbildung*)” kabul edilmiştir. Reformla hukuk fakültesinden hukuk mezunu olarak ayrılmak ve mezun olanların ilgili alanlara yönelmesi fikri korunmuş olmakla birlikte, yeni anlayışa göre öğrencileri mesleki alanlara yönlendirmek temel alınmıştır. Almanya’daki eğitimin temelinde “hâkim odaklı” eğitim anlayışından vazgeçilerek diğer hukukî alanlara yönelik uzmanlar ve avukat yetiştirme yaklaşımı esas alınmıştır. Buna bağlı olarak eğitimin içinde avukatlığa hazırlık düşüncesi belli bir yer edinmiştir. Hukuk fakültesi öğrencilerinin %80’lik bir kısmının avukatlığı tercih etmesinin bu düşüncede önemli bir rol oynamış olması muhtemeldir. Bu bağlamda fakültede seçimlik dersler artırılmış, uyuşmazlık çözme, karar verme odaklı eğitim yerine avukatlığı hedef alan, hukukî danışmanlık, müzakere yönetimi, aracılık ve uyuşmazlıkların uzlaşmaya dayalı çözümünü gibi tercihler ön plana çıkartılmıştır. Bu durum, gerçek bir paradigma değişimi olmakla, piyasa eğilimlerine yönelik bir eğitimin pozitif hukuk ile hukukun temelleri arasındaki dengeyi bozabileceği endişesi de doğurmaktadır¹⁶.

B. Fransa

Fransa’da hukuk eğitimi alabilmek için lise mezunu (*baccalaureat*) olmak yeterlidir. Lise mezunu olan herkes üniversitelerde verilen hukuk eğitimini alabilmektedir. Yazılı ve sözlü bölümlerden oluşan Bakalorya sınavı öğrencilerin lisede okudukları alana göre farklı içerikte yapılır. Hukuk Fakültesine kaydolabilmek için belirli bir alanda yapılmış bakalorya sınavını geçme şartı yoktur. Fen bilimleri alanında bakalorya sınavını geçenler de hukuk fakültesine girebilirler. Ancak genel olarak ekonomi-sosyal bilimler alanında bakalorya sahibi olanların hukuk fakültesine kayıt yaptıkları gözlemlenmiştir¹⁷.

Prof. Dr. Frederique Driefuss-Netter’e göre Fransa’da lisenin edebiyat ya da iktisat bölümünden mezun olanlar hukuk fakültelerinde daha çok başarılı olurlar. Driefuss-Netter bunun sebebini şu şekilde açıklamaktadır: “*Hukuk, sistemli,*

¹⁴ Alper Uyumaz/ Kemal Erdoğan, “Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi Ve Hukuk Kliniği”, AÜHFD, S. 64(2), 2015, s. 481.

¹⁵ Arzu Oğuz, “Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , S. 52 (4), 2003, s. 20.

¹⁶ Uyumaz/Erdoğan, s. 479-480.

¹⁷ Ali Yılmaz/ Bedia Ayşegül Tansen/ Burcu Alkış/ Fahri Gökçen Taner, Fransız Avukatlık Sisteminin İncelenmesi Projesi, Türkiye Barolar Birliği,2015, s. 11.

mantıksal zihin gerektiren bir disiplin olduğu için bu öğrenciler hukuk fakültesinde genellikle iyi notlar alırlar."¹⁸

Hukuk eğitiminde; lisans üç yıl (*DEUG*), yüksek lisans iki yıl (*Maitrise*), doktora ise üç ya da dört yıl sürmektedir¹⁹. *DEUG* ile *Maitrise* hukuk fakültesindeki temel eğitimlerdir. *DEUG*'da ilk yılda öğrenciye Fransız hukuk kültürünün temel ilkelerinin yanında medenî hukuk, anayasa hukuku, hukuk tarihi ve temel iktisat dersleri verilmektedir. İkinci yılda öğrencinin borçlar hukuku, haksız fiil hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, iş hukuku, vergi hukuku, devletler genel hukuku gibi dersleri alma zorunluluğu vardır. Uzmanlaşma ise *Maitrise* döneminde başlar. *Maitrise* döneminden en az bir yıl ders almayan öğrencilere avukat ya da hâkim olamazlar. Hukuk eğitimini *DEUG* seviyesinde bırakanlar genelde devlet dairelerinde iş bulurlar²⁰.

Fransa'da Hukuk eğitiminde iki yöntem kullanılmaktadır. Öğrenciler hem konferans ve takrir şeklinde düzenlenen derslere hem de çalışma gruplarına (*travaux drigés*) katılmak zorundadırlar. Üniversitelerce zorunlu ve seçmeli dersler belirlenmiş olup, öğrenimin son dönemine kadar zorunlu dersler ağırlıktadır. Öğrenciler zorunlu dersleri takip etmenin yanında dönem başında iki adet seçmeli ders alabilirler. Fransa'da üniversiteler özerk oldukları için, zorunlu ve seçmeli dersleri, öğrenim usulünü ve sınav biçimini serbestçe belirleyebilirler. Bunun doğal sonucu olarak öğrenim planı, üniversiteden üniversiteye değişiklik gösterebilmektedir. Her üniversitenin eğitim yöntemlerinde ve derslerde bazı farklılıklar olduğu için Sorbonne'un öğrenim programını esas alarak açıklama yapacağız.

Genel olarak, zorunlu derslerle hukuk bilgisinin temellerinin atılması, seçmeli derslerle de uzmanlaşma sağlanmaktadır. Sınavlar, yazılı ve sözlü sınavların yanı sıra, hem yazılı hem sözlü sınavlar (*oraux -écrits*) şeklinde de yapılabilmektedir. Genellikle üç saat süren yazılı sınavlarda öğrenciler, bir mahkeme kararı analiz ederek kendi açısından tartışması beklenir. Hem yazılı hem sözlü sınavlar ise bir saat sürer, bir saatlik süre içerisinde, takip ettikleri ders konularına ilişkin sorulara cevap verirler. Sözlü sınavlarda ise öğrencilerin belirli bir konuda görüş sahibi olmaları, on beş-yirmi dakika içerisinde, kanun metni olmaksızın hazırlanarak bunu ifade etmeleri beklenir²¹.

Öğrenim süresi ve sınıflara göre sınav teknikleri de değişiklik göstermektedir. Öğrenimin ilk yıllarında sadece bilgi aktarımı söz konusu olduğu için, sınavda da öğrenilen bilgilerin geri bildirim beklenir. İkinci aşamada ise, geri bildirimden daha çok, metodolojik yetenekler kazandırılması amaçlanır. Bu

¹⁸ **Frederique Drefuss-Netter**, "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi", TBB, Uluslararası Toplantı Tebliği, Ankara, 2003, s. 142

¹⁹ **Filiz Conway ve diğerleri**, Meslek İçi Eğitim Projesi Sonuç Raporu, TBB, 2009, s. 17.

²⁰ **Drefuss-Netter**, s. 135.

²¹ **Uyumaz/Erdoğan**, s. 475-477; **Oğuz**, s. 2-4.

aşamanın sonunda yapılan sınavlarda da, bu yeteneğin kullanılması istenilmektedir.

Sorbonne Hukuk fakültesinde ilk yıl hukuk sosyolojisi, yeni teknolojiler, hukuk tarihi, devlet örgütü, ekonomi bilimi, uluslararası ilişkiler, medenî hukuk (Fransız hukukuna giriş, şahsın hukuku, aile hukuku, evlilik mal rejimi ve ispat hukuku,), devlet hukuku ve yabancı bir hukuk düzenine ve bu hukuk düzeninin diline giriş dersleri verilmektedir²².

İkinci yıl, borçlar hukuku, ceza hukuku I, idare hukuku, haksız fiil hukuku, ticaret ve şirketler hukuku, Avrupa hukuku ve vergi hukuku dersleri zorunlu dersler olarak verilmektedir. Ayrıca bunlara ek olarak, anayasal tarih, politik sistemlerin karşılaştırılması, finans dersleri de verilebilmektedir. Temel eğitimde önceliğin medenî hukuk ve kamu hukukunda olduğu görülmektedir²³.

Üçüncü yılda ise eşya hukuku, milletlerarası özel hukuk, iflâs- ve kıymetli evrak hukuku, devletler hukuku, iş hukuku ve ceza hukuku II derslerinin yanında seçmeli dersler de yer almaktadır²⁴.

Dördüncü yıl öğrenciler, belirli bir uzmanlığı işaret eden diploma almak için özel bir gayret gösterirler. Alınabilecek diplomalar üç türdür: *Maîtrise en droit privé* (özel hukuk), *Maîtrise en droit public* (kamu hukuku) veya *Maîtrise en droit international* (uluslararası hukuk). *Maîtrise en droit privé* diploması almak için *Maîtrise en droit privé mention des affaires* (işletme hukuku uzmanlığı), *Maîtrise en droit privé mention droit notarial* (noterlik hukuku uzmanlığı) gibi başka alanlarda uzmanlaşmak da gereklidir²⁵.

Öğrenciler, kamu hukuku, medenî hukuk gibi ana dallarda veya uzmanlık alanlarında, 20 ile 40 kişilik çalışma gruplarına (*travaux dirigés*) katılmak zorundadırlar. Her öğrenci üç ya da dört çalışma grubuna katılmak zorundadır. Bu gruplarda öğrenciler ders konularında derinlemesine araştırmalar, mesleklerine ilişkin uygulamalar yapar, kompozisyon yazar, olay çözer, karar analiz eder ve yaptıkları çalışmaları aralarında tartışarak çalışmalarını mukayese ederek bilgi alış verişini yapar, bu sayede hukukî düşünce ve çalışma yöntemini öğrenirler. Buna bağlı olarak öğrenciler her hafta, yazılı "ev ödevleri" hazırlar ve yaptıkları çalışmalardan sözlü ve yazılı sınavlara tâbi tutulurlar. Bu sınav sonuçları da diğer sınavlardan aldıkları not kadar önemlidir²⁶.

Öğrenciler yarıyıl sonunda devam ettikleri her bir dersten sınava girer, bu sınavdan başarılı olmaları üzerine sonra öğrenciye, bitirdiği aşamaya göre; *DEUG mention droit*, *Licence en droit*, *Maîtrise en droit* diplomalarından biri verilir. Dördüncü yılın sonundaki bitirme sınavlarının başarılmış olması ile birlikte

²² Oğuz, s. 3-4; Uyumaz/Erdoğan, s. 476.

²³ Oğuz, s. 4.

²⁴ Oğuz, s. 5.

²⁵ Oğuz, s. 5.

²⁶ Oğuz, s. 5.

Maîtrise en droit alan kişi "hukukçu" olmaktadır ancak bu diplomanın alınması, öğrenimin tümüyle tamamlandığı anlamına gelmemektedir²⁷.

Öğrenci, *Maîtrise'den* sonra derinlemesine bir üniversite eğitimi almak veya meslekî uzmanlık yapmak için başka bir eğitim kurumuna devam edebilmektedir. Avukatlık okulları (*Ecole de formation du Barreau, EFB*), Noter okulları ve hâkim ya da savcı okulu (*Ecole nationale de la Magistrature, ENM*) bunlar arasındadır. Bu okullara girebilmek için kapsamlı sınavları geçmek gerekmektedir. Her yıl ortalama 4.000 kişi hâkim olmak için hakim okuluna başvuruda bulunmasına karşın, yalnızca 100 kişi kabul edilmektedir. Bu okullarda eğitim teori ve pratik alanda yapılmakta olup üç yıl sürmektedir²⁸.

Avukat olmak isteyenler hukuk fakültesinden lisans diploması almalı, ayrıca avukatlık okulunu (*CRFPA*) başarı ile bitirmiş olmalıdır. Adaylar avukatlık okuluna gidebilmek için bir sınava tabi tutulurlar. Bu sınava hazırlık için hukuk fakültelerinde bir yıllık eğitim verilmektedir. Ancak bu sınav hâkimlerinki kadar kapsamlı olmayıp öğrenim süresi de bir yıl olup eğitim sonrasında belge "*CAPA - certificat d'aptitude a la profession d'avokat*" alınmaktadır. Aday bu belge ile stajyer avukat (*avocat-stagiaire*) olarak baroya kayıt olma hakkına sahip olur. İki yıl staj yaptıktan sonra avukat olarak çalışması mümkün olur²⁹. Bu sınavdan sonra on sekiz ay süren, altı aylık dönemlerden oluşan, ülkemizdeki avukatlık stajına benzeyen avukatlık okulunda eğitim görürler. Bu eğitimden sonra da yapılan sınavdan başarılı olanlar yemin ederek avukat olmaya hak kazanırlar³⁰. Fransa' da avukat olabilmek için neredeyse yedi yıl eğitim almak gerektiği anlaşılmaktadır.

Fransa'da öğrencilerin çoğunluğu, meslekî eğitimlerini "*troisieme cycle*" üniversitede yapmayı tercih etmektedirler. Aday, ya hukukî meslekî bir uzmanlık sağlayan, uygulamaya yönelik bir diploma, *DESS "diplôme d'etudes superieures specialisees"* almak ya da akademik bir uzmanlık sağlayan *DEA "Diplômes d'etudes approfondies"* elde etmek için çaba harcar. *DESS* alan hukukçu belirli bir alanda uzmanlık veya teknik bilgiye sahip olarak mesleğini bu uzmanlığa göre yürütür. *DEA*, bilimsel olarak yapılan bir eğitim olup, medenî hukuk, ceza hukuku veya kamu hukuku gibi alanlarda akademik uzmanlaşmaya yöneliktir. Bu eğitimi tamamlamak için, eğitim sonunda yapılan yazılı ve sözlü sınavlarda başarılı olmanın yanında tez yazımı ve bilimsel konferanslarda sunum da gerekmektedir. *DEA* diplomasını alan kişiler üniversitelere akademisyen olarak kabul edilmektedir³¹.

²⁷ Oğuz, s. 5.

²⁸ Oğuz, s. 6.

²⁹ Oğuz, s. 6.

³⁰ Conway ve diğerleri, s. 19.

³¹ Oğuz, s. 7.

C. İngiltere

İngiltere'de hukuk eğitimi 19. yüzyıldan beri üniversitelerde yapılmaktadır. Bu ülkede hukuk eğitimi çok kesin bir biçimde birbirinden ayrılmış iki akademik basamaktan oluşmaktadır: *Undergraduate study* (lisans) ve *postgraduate study* (lisans sonrası).

Lisans (*Undergraduate*) Programı: İngiltere'de lisans programları fakülte bazında değişiklik göstermektedir. Öğrenciye, önceden hazırlanmış bir ders programı verilerek bu programın takip edilmesi istenir. Birinci yıl öğrencinin seçimlik ders alma imkânı çok azdır. Her fakültede (*degree with single* ve *degree with combined honours*) seçmeli dersler listesi (*lists of optional courses*) verilerek öğrenciye istediği alanda ders alma imkânı verir. Dersler konferans, seminer ve *tutorials* usulünde verilmektedir. Kısa aralarla gerçekleştirilen *tutorials*'da öğrenciler 5-10 kişilik gruplar halinde çalışmaktadırlar. Bu çalışmalarda, küçük makaleler (*essays*) yazılır, tebliğler sunulur. Sınavlar da her fakültenin sınav yönetmeliğine göre yapılır. *Bachelor's Degree* için iki sınav yapılır, ilki birinci yılın sonunda (*first year sessional examinations*, ikincisi üçüncü yılın sonunda yapılır ve bu sınava final sınavı (*final examinations*) denilir. Final sınavı, sözlü ve yazılı olmak üzere iki etaptan oluşmaktadır. Sınavla sonucu alınacak dereceler başarıya göre; *first class* (birinci sınıf), *upper second class* (ikinci sınıf üstü), *lower second class* (ikinci sınıf altı), *third class* (üçüncü sınıf), *pass* (geçer) ve *fail* (kalır) olarak düzenlenmiştir³².

Lisans Sonrası (*Graduate*) Programı; *First* ya da *upper second class* notlarını alarak başarılı olan öğrenciler bu programa kabul edilmektedirler. LL.M. yapmak isteyen öğrenci ya belirli dersleri almak (*taught course*) ya da belirli bir konuda araştırma yapmak (*LL.M. by research*) durumundadır. Böyle bir çalışma daha sonra doktora için de bir hazırlık oluşturacağından tercih edilmektedir³³.

İngiltere'de hukuk eğitimi üç yıl sürer ve hukuk eğitimini başarı ile bitirenlere "*Bachelor of law*" (*LL.B.*) derecesi verilir. Lisans sonrası eğitimde ise kural olarak, *Master of Laws* (*LL.M.*) veya Doktor (*Ph.D.*) dereceleri verilmektedir. Teorik eğitim sonrasında bir yıl süren hukuk uygulaması dersi verilmektedir³⁴. Hukuk uygulaması dersinde; işyeri hesapları, finansman ve iş idaresi gibi konularda mesleki eğitim yapılmaktadır. Sonrasında bir hukuk bürosuyla iki yıllık bir eğitim sözleşmesi yapılmaktadır. Bu hukuk bürosunda öğrenciye usta çırak ilişkisi çerçevesinde mesleğin incelikleri öğretilmesi amaçlanır. Öğrencilere hukuk bürosundaki eğitimden sonra bir de bir mesleki beceriler dersi verilir³⁵.

³² Oğuz, s. 18.

³³ Oğuz, s. 19.

³⁴ Oğuz, s. 18

³⁵ Jullian Lonbay, "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi", TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003, s.148.

İngiliz hukuk eğitimi kıta Avrupası hukuk eğitimine göre farklılıklar arz etmektedir. Kıta Avrupası ülkelerinde, hukuk eğitiminde umumiyetle hakimlik mesleğinin esas alındığı halde, İngiltere'de hukuk eğitiminde avukatlık mesleğinin esas alındığı görülmektedir. Bunun sebebi ise hâkim olmak için özel bir mesleki eğitim olmamasıdır. İngiltere'de hâkimler, uzun yıllar avukat olarak çalışan, başarılı hukukçular arasından seçilmektedir³⁶.

İngiltere'de hukuk mesleklerini icra edenlerin hukukçu olmaları zorunlu değildir. Kimya, matematik, tarih, sanat ve gibi hukuk dışı alanlarda akademik eğitim görmüş kişilerin bir yıl dönüşüm eğitim almaları halinde hukuk uygulaması dersi ve eğitim sözleşmesi safhalarından sonra hukuk mesleklerini icra etmeleri mümkündür. İngiltere'de birçok hâkimin üniversitede hukuk eğitimi almadığı bilinmektedir³⁷. Hukuk mesleklerini icra etmek için akademik eğitim görme şartı aranmadan, alaylı diyebileceğimiz uygulamadan kişilerin de ilgili sınavdan geçerek hukuk mesleklerini icra etmeleri mümkündür³⁸.

İngiltere'de *solicitor* ve *barrister* unvanına sahip hukukçular dava ve hukuki danışmanlık hizmeti vermektedirler. *Solicitor*, dava açmak isteyen tarafın danıştığı kişidir. *Solicitor* dosya hazırlığı yapar. *Barrister* ise, mahkeme önünde açılan davayı savunan ya da açılan davaya karşı savunma yapan hukukçudur. *Solicitor* olmak isteyen kişiler *Law Society*'ye (Hukuk Topluluğu) kaydolarak, bir yıllık bir eğitim alırlar ve bu eğitimin sonunda maddi hukuk konulu bir sınavdan geçerler. Bu kişiler *trainee solicitor* olarak iki yıl daha pratik eğitim yaptıktan sonra, *solicitor* olarak çalışma izni elde ederler. Bir *solicitor* ancak üç yıl bizzat aktif olarak, bir büroda avukat olarak çalıştıktan sonra tek başına ya da bir ortak avukatlık bürosunda çalışabilir³⁹. Oğuz'a göre; bu düzenleme ile halk, tecrübesiz hukukçulardan korunmak istenmiştir⁴⁰.

Barrister'lar hukuk öğrenimlerini tamamladıktan sonra 1 yıl daha eğitim alıp Londra'daki *Inns of Court*'da (mahkeme eğitim yurdu)⁴¹ eğitim alır ve *Bar Final Examination* sınavına girerler. Bu eğitim ve sınav avukat ve hâkimler tarafından düzenlenmektedir. Sınavdan başarılı olan adayların deneyimli bir *barrister*'ın (*pupillage*) yanında bir yıl süren staj dönemini tamamlamaları gerekmektedir. Bütün bu faaliyetlerin sonunda kazanılan sınavdan sonra adayın *barrister* olarak çalışma hakkına sahip olduğu, eğitim gördüğü *Inn*'in *bencher*'i tarafından bir törenle resmiyete dökülür. İngiltere'de hukuk hizmeti pahalıdır. Bunun sebebi bir

³⁶ Oğuz, s. 18.

³⁷ Oğuz, s. 18.

³⁸ Lonbay, s. 148.

³⁹ Oğuz, s. 20.

⁴⁰ Oğuz, s. 20.

⁴¹ “*Inns of Court*” ya da “*Court Inn*” kavramının Türkçe tam karşılığı bulunmamaktadır. Kelime anlamı Mahkeme Hanı olarak çevrilebilecek bu kurum, avukat adaylarının eğitmen ve meslek büyükleri ile buluştuğu, kendini geliştirdiği ve burs, barınma, yemek gibi temel ihtiyaçlarını da karşıladığı bir ortam olması nedeniyle “eğitim yurdu” olarak tercüme etmeyi tercih ettik. Mahkeme eğitim yurtları Türkiye'deki baro eğitim merkezlerinin ileri bir versiyonu olarak düşünülebilir.

vatandaşın hukuk hizmeti alması için *Barrister*'lar ve *solicitor*'lara ayrı ayrı başvurmak durumunda kalmasıdır. Bu durum aslında vatandaş için bir dezavantaj olmaktan çok avantajdır. Zira *barrister*'lerin vakaya uzaktan ve objektif bakabilmeleri ve müvekkillerin avukatlarla güvene dayalı bir ilişki çerçevesinde çalışabilmeleri, vatandaş açısından yararlıdır. Bu sistemin diğer bir olumlu yanı da hâkimlerin sadece belli bir çevreden, tecrübeli uzmanlarla ilişki içinde olmalarıdır⁴².

D. İtalya

İtalya Roma Hukuku'nun neşet ettiği kadim topraklar üzerinde bulunan bir ülke olduğundan İtalya'nın hukuk eğitimini incelemekte özellikle fayda vardır. Kökeninin Roma döneminden geldiği düşünülebilecek hukuk eğitim sistemi sürekli olarak reformlara tabi tutulmuştur. İtalya'da modern hukuk eğitiminin temelleri ise 1930'lu yıllarda yapılan reforma dayanmaktadır.

Klasik hukuk öğretim modelinde öğrenciler bütün kurumları öğrenmek, literatür ve mahkeme içtihatlarını da bilmek durumundadır. Dersler kasım ayının başından mayıs ayının ortalarına kadar devam eder. Sınavlar ise her yıl üç dönemde yapılır⁴³. Hukuk fakültesinde on üç adet bir yıllık, beş adet iki yıllık zorunlu ders ve üç yıllık seçmeli ders bulunur. İlk yıl özel hukukun temelleri, Roma hukuku tarihi, hukuk felsefesi ve ekonomi dersleri, ikinci yıl anayasa hukuku, ticaret hukuku, malî hukuk dersleri, üçüncü yıl devlet kilise hukuku, medenî usul hukuku dersleri, dördüncü yıl ise iş hukuku, ceza usul hukuku, devletler umumî hukuku dersleri verilir. Bu derslerden başarılı olanlar bitirme tezi yazmaya hak kazanırlar. Bu tezi başarı ile tamamlayan öğrencilere "*Dottore in giurisprudenza*" unvanı verilir⁴⁴.

1970'li yıllarda yapılan bir reformla birlikte öğrenciler kendi programlarını belirlemekte serbest hale gelmişlerdir. Ancak bu serbestlik, öğrencilerin zor ama önemli olan dersleri seçmemelerine neden olmuştur. Baro ve noterler bu dersleri almayan öğrencileri mesleğe kabul etmeyince bazı fakülteler bu derslerin alınmasını zorunlu hale getirmişlerdir⁴⁵.

Doksanlı yılların başında fakülteler öğrenim planlarını bağımsız bir şekilde belirleyebilmesine yönelik düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile fakülteler, öğrencilerin kendi programlarını oluşturmasını kabul etmemekte ve öğrencilere dört farklı öğretim planı sunulmaktadır. Bu bağlamda, hâkimlik, avukatlık veya noterlik gibi mesleklerden birinde çalışmak isteyen öğrenciler için "*piano di studi professionale*", bankacı veya işletmeci olarak çalışmak isteyen öğrenciler için "*piano di studi economico-aziendale*", uluslararası örgütlerden birinde çalışmak isteyen öğrenciler için "*piano di storico-comparatistico*", anayasal ve idarî

⁴² Oğuz, s. 19.

⁴³ Oğuz, s. 8.

⁴⁴ Oğuz, s. 7.

⁴⁵ Oğuz, s. 9.

organlarda çalışmak isteyenler için kamu hukuku programları sunulmaktadır. Bu dört program öyle düzenlenmiştir ki, öğrenciler bu dört programdan hangisini bitirirlerse bitirsinler, her çeşit hukuk mesleğini seçebilmektedirler⁴⁶.

İtalya’da öğrenciler üç yıllık bir öğrenim (*laurea*) öğrenim gördükten sonra iki yıl süren spesifik bir öğrenim (*laurea specialistica*) daha görürler. Sadece *laurea* eğitimini tamamlayanlar da çalışma hayatına atılabilir. Ancak hâkim, avukat ve noter olmak veya idarî organlarda yüksek düzeyde çalışmak için *laurea specialista* eğitimini de almak gerekmektedir⁴⁷.

İtalya’da avukat olmak isteyen adaylar; bir avukat yanında iki sene staj yapmak zorundadır. Stajı tamamlayan adaylara medenî hukuk ve ceza hukukunda birer dosya hazırlattırılarak yazılı sınav yapılmakta, bu sınavı başaran adaylar ise girdikleri sözlü sınavı kazanarak avukat olmaya hak kazanmaktadırlar. Yüksek mahkemelerde avukatlık yapabilmek için ise sekiz yıllık avukatlık tecrübesi ya da beş yıllık avukatlık tecrübesine sahip olup, özel bir sınavdan başarılı olunması gerekmektedir. Noter olmak isteyenler ise iki yıl bir noterin yanında staj yapmak zorundadır. Staj sonucunda belge düzenlemek ve yorumlamak konularında yazılı ve sözlü aşamalardan oluşan bir sınava tâbi tutulurlar⁴⁸.

E. ABD

Kıta Avrupası ülkelerinde hukuk eğitiminin daha çok mevzuat ve teorik bilgiler ağırlıklı verilmesine karşın, Amerika’da hukuk eğitimi mahkeme içtihatlarına dayanan Anglosakson Hukuk sistemine uygun bir şekilde öğrencilere düşünme ve olay çözme becerisini kazandırmaya yönelik olarak verilmektedir⁴⁹. Amerikan hukuk eğitiminde amaç, öğrencilere öncelikle bir avukat gibi düşünmeyi öğretmek ve böylece onları profesyonel meslek hayatına hazırlamaktır. Bu nedenle teorik bilgiden ziyade avukatın müvekkiline sunacağı hukuki çözümün ve hâkimin vermesi gereken kararın nasıl olması gerektiği konularında düşünmeye sevk eden bir eğitim modeli tercih etmişlerdir. Amerika’da okutulacak dersler ve benzeri konularda bağlayıcı bir hukuk eğitimi modeli yoktur. Ancak Amerikan Barolar Birliği (*ABA*) avukatlığa kabulde kendi koyduğu standartlarda hukuk eğitimi veren üniversitelerden mezun olmayı şart koştuğundan birçok üniversite *ABA*’nın koyduğu standartlara göre hukuk eğitimi vermektedir⁵⁰. Amerikan Barolar Birliği hukuk fakültelerine akreditasyon vermektedir. ABD Eğitim Bakanlığı (*US Department of Education*) tarafından *ABA*’ya bu yetkiyi tanımıştır.

⁴⁶ Oğuz, s. 9.

⁴⁷ Oğuz, s. 13.

⁴⁸ Oğuz, s. 12.

⁴⁹ Uyumaz/Erdoğan, s. 473.

⁵⁰ Axel Gehringer, “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB, Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003, s. 156.

Amerika’da hukuk eğitimi alabilmek için üç ya da dört yıllık bir lisans programından mezun olmak gerekir⁵¹. Hukuk fakültesi öncesinde bu şekilde lisans eğitiminin şart koşulmasının sebebi, hukuk eğitiminin bir mesleki uzmanlaşma eğitimi olarak görülmesidir. Avrupa hukuk eğitim modelinden farklı olarak ABD’de hukuk eğitimi daha dar ve sınırlı olarak (3 yıl) verilmektedir. Zira hukuk eğitiminde öğrencinin belirli bir temele sahip olması ve bunun üzerine hukukun belli bir alanında uzmanlaşması amaçlanmaktadır⁵². İlk olarak Harvard Hukuk Fakültesinde Yargıç J. Story tarafından geliştirilen ve Dekan C.C. Langdell tarafından tekamül ettirilen bu model, diğer ABD hukuk fakültelerine de örnek olmuştur. Nihayetinde günümüzde *ABA*’nın da dayattığı standart uyarınca ancak belli bir temel donanımı olan ve hatta zorunlu olmasa dahi çoğunlukla belirli bir mesleki tecrübesi de olan öğrenciler, belli bir alanda hukuk mesleklerini yapabilmek ve bu alanda uzmanlaşmak için hukuk fakültesine gelmektedir⁵³.

ABD’de yaklaşık 200 adet *ABA* onaylı hukuk fakültesi mevcuttur. *ABA* onaylı olmamakla birlikte eyalet onaylı olan ya da bu şekilde bir onay almamış olan hukuk fakülteleri de mevcuttur. *ABA* onaylı bir hukuk fakültesinden mezun olan öğrenciler tüm eyaletlerdeki baro sınavlarına girmeye hak kazanmaktadır. *ABA* onaylı olmayanlar ise; yalnızca onaylı olduğu eyaletin ya da bu okulu tanıyan diğer eyaletlerin baro sınavlarına girebilmektedir.

ABA standartları uyarınca hukuk fakültesine kaydolabilmek için, öncesinde ABD eğitim bakanlığı tarafından tanınan bir lisans programının en az dörtte üçünü başarılı olarak tamamlamak mecburidir⁵⁴. Bununla birlikte, olağanüstü durumlarda mesleki bilgi ve yeterliliğini başka yollarla ispatlayan adaylar lisans eğitimi koşulunu sağlamadan da hukuk fakültesine kaydolabilirler⁵⁵. *ABA* onaylı olmayan birçok hukuk fakültesi dahi benzer kabul şartlarına sahiptir. Örneğin en çok *ABA* onaysız hukuk fakültesine sahip olan California’da, eyalet onaylı hukuk fakültelerine kabulde 60 kredilik lisans eğitimini tamamlamış olma şartı aranmaktadır.

Adaylar, Hukuk Fakültesi Giriş Konseyince yılda dört kez yapılan Hukuk Fakültesine Giriş Testinden (*LSAT*) yeterli puan alarak hukuk fakültesine girebilirler. Adayların mezun oldukları okuldan aldıkları puanlar da hukuk fakültesine giriş için dikkate alınmaktadır. *LSAT*’da okuduğunu kavrama, muhakeme ve deneysel bölümden oluşan çoktan seçmeli sorular sorulmaktadır. Bunun yanı sıra her öğrencinin kompozisyon yazma mecburiyeti vardır.

⁵¹ Bkz. Minnesota Üniversitesi Hukuk Fakültesine Kabul Şartları, <https://www.law.umn.edu/admissions/jd-admissions/how-apply> (22.05.2019)

⁵² **Martin Kellner**, “Legal Education in Japan, Germany, and the United States: Recent Developments and Future Perspectives”, *ZJAPANR / J.JAPAN.L*, Nr. / No. 23, 2007, s. 199.

⁵³ **Kellner**, s. 200.

⁵⁴ *ABA*, 2019-2020 Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools, Standart 502, a-b.

⁵⁵ *ABA*, 2019-2020 Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools, Standart 502, c.

Amerikan hukuk eğitiminin amacı çoğu Avrupa ülkesinden farklı olarak bir hukukçu gibi düşünmeyi öğretmektir. Öğrenciler, çoğu kez “bu davada müvekkilinize tavsiyeniz ne olurdu?”, “bu şirketin hukuk danışmanı olarak ne yapardınız?”, “bu somut olayın çözümünde hangi hukukî kurumu tercih ederdingiz?” gibi fiktif sorunların çözümüne dayalı sınavlara tâbi tutulur. Fakültede öğrenciler, genel olarak karmaşık uyumsuzlukları hukukî ve olgusal açıdan tahlil etmeyi öğrenirler. Öğrencilere bir hukukçu gibi düşünüp konuşmanın ne demek olduğunu öğretme amacı, öğrencinin bir hukukçu (avukat, hâkim, kanun koyucu) gibi okuyup yazmayı ve öğretilmekte olan şey üzerine şahsen düşünmeyi, hukuk ve hakkaniyet, olgular ve kurallar, maddî hukuk ve yargılama usulleri hakkında kendi adına konuşmasını gerektirir. Hukukî hayal gücünün gelişmesi ve yaratıcılık, maddî hukuk ve usul hukuku kurallarına hâkim olmaktan daha önemli sayılır. Buradaki temel amaç, hukukçuyu gerçek dünyada karşılaşacağı sorunlara, özellikle de profesyonel meslek hayatına hazırlamaktır. Amerika’da hukuk öğrencilerinin, iletişim ve müzakere becerilerinin yanında hukukî araştırma becerisi ile düşüncelerini kâğıda dökme becerisi ve başarısının, Avrupa’dan çok daha fazla önem verildiğini söylemek gerekir. Amerikan hukuk fakültelerini dünyadaki diğer hukuk fakültelerinden ayıran temel unsurlardan belki de en önemlisi, öğrencilerin ve öğretim üyelerinin içinde buldukları rekabetçi ortamdır⁵⁶.

Yaklaşık üç yıl temel hukuk eğitimi alanlar *JD* derecesinde hukuk fakültesi mezunu olurlar. Baronun yaptığı avukatlık sınavına girebilmek için en az *JD* derecesine sahip olmak gereklidir. Uzmanlaşmak ya da akademisyen olmak isteyenler "*Magister Legum*" ya da hukuk uzmanlığı (*LLM*) veren bir yıllık lisansüstü programlara devam edebilir. *LLM* programını alanlar *JD* derecesini parlatmış olurlar⁵⁷. Amerika’daki bazı hukuk fakültelerinin, hukuk bilimleri doktoru (*S. JD*) unvanı veren programları vardır. Doktora öğrencilerinin bir yıl süreyle fakültede hazır bulunup en az dört yarıyılık ders ve seminere katılması zorunludur. Bunda başarılı olan adaylar doktora derecesini almak için dört veya beş yıl içinde yayımlanmak üzere yazdıkları tez konusunda sözlü sınavdan geçerek *Dr.* unvanı alırlar⁵⁸.

Amerika’da hukuk stajı olmadığından genellikle tecrübeli uygulamacılar (yargıçlar, avukatlar) tarafından verilen “Yargı Uygulamaları”, “Müvekkille Görüşme ve Danışmanlık”, “Müzakere”, “Alternatif İhtilaf Çözüm Yolları”, “Dava Becerileri”, “Eğitim Mahkemeleri” ve “Klinikler” gibi dersler uygulamayı öğrenmek açısından çok önemlidir⁵⁹.

⁵⁶ Uymaz/Erdoğan, s. 473-475.

⁵⁷ Gehringer, s. 156.

⁵⁸ Uymaz/Erdoğan, s. 459-505.

⁵⁹ Gehringer, s. 156.

Amerika’da hâkim olmak için sınav şartı yoktur. Hakimler atama veya seçimle iş başına gelirler. Seçimle gelinen hakimliklerde seçim, en az beş yıl görev yapmış avukatlar arasında yapılır.

Sonuç olarak ABD’de hukuk eğitiminin olabildiğince mesleki bir uzmanlaşma eğitimi olması amaçlanmaktadır. Bu amaca yönelik olarak hukuk fakültesi eğitiminde zorunlu pratik çalışmalar, klinik çalışmalar, temsili davalar, stajlar ve kamu görevlerine yer verilmekte ve eğitim müfredatı birinci sınıf hariç tamamen seçmeli dersler üzerine kurulmaktadır⁶⁰. Hukuk fakültesi adaylarının başka bir alanda temel bilgi ve tecrübeye sahip olmaları koşulu da bu amacın bir tamamlayıcısıdır. Nitekim aynı doğrultuda hukuk lisansı ile başka disiplinlerdeki yüksek lisans eğitiminin bir arada yürüdüğü karma programlar öne çıkmaktadır. Bunların da amacı, bir başka temel alandaki bilginin hukukta uzmanlaşmayla bir arada yürümesidir⁶¹.

F. İsviçre

İsviçre’de hukuk eğitimi, hem hukuk sistemi hem de siyasal sistemi açısından önemli role ve köklü bir geçmişe sahiptir. İsviçre’de hukuk eğitiminin önemli ve itibarlı bir konuma sahip olması hukukun ilerlemesini sağlamış, böylece nitelikli kanunların çıkarılmasına zemin hazırlamıştır. İsviçre’deki birçok yasa Türkiye’deki kanunların kaynağı durumundadır. Örneğin: 1926 tarihli Medeni Kanun ile 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunu’ndan; 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’ndan; 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu’ndan; 1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre’nin Neuchatel Kantonu Kanunu’ndan; yeni 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, büyük ölçüde 2008 tarihli İsviçre Federal Hukuk Yargılaması Kanunu’ndan; 1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 2011 tarihli ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun, Ticari İşletmenin bir kısmı ve Şirketler Hukukunun tamamı ile Kıymetli Evrak Hukuku, 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’ndan tercüme edilerek alınmıştır⁶². Bu bağlamda İsviçre hukuk eğitim sisteminin analiz edilmesi ülkemiz açısından da önemlidir.

İsviçre Konfederasyonu; yirmi altı kantondan oluşan federal bir cumhuriyettir⁶³. İsviçre Avrupa Birliği ülkesi olmadığından diğer Kıta Avrupası ülkelerine göre daha özgün bir hukuk ve hukuk eğitimi sistemine sahiptir⁶⁴. Ancak Bologna

⁶⁰ **Hıram Chodosh**, “Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar Ve Stratejiler”, (Çev. Dr. Birol AKGÜN), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 2001, s. 328-335.

⁶¹ **Sait Güran**, “ABD’de Hukuk Öğretimi ve Eğitimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50 2011, s. 194.

⁶² **İbrahim Kaplan**, Türk ve İsviçre Hukuk Fakültelerinde Hukuk Öğretimi, Ders Programları ve Sınav Sistemleri, TBB Dergisi, s. 139, 2018, s. 349.

⁶³ Wikipedia <https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0svi%C3%A7re>

⁶⁴ İsviçre’de 1960’larda hukuk eğitimi alabilmek için Federal ve Kantonal “olgunluk sınavından” A ve B tiplerinde başarılı olmak gerekmektedir. Yönetmelikte hukuk öğretimi 6 sömestr (3 yıl) olarak

Sistemi İsviçre’de üniversite eğitim sistemini etkilemiş ve İsviçre’nin kendine özgü eğitim sistemini diğer Avrupa ülkelerine benzer hale getirmiştir⁶⁵. Hukuk eğitiminde tüm ülkede ortak ya da benzer noktalar bulunsa da, kantondan kantona da farklılıklar olduğu da gözlemlenmektedir. Biz Bern Hukuk Fakültesini örnek olarak açıklamalar yapacağız.

Hukuk fakültesi *Bachelor of Law* (Hukuk Lisansı) ve *Master of Law* (Hukuk Yüksek Lisansı) programlarından oluşmaktadır. Ülkede herhangi bir kantonda hukuk eğitimi alabilmek için temel koşul, Almanya’daki “*Abitur*” sınavı ile alınan belgenin bir benzeri olan “*konfederasyonel lise diplomasına*” sahip olmaktır. Hukuk eğitimi alabilmek için bu belgeye sahip olmak dışında herhangi bir şart yoktur⁶⁶.

İsviçre’de hukuk eğitiminin amacı ilgili yönetmeliklerinde şu şekilde açıklanmıştır:

a- Özel hukuk, ceza hukuku, kamu hukuku, ekonomi hukuku alanlarında ve temel hukuk dallarında, uluslararası ve Avrupa Birliği hukuku hakkında gerekli bilgileri vermek,

b- Hukuki sorunları, bağımsız olarak tanımlama, analiz etme ve çözme becerilerini kazandırmak,

c- Mesleki sorumluluk ve uzmanlık bilgisinin vazgeçilmez şart olduğu, meslek hayatında bu bilginin daima genişletilmesinin ve derinleştirilmesinin öğretilmesi gerekli olduğu bilincini kazandırmak⁶⁷.

Bachelor giriş-başlangıç ve esas öğretim şeklinde aşamalara ayrılmaktadır. Giriş-başlangıç öğretiminin iki sömestr, esas öğretim dört sömestr, *master* öğretiminin ise üç sömestr süreceği yasal olarak benimsenmişse de, fiili olarak bu sürede okulu bitirmek çok zor olduğundan azami süre getirilmiştir. *Bachelor* giriş-başlangıç aşamasında öğretim süresi aşılsa hukuk lisansına devam etmek mümkün değildir. Yine *Bachelor* esas dönemi için 10 sömestr dönemini aşanlar hukuk

belirlense de lisans mezunu olmak için fiili olarak 5-6 yıl sürerdi. Lisansı geçmek için 3 yazılı sınav 1 de sözlü sınav geçmek gerekmektedir. Yazılı sınavlardan ikisi 5 saat geçmeyecek şekilde kompozisyon yazmak, üçüncü yazılı sınav ise en çok 8 günde hazırlanması gereken ev ödevi hazırlamaktır. Sözlü sınav ise 3 kişilik heyet karşısında yapılmaktaydı. Bazı kantonlarda sözlü sınavlar aleni bazılarında ise aleni değildir. Çok ciddi emek gerektiren bu sınavların birinden başarısız sayılan öğrenci tamamından başarısız sayılması kuralı vardı. Başarı sağlamadığı sınavı tekrar alabilmesi için 4 ay geçmesi gerekmektedir. Her sınav ise en çok iki defa tekrarlanmaktadır.

⁶⁵ “İtalya/Bologna’da, 1999 yılında 29 Avrupa ülkesinin Eğitim Bakanlarının katılımıyla oluşturulan toplantı sonucu alınan kararlar Bologna Sistemi olarak anılmaktadır. Bu sistem ile tüm Avrupa’da geçerli olacak bir “Avrupa Yüksek Öğretim Alanı” oluşturulması hedeflenmiştir. Bu hedef aynı zamanda Avrupa Birliği’nin bir “Bilgi Toplumu” ve “Bilgi Ekonomisi” oluşturma hedef ve amaçlarının da bir unsuru olmaktadır. **Kutluhan Bozkurt/ Murat Türe**, “Avusturya ve İsviçre Sistemlerinde Hukuk Eğitimi”, TBB Hukuk Dergisi, S. 117, 2011, s. 93.

⁶⁶ **Bozkurt/Türe**, s. 93.

⁶⁷ **Kaplan**, s. 356ç

lisans diplomasını alamazlar. *Master* için azami öğretim süresi olan 9 sömestreda başarılı olamayanların master hukuk lisansını almaları mümkün değildir⁶⁸.

Öğrenciler hukuk eğitiminden sonra mesleki branşlaşmaya yönelmekte ve bu doğrultuda mesleki eğitimlere, stajlara devam etmektedirler. Genel olarak avukatlık, hâkimlik veya noterlik gibi klasik meslekler tercih edilmektedir. Ülkede çok dil konuşabildiği için mezunlar çeşitli uluslararası kurum ve kuruluşlarda hukukçu olarak çalışmayı da tercih edebilmektedir.

Avukat olmak için öncelikle mesleki bir eğitim/staj sürecinden geçmek zorunluluğu bulunmaktadır. Staj süresi örneğin Bern Kantonunda 18 aydır; bu sürenin en az 9 aylık kısmı bir avukat yanında, en az 3 aylık kısmı ise mahkemede geçirilmek zorundadır. Bu stajın sonunda ise, çeşitli alanlarda (ceza, hukuk, usul hukuku, idare, vergi hukukları ve benzeri alanlarda) yazılı ve akabinde sözlü sınavlara girilmektedir⁶⁹. Hâkim ve savcılık için ise hem seçim hem de atama sistemi mevcuttur⁷⁰.

G. Avusturya

Avusturya’da eğitim kurumlarının eğitim ve öğretim dili Almancadır. Hukuk eğitimi köklü bir geçmişe sahiptir. “Hukuki Pozitivizm/Pozitif Hukuk Öğretisi” kuramın kurucusu olan Hans Kelsen, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde uzun yıllar görev yapmış bir hukukçu iken “*Hukuk Teorisinde Pozitivizm Öğretisi*”nin oluşması ve gelişmesini sağlamıştır. Bu öğreti Kıta Avrupası hukuk sisteminin ve teorisinin şekillenmesinde özellikle hukuk felsefesi açısından önemli bir misyon üstlenmiştir. Bu öğreti, “*Viyana Hukuk Teorisi Okulu*” olarak da hukuk öğretilerinde özel bir yer edinmiştir⁷¹. Avusturya’da hukuk disiplinin tarihsel geçmişi ve misyonu, hukuk eğitimine de hatırı sayılır bir önem kazandırmıştır.

Avusturya’da üniversite eğitimi alabilmek için lise eğitiminin sonunda yer alan “Yeterlilik Diplomasını” sağlayan “*Matura*” sınavının verilmesi gereklidir. “*Matura*” sınavı, Almanya’da yer alan ve benzeri bir sınav olan “*Abitur*” sınavına benzer bir sınavdır⁷². Avusturya federal devlet olmasına karşın ülkede verilen hukuk eğitimi birleşik bir eğitimidir.

Avusturya’da hukuk eğitiminin amaçları; hukuk biliminin farklı alanları için temel bir eğitim verilmesi, doğru ve elverişli bir metodoloji ile uygulamaya geçişi sağlayacak bilgi ve materyallerin verilmesi, hukuk fakültesi sonrası klasik mesleki (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik gibi) eğitimlerin alt yapısının oluşturulması, diğer yandan, anahtar niteliğe haiz hukuki bilgilerin ve yetkinliklerin temel ekonomik bilimlerle bağlantısının kurulmasının sağlanması,

⁶⁸ Kaplan, s. 357.

⁶⁹ Bozkurt/Türe, s. 100.

⁷⁰ Bkz. İsviçre’de Hakimlik.

⁷¹ Bozkurt/Türe, s. 90.

⁷² Bozkurt/Türe, s.90.

hukuki düşünme ile hukuki argümantasyonun oluşturulması ve geliştirilmesi, sosyal bilinç ile hukuk bilincinin geliştirilmesi olarak öngörülmüştür⁷³.

Hukuk fakültelerindeki hukuk eğitimi en az sekiz sömestr olarak belirlenmiştir ve bu süre zarfında öğrenciler 3 farklı aşamadan oluşan bir eğitim sürecinden geçmektedirler. Öğrenciler hukuk eğitimlerini tamamladıklarında Türkiye'deki sistemden farklı olarak "*Magistra/Magister iuris*" akademik derecesini alırlar⁷⁴.

Hukuk fakültesi mezunları istedikleri mesleği (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik) yapmak üzere staja başlayabilirler. Sınavlar ise staj sürelerinin sonunda yapılmaktadır. Türkiye'deki sistemden farklı olarak; Avusturya'da avukat, hâkim/savcı veya noter stajyerleri öncelikle, mahkemelerde 9 aylık bir mahkeme ön stajını stajyer hukukçu olarak ortaklaşa tamamlamaktadırlar. Bu ön staj, avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik adaylığı için zorunludur. Bu staj süresince tüm stajyerler aylık maaş almaktadırlar. Bu klasik mesleklerin dışında mezunlar, isterlerse akademik yaşamı, bürokrasiyi veya diplomasiyi de tercih edebilmektedirler⁷⁵.

Avukat stajyerleri, yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk fakültelerinden mezun olan hukukçuların 9 aylık mahkeme ön stajının akabinde, hâkim, savcı ve noter stajyerlerinden farklı bir etaba geçmektedirler. Bir başka ifade ile avukat stajyerleri ile hâkim, savcı ve noter stajyerlerinin tabii oldukları staj süreleri ve usulleri farklılaşmaktadır⁷⁶. Avukat stajyerleri ön mahkeme stajından sonra, minimum 3 yıl süre ile bir avukat yanında avukatlık stajını tamamlamak zorundadırlar.

H. Rusya

Rusya'da hukuk fakültesine girmek için lise mezunu olmak ve merkezi üniversiteye giriş sınavında gerekli puanı almak gerekmektedir⁷⁷. Hukuk

⁷³ Bozkurt/Türe, s.90.

⁷⁴ Bozkurt/Türe, s.90.

⁷⁵ Bozkurt/Türe, s. 91.

⁷⁶ Staj sonrası avukat stajyerleri, Türkiye'deki sistemden farklı olarak, "*Avukatlık Sınav Komisyonu*"nun oluşturduğu "*Senato*"nun düzenlediği oldukça teknik, zor ve detaylı şekilde yapılan yazılı ve sözlü sınavları verdikleri takdirde avukatlık ruhsatını almaya hak kazanırlar. Hakim adayları ile savcı adayları başlangıç aşamasında ayrılırlar, fakat staj dönemi genellikle birlikte geçirilir. Bununla beraber adaylar seçtikleri alana göre ya ağırlıklı olarak (hâkim adayları) ya mahkemelerde ya da ağırlıklı olarak (savcı adayları), savcılık kurumunda stajlarını geçirirler. Hâkimlik ve savcılık stajında hâkim/savcı adayları, diğer farklı stajyerlerle (avukat ve noter adayları) birlikte tamamladıkları 9 aylık ön mahkeme stajından sonra, ayrıca 4 yıllık bir staj süresini daha tamamlamak zorundadırlar. Bu süre zarfında adaylar ilk derece mahkemeleri, ilçe mahkemeleri, yüksek mahkemelerde ve ayrıca noter, avukat yanlarında ve savcılık makamlarında da staj yaparlar. Hâkim/savcı stajyerleri, avukat stajyerleri gibi, staj için öngörülen sürenin sonunda yazılı ve sözlü sınavlara girerler. Yazılı sınav iki ayrı alandan oluşur ki bunlar; "*hukuk*" ve "*ceza*" bölümleri olarak belirlenmiştir. Yazılı ve sözlü sınavları başarıyla veren v adaylar, sonuçta mesleki yaşamlarına başlamaya hak kazanırlar.

⁷⁷ Dmitry Maleshin, "The Crisis of Russian Legal Education in Comparative Perspective", Journal of Legal Education, Volume 66, S. 2, 2017, s. 293.

fakültelerinin müfredat ve sistemi büyük ölçüde Avrupa üniversitelerine benzemekte ve Bologna sistemine entegrasyon önemsenmektedir⁷⁸. Yaygın hukuk eğitimi dört yıldır. Geleneksel Rus eğitim sisteminde beş yıllık uzmanlık eğitimi verilirken, yakın zamanda yaşanan dönüşümle dört yıllık temel eğitim (lisans) ve isteyenler için iki yıllık uzmanlık eğitimi (yüksek lisans) şeklinde ayırım benimsenmiştir. Avrupa eğitim sisteminin benimsenmesiyle beş yıllık uzmanlık okulları neredeyse bütünüyle kalkmıştır. Hukuk fakültelerinde teorik hukuk eğitimi verilmekte olup, uygulamaya yönelik eğitimler yer almamaktadır⁷⁹. Bu eksiklik nedeniyle Rus hukuk eğitiminin önemli bir kriz içinde olduğu, bu krizinse genel eğitim sisteminin yaşadığı krizin bir uzantısı olduğu ifade edilmektedir⁸⁰.

İ. Brezilya

Brezilya’da 1240 hukuk fakültesi bulunmaktadır. Dünyadaki tüm ülkelerin hukuk fakültesi sayısı 1100 civarında olduğu düşünüldüğünde Brezilya’daki hukuk fakültesi sayısının astronomik derecede fazla olduğu anlaşılmaktadır.

Brezilya’da orta öğretimden mezun olan öğrenciler, yılda bir defa yapılan “*a vestibular entrance examinatón*” adı verilen merkezi sınavdan yeterli puan alarak hukuk eğitimi alabilmektedir. Zamanla merkezi sınava alternatif sınavlar da getirilmiştir. Özel üniversiteler ve devlet üniversiteleri tarafından sunulan hukuk eğitimi 5 yıl sürmektedir.

Brezilya’da pratik hukuk eğitimi zorunludur. Öğrencilerin 250 saat tamamlayıcı aktivite ve 300 saat zorunlu mesleki eğitim almaları gerekir. Üniversiteler tarafından verilen mesleki eğitimlerin yanı sıra, hukuk öğrencileri için pratik faaliyetler yapılır ve öğrencilere staj yapılması tavsiye edilir. Öğrencilere pratik hukuk eğitimlerini tamamlamaları için hukuk firmaları, şirketler ve hukuk mesleği ile ilgili pratik faaliyet gösteren yerlerde staj yapmaları tavsiye edilir⁸¹. Hukuk fakültesinden mezun olarak *LL.B.* unvanını alanlar ve baro tarafından yapılan sınavı geçmek koşuluyla avukat olabilmektedir.

J. Pakistan

Pakistan’da lisans seviyesinde hukuk eğitimi veren 167 tane kurum vardır. Ülkemizdeki YÖK ile eş değer kurum olan *HEC (Higher Education Commission)* ortak sınavlar yapmaktadır ama bu sınavlar üniversiteye giriş için tek ölçüt ve bağlayıcı değildir. Bazı üniversiteler *HEC*’in yapmış olduğu *LAT (Law Admission*

⁷⁸ **Valentina Smorgunova**, “Legal Education In Modern Russian Universities”, <http://www.ialsnet.org/meetings/teaching/Smorgunova.pdf>.

⁷⁹ **Olga Shepeleva/Asmik Novikova**, “The Quality of Legal Education in Russia: The Stereotypes and the Real Problems” *Russian Law Journal* Volume II, 2014, s. 108,113.

⁸⁰ **Maleshin**, 288.

⁸¹ Konu hakkında pratik bilgi için faydalı linkler: <https://www.lawstudies.com/LLB/Brazil/>
<https://www.lawstudies.com/LLM/Brazil/>

<https://thebrazilbusiness.com/article/how-to-become-a-lawyer-in-brazil>

Test) ve genel yetenek testlerini baz aldığı gibi kendileri de sınav veya mülakat yaparak öğrenci kabul etmektedir.

Pakistan’da hukuk eğitimi *LLB (bachelor of laws)* ve *LLB Hons* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca Pakistan’da *LLB* eğitimi almak isteyen öğrenciler, öncesinde bir lisans derecesine sahip olmak zorundadırlar. *LLB* 3 yıllık, *LLB Hons* ise 5 yıllık hukuk eğitimi vermektedir. Mezun olmak için özellikle bir şart koşulmamıştır. Sadece lisans derslerinin %50 başarı (C) ile verilmiş olması gerekmektedir.

Pakistan’da avukat olabilmek için; baronun yapmış olduğu sınavdan geçmek ve ilgili yüksek mahkeme hâkimi tarafından başkanlık edilen avukatlar komitesi tarafından yapılan mülakatı geçtikten sonra kıdemli bir avukatın yanında 6 ay staj yapmak gerekmektedir⁸².

K. Çin

Çin’de hukuk fakültesine girmek için lise mezunu olmak ve ulusal üniversite sınavında hukuk fakültelerinin gerektirdiği kadar puan almak yeterlidir. Hukuk fakültelerinde lisans eğitimi üniversiteye göre değişkenlik göstermek olup, üç veya dört yıldır⁸³. Lisans eğitiminde hukuk derslerinin yanı sıra, Mao Zhedong’un öğretileri, Marksist felsefe, ekonomi, politika, milli savunma, askeri eğitim, İngilizce, bilgisayar ve beden eğitimi dersleri gibi hukuk dışı bazı zorunlu dersler de mevcuttur⁸⁴.

Fakültede dersler teorik zeminde ve geleneksel anlatım yoluyla işlenmekte, pratiğe yönelik çalışmalara yer verilmemektedir⁸⁵. Pratiğe yönelik eksikliğin giderilmesi amacıyla seçmeli hukuk kliniği dersleri (hukuk öğrencilerinin adli yardım projeleri bağlamında danışan kişilerin geçek hukuki sorunlarıyla

⁸² Konu hakkında pratik bilgi için faydalı linkler:

<http://www.supremecourt.gov.pk/ijc/articles/6/1.pdf>

https://en.m.wikipedia.org/wiki/Admission_to_practice_law

<https://bahria.edu.pk/admission/undergraduate/academic-eligibility-ug/>

<http://pu.edu.pk/program/show/900332/Punjab-University-Law-College>

<https://www.hec.gov.pk/english/universities/Pages/AJK/Illegal-DAls.aspx>

<https://www.ilmkidunya.com/colleges/bachelors-institutes-law>

<http://www.kinnaird.edu.pk/undergraduate-admission/>

⁸³ **Henry Liao/Dnhuah Huang/William Deng**, “Regulation of the legal profession in China: overview”, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-3499?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-3499?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)), (Erişim: 13.05.2020)

⁸⁴ **Nicolai Nielsen**, “Legal education in China How do Chinese universities prepare law students for legal practice”, s. 3, https://www.academia.edu/3643300/Legal_education_in_China_How_do_Chinese_universities_prepare_law_students_for_legal_practice. (Erişim: 13.05.2020).

⁸⁵ **Nielsen**, s. 4; **Zhou**, s. 68.

ilgilenmesi)⁸⁶ ve fakültenin son smestrinde iki ila üç ay avukat yanında staj yapma zorunluluğu bulunmaktadır⁸⁷.

Çin’de hukuk mesleklerini yapabilmek için öncelikle hukuk yeterliliğine sahip olmak gerekmektedir. Avukatlık için öncelikle hukuki yeterliliğin elde edilmesi, sonrasında ise avukatlık ruhsatı edinmek gerekmektedir. Hukuk fakültesi veya diğer bazı fakültelerden lisans derecesine sahip olanlar ulusal yeterlilik sınavına girerek hukuki yeterlilik kazanabilirler. Ulusal Hukuk Sınavı’nın yanı sıra hukuk fakültesi mezunu olup, hukuk eğitimi ve ğretimi ya da diğer hukuk mesleklerinde kıdemli olanlar da doğrudan yeterlilik başvurusunda bulunabilirler⁸⁸. Avukat adayının yeterliliğini elde etmesi ve sonrasında bir yıl bir avukatın yanında staj yapması gerekmektedir⁸⁹.

Hâkim ve savcı olabilmek için hukuki yeterliliğe sahip olmak ve ilk derece mahkemeleri için iki yıl, diğer mahkemeler için üç yıl mesleki tecrübeye sahip olmak gerekmektedir. Master derecesine sahip olanlar bakımından birinci derece mahkemeleri için bir, diğer mahkemeler için iki yıl tecrübe yeterlidir⁹⁰. Bu Şartları taşıyan kişiler hakimlik ya da savcılık sınavına girerek hâkim savcı olabilmektedir. Hukuk fakültesi mezunu olmak Şartı bulunmadığı için devlet memurları, Komünist Parti yeleri ve emekli askerlerin hakim olması da oldukça yaygındır. Hukukçu olmayan hakimler genellikle kurul Şeklinde görev yapan mahkemelere başkan olarak atanmaktadır⁹¹. Yakın zamanda yapılan reformla hakim-savcı yardımcılığı uygulaması getirilmiştir. Hukuki yeterlilik sonrasında adayın öncelikle sınava girerek hakim-savcı yardımcısı olması gerekmekte, hakim-savcılar ise yardımcılar arasından yine sınavla seçilmektedir. Bunun yanı sıra ülkenin çeşitli bölgelerinde hakimlik ve savcılık için farklı ilave koşullar aranmaktadır.

L. Japonya

Hukuk fakültesinde 4 yılını başarıyla tamamlayan kişiler, baro sınavında başarıyı sağlayabilmek için 2 yıllık bir hukuk eğitimi daha almaktadır.⁹² Müfredat genelde kurs ve seminerlerden oluşmaktadır. Ayrıca ğrenciler, Japon Etütleri ve Uluslararası Liberal Sanatlar alanında İngilizce kurslarında en az 50 kredilik ders almalıdır.

⁸⁶ **Shiwen Zhou**, “The Reform Strategy of Legal Education in China”, *Global Business & Development Law Journal* / Vol. 22, 2009, s. 71-73.

⁸⁷ **Nielsen**, s. 5, 6.

⁸⁸ “China Lawyer Systeme”, http://www.lawinfochina.com/legal/Display_6.shtml. (Erişim: 13.05.2020).

⁸⁹ Admission to practice law, https://en.wikipedia.org/wiki/Admission_to_practice_law#Iran. (Erişim: 13.05.2020).

⁹⁰ in Halk Cumhuriyeti Hakimler Yasası, m. 9.

⁹¹ **Guodong Du**, “Who Can Serve as Judges in China?”, *China Justice Observer*, 14.05.2019, <https://www.chinajusticeobserver.com/a/who-can-serve-as-judges-in-china>. (Erişim: 14.05.2020).

⁹² <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2019/03/02/editorials/revamping-law-school-system/#.XUGmLy35zOQ>

Japonya’da bir öğrenci; avukat, hâkim ya da savcı olarak çalışmak için 2-3 yıllık hukuk programını tamamlamalı ve baro sınavını geçmelidir. Hukuk fakültelerinden mezun olmayan kişiler ise ön yeterlilik sınavını geçtikten sonra baro sınavına girebilirler. En fazla 3 kere girme hakkının bulunduğu baro sınavına hukuk fakültesinde mezun olduktan sonraki 5 yıl içinde girilmesi gerekmektedir. Avukat olmak için Japonya vatandaşı olmak zorunlu değildir⁹³.

Hukuk fakültesi öğrencilerinin, Japonya Hukuki Eğitim ve Araştırma Enstitüsü tarafından denetlenen 1 yıllık stajlarını tamamlamaları gerekir. Avukatlar, hâkimler ve savcılar temelde aynı eğitimi alsalar da bir kişi aynı anda yalnızca bir statüde çalışabilmektedir. Meslekler arası geçişin mümkün olduğu ülkede, hâkimler ve savcılar avukatlık yapabildiği gibi avukatlar da hâkimlik ve savcılık yapabilmektedir⁹⁴.

M. Mısır

Mısır’da hukuk eğitimi öncesinde bir lisans derecesine sahip olma koşulu mevcuttur. Dört yıllık bir lisans eğitimini tamamlayanlar hukuka giriş sınavına girerek herhangi bir hukuk fakültesine başvurabilir. Hukuk fakültesi eğitimi üç yıldır. Modern hukuk fakültelerinin müfredatında şu dersler yer almaktadır: İslam hukuku (fıkıh ve fıkıh usulü), medeni hukuk (sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku, aile hukuku, iş hukuku, sigorta hukuku), ticaret hukuku (kara ticaret hukuku, deniz ticaret hukuku, havacılık hukuku, şirketler hukuku), usul hukuku, ceza ve ceza muhakemesi hukuku, kamu hukuku (anayasa hukuku ve idare hukuku), milletlerarası kamu hukuku ve milletlerarası özel hukuk⁹⁵.

Avukat olabilmek için Mısır Barolar Birliği tarafından tanınan bir hukuk fakültesinden mezun olmak ve baro sınavında başarılı olmak gerekmektedir⁹⁶.

Hakim olmak için hukuk fakültesi mezunu olmak, otuz yaşını doldurmak ve belirli bir mesleki tecrübeye sahip olmak gerekmektedir. Mesleki tecrübe için çeşitli seçenekler mevcuttur; akademik derece sahibi olarak, savcılık ofisi tecrübesi ile ya da avukatlık tecrübesi ile hakimlik sınavına başvurulabilmektedir. Ancak en yaygın uygulama savcılık ofisinde çalıştıktan sonra hakimliğe geçilmesi şeklindedir⁹⁷.

⁹³<http://communities.lawsociety.org.uk/international/regions/north-asia-and-the-pacific/japan/how-to-practise-in-japan/5044554.fullarticle>

⁹⁴<http://communities.lawsociety.org.uk/international/regions/north-asia-and-the-pacific/japan/how-to-practise-in-japan/5044554.fullarticle>

⁹⁵ **Taher Abouleid**, “Legal education and technology in Egypt in an era of globalization”, s. 4. <https://ssrn.com/abstract=3209080> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3209080>. (Erişim: 14.05.2020).

⁹⁶ **Abouleid**, s. 5.

⁹⁷ Justice at a Crossroads: The Legal Profession and the Rule of Law in the New Egypt, Report of the International Bar Association’s Human Rights Institute (IBAHRI) Supported by the Open Society Institute, Kasım 2011, s. 18.

N. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan, Şeriat ve modern pozitif düzenlemelerin bileşiminden oluşan kendine özgü bir hukuk sistemine sahiptir. Ülkede hukuk eğitimi başlangıçta yalnızca Şeriat üzerine iken, zamanla modern hukuk öğretisinin öğretildiği hukuk fakülteleri açılmıştır. Şeriat fakültelerinin müfredatını büyük ölçüde fıkıh ve fıkıh usulü oluştururken, hukuk fakültelerinin müfredatı ağırlıklı olarak medeni hukuk yaklaşımıyla modern hukuk üzerinedir. Bu fakültelerde Suudi devlet düzenlemelerine ağırlık verilmekte, Şeriat minimum düzeyde öğretilmektedir. Hukuk ve şeriat fakültelerinin müfredatının içermesi gereken minimum dersleri belirten bir düzenleme yoktur, her fakülte müfredatını kendisi belirlemektedir. Her iki tür fakülten mezun olanlar da avukatlık yapabilmektedir⁹⁸.

Suudi Arabistan'da avukatlığın temel koşulu bir Şeriat fakültesinden ya da geçerli bir hukuk fakültesinden mezun olmaktır⁹⁹. Bunun yanı sıra üç yıllık mesleki tecrübe koşulu bulunmaktadır. Şeriat ya da hukuk alanında *master* derecesine sahip olanlar için tecrübe şartı bir yıldır. Bu koşulları sağlayanlar Avukatlık Kabul ve Kayıt Komitesi'ne başvurarak sicile yazılır ve avukatlık yapmaya hak kazanırlar¹⁰⁰.

Suudi Arabistan'da şeriat mahkemelerinde hakim (kadı) olabilmek için bir şeriat üniversitesinden mezun olmak ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılan sınavdan başarılı olmak gerekmektedir¹⁰¹. Ayrıca birinci derece mahkemeleri için 22, temyiz mahkemeleri için 40 yaş koşulu vardır. Hâkim yardımcılığı ve kademeli hakimlik sistemi olan ülkede her bir hakimlik kademesi ve yukardaki temel koşullara ilave olarak koşulları belirlenmiştir.

O. İran

İran'da hukuk eğitimi 4 yıldır. Zorunlu olmamakla birlikte, öğrencilerin başka alanlarda tecrübe sahibi olmak için öncesinde başka bir alanda lisans eğitimi aldıktan sonra hukuk fakültesine gitmeleri yaygındır¹⁰².

İran'da avukatlık için 4 yıllık hukuk fakültesinden mezun olmak, çoktan seçmeli baro sınavında başarılı olmak, on sekiz aylık staj dönemini tamamlamak, staj

⁹⁸ **Rayan Alkhalawi**, "Legal Education Reform in Saudi Arabia: A Case Study of Taibah University", Theses and Dissertations. Paper 15, 2015, s. 9.

⁹⁹ Suudi Arabistan Avukatlık Kanunu m. 3, Code of Law Practice - Saudi Arabia, http://hrlibrary.umn.edu/research/saudi-arabia/code_of_law.html.

¹⁰⁰ Suudi Arabistan Avukatlık Kanunu m. 3, Code of Law Practice - Saudi Arabia, http://hrlibrary.umn.edu/research/saudi-arabia/code_of_law.html.

¹⁰¹ Suudi hukuk sisteminde Şeriat mahkemelerinin yanı sıra idari uyuşmazlıklara bakan şikayet mercileri ve uzmanlık mahkemeleri bulunur.

¹⁰² **Lachin Rezaian**, "How to become a lawyer?", Mehr News Agency, 28.06.2018, <https://en.mehrnews.com/news/135197/How-to-become-a-lawyer>. (Erişim: 14.05.2020).

sonunda belirlenen konulardan birinde makale sunmak ve yazılı ve sözlü yeterlilik sınavında başarılı olmak gerekmektedir¹⁰³.

P. Portekiz

Portekiz’de 12 adet hukuk fakültesi bulunmakta olup her fakülte ders programını kendisi belirlemektedir. Portekiz’de hukuk fakültesinde öğrenim beş yıl sürmektedir. Öğrenimin birinci sınıfında; Anayasa hukuku, malî hukuk veya iktisat, Roma hukuku, dersleri verilmektedir. İkinci sınıfta idare hukuku, medenî hukuka giriş, vergi hukuku ve devletler hukuku dersleri verilmektedir. Üçüncü sınıfta ise; ceza genel, medenî usul hukuku, borçlar hukuku, iş hukuku, idare hukuku, vergi hukuku dersleri verilmektedir. Dördüncü sınıfta aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, ceza hukuku, milletlerarası özel hukuk ve ceza usul hukuku dersleri verilmektedir. Beşinci sınıfta öğrenciler uzmanlaşmak istediği kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi hukuku arasında tercih yaparak uzmanlaşma yapmaktadır. Bütün bu çalışmaların yanında hukukta metot, sosyoloji, hukuk felsefesi gibi dersler seçmeli ders alınabilmektedir¹⁰⁴. Portekiz’deki hukuk fakültelerindeki dersler klasik olarak takrir yöntemi ile hem teorik hem de pratik olarak verilmektedir. Teorik dersler ve konular profesörler tarafından anlatılır. Hukuki olay çözümü ise genellikle asistanlar tarafından yürütülen pratik derslerle yapılır¹⁰⁵.

Q. Yunanistan

Yunanistan’da lise eğitimini tamamlayanlar, genel üniversitelere giriş sınavı ile hukuk fakültelerine yerleşebilmektedir. Hukuk fakülteleri ders programını ve ders içeriğini belirleme haklarına sahiptirler. Dersler 1982 yılından beridir yarıyıllık olarak yapılmaktadır. Bir öğrencinin hukuk fakültesinden mezun olabilmesi için 30 zorunlu ve 10 seçimli ders kredisi olarak başarılı olması gerekmektedir. Zorunlu dersler anayasa hukuku, medeni hukuk, aile, hukuku, miras hukuku, ceza hukuku, ceza usul hukuku, mahkeme usulü hukuku, ticaret hukuku, uluslararası hukuk ve denizcilik hukukudur. Bunların yanında öğrencilerin medeni hukuk, ceza hukuku ve kamu hukuku alanlarında ‘*sentez*’ denilen bir dersi de almaları gerekmektedir. Derslerin yarıyıllık olması dolayısıyla ceza hukuku, medeni hukuk ve kamu hukuku gibi dersleri bir yarıyıldaki öğrenmenin mümkün olmadığı görüldüğünden sentez dersleri konulmuş, ayrıca 4 yıllık eğitimin sonunda öğrencilerin gelişimi için 20 kişilik gruplardan oluşan seminer dersleri başlatılmıştır. 2020 yılı itibarıyla Yunanistan’da yalnızca 3 adet hukuk fakültesi bulunmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰³ **Maliheh Zare**, “An Overview of Iranian Legal System and Research”, Globalex, https://www.nyulawglobal.org/globalex/Iran_Legal_System_Research.html#lawyering. (Erişim: 14.05.2020).

¹⁰⁴ **Oğuz**, s. 17-18

¹⁰⁵ **Oğuz**, s. 19.

¹⁰⁶ Atina’da “Ethniko Kapodistriako Panepistimio”, Selanik’te “Aristotelio Panepistimio Thessalonikis”, Komotini’de “Nomiki Sxoli Komotinis” hukuk fakülteleri mevcuttur. 2003 yılında

Hukuk fakültesinden mezun olanlar, ilgili bölgedeki baroya kaydolarak on sekiz aylık staj sonunda avukat olabilmektedir. Hakim ya da savcı olmak içinse, ulusal sınavda başarılı olmanın yanı sıra, en az iki yıl avukatlık yapmış olma koşulu bulunmaktadır.

R. Belçika

Belçika’da lise diploması olan her öğrenci herhangi bir sınava girmeden, isteğe bağlı olarak hukuk fakültesine kayıt yaptırabilmektedirler. Buna bağlı olarak Belçika’da hukuk fakültelerine kaydolmak kolay olmakla birlikte mezun olmak ise tam tersine bir o kadar zordur. Hukuk fakültesine kaydolan öğrencilerin büyük bir bölümü başarılı olamadığı için süreç içerisinde kendiliğinden elenmektedirler. Adaylar, Fransızca veya Felemenkçe dillerinden hangisini daha iyi konuşuyor ise bu dilde eğitim veren hukuk fakültelerinde öğrenim görmeyi tercih etmektedirler.

Hukuk fakültelerinin eğitim süresi beş yıl olup, ilk üç yıllık sürede başarılı olanlar “*bachelor*” diploması almakta, son iki yıllık öğrenimi de başarılı olarak tamamlayanlar ise “*master*” diploması alarak mezun olmaktadır. Bologna sistemi bütün Avrupa’da etkili olduğu gibi Belçika’daki üniversitelerin sistemini de etkileyerek değişime uğratmıştır. Hukuk fakültesinden mezun olanlar hâkim, savcı, avukat, noter, icra müdürü olabilmektedirler. Avukatlık stajı üç yıl olup, stajın yıllarına göre artan oranda maaş alınmaktadır. Stajyer Avukatlar stajın başında baroya kaydolması gerekmektedir. Baroya kaydolan stajyer avukat, mahkemede yapılan yemin töreni ile birlikte stajyer olarak çalışmaya başlar. Stajyerler baroya kayıt yaptırdıktan sonra baronun belirlediği zorunlu dersleri tamamlar ve sonrasında bitirme sınavına girerler. Bu sınavdan başarılı olmaları halinde yeterlilik belgesi olarak avukatlığa adım atarlar.¹⁰⁷

S. Danimarka

Danimarka’da hukuk eğitimi “*bachelor*” ve “*master*” olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama olan *bachelor* öğrenimi üç yıl sürmekte olup, bu süreçte kamu ve özel hukukun temel kavramlarının yanı sıra Avrupa Birliği Hukuku öğretilmektedir. Her dönem sonunda öğrencilere sınav yapılmakta olup son dönemde ise öğrenci tarafından proje hazırlanması gerekmektedir. Başarılı geçen *bachelor* öğreniminin tamamlanmasından sonra, iki yıl süren *master* öğrenimi başlamaktadır. Bu süreçte de *bachelor* sistemine benzer bir şekilde öğrenciler her dönem sonunda sınav vermek zorundadırlar. Bu öğrenimin sonunda öğrencinin bitirme tezi yazması gerekmektedir.

Hukuk fakültesinden mezun olanlar hâkim, savcı, avukat veya noter olarak çalışabilmektedir. Danimarka’da avukat olabilmek için, bir hukuk ofisinde üç yıl stajyer avukat olarak çalışmak gerekmektedir. Bu staj döneminde stajyer

da yalnızca bu hukuk fakültelerinin bulunduğu yönünde bkz. **Antonis Pantelis**, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Türkiye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003, s. 139 vd.

¹⁰⁷ **Öztoprak Sağır**, s. 27-32.

avukatların baronun belirlediği konularda hukuk kurslarına devam mecburiyeti vardır. Bir stajyerin avukat sıfatını alabilmesi için, staj sonunda yapılan sınavda da başarılı olması gerekmektedir¹⁰⁸.

T. İspanya

İspanya’da öğrenci kabul kriterleri üniversitelere bırakılmıştır. Üniversitelerce belirlenen “*bachillerato*” ya da “*Bachillerato Unificado Polivalente (BUP)*” adındaki sınavlarda başarılı olmak öğrenci kabulünde büyük öneme sahiptir. İspanya’da eğitim programını ve eğitim süresini de her üniversite kendisi belirlemektedir¹⁰⁹.

Hukuk fakültelerinde zorunlu temel ders olarak okutulan Anayasa hukuku, ceza hukuku ve ceza usul hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, ticaret hukuku, medenî hukuk, medenî usul hukuku, hukuk teorisi, Roma hukuku, kilise hukuku ve hukuk tarihi gibi dersler yanında seçmeli derslerde bulunmaktadır. İspanya da tkrir benzeri olan konferans şeklinde dersler yapılmakta, zaman zaman da pratik yapılabilmektedir. Sınavlar kural olarak yazılı olarak yapılmakta ve ortalama olarak iki saat sürmektedir. Hukuk öğrenimi, öngörülen zorunlu ve seçmeli derslerin başarı ile tamamlanması ile bitmekte ve öğrenci “*licenciado*” unvanını almaktadır.

Licenciado unvanı alanlar stajyer avukat olarak çalışmaya başlayabilirler. Staj sonunda barolar tarafından yeterlilik sınavı yapılır başarılı olanların avukat olarak baroya kaydı yapılır. Hâkim olmak için ise hukuk fakültesi mezunu olmak ve “*oposición*” isimli mülakatı geçmek gerekmektedir. Bu sınavda, adayların kura yöntemiyle seçtikleri bir konuda konferans vermeleri beklenir. Burada adayın yeteneği ve yeterliliği test edilir. Doktora yapmak isteyen öğrencilerin iki yıl süren yeni bir öğrenim sürecini takip etmeleri gerekmektedir. İspanya’da doktora eğitimi iki yıl olarak öngörülmüş olsa da, genelde bir öğrencinin doktor unvanını alabilmesi beş yıllık bir süre almakta, ayrıca öğretim üyesi olarak çalışabilmek için “*concurso-oposición*” adı verilen bir sınavda başarılı olunması gerekmektedir¹¹⁰.

II. ÜLKEMİZDE HUKUK EĞİTİMİ VE REFORM ÖNERİMİZ

A. Hukuk Eğitimi Reformuna Duyulan İhtiyaç

Hak ve sorumluluklar, tam ve sağ doğmak şartı ile bir gerçek kişiyi anne karnından ölümüne kadar hayatının tamamında takip eder. Bu anlamda hak ve sorumluluklar, tıpkı ruh gibi hayatın vazgeçilmez bir parçasıdır. Hukuk ise hak ve sorumlulukları düzenleyen disiplindir. Hukuk, kişinin adı, ikameti, öğrenim hayatı, evlenmesi, boşanması, alış-veriş yapması, işyeri açması, şirket kurması, derneğe üye olması, tedavi görmesi, vasiyetname hazırlaması gibi birçok iş ve

¹⁰⁸ Öztoprak Sağır, s. 28-32.

¹⁰⁹ Uyumaz/Erdoğan, s. 483-484, Oğuz, s. 14-17.

¹¹⁰ A Uyumaz/Erdoğan, s. 484.

işlemede sonuç doğurur ve kişinin toplum menfaatine uygun olan düzene tabi olmasını sağlar. Tüm bu süreçleri düzene sokmayı hedefleyen hukuk, gerçek kişilerin yanı sıra, şirket, dernek ve benzeri tüzel kişilerin iş ve işlemlerini de düzene sokmayı amaçlar. Hatta hukuk, kamu tarafından teşekkül ettirilen tüzel kişileri yani devleti düzenler ve tüm dünya uluslarının menfaatine uygun olarak belli bir düzene sokmayı hedefler.

İnsan ilişkilerinde hukukun ilgi alanına giren geniş yelpaze düşünüldüğünde bu disiplindeki eğitimin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Hukuk eğitimi almak isteyen öğrencilerin insan olarak kendini tanıması, toplumu tanıması, karmaşık insan ilişkilerini çözebilecek akıl yürütme becerisine sahip olması ve geçmişte insan ilişkilerine ışık tutan tarihi bilmesi gerekmektedir. Öğrencilerin ayrıca doğru anlama ve anlatma, yani iletişim yetisine sahip olması, bunun için de ana dilini iyi kullanabilmesi, dil bilgisine hâkim olması gerekmektedir¹¹¹.

Ülkemizde hukuk eğitimi almak isteyenler için kabul edilen öğrenci seçme sistemi maalesef yukarıda vasıfları zikredilen kişiyi seçmemektedir. Ülkemizde 17 yaşında liseyi bitiren ve henüz insan olarak kendisini dahi iyi tanıyacak olgunluğa ulaşmayan bir kişi hukuk eğitimi almaya hak kazanmaktadır. Liseyi bitiren öğrenci, ÖSYM tarafından tüm programlar için ortak olarak yapılan genel sınavdan aldığı puana göre tercih yapmakta, çoğunlukla tercih ettiği birçok farklı bölüm arasından puanının denk gelmesine göre hukuk fakültesine girmektedir. Kaldı ki lise eğitiminin genel kalitesi ve müfredatı düşünüldüğünde bu kişinin toplumu tanıtan sosyoloji veya akıl yürütme becerisi kazandıran mantık gibi dersleri almamış olduğunu düşündüğümüzde, hukuk eğitimi alırken zorlanması kaçınılmazdır. Öğrencinin zorlanmasının yanı sıra düşük öğrenci profili nedeniyle birçok hukuk dersinin soyut bilgiden öteye geçmeyeceğini belirtmek gerekir¹¹².

Dünyadaki küreselleşme süreci ile birlikte ekonomi ve sanayideki ilerleme, ulusal ve uluslararası çapta hukuk hizmetine daha fazla ihtiyaç duyulmasına sebep olmuştur. Bir sektör haline gelen hukuki hizmet alanında da uluslararası düzeyde rekabet kendini göstermeye başlamıştır. Dünya çapında büyük hukuk büroları yurtdışında muhabir bürolarla çalışırken ekonomi ve sanayideki ilerlemeler karşısında yurtdışına hukuk bürosu açma yoluna gitmişlerdir. Uluslararası düzeyde hukuki ihtilafların hallinde, tahkimlerde görülen yargılamalarda hukukçular karşı karşıya geldikleri gibi, tüm dünyaya yayılan dev şirketlere sağlanan hukuki hizmet piyasasında da rakip hukuk firmaları karşı karşıya gelmektedirler.

¹¹¹ **Erzan Erzurumluoğlu**, “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003, s. 285.

¹¹² **Tufan Erhürman**, “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003, s. 57; **İlber Ortaylı**, Hukuk Eğitimi ve Tarihi, Online Söyleşi, Özetle: “Hukuk liseden sonra öğrenilecek bir şey değil onu size söyleyeyim. Hukuk 17-18 yaşındaki çocuğa öğretilecek şeyler değildir.” Erişim Adresi: (<https://www.youtube.com/watch?v=y3bitsY92BY>) (Erişim: 09.01.2020).

Günümüzde devletlerin *soft power* (yumuşak güç) olarak ifade edilen uluslararası itibar ve gücünün en önemli bileşen ve göstergelerinden birisi, ulusal hukukçuların dünyanın farklı coğrafyalarında söz sahibi olabilmesi ve vatandaşlarının haklarını savunabilmeleridir. Kendi topraklarındaki çok uluslu kuruluşlarda kendi hukukçularının söz sahibi olup olmadığı, hatta tamamen yabancı unsurlar arasındaki ihtilaflarda kendi hukukçularının söz sahibi olabilmesi paha biçilmez bir *soft power* örneğidir. Hukukçuları ile söz sahibi olabilen devletler, tahkim merkezleri gibi kurumsal yapılarla da uluslararası hukuk sektöründe söz ve pay sahibi olabilmektedir. Günümüzde İsviçre ve İsveç'in uluslararası tahkim alanında öne çıkması ve Amerikalı hukuk şirketlerinin dünyanın dört bir yanında, Amerika'yla hiç alakası olmayan konularda bile danışmanlık vermesi bu ülkelerin uluslararası gücüne önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu alanlarda başarının ve ilerlemenin anahtarı ise ilgili devletin hukukçularının kalitesidir.

Günümüz dünyasında sadece üretilen mal veya paranın ülkeler arasında rekabet etmediği, ondan da öte, bilgi ile donanmış gerek teknisyen gerekse hukuk adamlarının rekabetin başat aktörleri olduğu bir gerçektir. Bu bilinçle, ülkelerin bugün her alanda başarılı hukukçulara dünden daha fazla ihtiyacı olduğu yadsınmaz.

Hukuk eğitimi sistemimizin bırakın küresel çapta hukukçu yetiştirmeyi, ulusal çapta dahi iyi hukukçu yetiştirmeye yeterli olamadığı ülkemizdeki adalet sisteminin ürettiği sonuçlardan kolayca anlaşılabilir. Bir başka ifade ile üniversitelerimizdeki hukuk eğitiminin ülkemizi uluslararası düzeyde temsil edecek, diğer ülke hukukçuları ile rekabet edebilecek iyi hukukçular yetiştirmekten son derece uzak olduğu görülmektedir. İstisnai başarı örnekleri bulunsa da hukuki hizmet ihraç edebilen bir ülke olduğumuzu söylemek ne yazık ki mümkün değildir.

Türkiye, Dünya'da söz sahibi olan, güçlü bir devlet olmak istiyorsa, uluslararası arenada tekel sahibi olan güç odakları karşısında bir alternatif olma iddiası varsa, küresel ölçekte vatandaşlarının ve zulme uğrayan herkesin hamisi olma iddiası varsa; Türk hukukçuların ve Türk hukuk firmalarının dünyanın dört bir yanında etki ve itibarlı olmaları şarttır. Siyasi etmenlerin yanında ve öncesinde bu hukukçu güç, uluslararası platformda güçlü ve söz sahibi olmanın mutlak gereğidir. Türkiye'nin sivil gücü olan ulusal şirketleri veya iş adamlarının yanında, gittikleri ülkelerde kendilerini karşılayan, o ülkede faaliyet gösteren, yanlarında durabilen ve uyuşmazlık durumlarında kendilerini savunan Türk hukuk şirketleri olduğu gün Türkiye'nin büyük devlet olduğu ve gelişmiş ülkeler kategorisine girdiği söylenebilecektir.

Son dönemlerde hukuk eğitiminde kaliteyi sağlayabilmek için hukuk fakültesine girişte puan sınırlaması getirildi ise de mevcut hukuk fakültelerinin fazlalığı, akademik kadroların yetersizliği ve kontenjanların yüksek olması karşısında bu

tedbirler yetersiz kalmıştır¹¹³. Hukuk fakültelerinin ve kontenjanlarının artması ile adaylar, çok düşük puanlarla hukuk fakültesine yerleşebilmektedir. Örneğin 2010 Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Sınavında (ÖSYS) 177000'inci, 2014 ÖSYS'de ise 366000'inci aday hukuk fakültesine yerleşmiştir¹¹⁴. YÖK Genel Kurulu'nun getirilen sınırlamalar sonrası mevcut durumda hukuk fakültelerine yerleşmek için ilk 125.000 başarı sıralamasına girme koşulu getirilmiştir.

Ülkemizde bir öğrencinin hukuk fakültesinden mezun olabilmesi ve hukuk mesleklerine aday olabilmesi için dört yıllık (sekiz yarıyılık) eğitim programını başarıyla tamamlamış olması yeterlidir¹¹⁵. Avrupa'nın birçok ülkesinde bu süre beş yıldır¹¹⁶. Amerika'da ise hukuk eğitimi üç yıl sürse de hukuk eğitimi alabilmek için lisans mezunu olmak gerekli olduğundan liseden sonra hukuk fakültesi mezunu olabilmek için en az yedi yıl geçmesi gerekmektedir.

Ülkemizde hukuk eğitiminin kalitesinin artırılması için, mevcut sorunları ve eksiklikleri, bu konudaki tarihi tecrübe ve yukarıda incelemiş olduğumuz dünyadaki hukuk eğitim sistemi örnekleri çerçevesinde çözümlenmek gerektiği kanaatindeyiz. Ülkemizin sahip olduğu kültürel ve tarihi hukuk müktesebatını göz önüne alarak uygulanabilir bazı önerilerde bulunmak istiyoruz. Aşağıda açıklayacağımız bu önerilerde, ülkemizin ve mensubu olduğu medeniyetin hukuk eğitimindeki tarihi tecrübesi, yakın tarih uygulaması ve bundan çıkarılan dersler, modern toplumlardaki başarılı örnekler ile toplumumuzun değer yargıları ve yapısı dikkate alınmıştır.

B. Hukuk Fakültesi Eğitim Reformunun Temel Dinamikleri

Ülkemizde hukuk eğitiminin esaslı bir reforma tabi tutulması gerekmektedir. Zira sorun, yüzeysel ve şekilsel değişikliklerle çözülemeyecek, önemli bir sistem ve paradigma değişikliği gerektiren bir sorundur. Bu reformun temel dinamikleri ise hukuk eğitiminde metot değişikliği ve standardizasyon olmalıdır. Hukuk eğitiminde teorik ve monolog eğitim modeli terk edilerek, pratiğe yönelik ve öğrencinin katılımını artıracak bir metot değişikliği sağlanmalıdır. Bunun yanı sıra modern Avrupa eğitim sisteminin bel kemiği olarak ifade edilebilecek Bologna sistemi üzerinden hukuk eğitiminin içeriğinin standardizasyonu ve ölçülebilirliği sağlanmalıdır.

¹¹³ ÖSYM, Yüksek Öğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzu, 2018, <https://www.osym.gov.tr>, (Erişim: 24.04.2019).

¹¹⁴ “Tıp fakültesine ilk 40 bin, hukuk fakültesine ilk 150 bin’de olanlar girebilecek”, <http://www.hurriyet.com.tr/egitim/tip-fakultesine-ilk-40-bin-hukuk-fakultesine-ilk-150-bin-de-olanlar-girebilecek-28084226>, (Erişim: 20.04.2019).

¹¹⁵ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim Ve Sınav Yönetmeliği, m.5, <http://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 22.05.2019)

¹¹⁶ Ceyda Ümit ve diğerleri, “Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Avukatlık Mesleği ile İlgili Düzenlemeler”, Adalat Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Bilgi Notu, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/e-kutuphane.html>, (Erişim: 22.05.2019).

1. Hukuk Eğitiminde Metot Değişikliği: Takrir ve Karar Yöntemleri

Hukuk eğitiminde temel yaklaşımın değişmesi gerekmektedir. Eğitimin temel çıktısı olan mezunların hangi vasıflara sahip olması gerektiği yeniden gözden geçirilmeli, çağın ihtiyaçlarına cevap verebilecek vasıflarda hukukçu yetiştirilmelidir. Bunun için de eğitimde mutlak yöntem olarak benimsenen takrir metodu kısmen terk edilerek, karar metodunun da dahil edildiği karma bir metodun benimsenmesi gerekmektedir.

a. Hukuk Eğitiminde Mantalite ve Metot Değişikliği İhtiyacı

Hukuk eğitime yönelik reformlardaki temel amacın eğitim kalitesinin yükseltilmesi olduğu muhakkaktır. Dünyada bu yöndeki bütün çalışmaların amacı mezun olanların mesleğini icra ederken gerek ulusal ve gerekse uluslararası alanlarda başarılı olma beklentisinin sağlanmasıdır. Dünyada son yıllarda yapılan reformlarda hukuk eğitimin kalitesinin artırılması için avukat eksenli bir öğrenim ile uygulamaya dönük bütünleşik eğitimin önem kazandığı konusunda görüş birliği mevcuttur¹¹⁷. Hukuk eğitimi alanında Avrupa'da yapılan reformlarda, hâkimlik mesleği önceliğinden vazgeçilmiş, eğitimin avukatlık mesleği odaklı olmasına doğru dönüşüm yaşanmıştır. Bunun sebebi, hukuku ilgilendiren ilişkilerin geçmişe oranla daha karmaşık ve çok kültürlü olması ve bu bağlamda değişik sorunların ortaya çıkması olarak görülmektedir.

Günümüzde hem kamu yönetimi tarafında, hem de özel sektörde hukukçudan beklenen, koruyucu hukuk yaklaşımıdır. Başka bir ifade ile günümüzde hukukçunun, problem çözmekten çok, olası problemleri önlemeye yönelik bir yaklaşım sergilemesi beklenmektedir. Almanya'daki hukuk eğitimi hukuk öğrencisine, hukukçu kişiliğini ve hukuk bilgisini takdim ederken, yaşanan reformla birlikte bunun yanında piyasada istenen özelliklerin kazandırılması da amaçlanmış ve özellikle iletişim, müzakere ve süreç yönetimi becerilerini geliştirecek bir takım dersler de müfredata girmiştir. Reformla müfredata giren yeni nesil derslerden birinin de yabancı dil olduğu görülmektedir. Avrupa'daki hukuk eğitiminin önceliği taraflar arasında ihtilafları önlemeye yönelik iletişim becerilerine sahip, esnek ve geniş düşünebilen, aksiyon alabilen hukukçuların yetiştirilmesidir¹¹⁸.

Avrupa'da bugün yaygın düşünce ve görüş, ders programlarında zorunlu derslerin azaltılarak öğrencilerin kendi istedikleri alanda uzmanlaşmalarını sağlayacakları imkânların oluşturulması yönündedir. Bu düşünceden hareketle öğrencilere ilk önce; hukuk teorisi, hukuk tarihi, Roma hukuku, karşılaştırmalı hukuk, hukuk felsefesi gibi temel bilim dersleri verilmeli bundan sonra da medeni hukuka giriş, ceza hukuku, kamu hukuku ve Avrupa hukuku gibi temel nitelikteki alanlara ağırlık veren bir eğitim programı takip edilmelidir. Öğrenciye eleştirel bir bakış açısının yanında, araştırma metotlarını özümsemesi, sosyal hayatın değişimi ile

¹¹⁷ Öztoprak Sağır, s. 35-36.

¹¹⁸ Öztoprak Sağır, s. 37-42.

hukuk düzeninin tarihi gelişimine vakıf olması, bütün bu süreçleri birlikte ele alarak çok yönlü olarak kavraması yönünde yol açacak bir öğrenim ve eğitim usulü desteklenmektedir. Bütün bu kazanımlardan sonra, Tarih ve metodoloji bilgisine sahip bir hukukçu için, gerek ulusal, gerek yabancı hukuk materyalini araştırmak, kavramak, yorumlamak, uygulamak ve sonuç almak olağan bir faaliyetten ibaret olacaktır¹¹⁹.

b. Takrir ve Karar Metotları

Kıta Avrupası ve ülkemizdeki geleneksel eğitimde büyük ölçüde takrir metodu kullanılarak hukuk eğitimi yapılmaktadır. Takrir, “yerleştirme, yerleştirilme, anlatma, ders verme” anlamlarına gelmekte olup¹²⁰, eğitim açısından hocanın ders anlattığı, öğrencilerin ise dinleyici olduğu eğitim metodunu ifade etmektedir. Güncel dilde “anlatma yöntemi” olarak da adlandırılan bu yöntem, eğitimde öğreticinin ana figür olarak etkin olmasını gerektirmekte, müfredatta yer alan konuların öğretici tarafından açıklanmasını gerektirmekte ve öğrencinin gelişimini öğreticinin monolog performansı üzerine kurgulamaktadır.

Avrupa’da ve geleneksel doğu ekollerinde takrir metodu benimsenirken, ABD’de ise hukuk eğitiminde takrir metodu uzun yıllar önce terk edilmiş, yerine “*case method*” yani karar metodu kullanılır hale gelmiştir. Karar metodu, öğrencilerin örnek kararlar, uygulamalar ve kurmaca çalışmalarla eğitime aktif katılımının sağlanması, öğreticinin yönlendirmesi altında ancak kendi bireysel faaliyeti doğrultusunda gelişim göstermesi gereken eğitim yöntemidir. Bu iki metodun birbirleri karşısında avantajları olduğu gibi pek tabii ki dezavantajları da bulunmaktadır.

c. Hukuk Eğitiminde Karar Metodunun Olumlu Yönleri

Karar metodunun en belirgin farkı öğrencilerin hukuk teorisi veya hukuk bilgilerini ezberlemek yerine, yaşanan sorunları ve çözüm yollarını görerek, tecrübe kazanarak öğrenmeleridir. Öğrenciler ortaya konulan sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda kendi gayretleri ile tümevarım yöntemini kullanarak çözüm yolları bulmaya çalışmakta, bunun da öğrencilere ve öğrenime dinamizm kazandırdığı görülmektedir¹²¹. Öğrenci, meslek hayatında ihtiyaç duyacağı hukuk bilgilerini kendisi bulmayı, mahkeme kararlarını okumayı, tahlil etmeyi ve sonuç çıkarmayı öğrenmiş olması sebebiyle ayrıca mahkemelerde staj yapma ihtiyacı da duymamaktadır. Öğrencilerin meslekle ilgili tecrübeleri ise öğrenim faaliyetleri çerçevesinde mahkemelere yapmış oldukları ziyaretlerde kazandıkları görülmektedir.

Takrir metodunda ise öğrencinin araştırmasından daha çok öğreticinin anlatımı önem kazanmaktadır. Öğrenci için vazgeçilmez birinci öncelik, öğretici ile

¹¹⁹ Öztoprak Sağır, s. 42.

¹²⁰ <https://sozluk.gov.tr/>.

¹²¹ Sami Okay, “Michigan Hukuk Fakültesinde Hukuk Tahsili Ve Öğretim Tekniği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1-4), 2011, s. 373.

aynılaşmak, onun anlatımlarını benimsemek, anlattığı ilke ve konuları ezberlemek olarak görülmektedir. Bunun doğal sonucu olarak; öğrenci, araştırma veya çözüm üretme gibi bir gayrete ihtiyaç duymamaktadır. Bu yüzden birçok öğrenci, hocanın tavsiye ettiği kitaptaki bilgileri, doğru veya yanlışlığını veya eksikliğini tartışmadan veya düşünmeden anlama, ezberleme yolunu tercih etmektedir. Bu yaklaşım sebebiyle öğrencilerin çoğu, yanlarında kanun bulundurmadan, kanunu açıp okumadan, kitapta verilenle yetinerek mezun olmaktadır. Bu tablonun kaçınılmaz sonucu olarak da, mezun olduğunda staj döneminden itibaren, okulda anlatılanla uygulamanın farklı olduğu düşüncesi hakim olmaktadır. Bu düşünce, bir şekilde fakültedeki öğrencilere nüfuz etmekte, hukuk öğrencilerini olumsuz etkileyerek öğrenim ve eğitim kalitesini olumsuz yönde etkilemektedir. Takrir metodu ile yetişen öğrencilerde, mesleki bilgiler dışında mahkeme kararlarını tahlil ya da görülen davada karar oluşumu gibi süreçleri takip etme yetisi gelişemediğinden, bu öğrenciler yapmış oldukları stajlarda mahkemelerde işleyen süreci takip edememekte, bunun doğal sonucu olarak stajda geçen süre boşa harcanan zaman olarak görülmektedir.

Karar metodunda öğretici, dönem başında öğrenciye detaylı bir ders planı, programı (*syllabus*) ve dersin kaynaklarını sunmakta, buna bağlı olarak her derse öğrencinin öğretici kadar hazırlıklı gelmesi beklenmektedir. Bazı fakültelerde verilen ders programına uygun olarak önceden öğrencinin ödev yapması istenmektedir. Belirli sayıda ödev yapmayan öğrenci, dönem sonu yapılan sınavlara alınmamaktadır. Bu yöntem öğrenciyi pasif süje olmaktan çıkartan, zorunlu olarak ders hazırlayan, soru üreten, soru soran, eksiklerini gören, sınıf arkadaşları ile rekabet eden, tartışan, derse aktif katılan bir aktör haline getirmektedir. Bu metot, öğrencilerin hem araştırma hem konuşma, hem de müzakere yetilerini kamçılayan bir etki oluşturmaktadır.

Takrir metodunda ise öğreticilerin çoğu kez dönem başında ders planı, programı veya dersle ilgili kaynakları öğrenciler ile paylaşmadığı, sadece kitap tavsiye ettiği, öğrencinin işlenecek konulara önceden okuyarak veya ödev yaparak hazırlık yapmasının beklenmediği, öğreticinin konudan bihaber olan öğrenciye, konferans şeklinde ders anlatarak dönemi sonuçlandırdığı, dönem sonunda sınav yapıldığı bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu yöntemde de öğreticinin dönem başında ders içeriğini, planını ve kaynaklarını öğrenci ile paylaşması ve önden ödev vermesi elbette mümkündür. Ancak yöntemin temel işleyişi ve mantığı bunun sağlıklı ve etkin yürütmesine elverişli değildir.

Karar metodunda öğrenciler, verilen ders planına göre derslere çalışarak gelmek, müfredatı sıkı bir şekilde takip etmek, sınavlara girme şartı olan günlük ödevleri zamanında yapmak zorunda olmaları sebebiyle; verilen plan dâhilinde tedrici, ama etkili; zamana yayılmış ama kalıcı bir öğrenim süreci geçirmektedir. Böylelikle hukuk metinlerini ezberlemiş öğrenci yerine, hukuku kavramış, hukuk idesini benimsemiş, muhakeme kabiliyeti güçlendirilmiş hukukçular yetiştirilmektedir.

Takrir sisteminde ise günlük ödev yapma, derse hazırlıklı gelme zorunluluğu bulunmadığından öğrenciler çoğu kez günlük derse çalışmamakta, önerilen kitapların kapağını bile açmamakta, ancak sınavlar yaklaştığında sınavı geçmek amacıyla yoğun olarak emek sarf etmekte, sınav bittikten veya başarılı olduktan sonra ise çalışma motivasyonunun aksine, öğrendiklerini unutma evresine girmektedir¹²².

Karar metodunda öğrenci, doğrudan yaşanan bir hukuki sorunu anlamak ve ona çözüm üretmek üzere öğrenim görmektedirler. Bunun doğal sonucu olarak öğrenciler güncel sorunları görmek, sınıftaki arkadaşları ile aralarında tartışmakta, sorunu tahlil edebilmektedir. Öğrenci kullandığı bu yöntemle sınıftaki arkadaşları ile müzakere ve münakaşa etmekte, farklı yaklaşım ortaya koymaya çalışarak çözüm yolları önermekte, karşıt görüşleri tanımakta, aynı zamanda kendi görüşlerini de test etmekte ve diğer arkadaşlarının görüşleriyle mukayese de edebilmektedir. Öğrenci bu metotla bilgi ve tecrübe sahibi olmakta, mesleğe başladığında zorluk çekmeden kolayca uyum sağlayabilmektedir¹²³.

Takrir metodunda eğitimin birincil önceliği öğrencinin teorik hukuk bilgilerine hâkim olmasıdır. Teorik bilgiyi alan öğrencinin, bu bilgi doğrultusunda kanunları kullanarak önüne gelen sorunları çözümlemesi beklenmekte, ancak bunu yapabilmesi için ilgili yetileri geliştirilmemektedir¹²⁴.

Karar metodu ile yapılan öğretimde hukuk, hayatın pratik meselelerini hak, adalet ve ölçülülük kurallarına göre çözüme odaklandığı için öğrenciler ihtiyacı olan bilgileri öğrenmekte ve önünde duran problemin çözümünde kullandığı için bu yöntem ilgi çekici olabilmektedir.

d. Karar Metodunun Olumsuz Yönleri

Karar metodu ancak öğrenci sayısı az olan sınıflarda uygulanabilmektedir. Sınıftaki öğrenci sayısının kırkı geçmesi halinde, tartışma ortamı yoğunlaşmakta, ödev kontrolü zorlaşmakta olacağından bu metodun etkin olarak uygulama imkânı ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde bu yöntemin uygulanması için öğrenci başına düşen akademisyen sayısının yeterli olması ve öğreticilerin de bu yöntemde eğitim vermeye elverişli bilgi ve birikime sahip olmaları gerekmektedir. Ülkemizde neredeyse hiçbir hukuk fakültesi mevcut durumda bu yöntemi uygulamaya elverişli öğrenci sayısı ve akademisyen mevcuduna sahip değildir.

Karar metodunda öğrenciler önlerine gelen sorunlarla ilgili konuları öğrenmek zorunda kalacaklarından, bütüncül olarak genel konuları ve istisnaları öğrenme, genel anlamda bilgi sahibi olma imkânı bulamayacaklardır. Bu durumda öğrenciler eksik bilgi ile mezun olabilecektir. Bir hukuk dalının esaslarının ve

¹²² Okay, s. 367.

¹²³ Okay, s. 377.

¹²⁴ Okay, s. 377.

istisnalarının bu yöntemle bütüncül bir biçimde öğrenilmesi için uzun bir zamana gerek duyulmaktadır¹²⁵.

Takrir sisteminde ise teorik bağlamda genel hukuk bilgilerini ile istisnaları öğretmek konusunda öğreticinin yeterli zamanı ve imkânı bulunmaktadır. Öğretici, bir plan dâhilinde öğretilmesi istenen hukuk dalının genel esaslarını ve istisnalarını rahatlıkla ortalama seviyeye sahip olan bütün öğrencilere öğretme imkânına sahip olmakta, öğrenciler için de yeterli zaman olduğundan daha kapsamlı bir öğrenme mümkün olabilmektedir¹²⁶.

Karar metodunda verilen ödevlerde, istenen hukuk normlarının araştırabilmesi için öğrencinin hem çok zaman harcaması hem de bilmediği konuları kendi kendine öğrenmesi gerekmektedir. Bunun doğal sonucu olarak öğrenci gereksiz zaman harcamakta ve çoğunlukla da ilgili hukuk normunu araştırdığı dava ile sınırlı olarak eksik bir şekilde öğrenebilmektedir. Öğrenci, olması gerekenden fazla zaman harcadığı için ders dışında kendisini geliştirecek sosyal etkinliklerden uzak kalmaktadır.

Karar metodunun bir başka olumsuz yönü de öğreticilerin bilimsel çalışma yaparak kitap yazmalarının cazip bir tarafı olmadığından akademisyenler kitap yazma, düşüncelerini disipline ederek eser olarak ortaya çıkarma ihtiyacı duymamakta, sadece kendilerinin ilgilendiği alanlarda çalışma yapmaktadırlar. Bu sebeple hocaların düşüncelerinin, tecrübelerinin anlamı ortadan kalmakta, akademisyenlerin hukukun gelişmesine katkısı önemsiz hale gelmektedir. Bu usul, öğreticilerin ders hazırlama ya da derse çalışıp katkı sağlamasını önemsizleştirdiğinden, öğreticileri tembelliğe itebilmektedir¹²⁷.

Karar metodunda ağırlıklı mahkeme kararları esas alındığından ve yeni yapılan düzenlemeler konusunda mahkeme kararı olmayacağından öğrencilerin yeni yapılan yasal düzenlemeleri öğrenmeleri veya anlamaları çoğu kez mümkün olamamaktadır¹²⁸.

Karar metodunda eğitim gören öğrenciler bütün hukuk kurallarının sadece mahkeme kararlarından ibaret olduğu düşüncesine kapılmaktadırlar. Oysa mahkeme kararları sadece bir sonuç olup, asıl olan hukuk kurallarının kendisidir. Mahkemeler önüne gelen olayları esas alarak mevcut yasaları tatbik ederek sonuca ulaştırmaktadırlar.

Karar metodunda öğrenciler önlerine gelen davaları analiz (tahlil) etme kabiliyeti kazanmış olmalarına karşın, sentez (terkip) kabiliyetini kazanmaları mümkün olamamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak öğrenciler olay bazlı ve mevzu (tartışmalı) konuları öğrenmekte, işin esası olan bütüncül yaklaşımı sağlamakta

¹²⁵ Okay, s. 375.

¹²⁶ Okay, s. 381.

¹²⁷ Okay, s. 380.

¹²⁸ Okay, s. 382.

güçlük çekmektedirler. Takrir metodunda ise öğrencilerin sentez yapma kabiliyeti yüksek olmasına karşın analiz yeteneği gelişmemektedir¹²⁹.

e. **Sonuç ve Önerimiz: Karma Metot**

Takrir metodu ile karar metodu karşılaştırıldığında birisinin diğerinden daha üstün olduğu sonucuna varılamaz. Karar metodunun öğrenci sayısı az olan ve hukuk sistemleri mahkeme içtihatlarına dayanan ülkelerdeki fakültelerde daha verimli olacağı görülmektedir. Hukuk sistemleri kodifiye edilmiş (kanunlaştırılmış) ve öğrenci sayısı çok olan ülkelerdeki fakültelerde ise takrir metodunun daha verimli olabileceği görülmektedir. Günümüz dünyasında ülkeler, şirketler ve halklar arasında iletişim ve iş ilişkilerinin bu kadar iç içe geçtiği bir dönemde ülkemiz açısından takrir metodunun tarihi tecrübesi göz ardı edilmeden karar metodunun faydaları da göz önüne alınarak yenilenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Esasında geleneksel eğitim sistemimizde karar yönteminin benzeri eğitim tecrübesi mevcuttur. Medrese sisteminin ilk zamanlarında öğrencinin katılımı ve araştırması ağırlıklı olan müzakere ve mütalaa metotlarından oluşan eğitim öne çıkmış, 18. yy'dan itibaren medreselerde bu sistem terk edilmeye ve mutlak takrir yöntemi benimsenmeye başlamıştır. Medreselerin ve genel olarak eğitim sistemimizin başarısını kaybetmesinin sebepleri arasında bu yöntem değişikliğinin etkisi de göz ardı edilmemelidir. Geçmişten gelen bu tecrübe doğru okunarak yeniden karma ve öğrenci katılımının öne çıktığı bir metoda yönelmek gerekmektedir¹³⁰.

Yukarıda aktardığımız Anglosakson sistemindeki olumlu tecrübe ve Avrupa'daki güncel reform örnekleri de göz önüne alındığında günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek hukukçular yetiştirmek için mutlak takrir metodunun terk edilmesi ve karar metodunun olumlu yönlerinin de benimsendiği karma bir metoda geçilmesi gerekmektedir. Her iki metodun olumlu yönlerini öne çıkaracak ve birlikte uygulanmalarını sağlayacak şekilde ödev ve tartışmanın öne çıktığı bir sistem benimsenmelidir.

Takrir metodunda öğrencileri pasif dinleyici rolünden çıkartarak aktif dinleyici ve katkı sağlayıcı haline getirmek mümkün gözükmemektedir. Ancak bu noktaya gelebilmek için, öğreticilerimizin (akademisyenler) öğrenim ve eğitim yöntemlerinde değişime inanması ve öğrenciden önce onların değişimi kabul etmesinin öncelikli şart olduğu görülmektedir. Öğreticinin, öğrencinin derse hazırlık yapmasına, anlatacağı konunun önce öğrenci tarafından araştırma yapılmasına ve buna bağlı olarak ödev hazırlamasına zemin oluşturacak bir usul takip etmesi gerekmektedir. Öğretici anlatacağı derse hazırlık yaparken öğrencinin de araştırma yapması ve ders öncesinde ödevlerini hocasına teslim etmesi, bunun sonucu olarak da dersin atmosferinin *monolog* yerine *interaktif* bir eğitim öğretim sürecine evrilmesi kaçınılmaz olacaktır. Ödevlerin hem derse

¹²⁹ Okay, s. 383.

¹³⁰ Ataş/Dost/Çelikkol, s. 38.

katılmanın hem de sınava girmenin ön şartı haline getirilmesi halinde, gerçekten hukuk fakültesinde okumak isteyen öğrencilerin devam edip mezun olacağı ve fakültelerin ülkemiz için çok nitelikli hukukçuların yetiştiği bir mecra olacağı düşünülmektedir.

Aşağıda açıklayacağımız hukuk öğretimi yöntemi üç yıllık lisans ve iki yıllık ortak meslek stajı aşamalarından oluşmaktadır. Bu sistemde ilk üç yıllık teorik eğitim aşamasında taktir yöntemine ağırlık verilerek bu yöntemin sağladığı bütüncül bakış ve sentez öğrenciye kazandırılmalı, son iki yıldaki meslek stajında ise karar yöntemine ağırlık verilerek analiz öne çıkarılmalıdır.

2. Bologna Sistemi Çerçevesinde Standardize Edilmiş Eğitim

Hukuk eğitimi ve genel olarak eğitim, özerk yapılar olan üniversiteler tarafından verilmektedir. Üniversitelerin özerkliğine mukabil, eğitimin asgari koşulları olması ve farklılar olsa dahi ölçülebilirliği sağlayan temel standartların bulunması mecburidir. Bu, hem farklı fakülte ve programların eğitiminin karşılaştırılabilir, ölçülebilir olmasını hem de ilgili programdaki akademisyen ve öğrencilerin programı sağlıklı bir şekilde takip etmesini temin edecektir.

Bu nedenlerle hukuk eğitiminin yeniden düşünülmesi ve planlanmasında Bologna sistemi esas alınmalıdır. Aşağıda öncelikle Bologna sistemi hakkında genel bilgileri, daha sonra bu sisteme göre hukuk eğitimindeki standartları aktaracağız.

a. Bologna Sistemi

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin yanında, Avrupa coğrafyasının doğal uzantısı olan Türkiye, Norveç, İsviçre, Rusya gibi ülkelerin yükseköğretim sistemlerinin uyumlaştırılması ve bu ülkeler arasında öğrenim ve araştırma alanında işbirliğinin geliştirilmesine yönelik çalışmalar, 1998 yılında imzalanan Sorbon Deklarasyonu ile başlamış, 1999 yılında yayınlanan Bologna Deklarasyonu ile yol haritası belirlenmiştir¹³¹.

Deklarasyonun temel amacı Avrupa coğrafyasında yer alan farklı ulusal sistemleri çağdaş bir anlayışla uyumlu hale getirerek 2010 yılına kadar “Avrupa Yüksek Eğitim Alanı”nı oluşturmaktır. 1999 yılından bu yana, sürdürülmekte olan bu süreç, yükseköğretim sistemlerini uyumlu hale getirerek yeniden yapılandırılması ‘Bologna Süreci’ olarak tanımlanmaktadır¹³².

Türkiye ise bu sürece 2001 yılında dâhil olmuştur. Bologna Deklarasyonu’na göre Bologna Süreci’nin dayanağı; “Araştırma, bilgi ve bilim üzerine kurulu, akademik hareketliliğin sağlandığı, cinsiyetten kaynaklanan eşitsizliklerin azaltıldığı, niteliksel ve niceliksel olarak daha gelişmiş bir iş paylaşımının bulunduğu bilgi ekonomisine dayalı yetiştirilmiş bireylerin, Dünyadaki diğer güç odaklarıyla rekabette en üst sıraya çıkarılabileceğine olan inançtır”. Deklarasyon’un

¹³¹ Öztoprak Sağır, s. 35.

¹³² Öztoprak Sağır, s. 35.

amaçları ise şunlardır: “Yaşam boyu eğitim, öğrencilerin, akademik ve idari kadro çalışanlarının Erasmus, Leonardo ve benzeri programlar ile Avrupa sınırları içindeki serbest dolaşımının hızlandırılması, özellikle doktora aşamasında, farklı ulusal sistemler hakkındaki karşılaştırmalı akademik araştırma ve çalışmaları teşvik etmek, üniversite ve sonrası eğitimde birlik ve uyum sağlamak, eğitim ve öğretim sistemi ve diploma şartlarını yeknesak kurallara bağlayarak tek ve aynı olan bir değerlendirme sistemini kurmak ve tek tip diploma sistemi oluşturularak diplomaların karşılaştırılabilir olması ve taraf ülkelerde denkliklerinin kolaylaştırılması”¹³³.

b. Bologna Sisteminde Hukuk Eğitimi

Bologna sistemindeki en önemli hususlardan birisi, temel lisans eğitimine uzmanlaşma eğitimini de dahil etmesidir. Bologna sisteminde, “master” olarak bilinen yüksek lisans aşamasına son verilerek üç yıl “bachelor” ve iki yıl “master”dan oluşan temel eğitimden sonra üç veya dört yıl “doktora” süreci ile öğrenimin tamamlanması planlanmıştır. Bu plana göre iki dereceli temel eğitim sistemi oluşturularak, lisans öğreniminin süresi beş yıla çıkmakta, beş yıllık eğitimden sonra doğrudan doktora yapmak mümkün olmaktadır. Üç yıl süren “bachelor” öğreniminden sonra mezun olanların belirli koşullarda kamu veya özel kurumlarda çalışma imkânı olmasına karşın, avukatlık, savcılık veya hâkimlik mesleklerini yapmaları mümkün olmamaktadır. Bu meslekleri icra edilebilmek için beş yıllık iki dereceli lisans programının başarı ile tamamlanması gerekmektedir¹³⁴.

Üniversiteler arası standardizasyonu sağlayan bu sistem çift diploma, bir başka ifade ile iki farklı üniversitenin fakültesinden mezuniyeti belgeleyen iki ayrı diploma alabilme imkânı tanımaktadır. Bu uygulama hukukçular açısından ise çok önemli bir avantaj sağlamaktadır. Zira bütün Avrupa ülkelerinde avukatlık mesleğinin icrası için ilgili ülkenin hukuk fakültesinden mezun olma şartı aranmaktadır¹³⁵. Bu sistem sayesinde bir öğrenci farklı ülkelerde lisans diploması alarak, bu ülkelerin her birinde hukuk mesleklerini yapma şansına sahip olabilmektedir. Ayrıca, ölçülebilirlik sayesinde değişim programlarıyla yurt içinde ve yurtdışında farklı fakültelerin farklı programlarından ders alınabilir. Bu, öğrencilerin ve akademisyenlerin farklı ülkelerin hukuk sistemlerini tanımalarına fırsat verir, bu imkân mukayeseli hukukun gelişimi için çok önemlidir.

Bologna sisteminin hukuk eğitimine bir diğer etkisi; temel eğitim aşamasında kamu hukuku, özel hukuk ayrımı yapılabilmesi, bu aşamada öğrencilerin kamu hukuku veya özel hukuk dallarından birine yönelerek uzmanlaşmasının sağlanabilmesidir. İki dereceli temel eğitim sisteminde hukuk fakültesinden başka bölümlere yatay geçiş de yapılabilir.

¹³³ Öztoprak Sağır, s. 35.

¹³⁴ Öztoprak Sağır, s. 35-36.

¹³⁵ Öztoprak Sağır, s. 36.

Bu çalışmanın odağı ve kapsamı uyarınca Bologna sisteminin ayrıntılarına burada yer vermeyeceğiz. Ancak ülkemizde hukuk eğitimi yeniden tasarlanırken bu sisteme uyumun öncelikli olarak göz önünde bulundurulmasının, sistemin gereği olarak her bir program ve dersin akademik kriterlerinin, eğitim yöntem ve araçlarının, kazanım ve çıktılarının belirlenmesinin gerekliliği unutulmamalıdır.

C. Hukuk Fakültelerinin Öğrenci Kabul Sistemi

1. Hukuk Eğitimi Öncesi Herhangi Bir Lisans Programından Mezun Olma Şartı

Ülkemizde bir öğrencinin hukuk eğitimi alabilmesi için 12 yıl süren zorunlu orta öğretimi bitirmesi ve ÖSYM'nin yaptığı üniversite giriş sınavından bir hukuk fakültesine yetecek puanı alarak yerleşmeye hak kazanması yeterlidir. Orta öğretimi bitirmesi ile 17-18 yaşına gelen öğrenci 4 yıllık hukuk eğitimi ile birlikte 22 yaşında hukuk fakültesinden mezun olmaktadır. Bu yaştaki bir kişi 1 yıllık stajın ardından 23 yaşında avukat, 2 yıllık stajın ardından 24 yaşında hâkim-savcı olabilmektedir. Belli bir eğitimden geçse de bu kişi, psikolojik, sosyal, teknik ve ekonomik birçok karmaşık iş ve ilişki hakkında yeterli bilgi, birikim, donanım ve tecrübeye sahip olmadan sorumluluk üstlenmekte ve karar verici konuma gelmektedir. Hayat tecrübesi sınırlı ve mesleki tecrübesi hiç bulunmayan bir hakimin “hayatın olağan akışı” hakkında fikir sahibi olması oldukça güçtür. Keza, 24 yaşında ve muhtemelen bekar olan hâkimin; bir çiftin boşanma davasında sağlıklı karar vermesini beklemek eşyanın tabiatına uygun değildir. Aynı şekilde özgürlük, şeref ve itibar kavramlarını henüz yeterince tecrübe etmemiş, bu nedenle bu kavramların önemi kendi tasavvuru ile sınırlı bir hâkimin, hapis cezası talep edilen kişi hakkında bahsedilen değerler açısından gereğince hassas davranması mümkün olmayabilir¹³⁶.

Belli bir olgunluk yaşına gelmiş, toplumu tanıyan, çevresini algılama yetisi güçlenmiş, zihinsel yapısı oturmuş ve bunun yanında belli bir konuda ihtisas yapmış kişinin hukuk eğitimi almasının daha anlamlı ve uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu uygulamanın zorunlu ya da yaygın olduğu ülkelerdeki tecrübeden hareketle; belli bir donanıma ve olgunluğa sahip olan bir kişinin hukuk eğitimi aldıktan sonra avukat, hâkim, savcı veya noter olması halinde verilen

¹³⁶ Benzer görüşler için bkz: Adalet Bakanı Sadullah Ergin'in “25 yaşında hâkim olmaz” sözlerine Türkiye Barolar Birliği Başkanı **Vedat Ahsen Coşar**, “Hâkim de olmaz, savcı da, avukat da. Yaş en az 30'un üzerinde olmalı” diyerek destek verdi. Bkz. <http://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/hakimlik-yasi-30-35e-cikarilmali-h29494.html>, (28.08.2016). Türkiye Adalet Akademisi Başkanı **Yılmaz Akçil**, Erzurum'da düzenlenen bir seminerde, hiçbir ülkede Türkiye'deki gibi genç yaşta hâkim ve savcı olunmadığını söyleyerek eleştiride bulunmuştur. Bkz. *Akşam*, 5 Kasım 2014, <http://www.aksam.com.tr/siyaset/evlenemiyor-ama-yetkisi-meclisten-cok/haber-351423> (28.08.2016). Başka bir eleştiri için bkz. **Fatma K. Barbarosoğlu**: “Tecrübe Biriktirilmeyen Çağda 25 Yaşında Hâkim Olmak...”, 23 Ocak 2015, *Yeni Şafak*, <http://www.yenisafak.com/yazarlar/fatmakbarbarosoglu/tecrube-biriktirilmeyen-cagda-25-yasinda-hakim-olmak-2007387> (28.08.2016). **Nesibe Kurt Konca**, Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, SETA, 2016, s. 10.

kararların veya yapılan işlerin daha yerinde ve doğru olacağı görülmektedir. Adaleti sağlayacak olan aktörlerin alacağı kararlar ile toplum korunacak, adalet daha hızlı ve doğru işlemiş olacaktır. Bu nedenle hukuk fakültelerinde öğrenim görebilmek için öncelikle herhangi bir lisans programından mezun olma şartı getirilmelidir.

Hukuk eğitimi almadan önce dört yıllık bir lisans programından mezun olan bir kişi, belli bir alanda yetkinliğe ve karakter olarak da belli olgunluğa sahip olacağından, bu kişinin alacağı hukuk eğitimi ile daha önce mezun olduğu alandaki birikimini birleştirerek yetkin bir hukukçu olacağını düşünüyoruz. Uygulamada hukuk eğitimi almadan önce başka alanlarda lisans eğitimi alanların başarılı oldukları görülmektedir. Örneğin hukuk eğitimi almadan önce inşaat mühendisliği fakültesinden mezun olan Av. Nezih Sütçü inşaat hukuku alanında başarılı olmuş uygulamada çokça başvurulan bir eser yazmıştır¹³⁷. Aynı şekilde öncesinde bilgisayar mühendisi olan Av. Hasan Selçuk Turan, bu alandaki uzmanlığı üzerine hukuk eğitimi alarak bilişim hukuku alanında uzman ve yetkin bir avukat olarak öne çıkmakta, güncel olarak İstanbul Barosu Kişisel Verilerin Korunması Komisyonu'nun başkanlığını yapmaktadır. Yine bu çalışmanın yazarının, hukuk eğitimi almadan önce İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde işletme dalında lisans eğitimi alması sayesinde yönetim ve organizasyonunu yaptığı kurumlarda ve mesleğinde belirli bir başarı sağladığı söylenebilir. Nitekim kendisinin kurduğu ve yönettiği hukuk bürosunu ulusal ve uluslararası alanda tanıtma başarısı yakalamıştır¹³⁸.

Amerika'da da yukarıda izah ettiğimiz gibi hukuk eğitimi almanın ön şartı lisans derecesinde bir fakülteden mezun olmaktır. Amerika'daki bu uygulamanın başarılı olup olmadığını mevcut hukukçularından anlamak mümkündür. Uluslararası düzeyde tahkim ve benzeri yargılamalarda en başarılı hukukçuların Amerikalı hukukçular olduğu bilinmektedir.

Ülkemizdeki hukukçuların, bir olaydaki sorunu genel olarak tespit etmelerine karşın bu sorunun nasıl çözüleceği konusunda çoğu kez güçlü bir öneride bulunamadıkları, pratik anlamda işe yarar çözüm sunamadıkları görülmektedir. Amerika'da eğitim almış hukukçular ise olaya çözüm odaklı yaklaşımlarının yanı sıra, belirli bir alanda uzmanlaşmayı ve hukuk bilgisinin yanı sıra o alana ilişkin donanımına da sahip olmayı benimsemektedirler. Bundan dolayı sorunun tespiti yanında, pratik anlamda ilgili alana uygulanabilecek çözümler de ürettikleri bilindiğinden uluslararası davalarda bu hukukçular tercih edilmektedir. Aynı sebeple dünya çapında başarılı hukuk ofislerinin çoğunun Amerika merkezli hukuk ofisleri olduğu bilinen bir gerçektir.

Hukuk eğitimi öncesinde başka bir lisans programından mezun olma şartı hukuk dünyamızda uzmanlaşma kültürünü artıracak, bir hukukçu ilgili alanda en az o

¹³⁷ **Nezih Sütçü**, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin, 2014.

¹³⁸ Elmadağ Hukuk Bürosu.

alandaki ortalama bir kişi kadar bilgi sahibi olacak, bunun üzerine sahip olduğu hukuk formasyonuyla fark oluşturacaktır. Tıp, muhasebe, uluslararası ticaret, bilişim, tasarım, bankacılık, sigortacılık, mühendislik gibi alanlarda oldukça girift hukuki sorunlar yaşanmakta, bu sorunlarla baş edecek hukukçuların ilgili alanda temel bilgilere sahip olması gerekmektedir. İlgili alanda temel eğitime sahip olmayan bir hukukçunun sonradan yapacağı ihtisas ya da uzmanlaşma kesinlikle lisans eğitiminin yerini karşılamayacaktır. Her bir alan için, gerek avukat, gerek hakim/savcı, gerek akademisyen gerekse danışman olarak o alandaki temel bilgi ve uygulamayı bilen kişiler hukukçu olarak görev almalıdır. Lisans mezuniyeti şartı bu uzmanlaşmayı sistemli bir biçimde temin edecektir.

2. Hukuk Fakültelerine Girişte Özel Sınav

Yukarıda belirttiğimiz üzere hukuk fakültelerinde eğitim görmek için lise öğrenimi sonrası Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı (ÖSYM) tarafından yapılan merkezi sınava girerek hukuk fakültesine yerleşmeye hak kazanmak yeterlidir. Hukuk eğitimi almak için girdiği üniversite sınavında bir öğrencinin muhatap olduğu sorular Türkçe, matematik, tarih, felsefe, coğrafya, fizik, kimya ve biyolojiden ibarettir. ÖSYM tarafından yapılan ulusal sınav tüm alanlar için tasarlanmış genel nitelikte bir sınav olup, hukuk eğitimi için özel nitelikte değildir. Halbuki hukuk eğitimi almak isteyenlere özel sınav yapılmalı ve öğrencilere: Türkçe, matematik, mantık, psikoloji, hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi, hukuk başlangıcı ve temel anayasa bilgisi alanlarından sorular sorulmalıdır. Böylece hukuk bilimine ilgi duyanlar ve eğilimli olanlar seçildiğinde hukuk eğitiminde kalite ve başarı artacaktır.

Türkiye'deki mevcut sistemde ÖSYM'nin yaptığı üniversiteye giriş sınavında hukuk eğitimi için gerekli olan bilgiler test edilmemektedir. Üstelik mevcut yöntemle tercihte bulunan öğrenci, çoğunlukla puan sıralamasına göre tercihte bulunmakta, bilinçli bir tercih yapmaktan ziyade, tercih ettiği çok sayıdaki seçenek arasından “hasbelkader” hukuk programına yerleşmektedir. İyi hukukçuların yetişmesi için baştan itibaren matematiksel zekanın yanı sıra soyut düşünme ve muhakeme yeteneğine sahip, hukuka meraklı ve hukuk eğitimi almaya gönüllü olan kişilerin seçilmesi amaçlanmalıdır. Bu amaca uygun olarak da hukuk eğitimi almak isteyenlere, ÖSYM tarafından ulusal düzeyde bu alana özgü özel bir sınav yapılmalıdır.

D. Fakülte, Akademisyen ve Öğrenci Sayısı

Ülkemizde son yıllarda hukuk fakültesi ve öğrenci sayısı astronomik bir artış göstermiştir. Fakülte ve öğrenci sayısındaki bu artış, akademisyen sayısı ve derslik olanakları ile desteklenmeyince bir sorun olarak belirmiştir. Hukuk eğitiminin niteliksel sorunlarının sebeplerinden birisi de bu nicelik sorunlardır. Bu nedenle hukuk fakültelerinin sayısı, öğrenci başına düşen akademisyen sayısı ve bir derslikteki öğrenci sayısı göz önüne alınarak yeniden planlanmalıdır.

1. Hukuk Fakültelerinin Sayısı

Türkiye’de 47’si devlet, 37’si vakıf üniversitelerinde olmak üzere toplam 84 adet hukuk fakültesi mevcuttur¹³⁹. Ülkemizde hukuk fakültesi öğrencilerine oranla yeterli sayıda yetişmiş öğretim üyesi mevcut değilken, hukuk fakültelerinin hızlı bir şekilde artmış olması eğitimdeki niteliği doğal olarak düşürmüştür¹⁴⁰.

Eğitimdeki niteliğin yalnızca öğretim üyesi sayısını arttırarak çözümlenemeyeceği kanaatindeyiz. Önemli olan, bir ülkenin fakülte sayısını arttırma imkanına sahip olsa da fakülte sayısını belli bir sınırdan tutmasıdır. Hukuk fakültelerinin sayısını yalnızca ülkenin nüfusuna ve imkanlarına göre belirlemek doğru değildir. Hukuk eğitiminin sınırlı sayıdaki üniversitede icra edilmesi; bu eğitimin belli standart ve nitelikte verilmesini ve ülkenin hukuk eğitimi politikasının uygulanabilirliğini sağlar. Pek tabii belli sayıda bırakılacak hukuk fakültelerinin alınacak öğrenci kontenjanı ülkenin ihtiyaçlarına göre arttırılabilir. Bu nedenle öğretim üyesi ve derslik sayısı da aynı oranda arttırılmak kaydıyla öğrenci sayısı arttırılsa dahi hukuk fakültesi sayısının sınırlı tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Gelişmiş ülkelerdeki ortalama sayı da dikkate alındığında¹⁴¹; hukuk eğitiminde nicelikten çok niteliği sağlamak, hukuk biliminin gelişmesine katkıda bulunmak, vatandaşların hukuka olan saygı ve güvenini arttırmak için ülkemizde faal olan hukuk fakültelerinin sayısını 40’a indirmek gerektiği kanaatindeyiz. Belli niteliğe sahip olmayan fakültelerinin kapatılarak mevcut öğrencilerinin ÖSYM puan sıralamasına göre belli niteliğe sahip diğer hukuk fakültelerine dağıtılmalı, böylelikle bir hak kaybına sebebiyet verilmemelidir.

2. Akademisyen Sayısı

Son zamanlarda hukuk fakültelerinin sayısı hızla artarken akademisyen sayısı maalesef aynı hızla artmamaktadır¹⁴². Türkiye’de eğitim veren toplamda 84 adet hukuk fakültesi mevcuttur. 2019 yılı itibariyle 82.322 hukuk fakültesi öğrencisi mevcuttur. Buna mukabil sadece 304 profesör, 135 doçent düzeyinde öğretim üyesi bulunmaktadır¹⁴³. Bu rakam bize gösteriyor ki; 82.322 öğrenci için yetişmiş hukukçu akademisyen sayısının çok az olduğu görülmektedir. Bazı fakültelerde doçent ya da profesör düzeyinde öğretim üyesi bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak öğretim hayatı boyunca doçent ya da profesör öğretim üyesi görmeden

¹³⁹ YÖK, Yükseköğretim Bilgi Yönetim Sistemi, 2020, <https://istatistik.yok.gov.tr>, (Erişim:16.02.2020).

¹⁴⁰ TBB, Haberler, 2017, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-nin-en-iyi-hukuk-fakulteleri-belli-oldu-77841>(Erişim: 22.05.2019)

¹⁴¹ Örneğin ülkemizle yaklaşık aynı nüfusa sahip olan Almanya’da 44 adet hukuk fakültesi bulunmaktadır.

¹⁴² Yök İstatistik, <https://istatistik.yok.gov.tr/>, (Erişim:16.02.2020).

¹⁴³ Yök İstatistik, <https://istatistik.yok.gov.tr/>,(Erişim:16.02.2020).

mezun olan öğrenciler bulunmaktadır. Hukuk eğitiminin niteliğinin artırılması için yetişmiş akademisyen sayısının hızla artırılması gerekmektedir.

Bunu sağlamak için asistan öğrenci uygulaması öneriyoruz. Lisans eğitiminden itibaren akademisyen aday öğrencilerin belirlenmesi, bu öğrencilerin belli bir burs karşılığı akademisyen öğrenci olarak hem mevcut hocalara yardımcı olması, hem de kendi akademik gelişimini sürdürmesi fakültelerimizin akademisyen yetiştirme oranlarını artıracaktır.

Her hocaya ders verdiği sınıflardan her eğitim yılı için kontenjana paralel sayıda asistan öğrenci seçme hakkı verilmelidir. Hocayı eğitim ve akademi faaliyetlerinde asiste edecek bu öğrenciler KYK tarafından finanse edilmelidir. Bir yandan hocaların iş yükünü rahatlatacak bu öğrenciler, bir yandan da akademiye aşinalık kazanmış ve niteliklerini artırmış olacaklardır. Böylelikle akademisyenliğe isteği ve istidadı olan öğrenciler henüz lisans seviyesindeyken yavaş yavaş belirlenmiş olacak, bu surette akademinin seviyesi ve akademisyen sayısı da artırılmış olacaktır.

3. Dersliklerdeki Öğrenci Mevcudu

Karşılıklı ve etkin bir iletişimin sağlandığı bir eğitim modelinin hukuk eğitimindeki niteliği arttıracaklarını düşünüyoruz. Bu nedenle 500-1000 kişilik amfilerde verilen hukuk eğitiminden vazgeçilmesi gerekir. Bunun yerine interaktif eğitimin sağlanabileceği şekilde sınıf mevcudu 100 öğrenciden fazla olmayacak şekilde dersliklerde hukuk eğitiminin verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

E. Hukuk Eğitiminin Süresi ve Müfredatı

1. Teorik ve Pratik Eğitimi Kapsayan Beş Yıllık Program

Hukuk fakültesi eğitim programı, beş yıl olarak planlanmalıdır. Teorik eğitim üç yıl (altı sömestr), pratik eğitim iki yıl (dört sömestr) sürecek şekilde programlanmalıdır. Üç yıllık teorik eğitim sonunda lisans diploması alanlar, hukuk bilgisi sahibi olduğunu belgeleyerek danışman ya da memur pozisyonlarında çalışabilmelidir. Bu teorik eğitimin akabinde ise avukatlık hakimlik, savcılık, akademisyenlik ya da noterlik gibi hukuk mesleklerini yapmak isteyenler iki yıl sürecek olan meslek stajını yapmalıdır. Mevcut sistemde fakülte sonrası avukatlık ve hâkim/savcılık için ayrı ayrı yapılan meslek stajları, tüm hukuk meslekleri için ortak olacak şekilde hukuk fakültesi programına dahil edilmelidir.

Böylelikle, hukuk fakültesi eğitimi, klasik teorik eğitimin üzerine, pratik hukuk bilgisinin de verildiği, taktir ve karar yöntemlerinin her ikisinin de olumlu yönlerinden istifade edilen daha bütüncül bir formata kavuşturulacaktır. İlk üç yıllık eğitimde mümkün olduğunca ortak genel hukuki bilgi ve hukuk düşüncesi kazandırılacak, iki yıllık meslek stajı aşamasında ise uzmanlaşmanın ve hukuk pratiğini kazanmanın yolu açılmış olacaktır. Teorik eğitimde sentez, meslek

stajında ise analiz üzerine kurulu bir eğitim modeli yürütülmelidir. Meslek stajının hukuk fakültesinde tüm hukuk meslekleri için ortak olacak şekilde verilmesi ise, hukukçunun hangi mesleği yaparsa yapsın diğer alanlara ilişkin de temel seviyede pratik bilgi sahibi olmasını sağlayacaktır. Aşağıda ayrı bir başlık altında meslek stajı hakkındaki önerimizin ayrıntılarını ayrıca açıklayacağız.

2. Ders Türleri

Hukuk fakültesi eğitiminin teorik kısmında mevcut programlarda da okutulan; Anayasa hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, eşya hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni yargılama hukuku, ceza usul hukuku, vergi hukuku, iş hukuku, milletlerarası hukuk gibi hukuk alanlarının öğretildiği dönemlik ya da yıllık klasik hukuk dersleri bulunacaktır. Ancak hem ilk üç yıllık teorik eğitim aşamasında, hem de özellikle meslek stajı aşamasında klasik dönemlik ya da yıllık derslerin yanı sıra, daha esnek sürelerde ve daha farklı ortamlarda yapılabilen kurs ve seminerlere de yer verilmelidir. Bir kısmı zorunlu, bir kısmı ise seçimli olan kurs ve seminerlerde öğrencilere temel hukuki bilgiler dışında gerekli beceri ve donanımın kazandırılması amaçlanmalıdır¹⁴⁴. Bunların yanı sıra lisans programında mesleki ziyaretlere de yer verilmelidir.

Kurslar: Öğrencinin Hukuk fakültesinde okurken, öğrenim ve eğitimi kolaylaştıracak, beceri kazandıracak, öğrenim sonrasında elde etmiş olduğu becerilerini kullanacağı konularda usta öğretici tarafından ortalama 1-4 hafta süre ile verilen, verilen öğrenimin pratik yapılarak öğrencinin eğitilmesi sürecidir. (Araştırma yöntemleri ve kütüphane kullanımı, ders çalışma ve ödev hazırlama yöntemleri, bilişim becerileri ve 10 parmak klavye kullanımı, hitabet-retorik ve güzel konuşma teknikleri, not alma not tutma teknikleri, ifade alma-ifade verme teknikleri, toplantı yapma ve toplantı yönetme teknikleri, toplum içinde adabı muâşeret kuralları, giyim kuşam ve yeme içme usulleri vb gibi,,)

Aşağıda zorunlu ve seçimli olarak verilmesini önerdiğimiz kurs içeriklerini açıklayacağız. Bunun yanında her fakülte ideal hukukçu yetiştirme sürecinde önemli gördüğü kursları zorunlu ya da seçimli olarak belirlemeli ve kendi programına dahil etmelidir.

Seminerler: Fakülte tarafından belirlenen konularda ortalama 1-4 hafta sürecek şekilde düzenlenen ve öğrencilerin araştırma ve hazırlık yaptığı, kendi aralarında öğreticinin gözetiminde tartıştıkları, gerekli durumlarda öğreticinin müdahil olduğu etkinlikler. (Müzakere teknikleri, sorgulama yöntemleri, beden dili okumaları, iddianame okumaları, mahkeme kararları okumaları, dava dilekçe yazma teknikleri, dava ve cevap dilekçesi yazma usulleri, Yargıtay ve istinaf kararlarını okuma teknikleri, mahkeme ara kararı okumaları, tahkim dilekçesi hazırlama yöntemi, Anayasa ve AHİM başvuru dilekçesi hazırlama, duruşma

¹⁴⁴ Okay, s. 373.

yönetme usulleri, savunma taktikleri, müvekkil ile görüşme ve ikna etme yöntemleri, müvekkile teklif oluşturma ve sunma usulleri, vb.)

Mesleki Ziyaretler: Hukuk fakültesinin ilk üç yıllık lisans aşaması teorik eğitime yönelik olsa da, bu aşamada da öğrencinin hukuk meslekleri ve bunların faaliyetleri hakkında belirli bir ölçüde bilgi sahibi olması gerekir. Zira yer yer belirttiğimiz üzere hukuk eğitiminde uzmanlaşma ilkesi benimsenmeli, fakültede yıllar ilerledikçe öğrenci kendi eğilimine ve uzmanlaşmak istediği alana karar vermeli, seçmeli derslerini ve kendi çalışmalarını bu yönde tercih etmelidir. Öğrenci staj aşamasında hukuk mesleklerini ve hukuki süreçleri yakından ve uygulamalı olarak tanıyacak olsa da, henüz bu aşamaya gelmeden bu konularda gözlem yapma ve fikir sahibi olma şansı olmalıdır ki; uzmanlaşma tercihlerini doğru şekilde yapabilsin. Bu doğrultuda lisans programına mahkeme, hukuk bürosu, idari makam ziyaretleri eklenmeli, öğreticilerin eşliği ve koordinasyonu ile gözlem ya da mini staj formatında gerçekleşecek bu ziyaretlerle öğrencinin ilgili konularda somut fikir sahibi olması sağlanmalıdır. Rutin mahkeme ve hukuk bürosu ziyaretlerinin yanı sıra, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi veya TBMM gibi kurumların çalışma ve oturumlarına gözlem ziyaretleri yapılarak hukuk öğrencilerinin bu kurumların atmosferini bizzat teneffüs etmeleri sağlanmalıdır. Bu ziyaretler hukuk öğrencisine bilgiden ziyade vizyon katacaktır. Bu nedenle bu ziyaretlerin bir şekilde hukuk lisans programının bir parçası haline getirilmesi, kredili ya da kredisiz zorunlu faaliyet olarak bunların gerçekleştirilmesi önemlidir. Yine hukuk öğrencisine vizyon sağlayacak yabancı ve uluslararası mahkeme, kurum ve hukuk bürosu ziyaretleri de ekstra kredi ya da puan vermek yoluyla teşvik edilmelidir.

Aşağıda zorunlu ve seçimlik olarak verilmesini önerdiğimiz seminer içeriklerini açıklayacağız. Bunun yanında her fakülte kendi programında ideal hukukçu yetiştirme sürecinde önemli gördüğü seminerleri zorunlu ya da seçimlik olarak belirlemeli ve kendi programına dahil etmelidir.

3. Teorik Eğitimde Yıllara Göre Okutulacak Dersler

Hukuk fakültesindeki teorik eğitim üç yıl (altı sömestr) sürecek şekilde programlanmalıdır. Bu aşamada klasik hukuk dersleri şu terkibe göre okutulmalıdır.

İlk yıl; Anayasa hukuku, medeni hukuk (temel kavramlar ve kişiler hukuku), hukuk başlangıcı ve metodolojisi, kamu hukuku, yüksek matematik, iktisat bilimine giriş ve muhasebe dersleri tam yıl (iki dönem); hukuk sosyolojisi, roma hukuku, hukuk tarihi, hukuk felsefesi gibi dersler de zorunlu ders olarak ilk yıl (yarım dönem) olarak okutulmalıdır. İlk yılda bu derslerin yanında kompozisyon yazımı, araştırma yöntemleri ve kütüphane kullanımı, ders çalışma ve ödev yapma yöntemleri, bilişim ve on parmak klavye kullanımı gibi kurs ve seminerler de zorunlu olarak verilmelidir.

Böylece öğrencilere iki dönemde temel hukuk dersleri verilerek sağlam bir başlangıç yapmaları sağlanmalıdır. Bu zorunlu dönemlik dersler ile öğrencilere meslek hayatları boyunca kullanacakları temel kavramlar öğretilmiş olacak, zorunlu ya da seçimlik kurs ve seminerlerle de yine bir hukukçu olarak mesleğini icra ederken kullanacağı beceriler de kazandırılacak, en azından bu yönde yönlendirme yapılmış ve temel atılmış olacaktır. Örneğin kompozisyon yazımı semineri sayesinde öğrenci hem okulda yapılan sınavlardaki yazılı kâğıtlarında öğrendiklerinin geri bildirimini belli bir disiplin ve akış içerisinde, akıcı bir Türkçe ile yazabilme yeteneğine kavuşacak, hem de meslek hayatında yazacağı dilekçe ya da kararlar için temel kazanmış olacaktır. Ders çalışma ve ödev yapma teknikleri kursunda öğrencinin hocaların anlattıkları konularda not alma, ders kitaplarının yazım planı ve sistematığı ile anlatılan konuların bağlantılarını anlama yetisi gelişecek, sınavlara hazırlanırken kendi notlarından istifade ederek anlatılan konulara tam olarak nüfuz etme fırsatını yakalayacaktır. Yine bilişim ve on parmak klavye kursu ile günümüzde her alanda zorunlu hale gelen bilgisayar kullanımı ve seri yazma becerisini geliştirmiş olacaktır. Bu beceri, mesleki hayatında da hem not alma hem de metin yazma süreçlerinde zaman tasarrufu sağlayacaktır. Araştırma ve kütüphane kullanımı yöntemleri kursu ile öğrenci, yeni başladığı hukuk eğitiminde neyi neden, niçin ve nasıl öğrenmesi gerektiği konusunda bilgi edinecek, hem öğrencilik hem de meslek hayatı boyunca kendisine eşlik edecek olan (fiziksel ve online) kütüphane kullanım kültürü ve becerisini kazanmış olacaktır.

İkinci yıl; borçlar hukuku genel hükümler, idare hukuku, ceza hukuku genel hükümleri, iş ve sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku, milletlerarası özel hukuk, milletlerarası genel hukuk ve matematik dersleri tam yıl (iki dönem) okutulmalıdır.

Üçüncü yılda ise; öğrencilere, eşya hukuku, ceza özel hukuku, miras hukuku, ceza muhakemeleri hukuku, medeni usul hukuku, ticaret hukuku, deniz ticaret ve sigorta hukuku, icra ve iflas hukuku dersleri okutulmalıdır. İkinci ve üçüncü yılda her fakülte belirleyeceği zorunlu ya da seçimlik kurs ya da seminerlere de yer vermelidir.

Bu üç yıllık teorik eğitimde temel hukuk derslerinin yanı sıra öğrencilere, yarım dönemlik seçmeli ders olarak; adalet psikolojisi, antropoloji ve uygarlıklar tarihi, enerji ve maden hukuku, sermaye piyasası hukuku, bankacılık hukuku, sözleşmeler hukuku, kriminoloji, viktimoloji, lojistik ve taşıma hukuku, spor hukuku, tüketici hukuku, bilişim ve internet hukuku, iletişim hukuku, havacılık hukuku, gümrük ve ithalat-ihracat hukuku, siyasi partiler hukuku, insan hakları hukuku, uluslararası örgütler hukuku, sermaye piyasası hukuku, alternatif çözüm yolları, arabuluculuk ve uzlaştırma hukuku, ulusal ve uluslararası tahkim hukuku, fikri ve sınai mülkiyet (marka ve patent) hukuku, rekabet hukuku gibi dersler sunulmalıdır. Öğrenci, kendi eğilimine göre istediği sayıda dersi alabilmelidir.

4. Hukuk Fakültesi Müfredatında Yeni İçerik Önerileri

Yukarıda belirttiğimiz üzere kanaatimizce hukuk fakültelerinde okutulan klasik teorik dersler iyi hukukçu yetiştirmek için yeterli değildir. Hem ilk üç yıllık teorik eğitim aşamasında, hem de özellikle meslek stajı aşamasında klasik dönemlik ya da yıllık derslerin yanı sıra, daha esnek sürelerde ve daha farklı ortamlarda yapılabilen kurs ve seminerlere de yer verilmelidir. Bir kısmı zorunlu, bir kısmı ise seçimlik olacak olan kurs ve seminerlerde öğrencilere temel hukuki bilgiler dışında gerekli beceri ve donanımın kazandırılması amaçlanmalıdır.

Tüm hukuk meslekleri için zorunlu görülen kurs ve dersler zorunlu olarak okutulmalı, daha ziyade ileri yıllara konulacak seçimlik kurs ve seminerlerle de öğrencinin uzmanlaşma eğilimine göre tercihte bulunmasına olanak tanınmalıdır.

Aşağıda önerilerimizi somutlaştıracak açıklamalara yer vereceğiz. Elbette her ders, kurs ve seminerin içeriği fakülte yönetimi ve ilgili alandaki hocalar tarafından belirlenecektir.

a. Zorunlu Kurslar

i. Ders Çalışma ve Ödev Yapma Teknikleri

Hukuk eğitiminin çok zor bir eğitim olduğu, bu eğitimi tamamlayan öğrencinin çokça yıprandığı yönde yaygın kanaat mevcuttur. Hukuk disiplini başka disiplinlere göre belki daha karmaşık olabilir, ancak bu kanaatin asıl sebebi yöntem bilgisinin eksikliğidir. Hukuk fakültelerindeki öğrencilerin, hukuk derslerine nasıl çalışmalarını, ne şekilde not tutmalarını ve ödevlerini hangi yöntemle hazırlamaları gerektiği konularında gerekli bilgiye sahip olmadıkları görülmektedir. Hukuk fakültesi öğrencileri ilk yılın ilk döneminde zorunlu olarak verilecek kursla, hukuk derslerine nasıl çalışması gerektiği konusunda eğitilmelidir. Bu sayede öğrenci, hukuk disiplinini hangi yöntemle etkin bir biçimde öğreneceğini kavrayacak ve hukuk “o kadar da” zor bir disiplin olmaktan çıkacaktır.

ii. Araştırma Yöntemleri Ve Kütüphane Kullanımı

Hukuk dinamik bir disiplindir. Hukuk meslekleri de daima araştırmayı ve kendini yenilemeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla hukuk öğrencisinin araştırma yöntemlerini doğru bir şekilde uygulaması hem öğrencilik hayatı hem de meslek hayatı için elzemdir. Bu kurs ile öğrenci, yeni başladığı hukuk eğitiminde neyi, neden, niçin ve nasıl öğrenmesi gerektiği konusunda bilgi edinecek, hem öğrencilik hem de meslek hayatı boyunca kendisine eşlik edecek olan (fiziksel ve online) kütüphane kullanım kültürü ve becerisini kazanmış olacaktır.

iii. Bilişim Teknolojileri ve Onparmak Klavye Yazımı

Bilişim teknolojileri kullanım becerisinin hukuk meslekleri bakımından da vazgeçilmez bir nitelik olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. Buna rağmen

meslek hayatında pek çok hakim, savcı ya da avukatın bilişim teknolojilerinin avantajlarından yeterli şekilde faydalanamadığı, söz gelimi ofis programlarını dahi tam verimlilikle kullanamadığı, bilgisayar yazımında çokça zaman kaybettiği görülmektedir. Bilişim teknolojileri ve on parmak klavye kursu ile öğrenci, günümüzde her alanda zorunlu hale gelen bilgisayar kullanımı ve seri yazma becerisini geliştirmiş olacaktır. Bu beceri, mesleki hayatında da hem not alma hem de metin yazma süreçlerinde zaman tasarrufu sağlayacaktır.

iv. Diksiyon, İletişim ve Beden Dili

Bir hukukçu aynı zamanda iyi bir hitabet yeteneğine sahip olmalıdır. Zira özellikle dava, müzakere ve danışmanlık süreçlerinde profesyonel bir hukukçunun anladığını veya anlatmak istediğini muhatabına doğru anlatması hayati öneme sahiptir. Bu sebeple hukukçunun dil bilgisi kurallarına uygun, akıcı, anlaşılır ve etkili konuşması, sesleri doğru ve güzel söylemesi, konuşma becerisini arttırması, stres ve heyecan kontrolünü sağlayabilmesi için hukuk fakültesi öğrencilerinin staj aşamasında iletişim, diksiyon ve beden dili kursu almaları gereklidir.

v. Meslek Hukuku

Avukat, noter, hâkim, savcı ya da akademisyen olacak öğrencilerin yapacakları mesleklerin hak ve yükümlülüklerini bilmeleri gerekli ve önemli olduğundan bu mesleklere ilişkin hukuk, staj aşamasında öğrencilere kurs olarak verilmelidir. Hukuk hizmetini sağlayan bütün aktörlerin her birinin, diğerlerinin hak ve sorumluluklarını bilmesi birbirileri arasındaki ilişkinin doğru belirlenmesini sağlayacaktır. Avukat, hâkim, savcı, noter ya da akademisyenlerin birbirlerinin meslek kurallarını, hangi kurallara bağlı olarak hizmet ifa ettiğini bilmeleri hukuk hizmetlerinin niteliğini arttıracaktır.

vi. Bilişim-UYAP Teknolojileri

Teknolojinin hızlı bir şekilde ilerlediği bir çağda hukukçuların bilişim alanında yetişmiş olmaları zorunludur. Günümüzde UYAP programını kullanamayan bir hukukçunun mesleğini icra etmesi beklenemez. Fakültenin ilk yılında verilen bilişim teknolojileri ve onparmak klavye yazımı kursunun devamı şeklinde düşünülebilecek bu kursun meslek stajı döneminde olması daha uygun olacaktır. Bu kursta meslek hayatında ihtiyaç duyulacak UYAP vb. bilişim teknolojilerinin kullanımına ilişkin eğitim verilmelidir. Sadece UYAP değil, oldukça kritik, önemli ve mahremiyeti bulunan bilgi ve belgelerle çalışan hukukçuların, kullandıkları bilişim cihazlarının temel özelliklerini, yazılımını ve donanımını, gerekli güvenlik seviyesini sağlayabilecek ve muhtemel siber saldırılara karşı önlem alabilecek kadar bilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda hukukçulara ileri seviyede bilişim kursu önem arz etmektedir.

b. Zorunlu Seminerler

i. Mevzuat, İçtihat ve Öğreti Araştırma Yöntemleri

Hukukçunun temel iki malzemesi mevzuat ve içtihatır. Binlerce kanun, kararname ve ikincil mevzuat içinde ilgili olanları bulabilmek, bulduktan sonra aralarındaki ilişkiyi doğru okuyabilmek gerekmektedir. Hakeza bir konudaki ilgili içtihatları bulabilmek ve bunları doğru şekilde kullanabilmek başlı başına bir konudur. Çoğu hukukçu bunları, meslek hayatı içinde usta çırak ilişkisi ile ya da düşe kalka kendi başına öğrenebildiği kadarıyla öğrenmektedir. Teorik eğitim aşamasının sonunda ya da staj döneminin başında verilecek bu seminerle öğrencilere doğru araştırma ve okuma yöntemleri öğretilmelidir.

ii. Kompozisyon

Ayrı ayrı parçaları bir araya getirerek bir bütün oluşturma biçimi ve işine kompozisyon denmektedir¹⁴⁵. Kompozisyonun diğer bir tanımı da şu şekildedir: “Öğrencilere *duygu ve düşüncelerini etkili ve düzgün bir biçimde anlatmaları için yaptırılan yazılı veya sözlü çalışma, tahrir, kitabet*”¹⁴⁶. Hukukçunun dilekçe ya da kararlarında yukarıdaki tanımda ifade edildiği gibi duygu ve düşüncelerini etkili ve düzgün bir biçimde ifade etmesi için kompozisyon dersi alması gerektiğine inanıyoruz. Bu dersi alan öğrenciler Türkçeyi ileri seviyede kullanma yeteneği kazanmış olacaktır. Öğrencilerin meslek stajı aşamasında görecekları kompozisyon dersi tüm meslek hayatlarındaki yazım süreçlerine katkı sağlayacaktır. Nitekim Amerika’da ve gelişmiş bütün ülkelerde hâkimlik, savcılık ve avukatlık mesleğine kabul şartlarından bir tanesi de kompozisyon sınavından başarılı olmaktır.

iii. Sözleşme Okuma ve Yazma Becerileri

Hangi hukuk mesleğini yaparsa yapsın hukukçunun iyi bilmesi gereken hususlardan birisi de sözleşmelerdir. Sözleşme okuma ve yazma becerileri mesleki tecrübeye bağlı olarak uzun yıllar içinde kazanılabilecek beceriler olsa da, bunlara ilişkin temel sistematığın fakültede öğretilmesi yerinde olacaktır. Bu seminere meslek stajı döneminde yer verilmelidir.

iv. İddianame, Mahkeme Kararı, Dava Dilekçesi Yazma Teknikleri

Günümüzde hukuk fakültesinden mezun olan öğrenci, eğitiminin hiçbir aşamasında iddianame, mahkeme kararı veya dava dilekçesi görmeden mezun olmaktadır. Bunun sonucunda da staja başladıklarında bu metinlere aşinalıkları olmadığından çoğu kez anlamsız bakışlarla sadece süreci izlemekle yetinmektedirler. Ülkemizde iddianame, mahkeme kararı veya dava dilekçesi yazımı için belirlenmiş bir usul veya bir ölçüt bulunmamaktadır. Bunun

¹⁴⁵ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁴⁶ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

sonucunda da iddianame, karar veya dilekçe yazan hukukçuların her biri kendi tarz ve anlayışına göre bir yöntem belirlemektedir.

Bütün bu karmaşaya son vermek için geleceğin hukukçusu olmaya aday olan stajyer öğrencilere iddianame, mahkeme kararı, dilekçe yazımı ile bunların nasıl okunması gerektiği konusunda usul ve yöntem öğretilmesi gerekmektedir. Böyle bir eğitimden geçmeyen hukukçuların yazdığı iddianame, karar veya dilekçenin çoğu kez yetersiz hatta yanlış, çelişkili olması sebebi ile dava süreçlerinin uzadığı, adaletin geciktiği, hatta hak kayıplarına sebep olduğu maalesef bir gerçektir.

v. Müzakere Teknikleri

Hayat, çatışmalarla beslendiğimiz, ikna etme ve edilmeyele mutlu sonuçlar aldığımız, bütün bunlar içinde sürekli müzakere süreçleri içinde olduğumuz zorlu bir yolculuktur¹⁴⁷. Müzakere, birbirinden birtakım şeyler elde etmek isteyen kişilerin, kurumların devletlerin, diğer tarafı ikna etmek ve etkilemek suretiyle, kendi istekleri gibi düşünmelerini ve taleplerini kabul etmelerini sağlamaya odaklanan bilgi ve hüner sergiledikleri bir iletişim ve karar verme sürecidir¹⁴⁸. Müzakere, tarafların birbiriyle rekabet içinde bulunan ihtiyaçları, çıkarları ve hedeflerinden kaynaklanan bir çatışmayı çözmek için gönüllü olarak giriştiği bir süreçtir. Müzakerede taraflar güç/şiddete başvurmak yerine, sorunu çözmeye odaklanırlar.

Hukuk mesleğini icra edecek olan herkes, mesleğinin her aşamasının müzakereden ibaret olduğunu görecektir. Hâkim, sonunda kararı kendisi verse de, davasına bakmak için kürsüye çıktığında, taraflar ve avukatları ile müzakere ederek süreci yürütmektedir. Savcılarının durumunun da bundan farklı olmadığı yaptığı işlerden kolayca anlaşılmaktadır. Şüpheli, mağdur, müşteki veya tarafların avukatları ile yaptığı her görüşme, aldığı her ifade müzakere sürecinden ibarettir. Diğer yandan avukatın gerek kendi müvekkilleri gerekse karşı taraf veya vekilleri ile sürdürdüğü görüşmeler, arabuluculuk ve uzlaşma görüşmelerinin esası da müzakereden ibarettir. Bir diğer konu da özellikle ulusal veya uluslararası sözleşmelerde tarafların karşılıklı hak veya sorumluluğunun tayin veya tespit edildiği toplantılardır.

Staj döneminde hukukçu adayı öğrenciye, tüm meslek hayatı boyunca ihtiyaç duyacağı müzakere teknikleri sistemli bir şekilde öğretilmelidir.

vi. Sorgu teknikleri

Suçluların konuşdurulması ve suçlarını itiraf etmesini sağlamak üzere geliştirilen bazı teknikler vardır. Bu teknikler bilimin gelişmesiyle hazırlanan ve kişinin, olayların sorulması ya da gösterilmesi karşısında verdiği psikolojik tepkilerin yorumlanmasıyla oluşturulmuştur. Bu yorumlamalar, sorgulananın duygusal ve

¹⁴⁷ https://www.kisiselgelisim.com/muzakere_teknikleri/ (erişim Tarihi: 15.02.2020)

¹⁴⁸ **Mustafa Serdar Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin, 2009.

psikolojik durumları manipüle edilerek ortaya çıkarılabilir. Dolayısıyla sorgulananın hem yazılı hem de davranışsal analizi yapılarak bu suçlar ortaya çıkarılabilmektedir¹⁴⁹.

Ceza Muhakemesinde çapraz sorgu, tanık veya sanık beyanının doğruluğunu ve güvenilirliğini test etmek, yapılan açıklama ve verilen beyanlar hakkında şüphe uyandırmak, tarafların iddia veya savunmasına dikkat çekmek veya güçlendirmek için; tanık, sanık, müdahil ve müştekinin sorguya çekilmesidir. Doğrudan soru sorma hakkı ise bir hususun aydınlatılmasını veya açıklanmasını sağlamak için mahkeme üyesi hâkimlere, tarafların avukatına, savcılığa tanınmış bir haktır.

Gerek ceza soruşturma veya kovuşturmasında, gerekse hukuk veya idare mahkemelerinde hukukçuların yani hâkim, savcı veya avukatın taraf olanlara doğru zamanda doğru soruları yöneltebilmesi, doğru zamanda doğru sorgulama yapabilmesi ve aldığı cevaplardan hızlı ve doğru bir şekilde sonuç çıkarabilmesi yargının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından hayati önemi haizdir.

Sonuç itibarıyla maddi gerçeğe ulaşmakla görevli yargı aktörleri olan hukukçuların nitelikli sorgulama, soru sorma yeteneğine sahip olmaları gerekmektedir. Geleceğin hukukçuları olan öğrencilere sorgulama teknikleri konusunda beceri kazandırılması yerinde olacaktır.

c. Seçimlik Seminerler

i. Senaryo Yazımı

Hukukçunun yaşanmış bir olayı doğru anlaması ve muhataplarına doğru anlatması, bunları sistematik ve disiplinli bir şekilde yazıya dökmesi için senaryo yazımı seminerinin etkili olacağı kanaatindeyiz. En nihayetinde gerçek olay ve olgulara dayansa da gerek avukatlık gerek diğer hukuk mesleklerinde “kurgu” her zaman önemlidir. Bir avukatın en önemli görevi davasını doğru kurgulayabilmesi, hakimın temel görevi ise maddi gerçeklere dayanan gerçek kurguyu doğru okuyabilmesidir.

Senaryo yazımı bir olayı anlamının ötesinde, etkin ve doğru anlatmakla ilgili bir süreçtir. Hukukçu, hukuki argümanlarını doğru bir biçimde ifade etmenin yanında, muhataplar veya üçüncü gözler tarafından anlaşılabilirliği ve ikna ediciliği kaygısını da taşımaktadır. İyi bir hukukçu argümantasyonunu iyi bir edebi eserin akıcılığı ve ikna ediciliği ölçüğünde ortaya koyabilmelidir. Diğer yandan hukuk metinlerinin edebi kalitesinin de artırılması gerekmektedir. Hukuk mesleğini icra eden hakim, savcı veya avukatın edebi ve sanatsal bir dil kullanması, bir yandan mesleğini icra ederken bir yandan da hukuk edebiyatı icra etmesinin hukuk sistemimizin seviyesine olumlu etki edeceği görüşündeyiz.

¹⁴⁹ <https://kreatifbiri.com/psikolojik-manipulasyon-ve-sorgu-teknikleri>. (erişim Tarihi: 15.02.2020)

Hukukçu; senaryo semineri ile istediği bakış açısını seçip bir bilinçten diğerine rahatlıkla geçiş yapabilmeyi ve olayın taraflarını farklı açıdan inceleyebilmeyi öğrenecektir.¹⁵⁰ Hukukçunun senaryo yazımı semineri ile elde edeceği diğer bir kazanım ise anlaşılır bir şekilde olayların gelişim sırasına göre düşüncesini sistematik ve anlaşılır bir şekilde yazıya dökülebilmektir.

ii. Bilimsel Araştırma ve Yazma Teknikleri

Öğrencilere, özellikle de akademik kariyer düşünenlere bilimsel araştırma ve makale yazım yöntemleri konusunda seminer verilmelidir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında ortaya koyduğumuz üzere önerdiğimiz sistemde sadece akademisyenler değil, mesleğinde kademe ilerlemek isteyen tüm hukukçuların uzmanlaştığı ya da uzmanlaşmak istediği alanda araştırma yapmış, literatür taramış ve yeterince bilimsel makale yazmış olması gerekmektedir. Zira her hukukçu, gelişen ve değişen toplumu anlayabilmek, içinde yaşadığı toplumun hukuki sorunlarını teşhis etmek ve çözüm önerilerini sistemli olarak ortaya koymak için akademik eserler de vermelidir. Bu nedenle staj aşamasında hukuk öğrencilerine temel bilimsel araştırma ve yazma teknikleri semineri sunulmalıdır.

iii. Yönetim ve Organizasyon

Geleceğin hukukçusu olmaya aday olan stajyer öğrencilere, insan yönetimi ve organizasyonu konusunda da donanım kazandırılmalıdır. Savcı, mahkeme hâkimi, bir şirketin hukuk müşaviri veya serbest avukat olarak çalışan bir hukukçunun günümüz şartlarında tek başına mesleğini icra etmesinin mümkün olmadığı bilinen bir gerçektir. Hangi konumda olursa olsun mesleğini icra eden hukukçu, yanında çalıştırdığı veya birlikte çalıştığı birçok meslektaşı, yardımcısı, stajyeri, kâtabi, sekreteri olacağı gerçeği karşısında bu kişileri verimli çalıştırmanın şartı, iyi bir organizasyon, etkili bir yönetimden geçmektedir. Bu gerçek karşısında geleceğin hukukçularına yönetim ve organizasyon dersi verilmesi, hem ülkemizdeki yargı süreçlerinin etkin, verimli ve hızlı olmasına katkı sağlayacak hem de yargı aktörlerini daha kurumsal ve yönetilebilir hale getirecektir. Hâkim, savcı, noter veya avukatın; birlikte çalıştığı meslektaşlarını, kaleminde veya altında çalıştırdığı personelini yönetmek, işi dağıtmak, sonucunu takip etmek yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bütün bunların olabilmesi için zaman ve insan yönetimi ile organizasyon yapabilme yetisini kazandırmayı amaçlayan bu seminerin sunulması gerekmektedir.

iv. Temel Muhasebe

Hem kendi işlerinin takibi bakımından hem de mali hukuk bağlantılı konularda mesleğini icra ederken karşılaştığı sorunları çözümlayebilmesi bakımından hukukçunun temel muhasebe bilgisine sahip olması gereklidir. Vergi ya da ticaret hukuku gibi alanlarda uzmanlaşacak hakim, savcı ya da avukatın bilanço, defterler, beyannameler gibi konularda yeterli bilgiye sahip olmadan mesleğini

¹⁵⁰ <https://www.trttvfilmieri.com/tr/temel-ilkeler>. (erişim Tarihi: 15.02.2020).

gereğince yapabilmesi mümkün değildir. Ticaret şirketlerine ya da işletmelere danışmanlık yapan bir hukukçunun da temel muhasebe bilgisine sahip olmadan etkin ve doğru tavsiye ve çözümler üretmesi olasılıklı değildir. Bir hukukçu en azından ilgili terminolojiyi bilmeli ve muhasebeye ilişkin süreçlere aşinalığı bulunmalıdır. Bu nedenle staj aşamasında seçimlik olarak temel muhasebe semineri verilmelidir.

5. Hukuk Fakültesine Devam Zorunluluğu

Hukuk eğitimi almak isteyen 18-19 yaşındaki genç, hukuki bilgi ile hayatında ilk defa fakültede tanışmaktadır. Fakültelerde dersler takrir sistemiyle anlatılmaktadır. Hoca tarafından monolog şeklinde anlatılan bu yabancı konular öğrenciye can sıkıcı gelebilmekte, yaşı itibariyle sosyalleşmeye ihtiyaç duyan genç ders dışı etmenlere daha fazla ilgi duyabilmektedir. Üstelik bazı hukuk fakültelerinde öğrencilerin derse devam zorunluluğu da olmadığından, öğrencilerin bir kısmı okula yalnızca sınavdan sınava gelmektedir. Bu durum öğrencinin öğrendiklerini sınavlardan hemen sonra unutmasına neden olmaktadır¹⁵¹. Bunun önüne geçmek için hukuk fakültelerinde derse devam zorunluluğu getirilmelidir. Sadece derse devam zorunluluğu getirmekle yetinilmemeli; ayrıca bunun takibi de ciddi bir şekilde yapılmalıdır¹⁵².

F. Lisans Eğitimi Sonrası “Ulusal Hukuk Sınavı”

Ülkemiz hukukçularını nitelikli hale getirmek için hukuk fakültesinin üç yıllık teoik eğitim yani lisans aşamasından mezun olduktan sonra öğrenciler okutulan derslerden ortak bir sınava tabi tutulmalıdır. Ülkemizde yakın zamana kadar bu şekilde bir ulusal sınav uygulaması yoktu. 2019 yılı Yargı Stratejisi Formunda Adalet Bakanlığı’na önerilmesi üzerine 24/10/2019 tarih ve 30298 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 7188 Sayılı Kanun’la “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” getirilmiştir. Henüz uygulamasına başlanmamış bu düzenlemeye göre hukuk fakültesi mezunlarının, hâkim ve savcı adayı, avukat ve noter olabilmeleri için bu sınavdan yeterli puan almaları gerekmektedir. 7188 Sayılı Kanun’la getirilen “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” hukuk eğitimindeki niteliği arttırmaktan ziyade eleme fonksiyonuna sahip olduğu için, bu sınav sebebiyle yığılma olması halinde sınavda kolay sorular sorulacak ve amaçlanan nitelikli hukukçu yine yetişmeyecektir. Ancak bizim önerdiğimiz ortak ulusal hukuk sınavı, mevcut “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı”ndan farklı bir niteliğe sahiptir.

7188 Sayılı Kanun’la getirilen “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” ÖSYM tarafından yapılacak, sınavdan yeterli puan alanlar doğrudan avukatlık stajına başlayabileceklerdir. Ancak hâkimlik, savcılık ve noterlik için ayrıca özel sınava girmeleri zorunluluğu getirilmektedir. Önerdiğimiz Ulusal Hukuk Sınavı ise hukuk lisans eğitimini başarı ile tamamladığını belgelemek ve tüm hukuk meslekleri için ortak olan staja başlamak için yapılacak bir sınavdır. Bu sınavdan

¹⁵¹ Gürçan, s. 81.

¹⁵² Okay, s. 364.

öngörülen puanları alan öğrenciler lisans diplomasına ve meslek stajına geçmeye hak kazanacaktır.

Hukuk fakültesinin ilk üç yıllık lisans aşamasını tamamlayan öğrenciler, bu aşamanın sonunda o zamana kadar okutulan teorik derslerden ortak bir sınava tabi tutulmalıdır. Teorik eğitim sonunda öğrencilerin genel yeterliliklerini ölçecek olan bu sınavdan 50 puan ve üzeri alanlar lisans diplomasına hak kazanmalı ve buna bağlı olarak hukukçu olarak memur ya da danışman kadrolarına başvurabilmeli, 70 ve üzeri alanlar avukat, noter, hâkim, savcı ve akademisyenlik şeklindeki hukuk mesleklerine yönelik staj aşamasına geçme hakkına sahip olmalıdır.

Söz konusu sınav ve puanlama sistemi ile öğrencilerin profesyonel hukuk mesleklerine girebilmek amacıyla lisans eğitimi boyunca ulusal hukuk sınavından yüksek puan almayı amaçlamaları ve daha sıkı çalışmaları sağlanmış olacaktır.

Hakimlik ve avukatlık stajı mevcut sistemde adalet komisyonu başkanlığının bulunduğu adliyelerde yapılabilmektedir. Önerdiğimiz staj modeli ise; meslek stajının hukuk fakültesi eğitiminin parçası haline getirilmesini ifade etmektedir. Öğrenciler ortak ulusal sınavdan yeterli puanı alarak meslek stajına devam edebilmelidir. Bu puanlama sisteminin etkili olması öğrenciler arasında rekabeti arttıracak, hukuk eğitimine verecekleri önem sebebiyle ülkemizde iyi hukukçuların yetişmesine vesile olacaktır.

G. Hukuk Meslekleri Stajı

1. Tüm Meslekler İçin Ortak ve Denetlenebilir Staj

Şu bir gerçektir ki dokunmadan, yaşamadan öğrenilen bilgiler çabuk unutulmaktadır. Tıp eğitimindeki staj sistemine benzer bir eğitimin hukuk eğitiminde uygulanmasının, öğrencilerin öğrendiklerini henüz okulda iken pekiştirmelerini sağlayacağı kanaatindeyiz. Tıp fakültesinden mezun olan bir öğrenci; iğne yapmayı, pansuman yapmayı ve açık bir yarayı dikmeyi bilmektedir. Ancak ülkemizde bir hukuk fakültesi öğrencisi bırakın karşısına gelen hukuki olayı doğru çözmeyi, dilekçesini doğru mahkemeye vermekte dahi zorlanmaktadır. Son zamanlarda hukuk fakültelerinde teorik bilgilerin pekiştirilmesi için farazi mahkemeler kurulmakta ise de, bu sembolik uygulama pratikte yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple hukuk öğrencisinin olay çözümlerini yerinde görebilmesi ve adli işleyişi anlayabilmesi için bir hukuk bürosunda ve adliyede zorunlu ve denetlenebilir staj evresine ihtiyaç bulunmaktadır. Uygulayıcı meslekler için elzem olan staj evresi hukuk fakültesinde verilmeli ve üniversitelerin ana sorumluluğunda TBB ve Adalet Bakanlığı bu konuda iş birliği yapmalıdır.

Ülkemizde mevcut sisteme göre hukuk fakültesi mezunları avukatlık stajını doğrudan, hakimlik ve savcılık stajını ÖSYM tarafından yapılan yazılı sınavı ve

kurum tarafından yapılan mülakatı geçtikten sonra yapabilmektedirler. Noterlik mesleği öncesi ise staj bulunmamaktadır.

Bizce tüm hukuk profesyonellerinin stajı Alman hukuk eğitim sistemindekine benzer olmalı ve hukuk fakültesindeki 3 yıllık teorik eğitimin ardından yapılan sınavdan en az 70 puan ve üzeri alan öğrenciler meslek stajı yapmaya hak kazanmalıdır. Avukatlar ve hâkimler için öngörülen staj uygulamaları, hukuk fakültesinde, hâkim, savcı, avukat, akademisyen ve noter olacak öğrenciler için tek ve ortak uygulanacak şekilde revize edilmelidir. Yani hâkim olacak olan da, avukat olacak olan da, akademisyen olacak olan da aynı stajı yapmalı ve tüm profesyonel hukuk uygulayıcıları uygulama eğitiminde birlikte olmalıdır. Elbette ortak meslek stajı haricinde hâkimlik, savcılık, noterlik ve avukatlık meslekleri için ayrı bir intibak süreci de ihdas edilmelidir.

3 yıllık teorik eğitimin ardından gerçekleştirilen, 24 aylık hukuk meslekleri stajı, lisansta öğrenilen teorik bilgilerin pekişmesini sağlayacaktır. Yapılacak stajın, mevcut avukatlık stajına benzer; ancak daha etkin ve denetlenebilir olması gerekmektedir. Zira mevcut avukatlık stajı uygulaması yeterli denetleme mekanizmalarını içermediği için stajyerlere beklenen faydayı sağlamamaktadır. Önerdiğimiz sistemde öğrenci vaka analizi dersleri ve uygulamaya ilişkin kurs ve seminerler almalı, sonrasında ise fiili meslek stajı yapmalıdır. Fiili meslek stajında hâkimin, savcının, noterin ve avukatın yanında staj yapmalı, bu mesleklerin uygulamasını görmelidir. Ayrıca bir devlet dairesinde de staj yaparak devlet kurumundaki işleyişi de öğrenmelidir.

Üniversitelerin yönetiminde olması gereken ortak meslek stajı TBB ve Adalet Akademisinin desteğiyle yürütülmelidir. Meslek stajı 4 sömestr sürmelidir. İlk iki sömestr karar yönteminin esas olduğu uygulamalı eğitim yapılmalı, zorunlu vaka analizi dersleri, kurslar ve seminerler verilmelidir. Stajın ikinci, yani fakülte eğitiminin beşinci ve son yılında fiili meslek stajı yapılmalıdır.

Staj döneminin ilk yılında ders olarak vaka analizi dersleri okutulmalıdır. Ayrıca iddianame, mahkeme kararı, dava dilekçesi yazma teknikleri, diksiyon-iletişim ve beden dili, meslek hukuku, senaryo yazımı ve kompozisyon, bilişim-UYAP teknolojileri, yönetim ve organizasyon, müzakere ve sorgu teknikleri kurs ve seminerleri verilmelidir. Ayrıca öğrencilerden her bir vaka analizinden sonra ilgili konuda bir makale yazmaları istenmelidir.

2. Zorunlu Vaka Analizi Dersleri

a. Genel olarak

Adalet Bakanlığı 2019 yılı Yargı Reformu Stratejisinde öneminden bahsedilen hukuk klinikleri önerisini faydalı ve önemli buluyoruz¹⁵³. Pratiğe dayalı hukuk öğreniminde asıl hedef hukuki olaylara doğru ve yerinde çözümler bulmayı

¹⁵³ Adalet Bakanlığı 2019 yılı Yargı Reformu Stratejisi.

öğretmektir. Bu amaçla önerilen hukuk kliniğinde yapılan iş de bir nevi vaka analizidir. Ancak hukuk klinikleri ile elde edilmesi amaçlanan faydaya vaka analizi dersleri ile daha hızlı ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Öğretimde de öneminden bahsedilen hukuk klinikleri sayesinde fakültelerdeki eğitimin uygulama ile bağının kurulmasının sağlanacağı ifade edilse de¹⁵⁴, bizce hukuk kliniği bu amacı gerçekleştirmek için yeterli değildir. Zira hukuk kliniğinde öğrencinin kısıtlı hukuki alanda (daha basit hukuki ihtilaflarda) uygulamayı görme imkânı vardır. Bir diğer husus öğrencinin aylarca hukuk kliniği uygulamasında edineceği pratik bilgiyi, aşağıda açıklayacağımız vaka analizi sayesinde saatler içerisinde daha sağlıklı bir şekilde öğrenmesi mümkündür. Bizce hukuk kliniği uygulaması faydalı olmakla birlikte öğrenilecek çok fazla pratik bilgi olmasına rağmen kısıtlı zamanda gerçekleştirilmesi güç bir uygulama olması nedeniyle yeterli faydayı sağlamayacaktır. Bu nedenle hukuk kliniği yerine, öğrenciye tüm meslek hayatında fayda sağlayacak vaka analizini öğretmeyi öneriyoruz.

Diğer yandan uygulamalı eğitim dersinin “hukuk kliniği” şeklinde adlandırılmasının terminolojik açıdan da uygun olmadığı kanaatindeyiz. Sözlükte klinik; “hastanın bakıldığı, muayene edildiği yer; hekim olacak öğrencilerin hasta başında uygulamalı olarak ders gördükleri hasta koğuşu; vücut muayenesinde görülen (hastalık belirtisi)” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵⁵. Dilimize yerleşmiş olan “klinik” kelimesinin etimolojik kökenine baktığımızda da istenen anlama uygun olmadığı görülmektedir. Bu kelime dilimize Fransızca’da “yataklı tedavi yeri, hastane” anlamına gelen *clinique* sözcüğünden geçmiştir. Bu kelimenin kökeninin ise, “yatağa veya yatakta tedaviye ilişkin” anlamına gelen *klinikos* sözcüğünden geldiği ifade edilmektedir¹⁵⁶. Bu nedenle her ne kadar batıda böyle bir kullanımı da mevcut olsa da, hukuk kliniği ifadesinin olduğu gibi kabul görüp kullanılmasını kolaycılık olarak değerlendiriyor ve doğru bulmuyoruz.

Staj döneminin ilk yılında (ve belki ihtiyaca göre kısmen ikinci yılında) verilmesini önerdiğimiz vaka analizi derslerinde öğrenciye dava dilekçesi, cevap dilekçesi, ilk derece mahkemesinin varsa ara kararları ve hükmü, davacı ve davalıların istinaf dilekçeleri, istinaf mahkemesinin varsa ara kararları ve hükmü, tarafların temyiz dilekçeleri, temyiz mahkemesi hükmü, Anayasa Mahkemesi ve AİHM başvuru dilekçeleri, Anayasa Mahkemesi kararlarını görme, inceleme ve örnek dilekçe/karar yazma konusunda pratik yaptırılmalıdır.

Vaka analizi dersleri öğrencinin üç yıllık lisans eğitiminde gördüğü kamu veya özel hukuku ilgilendiren bütün ana derslerde yapılmalıdır. Böylece öğrenci teorik olarak aldığı dersleri pratik anlamda uygulama ve test etme imkânı bulmalıdır.

Öğrenci, vaka analizi dersinde gerçek dava dosyalarından üretilmiş kurgusal süreçleri hem kendisi deneyimlemeli hem de ilgili süreçteki gerçek davaya ilişkin dilekçe, karar, safahat gibi somut bilgileri görmelidir. Vakalar, uzman ve

¹⁵⁴ Uyumaz/Erdoğan, s. 465.

¹⁵⁵ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 05.06.2020)

¹⁵⁶ <https://www.nisanyansozluk.com/?k=klinik> (Erişim: 15.02.2020)

uygulamadan gelen öğreticiler vasıtasıyla yönetilmeli ve değerlendirilmeli, tüm aşamalarda tüm aktörlerin davaya ilişkin işlemlerini önce öğrenci kendisi yapmaya çalışmalı, akabinde gerçek işlem ya da kararla karşılaştırma şansı olmalıdır. Tüm bu süreç öğreticilerin gözetimi ve denetimi altında yapılmalıdır. Temsili dava uygulamalarına benzeteceğimiz, ancak ondan daha sistemli ve daha yoğun bir faaliyeti ifade eden vaka analizi dersleri küçük gruplar halinde yapılmalıdır. Vaka analizi derslerinde özel hukuk uyuşmazlığı ve kamu hukuku alanındaki davaya konu olaylar en ince ayrıntısına kadar irdelenmelidir.

Vaka analizi derslerinde bir davanın açılmasından kesin hükümle sonuçlanmasına kadar tüm aşamaları ve tüm taraf işlemleri öğrenciler tarafından tatbik edilmelidir. Kişisel veriler maskelenerek bire bir tüm detaylarıyla gerçek dava dosyasından üretilmiş kurgusal dosyalar oluşturulmalı, en temelde davacı, davalı, hakim rolleri öğrencilere dağıtılarak temel dilekçeleri ve kararları yazmaları istenmelidir. Bu çalışmanın sonrasında gerçek davadaki gerçek dilekçe ve kararlarla karşılaştırma yapılmalıdır. Akabinde somut vakanın elverdiği ölçüde istinaf, temyiz, bozma, yeniden yargılama aşamaları tatbik edilmeli, her bir aşamadaki temel dilekçe ve kararlar bakımından aynı uygulama tekrar edilmelidir. Her çalışmadan sonra öğrenciler kendi yaptıkları çalışma ile asıl dosyadaki gerçek dilekçe ya da kararları karşılaştıran raporlar hazırlamalıdır.

Bir davaya ilişkin süreç ilerlerken, örneğin istinaf aşamasına geçilirken öğrencilerin rolleri değiştirilmeli, bir aşamada davacı vekili olan taraf bir sonraki aşamada davalı vekili ya da hakim olmalı, böylelikle öğrencilerin analiz edilen vakanın farkı yönlerini kavramaları sağlanmalıdır.

Bazı karmaşık ve büyük davalara ilişkin çalışmalarda öğrenciler grup halinde bir role atanmalı ve gerekli işlemleri görev paylaşımıyla yapmaları sağlanmalıdır. Aynı role atanan öğrencilerin içtihat araştırma, redaksiyon, sözlü savunma gibi alt iş bölüşümleri de öğretici tarafından denetlenmeli ve gerekli yönlendirme yapılmalıdır. Bu şekildeki çalışma, hukukçularımızda eksik olan grup çalışması ve koordinasyon kültürünün gelişmesine katkı sağlayacaktır.

Öğrencinin yaptığı bütün bu çalışmalar, yazdığı dilekçe, karar ve raporlar, öğretici tarafından değerlendirilerek notlanmalıdır. Öğreticinin not verdiği çalışmalar öğrencinin özlük dosyasında muhafaza edilmelidir. Öğrencinin yaptığı çalışmalardan aldığı notların, meslek stajını başarı ile tamamlamasının yanında, daha sonraki mesleki hayatında olumlu ya da olumsuz yönde referans olarak yansımaları sağlanmalıdır.

Bu şekildeki bir sistemde öğrencilere sunulacak çok sayıda ve çeşitte belge bulunmakta, öğrencilerden de dilekçe, karar, rapor ya da makale formatında çok sayıda ödev beklenmektedir. Tüm bu çalışmaların sağlıklı bir şekilde yürümesi ve ödevlerin değerlendirilebilir olması için tüm hukuk fakülteleri için ortak bir belge yönetim sistemi kurulmalıdır. Günümüzde bir kısım üniversitelerin benzerlerini kullanmakta olduğu bu sistem, UYAP sisteminin öğretim versiyonu gibi ulusal bir sistem olmalı ve böylelikle denetlenebilirlik sağlanmalıdır. Öğreticiler,

öğrencilerin erişimine açacakları belge ve kararları buradan paylaşmalı, ilgili örnek dava dosyaları burada bulunmalı ve öğrenciler de ödevlerini buraya yüklemelidirler. Bu tür sistemlerin vazgeçilmezi olan (Turn-iti-in vb) intihal tespit ve önleme programları da mutlaka kullanılarak öğrencilerin çalışmalarının özgün ve kendi el ürünü olması teyit edilmelidir.

Her bir alana ilişkin vaka analizinde roller ve çalışmalar, ilgili alanın gerekliliklerine göre belirlenmelidir. Aşağıda özel hukuk alanlarına ilişkin şablon bir vaka analizi dersi, ceza hukuk vaka analizi dersi ve bireysel başvuru vaka analizi dersi önerimizi somutlaştıracaktır.

b. Özel Hukuk Vaka Analizi

Özel hukuk alanlarına (örn. ticaret hukuku, aile hukuku, eşya hukuk) ilişkin, hukuki ihtilafa konu olmuş ve muhakeme sürecinin tüm aşamalarından geçmiş gerçek olaylar, kişisel veriler maskelenerek örnek uygulama dosyası olarak kullanılmalıdır. Öğrenciler davacı, davalı ve hakim rolleri altında gruplandırılmalı, davaya konu maddi veriler her aşamada peyderpey verilmelidir.

İlk aşamada davacı yanı temsil eden öğrenciden olaya dair dava dilekçesi yazması, davalı yanı temsil eden öğrenciden cevap dilekçesi hazırlanması istenmelidir. Dava ve cevap dilekçeleri yazıldıktan, karşılıklı dilekçe süreçleri tamamlandıktan sonra dilekçeler öğrenci ve öğreticilerle birlikte usul ve esas yönünden derste analiz edilmelidir. Hakim konumundaki öğrenci ya da öğrencilerden, arkadaşlarının yazmış olduğu dilekçeler ve dosyadaki veriler doğrultusunda gerekçeli mahkeme kararı yazmaları istenmelidir. Daha sonra gerçek dava dosyasında bulunan taraf vekillerinin yazmış olduğu dosyadaki dilekçeler ve gerçek mahkeme kararı öğrenciler ile paylaşılmalı ve öğrencilere kendilerinin yazdığı dilekçe ve karar ile yazılan gerçek dilekçeleri ve kararı mukayese ederek, kendilerinin ya da gerçek dilekçe ve kararın doğrularını ve yanlışlarını görme imkânı verilmelidir. Ayrıca öğrencilerden kendi dilekçeleri/kararları ile gerçek dilekçe ve kararların mukayese edildiği bir rapor hazırlaması istenmelidir.

İkinci aşamada öğrencilere istinaf uygulaması yaptırılmalıdır. Verilen gerçek karara karşı davacı ve davalı yanı temsil eden öğrenciden istinaf dilekçesi yazması istenilmelidir. Elbette ara aşamalara ilişkin, istinaf yargılamasında yapılan duruşma tutanakları, gelen evraklar, deliller, bilirkişi raporları gibi diğer veriler de öğrencilere uygun sırayla gösterilmelidir. Hakim rolündeki öğrencilerden ise arkadaşlarının istinaf dilekçeleri ve dosyadaki deliller doğrultusunda davayı usul ve esastan değerlendirerek gerekçeli istinaf kararı yazmaları istenmelidir. Öğrenciler istinaf dilekçeleri ve kararı yazdıktan sonra tarafların gerçek istinaf dilekçeleri ve gerçek istinaf kararı öğrencilere verilerek daha önce kendilerinin yazdıkları ile karşılaştırmasını yapması sağlanmalı, yazdıkları dilekçe ve kararın varsa eksiklerini tamamlama fırsatı verilmelidir. Böylece öğrenci, kendi yeteneğini keşfetme, bilgilerini değerlendirme, usul hukuku ve davanın esasını ilgilendiren konularda bilgi yeterliliğini kontrol etme, eksiklerini tamamlama fırsatı sahibi olacaktır. Öğrencilerden yine bu aşamada yazdıkları dilekçe veya

karar ile gerçek dilekçe ya da kararı mukayese eden bir rapor yazmaları istenmelidir.

Üçüncü aşamada temyiz uygulaması yapılmalıdır. Davacı ve davalı rollerindeki öğrencilerden, gerçek istinaf kararına karşı temyiz dilekçesi yazmaları istenmelidir. Hakim rolündeki öğrencilere davacı ve davalı öğrencilerin dilekçelerini ve Yargıtay kararı hariç dava dosyasını bir bütün olarak değerlendirerek Yargıtay kararı yazma görevi verilmelidir. Öğrenciler tarafından dilekçe ve karar yazımı aşaması tamamlanınca, öğretici tarafından gerçek dosyadaki temyiz dilekçeleri ve Yargıtay kararı öğrencilere verilerek kendi dilekçe ve kararları ile gerçek dosyadakileri mukayese ederek yazılı bir rapor sunmaları istenmelidir.

Yukarıda özel hukuka ilişkin izah edilen vaka analizi çalışması taslağı, öğrencinin üç yılda almış olduğu bütün ana dersler için yapılmalıdır. Örnek alınan dosyanın durumuna göre ara muhakeme ve olağanüstü muhakeme aşamaları da bu akışa eklenmelidir. Öğrenciler bir dosyanın farklı aşamalarında farklı rollerde görevlendirilerek aynı uyumsuzluğun farklı yönlerini görmeye sevk edilmelidir. Kimi karmaşık ve zor dosyalarda ise öğrenciler bir role grup halinde atanmalı ve birlikte çalışarak koordinasyon içinde ortak aksiyon üretmeye zorlanmalıdır. Kamu hukukuna ilişkin derslerde de benzer bir sistemde vaka analizi dersleri yürütülmelidir. Aşağıda ceza hukukuna ilişkin vaka analizi dersi önerimizi açıklayacağız.

c. Ceza Hukuku Vaka Analizi

Ceza hukukuna ilişkin olarak da, dava konusu olmuş ve muhakeme sürecinin tüm aşamalarından geçmiş davalardan, kişisel veriler maskelenerek örnek davalar üretilmeli ve bu davalar üzerinden vaka analizi dersi yürütülmelidir. Öğrenciler savunma, iddia ve yargılama makamları şeklinde gruplanarak gerçek bir davanın geçireceği tüm aşamaları uygulamalı olarak tatbik etmelidir.

İlk aşamada soruşturma aşaması uygulaması yapılmalıdır. Gerçek dava dosyasındaki veriler öğrencilere verilerek bir kısım öğrenciden mağdur/müşteki vekili olarak suç duyurusu/ şikâyet dilekçesi yazması istenmelidir. Müdafî rolü verilen öğrencilerden ise savunma dilekçesi hazırlanmaları istenmelidir. İddia makamı rolü verilen öğrencilerden ise, arkadaşlarının dilekçeleri ve dosya verileri doğrultusunda bir iddianame (ya da soruşturmayı sonlandıran başka bir karar) yazması istenmelidir. Öğrenciler tarafından suç duyurusu ve savunma dilekçeleri ile iddianame yazıldıktan sonra, gerçek şikâyet ve savunma dilekçeleri ile gerçek iddianame öğrencilerle paylaşılmalı, öğrenciler kendilerinin yazdıkları dilekçe ve iddianame ile gerçeklerini mukayese ederek, kendilerinin ya da gerçektekilerin doğrularını ve yanlışlarını görme imkânına sahip olmalıdır. Öğrencilerden kendi şikâyet ve savunma dilekçeleri ile iddianamelerini, gerçek dilekçeler ve iddianame ile mukayese ettikleri bir rapor hazırlamaları istenmelidir.

İkinci olarak kovuşturma aşaması uygulaması yapılmalıdır; Savunma konumunda görevlendirilen öğrencilerden yazılı ve sözlü savunma hazırlamaları, müşteki konumundaki öğrencilerden gerekli beyan ve talepleri yazılı ve sözlü olarak yapmaları, iddia makamı rolündekilerden ise gerekli talep ve mütalaalarda yazılı ve sözlü olarak bulunmaları istenmelidir. Bu aşamada yargılama konumundaki öğrenciler ise, arkadaşlarının yazılı ve sözlü beyanlarının yanı sıra, gerçek dosya içeriğinden hareketle gerekçeli karar oluşturmalıdır. Bu çalışmalar yapıldıktan sonra mahkemeye sunulan asıl beyan ve savunmalar ve asıl mahkeme kararı öğrenciler ile paylaşarak yaptıkları çalışmaları mukayese etme imkânı verilmelidir. Öğrencilerin yaptığı çalışma ve karşılaştırmayı yazılı olarak raporlaması istenmelidir.

Üçüncü aşama istinaf uygulamasıdır. Katılan, sanık ve iddia makamı şekline görevlendirilen öğrenciler asıl mahkeme kararı ve dosya verileri doğrultusunda istinaf dilekçesi, yargılama makamı rolündeki öğrenciler ise gerekçeli istinaf kararı yazmalıdır. Gerekli görülürse duruşma açılarak sözlü aşamalar ve beyanlar da tatbik edilmelidir. Bu çalışmalar yapıldıktan sonra da asıl dosyadaki gerçek istinaf dilekçeleri ve kararı öğrencilere verilerek daha önce kendilerinin yazdıkları ile karşılaştırmasını yapmaları sağlanmalıdır. Öğrencilerden bu aşamada da kendi çalışmaları ile asıl çalışmaları karşılaştıran bir rapor yazmaları istenmelidir.

Dördüncü aşamada temyiz uygulaması yapılmalıdır. Asıl istinaf kararı ve dosya içeriği doğrultusunda öğrencilerin taraf vekilleri sıfatı ile temyiz dilekçelerini yazmaları istenmelidir. Savunma, iddia ve katılan taraflarını temsil eden öğrenciler temyiz dilekçelerini yazmalı yargılama makamındaki öğrenciler ise Yargıtay kararı yazmalıdır. Bu aşamanın sonunda da öğrencilerin dilekçe ve kararları ile asıl kararlar karşılaştırmalı olarak tahlil edilmeli ve öğrenciler tarafından rapor yazılmalıdır.

d. Bireysel Başvuru Vaka Analizi

Anayasa Mahkemesine başvuru süreci uygulaması da vaka analizi yoluyla uygulamalı olarak öğretilmelidir. İç hukuka göre kesinleşmiş hukuki işlem veya kararları içeren dosya bir bütün olarak öğrencilere verilmeli ve Anayasa Mahkemesine başvuru hazırlığı yaptırılmalıdır. Varsa idari makamın vekili rolünde de öğrenciler görevlendirilmeli ve bunlardan savunma yazmaları istenmelidir. Bir diğer grup öğrenciye ise Anayasa Mahkemesi yargıçları rolü verilerek bireysel başvuru kararı yazmaları istenmelidir. Bu çalışmalar sonunda öğrencilere gerçek dilekçe ve kararlar verilmeli, kendi dilekçe ve kararlarıyla mukayese etmeleri ve rapor yazmaları sağlanmalıdır.

Benzer bir çalışma seçimli ders olmak kaydıyla AİHM başvuru süreçleri için de yapılabilir; başvuru ve devlet vekili olarak gruplandırılan öğrencilerden verilen bilgilerden hareketle taraf dilekçelerini yazmaları ve sonucunda ilgili dosyaya ilişkin gerçek dilekçeleri ve AİHM kararı ile kendi çalışmalarını karşılaştırma ve raporlama ödevi verilmelidir.

3. Fiili Meslek Stajı

Ülkemizde avukatlık stajı barolar ile Türkiye Barolar Birliği (TBB)'nin denetimindedir. Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre: “*Mahkeme stajı hâkim, savcı ve baronun denetimde; cumhuriyet savcılıklarında bir ay, ağır ceza mahkemesinde bir ay, asliye ceza mahkemesinde on beş gün, sulh ceza mahkemesinde on beş gün, sulh hukuk mahkemesinde on beş gün, asliye hukuk mahkemesinde (ticaret, iş, tapulama dahil) bir buçuk ay, icra tetkik ve icra dairesinde bir ay sürelerle yapılır. Bu sürelerde stajyer, staj eğitim programını aksatmadan; duruşmalarda, keşiflerde, soruşturmalarda, kararın görüşülmesinde ve yazılmasında hazır bulunur. Kendisine verilen dosya ve kararları inceler ve rapor hazırlar.*” Yönetmelikte böyle bir hüküm bulunsa da, uygulamada stajyerler maalesef nadiren staj yaptığı mahkemeye gitmekte, duruşma, soruşturma, keşif gibi uygulamaları görmeden stajı bitirmektedir. Kendilerine dosya ve karar incelemesi, rapor hazırlama görevi de verilmemektedir.

Hâkim ve savcıların stajı ise Adalet Bakanlığının denetimindedir. Hakimlerin mahkeme stajı, avukatların mahkeme stajına benzese de mesleğe yönelik birkaç fark bulunmaktadır. Bunun yanı sıra hâkim ve savcılar Türkiye Adalet Akademisinde uygulamaya ve teoriye yönelik dersler almaktadır. Ancak hâkimlik-savcılık stajının da verimli geçtiğini söylemek mümkün değildir. Zira mahkeme stajı denetimsiz geçmektedir. İş yoğunluğundan bunalan mahkemeler stajyerleri ayak bağı olarak görmekte, onların mümkünse adliyeye gelmemelerini istemektedirler. Bu durumda stajın ve mahkemelerin sağlıklı işleyişi için ya mahkemelerin bazıları staj mahkemesi olarak belirlenmeli ya da mahkemelere yönetilebilir bir stajyer kontenjanı getirilmelidir.

Adliyelerde ve avukat yanında yapılacak olan fiili meslek stajı 5. sınıfta yapılmalıdır. Meslek stajı yapan bir stajyer; cumhuriyet savcılığında 1 ay, ağır ceza mahkemesinde 1 ay, asliye ceza mahkemesinde 1 ay, sulh ceza mahkemesinde 15 gün, sulh hukuk mahkemesinde 15 gün, asliye hukuk mahkemesinde 1 ay, asliye ticaret mahkemesinde 1 ay, icra mahkemesinde 15 gün, icra dairesinde 15 gün, idare mahkemesinde 1 ay, istinaf mahkemeleri hukuk dairelerinde 1 ay, istinaf mahkemeleri ceza dairelerinde 1 ay, noterlikte on gün, emniyet müdürlüğünde on gün, ticaret odasında ise on gün süre ile staj yapmalıdır. Bunun yanı sıra bir avukatın yanında da 3 ay süre ile mesleki staj yapılmalıdır.

Stajyer, her bir birimdeki aşamasının sonunda takip ettiği bir derdest dava dosyası ile ilgili tahrir raporu¹⁵⁷ hazırlayarak ilgili hâkim, savcı, avukat ya da amirin değerlendirmesine sunulmalıdır. Hâkim, savcı, avukat ya da amir ise kendisine sunulan tahrir raporuna yüz üzerinden puan vermelidir.

¹⁵⁷ Tahrir raporu; Osmanlı diplomasisinde kullanılan tahrir; bir işi veya konuyu yazılı şekilde ilgili mercilere bildiren belge türünü ifade eder. **Mübahat Kütükoğlu**, “Tahrir Raporu”, TDV İslam Ansiplopedisi, C.39, 2008, s. 471.

Günümüzde Yargıtay'da ve Danıştay'da görev yapan tetkik hâkimleri inceledikleri dosyalar hakkında takdir raporları yazarak ilgili dairede üye olarak görev yapan heyete sunmaktadırlar. "Takrir raporu", bu surette yargı camiası tarafından bilinen bir terim olduğu için, stajyerlerin staj aşamasında hazırlayacakları raporlara da aynı şekilde "takrir raporu" ismi verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Stajyerlerin yanlarında staj yaptıkları hâkim, savcı, avukat ya da amire yazılı olarak sunacağı bu raporları yargı ve yürütmede kullanılan diğer birçok rapor çeşidinden ayırmak için de bu adlandırmanın uygun olacağını düşünüyoruz.

Stajyerlerin sundukları takdir raporlarının yüz üzerinden yapılan değerlendirmesinde elli ve üzeri puan alan stajyerlerin ilgili birimdeki stajını başarıyla bitirdikleri kabul edilmelidir. Aksi takdirde o birimdeki stajı yenilenmelidir. Stajyerin hazırladığı takdir raporları üniversiteler, TBB ve Adalet Akademisinin oluşturduğu denetlenebilir öğrenci bilgi sistemine aktarılmalı, böylece yanında staj yapılan hâkim, savcı ve avukatın yaptığı takdir raporu değerlendirmesinin objektif olması sağlanmalıdır. Takrir raporları öğrencinin hâkim, savcı, avukat ve noter mesleklerine girişinde dikkate alınmalıdır. Mesleğe girdikten sonra da bu takdir raporları sicil dosyasına girmeli ve tüm meslek hayatında derece yükselmelerinde dikkate alınmalıdır.

4. Stajyerlerin Özlük Hakları

Ülkemizde hâkim stajyerleri devlet memuru statüsüne geçtikleri için maaş almakta iken avukat stajyerleri maaş ve gelire sahip değildir. Avukatlar da hâkimler gibi kamu hizmeti ifa etmekte ve iyi yetiştirilmelerinde kamunun menfaati bulunmaktadır. Staj gibi mecburi bir süreçte maaş konusunda hâkimler ile avukatlar arasında eşitliğin sağlanması gerektiği kanaatindeyiz¹⁵⁸. Hâkim ya da avukat stajyerinin staj boyunca herhangi bir gelirinin olmaması stajyerin ekonomik olarak yıpranmasına hatta ekonomik destek alamadığından stajı bırakmasına sebep olabilir. Bahsettiğimiz hukuk eğitim sistemi ülkemizin adalete kavuşması için elzem olduğundan, bu süreçte devletin ayırım yapmadan tüm hukuk stajyerlerine staj süresi boyunca yeterli miktarda burs ve sağlık sigortasından ücretsiz faydalanma hakkı vermesi gereklidir.

KAYNAKÇA

Aboueleid, Taher. "Legal education and technology in Egypt in an era of globalization", s. 4. <https://ssrn.com/abstract=3209080> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3209080>. (Erişim: 14.05.2020).

Adalet Bakanlığı, Yargı reformu Stratejisi, Mayıs 2019.

¹⁵⁸ Avusturya'da avukat, hâkim/savcı veya noter stajyerleri öncelikle, mahkemelerde 9 aylık bir mahkeme ön stajını stajyer hukukçu olarak ortaklaşa tamamlamaktadırlar. **Bozkurt**, s. 92.

Alkhalawi, Rayan. “Legal Education Reform in Saudi Arabia: A Case Study of Taibah University”, Theses and Dissertations. Paper 15, 2015.

Ataş, Mustafa / Dost, Süleyman / Çelikkol, Ömer. “Hukuk Öğretimine Yönelik Teorik-Pratik Sınıf (TEOPS) Sistemi Model Önerisi”, SDU International Journal of Educational Studies, S. 5 (1), 2018.

Bozkurt, Kutluhan / Türe, Murat. “Avusturya ve İsviçre Sistemlerinde Hukuk Eğitimi”, TBB Hukuk Dergisi, S. 117, 2011.

Chodosh, Hiram. “Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar Ve Stratejiler”, (Çev. Dr. Birol AKGÜN), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 2001.

Conway Filiz/Cengiz, Serkan/Toprak, Musa/Ertem, Berkem/ Koçyıldırım, Gökten/ Lonbay, Julian/ Nestl, Franz Markus/ Les, Florence/ Sorcinelli, Roberto/ Isern, Marta/ Laurans, Mickael/ Adamzyck, Agata. Meslek İçi Eğitim Projesi Sonuç Raporu, TBB, 2009.

Drefuss-Netter, Frederique. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB, Uluslararası Toplantı Tebliğleri, Ankara, 2003.

Du, Guodong. “Who Can Serve as Judges in China?”, China Justice Observer, 14.05.2019, <https://www.chinajusticeobserver.com/a/who-can-serve-as-judges-in-china>. (Erişim: 14.05.2020).

Edwards, Harry T. “The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession”, Michigan Law Review, , S. 91 (1), 1992.

Erhürman, Tufan. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003.

Erzurumluoğlu, Erzan. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003.

Gehring, Axel. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB, Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003.

Güran, Sait. “ABD’de Hukuk Öğretimi ve Eğitimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 50 2011.

Justice at a Crossroads: The Legal Profession and the Rule of Law in the New Egypt, Report of the International Bar Association’s Human Rights Institute (IBAHRI) Supported by the Open Society Institute, Kasım 2011.

Kaplan, İbrahim. Türk ve İsviçre Hukuk Fakültelerinde Hukuk Öğretimi, Ders Programları ve Sınav Sistemleri, TBB Dergisi, s. 139, 2018.

Kellner, Martin. “Legal Education in Japan, Germany, and the United States: Recent Developments and Future Perspectives”, ZJAPANR / J.JAPAN.L, Nr. / No. 23, 2007.

Kuhne, Heiner Hans. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003.

Kurt Konca, Nesibe. Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, SETA, 2016.

Kütükoğlu, Mübahat. “Takrir Raporu”, TDV İslam Ansiplopedisi, C.39, 2008.

Liao, Henry / Huang, Dnhuah / Deng, William. “Regulation of the legal profession in China: overview”, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-3499?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-3499?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)), (Erişim: 13.05.2020).

Lonbay, Jullian. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, TBB Uluslararası Toplantı Bildirileri, Ankara, 2003.

Maleshin, Dmitry. “The Crisis of Russian Legal Education in Comparative Perspective”, Journal of Legal Education, Volume 66, S. 2, 2017.

Nielsen, Nicolai. “Legal education in China How do Chinese universities prepare law students for legal practice”, s. 3, https://www.academia.edu/3643300/Legal_education_in_China_How_do_Chinese_universities_prepare_law_students_for_legal_practice. (Erişim: 13.05.2020).

Oğuz, Arzu. “Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , S. 52 (4), 2003.

Okay, Sami. “Michigan Hukuk Fakültesinde Hukuk Tahsili Ve Öğretim Tekniği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1-4), 2011.

Öngüner, Emir. “Berlin’de Hakimler Var Efsanesi ve Gerçekler”, Devlet Dergisi, Mart, 2018.

Özbek, Mustafa Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin, 2009.

Öztoprak Sağır, Meral. Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010.

Pantelis, Antonis. “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, Türkiye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003.

Platon, Sokrates’in Savunması, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

Rezaian, Lachin. “How to become a lawyer?”, Mehr News Agency, 28.06.2018, <https://en.mehrnews.com/news/135197/How-to-become-a-lawyer>. (Erişim: 14.05.2020).

Sert Çelik, Çiğdem. “Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik”. TBB Dergisi, S. 54, 2004.

Shepeleva, Olga/ Novikova, Asmik. “The Quality of Legal Education in Russia: The Stereotypes and the Real Problems” Russian Law Journal Volume II, 2014.

Smorgunova, Valentina. “Legal Education In Modern Russian Universities”, <http://www.ialsnet.org/meetings/teaching/Smorgunova.pdf>. (Erişim: 13.05.2020).

Sütçü, Nezh. Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin, 2014.

Uymaz, Alper / Erdoğan, Kemal. “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 64, 2015.

Üçok, Coşkun. “Türkiye’de Hukuk Eğitimi ve Araştırmaları”, Selçuk Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, s. 2, 1989.

Ümit, Ceyda/ Dönmez, Celalettin/ Atabey, Ömer Serdar/ Altınışık, Ulvi/ Mamak, Alpaslan/ Taşdelen, Okan/ Turgut, Bayram/ Emiroğlu, Ulya. “Bazı Avrupa Birliği Ülkelerinde Avukatlık Mesleği ile İlgili Düzenlemeler”, Adalaet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Bilgi Notu, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/e-kutuphane.html>, (Erişim: 22.05.2019).

Yılmaz, Ali / Tansen, Bedia Ayşegül / Alkış, Burcu / Taner, Fahri Gökçen. Fransız Avukatlık Sisteminin İncelenmesi Projesi, Türkiye Barolar Birliği, 2015.

Zare, Maliheh. “An Overview of Iranian Legal System and Research”, Globalex, https://www.nyulawglobal.org/globalex/Iran_Legal_System_Research.html#law yering. (Erişim: 14.05.2020).

Zhou, Shiwen. “The Reform Strategy of Legal Education in China”, Global Business & Development Law Journal / Vol. 22, 2009.

BİRLEŞMEDE İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN DOLAYI ORTAKLARIN ŞAHSİ SORUMLULUĞU

Aslıhan KAYIK AYDINALP¹

ÖZET

Şirketler, dünya ekonomisinde meydana gelen gelişmeler karşısında rekabet edebilme güçlerini artırabilmek adına elde ettikleri kârı sermayeye çevirme ya da diğer şirketlerle birleşerek sermayelerini artırma yolunu kullanmışlardır. Böylece daha büyük sermaye ile rekabet piyasasında var olabilmek savaşında daha güçlü hale gelmişlerdir. Bu gibi ekonomik sebeplerle meydana gelen birleşmenin iş hukukuna etkisi ise işçi, işveren ve işyerini ilgilendirdiği noktada kendini göstermektedir.

Yapısal değişiklik, bir hukuki işlem aracılığıyla şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye uğramasıdır. Türk hukukunda yapısal değişiklik türleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 134 ila 194 arasında düzenlenmiştir. Yapısal değişikliklerin iş ilişkileri üzerindeki etkisi ise bölünmeye ilişkin kısımda yer alan m. 178’de düzenlenmiştir². Bu düzenleme bölünmeye ilişkin kısım içinde yer almakla birlikte, birleşmenin iş ilişkilerine etkisine ilişkin hükümde atıf aldığından, birleşmede de uygulanma imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışma konumuzu oluşturan birleşme halinde işçilik alacaklarından şahsi sorumlu ortaklar incelenirken, TTK m. 178 esas alınacaktır.

¹ Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, aslihan kayikaydinalp@gmail.com, (ORCID: 0000-0003-3146-4636).

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14.05.2020

² İşyeri devrinin yapısal değişiklikten kaynaklanması halinde TTK m. 178 uygulanacak, hüküm bulunmayan hallerde ise işyeri devirlerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İşK. m. 6 boşluk doldurucu etkiye sahip olacaktır. İşyeri devri hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZKARACA, Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2008 (İşyeri Devri); ÖZKARACA, Ercüment, “Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukuku’na Etkileri”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer**, İstanbul 2012, s. 115 (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme); ALP, Mustafa, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, 2012/1 (32), s. 58; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 147; SÜZEK, Sarper, “İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları”, **Prof. Dr. M. Polat SOYER’ e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı (I), İzmir 2014, s. 327; KAYIK AYDINALP, Aslıhan, **İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler**, İstanbul 2017; GÜNDOĞDU, Gökmen/ KAPLAN, Hasan Ali, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi”, **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’ e Armağan**, İstanbul 2011, s. 1010, 1015.

Anahtar Kelimeler: Birleşme, yapısal değişiklik, işçilik alacakları, ortakların şahsi sorumluluğu.

SHAREHOLDERS' PERSONAL RESPONSIBILITIES DUE TO DEBT OF EMPLOYEES IN MERGER

ABSTRACT

Companies have used the way to turn their profit into capital to increase their competitiveness in the face of the developments in the world economy, or to increase their capital by merging with other companies. Thus, they have become stronger in the fight to exist in the competitive market with larger capital. On the other hand, the effect of the merger that occurs due to such economic reasons on the business law shows itself at the point where it concerns the employees, employers and the establishment.

Structural change is when companies undergo a merger, division and change of type through a legal process. Types of structural changes in Turkish Law No. 6102 Turkish Commercial Code, it is arranged from 134 to 194. The effect of structural changes on employment relations is in the section in art. 178. Although this regulation is a provision in the section on division, it also has the opportunity to be applied in the merger as it refers to the effect of merger on employment relations. Therefore, while the partners responsible for the labor receivables in the case of the merger that constitutes our working position are examined, art. 178 will be based on.

Keywords: Merger, structural change, debt of employees, shareholders' personal responsibility.

I. BİRLEŞME A. TANIM

Yapısal değişiklikler arasında yer alan birleşme, kanunda düzenleme olarak ilk sırada yer almaktadır. TTK m. 136'dan yola çıkıldığında birleşme; devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesi ile gerçekleşen durum olarak tanımlanabilir³. Diğer bir ifade ile birden fazla bağımsız

³ İPEKEL KAYALI, Ferna, **Türk Ticaret Kanunu' na Göre Birleşmeler**, İstanbul 2014, s. 10; PULAŞLI, Hasan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, Ankara 2011, § 7, s. 111; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, § 24, s. 680; KOCAER, Şenol, **Şirket Yeniden Yapılandırılmaları**, Ankara 2015, s. 57; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku Dersleri**, Bursa 2013, s. 60; ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2013, s. 122; TEKİNSOY, Barış, "Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kurumsal Sorunlar", **BATİDER**, Cilt XXIX, Sayı 2, Yıl 2013, s. 172; PULAŞLI, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri", **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ' ye ARMAĞAN**, II. Cilt, İstanbul 2009, 1332; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m.6

şirketin, bir bütün olarak tek bir tüzel kişi çatısı altında bir araya gelmesi durumunda, şirket birleşmesi söz konusu olmaktadır.

B. TÜRLERİ

1. Devralma, Katılma Yolu ile Birleşme

Devralma yoluyla birleşmede bir veya birden fazla şirket, tüm aktif ve pasifiyle birlikte başka bir şirket tarafından devralınmaktadır⁴. Devrolunan şirketin veya ticari işletmenin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranı uyarınca devralan şirketin ortaklık paylarının, devrolunan şirketin veya ticari işletmenin ortaklarınca kendiliğinden iktisabı mevcuttur. Birleşme ile birlikte devrolunan şirket tasfiye olmaksızın sona ermekte ve tüzelkişiliğini kaybetmektedir⁵. Yeni kuruluş yolu ile birleşmenin aksine burada yeni bir şirketin kurulması söz konusu değildir. Zira devralan şirket zaten mevcuttur. Bu nedenle devralan şirket tüzelkişiliğini devam ettirmekte olup sadece iktisadi yapısı değişikliğe uğramaktadır. Kollektif şirketin var olan bir anonim şirket tarafından devralınması bu duruma örnek olarak verilebilir⁶.

Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29, s. 26; YILDIRIM, Ali Haydar/ KOLOTOĞLU, Olcay, **Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi, Devri, Nevi Değişikliği, Bölünme ve Hisse Değişikliği**, Ankara 2003, 199.

⁴ BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Yeni TTK’ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012, s. 50; DOĞRUSÖZ, Hanife, “Ticaret Ortaklıklarının Birleşme ve Nev’i Değiştirmelerinin Ferdi ve Toplu İş Hukuku Bakımından Temel Sonuçları”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan**, İstanbul 2006, s. 602; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, § 7, s. 115; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 61; TEKİNALP, § 24, s. 681; ALTAŞ, Soner, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler**, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 749; İPEKEL KAYALI, s. 84; KOCAER, s. 57; ŞENEL, s. 122; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, İstanbul 2004, s. 68; SENYEN KAPLAN, s. 26; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2014, s.104.

⁵ ÖZKARACA, İşyeri Devri, s. 116; Konuya ilişkin bir yargı kararı için bkz. “...TTK’nın 451 ve 452. maddelerinde düzenlenen birleşme ve devralma suretiyle tasfiyesiz ifisah hükümlerinde; bir ticaret şirketi başka bir şirket tarafından devralınırsa (TTK m. 451) eski şirketin tüzel kişiliği sona erer. Keza, bir ticari şirketin diğer bir ticari şirketle birleşmesi halinde de birleşen şirketin hükmi şahsiyeti sona erer. Tüzel kişiliğin son bulması ile artık eski tüzel kişinin (ölü bir şahıs gibi) taraf ehliyetinin de son bulunduğu kabulü gerekir...”, Y. 12. HD., 28.03.2005, E. 2005/2492, 2005/6435, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 28.4.2020.

⁶ PORTMANN, Wolfgang / STOCKLI, Jean-Fritz, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 3. Vollständig überarbeitete Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Kapital 6, Rn. 627; GAUL, Björn, **Der Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, Gestaltung von Betriebsübergang Outsourcing Umwandlung**, Köln 2002, § 3, Rn. 9; BAUEN, Marc / JEGHER, Gion/ WENGER, Boris / ZEN RUFFİNEN, Marie-N, **Merger Law, Loi sur la fusion, Fusionsgesetz, Legge sulla fusione**, 1. Auflage, 2005 Zürich, s. 248; BOECKEN, Winfried, **Unternehmens- umwandlungen und Arbeitsrecht**, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996, Rn. 10, s. 11; AHRENDT, Martina / KOCH, Ulrich, **Umwandlung und Betriebsübergang, Arbeitsrechts-Handbuch**, 16. Neu bearbeitete Auflage, aus C.H.Beck, München 2015, § 116, Rn. 14; KRADOLFER, Dean Andreas, “Der Betriebsübergang Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, eine arbeitsrechtliche Abhandlung unter Berücksichtigung des gesellschaftsrechtlichen und des erbrechtlichen Betriebsübergang”, Volume 28, Zürich 2008, § 2, s. 5; JOOST, Detlev, “Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang”, § 324, Rn. 14, Marcus Lutter/ Martin Winter (Ed), **Umwandlungsgesetz**

2. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

Yeni kuruluş yoluyla birleşme, şirketlerin önceden mevcut olmayan yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri olarak ifade edilmiştir⁷. Bu birleşme türünde birleşmeye katılan şirketler bütün aktif ve pasifleriyle, külli halefiyet yolu ile yeni kurulan şirkete tasfiye olmaksızın geçerler⁸. Yani yeni kuruluş yolu ile birleşmede yeni kurulan şirketin malvarlığı sona eren şirketlerin malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır. Birleşmenin tamamlanması ile birleşen şirketler tüzel kişiliklerini kaybederler ve bunların yerine yeni kurulmuş şirket geçer⁹.

II. YAPISAL DEĞİŞİKLİK HALLERİNDE GENEL OLARAK İŞÇİLİK ALACAKLARININ KORUNMASI

İşverenin borçlu olduğu kimseleri, işçiler ve işçiler dışında kalan üçüncü kişi olarak nitelendirebileceğimiz diğer alacaklılar oluşturmaktadır. Diğer alacaklılara örnek olarak işverenin hammadde satın aldığı, ihracat yaptığı ya da işyerinin mülkiyetine sahip kişiler verilebilir. Yapısal değişiklik hallerinde, özellikle devreden işverenin ortadan kalktığı durumlarda, mevcut borçlar açısından borçlu

Kommentar, Band II, §§135-325, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, 4. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009; İPEKEL KAYALI, s. 84; GLANZMANN, Lukas, **Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes**, 3. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014, § 5, Rn. 54; BAUER, Christoph, **Parteiwechsel im Vertrag Vertragsübertragung und Vertragsübergang**, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, 2010 Zürich, Teil IV, Rn. 477; WINKLER, Michael, **Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge**, Zürich 2001, § 3, s. 8; GLANZMANN, Lukas/ DRUEY, Nicolas Jean/ JUST DRUEY, Eva, **Gesellschafts- und Handelsrecht**, 11. Auflage, Zürich 2015, § 21, Rn. 19; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, § 7, s. 115; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 61; TEKİNALP, s. 681; ALTAŞ, s. 749; İPEKEL KAYALI, s. 84; KOCAER, s. 57; ŞENER, s. 122.

⁷ PORTMANN/ STOCKLI, § 6, Rn. 626; GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 21, Rn. 3; KRADOLFER, § 2, s. 5; Vogel/ Heiz/ Behnisch/ Sieber, FusG Kommentar, Art. 29, Rn. 33; WINKLER, § 3, s. 7; Kasper, Teil 3, Rn. 249; GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 5, Rn. 49; GAUL, § 3, Rn. 9; BOECKEN, Rn. 9, s. 11; AHRENDT/ KOCH, § 116, Rn. 14; BAECK, Ulrich/ HAUßMANN, Katrin, "Betriebsinhaberwechsel Arbeitgeberwechsel", Klemens Dörner/ Stefan Luczak/ Martin Wildschütz/ Ulrich Baeck/ Axel Hoß (Ed), **Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht**, 12. Auflage, Luchterhanf Verlag, 2015 Köln, Kapitel 3, Rn. 4001; PREIS, Ulrich, **Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis**, Köln, 2012, s. 1012; BACHNER, Michael/ KÖSTLER, Roland/ MATTHIESSEN, Volker/ TRITTIN, Wolfgang, **Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang**, 4. Auflage, Baden-Baden 2012, Prg 6, Rn. 48, s. 339; DOĞRUSÖZ, s. 599; BAHTİYAR, s. 50,51; PULAŞLI, Birleşmenin Temel Nitelikleri, s. 1332; KÖSEOĞLU, s. 68; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s.102; KAPLAN SENYEN, s. 26.

⁸ KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, s. 68; ÖZKARACA, Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme, s. 116.

⁹ GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 5, Rn. 51; PORTMANN/ STOCKLI, Kapital 6, Rn. 627; WINKLER, § 3, s. 8; JOOST, Rn. 14; BAUER, Teil IV, Rn. 477; İPEKEL KAYALI, s. 98; AHRENDT/ KOCH, § 116, Rn. 14; BOECKEN, Rn. 10, s. 11; GAUL, § 3, Rn. 9; KRADOLFER, § 2, s. 5; BAUER/ JEGHER/ WENGER/ ZEN RUFFINEN, s. 248; İPEKEL KAYALI, s. 97; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, § 7, s. 116; TEKİNALP, § 24, s. 681; ALTAŞ, s. 749; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 61; KOCAER, s. 57; ŞENER, s. 122; BAHTİYAR, s.51; PULAŞLI, Birleşmenin Temel Nitelikleri, s. 1332; SENYEN KAPLAN, s. 26.

ortadan kalkmakta, borçlardan sorumlu başka bir işveren devreye girmektedir¹⁰. Devralan işverenin ekonomik durumu göz önüne alındığında alacaklıların korunması büyük önem arz etmektedir¹¹. Zira böyle bir durumda işverenin ödeme gücünün kötüleşmesi söz konusu olabilir ya da devreden işverenin sona ermesi halinde, alacaklılar muhatap bulamayabilirler. Bu ve benzeri durumları gözetken kanun koyucu alacaklıların, özelde işçilerin maruz kalabilecekleri olumsuzlukları gidermek adına koruyucu hükümler getirmiştir. Bunları şu şekilde saymak mümkündür; iş ilişkilerinin devri, işçilik alacaklarının teminat altına alınmasını isteme hakkı, işçilik alacakları nedeniyle şirket ortaklarının şahsi sorumluluğu, şirketlerin müteselsil sorumluluğu. İşçilik alacaklarını korumaya yönelik bu araçlar arasında çalışma konumuzu işçilik alacakları nedeniyle şirket ortaklarının şahsi sorumluluğu oluşturmaktadır.

Yapısal değişikliğin gerçekleşmesi durumunda, iş ilişkilerine ilişkin temel düzenleme olan TTK m. 178, sorumluluk ile ilgili farklı hükümlere yer vermiş olmakla birlikte bu hükümleri detaylandırmamıştır. Bu nedenle konu detaylandırılırken mehaz İsviçre Birleşme Kanunu (İBirK) hükümleri ile bölünme, birleşme ve tür değiştirme kapsamında düzenlenen diğer alacaklıların korunmasına yönelik hükümlerinden faydalanılacaktır.

III. İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN ŞİRKET ORTAKLARININ ŞAHSİ SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

İşçilik alacaklarından dolayı ortakların şahsi sorumluluğu¹², TTK m. 178/f. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre; *“Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.”*. Sorumluluğun kapsamı farklılıklar olmakla

¹⁰ İPEKEL KAYALI, s. 309.

¹¹ Birleşme halinde alacaklıların korunmasına ilişkin Türk Ticaret Kanununun 157. maddesinin gerekçesinde, alacaklıların hangi sebeplerden ötürü korunması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, *“...İsviçre Kanununun gerekçesinde, çoğu birleşmenin alacaklıların haklarını ihlâl etmeyebileceğine, sonuçta iki veya daha fazla malvarlığının birleşmesiyle alacaklılar için daha güvenceli bir durum oluşabileceğine, alacaklıların korunmasının abartılmaması gerektiğine işaret edilmiştir. 157 nci maddedeki düzenleme, bu anlayışı yansıtmaktadır. Ancak bu gerekçe her birleşme için doğru değildir. Birleşen şirketlerden biri veya bazıları zararda, hatta borca batık ise, finansal durumu güçlü olan şirket zararları kapatıyor demektir. Durum, bu şirketin alacaklıları yönünden önem taşıyabilir....”*; <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/>, E.T. 15.8.2015.

¹² Şirketlerdeki şahsi sorumluluk kural olarak şahıs şirketlerinin ortakları için söz konusudur. Şahsi sorumlu ortak TTK m. 237/f.1 uyarınca kolektif şirket ortağı; TTK m. 317, 325, 565 uyarınca komandit şirketin komandite ortağı; Kooperatifler Kanunu m. 29 uyarınca kooperatif ortağı, olabilir.

birlikte, devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğuna benzemektedir. Bu haktan sadece devrolunan işyerinin işçileri yararlanacaktır¹³.

Bu maddenin gerekçesi ise bizi İBirk § 49'a götürmektedir. Bölünmeyi düzenleyen § 49' a şirketlerin birleşmesinde denk gelen madde ise § 27' dir. Zaten şahsi sorumluluk hususunda § 49' da § 27/3' e atıf yapmaktadır. Bu madde de tıpkı TTK m. 178/f. 6 gibi devreden şirketin şahsi sorumlu ortaklarının devam eden sorumluluğunu ve bu ortakların hangi borçlardan sorumlu olacağını belirlemektedir. Getirilmiş bu düzenleme ile şahıs şirketleri bakımından müteselsil sorumluluk, uygulama alanı açısından genişletilmiştir¹⁴.

B. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

1. Devir Gününe Kadar Muaccel Olan İşçilik Alacakları

Müteselsil sorumluluğa ilişkin maddede sorumluluğun kapsamı ilk olarak, devir gününe kadar muaccel olan işçilik alacaklarıdır. TTK m. 178/f. 6' ya göre bu durum; *"...hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlar..."* şeklinde ifade edilmiştir. Mehz İsviçre Hukukuna bakıldığında da sorumluluğun kapsamını tayin eden ilk durumu, devirden önce muaccel olmuş alacaklar oluşturmaktadır¹⁵. Devreden şirketin birleşmeden önce şahsi sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve devir gününe kadar muaccel olmuş işçilik alacaklarından, müteselsilen sorumludurlar¹⁶.

2. İtiraz Hakkının Kullanılması Durumunda

Sorumluluğun kapsamını oluşturan bir diğer sınır ise itiraz hakkının kullanılması durumunda, iş sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak borçlardır. Bu durum madde metninde; *"...işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan..."* şeklinde ifade edilmiştir.

Mehz İsviçre hukukunda da sorumluluğun kapsamını, işçinin itiraz hakkını kullanmasından itibaren yasal bildirim süresi dolana kadar ki süre içinde doğacak borçlar oluşturmaktadır¹⁷. Burada esas olan alacakların doğma zamanı olup, devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğunda olduğu gibi

¹³ İşçiler dışındaki alacaklılarda yansımaları için bkz. İPEKEL KAYALI, s. 327.

¹⁴ ALP, s. 68.

¹⁵ VISCHER, Frank/ MÜLLER, M. Roland, **Der Arbeitsvertrag**, 4. Auflage, Basel 2014, § 23, Rn. 16; BRÜHWILLER, Jürg, **Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR**, 3. Auflage, Basel 2014, Rn. 4; STAEHELIN, Adrian, "Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag Art. 330b-355, Art. 361-362", Jörg Schmid (Hrsg) **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht**, Zürich 2013, Rn. 10.

¹⁶ BRUNNER, Christiane/ BÜHLER, Jean-Michel/ WAEBER, Jean Bernard/ BRUCHEZ, Christian, **Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht**, 3. Auflage, Basel 2005, s. 193.

¹⁷ BRUNNER/ BÜHLER/ WAEBER/ BRUCHEZ, **Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht**, Art. 333, s. 193; BRÜHWILER, **Einzelarbeitsvertrag**, Art. § 333, Rn. 4.

muacceliyet zamanı değildir¹⁸. Burada sorumluluğun zaman açısından sınırını, yasal bildirim süresinin sona erme tarihi oluşturmaktadır¹⁹.

Bilindiği üzere itiraz hakkının kullanılması halinde iş ilişkisinin sona erebilmesi için, birleşmenin gerçekleşmesine rağmen yasal bildirim süresi dolmamış ise devralan işveren bünyesinde bu sürenin dolması beklenecektir. Bu süre zarfında gerek devralan işveren gerek işçi, TTK m. 178/f. 2 uyarınca iş sözleşmesini yerine getirmekle yükümlüdür²⁰. Dolayısıyla yasal bildirim süresinin sona ermesine kadar geçecek sürede, yasal bildirim süresinin dolmaması nedeniyle iş ilişkileri devralan işverene devredilmişse, bu süre zarfında devralan işveren bünyesinde doğacak borçlardan da ortakların şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada önemli olan bu borçların, yasal bildirim süresi içinde doğmuş olmasıdır.

3. İş Sözleşmesinin Normal Olarak Sona Ermesi Durumu

Sorumluluğun son olarak kapsamını iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar muaccel olacak alacaklar oluşturmaktadır. Sorumluluğun kapsamı açısından çerçevesini çizdiğimiz yukarıdaki iki durum, sorumluluğun kapsamını tayin açısından problem teşkil etmemektedir. Asıl tartışmalı olan, iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği bu kısımdır. Burada tartışma yaratan husus ise iş sözleşmesinin normal olarak sona ermesi ile neyin kastedildiğidir.

Mehaz İsviçre hukukuna bakıldığında, iş ilişkisinin normal olarak sona ereceği yani belirsiz süreli iş sözleşmeleri için yasal ya da akdi bildirim süresinin, belirli süreli iş sözleşmelerinde belirli sürenin dolmasıyla sona erene kadar muaccel olacak alacaklar şahsi sorumluluğun kapsamını belirlemektedir²¹. Bu süre içinde alacağın doğmuş olması önemli olmayıp, önemli olan alacağın muaccel olmasıdır²². Belirsiz süreli iş sözleşmeleri için sorumluluğun sınırını çizen bildirim süresi, yasal bildirim süresi veya akdi olarak bireysel iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş olabilir. Bu bildirim süresi, işyeri devri tarihinde bir fesih varmış gibi kabul edilip, devir tarihinden itibaren işlemeye başlar²³. Bildirim süresinin dolması ile de sona erer. Şahsi sorumlu ortakların sorumluluğunun doğabilmesi için, alacağın bu başlama ve bitiş tarihleri arasında

¹⁸ BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Art. § 333, Rn. 4.

¹⁹ BRANDLI, Thomas, **Outsourcing Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht**, Wolfgang Wiegand (Hrsg), Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, § 13, Rn. 332.

²⁰ STAEHELIN, Art. 333 OR, Rn. 15; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Art. § 333, Rn. 2; STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 333, N12; GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 39, Rn. 666.

²¹ STAEHELIN, Art. 333 OR, Rn. 10; BRANDTLI, § 13, Rn. 332; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Art. § 333, Rn. 4; ANDERMATT, Arthur/ BIANCHI, Doris/ BRUCHEZ, Christian/ GABATHULER, Thomas/ HABERLI, Christoph/ ZÜRCHER, Susanne Kuster/ MOLO, Romolo/ RIEGER, Andreas/ RONCORONI, Giacomo/ SCHMID, Peter, **Handbuch um kollektiven Arbeitsrecht**, Basel 2009, § E, Rn. 41.

²² ANDERMATT/ BIANCHI/ BRUCHEZ/ GABATHULER/ HABERLI/ ZÜRCHER/ MOLO/ RIEGER/ RONCORONI/ SCHMID, § E, Rn. 41.

²³ BRUNNER/ BÜHLER/ WAEBER/ BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 333, s. 193.

muaccel olması gerekmektedir. Kanaatimizce de hükümde “hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği” ibaresi ile kastedilen belirsiz süreli iş sözleşmeleri için yasal ya da akdi bildirim süresinin sona ermesi, belirli süreli iş sözleşmeleri için de sözleşme süresinin sona erme tarihidir. Burada belirsiz süreli iş sözleşmeleri için sona ermeyi belirleyen akdi ya da yasal bildirim süresinin başlangıç tarihi önem arz etmektedir. Aksi takdirde, birleşmeden 10 yıl sonra bildirimli fesih ile muaccel olan alacaklar nedeniyle devreden işvereni sorumlu tutmak gibi hakkaniyete uymayan ve ticaret hayatını olumsuz etkileyen durumlar meydana gelebilir. Bu nedenle, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için yasal ya da akdi bildirim süresini, İsviçre hukukunda olduğu gibi devir tarihinden itibaren başlatmak gerekecektir. Devir tarihi ile yasal ya da akdi bildirim süresi arasındaki zaman aralığında, alacağın muaccel olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu zaman aralığında ya da devirden önce alacağın meydana gelip gelmemesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Önemli olan alacak ister devreden işveren ister devralan işveren zamanında doğmuş olsun, bu zaman aralığında alacağın muaccel olmasıdır.

4. Sorumlu Ortaklar

Şirketin birleşmeden önce şirket borçlarından dolayı ikinci derecede şahsen sorumlu olan ortaklarının sorumluluğu, kolektif şirket ortakları ve komandit şirketin komandite ortakları için söz konusudur²⁴. Bu nedenle sermaye şirketlerinin ortaklarının böyle bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Aynı zamanda bu sorumluluk birleşmeye katılan yani devreden şirketin şahsi sorumlu ortakları için söz konusu olup, devralan şirketin ortaklarının sorumluluğu yoktur.

5. Hükümün Amacı

Ortakların sorumluluğuna ilişkin bu hüküm sermaye şirketine devrolunan şahıs şirketlerinde, şirket borçlarından ikinci derecede şahsen sorumlu olan ve birleşme sonucunda devralan şirkette, sorumluluk rejimi değişen ortaklara yönelik olarak getirilmiştir²⁵. Sorumluluk rejimindeki bu gibi bir değişiklik, şahsi sorumluluğun sona mı erdiği yoksa devam mı ettiği, devam ediyorsa herhangi bir şarta bağlı olup olmadığı, sorumluluğun devam süresinin ne kadar olduğu sorularına kısmen cevap verir²⁶.

²⁴ KAPLAN SENYEN, s. 29.

²⁵ İPEKEL KAYALI, s. 326, 327.

²⁶ Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin 6. fıkrasında, ortakların şahsi sorumluluğun kapsamı çizilmiş olmasına rağmen, bu hüküm detaylandırılmamıştır. İşçiler dışındaki alacaklılara yönelik, ortakların şahsi sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanununun 158. maddesinin gerekçesine bakıldığında, “Birinci fıkra, kişisel olarak sorumlu bulunan ortakların bağlı oldukları sorumluluk rejiminden kaynaklanan sorumluluklarının, kanunda öngörülen şartların varlığında birleşmeden sonra da devam edeceği ilkesini koymaktadır. İlke, bir taraftan birleşmenin, mevcut sorumluluğun sona ermesine neden olamayacağı, diğer taraftan da birleşmenin kimseye, bu arada doğal olarak alacaklılara zarar vermemesi, hiç kimsenin birleşmeden, bizatihi birleşmeden başka yarar sağlamaması, aksi halde bunun haksız olacağı şeklindeki, özü adalet olan düşünceye dayanır. Eski sorumluluk rejiminden doğan sorumluluğun kanunen belirlenmiş belli bir süre sonra sona ermesi,

Bu hüküm olmasaydı devralan şirketin şahsi sorumluluğu kabul etmeyen bir hukuki yapıya sahip olması durumunda (örneğin kolektif şirketin anonim şirketle birleşmesi gibi), ortakların şahsi sorumluluğu sona erecekti²⁷.

6. Sorumluluğa İlişkin Süre

Diğer alacaklılar için ortakların şahsi sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 158' e bakıldığında, sorumluluğa ilişkin bir süre sınırı getirildiği görülmektedir. TTK m. 158/f. 2' ye göre; “Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden itibaren başlar...”. Buradaki üç yıllık sürenin işçilik alacakları için de söz konusu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir²⁸. İsviçre hukukunda hâkim görüş, diğer alacaklıların korunmasında olduğu gibi, işçilik alacakları hakkında da şahsi sorumlu ortakların sorumluluğunun, İBirK § 26/f.2' de yer alan üç yıllık süre ile sınırlandırılması gerektiği yönündedir²⁹. Ancak TTK m.158'e denk gelen İBirK § 26'da TTK m.

yani bu sorumluluğun özel bir zamanaşımına tâbi olması da gene aynı adalet düşüncesinin gereğidir. Kanun sorumluluğun devam edebilmesini şarta bağlamıştır. O da devrolunan şirketteki borcun ya birleşme kararının ilânından önce doğmuş olması ya da borcu/borçları doğuran sebeplerin bu tarihten önce oluşmuş bulunmasıdır. Birleşmenin ilânından sonra doğan veya sebebi oluşan borçlarda kişisel sorumlu ortağı sorumlu tutmakta devam etmek ne şirketler ne de sicil hukukuna uyar, üstelik adil de değildir. Hükümdeki “birleşme kararının ilanı” ibaresi ile, Tasarının 154 üncü maddesindeki ilân kastedilmiştir. Sorumluluğu devam ettiren ikinci şart, yani borcun sebebinin birleşme kararının oluşmasından önce doğması şartı, hem sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden, hem de haksız fiillerden doğan borçlar yönünden geçerlidir. Gerek sözleşme ihlallerinde gerek haksız fiillerde (İBirK'nun gerekçesinden aksi anlamın çıkmasına ve İsviçre'de bazı yazarlarca aksi görüş belirtilmesine rağmen) zararı doğuran fiilin birleşme kararının ilanı tarihinden önce gerçekleşmiş olması yeterlidir; yoksa zararın da bu tarihten önce ortaya çıkması şart değildir. Hüküm kişisel sorumlulukla ilgili olup ek yükümlere, kişisel taahhütlere (kefalet ve garanti gibi) uygulanmaz. Bu sorumluluklar da 158 inci madde uygulamaksızın devam eder...”, <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gereklere-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/>, E.T. 15.04.2020; VISCHER, Frank / MARTINI, K.Claudia/ MÜLLER, M.Roland, **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Frank Vischer (Ed) 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 48, Rn. 1; GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 21, Rn. 44; VOGEL, Alexander/ HEIZ, Christoph/ BEHNISCH, Urs/ SIEBER, Andrea, **FusG Kommentar**, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 46, Rn. 6; STREIFF/ VON KAENEL7 RUDOLPH, Art. 333, N16; BRÜHWILER, Art. 333, Rn. 6; WINKLER, Prg 7, A, s. 90; GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 39, Umstrukturierungen, Rn. 685; KRADOLFER, Der Betriebsübergang, § 9, s. 267; İş ilişkilerinin geçişi hakkında şahsi sorumluluk müessesesinin, tam külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu birleşmelere de yansıtılmasının, şirket birleşmelerini kolaylaştırmayı hedefleyen kanun koyucunun amacı ile örtüşmeyeceği yönündeki eleştiri için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 147.

²⁸ İşçiler dışındaki alacaklılar için getirilmiş süre 3 yıldır, KENDİGELEN, s. 147.

²⁹ REHBINDER, Manfred/ STOCKLI, Jean-Fritz, “Der Arbeitsvertrag Art. 331-355 und Art. 361-362 OR”, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht**, Heinz Hausheer/ Peter Hans Walter (Ed), Bern 2014, Art. 333, Rn. 16; GLANZMANN, Umstrukturierungen, § 39, Rn. 685.

158/f. 4' de olduğu gibi açık bir şekilde iş ilişkilerine uygulanacak madde belirtilmemiştir. Hâlbuki TTK m. 158/f. 4' de açık bir şekilde iş ilişkilerine m.178'in uygulanacağı vurgulanmıştır. Burada ise işçilik alacaklarından, şahsi sorumlu ortakların sorumluluğuna ilişkin bir süre sınırı getirilmemiştir. İsviçre Hukukunda olduğunun aksine, Türk Hukukunda 3 yıllık süre sınırı getirilmemesi gerektiğini kanaatindeyiz³⁰.

İşçilik alacaklarından ortakların şahsi sorumluluğuna yönelik TTK m. 178/f. 6' da herhangi bir süre sınırlaması yer almadığından, devreden şirketin şahsi sorumlu olan ortakları bu alacaklar ifa edilene kadar, zamanaşımı süresi boyunca müteselsilen sorumlu kalmaya devam edecektir. Diğer bir anlatımla işçilik alacaklarına ilişkin zamanaşımı süreleri, bir nevi şahsi sorumlu ortakların sorumluluk süresini belirleyici nitelikte olacaktır.

SONUÇ

Birleşme birden fazla bağımsız şirketin, bir bütün olarak tek bir tüzel kişi çatısı altında bir araya gelmesi olarak tanımlanabilir. Şirket birleşmeleri işçileri ilgilendirdiği noktada iş hukukunu meşgul eden bir konu haline gelmektedir. Sadece birleşmeye değil diğer yapısal değişiklik türlerine de uygulanan TTK m. 178' de iş ilişkilerinin ve işçilik alacaklarının akıbeti düzenlenmiştir.

İşverenin borçlu olduğu kimseleri, işçiler ve işçiler dışında kalan üçüncü kişi olarak nitelendirebileceğimiz diğer alacaklılar oluşturmaktadır. Birleşmede özellikle devreden işverenin ortadan kalktığı durumlarda, mevcut borçlar açısından borçlu ortadan kalkmakta, borçlardan sorumlu başka bir işveren devreye girmektedir. Devralan işverenin ekonomik durumu göz önüne alındığında alacaklıların korunması büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu alacaklıların, özelde işçilerin maruz kalabilecekleri olumsuzlukları gidermek adına koruyucu hükümler getirmiştir. Bu hükümlerden biri de birleşmeden önce şirket borçlarından dolayı şahsi sorumlu ortakların, sorumluluğunun devam etmesine ilişkin düzenlemedir.

Birleşmeden önce şirket borçlarından dolayı ikinci derecede şahsen sorumlu ortakların sorumluluğu, kolektif şirket ortakları ve komandit şirketin komandite ortakları için söz konusudur. Bu sorumluluk sermaye şirketine devrolunan şahıs şirketlerinde, şirket borçlarından ikinci derecede şahsen sorumlu olan ve birleşme sonucunda devralan şirkette, sorumluluk rejimi değişen ortaklara yönelik olarak getirilmiştir.

Devreden şirketin birleşmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle

³⁰ Ortakların şahsi sorumluluğuna ilişkin işlemlerin, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrayacağına dair görüş hakkında bkz. KAPLAN SENYEN, s. 29.

gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.

Ortakların şahsi sorumluluğuna yönelik TTK m. 178/f. 6' da herhangi bir süre sınırlaması yer almadığından, devreden şirketin şahsi sorumlu ortakları bu alacaklar ifa edilene kadar, işçilik alacaklarının zamanaşımı süresi boyunca müteselsilen sorumlu kalmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

AHRENDT, Martina / KOCH, Ulrich, **Umwandlung und Betriebsübergang, Arbeitsrechts-Handbuch**, 16. Neu bearbeitete Auflage, aus C.H.Beck, München 2015.

ALP, Mustafa, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, 2012/1 (32).

ALTAŞ, Soner, **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler**, 3. Baskı, Ankara 2012.

ANDERMATT, Arthur/ BIANCHI, Doris/ BRUCHEZ, Christian/ GABATHULER, Thomas/ HABERLI, Christoph/ ZÜRCHER, Susanne Kuster/ MOLO, Romolo/ RIEGER, Andreas/ RONCORONI, Giacomo/ SCHMID, Peter, **Handbuch um kollektiven Arbeitsrecht**, Basel 2009.

BAECK, Ulrich / HAUßMANN, Katrin, “Betriebsinhaberwechsel Arbeitgeberwechsel”, Klemens Dörner/ Stefan Luczak/ Martin Wildschütz/ Ulrich Baeck/ Axel Hoß (Ed), **Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht**, 12. Auflage, Luchterhanf Verlag, Köln 2015.

BACHNER, Michael/ KÖSTLER, Roland/ MATTHIessen, Volker/ TRITTIN, Wolfgang, **Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang**, 4. Auflage, Baden-Baden 2012.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Yeni TTK’ ya Göre Yazılmış 7. Baskı, İstanbul 2012.

BAUEN, Marc / JEGHER, Gion/ WENGER, Boris / ZEN RUFFİNEN, Marie-N, **Merger Law, Loi sur la fusion, Fusionsgesetz, Legge sulla fusione**, 1. Auflage, Zürich 2005.

BAUER, Christoph, **Parteiwechsel im Vertrag Vertragsübertragung und Vertragsübergang**, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, 2010 Zürich.

BOECKEN, Winfried, **Unternehmens- umwandlungen und Arbeitsrecht**, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996.

BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku Dersleri**, Bursa 2013.

BRANDLI, Thomas, **Outsourcing Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht**, Wolfgang Wiegand (Hrsg), Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.

BRUNNER, Christiane/ BÜHLER, Jean-Michel/ WAEBER, Jean Bernard/ BRUCHEZ, Christian, **Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht**, 3. Auflage, Basel 2005.

BRÜHWILLER, Jürg, **Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR**, 3. Auflage, Basel 2014.

ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2019.

DOĞRUSÖZ, Hanife, “Ticaret Ortaklıklarının Birleşme ve Nev’i Değiştirmelerinin Ferdi ve Toplu İş Hukuku Bakımından Temel Sonuçları”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan**, İstanbul 2006.

GAUL, Björn, **Der Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, Gestaltung von Betriebsübergang Outsourcing Umwandlung**, Köln 2002.

GLANZMANN, Lukas, **Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes**, 3. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014.

GLANZMANN, Lukas/ DRUEY, Nicolas Jean/ JUST DRUEY, Eva, **Gesellschafts- und Handelsrecht**, 11. Auflage, Zürich 2015.

GÜNDOĞDU, Gökmen/ KAPLAN, Hasan Ali, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi”, **İş Dünyesi ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’ e Armağan**, İstanbul 2011.

İPEKEL KAYALI, Ferna, **Türk Ticaret Kanunu’ na Göre Birleşmeler**, İstanbul 2014.

JOOST, Detlev, “Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang”, § 324, Rn. 14, Marcus Lutter/ Martin Winter (Ed), **Umwandlungsgesetz Kommentar**, Band II, §§135-325, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, 4. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009.

KAYIK AYDINALP, Aslıhan, **İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler**, İstanbul 2017.

KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

KOCAER, Şenol, **Şirket Yeniden Yapılandırılmaları**, Ankara 2015.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, İstanbul 2004.

KRADOLFER, Dean Andreas, “Der Betriebsübergang Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, eine arbeitsrechtliche Abhandlung unter Berücksichtigung des gesellschaftsrechtlichen und des erbrechtlichen Betriebsübergang”, Volume 28, Zürich 2008.

ÖZKARACA, Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2008 (İşyeri Devri).

ÖZKARACA, Ercüment, “Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukuku’na Etkileri”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer**, İstanbul 2012 (Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme).

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2014.

PORTMANN, Wolfgang / STOCKLI, Jean-Fritz, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 3. Vollständig überarbeitete Auflage, Zürich/St. Gallen 2013.

PREIS, Ulrich, **Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis**, Köln, 2012.

PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri”, **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ ye ARMAĞAN**, II. Cilt, İstanbul 2009.

PULAŞLI, Hasan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, Ankara 2011.

REHBINDER, Manfred/ STOCKLI, Jean-Fritz, “Der Arbeitsvertrag Art. 331-355 und Art. 361-362 OR”, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht**, Heinz Hausheer/ Peter Hans Walter (Ed), Bern 2014.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29.

SÜZEK, Sarper, “İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları”, **Prof. Dr. M. Polat SOYER’ e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı (I), İzmir 2014.

ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2013.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015.

TEKİNSOY, Barış, “Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kurumsal Sorunlar”, **BATİDER**, Cilt XXIX, Sayı 2, Yıl 2013.

WINKLER, Michael, **Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitverträge**, Zürich 2001.

VISCHER, Frank / MARTINI, K.Claudia/ MÜLLER, M.Roland, **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Frank Vischer (Ed) 2. Auflage, Zürich 2012.

VISCHER, Frank/ MÜLLER, M. Roland, **Der Arbeitsvertrag**, 4. Auflage, Basel 2014.

VOGEL, Alexander/ HEIZ, Christoph/ BEHNISCH, Urs/ SIEBER, Andrea, **FusG Kommentar**, 2. Auflage, Zürich 2012.

YILDIRIM, Ali Haydar/ KOLOTOĞLU, Olcay, **Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi, Devri, Nevi Değişikliği, Bölünme ve Hisse Değişikliği**, Ankara 2003.

İŞÇİNİN KİŞİSEL İNTERNET KULLANIMININ İŞ İLİŞKİSİ VE İŞVERENİN KİŞİLİK HAKLARINA ETKİSİ

Atanur KARAAHMETOĞLU¹

ÖZ

Günümüzde, internet çok önemli bir olanaktır. İnternet sayesinde bilgiye erişim ve iletişim oldukça kolaylaşmıştır. Bu şekilde birçok iş oldukça hızlı yapılmaktadır. Ancak, internetin doğru şekilde kullanılması gerekir. Örneğin işçiler işyerinde internet kullanırken dikkatli olmalıdır. Zira, işçilerin kişisel internet kullanımı işyerinde bazı olumsuzluklara neden olmaktadır. Bu nedenle işçilerin verimliliği düşebilmektedir. Ayrıca, işçilerin kişisel internet kullanımı, işverenin itibarına da zarar verebilmektedir. Zira, bazen işçiler sosyal medyada işveren hakkında olumsuz açıklamalar yapmaktadır.

Bu doğrultuda, işçiler ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Ancak, işçilerin eleştiri sınırlarını aşmaması gerekir. Bu nedenle işçilerin işverenin kişiliğine saygı göstermesi gerekir. Buna göre işçilerin sosyal medyada paylaşım yapması gerekir. Aksi halde işçi sadakat borcunu ihlal etmektedir. Bu nedenle iş ilişkisi de zarar görmektedir. Aynı şekilde sadakat borcu kapsamında işçilerin sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu bağlamda işçilerin işverene veya işyerine ait gizli kalması gereken bilgileri sosyal medyada paylaşmaması gerekir. Dolayısıyla işçinin kişisel internet kullanımı hem iş ilişkisine hem de işverene zarar verebilmektedir. Bu çalışmada işçilerin kişisel internet kullanımının iş ilişkisine ve işverenin kişiliğine etkisi araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşçi, İnternet, İşveren, Sadakat, Kişilik Değerleri

EMPLOYMENT OF THE PERSONAL INTERNET USE ON THE RELATIONSHIP OF THE JOB AND THE EMPLOYER'S RIGHTS

ABSTRACT

In the present day, the internet is a very important opportunity. Thanks to the internet, access to information and communication has become quite easy. In this way, many jobs are done quite fast. However, the internet must be used properly. For example, workers should be careful when using the internet in the workplace. Because the personal internet usage of the workers causes some

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, atanurkartal@hotmail.com, (ORCID: 0000-0001-8306-3178)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06.07.2020

negativities in the workplace. For this reason, productivity of workers can decrease. In addition, the personal internet usage of workers can harm the reputation of the employer. Because sometimes workers make negative statements about the employer on social media.

In this direction, workers have the right to freedom of expression. However, workers should not exceed the limits of criticism. Therefore, workers must respect the employer's personality. Accordingly, workers should share on social media. Otherwise, the worker violates his/her loyalty debt. Therefore, the business relationship is also damaged. Likewise, workers have an obligation to keep secrets within the scope of loyalty debt. In this context, workers should not share information that should remain confidential about the employer or the workplace on social media. Therefore, the personal internet usage of the worker can harm both the business relationship and the employer. In this study, the effect of personal internet usage of workers on the business relationship and the personality of the employer was investigated.

Keywords: *Worker, Internet, Employer, Loyalty, Personality Values.*

I. GİRİŞ

Günümüzde gelişen teknoloji hayatın her alanında birçok değişimi de beraberinde getirmiştir. Özellikle son yirmi yılda internetin gelişmesi ile birlikte bilgiye erişim çok kolay hale gelmiş, iletişim ve haberleşme daha kolay hale gelmiştir. Ancak, teknolojinin gelişmesine bağlı olarak internetin birtakım sakıncaları da gün yüzüne çıkmıştır. Bilhassa, sosyal medya sitelerinin kurulması ve bu sitelerin yaygınlaşması ile insanların birbirlerinin özel hayatına müdahalede bulunduğu da görülmeye başlamıştır.

İnternet kullanımının yaygınlaşması, diğer birçok alanda olduğu gibi iş hayatını da oldukça fazla etkilemiştir. İşyerlerinde birçok iş internet vasıtasıyla yapılmaya başlamıştır. Bu nedenle, işçiler işyerlerinde internette oldukça fazla yararlanmaya başlamıştır. Ancak, işçilerin işyerinde internet kullanımı bazı zamanlar olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle işçilerin işyerinde kişisel amaçlı internet kullanımı, iş veriminin düşmesine neden olmaktadır. Bir başka ifadeyle işçilerin kişisel internet kullanımı çoğu zaman işçilerin iş görme edimini yerine getirmeleri açısından engel teşkil etmektedir. İşçilerin işyerinde kişisel amaçla mailleşmesi, sıklıkla sosyal medya sitelerine girmeleri işçilerin işe konsantre olmalarını engellemektedir. Bu nedenle işveren işçilerin kişisel amaçla internet kullanımına sınırlama getirebilmektedir. İşveren işçilerin kişisel amaçlı internet kullanmalarını engellemek için talimatlar verebilmektedir. İşveren bu talimatları yönetim hakkına dayanarak vermektedir. Ancak, işverenin işçilerin internet kullanımını tümüyle yasaklaması mümkün değildir. Buna göre, işçilerin acil durumlarda ve kısa süreli olarak internet kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi durum işçilerin haberleşme özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olacaktır.

Kişisel internet kullanımından kaynaklı olarak iş hayatında başkaca sorunlar da yaşanabilmektedir. Örneğin, işçiler işverenin veya işyerinin itibarını sarsacak şekilde sosyal medya paylaşımlarında bulunabilmektedir. Bu durum sadakat borcunun ihlali anlamına gelmekle birlikte, işverenin kişilik haklarının zarar görmesine de neden olabilmektedir. Zira, işçinin sadakat borcu kapsamında doğruluk ve bağlılık kurallarına uygun davranışlar sergilemesi gerekir. Bu nedenle, işçinin işverenin itibarını olumsuz etkileyecek açıklamalar yapmaması gerekir. Buna göre, işçinin sosyal medyada işverene hakaret etmesi, iftira atması veya asılsız suç istinadında bulunması fesih nedeni olmaktadır. Bu nedenle işçinin işverenin şeref ve haysiyetine dokunacak sosyal medya paylaşımlarında bulunmaması gerekir. Aksi halde işçi işverenin kişilik haklarını ihlal etmiş olmaktadır ve işveren işçinin sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun madde 25/II hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilmektedir.

İfade özgürlüğü kapsamında işçinin işveren veya işyeri hakkında açıklamalar yapması mümkündür. Ancak, işçilerin yaptığı bu eleştirilerin işverenin ve işyerinin itibarını sarsacak nitelikte olmaması gerekir. Zira, işçinin sosyal medya paylaşımları gerçeği yansıtır nitelikte olsa bile, işverenin veya işyerinin itibarına zarar verecek nitelikte olması halinde işveren işçinin sözleşmesini feshedebilmektedir. Burada işçinin sosyal medya paylaşımının ağırlığına göre, işçinin sözleşmesi haklı nedenle ya da geçerli nedenle feshedilmektedir. Burada işçinin sosyal medya paylaşımının niteliğine ve işçi işveren arasındaki ilişkinin sürdürülebilir olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmaktadır.

İşçinin sadakat borcu oldukça geniş kapsamlıdır. Bu nedenle İşçinin sosyal medyada işvereni ve işyerini zor duruma düşürecek açıklamalardan kaçınması tek başına yeterli değildir. Zira, işçinin sadakat borcu kapsamında sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Buna göre, işçinin işverene ve işyerine ait bilgileri gizli tutması gerekir. Bu bağlamda, işçinin sosyal medyada işverene ve işyerine ait bilgileri paylaşmaması gerekir. Bunun yanında, işçinin işyerinde internet kullanırken kendisine tahsis edilen bilgisayarda bu bilgilere üçüncü kişilerin erişmemesi için azami özen göstermesi gerekir. Bu nedenle işçinin internette girdiği sitelere dikkat etmesi gerekir. İşverene ait bu bilgilerin 3. kişilere ulaşması, işvereni veya işletmeyi zor duruma düşürebilmektedir. Bu nedenle işçi, sadakat borcu kapsamında sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır. Bunun bir sonucu olarak iş ilişkisi de zarar görmektedir. Dolayısıyla işçinin kişisel internet kullanımı, iş ilişkisinin zarar görmesine neden olmakla birlikte, bu durum işverenin kişilik haklarının zarar görmesine de neden olabilmektedir.

Bu çalışmada, işçilerin kişisel internet kullanımının iş ilişkisini ve işverenin kişilik haklarını ne şekilde etkilediği üzerine bir araştırma yapılmıştır. Bu kapsamda, işverenin işyerinde işçilerin kişisel internet kullanımını ne şekilde denetleyebileceği ve nasıl sınırlandırabileceği konusu incelenmiştir. Bu bağlamda işverenin hangi kapsamda ve ne şekilde işçilerin internet kullanımını yasaklaması gerektiği tartışılmıştır.

Bu doğrultuda, ilk olarak işverenin işçinin kişisel internet kullanımını nasıl denetleyebileceği ve sınırlandırabileceği, bunun yasal zemininin ne olduğu üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise, kişisel internet kullanımı nedeniyle işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal edip etmeyeceği değerlendirilmiştir. Son olarak işçinin kişisel internet kullanımının işverenin kişilik haklarına zarar verip vermeyeceği ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Böylece işçilerin ne şekilde ve nasıl interneti kullanması gerektiği sorusuna bir cevap bulmak amaçlanmıştır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN İNTERNET KULLANIMINA ETKİSİ

İş sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, sübjektif ve nispi nitelikte bir sözleşmedir.² İş sözleşmesi işçiye işçi olma vasfını kazandıran ve işçi ile işveren arasında hukuki bir bağ kuran sözleşmedir.³ Bu nedenle iş sözleşmesi, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir.⁴ Ayrıca iş sözleşmesi, sözleşme serbestisi ilkesine dayanmaktadır.⁵ Bu nedenle taraflar hak ve borçlarını serbestçe belirleyebilmektedir.⁶

İş sözleşmesi; "iş görme", "ücret" ve "bağımlılık" unsurlarından oluşmaktadır. Bu nedenle, iş akdinin kurulabilmesi için belli bir işin belli bir ücret karşılığında yapılması gerekir.⁷ Ancak, ücretin sözleşmede açıkça gösterilmesi zorunlu değildir.⁸

Bu doğrultuda, akdedilen iş sözleşmesinde işçi ile işveren sözleşmenin konusunu sözleşme özgürlüğü kapsamında serbestçe belirleyebilmektedir. Ayrıca, iş sözleşmesinde genel olarak işçinin iş görme ediminin ne olduğu, iş görme edimini nasıl yerine getireceği, ücret, çalışma saatleri gibi birçok konu yer almakla birlikte, iş sözleşmesinde gizlilik ile ilgili de düzenleme yer almaktadır. İş sözleşmesinde gizlilik açısından işçinin iş ve işyeri ile ilgili edindiği bilgileri

² MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 78; ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 32. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 156; ARSLAN ERTÜRK Arzu, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 81.

³ TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, **İş Hukukunu Esasları**, 9.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, ss. 69-70; ALPER Yusuf /KILKIŞ İlknur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 4. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018, s. 16; SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 249; DEMİR Fevzi **Sorularla Bireysel İş Hukuku 1. Cilt**, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006. s. 67.

⁴ SÜZEK Sarper, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", **AÜHF**, C.56, S.4, 2007, s.214.

⁵ DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut, **İş Hukuku**, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 81; GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz Bozkurt, **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, ss. 5-6.

⁶ EYRENCİ Ömer/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 18.

⁷ POYRAZ Ercan, **İş Hukuku Şemalı Anlatımlı**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 27; SÜZEK, **İş Hukuku**, ss. 477-478; TUNÇOMAĞ/Centel, s. 69.

⁸ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, ss. 35-36; DEMİR, s. 65.

sözlü veya yazılı olarak internet aracılığıyla yaymaması yasaklanabilmektedir.

Bu açıdan iş sözleşmesinde, işçinin yasağa uymaması halinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği ve işçinin işverenin uğradığı zararları tazmin edeceği de kararlaştırılabilmektedir. Zira, teknolojinin yaygınlaşması ve işyerlerinde internet kullanımının çok artması nedeniyle birçok sorun ortaya çıkmıştır.⁹ Örneğin, işçilerin verimi düşebilmekte ve işveren zarara uğrayabilmektedir. Bu nedenle, iş akdinin kurulması sırasında işverenin işçiye açık olarak bildirmesi ve işçinin de kabul etmesi ve imzalaması halinde işveren işçinin işyerinde internet kullanımını denetleme ve sınırlandırma hakkına sahip olmaktadır. Ancak, iş akdinde kararlaştırılmasa dahi, işin niteliği, işçinin internet kullanımının işverene zarar verip vermediği, işçinin interneti kullanım amacı ve süresi göz önünde tutularak bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Bu durumda işçinin internet kullanımı işverene zarar vermekte ise ve internet kullanımı nedeniyle işçinin verimi düşmekte ise, işveren işçinin internet kullanımını denetleyebilir ve sınırlandırabilir.¹⁰

Yargıtay, işverenin işçinin özel amaçlı internet kullanımına yönelik işyeri dahilinde bazı yasaklar getirebileceğini kabul etmiştir.¹¹ Zira, işyerindeki bilgisayarlarda veya internet ağında kişisel amaçlarla internet kullanımı ve sosyal medya paylaşımları iş ilişkilerinde birtakım olumsuzlukların yaşanmasına neden olmaktadır.¹² Bu olumsuzluklar, işgücü kaybı, işyeri prestijinin zedelenmesi, kurumsal kimliğin zarar görmesi, telif haklarının ihlali, suç teşkil eden eylemlerle ilişkilendirilme, işletme sırlarının açığa çıkması ve işverenin itibarının zedelenmesi ve kişiliğinin zarar görmesi gibi olumsuzluklardır.¹³ Bu nedenle, böyle olumsuzlukların yaşanmaması adına işverenler işe işçi alımında çok dikkatli davranmaktadır. Bunun için işçi adayının sosyal medya geçmişine de bakılmaktadır. Sosyal medya geçmişinden işçi adayının kişiliği, nitelikleri, yaratıcılığı, iletişim kabiliyeti, olumlu ve olumsuz görüşler açısından birçok bilgi elde edilmektedir. Bu veriler kişinin işe alınmasında oldukça etkili olmaktadır.¹⁴

III. İŞVERENİN İŞÇİNİN İNTERNET KULLANIMINI DENETİM YETKİSİ

⁹ ÖZDEMİR Hayrunnisa, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", **EÜHFĐ**, C. XIV, S. 1-2 (2010), s. 235.

¹⁰ SEZER Nazlı, (Çevrimiçi) <https://sezerutkaner.com/blog/isyerinde-internet-kullanimi/>, E.T:11.03.2020.

¹¹ Y.9.HD, T.17.03.2008, E.2007/27583, K.2008/5294, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/is-kanunu-madde-25/1296540/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari>, E.T: 27.05.2020.

¹² (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>, E.T:12.03.2020.

¹³ GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz Bozkurt "The Effects of Utilization of Social Media by Workers on Labor Law," **4th Global Business Research Congress**, İstanbul, Turkey, May 24-25, 2018, s. 373.

¹⁴ ZOREL Fulden İnal, "İş Etiğinin Yeni Kurallarından Biri Olarak Çalışanların Sosyal Medya Kullanımı", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 9, S. 42, Şubat 2016, s. 1535.

işveren, iş ilişkisi kapsamında işçinin sosyal medya kullanımını denetleyebilmektedir. Zira, işverenin iş ilişkisinden doğan yönetim hakkı ve mülkiyet hakkı vardır ki, işveren bu şekilde işçinin sosyal medya kullanımını denetlemektedir.¹⁵

A. İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında İşçiyi Denetleme Yetkisi

İşveren yönetim hakkı kapsamında, işin yapılması, işin ve işyerinin düzeni ile ilgili olarak işçiye emir ve talimat verme hakkına sahip bulunmaktadır.¹⁶ Bir başka ifadeyle, işçi işverenin yönetim hakkının çizmiş olduğu sınırlar çerçevesinde emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür.¹⁷ Yargıtay da işverenin yönetim hakkının vereceği emir ve talimatlarla somutlaşacağını, bu nedenle işçinin işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği emir ve talimatlara uymakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir.¹⁸ Buna göre, işçi, işi bizzat işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. İş sözleşmesinin bağımlı süjesi olan işçi, işverenin, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine aykırı olmayan emir ve talimatlarına uymakla ve bunları yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁹ İşçinin iş ile ilgili emir ve talimatlara uyma borcu bağımsız nitelikte değildir ve iş görme borcunun içinde yer almaktadır. Bu nedenle, işçinin işverenin verdiği emir ve talimatlara uyması gerekir. Örneğin, işveren işyerinde sosyal medya kullanımına yönelik bir sınırlandırma getirebilmektedir.

Bu doğrultuda, işveren işçilerin belli sitelere girmelerini yasaklayabilmektedir. İşçilerin bu sitelerde harcadıkları zaman işverenin maddi açıdan zarar görmesine neden olabilmektedir. Ayrıca, internet ortamında işçiler birbiri hakkında ve yöneticiler hakkında olumsuz ifadeler kullanabilmektedir. Bu sebeplerle işveren işçilerin internet kullanımını izleyebilmektedir. Zira, internet gezintileri işçilerin işlerini zamanında ve gereği gibi yapamamalarına neden olabilmektedir.²⁰

¹⁵ YÜZCEL Orhan Ürüncan, **İşçilerin Sosyal Medya Paylaşımının İşveren Tarafından Denetimi ve İş İlişisine Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 61.

¹⁶ KORKMAZ Fahrettin/ALP Nihat Seyhun, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 146; DEMİR, s. 68; ALTINTEPE Ayşen, **Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı**, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, Ocak 2014. s. 72; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 97.

¹⁷ GÜNAY Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara, 2015, ss. 78-80; AYDINLI İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, Kasım 2005, ss. 22-23; SEVİMLİ K. Ahmet, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2006. s. 96.

¹⁸ Y.9.HD, T.02.02.2009, E.2008/11542, K.2009/867, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a>

=%C3%87ALI%C5%9EMA%20KO%C5%9EULLARINDA%20ESASLI%20DE% C4%9E %C4 %B0% C5 %9E%C4%B0KL%C4%B0K, E.T:18.03.2020.

¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 591; TUNÇOMAĞ/CENTEL, ss. 94-96.

²⁰ ÖDEMİR, s. 241.

Dolayısıyla işveren işin yapılmasını sağlamak için, internet kullanımını sınırlandıran emir ve talimatlar verebilmektedir. Ancak, işin yapılmasına yönelik işverenin verdiği bu emir ve talimatları işçiler ihlal ettiği takdirde, işçiler iş görme borcunu da yerine getirmemiş olmaktadır.²¹ İş görme borcunun yerine getirilmemesi halinde de işveren, iş görme borcunu yerine getirmeyen işçinin sözleşmesini İşK.m.25/II hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilmektedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği emir ve talimatların meşru bir gerekçesi olmalıdır. Örneğin, kendisine verilen işleri yapmayan ve işyerinde iş için tahsis edilen bilgisayarlarda sosyal medya kullanan işçiye sınırlama getiren işverenin meşru bir gerekçesi bulunmaktadır.²² Zira, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesi uyarınca işçinin özenle iş görme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle işveren, işçilerden gerektiği şekilde işlerini yapmalarını isteyebilir ve işçilerin işi aksatması halinde, sosyal medya kullanımına sınırlama getirebilir. İşçinin bu sınırlamalara uyması gerekir. Aksi halde işçi iş sözleşmesinden kaynaklanan asıl edim yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda işçi, TBKm.113 uyarınca borca aykırılıktan doğan zararların tazmininden sorumlu olmaktadır. Yargıtay bir kararında²³, işverenin yönetim hakkından kaynaklanan talimatlarına işçinin uymaması halinde, işçinin talimatlara uymamasının ağırlığı gözetilerek, işverenin duruma göre işçinin sözleşmesini haklı nedenle veya geçerli nedenle feshedebileceğine hükmetmiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında iş için tahsis edilen bilgisayarlarda işverenin özel amaçlı internet kullanımını yasaklamasına karşın, işçinin mesai saatleri içinde müstehcen içerikli internet sitelerine girmesi nedeniyle işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğine hükmetmişti.²⁴

İşverenin yönetim hakkının sınırı ise, işçinin kişilik haklarıdır. Bu nedenle, işverenden işçinin kişilik haklarını koruması ve saygı göstermesi beklenir. Zira, işverenin işçiyi koruma-gözetme ve eşit davranma gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü kapsamında işçinin kişiliğine saygı göstermesi ve işçinin kişiliğini koruması gerekmektedir.²⁵ Bu nedenle, işin düzenlenmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından işveren koruma ve gözetme yükümlülüğüne uymakla yükümlüdür.²⁶ Ayrıca,

²¹ SÜZEK, **İş Hukuku**, s.376.

²² DEMİR, s.174; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 93.

²³ Y.9.HD., T.07.04.2008, E.2008/7571, K.2007/14449, (Çevrimiçi) [https://legalbank.net / kavramara.aspx?s=1&a=%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20DAVRANI%C5%9ELA](https://legalbank.net/kavramara.aspx?s=1&a=%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20DAVRANI%C5%9ELA)

RINDAN%20KAYNAKLANAN%20GE%C3%87ERL%C4%B0%20FES%C4%B0H,
E.T.:02. 03.2020.

²⁴ Y.9.HD., T.01.02.2012, E.2009/38310, K.2012/2613, (Çevrimiçi) <http://ismahkemesi.com/2015/02/iscinin-is-amacli-bilgisayarda-mesai-saatlerinde-mustehcen-nitelikli-internet-sitelerine-girmesi-yargitay-karari/>, E.T.:27.05.2020.

²⁵ EKONOMİ Mûnir, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum**, C. 22, S. 3, 2009, s. 12.

²⁶ GÜNAY, ss. 70-71; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 321; SENYEN KAPLAN Emine

işverenin işçilerin kişiliğine saygı göstererek onlara eşit muamelede bulunması gerekir.²⁷ Buna göre işveren, hakkaniyeti gözeterek eşit durumda olan işçilere eşit davranmakla yükümlüdür.²⁸ İşveren, eşitlik ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde yönetim hakkını kullanmalıdır.²⁹ Buna göre, işveren yönetim hakkı kapsamında yapacağı birtakım düzenlemelerle işçinin internet kullanımını ve sosyal medya paylaşımlarını sınırlandırabilmektedir.³⁰

B. İşverenin Mülkiyet Hakkı Kapsamında İşçiyi Denetleme Yetkisi

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinden ve TMK'nin 683. maddesinden kaynağını alan bir hak olmakla birlikte iş hukukunda da uygulama alanı bulmuştur. Buna göre işyerinin, üretim araçlarının ve diğer yardımcı araçlarının maliki olan işveren, bunlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip bulunmaktadır. Bu nedenle, işveren mülkiyet hakkına dayanarak işçiyi denetleyip izleyebilmektedir.³¹ Ancak, işverenin iş saatleri içinde ya da iş saatleri dışında işyerindeki interneti işçinin kişisel kullanımına³² izin verebilmektedir. İşveren, bu izni işyerindeki bilgisayarlar üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak vermektedir. İşveren bu izni açık ya da örtülü şekilde verebilir. Buna göre işveren en baştan sözleşmede böyle bir izin verebilir ki, bu açık izin olmaktadır. Buna karşın işveren işçinin özel amaçlı internet kullanımına itiraz etmeyerek zımni olarak bu izni verebilir.³³ Bir başka ifadeyle, işçi interneti özel amaçlarla kullanmasına karşın, işveren işçinin özel amaçlı internet kullanmaması için uyarı ve ihtarda bulunmamişsa işçinin özel amaçlı internet kullanımına zımni olarak izin vermiş olmaktadır. Ayrıca, işveren işçinin internet kullanımına zımni olarak izin verdiği için, işveren işçinin özel amaçlı internet kullanmasını öne sürerek iş akdini haklı nedenle feshedememektedir.³⁴

İşveren, sahip olduğu yönetim hakkı ve mülkiyet hakkı kapsamında işçinin sosyal medya kullanımını denetleyebilmekle birlikte, işçinin yükümlü olduğu iş görme borcu, talimatlara uyma borcu ve sadakat borcu dolayısıyla da işveren işçinin internet kullanımını denetleyebilmektedir. Bu nedenle Yargıtay, işverenin işyerinde bulunan bilgisayarlardan işçilerin kendi özel işlerini yapmalarını isteyebileceğini vs bu nedenle işverenin işçileri denetleyebileceğini kabul

Tuncay, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", **Kamu İş**, C. 7, S. 2, 2003, s. 3.

²⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 26; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 116.

²⁸ AKTY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN KAPALN E.Tuncay, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, ss. 160-161; TUNÇOMAĞ/CENTEL, ss. 142-144; SEVİMLİ, s. 101.

²⁹ ÖZCAN Durmuş, **İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 1-3; YENİSEY Kübra Doğan, "İş Kanunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", **Çalışma ve Toplum**, C. 11, S.4, 2006, s. 66.

³⁰ <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>, E.T:11.03.2020.

³¹ YÜCEL, s. 62.

³² GÜMRÜKÇÜOĞLU, "The Effescts...", s. 373: İşçinin işyerindeki bilgisayarları ya da internet ağını iş görme edimi dışında kullanması kişisel kullanım olmaktadır.

³³ ÖZDEMİR, ss. 237-238.

³⁴ SEZER, (Çevrimiçi) <https://sezerutkaner.com/blog/isyerinde-internet-kullanimi/>, E.T:12.03.2020.

etmiştir.³⁵

IV. İŞÇİNİN İNTERNET KULLANIMININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

A. İşçinin İnternet Kullanımının İş Görme Borcuna Etkisi

İşçi, işyerinde ya da işverenin gösterdiği yerde iş görme edimini yerine getirmektedir.³⁶ İşçinin iş görme borcu, TBK'nin 393. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, işçinin iş görme borcunu özenle yerine getirme yükümlülüğü olduğu düzenlenmiş ve özen yükümlülüğünün de sınırları çizilmiştir.

Bu doğrultuda işçi, işin gerektirdiği, mesleki bilgisine, niteliklerine, ehliyetine ve kişisel özelliklerine göre özenle iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlüdür.³⁷ Bu kriterlere göre işveren işçiden iş görme edimini yerine getirmesini istemektedir. Ancak, işveren işçinin kişilik haklarına zarar verecek şekilde işçiden iş görme edimini yerine getirmesini isteyememektedir. Bu nedenle işçinin kişilik haklarının özüne sınırlama getiren iş görme ediminin iş sözleşmesi ile kararlaştırılması mümkün bulunmamaktadır.³⁸ Buna karşın, işverenin yapılan iş ile ilgili olarak işçilerin internet kullanımına müdahale etmesi mümkün bulunmaktadır. Bu durum sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılmasa dahi işyeri teamülü halini almış bir uygulama olabilir. Buna dayanarak, işveren işçilerin internet kullanımını denetleyebilmekte ve yasak getirebilmektedir. Hatta işveren yasak getirmesine karşın iş dışındaki konularda internet kullanıldığını tespit ettiği takdirde internet erişimine sınırlama getirebilmektedir.³⁹ Yargıtay da özel amaçlı internet kullanımı nedeniyle işin aksadığını, işçinin iş göremediğini tespit eden işverenin işçinin internet kullanımına müdahale edebileceğini kabul etmiştir.⁴⁰

Temel bir hak olan ifade özgürlüğü hakkının kullanmasına yönelik işverenin bir kısıtlanma getirilmesi söz konusu değildir. Ancak bu durum işçinin iş görme edimini yerine getirmesine engel olmamalıdır. Buna göre, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engellemekte ise, işçinin ifade özgürlüğü

³⁵ Y.9.HD, T.04.05.2009, E: 2008/36305, K: 2009/12393, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2008-36305-k-2009-12393-t-04-05-2009-iscinin-davranislarindan-kaynaklanan-gecerli-fesih/548615/>, E.T: 10.03.2020.

³⁶ KURT Resul/KOÇ Muzaffer, **İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, 35-36; SÜZEK, **İş Hukuku**, s. 251; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. s.99.

³⁷ POYRAZ, s. 55; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 101.

³⁸ TEKERGÜL Mehmet, **İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 91.

³⁹ ÖDEMİR, s. 241.

⁴⁰ Y.9.HD, T.27.05.2010, E.2008/26934, K.2010/14752, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2008-26934-k-2010-14752-t-27-05-2010-iscinin-calisma-saatleri-icerisinde-internet-uzerinden/756622>, E.T: 27.05.2020.

kapsamında sosyal medya kullanması mümkündür. Ancak, mesai saatleri içinde sosyal medya kullanımı işçinin iş görme edimini engelleyecek nitelikte ise, işçinin sosyal medya kullanmaması gerekir.⁴¹ Zira, ifade özgürlüğü, işçinin istediği yerde istediği zaman her şeyi söyleyebilmesi ve yapabilmesi anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, işçinin mesai saatleri içinde iş görme edimini engelleyecek faaliyetleri yapmaması gerekmektedir.⁴² Bu nedenle birçok ülkede iş saatleri içinde işçilerin iş görmesini engelleyeceği ve verimliliğini azaltacağı düşüncesiyle işçilerin sosyal paylaşım sitelerine girişi yasaklanmış durumdadır. Örneğin, İsviçre Zürih'te işyerlerinde işçilerin Facebook'a giriş yapması yasaklanmıştır.⁴³

Bu doğrultuda işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir.⁴⁴ Ancak, işyerlerinde bireysel internet kullanımının engellenmesi oldukça zor ve tamamıyla bir sınırlamanın getirilmesi de ölçülülük ilkesini zedeleyen bir durumdur.⁴⁵ Bunun için, işçilerin internet kullanımına yönelik getirilen sınırlamalarda ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir.⁴⁶ Buna göre, işveren tümüyle internet kullanımını yasaklamayıp, belli sitelere girilmesini yasaklayabilir.⁴⁷ Bu bağlamda işveren izin vermediği sürece acil durumlar dışında işçinin özel amaçlı internet kullanamayacağını kabul etmek gerekir.⁴⁸ Yargıtay ise bir kararında⁴⁹, işverenin işyerinde sosyal medya kullanımına açık veya örtülü şekilde izin vermemesi halinde, işçilerin interneti özel amaçlarla kullanamayacaklarını kabul etmiş fakat, acil durumlarda ve kısa özel konuşmalarda işçilerin özel amaçlı internet kullanabileceğini belirtmiştir. Buna göre işveren yapacağı bazı düzenlemelerle özel amaçlı internet kullanımını yasaklayabilmektedir. Ancak, bu yasaklamaların haberleşme özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olmaması ve orantılı olması gerekir. Bu kapsamda işveren genellikle işçinin iş görme edimini yerine getirememesine neden olan internet sitelerine özellikle sosyal medya sitelerine girişi engelleyebilmektedir. Bunun için işveren, işçinin hangi internet sitelerine girdiğini tespit edebilir, internet bağlantısını kesebilir, filtreleme kullanabilir, belli internet sitelerine giriş için süre sınırlaması getirebilir. Bu şekilde işveren

⁴¹ YÜCEL, s. 63.

⁴² ARSLAN ERTÜRK, s. 241.

⁴³ ÖZDEMİR, s. 242.

⁴⁴ KURT/KOÇ, s. 26; SÜZEK, **İş Hukuku**, s. 251; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. s.99.

⁴⁵ YÜCEL, s. 63.

⁴⁶ ÇELİK Kübra Deniz, **Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 37.

⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 241.

⁴⁸ OKUR Zeki, "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkinine Etkisi". **Kamu İş-İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.8, S.2, 2006, s. 53.

⁴⁹ Y.9.HD, T.17.03.2008, E.2007/27583, K.2008/5294, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/is-kanunu-madde-25/1296540/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari>, E.T: 05.03.2020.

işçinin işe daha fazla konsantre olmasını sağlayabilmektedir.⁵⁰ Yargıtay başka bir kararında, ise işçinin internetten alışveriş yapması ve oyun oynaması ve bu nedenle iş görme edimini yerine getirememesi üzerine işverence iş akdinin feshedilmesini isabetli bulmuştur.⁵¹ Burada işçinin yapacağı işin ne olduğu konusunda bir belirsizliğin yaşanması söz konusu değildir. Zira, işçinin yapmakla yükümlü olduğu iş, yasal düzenlemeler ve iş sözleşmesi ile belirlenmektedir. İşçinin bu kapsamda iş görme edimini yerine getirmesi gerekmektedir.⁵²

Sosyal medyanın gelişmesi ile birlikte, işyeri ile işçinin özel yaşamı iç içe girmeye başlamıştır. Bu durum kişilerin özel yaşamını sosyal medya uygulamaları ile işyerinde de sürdürmelerine neden olmaktadır. Ancak, işçilerin yaptıkları sosyal medya paylaşımlarının bazı olumsuz sonuçları da görülebilmektedir.⁵³ İşçinin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımına göre, işverenin işçiye disiplin cezaları uygulaması ya da işçinin sözleşmesini feshetmesi mümkün bulunmaktadır.⁵⁴ Ancak, burada durumun ağırlığı önem taşımaktadır. Sosyal medya kullanımı nedeniyle işçi iş görme edimini kötü (özensiz) ifa etmişse veya hiç ifa etmemişse, durumun ağırlığına göre tazminat, ücretinden yoksun kalma, disiplin cezası, ihbar tazminatı ve işten çıkartılma gibi yaptırımlar uygulanabilmektedir.⁵⁵ Bu bağlamda, işçinin ne sıklıkla, ne şekilde sosyal medya kullandığına, işçinin sosyal medya kullanımı nedeniyle işi aksatıp aksatmadığına, işçinin sosyal medyada yaptığı paylaşımlara ve işçiye bu konuda bir hatırlatma yapıp yapılmadığına göre bir adım atılması ve bu yaptırımlardan birinin uygulanması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, işçinin sosyal medya kullanımına bağlı olarak iş görme borcunu yerine getirmemesi nedeniyle, işveren işçinin sözleşmesini İşK.m.25/II-h hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilmektedir. Zira, İşK.m.25/II-h hükmü, "*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*" şeklindedir. Ayrıca, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi, iş sözleşmesinden kaynaklanan asıl edim borcunun yerine getirmemesi anlamına gelecektir ki, bu durumda, TBKm.113 ve TBKm.396 uyarınca işçinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün hale getirmektedir. Burada işçi, iş sözleşmesinden (hizmet sözleşmesinden) doğan işi yapma borcunu (asli ve kişisel edim) yerine getirememiş olacaktır.⁵⁶ Ancak Yargıtay bir kararında,

⁵⁰ <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>, E.T:15.03.2020.

⁵¹ Y.10.HD. T. 15.07.2008 E. 2007/9052, K. 2008/10331, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari/hukuk-daireleri/10-hukuk-dairesi?pg=29>, E.T:16.03.2020.

⁵² DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 94; AKYİĞİT Ercan, **İş Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 214.

⁵³ YÜCEL, s. 64.

⁵⁴ YILDIZ Gaye Burcu, "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 38, 2018, s. 106.

⁵⁵ SÜZEK, **İş Hukuku**, s. 372; TUNÇOMAĞ/CENTEL, ss. 98-99.

⁵⁶ ANTALYA Ö. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık,

işçinin mesai saatleri içinde bir sosyal medya sitesine girmesinin işi ne ölçüde aksatacağının belirlenmesi gerektiğini, işçinin sosyal medya kullanımının işi aksatmadığının belirlenmesi halinde haklı nedenle fesih yerine geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁷

B. İşçinin İnternet Kullanımının Talimatlara Uyma Borcuna Etkisi

İşçinin talimatlara uyma borcu, iş ve işyeri düzeni, işin yapılması bakımından işverenin yönetim hakkından doğan bir borçtur.⁵⁸ İşçi işverenin yönetim hakkının⁵⁹ sınırları içinde işverenin verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür. Bu nedenle, işveren işçinin işyerindeki davranışlarını yönlendirmek için talimat verebilmektedir.⁶⁰ Yargıtay da işçinin işverenin talimatlarına uymakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir.⁶¹ Buna göre, işçinin işverenin kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine aykırı olmayan talimatlarına uymakla, bir başka ifadeyle işverene itaat etmekle yükümlüdür.⁶² İşçinin talimatlara uyma borcu, TBK'nın 399. maddesinde düzenlenmiştir. TBKm.399 hükmüne göre "*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışları ile ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar*" Ancak, işverenin kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vazgeçilmez hak ve özgürlükler ile toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesindeki sınırlayıcı hükümlere ve dürüstlük kuralına uygun şekilde işçisine talimat vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla işçinin bu sınırlar çerçevesinde talimatlara uyma borcunu yerine getirmesi gerekmektedir.⁶³

Bu doğrultuda işçi, iş görme borcu kapsamında işverenin vereceği talimatlara uymakla yükümlü olduğu gibi, iş görme borcundan bağımsız olarak işverenin yönetim hakkından doğan ve dürüstlük kuralına uygun olan işveren talimatlarına da uyması gerekmektedir.⁶⁴ Buna göre, internet kullanımı işçilerin işini yapmasını engellemekte ise, işveren işçilerin internet kullanımını yasaklayabilmektedir. Bunun için işveren, işyerinde kurducağı bir Network ağı ile çalışanların hareketlerini izleyerek, kaydedebilir. Böylece, işveren işçinin bilgisayar başında ne kadar süre harcadığını ve hangi sitelerde gezindiğini tespit

İstanbul, 2018, s.50; BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020, s.9.

⁵⁷ Y9.HD, T.13.01.2016, E: 2014/27212, K: 2016/620, (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T:17.03.2020.

⁵⁸ KORKMAZ/ALP, s.146; DEMİR, s. 68; ALTINTEPE, s. 72; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 97.

⁵⁹ GÜNAY, ss. 78-80; AYDINLI İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, Kasım 2005, ss. 22-23; SEVİMLİ, s. 96.

⁶⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 238; SÜZEK, **İş Hukuku**, s. 88.

⁶¹ Y.9.HD, T.02.02.2009, E.2008/11542, K.2009/867, (Çevrimiçi) <https://www.kararara.com/yargitay/9hd/k3196.htm> E.T:18.02.2020.

⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 591; TUNÇOMAĞ/CENTEL, ss. 94-96.

⁶³ TEKERGÜL, s.92.

⁶⁴ SÜZEK, **İş Hukuku**, s.376.

edebilmektedir.⁶⁵

Bu kapsamda, iş sırasında internet kullanımı işçinin işe odaklanmasını ve işçinin işi yapmasını engellemekte ise, işveren önceden bildirmek ve dürüstlük kuralı çerçevesinde mesai saatleri içinde özel işleri için internete giren işçinin sözleşmesini derhal feshedebilmektedir.⁶⁶ Ayrıca, işverenin verdiği işin yapılmasına ilişkin talimatları yerine getirmeyen işçi, iş görme borcunu da yerine getirmemiş olmaktadır. Bu halde de işveren iş görme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (İşK.m.25/II). Ancak, işverenin yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu talimatların meşru bir gerekçeye dayanması gerekmektedir.⁶⁷ Örneğin işveren işletme bilgisayarlarında işçilerin şahsi işleri için internete girmelerini ve bu nedenle zaman harcamalarını engelleyebilir.

Yargıtay, işverenin işçilere önceden bildirmesine karşın, işçinin işletmeye ait bilgisayarlarda şahsi e-posta hesabı ile şahsi işleri için uğraşması halinde, işçinin iş görme edimini gerektiği gibi yerine getirmediğini kabul etmiştir.⁶⁸ Zira, işverenlerin işçilerin e-posta trafiklerini takip etme ve bunları denetleme hakkı bulunmaktadır. İşveren işçilerin iş ile ilgili e-postalarının çıktısını dahi alıp bunları inceleyebilmektedir. İşveren iş ile ilgili olmayan e-postaları gördüğünde işçiden işyerinde özel işleri için e-posta atmamasını isteyebilmektedir. Ancak, işverenin işçilerini hukuka uygun şekilde izlemesi gerekmektedir.⁶⁹

Bu doğrultuda, işverenin gereklilik, amaçsallık, şeffaflık, meşruluk, ölçülülük, doğruluk, güncellik, verilerin saklanması ve güvenlik ilkelerine uyma, izleme/gözetlemenin amaca uygun ve mümkün olan en az müdahale ile gerçekleştirilmesi gibi kriterlere uyması gerekmektedir.⁷⁰

Bu şekilde, işverenin talimat vererek işyerindeki işletmeye ait bilgisayarlarda özel amaçlı internet kullanımını yasaklaması mümkündür. Ancak, bu yasağın orantılı olması ve haberleşme özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekir. Buna göre, işveren bazı internet sitelerine özellikle sosyal medya sitelerine erişimi sınırlandırabilmektedir. Ancak, işçinin mesai saatleri içinde kendine ait cep telefonu, tablet, bilgisayar gibi cihazlarda internete girmesi ve sosyal medya paylaşımlarında bulunması halinde ise, işveren işçinin internet kullanımını engelleyememektedir. Ancak, böyle bir durumda işçi iş görme edimini gerektiği gibi yerine getirmemiş olmaktadır. Zira, işçi bu şekilde bir "*sosyal kaytarma*" hali içine girmiş olmaktadır ve işçinin verimi de düşmektedir.

⁶⁵ ÖZDEMİR, s. 241.

⁶⁶ YÜCEL, s. 65.

⁶⁷ DEMİR, s.174; DEMİRCİOĞLU/CENDEL, s. 93.

⁶⁸ Y.9.HD, T.05.02.2007, E.2006/30107, K.2007/2011, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-30107-k-2007-2011-t-05-02-2007-iscinin-davranislarindan-kaynaklanan-gecerlifesih/375026>, E.T:16. 03.2020.

⁶⁹ ÖZDEMİR, s. 236.

⁷⁰ GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 374.

Bu halde işveren durumun ağırlığına göre işçinin sözleşmesini haklı nedenle ya da geçerli nedenle feshedebilmektedir.⁷¹

Yargıtay ise, işçinin talimatlara uymamasının ağırlığı göz önünde tutularak, işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle veya geçerli nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir.⁷² Ancak, şu husus da unutulmamalıdır ki, işin yürütülmesi için işçiye tahsis edilen bilgisayarın özel kullanımını, işverenin talimat vererek nedensiz yere yasaklaması bazı durumlarda dürüstlük kuralına ters düşebilmektedir.⁷³ Buna göre, internete özel erişimin ve sosyal medya kullanımının tamamen yasaklanması işçinin özel hayatının kısıtlanmasına neden olabilmektedir.⁷⁴ Zira, günümüzde sosyal medya kullanımı oldukça yaygınlaşmış olması nedeniyle, sosyal medya kullanımının işyerinde tamamen yasaklanması ölçüsüz olacaktır. Bu açıklamalardan hareketle, işçinin iş görme borcunu aksatmayacak şekilde, ara dinlenmesinde veya öğle tatilinde, işyerindeki cihazlara ve altyapıya zarar vermeyecek şekilde sosyal medya kullanımının engellenmemesi ve işçiye de bir yaptırım uygulanmaması yerinde olacaktır.⁷⁵

C. İşçinin İnternet Kullanımının Sadakat Borcuna Etkisi

İşçiler emeği karşılığında aldıkları ücret ile geçimlerini sürdürebilmektedir.⁷⁶ Bu nedenle, işçiler hukuken ve kişisel olarak işverene bağımlıdır.⁷⁷ Buna göre işçiler, ücret karşılığında bağımlı bir şekilde belli bir süre ya da sürekli iş görme edimini yerine getirmektedir.⁷⁸ Bu nedenle işçiler işverenin emir ve talimatları doğrultusunda işverenin menfaatine uygun şekilde hareket emekle yükümlüdürler.⁷⁹ Buna göre, işçilerin iş sözleşmesi boyunca doğruluk ve bağlılık ilkesine uygun şekilde hareket etmesi gerekmektedir.⁸⁰

Yargıtay, işçinin sağlık raporu aldığı dönemde, plajdaki tatil resimlerini sosyal medyada paylaşmasını doğruluk ve bağlılığa uymadığını ve bu nedenle işçinin

⁷¹ ÇELİK Kübra Deniz, "Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi", (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>, E.T:13.03.2020.

⁷² Y.9.HD., T.07.04.2008, E.2007/14449, K.2008/7571, (Çevrimiçi) <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=52243>, E.T:02.08.2018.

⁷³ OKUR Zeki, **İş Hukukunda Elektronik Gözetleme**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 152.

⁷⁴ ÇELİK Kübra Deniz, **Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2019, s.82.

⁷⁵ YÜCEL, s. 66.

⁷⁶ KOÇ Yıldırım, **Türkiye İşçi Sınıfı Tarihi Osmanlı'dan 2016'ya**, 1. Baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016, s. 20.

⁷⁷ GÜNAY, s.70; AKYİĞİT, s. 39; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, ss. 33-34; SÜZEK, **İş Hukuku**, s.153; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, "4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler", **Kamu İş**, C. 7, S. 4, 2004, s. 7; ÖZCAN, s. 6; EKONOMİ, s. 11.

⁷⁸ ÇİL Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, ss.48-49.

⁷⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 52.

⁸⁰ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 135; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.276.

sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir.⁸¹ Ayrıca, işveren ya da işyeri ile ilgili sosyal medya paylaşımları nedeniyle de işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi de mümkündür. Ancak, işçilerin sosyal medyada işyeri veya işveren hakkında getirdikleri eleştiriler ve yaptıkları açıklamalar her zaman doğrudan sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmemektedir. Öncelikli olarak bu eleştiri ve açıklamaların ifade özgürlüğüne girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸²

Yargıtay bir kararında işverenin sosyal medya paylaşımı nedeniyle iş akdinin feshedilmesi üzerine, işçinin sosyal medya paylaşımının işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamına girdiğini, işçinin somut olarak işveren veya işveren vekilini hedef almadığını bu nedenle iş akdinin feshinin yerinde olmadığını ifade etmiştir.⁸³

İfade özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerden olmakla birlikte, işverenin yönetim hakkı ve bunun karşısında işçinin sadakat borcu kapsamında işçiye birtakım sınırlamalar getirilebilmektedir.⁸⁴

Sadakat yükümlülüğü kapsamında işçinin, işyeri ve işveren menfaatine zarar vermeyecek şekilde hareket etmesi gerekmektedir.⁸⁵ İşçi, genel davranış kurallarını ihlal ettiği takdirde sadakat yükümlülüğünü de ihlal etmiş olmaktadır.⁸⁶ Bu nedenle işçinin gerek işyeri içinde gerek işyeri dışında sadakat borcuna uygun davranışlar sergilemesi gerekmektedir.⁸⁷ Örneğin işçi, sosyal medyada işverenin şeref ve namusuna dokunacak açıklamalar yapmışsa, işçi sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır. Dolayısıyla burada ifade özgürlüğünden bahsetmek söz konusu olmayacaktır.⁸⁸ Ancak Yargıtay bir kararında, işçinin mesai saatleri dışında Facebook'ta işverene yönelttiği açıklamaların eleştiri sınırını aşmadığını bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve işverence yapılan feshin geçerli bir fesih olmadığını kabul etmiştir.⁸⁹

TBKm.396 hükmüne göre; "*İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır...*" şeklinde sadakat

⁸¹ Y.9.HD, T.06.07.2017, E.2016/17532, K.2017/12196, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, E.T:17.03.2020.

⁸² ÇELİK, "Sosyal Medya..", s. 37.

⁸³ Y. 9.HD, T.26.06.2018, E.2018/5736, K.2018/13798, (Çevrimiçi) <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/2047383/>, E.T:18.03.2020.

⁸⁴ <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/> (Çevrimiçi) E.T:17.03.2020.

⁸⁵ POYRAZ, s. 57; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.378; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 102.

⁸⁶ KILIÇOĞLU Mustafa/KILIÇOĞLU ADA İlayda, *Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 373; ERTÜRK, ss. 146-147.

⁸⁷ DEMİR Fevzi/DEMİR Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", *Kamu İş*, C. 11, S. 1, 2009, s.2.

⁸⁸ YÜCEL, s. 68.

⁸⁹ Y. 7.HD, T.03.06.2014, E.2014/6519, K.2014/12285, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T:27.05.2020.

borcu düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda işçi, sadakat borcu kapsamında işverenin menfaatlerine uygun davranmalıdır ve işverenin güvenini kötüye kullanmamalıdır. Sadakat borcunun kapsamı oldukça geniştir.⁹⁰ Bu nedenle bazı hallerde, işçinin sosyal medyadan yaptığı eleştiriler ve açıklamalar ifade özgürlüğünün kapsamına girse dahi, işverenin durumunu güçleştiren veya iş akışını ve iş düzenini bozar nitelikte ise işveren menfaatlerinin öncelikli olarak korunması gerekmektedir.⁹¹ Bu nedenle, sadakat borcu işçiye bazı hallerde bazı davranışları yapmama yükümlülüğü yüklemektedir.⁹²

Yargıtay, işçinin sosyal medyada işyerinden çok sayıda işçi çıkartıldığını söyleyerek sitem etmesini ve bu durumu eleştirmesini, haklı nedenle fesih ağırlığında olmadığını, ancak işverenin sosyal medyada bu paylaşımı yapan işçi ile iş ilişkisini sürdürmesinin önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale gelmesi nedeniyle burada geçerli fesih yapılabileceğini kabul etmiştir.⁹³ Bu nedenle işçinin davranışının iş ilişkisine ve taraflar arasındaki güven ilişkisine ne ölçüde zarar verdiğinin belirlenmesi ve durumun ağırlığına göre geçerli nedenle ya da haklı nedenle fesih yoluna gidilmesi gerekmektedir.⁹⁴ Ancak, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanması halinde, işveren, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar nedeniyle İşK.m.25/II hükmü uyarınca işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmektedir.⁹⁵ Yargıtay, işçinin işverene zarar verecek davranışlarda bulunmasına karşın, işveren zarar görmese dahi, işçinin bu davranışının doğruluk ve bağlılıkla uyulmaması nedeniyle işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir.⁹⁶

Bu doğrultuda, işçi mesai saatleri içinde internete oyun sitelerine girdiğinde, bahis oynadığında, sosyal medya paylaşımlarında bulunduğu veya internette sohbet ettiğinde sadakat borcuna aykırı hareket etmiş olmaktadır.⁹⁷ Bu nedenle işveren işçilerin internet kullanımını denetleyebilmektedir. Örneğin, işçiler, işyerinde paylaşımına açık ağlar üzerinden *IRC (Internet Real Chat)*, *ICQ*, *Net Meeting* gibi eş zamanlı sohbet etmeye yarayan programları kullandıklarında, işveren işçilerin internet hareketliliğini denetleyebilmektedir. Zira, bu yazılımlar ile işverene ait bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçme ihtimali bulunmaktadır.⁹⁸ Ancak, Yargıtay bir kararında işçilerin whatsapp grubu kurup işyeri ve çalışma

⁹⁰ YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. 2**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, ss. 2222-2223.

⁹¹ EETÜRK, s. 346.

⁹² AKYİĞİT, s.219; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s.102; ERTÜRK, s. 148.

⁹³ Y.9.HD, T.24/04/2017, E.2016/10576, K.2017/7110, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T:19.03.2020.

⁹⁴ YILDIZ, s. 108.

⁹⁵ Y.9.HD, T.04.04.2000, E.2000/2465, K.2000/4716, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2000-2465-k-2000-4716-t-04-04-2000/405179/>, E.T:13.03.2020.

⁹⁶ ÖZCAN, ss. 39-40.

⁹⁷ TEKERGÜL, s. 94.

⁹⁸ ÖZDEMİR, ss. 241-242.

koşulları hakkında konuşmaları nedeniyle işverenin işçilerin sözleşmelerini feshetmesini yerinde bulmamıştır. Yargıtay iş düzeni ve çalışma koşulları hakkında işçilerin konuşmalarını, işçilerin konuşmalarında aşağılayıcı ve hakarete varan bir dilin olmadığını, işverenin geçerli nedenle feshini ispatlayamadığını belirtmiş ve whatsapp grup yazışmalarının mahiyeti itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olduğunu bu nedenle işçilerin işe iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira, burada işverenin şeref ve haysiyetine yönelik aşağılayıcı veya tehdit edici bir ifade kullanılmamıştır.⁹⁹ Bu nedenle bu konuşmaların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi yerindedir. Ancak, işçi, işveren veya işyerindeki diğer kişiler hakkında internette ve sosyal medyada şeref ve haysiyete zarar veren paylaşımlar yaparsa veya sosyal medya hesabında şirket verilerini paylaşırsa veyahut müstehcen içerikli paylaşımlarda bulunursa burada ifade özgürlüğünden bahsetmek söz konusu olamayacaktır.¹⁰⁰ Dolayısıyla, işçinin getirdiği eleştirilerin işyeri düzenini ve işyerindeki barış ortamını tehlikeye düşürmemesi, eleştiri yapılırken tehdit içeren ve aşağılayıcı nitelikte bir söylemde bulunulmaması gerekmektedir.¹⁰¹ Ancak, Yargıtay işverenin işçinin yaptığı eleştirilerin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını iddia etmesi halinde, işverenin bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir.¹⁰²

İşçinin davranışları taraflar arasındaki güven ilişkisinin temelinden çökmesine neden olduğu takdirde işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi gerekir. Ancak, işçinin davranışları bu ağırlıkta değilse ve işveren için artık iş ilişkisini sürdürmek mümkün değilse işverenin işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshetmesi gerekir.¹⁰³ Bu nedenle işçinin sosyal medya üzerinden getirdiği eleştirilerin işverenin ve işletmenin itibarını sarsacak nitelikte olmaması gerekir. Örneğin sosyal medyada işçinin kendi, dini, felsefi ve siyasi görüşüne uymayan işyeri uygulamalarını rakip işyeri ile kıyaslaması, rakip işletmenin ürünlerini beğenmesi, işyerinin ve işletmenin itibarını zedeleyebilmektedir.¹⁰⁴ Ancak, işçinin hem işyeri içinde hem işyeri dışında sadakat borcuna uyması gerekmektedir.¹⁰⁵ Zira, sadakat borcu sadece işyeri ile sınırlı bir borç değildir.¹⁰⁶ Bu nedenle işçinin mesai saatleri dışında da sadakat borcuna uyması ve sosyal medyada işverene ve işletmeye zarar verecek açıklamalardan kaçınması

⁹⁹ Y.9.HD, T.01.06.2017, E.2016/14205, K.2017/9526, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2016-14205-k-2017-9526-t-01-06-2017-feshin-ge-199-ersizligine-ise-iadesine-ve-yasal-sonu-19/2876152/>, E.T;19.03.2020.

¹⁰⁰ ÇELİK, "Sosyal Medya...", s. 39.

¹⁰¹ YÜCEL, s. 69.

¹⁰² Y.9.HD, T.22.01.2018, E.2016/34334, K.2018/752, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T;21.03.2020.

¹⁰³ YILDIZ, s. 108.

¹⁰⁴ YÜCEL, s. 69.

¹⁰⁵ DEMİR Fevzi/DEMİR Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu İş**, C. 11, S. 1, 2009, s.2.

¹⁰⁶ YAVUZ, ss. 2222-2223.

gerekmektedir.¹⁰⁷ Zira, bu açıklamaların ağırlığına göre işveren haklı nedenle ya da geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Bu açıklamalar, haklı nedenle fesih ağırlığında olmasa bile, objektif gerekçelere dayanmayan ve meşru görülemeyecek nitelikte beyanlar ise, işverenin işçiye olan güveninin sarsılmasına neden olacağı için işveren işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilmektedir.¹⁰⁸

Bu doğrultuda, işçinin internette gezinirken oldukça dikkatli olması gerekmektedir. İşçi istemeden de olsa işyerindeki bilgisayara, bilgisayardaki dosyaları sızdıracak bir program yükleyebilir. Örneğin işçi bilgisayara indirdiği bir program ile bu bilgisayara başkalarının erişimini sağlayacak bir arka kapı (backdoor) oluşmasına neden olabilir. Bu şekilde üçüncü kişi işverene ve işyerine ait bilgilere erişebilir. Bunun sonucunda işveren işçinin akdini feshetme kararı alabilir.¹⁰⁹ Örneğin Yargıtay bir kararında mesai saatlerinde müstahcen içerikli internet sitelerine giren işçinin sözleşmesini feshedebileceğini ve bu feshin haklı nedenle fesih olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁰ Zira, bu durum işçinin iş görme edimini olumsuz etkilemekle birlikte, üçüncü kişilerin işyerine ait bilgilere erişmesine de neden olabilmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, İşçinin sadakat borcu kapsamında sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Buna göre, işçinin işverene ait bilgileri gizli tutması ve bu bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaması gerekir.¹¹¹ Bunun yanında, işçinin yanlış internet kullanımı, işletmenin teknik zarara uğramasına veya firmanın kar marjına ya da imajının zarar görmesine neden olabilmektedir. Zira, işverenin imajını ve itibarını zedeleyebilecek bilgiler, işyeri ve işçiler hakkındaki bilgiler, işyerinin ticari sırları ve diğer gizli bilgileri, üçüncü kişilerin eline geçebilir ve işletme zarar görebilir.¹¹²

İşyerinde internet kullanımına ilişkin sınırlandırmalar için aksamaması ve iş veriminin düşmemesi için getirilmekle birlikte, işyerinde mahremiyetin sağlanması ve gizliliğin korunması için getirilebilir.¹¹³

İşveren gizliliğin sağlanması için internet ortamında iş ile ilgili bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşımını engellemek için internet kullanımına sınırlamalar getirebilmektedir.

Bu doğrultuda, işçinin sır saklama yükümlülüğüne uygun hareket etmesi

¹⁰⁷ ERTÜRK, s. 244.

¹⁰⁸ YILDIZ, s. 109.

¹⁰⁹ ÖDEMİR, s. 242.

¹¹⁰ Y.9.HD., T.01.02.2012, E.2009/38310, K.2012/2613, (Çevrimiçi) <http://ismahkemesi.com/2015/02/iscinin-is-amacli-bilgisayarda-mesai-saatlerinde-mustahcen-nitelikli-internet-sitelerine-girmesi-yargitay-karari/>, E.T:27.05.2020.

¹¹¹ YAVUZ ss. 2222-2223.

¹¹² ÖZDEMİR, s. 237.

¹¹³ SEZER, (Çevrimiçi) <https://sezerutkaner.com/blog/isyerinde-internet-kullanimi/>, E.T:22.03.2020.

gerekmektedir.¹¹⁴ Bu nedenle, işveren işçilerin işyerindeki bilgisayarları özel amaçlarla kullanıp kullanmadıklarını denetleyebilir ve işçilerin özel amaçlarla interneti kullandığını tespit ettiğinde de müdahalede edebilmektedir.¹¹⁵ Zira işçi işverene ait sırları bu şekilde ifşa edebilir. Bu halde de işçi sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır.¹¹⁶

İşçi sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği için, işveren de işçinin sözleşmesini feshedebilmektedir. Ancak, işverenin iş sözleşmesini feshederken orantılılık ilkesine uygun şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

Yargıtay, işçinin e-postasına gelen işletmeye ait bilgileri sosyal medyada paylaşması üzerine işverenin iş akdini feshedilmesini yerinde bulmamış ve işçinin yaptığı paylaşımın orantılılık ilkesi gereği feshi gerektirecek bir durum olmadığını belirtmiştir.¹¹⁷ Ayrıca işçinin sadakat yükümlülüğü kapsamında işveren ve işyeri sırları dışında, işletmeye ait ticari bilgileri, müşteri portföyünü, *know how*unu ve diğer bilgi ve belgeleri internet yolu ile iş dışında üçüncü kişilerle paylaşmaması gerekmektedir.¹¹⁸ Ayrıca, işçinin sosyal medyada siyasi içerikte paylaşım yapması halinde de, işçinin yaptığı eylemin cezai sorumluluk doğurup doğurmadığı, paylaşımın niteliği, taraflardan iş sözleşmesini devam ettirmelerinin beklenip beklenemeyeceği hususlarının iş sözleşmesinin feshedilmesi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.¹¹⁹ Bunun yanında işçinin işverene yönelik sosyal medyada yaptığı açıklamalardan dolayı, işverenin işçinin sözleşmesini feshetmesi için işçinin eleştirisi sınırlarını aşmış olmasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında, işçinin işveren ile ilgili sosyal medyada yaptığı açıklamaların eleştiriyi aşan hakaret niteliğinde açıklamalar olması halinde işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir.¹²⁰

Yargıtay başka bir kararında ise, hakarete olduğu gibi sataşma söz konusu olduğunda da işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir.¹²¹

V. İŞÇİNİN KİŞİSEL İNTERNET KULLANIMININ İŞVERENİN KİŞİLİK HAKLARINA ETKİSİ

¹¹⁴ YAVUZ, ss. 2222-2223.

¹¹⁵ ÖZDEMİR, s.232.

¹¹⁶ YILDIZ, s. 109.

¹¹⁷ Y.9.HD, T.11.09.2014, E.2014/8395, K.2014/26420, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti/yargitay-22-hukuk-dairesinin-14-2-2017-tarihli-ve-e-2017-2256-k-2017-2199-sayili-karari?pg=63>, E.T;11.03.2020.

¹¹⁸ SEZER, (Çevrimiçi) <https://sezerutkaner.com/blog/isyerinde-internet-kullanimi/>, E.T:22.03.2020.

¹¹⁹ <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>, E.T:23.03.2020.

¹²⁰ Y. 22.HD, T.22.09.2011, E.2011/346, K.2011/1013, (Çevrimiçi) <https://www.emsal.co/elestiriyi-asan-soylem-hakaret-hakli-fesih/> E.T: 30.05.2020.

¹²¹ Y.9.HD, T.31.03.2016, E.2015/27643, K.2016/929, (Çevrimiçi) <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/sosyal-medyada-hakaret-hakli-fesih-nedeni/> E.T: 30.05.2020.

Kişilik, kişiye bağlı olan, para karşılığı olmayan, çeşitli değerlerden oluşan bir bütündür. Ancak, kişiliği oluşturan değerlerin kesin çizgilerle birbirinden ayrılması mümkün değildir.¹²²

Bu doğrultuda, kişinin yaşamı, sağlığı, beden bütünlüğü, onuru, saygınlığı, özel yaşamı, ismi, görünüşü, sesi, ekonomik geleceği, işyeri içindeki konumu, itibarı gibi değerler kişiliğin bir parçasını oluşturmaktadır.¹²³

Bu değerlerin çığnemesi halinde, bu davranışa maruz kalan kişinin kişilik değerlerinde bir eksilme veya bir zedelenme oluşabilmektedir. Bu bağlamda kişilik değerlerinde bir eksilme ya da zedelenme olan kişi, açacağı manevi tazminat davası ile kişilik değerlerindeki eksilme ya da zedelenmenin giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.¹²⁴

Manevi tazminatın temel süjesi kişilik kavramıdır. Bu bağlamda korunmaya değer görülen manevi ve bedeni değerlerin tümü, geniş anlamda kişilik kavramını oluşturmaktadır.¹²⁵ Dolayısıyla, zararı doğuran olay kişi değerlerinde bir eksilme veya azalmaya neden olmaktadır.¹²⁶

İnternet ortamında yapılan sosyal medya paylaşımlarının kişilik haklarına zarar verecek nitelikte olması halinde de manevi tazminat söz konusu olmaktadır. Ancak, Yargıtay sosyal medyada yapılan paylaşımlarında hakaret nedeniyle manevi tazminatın söz konusu olması için matufiyet unsurunun gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Buna göre, davalının sosyal medyada kullandığı ifadelerin ortalama bir kişinin davalının sözlerini gördüğünde bu sözlerin muhatabının davacı olduğunu anlayabiliyor olması koşulunu aranmaktadır.¹²⁷

Bu doğrultuda, kişiliğin korunması büyük önem taşımaktadır. Bunun için Anayasa'nın 17. maddesi¹²⁸ ile kişi dokunulmazlığı teminat altına alınmıştır.

¹²² TANRIVER Süha, "Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası", **Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 2**, ed. Sema Uçakhan Güleç, Necdet Basa, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Ocak 2016, s. 154.

¹²³ SEVİMLİ K. Ahmet, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu İşığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum**, C. 1, 2013, s. 111.

¹²⁴ BAL Özlem, **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.21.

¹²⁵ ALTAN Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 7-8.

¹²⁶ BASIM Aybüke, "Kısmi Dava Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu", **AÜHFĐ**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2702.

¹²⁷ Y.4.HD, T.26.12.2017, E.2016/2955, K.2017/8684, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/4hd-2016-2955.htm> E.T: 31.05.2020.

¹²⁸ Anayasa'nın 17. maddesi,

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

Ayrıca, 6098 sayılı TBK'de de birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, 6098 sayılı TBK'de kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan zararlar (TBK.m.58, I), vücut bütünlüğünün ağır zarar görmesi dolayısıyla kişinin, üzüntü, elem ve acı duymasından kaynaklanan zararlar (TBK.m.56, I), ölenin ya da bedensel zarar görenin yakınlarının yaşadığı üzüntü ve acılar nedeniyle ortaya çıkan zararlar (TBK.m.56, II) düzenlenmiş ve bu zararların tazmin edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Manevi tazminat davası ile amaçlanan husus, kişilik değerlerindeki eksilmenin telafi edilmesi ve kişinin şahıs değerlerine yönelik bir koruma sağlayabilmektir.¹²⁹ Bu şekilde doğrudan manevi zararın oluşmasına neden olan kişinin, neden olduğu acı ve üzüntüyü telafi etmesi amaçlanmaktadır.¹³⁰ Bu şekilde kişinin şahsiyetinde oluşan eksilmelerin bir nebze de olsa giderilmesi istenmektedir.¹³¹ Bir başka ifadeyle kişinin, manevi varlığının korunması için hareket edilmektedir.¹³² Ayrıca, gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de kişilik haklarının zedelenmesi halinde manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir.¹³³

Bu açıklamalardan hareketle, iş ilişkisi içinde işçinin ifade özgürlüğü bağlamında yaptığı açıklamalar, işverenin şeref ve haysiyetine zarar verecek nitelikte olmamalıdır. İşçi, düşüncelerini ister doğrudan üçüncü kişilere açıklasın, ister işyerindeki diğer işçilere açıklasın veya internet ortamında sosyal medyada açıklasın işçinin bu açıklamalarında işverenin kişiliğine, şerefine ve haysiyetine saygı göstermesi gerekir.¹³⁴ İşK.m.25/II-d hükmüne göre, işçinin işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay¹³⁵, işçinin işverene veya işverenin aile üyelerine yönelik bu tür sözler

(...)meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır." şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁹ REİSOĞLU Sefa, **Türk Borçlar Hukuku**, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, ss. 228-229.

¹³⁰ EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. s. 482; NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 263.

¹³¹ KESKİN A. Dilşad, **Manevi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 50; ANTALYA Ö. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 106.

¹³² Ayrıca Bkz. KILIÇOĞLU Mustafa, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi Ankara, 2019. ss. 43-45.

¹³³ YILDIRIM Abdulkemim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2017, s. 220.

¹³⁴ ÇELİK, "Sosyal Medya...", s. 39-40.

¹³⁵ Y.22.HD, T.22.09.2011, E.2011/346, K.2011/1013, (Çevrimiçi) <https://www.emsal.co/elestiriyi-asan-soylem-hakaret-hakli-fesih/> E.T: 31.05.2020.

sarf etmesi ya da davranışlarda bulunması halinde işverenin işçinin sözleşmesini İşK.m.25/II hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, Yargıtay böyle bir durumda işçinin Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen düşüncüyü açıklama özgürlüğüne dayanmasının söz konusu olmayacağını ifade etmiştir.

Bu doğrultuda, işçinin işverene hakaret etmesi bir fesih nedeni olmaktadır. Hakarete olduğu gibi, işçinin işverene iftira atması veya asılsız suç istinadı da bir fesih nedenidir. Zira, hakaret, iftira ve asılsız suç istinadının ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Bunun yanında, işçinin sosyal medyada herkese açık yaptığı paylaşımlar gerçeği yansıtıyor olsa dahi, işçinin bu paylaşımlarında işverene yönelik alçaltıcı sözlerin ve hakaret içeren ifadelerin kullanılması da bir fesih nedeni olabilmektedir.¹³⁶ Bu nedenle işçi, işverenin itibarını zedelememelidir ve işverenin kişiliğine zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır.¹³⁷

Bir Yargıtay kararında işçinin "*burası ne tuhaf bir yer dallas gibi, komedi yeri, kimin eli kimin cebinde belli değil.*" şeklinde sözleriyle işvereni kötülediğini ve itibarını zedelediğini, ayrıca işçinin bu sözlerle tüzel kişilik haklarına da saldırıda bulunduğunu bu nedenle işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmiştir.¹³⁸ Dolayısıyla, işçinin gerek işverenin gerek işyerinin itibarını zedelememesi gerekir. Bu nedenle, işçi sosyal medyada belli bir kitle ile sınırlı olsa dahi işverenin ve işyerinin itibarını sarsacak paylaşımlarda bulunmamalıdır.¹³⁹ Ancak, işçiler bilerek ya da bilmeyerek sıklıkla işverenin ve işyerinin itibarını zedelemektedir. Günümüzde işçiler bunu daha çok sosyal medya aracılığıyla yapmaktadır.¹⁴⁰ İşçiler sosyal medyada genellikle ifade özgürlüğüne sahip oldukları gerekçesiyle veya işverene ve işyerine karşı bir tavır ortaya koymak için sosyal medyadan işverenin ve işyerinin itibarını zedeleyebilecek hatta işverenin kişilik değerlerine zarar verebilecek açıklamalarda bulunabilmektedir. Böyle bir durumun tespiti halinde de işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilmektedir. Ancak, her zaman işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi şart değildir. Bunun için fesih sebebinin haklı nedenle fesih ağırlığında olması gerekir. Fesih sebebi bu ağırlıkta olmamakla birlikte, iş ilişkisinin özellikleri gereği işverenin işçiye olan güveni sarsılmakta, işçinin sosyal medya paylaşımları objektif gerçeklere dayanmamakta ve meşru görülemeyecek nitelikte ise somut olayın özellikleri uyarınca işverenin işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshetmesi yerinde olacaktır.¹⁴¹ Buna ek olarak işçinin işverene ait kişisel verileri¹⁴² de gizli tutması

¹³⁶ YÜCEL, ss. 71-72.

¹³⁷ GÜMRÜKÇÜOĞLU, "The Effescts...", s. 373.

¹³⁸ Y.9.HD, T.03.11.2011, E:2009/25494 K:2011/42548, (Çevrimiçi) <https://www.adaletbiz.com/hukuk/iscinin-internet-ve-sosyal-medya-kullanimi-nedeniyle-is-akdi-feshedilebilir-mi-h246530html>, E.T; 09.03.2020.

¹³⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, ss. 277-278.

¹⁴⁰ ZOREL, s. 1535.

¹⁴¹ YILDIZ, s.109.

ve bunları üçüncü kişilerle paylaşmaması gerekir. Aksi halde işçi, işverenin kişilik değerlerine saygı göstermemiş ve işverenin kişilik haklarına zarar vermiş olacaktır.

SONUÇ

İnternet kullanımı günümüzde hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. İş hayatında da birçok iş internet aracılığıyla yürütülmektedir. Bu nedenle işçiler genellikle iş ile ilgili tüm konuları internet yardımıyla araştırmaktadır ve yapmaktadır. Ancak, çoğu zaman iş ile ilgili olmayan kendi özel işleri için de internette çok zaman harcamaktadır. İşçilerin internette kendi kişisel işleri için çok zaman harcamaları da iş görme edimini eksik ya da hiç ifa edememelerine neden olmaktadır. Bu nedenle işveren işçilerin internet kullanımına sınırlama getirebilmektedir.

İşveren yönetim hakkı ve mülkiyet hakkı kapsamında işçilerin özel amaçla internet kullanımına sınırlama getirebilmektedir. Buna göre, işveren işçilerin kişisel amaçla işyerinde internet kullanımını yasaklayabilmektedir. Ancak, işverenin bu yasağı getirmesinde meşru bir gerekçesinin olması gerekmektedir. İşçinin veriminin düşmesi, gerektiği gibi işlerin yürümemesi bu sınırlama için meşru bir dayanaktır. Ancak, işverenin tümüyle işçilerin internet kullanımını yasaklaması söz konusu değildir. Burada ölçülülük ilkesinin gözetilmesi ve temel hak ve hürriyetlere saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle işçilerin acil durumlarda ve kısa özel görüşmelerde özel amaçla internet kullanımına izin verilmesi gerekmektedir.

İşverenin özel amaçlı internet kullanımına izin vermesi halinde dahi, işçiler tam bir serbestiyeye sahip değildir. Buna göre işçilerin işverenin ve işyerinin itibarını sarmayacak şekilde internet kullanması gerekir.

Bu doğrultuda, işçilerin sosyal medya paylaşımlarında işverenin ve işyerinin şerefine ve haysiyetine dokunacak açıklamalar yapmaması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle işçilerin işverene ve işyerine hakaret etmesi veya iftira atması ya da asılsız suç istinadında bulunması, işverenin ve işyerinin itibarına zarar vermektedir. Bu halde işçi işverenin kişilik haklarına zarar vermiş olmaktadır. Böyle bir durumda da işveren işçinin sözleşmesini İşK.m.25/II hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilmektedir.

İşçinin sosyal medyada yaptığı açıklamalar hakaret niteliğinde olmasa dahi, bu açıklamaların işverenin veya işyerinin itibarı sarsacak nitelikte olmaması

¹⁴² MANAV A. Eda, "İş İlişkilerinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2015, s. 97: Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Bir kimsenin kimliğine, etnik kökenine, fiziki özelliklerine, sağlık, öğrenim, iş durumuna, bireysel ve aile içi yaşamına, yerleşim durumuna, kişisel düşünce ve inancı, siyasi parti ve sendikal faaliyetlerle ilgili bilgiler, kredi kartı bilgileri, başka kişilerle yapmış olduğu haberleşmeler, mahkumiyet durumu gibi bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

gerekir. Bir başka ifadeyle işçinin işverenin veya işyerinin saygınlığını zedeleyecek, işverenin veya işyerinin prestijini olumsuz etkileyecek tutum ve davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Zira, işçinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeyecek şekilde internet kullanmaya özen göstermesi gerekmektedir.

Sadakat yükümlülüğü kapsamında işçinin hem yapma hem de yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, işçinin dürüstlük kurallarına uygun şekilde davranması gerekmektedir. Bu nedenle işçinin doğruluk ve bağlılık ile örtüşmeyen davranışlarda bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, işçinin sosyal medyada işveren veya işyeri hakkında olumsuz ifadeler kullanması doğruluk ve bağlılık ilkesi ile örtüşmeyecektir.

Sadakat yükümlülüğü işçiye oldukça geniş kapsamlı bir sorumluluk yüklemektedir. Bu nedenle işçinin internette işveren veya işyerinin itibarını sarsacak açıklamalardan kaçınması tek başına yeterli değildir. Buna göre, işçinin işverene ve işyerine ait gizli kalması gereken bilgileri de açıklamaması gerekmektedir. Bu bağlamda, işçinin sosyal medyada işverene ve işyerine ait bilgileri paylaşmaması gerekir. Ayrıca, işçinin kullandığı bilgisayarda bulunan işverene ve işyerine ait bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmemesi için azami dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle, işçinin zararlı içerikli sitelere girmemesi gerekmektedir. Zira, işverene ve işyerine ait gizli kalması gereken bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmesi halinde, işverenin veya işyerinin itibarı zarar görebilmektedir.

Bu çalışmada, işçilerin kişisel internet kullanımının iş ilişkisini ve işverenin kişilik haklarını ne şekilde etkilediği üzerine bir araştırma yapılmıştır. Buna göre, işçilerin interneti işverenin itibarını ve işyerinin menfaatlerini gözetmeden kullanması halinde, hem iş ilişkisinin hem de işverenin kişilik haklarının zarar göreceği sonucuna varılmıştır. Bu çalışmada varılan bir diğer sonuç ise, işçilerin eleştiri sınırlarını aşmadan ve sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeden interneti kullanması gerektiği yönündedir. Bir diğer sonuç ise, işçilerin kişisel internet kullanımını işverenin ve işyerinin itibarının zarar görmesine neden olmakla birlikte, işçilerin verimliliğinin düşmesine de neden olmaktadır. Zira, işçiler internette boşa zaman harcayarak işlerin aksamasına neden olabilmektedir. Bu çalışmada elde edilen bir diğer sonuç ise, işverenin orantılılık ilkesine uygun şekilde işçilerin kişisel internet kullanımını denetleyebileceği ve sınırlandırabileceğidir. Buna göre, işverenin haberleşme özgürlüğünü kısıtlamadan ve orantılı şekilde işçilerin internet kullanımını sınırlandırması mümkündür. Bu nedenle, getirilen sınırlamaların işçilerin kişilik haklarının ihlal eder nitelikte olmaması gerekmektedir.

Sonuç olarak, işçilerin işyerinde sunulan internet hizmetini iş ile ilgili konularda kullanması gerekir. İşçilerin kişisel amaçlarla iş görme edimini engelleyecek şekilde internet kullanmaması gerekir. Ayrıca, işçilerin internette yaptığı sosyal medya paylaşımlarında da işverenin ve işyerinin itibarını sarsacak

açıklamalardan kaçınması gerekmektedir. Bunun yanında işçilerin işverene ve işyerine ait gizli bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaması ve bu bilgileri koruması gerekmektedir. Aksi halde işçi sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN KAPLAN E.Tuncay, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

AKYİĞİT Ercan, **İş Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ALPER Yusuf/KILKIŞ İlknur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 4. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018.

ALTAN Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ALTINTEPE Ayşen, **Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı**, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Doktora Tezi, Ocak 2014.

ANTALYA Ö. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ANTALYA Ö. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ARSLAN ERTÜRK Arzu, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

AYDINLI İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", **TÜHİS-İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, Kasım 2005.

BAL Ozlem, **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020.

BORZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

BORZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, "The Effescts of Utilization of Social Media by Workers on Lobar Law", **4th Global Business Research Congress**, İstanbul, Turkey, May 24-25, 2018.

BASIM Aybüke, "Kısmi Dava Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu", **AÜHFD**, C. 65, S.

4, 2016.

ÇELİK Kübra Deniz, **Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

ÇELİK Kübra Deniz, "Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi", <https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>

ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 32. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ÇİL Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

DEMİR Fevzi, **Sorularla Bireysel İş Hukuku 1. Cilt**, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.

DEMİR Fevzi/DEMİR Gönenç "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu İş**, C. 11, S. 1, 2009.

DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut, **İş Hukuku**, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş Kanunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, C. 11, S.4, 2006.

EKONOMİ Münir, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum**, C. 22, S. 3, 2009.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

EYRENCİ Ömer/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

GÜNAY Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara, 2015.

<https://blog.lexpera.com.tr/sosyal-medya-kullaniminin-is-sozlesmesine-etkisi/>

KESKİN A. Dilşad, **Manevi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 50;

KILIÇOĞLU Mustafa, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU Mustafa/KILIÇOĞLU ADA İlayda, **Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

KOÇ Yıldırım, **Türkiye İşçi Sınıfı Tarihi Osmanlı'dan 2016'ya**, 1. Baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016.

KORKMAZ Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KURT Resul/KOÇ Muzaffer, **İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

MANAV A. Eda, "İş İlişkilerinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2015.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, "4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler", **Kamu İş**, C. 7, S. 4, 2004.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş **Baysal, İş Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

OKUR Zeki, "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi". **Kamu İş-İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.8, S.2, 2006.

OKUR Zeki, **İş Hukukunda Elektronik Gözetleme**. Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ÖZCAN Durmuş, **İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", **EÜHFD**, C. XIV, S. 1–2, 2010.

POYRAZ Ercan, **İş Hukuku Şemalı Anlatımlı**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

REİSOĞLU Sefa, **Türk Borçlar Hukuku**, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

SENYEN KAPLAN Emine Tuncay, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", **Kamu İş**, C. 7, S. 2, 2003.

SEVİMLİ K. Ahmet, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2006.

SEVİMLİ K. Ahmet, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum**, C. 1, 2013.

SEZER Nazlı, <https://sezerutkaner.com/blog/isyerinde-internet-kullanimi/>

SÜZEK Sarper, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", **AÜHFD**,

C.56, S.4, 2007.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TANRIVER Süha, "Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası", **Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 2**, ed. Sema Uçakhan Güleç, Necdet Basa, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, (Ocak 2016).

TEKERGÜL Mehmet, **İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, **İş Hukukunu Esasları**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. 1**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. 2**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

YILDIRIM Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2017.

YILDIZ Gaye Burcu, "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 38, 2018.

YÜCEL Orhan Ürünçan, **İşçilerin Sosyal Medya Paylaşımlarının İşveren Tarafından Denetimi ve İş İlişisine Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

ZOREL Fulden İnal, "İş Etiğinin Yeni Kurallarından Biri Olarak Çalışanların Sosyal Medya Kullanımı", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 9, S. 42, Şubat 2016.

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN “İMKÂNSIZLIK” HALİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Erkam Haşim BULUT¹

ÖZET

“Culpa in contrahendo” kavramına ilk olarak Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından 1861 tarihli makalesinde yer verilmiş olup Jhering’i bu kavramı kullanmaya iten motivasyon, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışlarıyla sözleşmenin geçersizliğine yol açan tarafın, karşı tarafın zararını karşılaması gerektiğine dair görüşüdür. Zira sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek çeşitli masraflar yapmış olabileceği gibi, bazı menfaatlerden de feragat etmiş olabilir. Bu nedenle, bazı şartların da var olması halinde, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın belirli kayıplarının tanzim edilmesi gerekmektedir. İmkânsızlık hali de hukukumuzda sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep olarak kabul görmüş olup bu imkânsızlığın çeşitli halleri kanunumuzda kendisine yer bulmuştur. Fakat, kanundaki düzenleme, imkansızlığın söz konusu olması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağını öngörmekteyse de sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararı karşısında sahip olduğu bir hukuki imkana yer vermemektedir. Doktrinde, sözleşmenin konusunun imkânsız olması sebebiyle sözleşmenin geçersiz olmasına kusuruyla yol açan tarafın zarardan culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir. İşbu makalede, hangi imkânsızlık hallerinde sözleşmenin geçersiz olduğu, culpa in contrahendo sorumluluğunun imkânsızlık halinde uygulanabilirliği ve sorumluluğun kapsamı ele alınacaktır. Söz konusu hususlar ele alınırken, her ne kadar “culpa in contrahendo” terimi kanunda yer almasa da genel hükümler itibarıyla kanun hükümlerinden yararlanılacak, bu terime mahkeme kararlarında sıkça atıfta bulunulduğu için söz konusu kararlara yer verilecek ve elbette culpa in contrahendo sorumluluk türünün oluşmasında çok önemli rolü oynayan doktrin görüşleri açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Culpa in Contrahendo, Sözleşme, İmkânsızlık, Geçersizlik, Kusur

¹ Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, erkam.bulut@istanbul.edu.tr, (ORCID No: 0000-0001-8579-509X)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.06.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30.07.2020

**APPEARANCE OF CULPA IN CONTRAHENDO RESPONSIBILITY
IN CASE OF IMPOSSIBILITY**

ABSTRACT

The notion of “culpa in contrahendo” was first used in the article of German jurist Rudolf von Jhering in 1861 and the motivation that leads Jhering to use this notion is the opinion that the party who makes an agreement invalid with his wrongful acts should compensate the loss of opposing party. Because, the opposing party of the agreement might either make expenses or renounce benefits by relying on validity of the agreement. For this reason, in the presence of some other conditions, the certain losses of the party relied on validity of the contract should be compensated. Impossibility has been accepted as a reason for the invalidity of contract in Turkish Law and various aspects of this impossibility have been included in the law. Although the regarded rule in the Turkish Law regulates that the contract will be invalid in case of impossibility, it does not include a legal opportunity that the other side of the contract has due to the loss caused by the invalidity of the contract. In the doctrine, it is accepted that the party that leads to invalidity of a contract its subject is impossible due to its wrongful acts shall be responsible within the scope of “culpa in contrahendo responsibility” for the loss suffered by the opposing party due to the invalidity of the contract. In this article, in which cases of impossibility the contract is invalid, the applicability of culpa in contrahendo responsibility in case of impossibility and the scope of the responsibility will be discussed. While the issues is being discussed, although the notion of culpa in contrahendo does not take a place in the Code of Obligation, the provisions of the code will be utilized with regard to the general provisions, since the notion is cited by the Courts, the verdicts in question will be disclosed and the doctrine arguments which played a significant role in being constituted the culpa in contrahendo responsibility will be explained.

Key Words: *Culpa in Contrahendo, Agreement, Impossibility, Invalidity, Fault*

GİRİŞ

Borç ilişkisi, borçlu ile alacaklı arasında var olan bir hukuki ilişki olup bir borcu doğuran olay veya işlemde ötürü borçluya, bir davranışta bulunma (yapma), bir davranıştan kaçınma (yapmama) veyahut bir şey verme (verme) edimlerini yüklemektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), genel hükümlerde borcun kaynağı olarak üç sebep düzenlemiştir. Bunlar: sözleşme (TBK 1-48), haksız fiil (TBK 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK 77-82)'dir.² Culpa in

² TBK'da üç temel borç kaynağı öngörülmesine rağmen, bunlar dışında “kanundan doğan borçlar” adıyla borçlarında doğacağı kabul edilmekte; buna örnek olarak vekaletsiz iş görme (TBK 526 vd.), yoksulluk nafakası (TMK 175) örnek verilebilir. Daha fazla bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, A; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni*

contrahendo sorumluluğu ise TBK dâhil herhangi bir kanunda herhangi bir düzenlemede yer almayan bir kavram iken; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 2 nci maddesi çerçevesinde dürüstlük kuralından kaynaklanan ve içeriği özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret bulunan borç ilişkisinin bir ihlali şeklinde değerlendirilmektedir.³ Esasında doktrinde “akit öncesi sorumluluk” olarak adlandırılan culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetinin ne olduğu tartışılmış; kimi yazarlar bu sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olduğu kanaatindeyken diğer kimi yazarlar ise bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedirler. Bir kısım yazar ise, bu sorumluluğun TMK m.2'den doğan kendine özgü bir sorumluluk olduğu kanaatinde dirler.⁴ “Culpa in contrahendo” terimini ilk kullanan Jhering de, bu sorumluluğun teorik çerçevesini oluştururken, kusurun sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleştiğini ve karşı tarafın bundan zarar gördüğünü ileri sürmüş; böylelikle, bu sorumluluk türünü sözleşmesel sorumluluğa yaklaştırmıştır. Alman kanun koyucu da bu teoriden etkilenerek sözleşme öncesi sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk altında kategorize etmiş; fakat, tazminatın hesaplanmasında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkeleri esas almıştır.⁵

İfade edilmelidir ki, culpa in contrahendonun hukukumuz bakımından bu denli önem kazanmasını sağlayan en önemli etkenlerden birisi, bu kurumun altında yatan sözleşme görüşmelerinin yapısıdır. Zira ekonomik bakımdan en asgari tutarda bir malın konu olduğu sözleşmelerde dahi tarafların bir sözleşme görüşmesi içinde olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında, özellikle ekonomik hayatın gelişmesi sonucu beliren yeni üretim alanları, ticari ve iktisadi alanda yeni girişimlere yol açmaktayken en basit sözleşmeye bile taraf olan kişiler arasındaki psikolojik ve iktisadi ilişkiler, güven duygularının daha yoğun ve içten biçimde oluşmasını zorunlu kılmaktadır.⁶ Bu durum da, taraflar arasında oluşan bu haklı güvenin bir şekilde hukuken korunmasını gerektirmektedir.⁷ İşte

Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 37; REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 11. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018, s. 57.

³OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 38.

⁴ Tartışmalar için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi./AKMAN, Galip Sermet /BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla.;*Borçlar Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.976 vd.;ALTUNKAYA, Mehmet; *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 2004, s. 158 vd.

⁵ NEDZEL, Nadia; A Comparative Study Of GoodFaith, FairDealing, AndPrecontractualLiability, TulaneEuropean& Cıvıl Law Forum, Vol.12, 1995, 113.

⁶ULUSAN, İlhan; “*Culpa in Contrahendo Üstüne*”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s 297.

⁷ TRAKMAN, Leo E. / SHARMA, Kunal; The Binding Force Of Agreements To Negotiate in Good Faith, The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3 pp. 598-628, 2014, p.608.

culpa in contrahendo sorumluluğu, bu nev'i bir ihtiyacın hasıl olması üzerine tarafların haklı olarak oluşan güvenlerinin boşa çıkarılması sebebiyle uğradığı zararların tazmini amacıyla ortaya çıkmıştır.

Culpa in contrahendonun yabancı hukuktaki düzenlenişine baktığımızda, Türk Borçlar Kanunu'nun mehazı olma özelliği taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu hususun düzenlenmediğine şahit oluyoruz. İsviçre Hukukunda, bu sorumluluğun temelini teşkil eden ilkeler, çeşitli hükümlerde somutlaşmıştır.⁸ Hem Türk Hukuku hem de İsviçre Hukuku bakımından çok önemli etkileri bulunan Alman Hukukuna baktığımızda ise farklı bir manzara ile karşılaşmaktayız. Alman Medeni Kanunu BGB eski §307 nci maddesine göre, imkânsızlık, -bilinip bilinmemesinden bağımsız olarak- sözleşmenin butlanına sebebiyet vermekte idi. Fakat 2002 yılında yapılan değişiklikle bu hüküm kaldırılmış ve getirilen yeni §311 ile baştaki imkânsızlığın sözleşmeyi geçersiz kılmadığı ve imkânsızlığı bildiği halde aydınlatma yükümüne aykırı olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan tarafın tazminle yükümlü olduğu düzenlemesi getirilmiştir.⁹

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetinin genel olarak tartışılması konumuz bakımından ayrı bir özellik teşkil etmediğinden bu konudaki tartışmalara girmekten sarf-ı nazar etmekteyiz. Fakat imkânsızlık halinin özellik arz ettiği durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetine dair gerekli açıklamalar yapılacaktır.

Bu çalışmada ilk olarak bir kesin hükümsüzlük hali olarak imkânsızlık meselesi ele alınacak; imkansızlığın tanımı yapılacak ve imkansızlığın genel olarak sınıflandırılması irdelenecektir. Zira imkânsızlık, türüne göre akdin hükümsüzlüğüne sebebiyet verecekken konumuz açısından önemli olan husus, hangi imkansızlık türünün sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebebiyet vereceğidir.

İkinci olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebebiyet veren imkânsızlık hali irdelenecek; buna ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Zira imkânsızlık hali her durumda akdin geçersizliğine sebebiyet vermeyecek olup akdin hukuken geçersiz sayılabilmesi için imkansızlığın kanunen sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermesi gerekmektedir. Hukuki açıdan sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren imkansızlığın söz konusu olması için, var olması gereken şartlar bu başlık altında değerlendirilecek; sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olmasında kusurlu bulunan tarafın culpa in contrahendo sorumluluğundan sorumlu olup olamayacağı, sorumlu olacaksa hangi şartlar altında sorumlu olacağı bahsi ele alınacaktır.

⁸DEMİRCİOĞLU, Reyhan; Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 48.

⁹ALTUNKAYA; s.156.

Sonuç bölümünde ise kesin hükümsüzlük sebebi olan imkansızlık halinde kusurlu olan tarafın sorumluluğuna ilişkin nihai değerlendirmelere yer verilecektir.

1. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEBİ OLARAK İMKÂNSIZLIK HALİ

İmkânsızlık kavramının hukuken ne anlama geldiğinin ifade edilebilmesi için öncelikle ifanın hukuken ifade ettiği anlamın irdelenmesi gerekmektedir. 6098 Sayılı TBK’da “ifa”nın tanımı yapılmamış iken doktrinde¹⁰ yapılan tanımlara göre ifa, “*borçlanılan edimin yerine getirilmesi*” şeklinde açıklanabilir. Edim ise borçlanılan borcun konusu, yani borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış anlamına gelmekte olup bu davranış, yapma, yapmama veya verme tarzında tezahür etmektedir.¹¹

Tıpkı ifa ve edim gibi imkânsızlık kavramı da kanunda tanımlanmamış, bu kavramın da tanımlanması doktrine bırakılmıştır. Doktrinde ise imkânsızlık kavramı için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir görüşe¹² göre imkânsızlık, “*edimin içeriğinde herhangi bir değişim olmaksızın borçlunun etkinliğiyle ifanın aynen gerçekleştirilmesinin sürekli olarak mümkün olmaması*” iken bir başka görüşe¹³ göre imkânsızlık, “*ya borcun baştan itibaren muteber şekilde doğmasını ya da doğduktan sonra ifasını önleyen engellerin ortaya çıkması*” manasına gelmektedir. İmkânsızlık, öğretide objektif ve sübjektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım, borcun kimin için ifa edilemez olduğu hususunda bir fark ortaya koyduğu gibi aynı zamanda borcun akıbeti hususunda da bir farklılık ortaya çıkarmaktadır. Edimin hiç kimse tarafından ifa edilememesi objektif imkânsızlık hali iken; edimin bizzat borçlu tarafından ifa edilemediği fakat üçüncü kişiler tarafından ifa edilebildiği/edilebileceği imkânsızlık hali ise sübjektif imkânsızlık halidir.

TBK’nın Genel Hükümler kısmında imkânsızlıkla ilgili özellikle dört adet düzenleme bulunmaktadır. Bunlar:

- i. TBK m. 27 (Sözleşmenin konusunun imkânsızlığı)
- ii. TBK m.112 (Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi)
- iii. TBK m.136 (Borcun sona erme sebebi olarak imkânsızlık)
- iv. TBK m.137 (Borcun kısmi sona erme sebebi olarak imkânsızlık)

Bu hükümlerin haricinde ceza koşuluna ilişkin olarak düzenlenmiş TBK m. 182 dışında TBK’nun “Özel Borç İlişkileri” kısmında da imkânsızlığa dair çeşitli

¹⁰OĞUZMAN / ÖZ; s. 249.

¹¹OĞUZMAN / ÖZ; s.6.

¹²SEROZAN, Rona.; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C.3, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s.14.

¹³AKINTÜRK, Turgut; *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:212, Ankara, 1966, s.33.

düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁴ TBK 112, TBK 136 ve TBK 137 nci maddeler sonraki imkânsızlık hallerini düzenlemektedir. TBK 112 nci madde borcun kusurlu olarak sonradan imkânsızlığını; TBK 136 ve 137 ise borcun kusursuz olarak sonradan imkânsızlığını düzenlemektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun -ileriki bölümlerde açıklanacağı üzere- sözleşmenin akdedilmesinden önceki davranışlardan doğan bir sorumluluk tipi olması hasebiyle, konumuz açısından sonraki imkânsızlık hallerini düzenleyen TBK 112, 136 ve 137 nci maddeler tartışma konusu olmayıp; bu makalede yalnızca “baştaki imkânsızlık” halini düzenleyen TBK m. 27 çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

6098 Sayılı TBK’nın 27/1 hükmüne göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Hükümden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden herhangi birisinin objektif olarak imkânsız olması halinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere edimin objektif olarak imkânsız olması demek, edimin ifasının herkes için imkânsız olması manasına gelmektedir. Mesela, bir satım sözleşmesine konu edilen mal, sözleşmenin akdedilmesinden önce yanıp yok olmuşsa yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür. Fakat satış sözleşmesine konu edilen malın satıcıya ait olmaması durumunda sübjektif imkânsızlık hali ortaya çıkacak ve sözleşme sırf bu sebepten dolayı kesin hükümsüz olmayacaktır. Bu durumda satıcı borcunu yerine getiremeyecek ve alıcıya karşı TBK 112 hükmü gereğince sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, taraflarca sözleşmede taahhüt edilen edimlerin sözleşmenin kurulmasından sonra objektif veya sübjektif olarak imkânsız hale gelmesi, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmayacaktır.¹⁵ Kesin hükümsüzlük, edimlerden birinin sözleşmenin kurulmasından önce objektif olarak imkânsız olması halinde sözleşmenin tabi olacağı hukuki haldir.

Sözleşmeyi kesin hükümsüz kılan baştaki objektif imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir. Şöyle ki, bir heykeltıraş yaptığı heykeli örneğin Ahmet’e satmıştır. Fakat satım sözleşmesine konu olan heykelin sözleşmenin akdedilmesinden önce kırılmış olduğu anlaşılmalı ise bu durumda fiili bir imkânsızlık söz konusudur. Buna karşılık, özel mülkiyete konu olamayan bir arsa (örneğin orman arazisi) satım sözleşmesine konu edilmişse bu durumda hukuki imkânsızlık söz konusudur.

İfade edilmelidir ki, sözleşmenin geçersizliğine etki eden imkânsızlık halinin sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Bu imkânsızlığın sonradan anlaşılması, sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı

¹⁴GÜNDOĞDU, Fatih; *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2014, s.41.

¹⁵NOMER, Haluk Nami; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.89.

gerçeğini değiştirmeyiz. Fakat taraflar, sözleşme akdedilirken taahhüt ettikleri edimin ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesiyle hareket etmişlerse sözleşme geçerlidir. Bununla beraber, sözleşme yapilirken tarafların böyle bir düşüncesinin olmaması halinde, sözleşme akdedilirken imkânsız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Buna karşılık, sözleşme yapilirken ifası mümkün olan edim, sözleşmenin yapılmasından sonra imknsızlaşırsa, bu imkânsızlık, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen imkânsızlık söz konusu olacak ve borçlunun kusurlu olup olmamasına göre ifa imkânsızlığı (TBK 136 vd.) veya borcun ifa edilmemesi (TBK 112)'ne ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹⁶ örneğin, sonraki imkânsızlığın borçluya yüklenebilecek bir kusurdan dolayı ortaya çıkması durumunda aynen ifa talebi alacaklı bakımından tazminat talebine dönüşür.¹⁷

2. BAşTAKİ İMKÂNSIZLIK SEBEBİYLE CULPA IN CONTRAHENDO ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUK

Konumuz açısından incelenmesi gereken mesele, sözleşme konusu edimin sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız olduğunun taraflardan birisince bilindiği halde karşı tarafı bu husus hakkında bilgilendirmeyip bu davranış yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü olmasındır. Zira sözleşme konusu edimin sözleşmenin akdinden önce imkânsız olması, TBK 27'ye göre sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacak ve bu imkânsızlığı bilen tarafın kusurlu davranışı (bilgilendirmemesi) sebebiyle karşı taraf bir zarara uğrayabilecektir. Karşı tarafın sözleşmenin geçerli olduğuna dair düşüncesi sebebiyle uğramış olduğu bu zarardan hiç şüphesiz buna kusuruyla yol açan taraf sorumludur. Doktrinde bu sorumluluğun culpa in contrahendo sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.¹⁸

Bir sözleşmenin kurulmasından önce taraflar, çoğu zaman bir araya gelerek sözleşmenin içeriği hakkında görüşme yaparlar. Henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada yani görüşme aşamasında dahi taraflar birbirlerine karşı TMK'nın 2 nci maddesine göre zen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Sözleşmenin henüz kurulmamış olması sebebiyle tarafların birbirlerine karşı göstermek zorunda olduğu zen, bir edim yükümlülüğü değil; koruma yükümlülüğüdür. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla beraber

¹⁶OęUZMAN/Z; s.88-89; Tarafların imkânsızlığın ortadan kalkacağı düşüncesiyle sözleşme akdetmeleri durumu için bkz. Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K. (Yargıtay Kararları Dergisi 2006/12, 1944).

¹⁷ ÖZÇELİK ř. Barış; Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.63, Sa.3, Ss.569-622, Ankara 2014, s.572.

¹⁸NOMER, s.89; OğUZMAN/Z; s.90.

birbirleri arasında bir güven ilişkisi hâsıl olur.¹⁹ Tarafların özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri halinde taraflar nezdinde oluşan haklı güven bir şekilde zedelenir ve bu sebepten dolayı ilgili taraf zarara uğrarsa, kusurlu taraf culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olur. Fakat bu sorumluluğun mahiyeti doktrinde tartışılmış olup yukarıda açıklandığı üzere sorumluluğun kaynağını sözleşmeye, haksız fiile, kendine özgü sorumluluk tipine dayandıran üç temel görüş mevcuttur. Biz de, sözleşmenin akdedilmesi öncesi yapılan görüşmelerde, taraflarda haklı bir güvenin ihdas edilmesi sebebiyle taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız sözleşme benzeri bir ilişkinin meydana gelmesi, buna karşılık bu güvenin özen yükümlülüğüne aykırı davranılmak suretiyle zedelenmesinden ötürü bir sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olduğunu düşünmekte ve culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğa dayandıran görüşe katılmaktayız. Bunun sonucu olarak; culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin olarak borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulacak; kusuru ile zarara sebep olan taraf, kusursuzluğunu ispat külfeti altında olacak, yardımcı kişinin verdiği zararı tazmin yükümlülüğünden gerekli özenin gösterildiğini ispatlayarak kurtulamayacak ve zamanaşımı süresi 10 sene olarak uygulanacaktır.²⁰

Baştaki imkânsızlık halinde culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması bakımından Serozan'ın fikri de önem arz etmektedir. Serozan, baştaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin batıl olduğu durumlarda kusurlu davranışlarıyla karşı tarafı zarara uğratan kimsenin culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, bu kusur sorumluluğunun sınırlarının belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Şöyle ki, baştaki imkânsızlık durumunda, TBK'da sonraki imkânsızlık halleri için düzenlenmiş hükümlerin (TBK 112, 136 ve 137) kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini, böylece zarara uğrayan tarafın sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımının olumsuz sonuçlarından kurtulabileceğini ileri sürmektedir. Bunun yanında bir diğer alternatif çözüm olarak, kusurlu olan tarafın garanti sorumluluğu altında olduğunu ve bu nedenle kesin hükümsüzlük yaptırımına başvurmaya gerek kalmaksızın doğrudan bu sorumluluk türü kapsamında karşı tarafa kusuruyla zarar vermiş olan tarafı sorumlu tutulabileceğini dile getirmektedir. . Bu görüşüne dayanak olarak ise TBK'da alacağın devrinde garanti sorumluluğunu hüküm altına alan TBK 191 hükmünü ve taşınır satımına ilişkin olan TBK 219 hükmünü örnek göstermektedir.²¹ Fakat Serozan'ın bu görüşleri öğretilerde eleştirilmiştir. Yazarın ilk görüşü, konusu başta imkânsız olan

¹⁹ KESSLER Friedrich / FINE Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, pp: 401-450, January 1964, p.404.

²⁰ OĞUZMAN/ ÖZ; s.475.

²¹ SEROZAN, Rona; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3* (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile Birlikte) Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.172 vd.

sözleşmenin TBK m. 27 marifetiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacağı ve bu sebeple sonraki imkânsızlık hükümlerinin baştaki imkânsızlık hali için kıyasen uygulanamayacağı sebebiyle; ikinci görüşü ise TBK’da garanti sorumluluğu kapsamında düzenlenen hükümlerin belirli durumlar için getirildiği ve bu hükümlerin baştaki imkânsızlık lehine genişletilemeyeceği sebebiyle eleştirilmiştir.²²

Bu noktada ifade edilmelidir ki, Yargıtay bir kararında²³ culpa in contrahendoyu akit görüşmelerinden doğan sorumluluk şeklinde nitelemiş; sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında oluşan güven ilişkisinin zedelenmesinin sorumluluk sebebi olduğu hususunda hüküm kurmuştur. Karara göre tarafların henüz sözleşme imzalamamış olsalar dahi sözleşme görüşmeleri sebebiyle bir araya gelmesiyle birbirleri arasında korunmaya değer hukuki ilişki kurulur. Bu kararın “sözleşmenin geçersiz olmasının tarafların özen yükümlülüğünü kaldırmadığına” dair ilk cümlesi, olması gereken hukuk bakımından gayet yerinde olup Yargıtay, aşağıda yer verdiğimiz kararı ile sonradan bu karar ile koyduğu ilkenin aksine hüküm kurmuştur.

²²AKŞENER, Fırat; *Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağına Önceden Belli Olması Durumu*; Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 33.

²³ Yargıtay 13. HD, 13.11.1995 T., 1995/9375 E., 1995/9860 K.Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Mahkemece az yukarda açıklandığı şekilde sözleşme geçersiz kabul edilmiş, ne var ki sözleşme geçersiz olsa da (BK. md. 20/1) davacıların sözleşme öncesi sorumluluklarını gerektirir bir kusurları bulunup bulunmadığı üzerinde durulup düşünülmemiştir. Oysa; sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin aktin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.). Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel’in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır...”

Yargıtay, yukarıda alıntılanan karar ile ortaya koyduğu ilkenin aksi yönünde verdiği kararında²⁴, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyeti itibariyle “akit öncesi sorumluluk” olduğunu kabul etmiş fakat nihai hükmü itibariyle kanımızca isabetsiz olan bir karara imza atmıştır. Karara katılmamaktayız, zira yukarıda açıklandığı üzere, tarafların TMK m. 2 gereğince birbirlerine karşı tabi olduğu “özen yükümlülüğü” edim yükümlülüğünden bağımsız bir koruma yükümlülüğüdür. Zira özen yükümlülüğünün yöneldiği amaç, asli ve tali edim yükümlülüklerinin yöneldiği amaçtan tamamen farklı olduğu gibi doğum anı itibariyle de asli ve tali edim yükümlülüklerinden farklı zamanda –somut edim ilişkisi kurulmadan önce- doğmaktadır. Bu nedenle özen yükümlülüğü edim yükümlülüğünden bağımsız sayılmalıdır.²⁵ Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan borçlardan herhangi birinin hatta sözleşmenin kendisinin geçersiz olması edim yükümlülüğünden bağımsız olan koruma yükümlülüğünün ortadan kalkmasını gerektirmez. Tarafların Yargıtay’ın da belirttiği gibi akit öncesi yükümlülüğü söz konusudur ve bu sorumluluğa aykırı davranmaları halinde verdikleri zarardan sorumlu olmaları gerekmektedir. Aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, culpa in contrahendo sorumluluğunun imkânsızlık halindeki görünümü, sözleşmenin başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle batıl olmasından dolayı, taraflardan birinin bundan zarar görmesinde ortaya çıkacaktır. Yani sözleşmenin hükümsüz olması, imkânsızlık halinde culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için bir engel değil; bilakis bir ön şarttır. Bu sebeple Yargıtay’ın bu kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun baştaki imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkabilmesi için bu sorumluluk tipinin dayanağından bağımsız olarak çeşitli unsurların var olması gerekmektedir. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunu ister sözleşmesel sorumluluğa, ister haksız fiil sorumluluğuna dayandırılım isterse kendine özgü bir sorumluluk tipi olduğunu kabul edelim, her türlü kabulde dahi imkânsızlık özelinde culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmemiz için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Her ne kadar

²⁴ Yargıtay 13. HD. 30.04.2003 T., 2003/176 E., 2003/5376 K.İlgili kararda Yargıtay “...Dava konusu taşınmazın içinde eski eser niteliğinde çeşme bulunması nedeniyle Anıtlar Yüksek Kurulunca ruhsat verilmediği ve bu nedenle taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz olduğu mahkemenin de kabulündedir. Davacı ihaleye girmesinden sonra bir takım hazırlık çalışmaları yaptığını ileri sürerek iyiniyetle yapmış olduğu bu giderlerin sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak davalıdan tahsilini istemiştir. Modern Hukukda "Culpa in Contraento" olarak nitelendirilen akit öncesi sorumluluk ancak geçerli sözleşmelerde söz konusu olur. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi sözleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılır. Bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluk ileri sürülüp hak talep edilemez....” şeklinde bir hüküm kurmuştur.

²⁵ SEROZAN, Rona; “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,, C.2, Sa.3., Ss.108-129, İstanbul 1968, s.119.

bu makalenin çeşitli satırlarında bu unsurlara atıf yapılmış olsa dahi her bir unsurun bir arada açıklanmasının faydalı olduğuna inanıyoruz. İmkânsızlık durumunda culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için oluşması gereken şartlar şunlardır:

i. Baştaki imkânsızlık söz konusu olmalıdır.

Daha önce de ifade edildiği üzere imkânsızlık, zamana göre baştaki ve sonraki imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılmakta; hareket noktasını sözleşmenin akdedildiği an teşkil etmektedir. Culpa in contrahendo çerçevesinde taraflardan birinin sorumlu olabilmesi için imkânsızlığın sözleşmenin akdedilmesinden önce hâsıl olmuş olması ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bu imkânsızlığın mevcut olması gerekmektedir.²⁶ Fakat yine ifade edilmelidir ki, sözleşmenin yapılması sırasında borcun konusu imkânsız olmakla birlikte taraflar, borç konusunun ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesi ile hareket etmekteyseler yapılan sözleşme geçerlidir.²⁷ Baştaki imkânsızlık halinin söz konusu olmaması halinde borcun imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olması durumu söz konusu değildir.

ii. İmkânsızlık objektif nitelikte olmalıdır.

İmkânsızlık herkes için söz konusu ise objektiftir fakat borçlu için söz konusu olup üçüncü kişiler tarafından borç ifa edilebilir ise subjektif imkânsızlık söz konusudur. Sözleşme taraflarından birisinin culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için borcun objektif nitelikte imkânsız olması gerekmektedir. Şayet borç subjektif ise yani, borç borçlu tarafından ifa edilememesine rağmen üçüncü kişiler için ifa edilebilir ise kesin hükümsüzlük sebebi olan imkânsızlık hali gerçekleşmemiş olur ve bu durumda somut olaya göre borçlu, borcun ifa edilememesinden sorumlu tutulmalıdır.

iii. İmkânsızlık halinin taraflardan birisince biliniyor olması ve karşı tarafın bilgilendirilmemiş olması gerekmektedir. (Kusurluluk şartı)

İmkânsızlık halinin başta gerçekleşmiş olması ve objektif olması şartları sözleşmenin kesin hükümsüz olması şartlarından olup imkânsızlık halinin taraflarca bilinip bilinmemesinin kural olarak sözleşmenin hükümsüz olması bakımından bir etkisi yoktur. Borcun konusunun imkânsız olduğu taraflardan birisince bilindiği halde bu durum hakkında karşı tarafın aydınlatılmaması, aydınlatmayan tarafın kusurlu olduğuna işarettir. Fakat dikkat edilmelidir ki, bu bahiste kusur, imkânsızlığın bilindiği halde karşı tarafın aydınlatılmaması, yani koruma yükümlülüğünün ihlal edilmesinden ileri gelmektedir. Yoksa baştaki imkânsızlığa kusuruyla sebep olmak bu bahis bakımından bir önem arz etmemektedir. Konumuz açısından önem taşıyan husus da taraflardan birinin

²⁶EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.267.

²⁷OĞUZMAN/ ÖZ; s.89.

sözleşme görüşmeleri süresince dürüst davranma yükümlülüğünü ihlal etmeleridir. Zira sözleşme taraflarının birbirleri ile sözleşme görüşmeleri yapmaya başlamalarıyla birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğü doğmaktadır. Söz konusu bu dürüst davranma yükümlülüğü kapsamında taraflar birbirlerine karşı ciddi olmalı ve karşı tarafın menfaatlerini olabildiğince himaye etmelidirler.²⁸ Örneğin satım sözleşmesine konu olan bir evin yangında kül olduğunu bilen ve buna rağmen karşı tarafı aydınlatmayarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan taraf bu anlamda kusurlu addedilecektir. Evin yandığını bilen tarafın yangının gerçekleşmesinde hiçbir kusurun olmaması, sözleşmenin kurulmasında özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla kusur, imkânsızlığa sebep olmak bağlamında anlaşılmalıdır; imkânsızlığı bildiği halde karşı tarafı aydınlatmayarak sözleşmenin kurulmasını sağlamak şeklinde anlaşılmalıdır.

Esasında Türk/İsviçre Hukukunda genel hüküm olarak bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığından kural olarak sözleşme taraflarından her birisinin bizzat sözleşmenin geçerlilik koşullarının var olduğunu araştırması gerekmektedir. Bu esasa göre, taraflardan herhangi birisinin karşı tarafın yapmadığı araştırma hususunda karşı tarafı bilgilendirmek gibi bir görevi bulunmamaktadır. Ancak dürüstlük kuralları, diğer tarafa sözleşmenin geçerliliğini engelleyebilecek durumlar hakkında bilgi vermeyi emredebilmelidir. Eğer taraflardan birisi, diğer taraftan geçerlilik koşulları hakkında bilgi istemesine rağmen yanlış bilgilendiriliyorsa bir istisnanın varlığı kabul edilmeli ve yanlış bilgi veren tarafın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu hususta, doktrindeki görüş²⁹, şeklen geçersiz bir sözleşmenin kuruluşuna kasten neden olan tarafın dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ettiğini ifade etmektedir.³⁰

İfade edilmelidir ki, yalnızca taraflardan birinin değil karşı tarafın da başlangıçtaki objektif imkânsızlığı bilerek hareket etmesi durumunda, tazminat talep etme hakkı tamamen yok olmaz, bunun yerine artık culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanan tazminat talebinde TBK m. 52 uyarınca indirime gidilmesi uygun olur. Zira, ilgili taraf da objektif nitelikteki bu edimin imkânsızlığını bilmekte ve bu sebeple güveni özel olarak korunmayı hak etmemektedir. Tüm bunların yanında her iki tarafa da imkânsızlık hususunda

²⁸ NOVOA, Rodrigo; Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law And The United Nations Convention On Contracts For The International Sales Of Goods (CISG), Arizona Journal Of International & Comparative Law Vol. 22, No. 3 2005, p. 593.

²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme*, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2008, (Hatemi/Serozan/Arpacı İle Birlikte) S.327.

³⁰ GEZDER, Ümit; *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009, s. 160.

hiçbir kusur atfedilemiyorsa bu takdirde tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.³¹ Zira culpa in contrahendo çerçevesinde sorumluluk için kusurun varlığı şarttır.

iv. Taraflardan birisi kusur sebebiyle zarara uğramış olmalıdır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için yukarıda sayılan şartların yanında, aydınlatılmayan tarafın imkânsızlık sebebiyle zarara uğramış olması gerekmektedir. Buradan anlaşılması gereken, taraflardan birisinin imkânsızlığı bildiği halde karşı tarafı aydınlatmayıp aslında batıl olan bir sözleşmenin akdedilmesini sağlaması ve sözleşmenin akdedilmesi sebebiyle karşı tarafın zarara uğramasıdır. Yani taraflardan birisi kusurlu davranışıyla karşı tarafı aydınlatmayıp sözleşmenin akdedilmesine sebep olmakla birlikte karşı taraf bundan herhangi bir zarar görmemişse culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Sözleşmenin imkânsızlığından dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa bu sefer olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımının yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki, kusurlu tarafın sözleşmenin imkânsızlığından dolayı tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, karşı tarafın uğradığı olumsuz zarardır.³² Kaldı ki, taraflardan birisinin karşı tarafın kusurlu davranışıyla geçersiz sözleşmeye taraf olmasından dolayı uğramış olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü, culpa in contrahendonun “imkânsız ifayı vadedenin sorumsuzluğunu düzeltme fonksiyonu” ndan kaynaklanmaktadır.³³ Yalnız ifade edilmelidir ki, doktrinde baştaki imkânsızlık halinde sözleşmenin butlanı sonucuna ulaşmaya gerek kalmaksızın, kusurlu tarafın garanti sorumluluğu altında olduğu görüşüne yukarıda yer verilmiş ve bu görüşe yönelik eleştiriler açıklanmıştır.³⁴ Bu görüşün somut olaya uygulanması halinde –ki teori ve uygulama buna pek

³¹AKBULUT, Pakize Ezgi; “Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:8, No:2, 2018, s. 185.

³² Hiç şüphesiz, culpa in contrahendo çerçevesinde doğan olumsuz zararın tazmin edilmesi meselesi, doktrinde ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerden bir kısmı, uygulamada olumsuz zararın hesaplanmasının güçlüğü noktasında toplanmaktayken bir diğer kısmı ise; “olumsuz zarar” adı altında talep edilecek kalemlerin alacaklıyı dürüstlük kuralına da aykırı olabilecek şekilde sözleşmeden dönme yoluna itmesine işaret etmektedir. Yine olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımının teorik olarak yeterince gerekçelendirilemediği ve bu ayrımın pratik bir yarar sağlamadığı görüşü de doktrinde dile getirilmiş ve gerçekleşen zararın, olumlu-olumsuz zarar ayrımından yola çıkılarak değil de hakime geniş takdir yetkisi veren TBK 51 çerçevesinde nedensellik bağı gözetilerek tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. ERGÜNE Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 376 vd.; POSTACIOĞLU, İlhan: Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini, İstanbul

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: VI, S. 1-2, 150 Nüshasından Ayrı Bası, s. 1-9, İstanbul 1950, s. 8-9.

³³GEZDER Ümit; s. 157.

³⁴ Bkz. Bölüm 2

yanaşmamaktadır- tarafların imkânsızlığı bilmesine rağmen sözleşme akdetmeleri durumunda tarafların edimlerini yerine getireceği hususunda örtülü bir garanti sözleşmesi akdetmiş olabileceği kabul edilebilir ve böylece sözleşmenin butlanı sonucuna gitmeksizin olumlu zarar talebi ileri sürülebilir.³⁵

Esasında sorumluluğun kapsamı, bu anlamda olumsuz zararın tanımını da ortaya çıkarmaktadır. Olumsuz zarar kavramı ilk defa “akdin yapılamamasındaki menfi menfaat” adıyla Jhering tarafından ortaya atılmış; bu kavram yaratılırken Roma kaynaklarından yararlanılmıştır. Roma hukukunun kabul ettiği “actioexempto” terimi, mülkiyete ve tedavüle konu teşkil etmesi hukuken caiz olmayan bir şeyin satımı durumunda bu hususu bilmeyen alıcının zararlarını telafi amacına hizmet etmekteydi.³⁶ İşte bu terimden yararlanılarak türetilen olumsuz zarar, geniş anlamda herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat iken; dar anlamda ise sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlali sebebiyle ortaya çıkan zarar verici olayın gerçekleşmemesindeki menfaattir. Yani olumsuz zararın tazmin edilmesiyle zarar verici olayın gerçekleşmemesi halinde alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması hedeflenmektedir.³⁷

Başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olması durumunda kusurlu olan taraf, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olarak karşı tarafta oluşan güveni boşa çıkarmaktadır. Yani olumsuz zarar, hükümsüz sözleşmenin geçerli bir biçimde akdedildiğine, akdedileceğine yahut geçersizlik bilinmesine rağmen edimin ifa edileceğine dair oluşturulan haklı güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelmektedir.³⁸ Yoksa kusurlu tarafın baştaki imkânsızlık sebebiyle sorumluluğu, sırf zararın ortaya çıkmasından ileri gelmemekte; zararın, oluşturulan güvenin sözleşme öncesi yükümlülüklerle aykırılık sebebiyle boşa çıkarılmasından kaynaklanması gerekmektedir. Ulaşılan bu sonuç, kusurlu tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı uğranılan bütün zarardan değil; yalnızca oluşan güvenin boşa çıkarılması ile nedensellik bağı kurulabilen zarardan sorumlu olduğunu ortaya koymaktadır. Yani sözleşme taraflarından birisinin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için ihmal derecesindeki kusuruyla karşı tarafın olumsuz zararına sebep olması gerekmektedir.³⁹ Dolayısıyla örnek vermek gerekirse, geçerli bir sözleşme akdettiğine ilişkin güveni boşa çıkarılarak zarar gören bir kimse, söz

³⁵ ERGÜNE; s.244; SEROZAN Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt: III, 4. Bası*, İstanbul, Filiz Kitabevi, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Arpacı İle Birlikte) 2016, § 14, N. 21.

³⁶ADAL, Erhan; *Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 8.

³⁷ERGÜNE; s. 37.

³⁸ERGÜNE; s.38.

³⁹ FILIPOVIC, Mihaela, Braut / VEHOVEC MarjetaTomulic; Precontractual Liability in EUAnd Croatian Law, UDK 340.137:347.447.5(497.5:4-672EU). pp. 13-32, September 2016, p.15.

konusu sözleşmeyi kurmaya yönelik yaptığı masrafları (örn. noter masrafı) ve kaçırdığı fırsatları olumsuz zarar adı altında talep edebilecekken; ilgili sözleşmeden elde edileceği öngörülen karı isteyemeyecektir. ⁴⁰ Yargıtay bir kararında, ⁴¹ geçersiz sözleşmeye dayanarak kaçırılan fırsat kapsamında olumsuz zarar istenmesi olanağının bulunmadığına karar vermiştir.

Yargıtay bir başka kararında⁴² da culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması halinde yalnızca menfi zararın istenebileceğini ortaya koymuş olup somut olay bakımından menfi zararın sınırının ne olacağını da belirlemiştir. Bu karar ile Yargıtay, sözleşmenin baştan itibaren hukuken imkânsız olması sebebiyle batıl olduğuna, tarafların sözleşmeyi ifa amacıyla birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri alabileceklerine, sözleşmenin hukuken imkânsız olması sebebiyle hükümsüz olmasında kusurunun olması halinde kusurlu tarafın, zarara uğrayan tarafın yalnızca menfi zararını tazminle yükümlü olduğuna karar vermiş olup menfi zararın sınırını somut olayda çizmiştir.

⁴⁰ ERGÜNE; s.44.

⁴¹ Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K.

⁴² Yargıtay 15. HD, 07.05.1981 T., 1981/331 E., 1981/1050 K. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Bu durumda projesine göre 5 katlı yığına bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukuki imkânsızlık nedeniyle BK. nun 20/1. maddesi gereğince baştan itibaren batıldır. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince imkânsız bulunmaktadır. Taraflar ileri sürmeseler bile hâkimin butlanı re'sen nazara alması icap eder. Sözleşme batıl olduğundan herhangi bir hukuki sonuç, başka ifade ile taraflar için bir borç veya alacak meydana getirmez. Ne var ki davalı müteahhitler iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek ve kusurlu iseler davacıların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zarar tazmin etmek zorundadırlar. Müteahhitler bir inşaat taahhüdü altına giren meslek adamı sıfatıyla gerekli özeni göstermeden sözleşmenin uygulanması için inşaat yerindeki eski binaları yıkmaları nedeniyle kusurludurlar ve davacıların uğradığı menfi zarardan sorumlu olmaları gerekir. Ancak burada davacıların tazmini gerekli zararı, eski binaların değeri, başka söyleyişle yıkılmış olan binaların inşaat değeri değil, yıkım sonunda ortaya çıkan ve davalı üstencilerin sattığı veya götürdükleri anlaşılacak enkazın bedelidir. Çünkü açıkça ortaya koyduklarına göre davacıların amacı eski binayı yıkıp müteahhit aracılığıyla arsa payı karşılığında burada yeni bir bina yaptırmaktır. Bugün için imar mevzuatı ve afet işlerine ilişkin yönetmelik uyarınca davacıların eski binaların bulunduğu ve tevhit edilmiş arsa üzerinde karkas bir bina yaptırmalarına hukuki ve fiil engel yoktur. Bu nedenle kendileri tarafından da yıkılması zorunlu olan binaların inşaat değeri davacıların menfi zararı olarak kabul edilemez. Şu halde mahkemenin bilirkişi aracılığı ile davanın açıldığı Mart/1979 tarihindeki rayiçlere göre enkaz bedelini tespit etmesi ve bu para tutarının davalılardan alınmasına karar verilmesi gerekir.”

SONUÇ

Culpa in contrahendo sorumluluğu gerek yargı kararlarında gerekse doktrin görüşlerinde somutlaşmış olmasına rağmen henüz kanunlardaki yerini almamıştır. Fakat bu sorumluluk tipi, hem ülkemiz hem de yabancı ülke kanunlarında yakın zamanda Almanya'da olduğu gibi düzenlenmesi beklenen hususlardan birisidir. Bunun sebebi, culpa in contrahendo teorisinin, olması gereken hukuk bakımından özen yükümlülüğünün somutlaşması hususunda önemli bir gelişme teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira TMK m. 2/1 ve 2/2 hükümlerinin yalnızca sözleşme dâhilinde değil; madde metninde olduğu gibi hakkın kullanıldığı her an somutlaşabilmesi için culpa in contrahendo teorisinin uygulanması büyük bir önem arz etmektedir.

Culpa in contrahendo teorisinin imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin geçersiz olması halinde zarar gören tarafın zararının tazminini mümkün kılması, özen yükümlülüğünün somutlaşması bakımından çok önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira edimin imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafı bilgilendirmeyip sözleşmeyi akdeden tarafın özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, culpa in contrahendo teorisi sayesinde müeyyidelendirilebilecek ve taraflarda özen yükümlülüğüne uygun hareket etme bilinci uyanacaktır. Elbette culpa in contrahendo temelli tazmin sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için işbu makalede açıklanan şartların gerçekleşme zorunluluğu söz konusu olup tazmin edilecek zararın da hukuka uygun olarak belirlenmesi gerekecektir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun baştaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunda ortaya çıktığının kabulüyle, kusursuz tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, olumsuz zarar olarak adlandırılmakta ve bu zarar talep konusu edilebilmektedir. Doktrinde her ne kadar, olumlu-olumsuz zarar ayırımının gereksizliğine ilişkin eleştiriler ileri sürülmekteyse de, baştaki imkansızlık halinin sözleşmenin geçerliliğine izin vermemesi, sözleşmeden doğan menfaatin ortaya çıkmasına yani olumlu zararın talep konusu edilebilmesine engel olmaktadır.

Son olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetini sözleşmesel sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu ve atipik sorumluluk tiplerine dayandıran görüşler mevcut olup bizim de katıldığımız görüş, bu sorumluluğun sözleşmesel sorumluluğa dayandırılması gerektiğine yöneliktir.

KAYNAKÇA

ADAL, Erhan; **Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.

AKBULUT, Pakize Ezgi; **Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:8, No:2, 2018.

AKINTÜRK, Turgut; **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:212, Ankara, 1966.

AKŞENER, Fırat; **Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağıın Önceden Belli Olması Durumu**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

ALTUNKAYA, Mehmet; **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 2004.

DEMİRCİOĞLU, Reyhan; **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Tezi, Ankara, 2007.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ERGÜNE, Serkan; **Olumsuz Zarar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

FILIPOVIC, Mihaela, Braut / VEHOVEC MarjetaTomulic; **Precontractual Liability in EU and Croatian Law**, UDK 340.137:347.447.5(497.5:4-672EU). pp. 13-32, September 2016.

GEZDER, Ümit; **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009.

GÜNDOĞDU, Fatih; **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2014.

KESSLER Friedrich / FINE Edith, **Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study**, Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, pp: 401-450, January 1964.

KILIÇOĞLU, A; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme**, Filiz Kitabevi, (Hatemi/Serozan/Arpacı ile birlikte), 4. Bası, İstanbul, 2008.

NEDZEL, Nadia; **A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing and Precontractual Liability**, Tulane European & Civil Law Forum, Vol.12, 1995.

NOMER, Haluk Nami; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

NOVOA, Rodrigo; **Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law And The United Nations Convention On Contracts For The**

International Sales Of Goods (CISG), Arizona Journal Of International & Comparative Law Vol. 22, No. 3 2005.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1**, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

ÖZÇELİK Ş. Barış; **Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.63, Sa.3, Ss.569-622, Ankara 2014.

POSTACIOĞLU, İlhan: **Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: VI, S. 1-2, 150 Nüshasından Ayrı Bası, s. 1-9, İstanbul 1950.

REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 11. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018.

SEROZAN, Rona; **“Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi., C.2, Sa.3., Ss.108-129, İstanbul 1968.

SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3 (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)**, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile Birlikte) Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Galip Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TRAKMAN, Leo E. / SHARMA, Kunal; **The Binding Force Of Agreements To Negotiate in Good Faith**, The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3 pp. 598-628, 2014.

ULUSAN, İlhan; **Culpa in Contrahendo Üstüne**, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K. (Yargıtay Kararları Dergisi 2006/12, 1944).

Yargıtay 13. HD, 13.11.1995 T., 1995/9375 E., 1995/9860 K. (www.legalbank.net sitesinden 19.10.2019 tarihinde erişilmiştir).

Yargıtay 13. HD. 30.04.2003 T., 2003/176 E., 2003/5376 K. (www.legalbank.net sitesinden 19.10.2019 tarihinde erişilmiştir.)

Yargıtay 15. HD, 07.05.1981 T., 1981/331 E., 1981/1050 K.
(www.legalbank.net sitesinden 21.10.2019 tarihinde erişilmiştir).

Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K.
(www.legalbank.net sitesinden 21.10.2019 tarihinde erişilmiştir).

KÜRESEL COVID-19 SALGINI'NIN TÜRK BİREYSEL İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

İbrahim SUBAŞI¹

ÖZET

Covid-19 salgın hastalığı nedeni ile çok sektörde ekonomik daralmakta, işyerlerinde faaliyet durdurulmakta ve yine birçok işçinin çalıştığı işyerlerinde küçülmeler meydana gelme ihtimali de ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ekonomik sıkıntı çeken ve daralma meydana gelen işverenlerin hukuka uygun olarak ve işçi haklarına zarar vermeden başvurabileceği imkânların doğru şekilde kullanılabilmesi önemlidir. Covid-19 hadisesinin Türk İş Hukuku üzerinde doğurduğu veya doğurabileceği etkiler ve ileri vadedeki muhtemel sonuçları önemlidir. Salgın hastalığın henüz tedavisinin bulunamamış olması nedeniyle küresel ekonominin içinden geçtiği olumsuz dönemin ülkemiz ekonomisi üzerinde ağır sonuçlar doğurması ihtimal dahilindedir. İstihdam sürekliliğini, yani milyonlarca insanın yaşam koşullarını ve işverenlerin işletmelerinin geleceğini ilgilendiren iş sözleşmelerinin olumsuz etkileneceği aşikârdır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Koronavirüs, Salgın Hastalık, İş Hukuku, İş Sağlığı, İş Güvenliği.

THE IMPACT OF THE GLOBAL COVID-19 PANDEMIC ON TURKISH INDIVIDUAL LABOR LAW

ABSTRACT

Due to the COVID-19 epidemic, the economy shrinks in many sectors, activities stop in workplaces and the possibility of downsizing in workplaces where many employees work arises. Hence, it is important for employers, who suffer from economic difficulties and downsizing, to implement practices that are in accordance with the law and that does not harm workers' rights. The effects of the Covid-19 on Turkish Labor Law and its possible consequences in the future are important. Since there is not yet a cure for the epidemic, it is possible that the negative period that the global economy is going through will have severe consequences on our country's economy. It is evident that employment contracts that concern the continuity of employment, the living conditions of millions of people and the future of employers' businesses will be adversely affected.

¹ Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, (ORCID: 0000-0002-4200-9797), ibrahim.subasi@medeniyet.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.08.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27.08.2020

Keywords: Covid-19, Coronavirus, Epidemic, Labor Law, Occupational Health, Occupational Safety

GİRİŞ

Covid-19 Hastalığı (Yeni Koronavirüs / Kovid-19 / Corona virüsü / Korona virüsü / Koronavirüs / Koronavirüs 2019 / Virüs / Yeni tip Korona Virüs) salgını (Pandemi) nedeni ile turizm ve diğer hizmet sektörleri olmak üzere çok sektörde ekonomik daralmakta, işyerlerinde faaliyet durdurulmakta ve yine birçok işçinin çalıştığı işyerlerindeki çalışma hayatında küçülmeler meydana gelme ihtimali de ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ekonomik sıkıntı çeken ve işyerindeki çalışma hayatında daralma meydana gelen işverenlerin hukuka uygun olarak ve işçi haklarına zarar vermeden başvurabileceği imkânların doğru şekilde kullanılabilmesi önemlidir.

İlk tanı konulan vakanın Çin'in Hubei Eyaleti'ne bağlı Wuhan (Vuhan) şehrinde görüldüğü Covid-19 hadisesinin Türk İş Hukuku üzerinde doğurduğu veya doğurabileceği etkiler ve ileri vadedeki muhtemel sonuçları önemlidir. Salgın hastalığın henüz tedavisinin bulunamamış olması nedeniyle küresel ekonominin içinden geçtiği olumsuz dönemin ülkemiz ekonomisi üzerinde ağır sonuçlar doğurması ihtimal dahilindedir. Üretim ve hizmet sektörlerinde şimdiden başlayan daralma, önümüzdeki süreçte Dünya'da gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ekonomik olarak daralmasını da beraberinde getirme potansiyeline sahiptir. Böyle bir ihtimalde ise en başta istihdam sürekliliğinin, yani milyonlarca insanın yaşam koşullarını ve işverenlerin işletmelerinin geleceğini ilgilendiren iş sözleşmelerinin olumsuz etkileneceği aşikârdır.

Ekonomik sıkıntı veya iş hacminin daralması gibi sonuçlar doğsa dahi, Covid-19 gerekçe gösterilerek, hiçbir surette işçilerin iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidilmemelidir. Covid-19 pandemi esaslı bir problem teşkil etse bile iş sözleşmesini feshinin son çare olduğu asla unutulmamalıdır. Esas olan, fesih yoluna başvurmak yerine mevzuatın sağladığı imkânlara başvurmak, bütün çareleri tüketmek ve son çare olarak iş sözleşmesini feshetmek isabetli karar olacaktır. İşçi-işveren ilişkisinde hak dengesi korunarak, iş sözleşmelerinin hukuki çareler içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Covid-19, devam eden iş sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin akıbetini etkileyecektir. Sanayi sektörünün yanında, turizm, ulaşım, kültür-sanat-eğlence, vb. gibi hizmet sektörlerinin sağladığı yüksek istihdam oranının içinde bulunduğu tehlikenin hem işveren hem de işçiler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dünya genelinde Covid-19 olarak bilinen Solunum Yolu Bulaşıcı Hastalığı'nın (öksürük, ateş, nefes darlığı ve diğer etkileri) Dünya Sağlık Örgütü tarafından "pandemik" ilan edilmesi akabinde, Türkiye'de de birçok iş yeri geçici olarak faaliyetlerini durdurmuş bulunmaktadır. Bu durumda işverenler nezdinde işçilerin çalışma şekli, çalışma düzeni, izin kullandırılıp-kullandırılmayacağı ve

ne şekilde kullanılacağı hakkında cevaplandırılması gereken çok sayıda soru bulunmaktadır.

Covid-19 salgınının çalışma hayatına etkileri, bu süreçte özel sektörde işçi ve işverenlerin hak ve yükümlülükleri, salgın hastalıkların mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı, salgın hastalığın iş kazası olarak görüldüğü durumlarda işyerlerinde fiili çalışmaya ara vermeyi, evden çalışma modelini, iş sağlığı ve güvenliğini, kısa çalışma uygulaması ve ödeneğinin incelenmesi gerekmektedir.

Küresel çapta olduğu gibi ülkemizde de etkisini hissettiren Covid-19 sebebiyle yaşanan ekonomik ve sosyolojik tahribatın mevcut iş süreçlerine etkisi kaçınılmazdır. Küresel salgının iş sözleşme ve ilişkilerine etkisi, iş kazası sayılıp sayılmayacağı, alınması gereken işveren tedbirleri, tarafların sözleşmeyi fesih hakkı, izinin ele alınması gerekmektedir.

Tüm dünyayı etkisi altına alan ve Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından da pandemi olarak ilan edilen Covid-19 salgını nedeniyle bazı işletmeler faaliyetlerini kısmen veya tamamen durdurarak çalışanlarını idari, ücretli veya ücretsiz izne çıkarırken, bazıları da esnek çalışma sistemine geçmektedirler.

Tüm dünyayı saran ve ardından ülkemizde de ortaya çıkan yeni Koronavirüs çalışma hayatımızı da derinden etkilemiştir. İşçilerin birbirine yakın biçimde çalışmalarının yarattığı ya da işyerine gelirken yolda karşılaşabileceği riskleri bertaraf için ilk akla gelen önlem uzaktan çalışma bu bağlamda da evden çalışma modeli olmuştur.

Bazı iş kollarında ise uzaktan çalışmaya müsait olmaması sebebiyle işverenler işlerinin bir bölümünü ya da tamamını geçici olarak durdurma kararı almıştır. Tüm bu durumlar ise işverenlerin bu gibi özel hallerde ne gibi imkânlardan yararlanılabileceği önem kazanmaktadır.

Salgın hastalığın İş Hukukuna etkileri belirsiz bir konu olup farklı hukuki görüşlerin değerlendirilmesi ve içtihatlar ile uygulama şekillenecektir.

İş sözleşmesiyle çalışanlar ile işverenler tarafından merak edilen konuların başında, salgın hastalık nedeniyle işyerlerinin faaliyetlerinin durdurulması, çalışmaya ara verilmesi, uzaktan çalışma kavramlarının, ücret ve izin süreçlerine etkisinin ne olacağı gelmektedir.

Covid-19 salgını, tüm dünya ile birlikte Türkiye’de de hızla yayılmakta, gün geçtikçe bu salgının ekonomi ve İş Dünyası üzerindeki olumsuz etkileri de hissedilir hale gelmektedir. Covid-19 salgınının işveren-işçi ilişkileri üzerindeki mevcut veya muhtemel etkileri hakkında ortaya çıkabilecek hukuki meseleler söz konusu olacaktır.

I. Pandemi

Pandemi; dünyada birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara verilen genel isimdir. Pandemik hastalık,

dünya genelinde yaşayan insanların sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen bir isimdir. Pandemi, Dünya Sağlık Örgütü (WHO / DSÖ) tarafından ilan edilir. Yeni ortaya çıkan virüsün insandan insana kolay bir şekilde hızlıca yayılıyor olması önemli kriterlerdir. Pandeminin toplum düzeyindeki etkisi virüsün bulaştırıcılığına, hastalık oluşturma yeteneğine (virülansına), toplumdaki bireylerin bağışıklık durumuna, bireyler arası temas ve toplumlar arası ulaşım özelliklerine, risk faktörlerinin varlığına, sunulan sağlık hizmetlerine ve iklime bağlı olarak değişiklik göstermektedir.²

Dünyada eşzamanlı olarak çok yaygın bir şekilde çok fazla sayıda insanı tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen isimdir. 2009 yılında domuz gribi, pandemik hastalık ilan edilmişti. Uzmanlar, domuz gribi nedeniyle yüz binlerce kişinin hayatını kaybetmiş olabileceğini söylemektedirler. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımlamasına göre, bir hastalığın pandemi olabilmesi için kabaca üç kriter aranmaktadır: Yeni bir virüs olması, İnsanlara kolayca geçebilmesi, İnsandan insana kolay ve sürekli bir şekilde bulaşmasıdır. Bir hastalık veya tıbbi durum sadece yaygın olması ve çok sayıda insanın ölümüne yol açması nedeniyle pandemi olarak nitelendirilemez, aynı zamanda bulaşıcı olması gereklidir. Örneğin, kanser, insanlarda çok sayıda ölüme sebep olan bir hastalık olmasına rağmen bulaşıcı olmadığı için pandemi olarak adlandırılmamaktadır.³

Covid-19 hastalığı, 11.03.2020 tarihinden itibaren DSÖ tarafından “pandemi” olarak ilan edilmiş, ülkemizde ve dünyada hızla yayılan bu hastalık hem iktisadi hem de günlük yaşamı önemli ölçüde etkilemiştir. Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan şehrinde dünyaya yayılan bu hastalığın, 11.03.2020 tarihinden itibaren merkez üssünün Avrupa olduğu DSÖ tarafından açıklanmıştır. Türkiye ihracatının neredeyse %50'si Birlik ülkelerine yapılmaktadır. Alınan tedbirler ve “gönüllü karantina” uygulamaları ile üretimin etkilenmesinin yanı sıra üretimin kanalize olduğu pazarlar da zor durumda kalmıştır. Tüm bu süreçlerin işletmeler bakımından da bir takım hukuki neticeleri olacağı açıktır.⁴

II. Çalışanların İşverene Beyan Etme Yükümlülüğü ile İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü

Covid-19 bir çok ülkede insanlar üzerinde sağlık meselelerine ve can kayıplarına yol açarken bir tarafta da mal veya hizmet üretimini olumsuz etkilemeye devam etmektedir. Bu durum karşısında birçok işyeri idari karar ya da sipariş azalması/yokluğu, hammadde temin edilememesi, müşteri kaybı gibi nedenlerle, faaliyetini geçici olarak tamamen ya da kısmen durdurmakta ya da normal

² <https://www.medipol.com.tr/bilgi-kosesi/bunlari-biliyor-musunuz/pandemi-nedir-corona-virusu-neden-pandemi-ilan-edildi>; <https://www.sabah.com.tr/saglik/2020/04/21/pandemi-nedir-nedemektir-pandemi-ne-anlama-gelior>.

³ <https://www.sabah.com.tr/saglik/2020/04/21/pandemi-nedir-ne-demektir-pandemi-ne-anlama-gelior>.

⁴ Ömer ÇEBİ / Batuhan ÖZATA, <https://www.hakedis.org/corona-virus-baglaminda-is-sagligi-guvenligi-ve-is-kazasi>.

haftalık çalışma süresini azaltarak faaliyetini sürdürmektedir. Bu durumlar hem işçinin gelir kaybına neden olmakta hem de işvereni ekonomik olarak çok ciddi boyutta etkilemektedir.⁵

Çalışanların Covid-19 taşıma riski taşıdığını İşverene beyan etme yükümlülüğü ile İşverenin önlem alma yükümlülüğü söz konusudur. Öncelikle Covid-19'a yakalanma riski taşıyan veya kendisinde hastalığın belirtileri görülen çalışanların durumu sadakat yükümlülüğü uyarınca işveren ile paylaşma zorunluluğu bulunmaktadır. Sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi işveren açısından İşK.m.25/II/e hükmü uyarınca haklı nedenle fesih sebebidir.⁶

İşverenin de hastalığa ilişkin semptomları ve korunma yöntemlerini çalışanlara yazılı olarak bildirmesinin, eğitim videoları vb uygulamalar ile çalışanları detaylı olarak bilgilendirilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, yurtdışı seyahatinden dönen ve hastalık riski taşıyan personelin, 14 gün işyerine gelmemesi, işyerinin sürekli olarak temizlenmesi, anti-bakteriyel jel bulundurulması ve kullanımının teşvik edilmesi, çalışanların gösterdiği semptomlarının işyeri hekimi vasıtasıyla gözlem altında tutulması, risk görülmesi halinde üst sağlık kuruluşlarına sevki, risk gruplarının (engelli, yaşlı, kronik hasta, gebe-emziren gibi) uzaktan çalışmalarının sağlanması, maske ve eldiven dağıtımı, özellikle biyometrik giriş sağlayan işyerlerinde sistemin geçici olarak devre dışı bırakılması ya da sıklıkla temizliğinin sağlanması gibi önlemler önerilmektedir.⁷

İşveren çalışanlarının hastalığa maruz kalma riskini bertaraf etmek veya en aza indirmek konusunda öncelikle Sağlık Bakanlığı tarafından ilan edilmiş olan tedbirler başta olmak üzere gerekli tüm önlemleri almakla ve çalışanların işle ilgili İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG)'ni sağlamakla yükümlüdür. İşveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu (TBK.m.417; İSGK.m.4) uyarınca, hastalığa ilişkin semptomların görüldüğü veya risk taşıyan personel hakkında, durumun tespit edilmesini talep edebilir ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁸na göre; İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine

⁵ Sabahattin YÜREKLİ, (Covid-19) Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Yıl:19, Sayı:38, Yaz 2020/2, s.35; Saim OCAK, Güncel Değişiklikle Koronavirüs (Covid-19) Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneği, https://drive.google.com/file/d/1tjeBptO9JkcNKfAno9Cn4Ke0NoaFQIG/view?fbclid=IwAR3BgtEz2V94x2kNKZsBE0WAXTzU9iyMp-WF6PIY_2Gbm_PBIKuyijelKWE; Rıza EROĞLU, Ücretsiz İzin ve Ücret Desteği Düzenlemeleri, <https://www.pwc.com.tr/tr/medya/kose-yazilari/triza-eroglu/uccretsiz-izin-ve-ucret-destegi-duzenlemeleri.html>.

⁶ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

⁷ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

⁸ RG., 04.02.2011, 27836.

uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (m.417/I).

İşveren, işyerinde İSG'nin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de İSG konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür (m.417/II).

İşverenin, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir (m.417/III).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)'na⁹ göre; İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede (m.4/1);

Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar (m.4/1/a).

İşyerinde alınan İSG tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (m.4/1/b).

Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır (m.4/1/c).

Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır (m.4/1/ç).

Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır (m.4/1/d).

İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (m.4/2).

Çalışanların İSG alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez (m.4/3).

İşveren, İSG tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz (m.4/4).

6331 sayılı 6331 sayılı İSGK ve sair mevzuat hükümleri uyarınca işverenin, iş yerinde İSG için gerekli tedbirleri almış olması ve çalışanların sağlığını gözetmesi sorumluluğu bulunmaktadır. Anılan yükümlülüğe ilişkin denetimler ve yaptırımlar sıkı bir şekilde yürütülmektedir. İşyerinde bulaşıcı hastalığa

⁹ İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili geniş bilgi, açıklamalar ve kaynaklar için Bkz. Haluk Hadi SÜMER, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.1 vd.; İbrahim SUBAŞI, Türk Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.1 vd.

yakalandığı bilinen veya semptomlarını gösteren işçilerin bulunması durumunda gereken önlemlerin alınması ve işçinin diğer çalışanlardan izole edilmesi amacıyla acilen iş yerinden uzaklaştırılması zorunludur. Buna aykırı davranışlar sonucunda, sürekli olarak yakından ve doğrudan, bulaşıcı hastalığa yakalanmış işveren veyahut başkaca işçilerle temasta kalan tüm işçilerin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek için gerekçelerinin bulunduğu farz edilir. Herhangi bir yaptırımla karşılaşılması adına Covid-19 tanısına veya şüphesine sahip işçilerin iş yerlerinden derhal uzaklaştırılması önem arz etmektedir.¹⁰

İşçinin Covid-19 nedeniyle hasta olması ve bu durumu işverenden saklaması söz konusu ise; işveren, işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İşK.na göre feshedebilecektir. İşK.na göre; İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda feshedebilecektir (m.25/I/b).¹¹

İşverenin Covid-19 çerçevesinde sağlık sebeplerine dayanarak işten çıkarma uygulamasına imkân verebilecek bir düzenleme İşK.m.25/1'de bulunmaktadır; Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, Sağlık sebepleri ile iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeden feshedebilir.

İşverence anılan hükme uygun şekilde gerçekleştirilecek fesihlerde işçi ihbar tazminatı alacağına hak kazanamazken; işverenin kıdem tazminatına ilişkin ödeme yükümlülüğü geçerliliğini korur. İşK.m.25/I uyarınca işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmesi için; işçinin Covid-19 pozitif tanısına haiz olması ve kıdemine göre hesaplanacak en az sekiz haftalık sürenin aşması beklenmelidir. Süresinden evvel gerçekleştirilecek fesih işlemlerinde, işverenin işçilik alacaklarından sorumlu tutulacağı unutulmamalıdır. Taşiyıcı da dahil olmak üzere Covid-19 bir işçinin, işverene doğru bilgi vermediğinin anlaşılması durumunda ise iş sözleşmesinin İşK.m.25/II-a uyarınca ihbar ve kıdem tazminatlarından müstesna olacak şekilde feshedilmesi mümkündür. Bireysel ekonominin ve aile içi (hane) ekonomisinin de etkilendiği bu süreçte işçilerin işten çıkartılmasının, salgın sonrası uyuşmazlıkların incelenmesi evresinde Yüksek Mahkemelerce işçi lehine yorumlanmaya açık olduğu hesaba katılarak mümkün mertebe tercih edilmemesi uygun olacaktır.¹²

İşverenin kendisine ulaşmış olan yahut toplamış olduğu bilgileri saklarken ve paylaşırken 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerini de göz önünde bulundurması gereklidir. Bu nedenle, işverenin çalışanlarından birinin

¹⁰ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

¹¹ Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>.

¹² <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

virüs taşıdığına ilişkin bilgileri KVKK uyarınca, mevzuata göre bildirim yapılması zorunlu kuruluşlar dışında, üçüncü kişilerle paylaşamayacaktır.¹³

Covid-19 salgını kapsamında değerlendirildiğinde işveren genel olarak tedbirleri alabilecektir. Ancak bu tedbirlerin her işin niteliği ve koşulları çerçevesinde kendi özelinde değerlendirilmesinin doğru olacaktır. Gerekli araç ve gereçler sağlanmalı; Maske, eldiven, alkol bazlı dezenfektanlar, ateş ölçümü için gerekli aletler işyerinde bulundurulmalıdır. Bilgilendirme ve denetim yapılmalıdır. Bu hastalıktan korunmanın yolları açıklanmalı, tedbirlerin uygulanmalı, ekipmanların kullanımı zorunlu tutulmalı, iş esnasında ve molalarda fiziki mesafe'nin korunmasına özen gösterilmeli, kişisel temizliğe dikkat edilmelidir. İşyeri değişen şartlara uygun hale getirilmelidir. Çalışma ortamında çalışanlar arasında mesafe düzenlenmeli, çalışma ortamı dezenfekte edilmeli, sınırlı sayıda müşterinin işyerine girmesi sağlanmalı, çalışma saatleri düzenlenmeli, mümkünse uzaktan çalışmaya geçilmeli, mesailer kaldırılmalıdır. Kişilerin işe uygunluğu gözetilmelidir. Kronik rahatsızlıkları olanlar tespit edilmeli, çalışmalarına izin verilmemeli, çalışanlar arasında annelik gibi durumu hassas olanlara uygun çalışma ortamı sağlanmalıdır. Tehlike bulunan yerlere girilmemelidir. Karantina altında bulunan yerlerin yanı sıra hastalığı kapma ihtimalinin yüksek olduğu yerlere çalışanlar gönderilmemelidir. Tüm bu tedbirler alınırken işçiye gerekli ekipmanın verildiği, çalışma ortamının değişen şartlara uyumlu hale getirildiği vb. gerçekleştirilen tüm değişik ve tedbirlere ilişkin işçinin yazılı onayı alınması, belgelenmesi ve dosyasına konması yerinde olacaktır. İşveren gerekli gördüğü takdirde farklı tedbirleri de yürürlüğe koymaktan çekinmemelidir. İSGK.m.4 uyarınca işveren alınan İSG tedbirleri sebebiyle işçisinden masraf talep edemeyecektir. İşverenin, yanında çalışan işçi için alması gereken tedbirler konusunda bir sınırlama yoktur. Bu hususta işveren, işyerinde tedbirler alacağı gibi, işçiyi korumak için farklı yollar da deneyebilecektir. Evden çalışma, yıllık izinlerin kullandırımı, telafi çalışması yapılması, ücretsiz izin verilmesi ve kısa çalışma yapılması İSG kapsamında gerçekleştirilecek tedbirlere örnek olarak sayılabilir.¹⁴

İşletmelerin İSG kurullarını toplayarak, işyeri ve çalışma alanlarında alınacak önlemleri belirlemesi, dezenfektanların temini, konumlandırması, hijyen kurallarının takibi, maske temini gibi kararlar alması ve ivedilikle hayata geçirmesi gerekmektedir. İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi ile birlikte çalışılarak hijyen ve temizlik konularında gerekli tedbirler alınmalıdır. İşletmelerin çalışanlarına Covid-19 hastalığının belirtileri ve hastalıktan korunma yöntemleriyle ilgili bilgilendirme yapması ve duyuru mahiyetinde virüs salgınına önleme yöntemleri taahhütnamesi hazırlanması yararlı olacaktır. İşyeri

¹³ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

¹⁴ Ömer ÇEBİ / Batuhan ÖZATA, <https://www.hakedis.org/corona-virus-baglaminda-is-sagligi-guvenligi-ve-is-kazasi>.

hekimlerinin tüm çalışanları gözetim altında tutması ve mevzuat kapsamında belirli süreler dâhilinde yapılması gereken sağlık kontrollerinin ve periyodik muayenelerin artırılarak virüs tanılarının ve tespitinin yapılması önem arz edecektir. Bu noktada salgın sebebiyle yüksek risk grubunda bulunan çalışanlar tespit edilmeli ve bu çalışanlar bakımından işyeri hekimi gözetiminde ek tedbirlere başvurulmalıdır. Virüs riski olan ülkelere veya şehirlere seyahat zorunluluğu olan çalışanların, 14 gün kuralına riayet edilerek çalışma alanlarına dönmelerine dikkat edilmesi gerekecektir.¹⁵

İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında İSG önlemlerini almak, işçinin sağlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü korumakla yükümlüdür. İSGK uyarınca da çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlanması işverenin yükümlülükleri arasındadır. Bu kapsamda işyerinde, eğer varsa İSG Kurulu toplanarak sürece ilişkin eylem planının ve alınacak tedbirlerin belirlenerek çalışanlara duyurulması; çalışanlarca alınan tedbirlere uygun davranılmasının sağlanması ve sürekli olarak uygunluk denetiminde bulunulması önerilmektedir. Tüm dünyayı etkisi altına alan bir salgın hastalığın hızla yayılmakta olduğu bilindiğinden, işverenlerin ve çalışanların İSG önlemlerine azami düzeyde dikkat etmesi gerekmektedir. İşverenin işçiyi koruma, gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu doğrultuda işveren tarafından alınabilecek tüm tedbirler alınmalı, bu tedbirler işçilere duyurulmalı, gerekli eğitim verilmeli ve kurallara uyulup uyulmadığı denetlenmelidir. İşçiler de işveren tarafından alınan bu tedbirlere uymakla yükümlüdür. Bu kapsamda özellikle işyeri hekimleri ile birlikte hareket edilmeli, uzmanlardan yardım alınmalıdır.¹⁶

İşveren çalışanlarına, işe girişleri esnasında ateş ölçümü yapabilir, çalışanlardan Covid-19 semptomlarını gösterip göstermedikleri yönünde bilgi vermelerini isteyebilir. İşyeri hekimini tarafından çalışanların ateşinin ölçülmesinde ya da hastalık semptomları hakkında bilgi alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak, sağlık verisi içeren kişisel verilerin İşyeri Hekimi aracılığıyla toplanamayacak ya da bunun sürekli olarak sağlanması mümkün olmayacak ise, Kişisel Verileri Koruma Kanunu uyarınca, toplanacak sağlık verilerin işlenmesine ilişkin olarak çalışanların açık rızalarının alınması ve her halde çalışanlara uygun aydınlatmanın yapılması her koşulda önemlidir. Çalışanın Covid-19 semptomlarını göstermesi halinde bunu işverene bildirme yükümlülüğü vardır. Çalışanların sadakat borcu ve diğer çalışanların sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü uyarınca, gösterdikleri hastalık semptomlarını işverenle paylaşmaları beklenmektedir. İşveren, çalışanları bu

¹⁵ https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19_%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

¹⁶ <https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/is-hukuku-kapsaminda-covid-19-nasil-degerlendirilmelidir>.

yönde teşvik edecek politikalar geliştirilmesi ve Covid-19'a ilişkin bilgilendirmede bulunması önemlidir.¹⁷

Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında gerek toplum sağlığının korunması gerekse de ekonomik olumsuzlukların telafi edilebilmesi amacıyla her alanda olduğu gibi iş hayatında da köklü değişiklikler yapılması ve önlemler alınması gerekmektedir. Özel sektörde çalışma hayatı işveren ile işçilerin anlaşması, karşılıklı müzakereler ile sonuca varılması en uygun yöntemdir. Evden çalışmanın mümkün olmadığı hallerde, işyerinde çalışmanın mümkün olmadığı durumlarda işçilere öncelikle yıllık ücretli izinlerinin kullandırılması, ücretsiz izin veyahut telafi çalışması uygulamasına geçilmesi önerilmektedir. Zorunlu nedenlerle faaliyetin durması halinde kısa çalışma ödeneğinin de önünün açılması sonucu işverenlerin İşkur'a başvuru yapması da önemlidir.¹⁸

Covid-19 virüsünün İş Hukuku boyutunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu kapsamda, işverenin işçiyi gözetme borcu bulunmakta olup, işveren, İSG'ni sağlamak adına her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşverenlerin; eğer varsa işyerindeki İSG kurulunu toplamaları; çalışanları Covid-19'a ilişkin olarak aldıkları önemler hakkında bilgilendirmeleri; mümkün olduğunca iş amaçlı yurtdışı seyahatlerini, toplantılarını veya buluşmalarını kısıtlamaları; Covid-19'un yayılmasını önlemek için evden çalışma gibi farklı çalışma modellerini değerlendirmeleri önerilmektedir.¹⁹

Covid-19 salgını sürecinde işveren tarafından çalışanlara yapılan bildirimlere gelince; bu süreçte, işverenler mail ve telefon uygulamaları vasıtasıyla bildirimlerini gerçekleştirebilirler. Bu yol ile yapılan bildirimler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁰ gereğince belge niteliğinde sayılmaktadır. Ancak işverenin geçerli nedenle feshe başvurması 4857 sayılı İşK. gereğince yazılı olmalıdır.²¹

Covid-19'la tüm dünya gibi ülkemizde de ekonomi sarsılmıştır. İşçiler karantina uygulamaları, sokağa çıkma yasağı gibi nedenlerle işyerine gidememektedir. Bu durum iş sözleşmesinin temel borcu olan iş görme borcunun yerine getirilememesine neden olmaktadır. Covid-19 Salgını nedeniyle ücretlerinden yoksun kalan işçiler için imkânlar aranmaktadır. İş görme ediminin yerine getirilememesi halinde tarafların fesih hakkı mevcuttur. Ancak fesih hakkı

¹⁷ Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; <http://www.kasaroglu.av.tr/tr/41236/COVID-19>; <http://www.kasaroglu.av.tr/tr/covid-19-isci-isveren-kisisel-veri-kvkk>.

¹⁸ Serdar ÇOKER, <http://www.mgc.com.tr/yeni-tip-koronavirus-covid-19-salgini-ve-is-hukukuna-etkileri>.

¹⁹ Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/is-hukuku-kapsaminda-covid-19-nasil-degerlendirilmelidir>.

²⁰ RG., 04.02.2011, 27836.

²¹ Bir görüşe göre; Bu nedenle; mail yolu ile bu sürecin iletilmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. (Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>).

kullanılmamışsa bu takdirde iş sözleşmesi askıda kalacaktır. İşyerleri çalışanları işsiz bırakmamak adına her yol denenmektedir. Devlet; “kısa çalışma ödeneği”, gelir transferli “ücretsiz izin”, “fesih yasağı” gibi tedbirlerle işyerlerini koruma altına almaktadır ve çalışanları işsizlik tehlikesine bırakmamaya çalışmaktadır. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı her gün yeni bir tedbir açıklayarak, zor günlerin üstesinden gelmeye çalışmaktadır.²²

Covid-19 zorlayıcı sebep olarak ortaya çıkmıştır ve çalışanların zarar görmemesi için farklı tedbirler alınması ihtiyacı doğmuştur. En önemli tedbirlerin başında, kısa çalışma uygulaması gelmektedir. Covid-19 sebebiyle işyerinde iş durmasa da işçi isterse iş sözleşmesini haklı nedenle fesh edebilmelidir. İşverenin fesih hakkı da bu tedbirler kapsamında öngörülen tarihler için yasaklanmıştır. İşçiye koşulların oluşması halinde çalışmaktan kaçınma hakkı da tanınmıştır. Salgını iş kazası ve meslek hastalığı bağlamında da değerlendirmek gerekir; Covid-19 salgınının meslek hastalığına yol açması mümkün değildir fakat koşullar mevcutsa iş kazası olarak nitelendirilebilir. Yine, salgına yakalandığı tespit edilen işçinin çalışmaktan yasaklanması mümkündür; bu durumda iş sözleşmesi askıda kalır. Salgın nedeniyle işyerinde tedbir amaçlı olarak işçilere yıllık ücretli izin kullanılabilir. “Üç aylık süreyi” geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Aynı şekilde tedbiren, tam süreli çalışanlar kısmi süreliye geçebilir. Evden çalışma düzeni de bir tedbir olarak görülmektedir.²³

Zorunlu işlerin yapıldığı işyerlerinde azami önlem alınmalıdır. Başta sağlık hizmetleri olmak üzere, gıda, temizlik, ilaç sanayi, bu ürünlerin nakli ile ilgili olmak şartıyla lojistik ve nakliye hizmetleri, zorunlu bakım onarım işlerinin durdurulması salgın günlerinde dahi mümkün değildir. Ancak bu tür işyerleri de 6331 Sayılı Kanuna göre; bilim insanları tarafından açıklanan ve Covid-19’un yol açtığı salgına karşı alınması gereken önlemlerin alınması şartıyla çalışmaya devam etmelidir. Bunun için; İşverenler derhal Covid-19 salgını nedeniyle oluşan riskleri göz önünde bulundurarak işyerinde veya dışında, iş faaliyetlerinin tümü için risk değerlendirmesi ve acil durum planlarını hazırlamalı, çalışan ve toplum sağlığı açısından gerekli tedbirleri almalıdır. Çalışma yöntem ve şekilleri en az işçi ile çalışmaların yürütülebileceği şekilde düzenlenmelidir. Servis araçlarındaki yoğunluk azaltılarak, fiziki mesafe kuralları uygulanmalı, araç içi temizliği ve hijyeni sık sık yapılmalı, araç içerisine dezenfektan konulmalı ve şoför dahil tüm yolcuların maske kullanımı sağlanmalıdır. İşyerine giriş ve çıkışların yapıldığı alana hijyen malzemeleri konulmalı, parmak okuma gibi temas ile bulaşma risklerinin bulunduğu sistemler iptal edilerek temassız sistemler kullanılmalı, geçişler esnasında aralıklar bırakılmalı,

²² Talat CANBOLAT / Hasan KAYIRGAN, Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi İle İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.5, S.1, Nisan 2020, s.637; Cem KILIÇ, <https://www.ntv.com.tr/yazarlar/prof-dr-cem-kilic/iste-koronaya-onlem-kilavuzu,duxoDTrMckWnQOrss0ohhw>.

²³ YÜREKLİ, Covid-19, s.34.

kalabalıklaşmaların önüne geçilmelidir. İşe girişlerde temassız ateş ölçerlerle çalışanların ateşleri ölçülmeli, yüksek ateş görülen veya şikayeti olan çalışanlar (ateş, öksürük, nefes darlığı vb.) işyeri sağlık birimine, sağlık personeli bulunmayan işyerlerinde ise doğrudan sağlık kuruluşuna yönlendirilmelidir. Çalışma alanlarında fiziki mesafe kuralları göz önünde bulundurularak, çalışma yöntemleri ve organizasyonları tekrar gözden geçirilmelidir. Dar alanda kalabalık çalışmalardan kaçınılmalıdır. Bant sistemlerinde yapılan işlerde, işçiler arasında birer boşluk bırakılarak çalışmalar sürdürülmelidir. Ortam havalandırılmalı, çalışanların dokundukları yerler sık sık dezenfekte edilmeli, asansörlerin kullanımı en aza indirilmeli, kullanılması durumunda ise kişi sayıları azaltılmalı ve butonları düzenli temizlenmelidir. Çalışanlara verilen mola sıklıkları artırılmalı ve çalışanların temiz hava almaları sağlanmalıdır. Topluca kullanılan su sebilleri ve çay ocakları bu süreçte kullanılmamalı, tek kullanımlık sular dağıtılmalıdır. Soyunma odaları, lavabolar, duşlar ve tuvaletlerde yeterli miktarda hijyen malzemesi bulundurulmalı ve sık sık kez bu alanlar dezenfekte edilmelidir. İşçilerin barınmak için kullandıkları koğuşlarda kişi sayıları tekrar gözden geçirilerek koğuşların dezenfeksiyonu sağlanmalıdır. Yemekhanelerde kullanılan tabak, çatal, kaşık vb. malzemeler tek kullanımlık yapılmalı ve yemekhane personelinin kişisel hijyeni sağlanmalıdır. Masalar arası mesafeler ve oturma düzeni gözden geçirilmeli ve yığılmalar önlenmelidir. Temizlik ve atık işlerinden sorumlu çalışanlar kişisel koruyucularını muhakkak kullanmalı ve kişisel hijyenine dikkat etmelidir. Toplantılar, eğitimler ve sunumlar, salgın bitene kadar yüz yüze yapılmamalı, bilgilendirme yapılması gereken durumlarda ise fiziki mesafe kurallarına uyulmalıdır. Çalışanlara, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı tarafından, virüsün yayılımının engellenmesi amacıyla bilgilendirmeler sıkça yapılmalıdır. Bu bilgilendirmelerde mail, mesaj veya duyuru panoları kullanılmalıdır. Çalışma saatleri, ücret değişimsiz azaltılmalı, ek vardiya düzenine geçilmeli, mola sayıları ve süreleri 1,5 saatte bir en az 20 dakika olacak şekilde artırılmalıdır. Tüm çalışanlar için kaliteli, yeterli sayıda ve ücretsiz koruyucu ekipman (maske, eldiven, kişisel hijyen malzemesi gibi) sağlanmalıdır. Hastanelerde, hizmetin niteliği gereğince alınması zorunlu önlemler, derhal alınmalıdır. Önlem alınmayan zorunlu işlerin yapıldığı işyerlerinde çalışanlar, işyerindeki İSG Kuruluna, kurul yoksa doğrudan işverene başvurarak gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmelidir. Aksi halde, zorunlu işlerde çalışanların da gerekli tedbirler alınmaya kadar, önlenemez ve yakın tehlike halinde herhangi bir bildirimde dahi bulunmadan çalışmaktan kaçınma hakkı vardır.²⁴

III. İşe Gelmeyi Reddetme Hakkı (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı)

İşyerinin kapatılması veya işin devam etmesi halinde çalışanların işlerini kararlaştırıldığı şekilde yerine getirmeleri gerekmektedir. İşyerinde Covid-19

²⁴ <https://www.evrensel.net/haber/401888/kovid-19-salgininda-iscilerin-haklari-neler;>
[https://facebook.com/Demokrasi-Icin-Hukukcular-DIH-1641161699457596.](https://facebook.com/Demokrasi-Icin-Hukukcular-DIH-1641161699457596)

enfeksiyonun teyit edilmesi gibi ciddi ve yakın bir tehlike ortaya çıkarsa, tehlike giderilinceye kadar çalışanlar çalışmaktan kaçınabilir.

6331 sayılı İSGK.m.13 uyarınca ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar da, işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir.

6331 sayılı Kanuna göre; Çalışmaktan kaçınma hakkı; Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir (m.13/1).

Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır (m.13/2).

Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz (m.13/3).

İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır (m.13/4).

Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz (m.13/5).

Salgın hastalığın bulaşması riskine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almaması 6331 sayılı Kanun m.13 uyarınca işçi açısından çalışmaktan kaçınma nedeni olarak düzenlenmiştir ve 4857 sayılı Kanun m.24/II hükmü uyarınca işverenin iş şartlarına aykırı hareket etmesi nedeniyle işçinin bildirimli fesih hakkı mevcuttur.²⁵

İşyerinde İSG açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, kanunun belirlediği belli şartları yerine getirerek iş görmekten kaçınabilir. Bu

²⁵ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

halde tehlike giderilene kadar iş durdurulsa dahi işverenler ücret ödemeye devam etmek zorundadırlar.²⁶

İşçinin, ciddi ve yakın tehlikeyle karşı karşıya kalması halinde tehlikenin tespiti ve tehlikeye karşı gerekli tedbirlerin alınması amacıyla İSG Kurulu'na, Kurul bulunmayan yerlerde ise doğrudan işverene başvuruda bulunma hakkı vardır. Başvuruyla birlikte işçiye derhal dönüş yapılması beklenmektedir. Çalışanın talebi dolayısıyla iş yerinde ciddi ve yakın bir tehlike bulunduğu tespiti yapılır ise gerekli tedbirler alınincaya kadar işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür. Çalışılmayan süreler içerisinde de ücret tahakkuk edecek ve iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer haklar saklı kalacaktır. Mevcut bulunan ciddi ve yakın tehlikenin önlenmesinin mümkün olmadığı hallerde başvuru usulü aranmaksızın çalışan, iş yerini ve/veya tehlikeli bölgeyi terk edebilir. Acil durum nedeniyle tehlikeden uzaklaşmak amacıyla çalışmaktan kaçınan işçinin bu hareketleri dolayısıyla hakları kısıtlanamaz. İşverenin, İSG tedbirleri kapsamında işçiyi uzaklaştırma sorumluluğu hususunda değinildiği üzere, çalışanların talep etmelerine rağmen tehlikeye karşı gerekli önlemlerin alınmaması, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesine imkân tanır. İşçiyi uzaklaştırma sorumluluğu ile İSG tedbirlerini tam ve eksiksiz yerine getirme yükümlülüğü bir arada değerlendirilmeli; Covid-19'un yaratabileceği tehdidin engellenmesi için işverence doğru önlemler alınmalıdır.²⁷

Covid-19'un hastalığın görüldüğü işyerlerinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak yasal bir haktır. Hastalanan kişi ile aynı servisi, aynı yemekhaneyi, aynı soyunma odasını, aynı bandı kullanan işçiler için daha açık ciddi ve yakın tehlike olabilir. Zorunlu işler dışındaki işyerlerinin işçilere ücretli izin verilerek veya ücret kayıpları karşılanarak tatil edilmemesi karşısında işçilere "çalışmaktan kaçınma hakkını" kullanmaktan başkaca bir seçenek bırakılmamaktadır. Hastalığa tutulduğu tespit edilen çalışanlarla aynı bölümde yer alan, aynı servisi kullanan, aynı yemekhanede yemek yiyen, işi gereği hastalanan kişi ile doğrudan veya hasta çalışanın temas ettiği kişi ile dolaylı olarak temas eden her işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması hukuki bir haktır.²⁸

Covid-19 Salgını, hava yoluyla ve temas halinde bulaşabilen bir hastalık olup ülkemizce üretimin durmaması adına kısmi karantina uygulaması teşvik edilerek, esasen işverenlerin uygulaması gereken yöntemler dolayısıyla da muğlak bir geçiş süreci yönetilmektedir. Bulaşması kolay bir hastalığa karşı metro, metrobüs vb. taşıma araçları kullanan çalışanlara hastalığın bulaşma riski veyahut bulaştırma riski fazla olduğundan ve ayrıca işyerinde Covid-19'a karşı

²⁶ Tefvik GÜNDÜZ, <https://www.yuksekovahaber.com.tr/haber/is-hukuku-bakimindan-covid-19-salgininin-isci-ve-isverene-etkileri-235609.htm>.

²⁷ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

²⁸ <https://www.evrensel.net/haber/401888/kovid-19-salgininda-iscilerin-haklari-neler;>
<https://facebook.com/Demokrasi-Icin-Hukukcular-DIH-1641161699457596>.

önlem almanın şu anki mevcut durumda mümkün olmaması sebebiyle, işverenlere çalışanlarına evden çalışma ortamı tesis etmelerinin avantajlı olduğu düşünülmektedir.²⁹

İşveren, İSG mevzuatı çerçevesinde tüm koruma tedbirlerini yerine getirdiyse Çalışanın, Covid-19 sebebiyle işyerine gitmeyip; işten kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir, işten kaçınma hakkı bulunmaz. Ancak; ilgili koruma tedbirlerinin yerine getirilmemesi halinde Çalışanın, Covid-19 sebebiyle işyerine gitmeyip; işten kaçınma hakkını kullanması mümkündür, Çalışan açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih sebebi de olabilecektir.³⁰

IV. Zorlayıcı Neden

Türk Hukukunda zorlayıcı neden kavramı Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik³¹de yapılmıştır.

Zorlayıcı neden (sebebe)³²: İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları (m.3/h).

Bu düzenleme esas alınarak, zorlayıcı nedeni şu şekilde tanımlanabilir; zorlayıcı neden sorumlu veya borçlunun faaliyet alanı dışında meydana gelen, borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan ve önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, beklenmedik olağanüstü hallerdir. Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarına göre de zorlayıcı neden kavramından alışılmamış ve öngörülemeyen olayları anlamak gerekir. Zorlayıcı nedene dayanan o olay bütün özenin sarf edilmesine rağmen sonuçlarından kaçınılamamasına neden olmalıdır. Zorlayıcı neden için dışarıdan gelen bir etki bulunması ve bu etkinin olağanüstü ve önlenemez olması aranmaktadır. Alman Hukukunda da, zorlayıcı neden teşkil eden olayın olağanüstü, doğal güçler veya işletmeye yabancı üçüncü kişinin eylemi nedeniyle dışarıdan gelmesi; insani görüş ve tecrübe ile önceden öngörülemeyecek nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır. Federal mahkeme kararlarında zorlayıcı nedene ilişkin öngörülememenin ekonomik olarak katlanılabilir araçlar ile hakkaniyete uygun şekilde beklenebilecek azami özenle engellenemiyor veya zararsız kılınmıyor olması gerektiği belirtilmiştir. Zorlayıcı nedenin objektif olarak dıştan gelme (haricilik) ve olağanüstülük

²⁹ Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degiskenler-ve-etkileri>.

³⁰ Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

³¹ RG., 30.04.2011, 27920; Değişik, Değişik İbare ve Ek: RG., 09.11.2018, 30590.

³² Geniş bilgi, açıklamalar ve kaynaklar için Bkz. Hasan KAYIRGAN, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.1 vd.; Ertuğrul YUVALI, İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş D., C.12, S.3, 2012, s.1 vd.

unsurlarının yanında ayrıca sübjektif olarak ise önlenememe unsurunu barındırdığı ifade edilmektedir. Zorlayıcı nedenin varlığı için belirtilen objektif ve sübjektif unsurların birlikte bulunması gereklidir.³³

Zorlayıcı nedenin kabul edilebilmesi için gerekli unsurlar: Öncelikle olağanüstü nitelikte bir olayın meydana gelmesi gerekmektedir. Söz konusu olayın borçlunun faaliyet alanı dışında oluşması gerekir (haricilik). Zorlayıcı neden ile borçlu sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır (bir davranış normunun veya borcun ihlali). Zorlayıcı neden ile söz konusu ihlal arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (uygun illiyet bağı). Mevcut her türlü önlemin alınmış olmasına rağmen olay gerçekleşmelidir (kaçınılmazlık, öngörülmezlik). Zorlayıcı neden olarak nitelendirilen olaya karşı konulamamalıdır (yenilmezlik). Zorlayıcı nedenin meydana gelmesinde borçlunun kusuru bulunmamalıdır (kusursuzluk).³⁴

Borçlar hukukunda zorlayıcı neden, sözleşmeyle kararlaştırılan edimin, borçlunun kusuru olmaksızın yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi olarak kabul edilmekte ve borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınmaktadır. İş Hukukunda da, zorlayıcı neden iş sözleşmesinden doğan ediminin yerine getirilmesini engelleyen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Covid-19 salgını nedeniyle işyerlerinde faaliyetler durdurulmakta; karantina, sokağa çıkma yasağı gibi tedbirler alınmaktadır. Bu bağlamda işin durması, işyerinin kısmen veya tamamen kapatılması ya da işçi tarafından iş görme borcunun yerine getirilememesi gibi durumlar hâsıl olmakta ve Covid-19 salgınının zorlayıcı neden sayılıp sayılmayacağı gündeme gelmektedir. Covid-19 salgını nedeniyle işyerlerinde faaliyetlerin durdurulması, işçinin yaşadığı bölgenin karantina altına alınması ve sokağa çıkma yasağı ilanı gibi durumların işçi-işveren ilişkilerine etkili olmaktadır. Sözleşmenin feshi yoluna gidilmeyip iş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda işveren ve işçi bakımından ücret talep hakkı ve kısa çalışma ödeneği önem kazanmaktadır.³⁵

Sosyal felaket, öğretide genel nitelikte, tüm halkı veya halkın büyük bir çoğunluğunu etkileyebilecek nitelikte, sosyal varoluşu sarsan bir değişiklik olarak ele alınmaktadır.³⁶ Zorlayıcı sebep kavramı literatürde; kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme ve karşı konulma olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen savaş, deprem, yangın, su baskını, heyelan, seferberlik, salgın ve benzeri durumlar olarak adlandırılmaktadır. Öğretide; olağanüstü, öngörülemediği, önlemin yeterli olmadığı, işverenin inisiyatifinden uzak ihtimaller olarak değerlendirilmektedir. Karşı konulamayan tabiat olaylarının sebep olduğu yıkıma ilişkin betimleme

³³ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.639.

³⁴ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.640-641.

³⁵ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.638.

³⁶ Ulaş BAYSAL, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.562; Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

Türk Dil Kurumu tarafından “afet” olarak nitelendirilmektedir. Öğretide ve çeşitli idari yargı kararlarında, insan etkisiyle (yangın, su basması vb.) veya tabiatın kaynaklanan nedenlerle (deprem, su basması, sel baskını, çığ, don, haşerat saldırısı, salgın hastalık vb.) yaşanan yıkımların, insanın kendi iradesi ve gücüyle engelleyemeyeceği boyutlara ulaştığı durumlarda mücbir sebep kapsamına gireceği belirtilmektedir.³⁷

İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz. Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir. İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise (işyerinin kapatılması, iş azaltılmasına gidilmesi gibi) bu kapsamda olmayıp, İşK.m.24/III maddesi gereği işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. Covid-19 salgını sebebiyle eğer ki işçi nezdinde işe gelmesini engelleyecek bir durum oluşur ise, mevcut salgın hastalık zorlayıcı neden olarak değerlendirilebilecektir. Salgın sebebiyle direkt olarak işyerinde devlet eliyle önlem alınması (örneğin işyerinin kapatılması) halinde ise, zorlayıcı neden işyeri/işveren nezdinde meydana geleceği için işçinin zorlayıcı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır.³⁸

En az 1 (bir) yıllık kıdeme sahip işçi, İş Hukukunda düzenlenen zorlayıcı sebebe dayanarak, iş sözleşmesinin bitiminden önce veya bildirim süresine uymaksızın işin durmasından 1 hafta sonrasında, iş akdinin sonlandırılmasını isteyerek kıdem tazminatı talep edebilir.³⁹

İş Hukukunda zorlayıcı neden; önceden öngörülemeyen ve dıştan gelen, kaçınılmaz ve gerçekleştiğinde de iş ilişkisinin sağlıklı gidişatını sıkıntıya sokan her türlü olgudur. Yargı uygulamasında ise İş Hukukunda zorlayıcı nedeni, umulmayan hali ve imkânsızlığı da kapsayacak şekilde önceden öngörülemeyen, meydana geldiğinde karşı konulması mümkün olmayan ve kusura dayanmayan olaylar olarak dikkate alınmaktadır. Covid-19 salgını nedeniyle işyerinde faaliyetlerin durdurulması, sokağa çıkma yasağı, karantina gibi uygulamalar da zorlayıcı neden niteliğini haizdir.⁴⁰

³⁷ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>; Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>.

³⁸ https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19-%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

³⁹ Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>; Gül Nevra AYDIN / Sena GÜNGÖRDÜ / İrem ONURSAL, Covid-19 İş Sözleşmelerine Etkisi, <https://www.kesikli.com/tr/covid-19-sozlesmelerine-etkisi>.

⁴⁰ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.647-648; Ercan AKYİĞİT, (İş Hukuku) İş Hukuku, 12.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.289; Yargıtaya göre; “zorlayıcı neden” olarak genellikle kaçınılmaz ve önceden öngörülemeyen doğal ya da hukuki (örneğin; deprem, yangın, kaza, karantinaya alınma vs.) nedenler benimsenmiş ve özellikle işçinin kendi eyleminin sonucu olan iş görememe hali zorlayıcı neden kabul edilmemiş, dış etkenlere bağlı, işçinin işini görmesine engel

Zorlayıcı sebep sayılan durumun meydana gelmesine etki eden olay, iş sözleşmesinin birçok unsurunda doğrudan veya dolaylı şekilde esaslı değişiklikler yaratmaktadır. Özellikle Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi (bölgeler ve gruplar üstü salgın) ilan edilmesiyle birlikte salgın hastalık olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmayan Covid-19, bazı hususlarda farklı yorumlamaları beraberinde getirmektedir; İşK.m.24/III ve m.25/III'de düzenlenen iş sözleşmesinin zorlayıcı sebeple haklı nedenle derhal feshi, Çalışılmayan sürelerle ilişkin yarım ücret sorumluluğu, İşçiye tanınacak izin türleri ve iznin mahiyeti, Telafi çalışması, İşçi çalıştırmama ile uzaklaştırma, çalışmaktan kaçınma ve kısa çalışma usulleri ile değerlendirmeler bulunmaktadır.

4857 sayılı İşK.na göre; İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa (m.24/III), İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması (m.25/III), haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır.

4857 sayılı İşK.ndaki “zorlayıcı neden (sebeple)” kavramı, sosyal felaketi de kapsamaktadır. İşK.m.24/III'de işçiye, m.25/III'de ise işverene, zorlayıcı sebebin varlığı hâlinde bir haftalık sürenin akabinde iş sözleşmesini derhal fesih hakkı tanınmıştır. Zorlayıcı sebep sözleşme yapılırken öngörülemeyen, ortaya çıktığında direnilemeyen, bu itibarla da sözleşmenin ifasında mutlak bir imkânsızlığa yol açan harici bir olay olup geçici nitelikte ise, iş sözleşmesini askıya alıcı etki gösterir.⁴¹

Zorlayıcı nedenin her zaman işçinin kendisine ilişkin olması şart değildir. Aksine, sel, deprem, çığ gibi doğal olaylar veya sıkıyönetim, karantina gibi kanuni düzenlemelerle işyerine gidilememesi durumunda m.25/III uygulama alanı bulacaktır. Zorlayıcı nedenlerin bir haftaya kadar devamsızlığa neden olması hâlinde işverenin fesih hakkı doğmayacak ve İşK uyarınca bir hafta boyunca yarım günlük ücret ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Bu ücrette çalışılmış günlerden sayılan hafta tatili ücreti de dahildir.⁴²

İş sözleşmelerinin feshinde bildirim yükümlülüğüne riayet edilmesi esastır. İşK.m.24/III ve 25/III doğrultusunda taraflarca, süresi belirli olsun yahut olmasın, birtakım koşullar altında iş sözleşmesinin, süresinin bitiminden önce

olan harici nedenler zorlayıcı neden olarak değerlendirilmiştir. (Yarg.9.HD., 10.04.2013, E.2011/5857, K.2013/11535); Yargıtaya göre; işçiyi çalışmaktan alıkoyan sebepler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen sebepler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı sebep sayılmaz. Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir. (Yarg.9.HD., 01.07.2019, E.2016/6740, K. 2019/14563).

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU / Muhittin ASTARLI / Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2014, s.683.

⁴² Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

veya bildirim süresi beklenmeksizin feshedilmesine imkân tanınmıştır. “Zorlayıcı sebep” unsuru normal şartlar altında, kendisini meydana getiren olaya göre, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından haklı nedenle derhal feshine sebep teşkil edecek hususlardandır. Küresel ekonomide ve sosyal hayatta yadsınamaz etkiler doğuran Covid-19’un, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde taraflardan birine veya hepsine zorlayıcı sebep çerçevesinde hak tanıyıp tanımayacağı tartışma konusudur. Covid-19 salgınının İşK.m.25/III uyarınca işverene iş sözleşmesini derhal fesih hakkı tanıyıp tanımayacağına ilişkin hiçbir mevzuat hükmü ve Yargıtay kararı henüz bulunmamaktadır.⁴³

4857 sayılı İşK.na göre; 24 ve 25.maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenir (m.40).

İşyerinin kamu kuruluşlarınca verilen zorunlu olarak geçici kapatma kararı kapsamına girmesi durumunda; işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçilere bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün yarım ücret ödenmesi mecburiyeti söz konusudur.⁴⁴

İşK.m.24/III’de yer alan işçinin zorlayıcı nedene dayalı haklı feshi için de benzer esaslar geçerlidir. Sel, deprem, yangın gibi maddi engeller veya devletçe işyerine el konulması, ithalat yasağı nedeniyle hammadde sağlanamaması gibi engeller nedeniyle faaliyetin bir haftadan fazla durması hâlinde işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğduğu rahatlıkla dile getirilebilir. İşyerinin idari mercilerce kapatılması veya faaliyetinin bir haftadan fazla süre için askıya alınmasını da bu kapsamda değerlendirebilir. Ancak bu değerlendirmeyi yapabilmek için kapatılma veya askıya alınma kararının işverenin kusurundan kaynaklanmaması gereklidir. Mevzuata uymadığı için kusura dayalı işyeri kapatılan işveren için zorlayıcı nedenin varlığından bahsedilemeyecektir. İşletme riski bakımından mevcut bir takım güçlükler de zorlayıcı nedenin yer aldığı İşK. kapsamı dışında kalacaktır.⁴⁵

İşK.nda zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde 1 haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceği düzenlenmiştir. İşveren dilerse bu bir haftalık süreyi uzatabilecektir. İşçi nezdinde meydana gelen zorlayıcı sebebin 1 haftadan fazla sürmesi halinde işverenin iki seçeneği bulunmaktadır; Yarım ücret ödenen sürenin sonunda iş sözleşmesi kıdem tazminatını ve yıllık izin fazla mesai vb. ücret alacaklarını

⁴³ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

⁴⁴ Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>; Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>.

⁴⁵ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

ödemek suretiyle feshedebilir. Ücret ödeme zorunluluğu bulunmaksızın iş sözleşmesini askıya alabilir ve zorlayıcı sebep devam ettiği sürece derhal fesih hakkını saklı tutar. Zorlayıcı neden ortadan kalktığında ise işçi eskisi gibi işyerinde çalışmak, işveren de işçiyi çalıştırmak zorundadır. İş sözleşmesinin zorlayıcı nedene dayanarak feshedilebilmesi için zorlayıcı nedenin sözleşmenin karşı tarafı nezdinde meydana gelmesi gerekmektedir. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshi için, işçinin kendisi ya da çevresi nezdinde zorlayıcı bir neden meydana gelmelidir. Bahsedilen durumda zorlayıcı neden işçi nezdinde değil, işyeri/işveren nezdinde meydana gelmiş olduğundan zorlayıcı nedenden bahsedilmesi mümkün olmayacak, sadece geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir.⁴⁶

Somut olayın şartları dikkate alınarak zorlayıcı sebebin ortaya çıkıp çıkmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrin⁴⁷ ve Yargıtay içtihatlarında⁴⁸ da kabul edildiği üzere işçinin çevresinde meydana gelen ve bunun sonucunda işçinin kusuru olmaksızın iş görme borcunun yerine getirememesi durumlarında salgın hastalıklar zorlayıcı neden sayılmaktadır. Dolayısıyla Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından “pandemi” ilan edilen Covid-19 nedeniyle zorlayıcı bir sebebin ortaya çıktığı görülmektedir. İşK kapsamında beklenilmesi gereken 1 haftalık süre boyunca işçiye yarım günlük ücret ödenmek zorunda olup bu 1 haftalık sürede iş sözleşmesi askıda kabul edilmektedir. Söz konusu sürenin sonunda işverence 4857 sayılı İşK.m.25/III dayanak gösterilerek iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Dayanak gösterilen madde hükmü gereğince işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işyerinde bir yıldan fazla çalışmış olan kimse kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Eğer 1 haftalık süre sonunda işverence haklı nedenle fesih hakkı kullanılmaz ise iş sözleşmesi askıda kalmaya devam

⁴⁶https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19_%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf

⁴⁷ Sarper SÜZEK, (İş Hukuku) İş Hukuku, 16.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.692, 700-702; Nuri ÇELİK / Nurşen CANİKLİOĞLU / Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 32.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.605-606.

⁴⁸ Yargıtaya göre; 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin (III) numaralı bendinde, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işverenin derhal fesih hakkının olduğu açıklanmıştır. İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz (Yarg.,9.HD., 25.4.2008, E.2007/16205, K.2008/10253). Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir. İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise değinilen madde kapsamında olmayıp, aynı Kanunun 24/III maddesinde düzenlendiği üzere işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. 4857 sayılı Kanunun 40'ıncı maddesi uyarınca, işçiye zorlayıcı nedenlerle Kanunun 25/III maddesi kapsamında kalan “çalışılmayan süreler” için yarım ücret ödenir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenlerle 25/III bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesi uyarınca kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. (Yarg.,9.HD., 09.05.2016, E.2016/7175, K.2016/11446).

edecektir. Lakin zorlayıcı sebep devam ettiği sürece işverenin iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshetme hakkı muhafaza edilecektir. Zorlayıcı nedenin ortadan kalkması halinde işçi eskiden olduğu gibi işyerinde çalışmak, işveren de işçiyi çalıştırmak zorundadır. İşverenin zorlayıcı nedenin ortadan kalkmasına rağmen işçiyi çalıştırmaması durumunda işçi için iş sözleşmesinin feshi hakkı söz konusu olacaktır.⁴⁹

Zorlayıcı sebebin varlığı hâlinde, iş sözleşmesinin ilk etapta alacağı görünüm ise askı hâlidir. Askı hâli genel hükümlere göre geçici ifa imkânsızlığının mevcudiyeti hâlinde doğar. İş Hukukunda askı hâlinin geçici ifa imkânsızlığı ile açıklanamayacak halleri de mevcuttur; greve katılan işçinin iş sözleşmesinin askıda olması da bu örneklerden biridir. Zira ortada geçici ifa imkânsızlığına değil, iradi bir eyleme dayalı askı hâli bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin askıda bulunduğu hâlin diğer disiplinlerden farklı noktaları açısından irdelenmesi önem taşımaktadır; nitekim iş sözleşmelerinin akıbetini belirleyecek temel yaklaşımın da İş Hukuku disiplininin karakteristik öğelerle sıkı bir bağlantısı vardır. Bu karakteristik öğelerin en önemlilerinden biri, askı hâlinin, iş güvencesi sağlamaya çalışan bir enstrüman olarak kullanılma eğilimidir. Borçlar Kanunu ile İş Hukuku arasında sözleşmenin askıya alınması konusundaki yaklaşım farklılığının nedeni de budur. İş sözleşmelerinde diğer Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı olarak sözleşme tarafları arasında mutlak bir eşitlikten bahsedilemez, bu nedenle diğer Borçlar Hukuku sözleşmeleri açısından geçerli olan geçici imkânsızlık veya aşırı ifa güçlüğü ile ilgili yorumlar iş sözleşmelerinin bu özelliği dikkate alınarak farklılaşabilir. Bu yaklaşım farkı sayesinde, geçici bir ifa imkânsızlığından veya ifayı geçici kabul imkânsızlığından kaynaklanan hallerde olduğu kadar bu hukuksal durumlarla ilgili kimi hallerde de iş sözleşmesi askıda kabul edilmek suretiyle iş sözleşmesi korunmakta; bu hallerde sözleşmenin sona ermiş olacağı ya da feshedilmiş sayılacağı veya bu hallerin taraflar için özellikle işveren bakımından fesih hakkı doğuracağı varsayımları baştan dışlanmış olmaktadır.⁵⁰

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması “zorlayıcı neden” olarak kabul edilmektedir.⁵¹ Bu kapsamda, 65 yaş

⁴⁹ Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku, 6.Bası, s.765 vd.; Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁵¹ Yargıtaya göre; İşçiyi çalıştırmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz. (Yarg.9.HD., 25.4.2008, E.2007/16205, K.2008/10253); Yargıtaya göre; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin (III) numaralı bendinde, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalıştırmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işverenin derhal fesih hakkının olduğu açıklanmıştır. İşçiyi çalıştırmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden

ve üzeri ile bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan vatandaşların sokağa çıkmalarını yasaklanmaları sokağa çıkma yasağı kararı verilmesi, bölgesel karantina uygulamaları ve bazı işyerlerinin faaliyetlerinin durdurulması emsal kararlara kıyasen zorlayıcı neden kapsamında değerlendirilebilir.⁵²

sayılmaz Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir. İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise değinilen madde kapsamında olmayıp, aynı Kanun'un 24/III maddesinde düzenlendiği üzere işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. (Yarg.9.HD., 18.9.2019, E.2016/9116, K.2019/16141); Yargıtaya göre; İşçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından, zorlayıcı sebeplerle feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25.maddesinin (III) numaralı bendinde, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işverenin derhal fesih hakkının olduğu açıklanmıştır. İşçiyi çalışmaktan alıkoyan sebepler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen sebepler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı sebep sayılmaz. Ancak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir. İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı sebepler ise değinilen madde kapsamında olmayıp, aynı 4857 sayılı Kanun'un 24/III maddesinde düzenlendiği üzere işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. 4857 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca, işçinin zorlayıcı sebeplerle Kanunun 25/III. maddesi kapsamında kalan "çalışılmayan süreler için yarım ücret ödenir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı sebeplerle 25/III. bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, 1475 sayılı Kanun'un 14.maddesi uyarınca kadem tazminatının ödenmesi gerekir. (Yarg.9.HD., 01.07.2019, E.2016/7091, K.2019/14564; Yarg.9.HD., 01.07.2019, E.2016/6740, K. 2019/14563). Yargıtaya göre; Mahkemece davalı işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin davacının özel güvenlik kartının iptal edilmesi sonucu iş sözleşmesine konu güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmasının imkânsız hale geldiği, davalı şirketin çalışma alanının güvenlik işi olduğundan davalı tarafından yapılan feshin haklı sebebe dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de davacının işyeri dışında ve işyeri ile ilgisi olmayan işlediği bir suç sebebi ile güvenlik görevlisi kartının yenilenemediği anlaşılmasına göre feshin 4857 sayılı Kanunun 25/III. maddesi kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla fesih işveren tarafından zorlayıcı sebeple gerçekleştirildiğinden dava konusu kıdem tazminatının kabulü yerine hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (Yarg.22.HD., 04.02.2014, E.2013/2499, K.2014/1389); Yargıtay, Yurt dışında çalışan işçilerin iç savaş nedeniyle iş akdinin feshedildiği durumda iç savaşın zorlayıcı neden olduğu kanaatindedir. Yargıtaya göre; İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise değinilen madde kapsamında olmayıp, aynı Kanun'un 24/III maddesinde düzenlendiği üzere işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. 4857 sayılı Kanunun 40'ncı maddesi uyarınca, işçinin zorlayıcı nedenlerle Kanun'un 25/III maddesi kapsamında kalan "çalışılmayan süreler" için yarım ücret ödenir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenlerle 25/III bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Fesih nedeni olan iç savaş halinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/III maddesi hükmünde belirtilen zorlayıcı sebep niteliğinde olduğu ve bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak ihbar tazminatı hakkı bulunmadığı anlaşıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken, Mahkemece hatalı değerlendirme ile ihbar tazminatının da hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiştir. (Yarg.,9.HD., 20.11.2018, E.2016/14140, K.2018/21011; Yarg.,9.HD., 23.1.2018, E.2015/22354, K.2018/1051).

⁵² İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgin-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgin-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

Zorlayıcı sebebin varlığı ve bir haftalık süreyle iş görülmediği ve/veya görülen işin kabul edilemediği sürenin aşılması akabinde iş sözleşmesinin otomatik olarak feshedilmiş sayılmamasının, yani tam bir ifa imkânsızlığı sonucuna bağlanmamasının ana amacının iş güvencesi, yani istihdam sürekliliği amacını taşıdığı söylenebilir. Zorlayıcı nedene dayalı askı hâlinin, işveren ya da işçi fesih derhal fesih hakkını kullanana kadar devam etmesi, İş Hukukunun amacının bu sürekliliği sağlamak olduğunu ortaya koyar niteliktedir.⁵³

Zorlayıcı sebep olarak ortaya çıkan Covid-19 nedeniyle işyerlerinin ve çalışanların zarar görmemesi ve mağdur olmaması bakımından farklı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Çalışma yaşamında esas olan iş ilişkisinin devamının sağlanması, iş sözleşmesinin sona ermesinin önüne geçilmesidir. Sözü edilen durumlarda iş ilişkisinin devamının sağlanması ve dolayısıyla iş sözleşmesi sona erdirilmeden önce, fesihten daha farklı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Covid-19'un iş yerlerinin kısmen ya da tamamen kapatılması gibi etkileri nedeni ile hem işletmeleri hem de çalışanları zor durumda bırakmasından dolayı, çalışma hayatında işçi ve işverenin korunmasına ilişkin bir takım tedbirler alınmış, hukuki düzenlemeler yapılmıştır.⁵⁴

Covid-19 salgını zorlayıcı neden unsurlarından olağanüstülük niteliğine de sahiptir. Salgının dıştan gelmesi, kişinin faaliyet alanı dışında gerçekleşmesi dikkate alındığında haricilik unsurunu da taşımaktadır. Buna göre Covid-19 salgınının zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda kuşku yoktur. Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler dikkate alındığında sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün veya borcun ifa edilmesinin engellemesi de söz konusu olmuştur. Bu kapsamda sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilemesi tarafların kusurundan kaynaklanmayan nedenle mümkün olamamaktadır.⁵⁵

4857 sayılı İşK.nda işveren ve işçi açısından yer alan zorlayıcı sebeplerin fesih hakkı tanınması konusunda yerine gelmesi gereken temel şart, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla alıkoyacak bir sebebin varlığıdır. Özellikle işverene fesih hakkı tanınan m.25/III bendine göre, işçinin zorlayıcı sebep nedeniyle işe gidememesi ve iş görme edimini ifa edememesi ayrı ayrı gereklidir. Bu madde düzenlenirken, kanun koyucunun işin yalnızca işyerinden görülen bir olgu olduğunu düşünmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak günümüzde uygulama alanı

⁵³ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁵⁴ YÜREKLİ, Covid-19, s.35-36; OCAK, Güncel Değişiklikle Koronavirüs (Covid-19) Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneği, https://drive.google.com/file/d/1tjeBptO9JkcNKfAno9Cn4Ke0NoaFQIG/view?fbclid=IwAR3BgtEz2V94x2kNKZsBE0WAXTzU9iyMp-WF6PIY_2Gbm_PBIKuyijelKWE.

⁵⁵ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.646-647.

bulan modern çalışma esaslarıyla artık işyeri olarak birden çok fiziki mekân kullanılmaktadır.⁵⁶

Özellikle teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonunu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına v.s. işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duymuştur.⁵⁷

İşverenlerin çoğu faaliyetlerine devam edemeyeceği için işyerlerini kapalı tutacaktır. İş sözleşmesi askıda olan mevsimlik çalışanların sözleşmeleri, işyeri açılana kadar askıda kalmaya devam edecektir. İşverenin, işyerini açamayacağını mevsimlik olarak çalışan işçilere yazılı şekilde bildirmesi gereklidir. Bu durumda ise zorlayıcı sebep söz konusu olduğu için; 4857 sayılı İşK.m.40 gereğince, bekleme süresi sayılan ilk 1 haftada işveren yarım ücret ödemekle yükümlüdür. Sonrasında ise iş sözleşmesi askıda olacağından, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü ve ayrıca çalışanın da iş görme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Ancak işyerinin kapatma kararı aldığı dönem, iş sözleşmesinin askıda olduğu sürece denk geliyorsa bu durumda işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü de olmayacaktır. 4857 sayılı İşK.m.4'te İşK. hükümlerinin uygulanmayacağı haller belirtilmiştir. Bu işyerlerinde de işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmayacaktır.⁵⁸

Zorlayıcı sebep kavramı, işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile durmasını gerektiren olay/olgu olarak tanımlanmaktadır. Ancak zorlayıcı sebebin genel itibarıyla bir salgın hastalık ile ortaya çıktığı düşüncesi, doğrudan tüm iş sözleşmeleri üzerinde aynı etkiyi doğurmayacaktır. Bu noktada, her bir işyeri veya sektör özelinde, özellikle Devlet tarafından alınan tedbirlerin de dikkate alınarak değerlendirme yapılması faydalı olacaktır.⁵⁹

Yaşından veya kronik rahatsızlığından dolayı idari otorite kararıyla sokağa çıkması yasaklanan çalışanlara ücret ödeme yükümlülüğü ile ilgili durumda 4857 sayılı İşK.m.40 gereğince zorlayıcı neden söz konusudur. Zorlayıcı neden kapsamında, ilk 1 hafta bekleme süresi olarak adlandırılmıştır. Bu 1 haftalık süre zarfında; işveren, çalışanlara yarım ücret uygulaması yapmak zorundadır. Sonrasında ise iş sözleşmesi askıda olacağından, işverenin ücret ödeme

⁵⁶ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁵⁷ Cevdet İlhan GÜNAY, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 5.Bası, Ankara 2013, s.314 vd.; Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁵⁸ Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

⁵⁹ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

yükümlülüğü ve ayrıca çalışanın da iş görme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Ancak; iş sözleşmesinden kaynaklanan yan edimler, örneğin işverenin gözetim borcu, çalışanın sadakat yükümlülüğü gibi edimler devam edecektir.⁶⁰

V. Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi şart ise de; işçinin işyerinde işveren ya da çalışan başka bir işçiden dolayı hastalığa yakalanması durumunda; işçi iş sözleşmesini 4857 sayılı İşK.m.24/I-b'e dayanarak feshedebilecektir.⁶¹ Ancak burada önem arzeden husus, söz konusu işyerinde bir kişinin virüse yakalandığının tespit edilmiş olmasının gerekliliği ve iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçinin virüse yakalanan kişi ile yakın temasta bulunmuş olması zorunluluğudur. Böyle bir durumda işçinin koronavirüsü nedeniyle ölmesi durumunun iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği kendi içinde ve şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. İşveren, işçilerin İSG konusunda her türlü önlemi almakla yükümlü olup işverenin gerekli tedbirleri almadığı ve işçinin işyerinde virüsü kapması nedeniyle ölmesi durumunda söz konusu olay iş kazası olarak nitelendirilmelidir.⁶²

4857 sayılı İşK, iş ediminin imkânsızlaşması halinde sözleşmenin taraflarını sözleşmeyle bağlı kalmakla zorunlu tutmamış ve taraflara fesih hakkı tanımıştır . Sözleşmenin derhal feshi için haklı bir sebep olarak düzenlenen ve işin ifasını imkânsızlaştıran zorlayıcı neden, İş Hukukunda işçi ve işveren bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. İmkânsızlığın işçi tarafında meydana gelmesi halinde işverene m.25/III uyarınca ve işin yerine getirilememesinin işverenden kaynaklanması halinde de m.24/III uyarınca işçiye fesih yetkisi verilmiştir. Burada kastedilen imkânsızlığın kusursuz imkânsızlık olduğu belirtilmelidir. Bunun yanında bu imkânsızlık zorlayıcı neden vasfını da taşımaktadır. Hükümde işçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan nedenlerin geçici veya daimi olması yönünden bir ayırımı gidilmemiştir. Bir haftalık süre alt sınır olup belirtilen sürenin aşılması veya aşılabacağı kesin olması halinde tarafların derhal fesih hakkı ortaya çıkar. Bu yönden de zorlayıcı nedenlerin geçici olması ile sürekli olması arasında madde uygulaması bakımından bir fark aranmayacaktır. Fesih hakkının doğması için salt zorlayıcı nedenin ortaya çıkması yeterli olmayacak, bu durumun işçinin işini yapmasını veya işyerindeki faaliyetin durmasına neden

⁶⁰ Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

⁶¹ Fesih ile ilgili geniş bilgi, açıklamalar ve kaynaklar için Bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.455 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.511 vd.

⁶² Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>.

olması ve bunun en az bir haftadan fazla süreyle devam etmesi ve işin durması da aranacaktır.⁶³

İşçiye tanınan fesih hakkının dayanağını işverenden kaynaklanan nedenle işçiye iş verilememesi söz konusu olmaktadır. Burada işyerinden kaynaklı bir ifa imkânsızlığı durumu oluşmaktadır. Salt bu ifa imkânsızlığı durumu yeterli görülmemiş, işin yerine getirilememesinin bir haftadan fazla sürecek olması da aranmıştır. Zorlayıcı nedene verilen klasik örnekler işyerinde deprem, sel gibi doğal olayların meydana gelmesi ve işin yerine getirilmesinin bir haftadan fazla süre ile mümkün olmamasıdır. Burada esas alınan haklı neden, işyerinden veya işletmeden kaynaklanan ifayı kabulde geçici imkânsızlık halinin bir haftadan fazla sürmesidir. Mevcut koşullar işçinin kendisinin çalışmasını güçleştiriyor veya imkânsız kılıyor buna karşılık işyerindeki faaliyeti etkilemiyorsa, bu takdirde işçi iş sözleşmesini zorlayıcı nedenlere dayanarak feshedemeyecektir. İşçiye iş sözleşmesini fesih hakkı veren zorlayıcı neden hallerine örnek olarak sel, deprem gibi maddi engeller yanında hammadde sağlanmasını engelleyen ithalat yasakları da gösterilebilir. Yangın sebebiyle işyerinde işin yerine getirilmesi bir haftadan fazla süre ile imkânsızlaşmışsa zorlayıcı nedenlerle fesih hakkı doğar.⁶⁴

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda işçinin iş sözleşmesi haklı nedene dayanılarak feshedilebilir. Yargıtay tam teşekküllü bir sağlık kurumu tarafından bu konuda bir uzman raporu alınması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay tarafından, bu durumun sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi halinde dahi işveren tarafından kişinin çalışabileceği başkaca bölüm yahut pozisyon olup olmadığına da değerlendirilmek suretiyle, çalışanın iş sözleşmesinin feshinin son çare olarak düşünülmesi gerektiği de kabul edilmektedir. Hastalığın işçinin işyerindeki çalışma süresine göre ihbar süresini altı hafta aşması (kesintisiz olarak) halinde iş sözleşmesi işveren

⁶³ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.648-649; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku, 6.Bası, s.833; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.314.

⁶⁴ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.655; Nizamettin AKTAY / Kadir ARICI / Emine Tuncay SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2013, s.211; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.290, 314; AKYİĞİT, (Kıdem Tazminatı) Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, 2.Bası, Ankara 2010, s.168; Müjdat ŞAKAR, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2009, s.379; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, (İş Hukuku Ders Kitabı) İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, 2.Bası, Ankara 2018, s.217, 237; Fatma Burcu SAVAŞ, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s.132; A. Murat DEMİRCİOĞLU / Tankut CENTEL, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2013, s.181; Yargıtaya göre; işyerinin kapatılmış olması nedeniyle işçinin işverenin başka bir işyerine TİS'ten kaynaklanan yetki ile nakledilmiş olması durumunun İşK.m.24/3'deki zorlayıcı nedene ilgisi bulunmamakta ve sadece nakil işlemi tek başına işçiye fesih hakkı tanımamaktadır. (Yarg.9.HD., 13.04.2017, E.2016/14846, K.2017/6472).

tarafından haklı nedene dayanarak (kıdem tazminatı ödenmek şartıyla) bildirimsiz şekilde feshedilebilir.⁶⁵

Covid-19 sürecinde işverenin dikkat etmesi gereken bir başka konuyla, işletmesel karar nedeniyle istihdam fazlalığı yaşayan işyerlerinde işverenin tutarlı ve ölçülü kararlar vermek; feshin son çaresi ilkesine uygun davranmak zorundadır.⁶⁶ İşverenin, işletmesel karar doğrultusunda iş sözleşmesinin feshinden evvel ücretsiz izin teklifinde bulunması ve ancak işçi tarafından ücretsiz iznin kabul edilmemesi, bazı koşullar altında işverene geçerli fesih

⁶⁵ https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19_%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

⁶⁶ Yargıtaya göre; İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. 4857 sayılı İşK.m.20/2, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır... Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, ... istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. (Yarg.9.HD., 11.11.2019, E.2019/7263, K.2019/19560). Yargıtaya göre; Kendi isteği ile işyerinden ayrılan ve istifa dilekçesini herhangi bir irade fesadı altında düzenlendiğini ispat edemeyen işçinin eyleminin doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olduğuna ve iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğine, iş sözleşmesi istifa ile sona erdiğine göre kıdem ve ihbar tazminatı talep edemeyeceğine karar vermiştir. (Yarg.22.HD., 11.11.2015, E.2014/17907, E.2015/30728). İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. (Yarg.9.HD., 23.03.2009, E.2008/34202, K.2009/7718).

imkânı tanımaktadır. İşletmesel gereklilikler doğrultusunda iş faaliyetlerinin azalması, işçiler ile işveren arasındaki ilişkinin düzenlenmesine sebebiyet vermektedir. Doğrudan işten çıkarma işlemi uygulanmadan önce, işin tekrar artabileceği öngörüsüyle zorlama yapılmaksızın işçinin belirli bir süre ücretsiz izne davet edilmesi, hukuka aykırılıktan ziyade feshin son çare olması ilkesine riayet edildiğini anlamını taşır. İş faaliyetlerinde meydana gelen daralma nedeniyle işletmesel kararların şirketlerin yönetim kurulu aracılığıyla alınması, işletmesel kararların gerekçelendirilmiş ve önlem planları belirtilmiş mahiyette olması, işletmesel kararlarda tutarlılık, zarurilik ve ölçülülük ilkelerine uygun hareket edilmesi, fazla mesailerin kaldırılması, yıllık izin kullandırılması, işçinin açık rızasına dayalı yazılı ücretsiz izin talebinde bulunulması ve benzeri şekillerde feshin son çare olması gerekliliğinin gözetilmesi, yeterli öz kaynağın varlığı durumunda idari izinlere başvurulması ve en nihayetinde bütün şartların sağlanması halinde iş sözleşmesinin feshedilmesi geçerli neden teşkil edebilecektir.⁶⁷

Covid-19 salgını nedeniyle faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilen işyerlerinde çalışan işçiler fesih hakkına sahiptir. İşyerinin durdurulmasına karar verilen işverenin ise bu bağlamda fesih hakkı yoktur. Zira zorlayıcı nedenin işçiden kaynaklanması halinde iş sözleşmesini zorlayıcı nedenlerle fesih hakkı işverene ait olacak, işçinin bu durumda iş sözleşmesini feshetmesi halinde ise iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmadan feshedildiği yönünde değerlendirme yapılmalıdır. Burada da zorlayıcı neden işçiden değil işverenden kaynaklanmaktadır. Bu hükmün amacı, çalışmaya hazır olduğu halde işverenin işçi iş verememesidir. Bu nedenle işçi de virüs salgını nedeniyle zaten işe gidemeyecek durumda ise belirtilen hükme dayanarak haklı nedenle fesih hakkına sahip olamayacaktır. Böyle durumlarda zorlayıcı neden hem işçi yönünden, hem de işveren yönünden vardır. Burada adeta nötr bir durumdan söz etmek mümkündür. Hem işçi hem de işveren yönünden zorlayıcı neden var ise taraflardan birinin iş sözleşmesini zorlayıcı nedene dayalı olarak haklı nedenle fesih hakkından söz edilemez.⁶⁸

Sokağa çıkma yasağı kapsamında olmayan işçiler için değerlendirme yapmak gerekebilir. Örneğin, işyeri salgın hastalıkla mücadele kapsamında kapatılan, işyerinin bulunduğu bölge/şehir karantina altına alınan veya genel sokağa çıkma yasağı nedeniyle faaliyeti duran bir işyerinde, kanunda belirlenen bir haftalık sürenin dolması akabinde işçinin haklı nedenle fesih hakkından bahsedilebilir. Sokağa çıkma yasağına tabi olmayan işçilerin haklı nedenle fesih hakkının doğup doğmadığını hukuken değerlendirmek gerekmektedir.⁶⁹

⁶⁷ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

⁶⁸ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.656.

⁶⁹ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

İçinde bulunduğumuz bu durumda, benzer tespitleri işveren açısından yapmak da gayet mümkündür. Sokağa çıkması devlet tarafından yasaklanan altmış beş yaş üstü bireyler ve yaş ayrı edilmeksizin kronik hastalığı bulunan bireyler için, İşK.m.24/III bendinde düzenlenen bir haftalık sürenin dolmasının akabinde zorlayıcı sebebin oluşacağını kabul etmek makul görünmektedir. Böyle bir durumda bir haftanın dolması akabinde iş sözleşmesi askıda kalacak, ücret ödeme ve iş görme yükümlülükleri karşılıklı olarak geçici bir süre için duracaktır. Bu askı hâli, işveren iş sözleşmesini kıdem tazminatı ödeyerek feshetme hakkını kullanana kadar devam edecektir. Ancak; anılan fesih hakkı – doğması hâlinde – dürüstlük kuralı gözetilerek hareket edilmesi sağlıklı bir yaklaşım tarzı olacaktır. İşveren veya işçinin kanundan kaynaklanan bir hakkı kullanırken dikkate alacağı tek kriterin dar anlamda “bu hakka sahip olması” olmaması gerektiğidir. Bu noktada fesih sebeplerinin gerçeğe uygun olmasının, keyfi ve/veya sübjektif nedenlere dayalı olmamasının, ihtimal ihtilaflarda yargı mercilerince dikkate alınacaktır.⁷⁰

İşçi yönünden fesih hakkının düzenlendiği, İşK.m.24/III uyarınca işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa işçinin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı vardır. Bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Taraflar fesih hakkını kullanmaz ise, iş sözleşmesi askıda kalır, zorlayıcı neden ortadan kalkıncaya kadar ücret ödeme ve iş görme yükümlülükleri devam etmez. Belirtilen husus salgın hastalık sebebiyle bölgesel karantina uygulaması veya sokağa çıkma yasağının gündeme gelmesi halinde geçerlidir. Ancak işverenin kendi inisiyatifi ile işyerini kapatması halinde işçiye ücret ve yan hakları ödeme yükümlülüğü aynen devam edecektir.⁷¹

İşK.m.24/III uyarınca; işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle ve ihbar süresine uymaksızın derhal fesih yetkisi bulunmaktadır. Fesih hakkının kullanılabilmesi, işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebebin işyerinden kaynaklanması şartına bağlıdır. Normal şartlar altında işyerinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplerle işin bir haftadan fazla süreyle durması halinde işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkına işaret edilmişse de hali hazırda içinde bulunulan Covid-19 salgınının İşK.m.24/III kapsamına dahil edilip edilmeyeceği hususu belirsizliğini korumaktadır. İşK.m.25/III uyarınca; işverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı bulunmaktadır. İhbar süresine bağlı kalmaksızın haklı nedenle derhal fesih hakkının işveren tarafında doğması için zorlayıcı sebebin işyerinden değil işçiden kaynaklanması gerekir.

⁷⁰ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁷¹ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>; Gül Nevra AYDIN / Sena GÜNGÖRDÜ / İrem ONURSAL, Covid-19 İş Sözleşmelerine Etkisi, <https://www.kesikli.com/tr/covid-19-sozlesmelerine-etkisi>.

İşveren, işyerinden kaynaklanan zorlayıcı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedemez. İşçiye bağlı nedenlerle meydana gelen zorlayıcı sebep dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi için devamsızlığın bir haftadan fazla sürmesi şartı aranır. İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz Ancak sel, kar, deprem gibi doğal olaylar sebebiyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir.⁷² İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise (İşK.m.24/III) işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı sebeplerle 25/III bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, 1475 sayılı İşK.m.14 uyarınca kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Salgın hastalığın ve salgın hastalık nedeniyle karantina uygulamasının iş sözleşmesinde yer alan hangi tarafça haklı nedenle feshe temel teşkil eden zorlayıcı sebep olarak ileri sürülebileceği belirsizliğini koruduğundan ve ülkemizde kabul edilen işçi lehine yorum ilkesinin de gereği olarak, işverence Covid-19 salgınının İşK.m.25/III'e işaret ettiğinden bahisle fesih hükümlerine başvurulmaması daha uygun görülmektedir.⁷³

İşK.m.25/III uyarınca işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde işverene fesih imkânı tanınmıştır. Fesih hakkının doğabilmesi için işçiden kaynaklı işin yerine getirilmemesi söz konusu olmalıdır. İşçinin iş yerine getirmesinde yasal bir engel de ortaya çıkmış olabilir. Amaç, işverenin işyerinde faaliyet devam etmekte iken işçiden kaynaklı nedenle işçinin bir haftadan fazla süre çalışmaması halinde işverenin bu işçiyi kıdem tazminatını da ödeyerek işten çıkarması ve faaliyete devam edebilmek için yerine başka bir işçi almasına imkân sağlamaktadır. Virüs salgını nedeniyle hem işçi işe gidemiyor hem de işyerinde işçiler çalıştırılmıyorsa yani her iki taraf için de zorlayıcı neden varsa iki taraf da bu hükümlere dayanarak haklı fesih yoluna gidemeyecektir. İşçi yönünden zorlayıcı nedenden kaynaklanan geçici ifa imkânsızlığının oluşması

⁷² Yargıtaya göre; 4857 sayılı İşK.m.25/III'e göre işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda zorlayıcı bir sebepten sözedilir. Böyle hallerde geçici ifa imkânsızlığı oluşur. İş sözleşmesi askıda kabul edilir. Zorlayıcı sebepler tüketici olarak sayılmamakla birlikte gerek öğreti, gerek uygulamada sel, kar, deprem gibi doğal olaylar ile sokağa çıkma karantina gibi devlet otoritesi ile yapılan sınırlamalar sayılabilir. İşçi böyle hallerde ihbar tazminatına hak kazanamaz. İşyerinin kapatılmasının ise iş sözleşmesine etkisi farklıdır. Çünkü işyerinin kapatılması o işyerinde, faaliyetin kesin ve devamlı olarak son bulmasıdır. (4857 Kanun.m.29/IV) işyerinde görülmekte olan temel faaliyet sona erer. Ortada geçici bir imkânsızlık değil (BK.m.17) süreklilik söz konusu olur. İşletme riskini işçi değil işveren taşır. İşyerinin cebri icra ile tahliyesi işletme riskidir. İşveren İşK.m.17 gereğince bildirim sürelerine uymak ya da anılan süreye ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmek zorundadır. Somut olayda otel işyeri cebri icra yoluyla kapatılmıştır. İşletme riskidir. İşveren bildirim süresine uymamıştır. ...ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar vermesi gerekir. (Yarg.9.HD., 25.04.2008, E.2007/16205, K.2008/10253).

⁷³ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

ve bu durumun bir haftadan fazla sürecek olması belirleyicidir. Bu imkânsızlık durumu başka türlü tedbirlerle bertaraf edilebilecek ise bu takdirde zorlayıcı neden unsurundan bahsedilemeyecek ve işçinin işi yerine getirmemesinin kusurlu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu takdirde de ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle fesih hakkı işverende oluşacaktır.⁷⁴

Kamu otoriteleri tarafından karar verilerek yürürlüğe sokulan bu ve benzer tedbirlerin, iş sözleşmelerine olan etkisinin oldukça dikkatli ve geniş bir bakış açısıyla yorumlanmasının önemli olduğu açıktır. Koşullar oluşmadan iş sözleşmelerinin feshine acele ile başvurma hâli, gerek işveren gerekse işçi açısından telafisi epey zor sonuçlar doğurabilecek kapasiteye sahiptir. İşverenlerin erken fesihler ile feshin geçersizliği davalarına muhatap olma ihtimalinin de dikkate alınması gereken bir tehlike unsuru olabilecektir.⁷⁵

Bir sosyal felaket olarak nitelenebilecek Covid-19'un mücbir sebep olarak İş Hukukunda zorlayıcı sebep oluşturması, diğer disiplinlerden farklı olarak kendiliğinden iş sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Bu olay, taraflara ve özellikle İşK.m.25/III bendi uyarınca işverene sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir. Askı hâlinin anılan fesih hakkı kullanılana kadar devam etmesi, İş Hukukunun iş güvencesi ve istihdam sürekliliğini temel ilke olarak kabul etmesinin bir sonucudur. Borçlar Kanunu ile İş Hukuku arasında sözleşmenin askıya alınması konusundaki yaklaşım farklılığı nedeniyle, iş sözleşmelerinin mücbir sebep nedeniyle kendiliğinden sona ermesi beklenmemelidir. Zorlayıcı neden dolayısıyla ortaya çıkan askı süresi boyunca iş sözleşmesini fesih hakkının kullanımında dikkatli ve tedbirli olmanın, doğru analizlerle süreci yürütme faydalı olacaktır.⁷⁶

Zorlayıcı nedenin bir haftadan uzun sürmesi halinde işverenin İşK.m.25/III uyarınca iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda ihbar tazminatı ödenmez ise de, kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir.⁷⁷

İşK.m.24 ve m.25 uyarınca zorlayıcı nedenlerle fesih hakkının doğabilmesi için bazı unsurların meydana gelmesi aranmalıdır: İşin yerine getirilmesine engel bir

⁷⁴ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.657-658; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.I, İstanbul 1976, s.181; AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN, s.218; Aydın BAŞBUĞ / Mehtap YÜCEL BODUR, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 5.Bası, İstanbul 2018, s.212; ŞAKAR, s.391.

⁷⁵ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

⁷⁶ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>; Gül Nevra AYDIN / Sena GÜNGÖRDÜ / İrem ONURSAL, Covid-19 İş Sözleşmelerine Etkisi, <https://www.kesikli.com/tr/covid-19-sozlesmelerine-etkisi>.

⁷⁷ Yargıtaya göre; 4857 sayılı Kanunun 40.maddesi uyarınca, işçinin zorlayıcı sebeplerle Kanun m.25/III kapsamında kalan "çalışılmayan süreler" için yarım ücret ödenir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı sebeplerle 25/III. bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, 1475 sayılı Kanunun 14.maddesi uyarınca kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. (Yarg., 9.HD., 01.07.2019, E.2016/6740, K.2019/14563).

durumun ortaya çıkması; Bu engel durumun sözleşmeden dolayı borç yerine getirilirken, sözleşmenin devamında meydana gelmesi; İş görme ediminin imkânsızlaşmasının zorlayıcı nedenden kaynaklanması; İmkânsızlığın bir haftadan fazla devam edecek olması; Zorlayıcı nedenin meydana gelmesinde tarafların kusurunun, herhangi bir katkısının bulunmaması ve taraflarca öngörülemez olması gerekmektedir.⁷⁸

Zorlayıcı nedenden bahsedebilmek için iş sözleşmesi ile taraflarca kararlaştırılan işin görülmesinin engellenmesi gerekir. İşin yerine getirilmesini engelleyen bir durumun ortaya çıkması öncelikle aranmalıdır. İşin görülmesine engel teşkil eden olay, hukuki olabileceği gibi (hukuki imkânsızlık), sosyal ya da doğa olayları şeklinde de (maddi imkânsızlık) meydana gelebilir. İşyerinin işverenin kusuru olmaksızın belediye tarafından kapanması, işçiye kanunen çalışma yasağı getirilmesi, kamu kurumunda çalışan işçinin aldığı denetimli serbestlik tedbiri nedeniyle kamu hizmetlerinden yasaklanması, işçinin ikamet ettiği bölgenin salgın hastalık nedeniyle karantina altına alınması, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi, Sıkıyönetim Kanunu m.2 uyarınca işe son verilmesi gibi haller hukuki olaya; işyerinin bulunduğu yerde veya işçinin işyerine gitmesine engel teşkil edecek şekilde deprem, çığ, tsunami gibi doğal felaketler doğa olaylarına; yasal olmayan grev, isyan ve iç savaş gibi durumlar da sosyal olaylara örnek gösterilebilecektir. Covid-19 salgını nedeniyle sokağa çıkma yasağı, işyerinin durdurulması, şehirlerarası seyahat kısıtlamaları zorlayıcı neden olarak kabul edilmelidir.⁷⁹

⁷⁸ Sema Deniz ÖZKAN KOÇ, İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları D., C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.1219; Bir görüşe göre; İşK.nun m.24/III ve m.25/III.'de düzenlenmiş olan zorlayıcı nedenle fesih hakkı, işçinin başka bir işyerinde çalışmaya devam etmesi, işverenin de işe gelemeyen işçiyi işten çıkararak yerine alacağı başka bir işçi ile üretime devam edebilmesine imkân sağlamak için düzenlenmiştir. Kanunda aynı anda hem işçi hem de işverenden kaynaklanan zorlayıcı neden düşünülmemiş ve buna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu durumda düzenlemenin amacı göz önünde tutularak bir sonuca gidilmesi gerektiği açıktır. Koronavirüs nedeniyle ortaya çıkan durum hem işçi işe gidememekte hem de işveren işçiyi çalıştıramaktadır. Bu durumda her ikisi yönünden de zorlayıcı neden vardır. Hem işçi hem de işveren tarafından aynı anda zorlayıcı nedenin bulunması halinde işçinin 24/III, işverenin de 25/III hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir. Böyle bir durumda adeta nötr bir durum söz konusudur. Taraflardan birinin bu hakkı kullanması aynı zamanda hakkın kötüye kullanması anlamına gelecektir. Bu halde de sözleşme Kanun gereği kendiliğinden askıda kalacaktır. İşçiye bir hafta süre ile yarım ücret ödenecektir. (CANBOLAT / KAYIRGAN, s.660-661).

⁷⁹ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.650-651; EKONOMİ, s.172; Kenan TUNÇOMAĞ / Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.226; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.465; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 7.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.290; Emine Tuncay SENYEN KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s.162.

Covid-19 nedeniyle sokağa çıkış yasağı veya karantina uygulamaları nedeniyle işyerine işçinin gidememesi halinde işverenin zorlayıcı nedenlere dayanarak fesih hakkı mevcuttur. İşyeri çevresinin ve işyerindeki faaliyetin Covid-19 virüsünden etkilenmemiş olması da aranacaktır. Daha da önemlisi bilim kurulunun tavsiye kararları dikkate alındığında vatandaşların zorunlu olmadıkça sokağa çıkmamalarının istenmesi, 20 yaş altı ve 65 yaş üstünde olanların sokağa çıkmalarının yasaklanmış olması, sosyal mesafenin korunması ve başlangıçta ilan edilen 1 metrenin daha sonra 2 metreye çıkarılmış olması, birçok mahallenin karantinaya alınmış olması, virüsün yayılma hızı ve bundan korunmak can güvenliği açısından önemli olduğundan işyerinde faaliyet devam edebilecek nitelikte olsa dahi, işçiden işe gidip gelmesi ve bu koşullarda çalışması her zaman beklenemez. Bunun için gerek işe gidip gelirken servislerde, gerekse işyerinde her türlü önlemlerin alınması ve alınan önlemlerin yeterli olduğuna ilişkin uzman hekim raporuna bağlanmasını isteme hakkı vardır. Aksi takdirde işçi yukarıda belirtildiği gibi 6331 sayılı Kanunun 13/3 hükmüne dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.⁸⁰

VI. Fesih Yasağı ve Geçici İstihdam Ödeneği

4857 sayılı İşKanunu'na 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸¹la eklenen Geçici Madde hükmüne (m.9) göre;

Covid-19 salgınının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması amacıyla ülkemizde ve dünya genelinde sosyal ve ekonomik hayata ilişkin birtakım tedbirler alınmaktadır. Önümüzdeki dönemde de salgınla mücadelede hem toplum sağlığı hem de sosyal ve ekonomik hayata ilişkin birtakım önlemlerin alınması önem arz etmektedir. Bu kapsamda, Covid-19 salgınının sosyal ve ekonomik hayata olumsuz etkilerinin azaltılması amacıyla hazırlanan 7244 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

7244 sayılı Kanun hükümlerinde, “Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle” ifadeyle Covid-19’un bir zorlayıcı sebep olduğu yasal olarak düzenlenmiştir.⁸²

Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25.maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez (Geçici m.10/I).⁸³

⁸⁰ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.659-660.

⁸¹ RG., 17.04.2020, 31102.

⁸² YÜREKLİ, Covid-19, s.35.

⁸³ İş Kanunu Geçici 10. maddesiyle yapılan düzenlemeyle kanun kapsamı açısından bir ayırım yapılmaksızın örneğin; İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu vb.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez (Geçici m.10/II).

Kanun ücretsiz izine ayrılan işçinin, bu süre zarfında haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedemeyeceğini düzenlemiştir.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir (Geçici m.10/III).

Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri altı aya kadar uzatmaya yetkilidir (Geçici m.10/IV).⁸⁴

7244 sayılı Kanun uyarınca, 17.04.2020 tarihli itibarıyla iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzer sebeplere dayalı olarak haklı nedenle gerçekleştirilen fesihler hariç, üç ay süreyle yasaklanmıştır.⁸⁵

İş Kanunu kapsamında olan ve olmayan her türlü işçinin iş sözleşmesi hakkında korona virüs salgını nedeniyle ve kamu yararı gerekçesiyle üç ay süreyle fesih yasağı öngörülmekte olup fesih yasağı uygulanan hallerde çalışanların ücretsiz izne çıkartılabileceği belirtilmektedir. Söz konusu fesih yasağı, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi (4857 sayılı İşK.m.25/II) hariç olmak üzere öngörülmektedir. Fesih yasağı süresinin Cumhurbaşkanı tarafından 6 aya kadar uzatılması mümkündür.

Geçici istihdam güvencesini düzenleyen hüküm uyarınca, 4857 sayılı İşK. kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin iş veya hizmet sözleşmesinin maddede belirtilen sebepler haricinde feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Yani sadece 4857 sayılı İşK. kapsamındaki iş sözleşmeleri değil, 5953 sayılı Basın İşK. ve 854 sayılı Deniz İşK. kapsamında yapılan iş sözleşmeleri ile 6098 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında yapılan hizmet akitleri de Kanun kapsamındadır. Kanun uyarınca İşK. kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin iş veya

kanunlar kapsamındaki her türlü iş veya hizmet sözleşmesi bu kanun kapsamına alınmıştır, bu oldukça isabetli bir düzenleme olmuştur. (YÜREKLİ, Covid-19, s.40).

⁸⁴ Bir görüşe göre; Virüs salgınının ne kadar süreceği konusunda bir bilinmezlik olduğu için, bu sürenin 6 ay ya da daha uzun süreli olacak şekilde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. (YÜREKLİ, <https://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/bursa/akademisyenlerden-istihdam-onerileri-41483517>).

⁸⁵ Bir görüşe göre; İşverenin fesih yasağına ilişkin düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih olan 17 Nisan 2020 Cuma gününden itibaren uygulanacak olması isabetli olmamıştır. Koronavirüs (Covid-19) salgını ülkemizde ilk kez 11 Mart 2020 tarihinde tespit edilmiştir. Bu tarihten sonra salgın yavaş yavaş tüm işyerlerini etkilemiştir. Bu dönemde işverenler yasal bir engel olmaksızın istemeleri halinde işçi çıkarabilmişlerdir. Koronavirüs (Covid-19) kaynaklı işten çıkarmalar nedeniyle mağduriyet yaşayan işçilerin mağduriyetlerinin giderilmesi için kanunun yürürlük tarihi geriye çekilebilirdi. (YÜREKLİ, Covid-19, s.40).

hizmet sözleşmesinin üç ay süre ile feshi yasaklanmıştır. Kanun nakdi ücret desteği uygulamasının süresini fesih yapılamayacak üç aylık süre ile sınırlamıştır. Fesih yapılamayacak sürenin Cumhurbaşkanı kararı ile altı ay olarak uzatılması halinde nakdi ücret desteğinin uygulama süresi de otomatik olarak uzayacaktır. Kanun uyarınca Nakdi Ücret Desteğinden yararlanan fakat 5510 sayılı Kanun uyarınca Genel Sağlık Sigortalısı veya Genel Sağlık Sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyen kişiler de Genel Sağlık Sigortalısı sayılacak ve Genel Sağlık Sigortasına ilişkin prim ödemeleri İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacaktır.⁸⁶

4447 sayılı Kanuna 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸⁷la eklenen Geçici Madde hükmüne (m.41) göre; 30.06.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2.maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen iş sözleşmesinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün iş sözleşmesine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder (Geçici m.23/I).⁸⁸

Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25.maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir.⁸⁹ Bu madde kapsamında yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır (Geçici m.23/II).

⁸⁶ <https://kpmgvergi.com/yayinlar/mali-bultenler/vergi/yeni-koronavirus-covid-19-tedbirleri-kapsaminda-gecici-istihdam-guvencesi-ucretsiz-izin-ve-nakdi-ucret-destegi/691>;

Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>.

⁸⁷ RG., 26.03.2020, 31080 (Mükerrer).

⁸⁸ Bir görüşe göre; Yapılan bu değişikliğin tam anlamıyla ihtiyacı giderecek nitelikte olmadığı hükümdeki “kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olma” koşulu, bu tip toplumsal vakalarda oldukça ağır bir koşul olduğu, 7226 sayılı Kanunla getirilen koşulları taşımayan çok sayıda işçinin kısa çalışma ödeneği hakkında yararlanamayacağı, bu hüküm yerine tüm çalışanların kısa çalışma ödeneği alma hakkından yararlandırılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. (YÜREKLİ, Covid-19, s.37; Aynı yazar, <https://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/bursa/akademisyenlerden-istihdam-onerileri-41483517>).

⁸⁹ Bir görüşe göre; 7226 sayılı Kanun düzenlemesiyle sadece kısa çalışma uygulanan dönemde işverenin fesih hakkına bir sınırlandırma getirilmiştir. Hükümdeki “iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde” ibaresi yeterli bir düzenleme olmamıştır. Bu hükmün yerine, tüm işyerleri için geçerli olacak, Türkiye’de Koronavirüs Covid-19 vakasının görüldüğü tarihten itibaren, İş Kanunu m.25/II hariç, işveren tarafından işçi çıkarılması yasaklanması gerektiği yönünde eleştiri dile getirilmiştir. (YÜREKLİ, Covid-19, s.40; Aynı yazar, <https://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/bursa/akademisyenlerden-istihdam-onerileri-41483517>).

Bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini 31.12.2020 tarihine kadar uzatmaya ve birinci fıkrada belirlenen günleri farklılaştırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir (Geçici m.23/III).

7226 sayılı Yasa ile kısa çalışma uygulanan dönem için de fesih yasağı getirilmiştir.

4447 sayılı Kanuna 7244 sayılı Kanunla eklenen Geçici Madde hükmüne (m.7) göre; Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10.maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra 51.madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanunun Geçici 10.maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz (Geçici m.24/I).⁹⁰

İşveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve Kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler bundan yararlanacaktır.

Birinci fıkra kapsamında ücretsiz izne ayrılarak nakdi ücret desteğinden yararlanan işçinin fiilen çalıştırıldığı tespit edilirse işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki 4857 sayılı Kanunun 39.maddesinde belirlenen aylık brüt asgari ücret tutarında çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerince idari para cezası uygulanır ve ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir (Geçici m.24/II).

Bu madde kapsamında nakdi ücret desteğinden yararlananlardan 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyenler, aynı Kanunun 60.maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve genel sağlık sigortasına ilişkin primleri Fondan karşılanır (Geçici m.24/III).

Fesih yasağı kapsamında ücretsiz izne çıkartılan işçiler ve 15.03.2020 tarihinden sonra işten çıkarılmakla beraber işsizlik ödeneğinden faydalanamayan çalışanlar için fesih yasağı süresince fondan her gün için 39,24 TL geçici nakdi ücret desteği verilir. Ücretsiz izne ayrılarak ücret desteğinden yararlanan işçinin işveren tarafından fiilen çalıştırılmaya devam ettiğinin tespiti halinde idari para cezası uygulanır.

⁹⁰ Bir görüşe göre; “4857 sayılı Kanunun geçici 10’uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere” şeklindeki hükümlerle fondan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği verilmesinin üç ay ile sınırlandırılması isabetli olmamıştır. Bunun yerine salgının devam ettiği sürece şeklinde bir düzenleme yapılmış olması daha isabetli olur idi. (YÜREKLİ, Covid-19, s.38).

Üç aylık fesih yasağı süresini geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, fesih yasağı kapsamında ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51.maddesi kapsamında iş sözleşmesi 15 Mart 2020 tarihinden sonra feshedilen ve işsizlik ödeneğinden istifade edemeyen işçilere, herhangi bir Sosyal Güvenlik Kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla İşsizlik Sigortası Fonu'ndan her gün için 39,24 Türk Lirası nakdi ücret desteği verilecektir. Nakdi ücret desteğinden yararlanan çalışanın fiilen çalıştırıldığına tespiti halinde işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırdığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere, fiil tarihine göre hesaplanan aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacak ve ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte işverenden tahsil edilecektir.⁹¹

4857 sayılı İşK.na göre; Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir (m.15/II). Ancak yeni düzenleme ile, İşveren taraf bakımından deneme süresi içerisinde bulunan işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilme imkânı ortadan kaldırılmış görülmektedir. 7244 sayılı Kanun bu duruma ilişkin herhangi bir açık düzenleme getirilmemiştir. 7244 Sayılı Kanun ile işverenlere işçileri 3 ay süreyle tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırma imkânı getirilmiştir. Deneme süresinde olan işçileri de 7244 Sayılı Kanun'da yer alan bu imkân dahilinde ücretsiz izne ayırmanın önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ücretsiz izne ayrılan işçinin iş sözleşmesi bu süre zarfında "askıda" kabul edilmekte ve ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmamaktadır. 7244 sayılı Kanun ile deneme süreli işçi çalıştıran işverenlerin deneme süresinde bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkını kullanması imkânının üç ay süreyle dolaylı olarak ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Yasak süresince İşverenler aynı şekilde haklı sebep dışında deneme süresindeki işçilerin iş sözleşmelerini feshedemeyeceklerdir. Yasak süresi geçtikten sonra ise deneme süresi tamamlanmış olacağından ancak genel hükümlere göre iş sözleşmelerini fesih imkânı söz konusu olabilecektir. İşçiler bakımından ise; 7244 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemede işçilerin tek taraflı olarak işten ayrılmasına dair herhangi bir sınırlama bulunmadığından, deneme süresi içerisinde iş sözleşmelerini bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedebilecekleri söylenebilir.⁹²

VII. Yarım Ücret Ödeme Hakkı

⁹¹ Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/uc-aylik-fesih-yasagi-ve-tek-taraflı-uc-aylik-uzerensiz-izine-uygulamasi-yururluge-girdi>; Pelin BAYSAL / Beril Yayla SAPAN, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/18-mart-2020-tarihinde-aciklanan-koronavirus-destek-paketi-ve-sektorel-bazda-etkileri>.

⁹² <http://www.covid19legalturkey.com/tr/covid-19-salgininin-deneme-sureli-is-sozlesmelerine-etkisi>.

4857 sayılı İşK kapsamında işçinin çalışma ve işverenin de işçiye ücret ödeme borcu bulunmaktadır. 4857 sayılı İşK zorlayıcı nedenlerle işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği hallerde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü de düzenlemiştir. Zorlayıcı nedenlerle çalışmayan işçiye yarım ücret uygulaması söz konusudur. 4857 sayılı İşK.nun “Yarım Ücret” başlıklı maddesine göre; 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenir (m.40).

Covid-19 riskinin artması, hastalığın yayılması, olağanüstü hal ilan edilmesi, sokağa çıkma yasağı gibi sınırlayıcı önlemler alınması, çalışanların işyerine gelememesi, hammadde veya ara malların tedarik edilememesi dolayısıyla işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin durması durumunda çalışanlara, ücret ödeme yükümlülüğü 1 hafta süreyle yarım ücret şeklinde ödenerek yerine getirilecektir. Üretimin durma süresi 1 haftayı aştığında ise iş sözleşmesi askıya alınmış sayılacaktır. Dolayısı ile işveren öncelikle, şartlar gerçekleştiğinde, başvurulacak ilk imkân, 1 hafta süre ile normal ücretlerin yarısı nispetinde ücret ödemek yoluna gidecektir.

Covid-19 salgını nedeniyle idari tedbirler doğrultusunda iş yerine girişlerin engellenmesinin, işçinin çalışmasını engelleyen (İşK.m.24/III) karantina hali mi yoksa işverenden kaynaklanan işin durması (İşK.m.25/III) hali mi teşkil edeceği tartışmalıdır. İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine imkân verip vermeyeceği ve imkân verecekse hangi tarafa hak sağlayacağı konusunda oluşan belirsizlik bir yana; karantina uygulamasının feshe etkisi nasıl yorumlanırsa yorumlansın, işverenin çalışılmayan süreye ilişkin ödeme yapma yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Zorlayıcı sebep nedeniyle çalıştırılmayan veya çalışmayan işçiye bir haftaya kadar yarım ücret ödemesi yapılacağı belirtilmektedir. Karantina sebebiyle işin durması ve/veya işçinin işyerine gelme engeli oluşması ister İşK.m.24/III ister m.25/III olarak yorumlansın; işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü her iki koşulda da mevcudiyetini korur.⁹³

VIII. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması

Kısa çalışma kavramı⁹⁴, işçi ve işveren ilişkilerindeki esnekliğin bir sonucu olarak, ilk kez 4857 sayılı İşK.nda (m.65) düzenlenmiş, daha sonradan 5763 sayılı Kanun⁹⁵ yapılan değişiklikler ile düzenleme 4857 sayılı İşK.nda yürürlükten kaldırılmış (m.37) ve 4447 sayılı İşsizlik sigortası Kanuna ek 2.madde

⁹³ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

⁹⁴ Geniş bilgi, açıklamalar ve kaynaklar için Bkz. OCAK, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008, s.1 vd.; KURT Resul, 250 soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.129-208.

⁹⁵ RG., 26.05.2008, 26887.

eklenmiştir (m.18). Çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerle uygulanabilir hale gelmesi amaçlanmıştır.

Kısa Çalışma müessesinin temelinde yatan düşünce, genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle, işyerindeki çalışılan sürelerin azaltılması veya işçinin geçici olarak çalışmamasının olumsuz sonuçlarını engellemek, işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmeden ekonomik kriz veya benzeri nedenlerle iş hayatında sıkça görülen ücretsiz izin uygulamalarına son vermek ve işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlayabilmektir.⁹⁶

Zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde uygulanacak en önemli tedbirlerin başında, Kısa çalışma uygulaması gelmektedir. İşletmelerin varlığını sürdürmesi işyeri sahipleri kadar, işçiler ve yakınları ile toplumun tamamı bakımından büyük önem arz etmektedir. Kısa çalışma uygulaması, iş ilişkisinin korunması, işçilerin gelir kaybının kısmen de olsa önlenmesi ve ayrıca işveren bakımından işletmenin ayakta kalması için önemli bir tedbirdir.⁹⁷

İşverenler, ekonomik kriz yahut zorlayıcı sebepler sonucu işgücüne ihtiyacı tümünden veya kısmen ortadan kalktığı dönemlerde, işçilere ücret ödemekten kurtulmayı kendince bir çözüm olarak görmekte; ancak Covid-19 salgını gibi dünya çapında ekonomik ve küresel krize sebebiyet veren böylesi bir pandemi salgınında, işçilerin işlerini kaybetmeden belli bir ölçüde gelire sahip kılınması, belirli ücretlerle çalışabilmesi de işçilerin beklentisi olmaktadır. Kısa çalışma uygulamasının en önemli yararı, işsizliğin önlenmesinde ve işçinin işini korumasında en etkili araçlardan biri olmasında yatmaktadır. İşverenlerce sözleşmeye aykırı bir şekilde işten atma tehdidi ile işçilere imzalatılan ücretsiz izin talep dilekçelerinin veya formlarının bir geçerliliği yoktur. Ücretsiz izin uygulaması halinde, iş ilişkisinin asli unsurları olan, iş görme ve ücret unsurları askıya alındığından, iş ilişkisi sona ermektedir. İşverenin, onayı olmadan tek taraflı olarak işçiyi izne çıkartması tek taraflı bir işten çıkarma olduğundan, işçi, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağı gibi, işe iade davası da açabilecektir. Çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik, ancak işçinin onayı alınarak hayata geçirilebileceğinden, bu uygulama, söz konusu işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih sayılacaktır.⁹⁸

Covid-19 salgını nedeniyle işverenin kısa çalışma uygulamasına başvurabilecektir. Kısa çalışma uygulamasına işçinin rızasının bulunup

⁹⁶ Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>; Ali YÜKSEL / Özden YAĞMUROĞLU, 50 Soruda Covid-19 Mücbir Sebep ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2020.

⁹⁷ YÜREKLİ, Covid-19, s.36; OCAK, Güncel Değişiklikle Koronavirüs (Covid-19) Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneği, https://drive.google.com/file/d/1tjeBptO9JkcNKfAno9Cn4Ke0NoaFQIG/view?fbclid=IwAR3BgtEz2V94x2kNKZsBE0WAXTzU9iyMp-WF6PIY_2Gbm_PBIKuyijelKWE.

⁹⁸ Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>.

bulunmadığının önemi yoktur. Kısa çalışma ödeneği için kuruma başvuran işverenin bu uygulaması kurum kararına dayanmaktadır. Bu durumda işçinin rızası aranmadığından çalışma koşullarının uygulanmamasına dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde feshin haksız olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.⁹⁹

Taraflar arasında kurulan iş ilişkisi içerisinde, işçinin işverene borçlandığı çalışma süresi ne belli bir asgari devam süresini, ne de tam süreli bir çalışmayı gerektirir. İş ilişkisi içerisinde işçinin hizmet süresince bütün zamanını işverene ayırmış olması gerekmemektedir. Kısa süreli, yani kısmi süreli olarak iş görülmesi de taraflar arasında kurulan bir iş ilişkisidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi İşK.nda tanımlanmıştır. Kısmi süreli çalışma¹⁰⁰; işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az belirlenmesi durumundaki sözleşmedir (İşK.m.13/1). İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma olarak belirlenmiştir (m.6). Yargıtay, haftalık yasal çalışma süresinin üçte ikisi kadar yapılan çalışmanın kısmi süreli çalışma olduğuna karar vermiştir.¹⁰¹ İşK.m.13/4'de yer verilen, işyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu tam süreli kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur, düzenlemesi gereğince Covid-19 salgını nedeniyle tam süreli olarak çalışan işçilerden talep gelmesi halinde işyerinde boş yer olması halinde kısmi süreli çalışmaya geçirebilir.¹⁰²

Kısa çalışma, işletmelerin küçülme durumuna gitmeleri halinde çalışanlarının iş sözleşmelerini feshedilmesi yerine, çalışanlarının çalışma sürelerini azaltarak üretimi azaltmaları ya da tamamen durdurmalarıdır. Zorunlu nedene bağlı olarak

⁹⁹ CANBOLAT / KAYIRGAN, s.656-657; Yargıtaya göre; kısa çalışma sistemine geçilmesi kanundan kaynaklı olup, İşK.m.22'de düzenlenen iş şartlarında esaslı değişiklik kabul edilmeyecektir. Bu nedenle örneğin işçi ücretinin düşürüldüğü ve bunun çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir. Aksi takdirde haksız feshin hüküm ve sonuçları meydana gelecektir. Kısa çalışma yaptırılabilir haller kanunda genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebep olarak sınırlanmış ve bakanlık onayına tabi tutularak geçici olduğu belirtilmiş ancak işçinin rızasının gerektiği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kısa çalışma sistemi kanundan doğan işçiye yüklenmiş bir yükümlülük olup, işçinin rızasının aranmayacağı işveren lehine yapılan nadir düzenlemelerden biridir ve bu çalışma sisteminde işçinin ücretinde düşüş olması doğaldır. (Yarg.9.HD., 08.07.2013, E.2011/26182, K.2013/20765).

¹⁰⁰ Geniş bilgi için Bkz. Tankut CENTEL, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.23 vd.; YÜREKLİ, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016, s.34 vd.; Muzaffer KOÇ / İbrahim GÖRÜCÜ, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları, Çalışma ve Toplum D., S.2011/1, s.149 vd.; Gizem SARIBAY, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008, s.267 vd.;

¹⁰¹ Yarg.9.HD., 13.10.2010, E.2008/35732, K.2010/28784, İstanbul Barosu D., C.88, S.2, Yıl 2014, s.534-535.

¹⁰² YÜREKLİ, Covid-19, s.55.

işyerinde kısa çalışmaya gidilirse, kısa çalışma döneminde geçerli nedenle fesih yapılamayacaktır.¹⁰³

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu¹⁰⁴ nun Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği başlıklı maddesine göre; “Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.

Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri iş sözleşmesine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60’ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı Kanunun 39.maddesine göre işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150’sini geçemez. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür.

Kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.¹⁰⁵

İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir. (Ek m.2) – (Ek: 5763 sayılı Kanun¹⁰⁶ m.18; Değişik: 6111 sayılı Kanun¹⁰⁷ m.73).”

¹⁰³ <https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>.

¹⁰⁴ RG., 08.09.1999, 23810.

¹⁰⁵ 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nin 125 inci maddesiyle, bu fıkra da yer alan “Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁰⁶ RG., 26.05.2008, 26887.

¹⁰⁷ RG., 25.02.2011, 27857 (Mükerrer).

Ekonomik veya sektörel kriz gibi makro problemler veya güncel mesele olan pandemi gibi zorlayıcı nedenler ortaya çıktığında, ilgili mevzuattaki diğer şartlar da gerçekleşmiş ise;

- İşçiye ödenen ücretin % 60'ı,
- Genel sağlık sigortası primleri,

İşkur aracılığı ile, kamu kaynaklarından karşılanabilmektedir.

Bu nedenle 1 haftalık yarım ücret ödeme süresi dolduğu andan itibaren, iş sözleşmesinin devam etmesi için kısa çalışma uygulamasına geçilmesi önerilmektedir.

İstihdamı koruma amaçlı olan bu uygulamadan yararlananların devlete herhangi bir borcu olmayacaktır.

1 haftalık yarım ücret ödeme süresi sonundan başlamak üzere, İşveren ayrıca 4447 sayılı Kanununun ek m.2 uyarınca kısa çalışma ödeneği için başvuru yapabilir. Böylelikle işçilik ücretinin % 60'ı ve sağlık sigortası priminin İşkur kanalı ile işsizlik ödeneğinden karşılanması sağlanabilir. Kısa çalışma ödeneği işverenin bir hafta süreyle yarım ücret ödeme zorunluluğunun bitimiyle başlar. Bu nedenle zorlayıcı neden ortaya çıkar çıkmaz, yarım ücret ödenmeye başlanmadan önce dahi İşkur'a kısa çalışma desteği talebi iletilmelidir.¹⁰⁸

İşyerleri, mevzuat hükümlerinde belirtilen ve Covid-19 için özel olarak çıkartılan düzenlemelerdeki koşullara uygun işçiler adına, kısa çalışma ödeneğinden yararlanılması amacıyla başvuru gerçekleştirebilir. İşkur, yaşanan olağanüstü hâl kapsamında normal şartların üzerinde başvuruya muhatap olacaktır. İşsizlik sigortası, kısa çalışma, yarım çalışma ve ücret garanti fonu ödemelerini gerçekleştiren İşkur'un, mevcut fon durumu itibarıyla asgari ücret üzerinden kısa çalışma ödeneği sağlaması halinde işçilere, belli müddetler boyunca destekte bulunması mümkündür. Covid-19 kapsamında alınan tedbirler ve önlemler nedeniyle ticaretin durma noktasına gelmesiyle hem işçi hem de işverenler açısından kısa çalışma ödeneği önemli bir yardımcı unsur niteliğindedir. İşsizlik maaşı, kısa çalışma ödeneği ve ücret garanti fonundan yararlanabilmek için işsizlik sigortası primlerinin yatırılması koşulu arandığından ve haklarında işsizlik sigortası primi ödenemeyeceğinden, emeklilerin kısa çalışma ödeneğinden faydalanması mümkün değildir. İşkur, işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı İşK.m.25/II'de yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmayacağını vurgulamaktadır. İş sözleşmelerinin uygulanması ile işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesi hususlarında, Türkiye ve dünya genelinde yaşanan Covid-19 salgınının yarattığı olağanüstü şartların göz önünde tutulması, işyerlerine ilişkin her türlü kararın ilgili mevzuat hükümleri, öğretici görüşü ve Yüksek Mahkeme

¹⁰⁸ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>.

yorumları doğrultusunda alınması, bu noktada işçi lehine yorum ilkesinin muhakkak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁹

Covid-19 kapsamında kısa çalışma ödeneğine başvuru şartları; İşyerinde iş 1/3 oranında azalmalıdır. Örneğin: “Haftalık çalışma süresinin en az 1/3 oranında azalması demek 6 iş günü çalışmanın yapıldığı bir iş yerinde 4 gün çalışma yapılması anlamına gelir.”

Kısa çalışmanın başladığı tarihte çalışma sürelerini ve prim ödeme şartlarını sağlamış tüm işçiler asgari işçi sayısı olmaksızın bu ödmeden yararlanabileceklerdir.

İşkur’a başvuruda bulunması ve İş Müfettişlerince yapılan uygunluk tespiti sonucu işyerinin bu durumlardan etkilendiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

İşverenin kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde işçi çıkarmaması gereklidir. Bu durumun tek istisnası haklı neden ile fesihdir.¹¹⁰

7244 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen hükme göre; Yeni koronavirüs (Covid-19) sebebiyle işverenlerin yaptıkları zorlayıcı sebep gerekçeli kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin¹¹¹ tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir (Geçici m.25).

Getirilen hükümle, isabetli olarak iş yaşamında kısa çalışma ödeneği için yapılan yoğun başvurular nedeniyle hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmıştır.¹¹²

Kısa çalışma ödeneği başvurusunun yapılabilmesi için çalışanlardan herhangi bir onay alınmasına gerek yoktur. Kısa çalışma ödeneği, çalışmadığı süreler için çalışanın kendisine aylık olarak ödenecektir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanan çalışanların, bu süreçte ücretlerinde azalma olması veya zorlayıcı sebeplerin bulunması nedeniyle dayanarak fesih yoluna başvurmaları söz konusu olmayacaktır. Kısa çalışma uygulanan sürede işveren 4857 sayılı İşK.m.25/II’de sayılan sebepler haricinde işten çıkarma yapmaması gereklidir.¹¹³

¹⁰⁹ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>; Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degiskenler-ve-etkileri>.

¹¹⁰ Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/uc-aylik-fesih-yasagi-ve-tek-terafli-ucretsiz-izin-uygulamasi-yururluge-girdi>; Serdar ÇOKER, <http://www.mgc.com.tr/yeni-tip-koronavirus-covid-19-salgini-ve-is-hukukuna-etkileri>.

¹¹¹ Uygunluk tespitinin olumsuz olması halinde yargı yoluna başvurulabilecektir. (ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.714).

¹¹² YÜREKLİ, Covid-19, s.38.

¹¹³ Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

Gerek Covid-19 vakalarının küresel ekonomide ve çalışma hayatında yarattığı aksamalardan, salgın hastalık nedeniyle karantina uygulaması, sokağa çıkma yasağı vb kararlar alınması halinde gerek ekonomik, sektörel, bölgesel kriz veya zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya süreklilik şartı aranmaksızın işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen en az dört hafta süreyle durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere (Cumhurbaşkanı kararı ile 6 aya kadar uzatılabilir.) sigortalılara çalışmadıkları dönem için kısa çalışma ödeneği ödenebilir. Böylece, gelir desteği sağlayan bir uygulamadır.

Covid-19 virüs salgını nedeniyle açıklanan “Ekonomik İstikrar Kalkanı Paketi”nde işverene işyerinde kısa çalışma yapmasına yönelik kolaylıklar sağlanacağı bildirisi yapılmıştır.

Türkiye İş Kurumu, Covid-19’a karşı alınan tedbirlerin bir parçası olarak işyerini ziyaret etmek suretiyle yapılan incelemeyi değiştirerek, normalde işyerinin ziyaret edilmesiyle yapılan bu değerlendirmeyi kâğıt üzerinde yapılacağını ifade etmiştir. İşverenin talebinin uygun görülmesi halinde, işçiye (doğrudan) İşsizlik Sigorta Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. Kısa çalışma ödeneğinden faydalanma koşullarında yapılan son değişikliğe göre başvurular 60 gün içinde sonuçlandırılacak olup, işçinin ödenekten yararlanabilmesi için kriterleri taşıması zorunludur.

Kendi istek ve kusuru dışında işsiz kalmak, Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olmak, Hizmet akdinin feshinden önceki son üç yıl içinde en az 450 gün süre ile işsizlik sigortası primi ödemiş olmak, Hizmet akdinin feshinden sonraki 30 gün içinde en yakın İşkur birimine şahsen ya da elektronik ortamda başvurmak.¹¹⁴

Covid-19 Pandemi, kısa çalışma uygulaması yapılabilecek zorlayıcı durumlardan birini teşkil etmektedir.

¹¹⁴ Bir görüşe göre; Salgının etkilerinin aza indirilmesi, salgın sonrası işletmelerin faaliyetlerine devam etmesi ve işçilerin işlerini kaybetmeden çalışmaya devam etmelerinin sağlanması bakımından acilen yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu dönemde kısa çalışma ödeneğinin son 3 yıl içerisinde 600 gün olan prim ödeme gün sayısının 450 güne ve son 120 gün iş sözleşmesine tabi olma koşulunun da 60 güne indirilmiş olması yeterli değildir. Esasen kısa çalışma ödeneği devlet tarafından sağlanan karşılıksız bir yardım da değildir. Özellikle salgın sonrası işçinin işten çıkarılması halinde verilen ödeneğin işsizlik sigortasından düşülecek olması, işçinin zaten hakkı olan bir ödemenin önceden avans olarak verilmesi mahiyetindedir. Salgın döneminde işletmelerin de olumsuz etkilenecekleri, kimi işletmelerin borçlarını ve hatta işçilik alacaklarını dahi ödeyemeden iflas edebilecekleri de gözetilerek işletmeleri de koruyan, işçiye gelir güvencesi ve salgın sonrası işine devam etme imkânı sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Gerekirse bu konuda çalışma hayatına ilişkin sorunları tespit eden ve bunlara yönelik yasal değişiklik önerilerinde bulunacak ayrı bir bilim kurulu oluşturulmalıdır. (CANBOLAT / KAYIRGAN, s.663).

- Covid-19'dan kaynaklanan nedenler ile bir işyerindeki normal çalışma saati süresi en az 1/3 oranında azaltılmak zorunda kalmış ise kısa çalışma ödeneğine başvurulabilir ve bu ödenekten yararlanılabilir.
- Covid-19'dan kaynaklanan nedenler ile en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması halinde kısa çalışma ödeneğine başvurulabilir ve bu ödenekten yararlanılabilir.¹¹⁵

Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren, Kurum (İşkur) birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı¹¹⁶ işçi sendikasına yazılı bildirimde bulunur (Yön.m.4 / 1). Bu başvuru talep formu ve işçi listesi ile yapılır.

İşverenin kısa çalışma talebinin iş müfettişlerince yapılacak inceleme sonucu uygun bulunması sonrasında, Kısa çalışma ödeneği, çalışmadığı süreler için, işçinin kendisine ve aylık olarak her ayın beşinde ödenir.

İşkur sitesinde Kısa Çalışma ile bilgiler bulunmaktadır:¹¹⁷

IX. Covid-19 Salgınının Devam Zorunluluğuna Etkisi

Zorlayıcı sebep devam ederken iş güvencesinin sürekliliği için tercih edilebilecek yöntemler olacaktır. Covid-19, iş sözleşmelerini devam ettirmek isteyen, ancak bu isteğini salgın hastalığın ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerinden asgari düzeyde etkilenecek şekilde gerçekleştirmek isteyen işverenleri İşK. çerçevesinde çözüm yolları aramaya doğal olarak itecektir.

Salgın sonrası işçilerin işlerine devam edebilmeleri ve işletmelerin de faaliyetini sürdürebilmeleri için “Hukuk Bilim Kurulu”nun kurulması gerektiği, bu dönemde işletmeleri ayakta tutacak ve onlara destek olacak düzenlemeler getirilmesi lazım olduğu önerilmektedir. Sosyal tarafların bu yöndeki taleplerinin oluşturulacak Hukuk Bilim Kurulunda uzmanlarca değerlendirilmesi ve onların önerileri doğrultusunda yasa tasarılarının hazırlanması uygun olacağı belirtilmektedir.¹¹⁸

Bu bağlamda akla gelen ilk yöntemlerden biri, işçilerin henüz kullanmadıkları birikmiş yıllık ücretli izinlerinin kullanılmasıdır. Yıllık izin kanundan doğan bir hak olup işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan bir tasarruftur.

¹¹⁵ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>; Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>; <http://www.yttlaw.com/ekonomiye-yonelik-koronavirus-onlemleri-hakkinda>.

¹¹⁶ Değişik: RG., 09.11.2018, 30590.

¹¹⁷ <https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/genel-bilgiler>;
<https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/kisa-calisma-odeneği>.

¹¹⁸Talat CANBOLAT, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

Yargıtay'ın İş Hukuku açısından İlke Kararlarında bu hak bir nevi tescil edilmiş durumdadır.¹¹⁹

Bu süreçte uygulanabilecek yöntemlerden biri işçilere yıllık izin kullandırılmasıdır. İşveren, işçilerin yıllık izinlerini ne zaman kullanacakları hususunda karar verme yetkisine “işverenin yönetim hakkı” kapsamında sahiptir, ancak işverenin bu hakkını yönetim hakkını kötüye kullanmaksızın, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekmektedir. Bu doğrultuda işçilerin kıdemi uyarınca önceki senelerden devreden yıllık izinlerinin de mevcut olması halinde, bu birikmiş izinlerin de kullandırılması gündeme gelebilecektir. İşverenlerin yıllık izin kullanılacak tarih aralığını işçiye yazılı olarak tebliğ etmeleri yeterli olacaktır. Alternatif olarak, idari izin uygulamasına da geçilebilir. Her ne kadar idari izin kamu çalışanlarına yönelik olarak düzenlenmişse de, uygulamada özel sektör işverenlerinin çalışanların yıllık ücretli izin günlerinden düşmeksizin ve herhangi bir ücret kesintisi yapmaksızın işçileri izne çıkarmaları da mümkündür. Bu uygulamada işverenin izin verilecek tarih aralıklarını işçilere yazılı tebliği uygun olacaktır. İdari izin nedeniyle yapılmayan çalışmalar için daha sonra telafi çalışması yaptırılabilir. Yapılacak idari izin duyurusunda telafi çalışması yapılacağını bildirmek yeterli olacaktır.¹²⁰

Ücretsiz izin / Yıllık izin Covid-19 salgını nedeniyle işe devam etmek istemeyen işçiler bakiye yıllık izin sürelerini kullanabilecekleri gibi bu sürede ücretsiz izne de ayrılabilirler. Ancak ücretsiz izin uygulaması, 4857 sayılı İşK. uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edildiğinden çalışanın yazılı onayına bağlıdır, karşılıklı muvafakat aranmaktadır. İşveren tek başına vereceği kararla çalışanlarına ücretsiz izin kullandıramaz. Ücretsiz izin ancak çalışanın yazılı onayı ile uygulanabilecek bir uygulamadır.¹²¹

İşveren, salgın durumunda fesih için koşulların oluşmaması durumunda, İşçiye yıllık izinleri kullandırabilmekte, Telafi çalışması yaptırabilmekte, Uzaktan çalışma veya Evden çalışma modeline geçebilmektedir. Yurtdışından dönen

¹¹⁹ Yargıtaya göre; Yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık hâlini oluşturur. (Yarg.9.HD., 01.07.2008, E.2007/21656, K.2008/18647).

¹²⁰ https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19_%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

¹²¹ Tefvik GÜNDÜZ, <https://www.yuksekovahaber.com.tr/haber/is-hukuku-bakimindan-covid-19-salgininin-isci-ve-isverene-etkileri-235609.htm>; Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>; <https://www.mmo.org.tr/kocaeli/haber/coronavirus-doneminde-hak-ve-sorumluluklar>; Bir görüşe göre; Ücretsiz izin, işletmeden kaynaklanan ekonomik kriz hallerinde ve benzer hallerde de devreye sokulabilir. Yarg.9.HD.nin 16.12.2004, Tarih ve E. 27003, K. 27998 Sayılı Kararında; “Ücretsiz izin, son çare olarak başvurulması gereken fesihten önceki bir tedbir, sözleşme ilgisinin değişen koşullara uyarlanarak devamını sağlayan bir yöntemdir” şeklinde hüküm kurulmuştur. (Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>).

çalışanların sağlık sunucusundan 14 günlük kuluçka süresi için istirahat raporu alma veya idari ücretli izin verilmesi yoluna da gidilebilmektedir. Ancak belirli bir bölgede veya ülke genelinde karantina ilan edilmediği ve sokağa çıkma yasağı uygulanmadığı sürece, işverenin ücretsiz izin verme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşveren çalışanların onayını alarak ücretsiz izin de verebilmektedir. Ayrıca rapor süreci çalışanların oldukça riskli bölgeler olan hastanelere yığılmasına sebep olacak, hem çalışanları riske atmakta hem de hastanelere ekstra yük getirmektedir.¹²²

Zorlayıcı sebep nedeniyle ücretsiz izne çıkarma seçeneği gündeme gelmektedir. Akıllara ilk gelen soru olması bakımından, işçinin ücretsiz izne çıkarılmasının ancak kendi talebiyle veya işverenden gelen talebe onay vermesi hâlinde mümkün olabileceğini belirtmek yerinde olacaktır.¹²³ Talep veya onay olmadan işverence tek taraflı kullanılan ücretsiz izin Yargıtay tarafından haksız fesih olarak nitelendirilmektedir.¹²⁴

Covid-19 salgını nedeniyle, rızası olmaksızın ücretsiz izne çıkarılmak istenen işçinin, bu talebi kabul etme zorunluluğu yoktur. İşçinin yazılı rızası olursa bu geçerli olacaktır. Mevzuatta ücretsiz izne yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. 9 Nisan 2020’de Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde sevk edilen tasarı ile ilk kez bir düzenleme yapılmak istenmiştir. Yargıtay’ın “İşverenin işçiyi tek taraflı ücretsiz izne çıkaramayacağı ancak işçinin yazılı rızası ile bunun mümkün olduğu” yönünde kararları vardır. Tüm dünyayı etkileyen ve Türkiye’de de hemen hemen tüm işletmeleri etkileyen böyle bir durumla ilk defa karşılaşmıştır. Virüs nedeniyle hem işletmedeki faaliyetlerin etkilendiğini hem de işçinin, çalışmak için iş yerine gidebilecek durumda değildir.¹²⁵

Covid-19 semptomlarını taşıdığını düşünerek tedbir amacıyla işe gidemeyecek olan işçinin hekimden sağlık raporu alarak bu dönemi geçirmesi gerekir. Hasta değil ama karantina veya ilgili genelgeler gereğince sokağa çıkma yasağı kapsamında olması nedeniyle işe gidemiyorsa, bu durum zorunluluk hali sayılacak ve bu durumda işveren bir haftalık ücretin yarısını ödemekle yükümlüdür. Sonrasında işveren talebiyle veya işçinin talebiyle ücretsiz izin kuralları uygulanabilir veyahut kıdem tazminatı ödeyerek çalışanın iş sözleşmesi feshedilebilir. İşyerinde salgın nedeniyle yeterli önemlerin alınmamasına rağmen faaliyet sürdürülmesi durumunda ise 6331 sayılı İSGK’na göre işveren işyerinde çalışanların İSG için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşyerinde

¹²² <https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

¹²³ Murat UYANIK / Çağlar KORKMAZ, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

¹²⁴ Yargıtaya göre; Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi, onayı alınmadan ücretsiz izne çıkarılmış olup, bu durumun, işveren tarafından gerçekleştirilen fesih olduğunun kabulü gerekir. (Yarg.9.HD., 16.09.2013, E.2011/25431, K.2013/22619).

¹²⁵ Talat CANBOLAT, <https://www.aa.com.tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

ciddi ve yakın bir tehlike söz konusu ise 6331 sayılı İSGK'ndaki Çalışmaktan kaçınma hakkı (m.13) söz konusu olur.¹²⁶

İSG tedbiri olarak; yıllık izin ve ücretsiz izin uygulaması mümkündür. Fiziki izolasyonun sağlanması yönündeki eğilim üzerine işin yürütümünün güçleştiği durumlarda işçiye yıllık izin hakkı tanınması da işveren tedbirleri arasında görülebilir. Bu halde işverenin sahip olduğu yönetim hakkı ve yetkisi kapsamında birden fazla işçinin aynı anda yıllık izne çıkarılması mümkündür.¹²⁷

İşverenin işçiyi ücretsiz izne zorlamasının işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vermektedir. Bu haklı fesih olacağı için sözleşmeyi fesheden işçi, kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Ücretsiz izne çıkarıldığı için sözleşmesini fesheden işçinin ihbar tazminatı ile işe iade davası açma hakkın bulunmamaktadır. Bu iki hak sözleşmeyi işverenin feshetmesi halinde mümkün olabilecektir, ancak işçi haklı nedenle feshederse kıdem tazminatı talep edebilecektir. İşçinin geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanabilmesi için hekim tarafından verilmiş sağlık raporu gerekmekte, sağlık raporuna istinaden ödenek verilmektedir.¹²⁸

Covid-19'a yakalanan bir işçinin rapor alması halinde, raporlu olunan dönemde ücretinin bir kısmını Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)'ndan iş göremezlik ödeneği olarak alabilecektir. Virüs tanısı konmasa da şüphe nedeniyle evde karantinada olan işçinin, iş göremezlik ödeneğinden faydalanması gerekir. Sağlık kuruluşunun öneri veya zorlaması ile karantina uygulaması bir tedavi süreci olduğundan bu kişiye istirahat raporu verilmelidir. Teşhis ve tedavi süreci vardır ve toplum sağlığı için önemlidir. Karantinada olan kişiye SGK tarafından yetki verilmiş hekim ve sağlık kurullarından sağlık raporu verilmesi durumunda 3.günden itibaren geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir.¹²⁹

İşçi ve işverenin ortak istek ve kabulü ile herhangi bir süre sınır olmaksızın ücretsiz izin uygulamasının gerçekleştirilebilecektir.

Devlet kurumları tarafından açıklanmış herhangi bir zorunlu karar veya tavsiye kararı olmaksızın işverenin, Covid-19'un yayılmasını önleme amacıyla İşverenin kendi inisiyatifi doğrultusunda işyerini geçici süre ile kapatması durumunda, kural olarak işverenin çalışanlarının ücretini ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Devlet Kurumları tarafından açıklanmış bir tavsiye kararı bulunması halinde işverenin işyerini geçici süre ile kapatması durumunda da kural olarak işverenin çalışanlarının ücretini ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Covid-19 salgını sebebiyle Devlet kurumları tarafından açıklanmış herhangi bir zorunlu

¹²⁶ <https://www.mmo.org.tr/kocaeli/haber/coronavirus-doneminde-hak-ve-sorumluluklar>.

¹²⁷ <https://www.doganturan.av.tr/koronavirus-ve-epideminin-is-sureclerine-etkisi-ve-alinmasi-gereken-isveren-tedbirleri>.

¹²⁸ Talat CANBOLAT, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

¹²⁹ Murat EMERGEN, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

karar sebebiyle işverenlerin işyerlerini geçici süreyle kapanması, 4857 sayılı İşK kapsamında bir zorlayıcı neden olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay da, yerleşmiş içtihatlarında “salgın hastalık sebebiyle karantina uygulanması”nı “zorlayıcı neden” olarak kabul etmiştir.¹³⁰

Covid-19 arzu edilmeyen bir şekilde işyerinin geleceğini tehdit etse dahi, son çare olan iş sözleşmesi feshi yerine evleviyetle, iş sözleşmeleri devam ettirilmeye çalışılmalı, yarım ücret ödeme ve kısa çalışma ödeneği gibi imkânlardan öncelikle faydalanılmalıdır. Bu iki imkân kullanıldığı durumda bile istenen mali denge sağlanamaması halinde dahi, fesih yerine, ücretli / ücretsiz izin kullandırma yoluna gidilmelidir.¹³¹

Uygulamada rastlanılan seçenekler, tarafların anlaşması halinde ücretsiz izin uygulaması veya ücretli izin haklarının kullandırılmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken konu, çalışanın rızası bulunmaksızın ücretsiz izin verilemeyeceğidir.¹³² Aksi takdirde Yargıtay işçinin ücretsiz izne çıkartılmasını işveren tarafından eylemli fesih olarak kabul edilmektedir. İşverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.¹³³

İşveren, öncelikle ücretli izin kullandırma, bu mümkün olmaz ise de ücretsiz izin kullandırma yollarına gidilebilir. İşveren tek taraflı almış olduğu kararlarla işçileri ücretsiz izne çıkartamaz. Tek taraflı işçinin rızası alınmadan uygulanan ücretsiz izin fesih anlamına gelir. İşe iade davası açma süreleri işlemeye başlar.¹³⁴

İşçilerin ücretsiz izin için onayı bulunmadığı takdirde ise; çalışanlara ücretli izin verilmesi, toplu izin uygulamasına gidilmesi veya uzaktan çalışma yaptırılması seçenekleri değerlendirilebilir.

¹³⁰ <https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>.

¹³¹ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>.

¹³² İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salginietkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salginietkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>.

¹³³ Yargıtaya göre; İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür... İşverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir. (Yarg., 9.HD., 21.3.2006, E.2006/109, K.2006/7052; Yarg., 9.HD., 14.7.2008, E2007/24490, K.2008/20203; Yarg. 9.HD., 17.02.2020, E.2017/15110, K.2020/2319); Yargıtaya göre; Davacı işçinin rızası ve yazılı muvafakatı bulunmadan işverence davacının tek taraflı ücretsiz izne çıkarılması eylemli bir fesih olup, yerleşik içtihatlarla göre bu durum davacı işçi açısından iş aktinin haksız fesih halini oluşturur ve işçi ihbar tazminatına da hak kazanır. (Yarg. 9.HD., 29.01.2004, E.2003/12158, K.2004/1460).

¹³⁴ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>.

İşveren her zaman çalışanlarını tek taraflı olarak izne gönderebilir. Bu süre boyunca çalışanlara ücret ödenmesi gerekmektedir. Ücretli izin işverenin inisiyatifine bağlıdır.

Kanunda zorlayıcı neden halinde izin kullandırılabilceği hakkında hüküm düzenlenmediğinden, Covid-19 sebebiyle işveren inisiyatifıyla işçilerin ücretli veyahut ücretsiz izne ayrılması halinde işçilerin yıllık izinlerinden mahsup edilmemesi gerekir. Yargıtay kararları ışığında uygulamada ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.8 uyarınca; işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak izin döneminin belirleneceği ifade edilmiştir. İşverenin işi ve işyerini yönetme hakkı kapsamında işverenin işçilere yıllık izin kullandırmasının günümüz şartlarında mümkün olduğu ifade edilmektedir. Salgın döneminde ortaya çıkacak zararların azaltılması amacıyla işçinin menfaati sebebiyle salgın süresince işverenin işçilere ücretli yıllık izin kullandırması böylece mümkün hale gelmiştir.¹³⁵

Covid-19 salgını nedeniyle işyerinde tedbir amaçlı olarak işçilerden yıllık izin kullanma talebi gelmesi halinde, işveren işçilere yıllık ücretli izinlerini kullandırabilir. Ancak Covid-19 salgının boyutu göz önüne alınarak tedbir amacıyla işveren, işçilerden yıllık izin kullanma talebi gelmemiş olsa da işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulamasına da gidebilir. Toplu izin uygulamasına gidilmesi halinde, henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçileri de toplu izin kapsamına alınarak izne çıkarılabilir.¹³⁶

Ücretsiz izin uygulaması iş sözleşmesinin askıya alınması anlamına gelmektedir. Sözleşmenin askıya alındığı süre boyunca işçi çalışmamakta, işveren ise ücret ödememektedir. İşverenlerin, işçinin isteği dışında ve tek taraflı olarak ücretsiz izin kullandırması mümkün değildir. Yargıtay Kararları nezdinde, işçinin isteği dışında ücretsiz izne gönderilmesi iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi anlamına gelmekte iken bu durum işçiye de iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanımaktadır. Böyle bir durumda, işçi kıdem tazminatını almaya hak kazanmaktadır. İşK.m.22 uyarınca; işveren, işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediğini yazılı olarak bildirir ve işçi de altı işgünü içinde bu öneriyi yine yazılı olarak kabul ederse iş sözleşmesi askıya alınmış olacaktır. İşçi, kendisine yapılan bu teklifi yazılı olarak kabul etmezse çalışma koşullarındaki bu değişiklik kendisini bağlamaz. Ayrıca, işverenin ücretsiz izne çıkma önerisini herhangi bir itiraz öne sürmeden yerine getiren işçi buna muvafakat etmiş sayılır. Ücretsiz izin konusunda işçinin rızasının bulunup bulunmadığı hususunun ispatı işverene ait olacaktır. İşçinin muvafakatinin bulunduğu ilişkin ispat yükü işverene yüklendiği için, işçilerden alınacak muvafakatin herhangi bir tereddüde yer vermemesi önem arz etmektedir. Ücretsiz izin

¹³⁵ Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; İlayda DOĞAN / Kardelen LULE, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/910018/korona-virs-covid-19-salgininin-trk-304351-hukuku-bakimindan-etkileri>.

¹³⁶ YÜREKLİ, Covid-19, s.50.

uygulamasının niteliği itibariyle “makul ve geçici bir süre” olması gerekmektedir. Ayrıca, işverenin bu husustaki önerisine ücretsiz izin süresini eklemesi, işçinin ücret gelirinden yoksun kalacağı sürenin uzunluğunu bilmesi ve sağlıklı bir değerlendirme yapabilmesi açısından önem arz etmektedir.¹³⁷

Yazılı bir teklifin yapılması ve bir ücretsiz izin formunun doldurulması ücretsiz iznin kurala bağlanması içindir. İşçi eğer ücretsiz izni kabul etmiyorsa Yargıtay kararınca bu işçi haklı fesih hakkı elde etmiş olur. Kıdem tazminatını talep edebilir. Ama ihbar tazminatı alamaz. Ücretsiz izin sırasında işçinin iş sözleşmesi devam eder. İşçi ücretsiz izinde başka bir yerde çalışırsa bu durum bazı Yargıtay kararlarında işçinin iş sözleşmesi feshi için haklı neden sayılmıştır.¹³⁸

İşverenin bu süreçte çalışanlarını ücretsiz izne çıkarması bazı şartlarla mümkündür. Kural olarak ücretsiz izin, işçi ile işverenin karşılıklı olarak anlaşması halinde uygulanabilir. Ücretsiz izin, işçi tarafından teklif edilebileceği gibi, işveren tarafından da teklif edilebilir; ancak işveren işçiyi, ücretsiz izne çıkmaya zorlayamaz. İşçi tarafından talep edilen ücretsiz izne ilişkin sebep makul, süre ise geçici olmalıdır. Bu kapsamda, dünya çapında etkili olan Covid-19 virüsünün yayılma hızı ve etkileri göz önüne alınarak, işçinin sağlığına yönelik endişelerinin makul sebep teşkil edeceği ileri sürülebilecektir. İşçi tarafından kabul edilmeyen ücretsiz izin teklifinde işveren tarafından ısrarcı olunması, fiili anlamda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi anlamına gelebilecek olup, geçersiz fesih sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda, işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Şartların oluşması halinde işçi ayrıca işe iade davası açabilecektir. Ancak, 7244 sayılı Kanun uyarınca, 17.04.2020 tarihli itibariyle üç ay süre boyunca işveren işçiyi, rızası aranmaksızın tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkarabilecektir. Bu kapsamda ücretsiz izne ayrılmış olması işçiye sözleşmesini haklı sebebe dayanarak fesih hakkı vermeyecektir.¹³⁹

İşçilere ücretsiz izne çıkması teklif edilebilir. Ücretsiz izin kullandırmak tek başına işverenin inisiyatifinde değildir ve işçinin kabulüne bağlıdır. İşçi ücretsiz izne çıkarken işçinin yazılı kabul beyanı alınmalıdır. İzin formunda izin süresi belirtilmeli, bu sürenin uzatılması gerekirse tekrar onay alınmalıdır. Tek taraflı, maktu belgeler ve süresi belli olmayan izin formları geçersiz kabul edilmektedir.

¹³⁷ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6eb48c56-0d49-4caa-83b5-d0939955aab0>.

¹³⁸ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>; Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degiskenler-ve-etkileri>; İlayda DOĞAN / Kardelen LULE, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/910018/korona-virs-covid-19-salgininin-trk-304351-hukuku-bakimindan-etkileri>.

¹³⁹ Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>; Beril Yayla SAPAN / Asena Aytuğ KESER, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/is-hukuku-kapsaminda-covid-19-nasil-degerlendirilmelidir>.

İşçiye, hukuki sonuçları anlatıldıktan sonra, İzin sonu işe başlatılması koşuluyla işçiye ücretsiz izin kullanılması mümkün olabilecektir.¹⁴⁰

İşveren, işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediğini yazılı olarak bildirecek, işçi de altı işgünü içinde bu öneriyi yine “yazılı olarak” kabul ederse iş sözleşmesi askıya alınmış olacaktır. İşçi, kendisine yapılan bu öneriyi yazılı olarak kabul etmezse, çalışma koşullarındaki bu değişiklik kendisini bağlamayacaktır. İşverenin ücretsiz izne çıkma önerisini herhangi bir itiraz öne sürmeden yerine getiren işçi de buna muvafakat etmiş sayılacaktır. Ücretsiz izin konusunda işçinin rızasının bulunup bulunmadığı hususunda bir tereddüt bulunduğu, ispat yükümü işverene ait olacaktır. İşverenlerin işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma hakkı, yasal olarak mevcut değildir. Uygulamada çoğu kez işverenlerin, tek taraflı olarak işçileri ücretsiz izne çıkarttığı görülmektedir. İşçinin, işverenin kabulü olmaksızın ücretsiz izne ayrılması da İşK.nun işçilere tanıdığı bazı özel durumlar haricinde mümkün değildir.¹⁴¹

Çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılacak değişikliklerin geçerli sayılması için emredici yasal düzenlemelere aykırı olmaması gerektiği gibi, çalışanın yazılı onayını taşıması şartı da bulunmaktadır.¹⁴²

Ücretsiz izin uygulaması; 4857 sayılı İşK.m.22 kapsamında, “çalışma koşullarında esaslı değişiklik” olarak kabul edilmektedir.¹⁴³ Bu bağlamda; işveren, ücretsiz izin uygulamasına geçecekse çalışanlarına bu uygulama hakkında yazılı bildirim yapmak zorundadır. İlgili bildirim akabinde; çalışanlar, 6 iş günü içinde ücretsiz izin uygulamasını kabul edebilirler veya reddedebilirler. Eğer çalışanlar, yazılı bir cevapta bulunmazlarsa ücretsiz izin uygulamasına ilişkin bildirim reddetmiş sayılırlar. Çalışanın, ücretsiz izin uygulamasına ilişkin teklifi reddetmesi halinde ise; işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklayarak ve bildirim süresine uyarak iş sözleşmesini feshedebilir. Covid-19 salgın gerekçesi söz konusu olmuş olsa dahi; işveren işçilerin ücretinde azalma söz konusu olacaksa muhakkak çalışanlardan yazılı onay alınmalıdır. 4857 sayılı İşK.m.22 gereğince, ücretin azaltılması, “iş sözleşmesinde esaslı değişiklik” olarak kabul edilir. Bu nedenle;

¹⁴⁰ <https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>.

¹⁴¹ Pakize DUVARCI, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>.

¹⁴² <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

¹⁴³ Geniş bilgi için Bkz. SÜZEK, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s.1 vd.; Aynı yazar, (Ücretsiz İzinler) İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.9, Özel Sayı, 2007, s.115 vd.; İzzet OTRU, İş Hukukunda Ücretsiz İzin, Ankara 2012, s.22; Kübra DOĞAN YENİSEY, Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.71-87; M. Fatih UŞAN, 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Sartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.9, Özel Sayı, 2007, s.211 vd.

işverenin, işçinin ücretini azaltması ancak çalışanın açık rızasını içeren ve taraflar arasında yazılı şekilde yapılacak protokol ile mümkündür.¹⁴⁴

Yargıtay; ücretsiz izin kabul edilmiş ancak iş akdinin askıya alınması belli bir süreye bağlanmamışsa makul sürenin aşılması durumunda işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmektedir.¹⁴⁵

İşçinin yazılı olarak kabul etmesi halinde, ilgili işçi ücretsiz izne çıkarılabilir. İşçinin yazılı olarak kabulü olmaz ise ücretsiz izin usulü uygulanamaz. Ayrıca, ücretli izin kullandırma imkânı mevcut iken, işçiyi ücretsiz izne zorlamak ta hukuka aykırı olur.¹⁴⁶

İşveren tek taraflı aldığı bir kararla işçileri ücretsiz izne çıkartamayacaktır. İşverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarması tek taraflı bir irade beyanı ile mümkün değildir. İşçi, ücretsiz izni kabul etmek zorunda değildir. Bu konuda mutlaka işçinin de onayı gerekmektedir. Aksi halde işçinin onayı olmadan uygulanan ücretsiz izin uygulaması haksız fesih niteliğinde olacaktır. Tek taraflı, işçinin rızası alınmadan uygulanan ücretsiz izin sözleşmenin feshi anlamına gelecektir. İşçi de bu durumda ücretsiz izni kabul etmeyerek iş sözleşmesini haklı nedenle sonlandırıp alacak davası açabilecektir.¹⁴⁷

İşK.m.18'deki hükümler çerçevesinde; İş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Ücretsiz izne çıkarılmayı kabul etmediği için işten çıkarılan işçiler, şartları var ise işe iade davası açabilecektir. Ancak, bu salgın hali bazı işletmeler için geçerli veya haklı neden olabilecektir. İşçi, iş sözleşmesini kendisi feshederse işe iade davası açamaz. İşe iade davasında sözleşmesini işverenin feshetmesi ve diğer şartların olması gerekir.¹⁴⁸

7244 sayılı Kanun kapsamında, maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden itibaren işverenin işçiyi üç aylık süreyi aşmamak üzere ücretsiz izne ayırabileceği düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı üç aylık bu süreyi altı aya

¹⁴⁴ Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

¹⁴⁵ Yargıtaya göre; Davacının hizmet akdi, askıya alındığı ... tarihinde işveren tarafından feshedildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı hüküm altına alınmışsa da davacının başlangıçta askıya karşı çıkmadığı ancak askı süresinin uzaması üzerine ... tarihli yazı ile hizmet akdini 4857 sayılı yasanın 24/11-e maddesi gereğince haklı olarak feshettiğini işverene bildirdiği, bu fesih yazısının ... tarihinde işverene tebliğ edildiği anlaşıldığından akdin ... tarihinde haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir. (Yarg., 9.HD., 30.03.2006, E.2005/28789, K.2006/8012).

¹⁴⁶ Bülent ÖZKAN, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>.

¹⁴⁷ Murat EMERGEN, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>; <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>; Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>.

¹⁴⁸ Geniş bilgi ve orada yapılan atıflar için Bkz. SUBAŞI, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.1 vd.

çıkartmaya yetkilidir. Normal şartlarda ücretsiz izin işverenin tek taraflı talebi ile kullanılması mümkün değildir. İşverenin işçiyi rızası hilafına ücretsiz izine göndermesi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak yorumlanmaktadır. Ancak, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle işverenin, işçiden onay almak zorunda kalmaksızın, kısmen veya tamamen ücretsiz izin uygulaması yapabileceği hususu düzenlenmiştir.¹⁴⁹

Belirli koşulların ortaya çıkması halinde iş sözleşmesinin sona erdirilmeyip geçici bir süre askıda kalması günümüzde iş güvencesinin sağlanmasında en önemli hukuki tekniklerden biri olarak kabul edilmektedir. İş ilişkilerinde ortaya çıkabilecek birçok neden, iş sözleşmesinin normal seyrini etkileyerek onu dayanıksız hale getirebilir. Gerçekten, iş kazası, hastalık, analık, askerlik, grev ve lokavt, özellikle Covid-19 salgını kaynaklı zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması gibi hallerde işçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme borcunu yerine getirmesi imkânsız hale gelmektedir. İşçi-işveren ilişkilerinde sık sık gerçekleşebilecek bu gibi hadiseler iş sözleşmesinin feshi veya kendiliğinden sona ermesi gibi hukuki sonuçlar bağlanması halinde işçilerin iş güvencesinden söz edilemez.¹⁵⁰

X. Telafi Çalışması

Covid-19'a karşı alınan önlemler neticesinde zorunlu sebeplerle iş yerlerinde çalışma saatleri büyük ölçüde azalmış ve hatta birçok iş yerinde iş tamamen durmuştur. Bu olağan dışı durum, ticari faaliyetlerin devam edememesi nedeniyle kazanç kaybı yaşayan işverenler ile çalışma imkânı neredeyse yok olan işçiler arasındaki ilişkiyi de etkilemektedir. İşverenlerin içinde bulunulan süreci ekonomilerine ve kanuna uygun şekilde sürdürebilmeleri adına işçilerin ücretsiz, yıllık ve toplu yıllık izin kullanmaları gündeme gelmektedir. Çalışma edimini yerine getiremeyen işçilerin ileriki zamanda telafi çalışması yapacağına ilişkin düzenleme oluşturma zarureti doğmuştur. İşverence telafi çalışması yaptırılacak olması halinde, İşK.m.64'te belirtilen hangi nedene dayanıldığı açıkça gösterilmeli ve hangi tarihte çalışmaya başlanacağı ilgili işçilere bildirilmelidir. Telafi çalışmasına neden olan zorlayıcı unsurun ortadan kalkması, işverenin işçilerini telafi çalışmasına davet etmesi için herhangi bir zamanaşımı başlatmaz. Zorlayıcı nedenin ortadan kalkmasının ardından iş yerinin normal çalışma dönemine başlaması beklenecektir. Telafi çalışmasının, işyerinin normal çalışma düzenine çalışma düzenine geçmesini takip eden dört ay içinde yaptırılacağı kararlaştırılmıştır.¹⁵¹

Sokağa çıkma yasağı vs. istinai haller dışında kural olarak iş yerinde 7 gün 24 saat faaliyet gösterilebilir. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu bağlamında

¹⁴⁹ <https://kpmgvergi.com/yayinlar/mali-bultenler/vergi/yeni-koronavirus-covid-19-tedbirleri-kapsaminda-gecici-istihdam-guvenesi-uccretsiz-izin-ve-nakdi-ucuret-destegi/691>.

¹⁵⁰ SÜZEK, Ücretsiz İzinler, s.115 vd.; YÜREKLİ, Covid-19, s.50.

¹⁵¹ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki;>
<http://www.yttlaw.com/category/is-hukuku-makaleleri>.

gerekli İSG önlemlerinin de yine bu çalışma düzenine uygun şekilde olması gerekmektedir. İşyerinde faaliyet durdurulmuşsa, uzaktan (evden) çalışma da mümkün değilse işveren alternatif olarak telafi çalışması yaptırabilir.¹⁵²

Telafi çalışması, Covid-19 Salgının bitiminden sonra gündeme gelebilecek bir maddedir. İşverenlerin işin durması sebebiyle zorlayıcı nedenlerin geçmesi akabinde dört ay telafi çalışması isteme hakkı bulunmaktadır.

4857 sayılı Kanuna 7226 sayılı Kanunla değişiklik yapılan hükme (m.43) göre; Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay¹⁵³ içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkilidir.¹⁵⁴ Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz (m.64/I).

Bu düzenleme Covid-19 salgını sonrasında gerçekleşmiş olup değişiklik öncesi süre 2 ay ile sınırlı idi. Covid-19'un etkilerinin azaltılması için alınan önlemler kapsamında telafi çalışması süresi de arttırılmıştır.

Ücretsiz ve ücretli izin alternatifleri ile sonuç alınmaması halinde işverenler tarafından telafi çalışması yoluna gidilebilecektir. İlgili mevzuat uyarınca telafi çalışmasının; birlikte çalışma tarihinin açık şekilde duyurulması, iş durdurma sona erdiğinde iş durdurma sona erdiğinde çalışanların toplam günlük çalışmanın 11 saati aşmaması, telafi çalışma süresinin 3 saatten fazla olmaması, tatil günlerinde yaptırılmaması gerekmektedir. Çalışılmayan süre için çalışanlara ücretleri ödenmelidir. Ancak, yapılacak telafi çalışması için ilave bir ücret ödenmesi gerekmemektedir.¹⁵⁵

Covid-19 nedeniyle zorunlu nedenlerle işin durması veya normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması halinde ise telafi çalışması gündeme gelebilecektir. Telafi çalışması, kaynağını oluşturan zorunlu nedenin ortadan kalkması ve işyerinin normal çalışma dönemine başlamasını takip eden 4 aylık telafi çalışma süresinde yapılacaktır. İstihdamdaki sürekliliği temin etmek amacıyla 2 aylık süre 4 aya çıkartmıştır.

Zorunlu nedenlerle işin durması, iş yerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya işin tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi

¹⁵² <http://www.covid19legalturkey.com/tr/covid-19-salgini-ile-degisen-calisma-duzeni-ve-telafi-calismasi-kavrami>.

¹⁵³ 7226 sayılı Kanunun hükmü ile bu fıkarda yer alan “iki” ibaresi “dört” şeklinde değiştirilmiştir (m.43).

¹⁵⁴ 7226 sayılı Kanunun hükmü ile bu fıkarda “Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkilidir.” cümlesi eklenmiştir. (m.43).

¹⁵⁵ <https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>; <http://www.covid19legalturkey.com/tr/covid-19-salgini-ile-degisen-calisma-duzeni-ve-telafi-calismasi-kavrami>.

doğrultusunda kendisine izin kullandırılması halleri başta olmak üzere iş görme edimini belirli bir süre yerine getiremeyen işçiden, dört ay süreyle telafi çalışması yapması istenebilmektedir. Düzenlemede “dört ay” olarak belirtilen telafi çalışması periyodu, önceden “iki ay” şeklinde iken; 7226 sayılı Kanunla işveren yararına arttırılmıştır. Ticari işletmelerin olağanüstü yükünü azaltmak amacıyla yapılan bu değişiklik doğrultusunda; kanun koyucunun, işverenleri telafi çalışması hükmünden faydalanması konusunda teşvik ettiği anlaşılmaktadır. Dört aylık müddete sahip telafi çalışması boyunca gerçekleştirilen çalışmalar fazla çalışma veya fazla süreyle çalışma sayılmayacak ve işçinin hak kazandığı esas ücret haricinde başkaca bir ücret hakkı oluşmayacaktır. İşveren, kanunda belirtilen günlük en çok çalışma süresinin aşılmaması şartına, işçiye günde üç saatten fazla telafi çalışması yükletilemeyeceğine ve tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmayacağına ilişkin hükümlere uygun davranmakla yükümlüdür.¹⁵⁶

İşveren, işyerindeki faaliyetlerini durdurucu zorunlu neden niteliğine sahip Covid-19 salgınının etkilerinin azaldığı/ortadan kalktığı tarihten itibaren 4 ay içerisinde işyerinde telafi çalışmasına yönelik çalışma düzenine geçebilir.

XI. Uzaktan (Evden) Çalışma

Uzaktan çalışma işçiler için çalışma zamanlarında esneklik sağlarken çalışanlar için stresi de azaltan bir çalışma yöntemi olmaktadır. Uzaktan çalışan işçiler büyük şehirlerde işyerine ulaşmak için harcadıkları zaman bakımından da tasarruf sağlamaktadır. İşveren açısından ise masraflar bakımından tasarruf sağlanabilmekte ve işçilerin daha az stresle çalışması sonucu üretimde verimliliğin ve yaratıcılığın artmasını sağlamaktadır. Covid-19 sebebi ile işyerinde uzaktan çalışma uygulanması durumunda bu kurumun doğasına ilişkin işçinin çalışmaması gibi bazı endişeler gündeme gelmektedir.¹⁵⁷

Covid-19 salgınının hızlı şekilde yayılmasını önlemesi bakımından uzmanlar tarafından önerilen ilk uygulama izolasyon olduğundan, işyerinde yapılan üretim faaliyetine fiziki olarak direkt katkısı bulunmayan işçilerin tedbiren uzaktan çalışma / evden çalışma modeline geçirilmesi mümkündür. Uzaktan çalışma, mevzuatta düzenlendiği şekliyle işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. Uzaktan çalışmaya geçiş için öncelikle işyerinde ilan yapılması, uzaktan çalışma yapılacak sürelerin ve çalışma şeklinin bu ilanda belirtilmesi ve sonrasında bu ilana istinaden işçilerden yazılı muvafakatname alınarak bu metinlerin özlük dosyalarında saklanması önemlidir. Uzaktan çalışma kapsamında çalışacak personellerin evlerinde görevlerini ifa etmeleri sırasında iş ile ilgili geçirecekleri kazalar da iş kazası olarak değerlendirileceği için,

¹⁵⁶ <https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>; Serdar ÇOKER, <http://www.mgc.com.tr/yeni-tip-koronavirus-covid-19-salgini-ve-is-hukukuna-etkileri>.

¹⁵⁷ <https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

işverenlerin bu konuda çalışanları bilgilendirmeleri oldukça önemlidir. Evden çalışma durumunda çalışanın evde çalışmak için gerekli teknik donanımına sahip olmaması halinde işveren; çalışanın evden çalışabilmesi için gerekli olan teknik donanımı işçiye sağlamalıdır.¹⁵⁸

4857 sayılı İşK. işçinin evden/uzaktan çalışmasına imkân sağlamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'na 6715 sayılı Kanun¹⁵⁹la Ek fıkralarla eklenen hükme (m.2) göre;

Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir (m.14/IV).

6098 sayılı Borçlar Kanuna göre; Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir (m.461).

Uzaktan çalışmanın unsurları; iş görme ediminin yerine getirilmesi sürecinin düzenlenmesi, iş görme ediminin uzaktan yerine getirilmesi, iş görme ediminin teknoloji yoluyla yerine getirilmesidir. Bununla birlikte uzaktan çalışmada “bağımlılık” unsuru her ne kadar zayıflamış olsa da işçi hala işverenin iş organizasyonu kapsamında, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, taraflarca belirlenen çalışma saatleri içinde erişilebilir bir şekilde iş görme edimini yerine getirdiğinden uzaktan çalışma ilişkisinde de bağımlılık unsurunun mevcut olduğundan söz edilebilecektir.¹⁶⁰

Salgın hastalık gibi zorunluluk hallerinde çalışmalar geçici olarak evden yürütülebilir. Bu gibi durumlarda iş ilişkisinin uzaktan çalışmaya dönüşüp dönüşmediği hususu tartışmalıdır. Nitekim bu gibi hallerde uzaktan çalışma “düzenlilik” unsuru taşımamakta, çalışma düzeni yeniden oluşturulmamakta ve dolayısıyla İşK.nda düzenlenen “organizasyon” kriteri bulunmamaktadır. Bununla birlikte “düzenlilik” bir çalışma şeklinin uzaktan çalışma olarak değerlendirilmesine esas kriterler arasında kabul edilmediği takdirde geçici olarak evden yürütülen çalışmalar da uzaktan çalışma olarak değerlendirilebilir.¹⁶¹

¹⁵⁸ İlayda DOĞAN / Kardelen LULE, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/910018/korona-virs-covid-19-salgininin-trk-304351-hukuku-bakimindan-etkileri>; https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19-%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

¹⁵⁹ RG., 20.05.2016, 29717.

¹⁶⁰ YÜREKLİ, Covid-19, s.56; <https://www.blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-uzaktan-calisma-ve-koronavirus>; Gül Nevra AYDIN / Sena GÜNGÖRDÜ / İrem ONURSAL, Covid-19 İş Sözleşmelerine Etkisi, <https://www.kesikli.com/tr/covid-19-sozlesmelerine-etkisi>.

¹⁶¹ <https://www.blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-uzaktan-calisma-ve-koronavirus>; Bir görüşe göre; İşK.m.14'e bakıldığında uzaktan çalışmadan söz edebilmek için, uzaktan çalışma için

İş ilişkisinin uzaktan görülmesi hususunu hüküm altına almıştır. Uzaktan çalışma; işçinin iş ilişkisi kurulurken veya sonradan anlaşmalı olarak değişiklik yapılması ile bir iş modeli olarak uygulanan çalışma şeklidir. Günümüz şartlarında olağanüstü sebeplerden ötürü herhangi karşılıklı anlaşma bulunmadan uygulanan evden çalışma modeli özünde uzaktan çalışma olsa da hukuki anlamda uzaktan çalışma kapsamına girmemektedir. Virüs gibi olağanüstü sebepler ile işveren tarafından karar verilen evden çalışma sistemi işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi uzaktan çalışma niteliğine sokmadığından aslında işçi ve işveren normal çalışma döneminde sahip oldukları hak ve yükümlülükler ile aynen bağlıdırlar. Kısa bir dönem için evden çalışılmasına karar verilen işçiler bu süreç için işveren ile harici bir anlaşma akdetmedikleri sürece iki taraf için de iş ilişkisi aynen devam etmektedir.¹⁶²

Evde çalışma durumunda işçinin iş sözleşmesinin unsurlarından biri olan bağımlılık unsuru kapsamında bağımlılığı zayıflamaktadır. İşverenin talimat verme yetkisi önemli ölçüde sınırlanmaktadır. Kişinin iş güvenliğinden ve hukuki haklardan faydalanabilmesi ise kişinin karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması, müşterileri serbestçe seçmesi, fiyatları kendisinin belirleyebilmesi gibi unsurlara göre belirlenmektedir. Çalışan eğer bu unsurlara sahipse bağımsız çalışan olmakta ve işçi kavramı içerisinde yer almamaktadır.¹⁶³

Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. İşveren uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak İSG önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür (m.14/VI).

Çalışanların evde bir kazaya uğramaları halinde ise bu kazanın iş kazası sayılması için yapılan iş sebebi ile kazaya uğraması gerekmektedir. Çalışanların evlerinde görevlerini ifa etmeleri sırasında iş ile ilgili geçirecekleri kazalar da iş

yapılacak iş sözleşmesinde; işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Dolayısıyla uzaktan çalışma sözleşmesi ayrı bir sözleşmedir. Koronavirüs nedeniyle yapıla evde çalışmaların İşK.m.14 kapsamında değerlendirilebilmesi için eski sözleşmenin sona erdirilip yeni bir uzaktan çalışma sözleşmesi yapılması gerekir ki tam anlamıyla İşK.m.14 uygulanabilsin. Hâlbuki şu an uygulamaya konulan uzaktan çalışma modeli beklenmeyen bir anda ortaya çıkan Koronavirüs nedeniyle mevcut iş sözleşmeleri devam ederken, ortaya çıkan geçici bir ara çözüm olarak üretilmiştir. Bu durum İşK.m.22'de düzenlenmiş olan çalışma koşullarında değişiklik durumudur. Dolayısıyla uzaktan çalışma modeliyle evde çalışma uygulamasına geçilmesi için İşK.m.22'de aranan koşulların gerçekleştirilmesi koşuluyla bu uygulamaya gidilebilir. Evde çalışma uygulamasına gidilebilmesi için işçi ve işverenin karşılıklı olarak anlaşmaları gerekir. Aksi halde evde çalışma yapılamaz. (YÜREKLİ, Covid-19, s.56-57).

¹⁶² <https://www.kilinlaw.com.tr/corona-virusu-sebebiyle-evden-calisma-karari-verilmesinin-is-iliskisine-etkisi>.

¹⁶³ <https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

kazası olarak değerlendirilecektir. İşveren İSG'ne ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğinde bu kazadan sorumlu olmaktadır.¹⁶⁴

İşverenlerin İSG yönünden çalışanlarını yazılı olarak bilgilendirmeleri gerekmektedir. Her ne kadar ev ortamı direkt olarak işyeri sayılmasa ve işverenin ilk elden müdahale yetkisi olmasa da çalışanlara sağlanan ekipmanlar nedeniyle kazanın meydana gelmesi gibi hallerde, çalışana temin edilen elektronik aletlerdeki arızalar nedeniyle çalışanın evdeki çalışması sırasında akıma kapılması vb. gibi iş kazası ile karşı karşıya kalınması ihtimal dâhilinde olduğundan bu tür ekipmanların düzenli olarak kontrolden geçirildiğine emin olmak da risklerin minimize edilmesini sağlayacaktır. Çalışanlar, kendilerine evlerinde sınırlandırılmış ve İSG kurallarına uygun bir çalışma ortamı yaratmaları konusunda yönlendirilmeli, özel hayatın gizliliği kapsamında çalışan tarafından izin verilmesi halinde, çalışanın evindeki çalışma ortamı İSG kurallarına uygunluk bakımından yerinde denetlenmelidir.¹⁶⁵

Buna göre Covid-19 salgını nedeniyle işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde çalışanların evden çalışma modeli kapsamında çalışmaya devam etmeleri sağlanabilir. Ancak bu durum çalışma koşullarını esaslı olarak değiştireceğinden çalışanlardan onay alınması veya duyuru yapılması gerekecektir. Uzaktan çalışmanın mümkün olabilmesi için öncelikle yazılılık esasının sağlanması gerekmektedir.¹⁶⁶

Bazı durumlarda işverenin, özellikle internet üzerinden işin yürütülmesine uygun olan işlerde uzaktan çalışma, telekonferans gibi yöntemleri tercih ettiği ve iş akışını bu şekilde sağladıkları görülmektedir. Belirtilen durumlarda işçinin ücret hakkı aynen devam eder.¹⁶⁷

Uzaktan çalışma modelinin uygulanması için çalışma şartlarında değişiklik hasıl olacağından işçiden “Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ve çalışma şartlarında esaslı değişiklik olmadığını, bu yönde itiraz ve beyanda bulunmayacağını, özlük haklarında kötüleşme olmadığı” şeklinde muvafakat alınması önemlidir.¹⁶⁸

Covid-19 sağlık alanını etkilemekle birlikte ekonomi ve hukuk alanında da belli başlı etkilere neden olmaktadır. Covid-19'un ortaya çıkışı ile karantina uygulamaları, sokağa çıkma yasağı gibi önlemler alınması çalışanların uzaktan

¹⁶⁴ <https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

¹⁶⁵ https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19-%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

¹⁶⁶ Tefvik GÜNDÜZ, <https://www.yuksekovahaber.com.tr/haber/is-hukuku-bakimindan-covid-19-salgininin-isci-ve-isverene-etkileri-235609.htm>; Ümmühan ELTAN, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri/>

¹⁶⁷ İrem TOPRAKKAYA BABALIK, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>; <https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi/>

¹⁶⁸ <https://doganturan.av.tr/koronavirus-ve-epideminin-is-sureclerine-etkisi-ve-alinmasi-gereken-isveren-tedbirleri>.

çalışmasını gündeme getirmektedir. 4857 sayılı İşK.nda, uzaktan çalışma sisteminin usul ve esasları belirlenmektedir. Uzaktan çalışmada normal çalışan ile uzaktan çalışan arasında işçi hakları yönünden hiçbir fark bulunmamaktadır, çalışanlara sağladığı kolaylıklarla gelecekte daha çok tercih edilebilir hale gelecektir.¹⁶⁹

Bilişim imkânlarının gelişmesi sayesinde bazı meslekler ve sektörler için evden veya işyeri dışında başka bir yerden çalışılması imkânı söz konusu olabilmektedir. Yaşanılan bu salgın nedeniyle işverenler, gerekli ekipmanları sağlayarak işçinin evinden çalışmasını, kalabalık iş ortamından uzak durmasını sağlayabilir. Uzaktan çalışma esnasında da işverenin İSG ile ilgili yükümlülükleri devam etmektedir. İşveren işçinin uzaktan çalışması sebebiyle İSG önlemlerini almaktan kaçınamaz.¹⁷⁰

Uzaktan çalışma; İş görme ediminin evde veyahut teknolojik araçlar ile işyeri dışında yerine getirilme halidir. Covid-19 sebebiyle iş ediminin uzaktan çalışmaya uygun olması neticesinde genel itibari ile ülkemizde şirketler bu yola başvurmuştur. İngilterede Home Office kavramı olarak nitelendirilen ilgili husus İşK'nda uzaktan çalışma olarak kabul görmüştür. Covid-19 Salgını sebebiyle işverenlerin güvenilir olması sebebiyle en yaygın olarak tercih ettiği yöntemdir. İşverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam etmektedir.¹⁷¹

İşçi, uzaktan çalışma sisteminde çalışma saatlerine riayet etmelidir. Covid-19 salgını sebebiyle uzaktan çalışma hayatına geçmiş olan işyerlerinde, mesai saatlerine riayet edilip edilmediği hususu tamamen çalışanın inisiyatifindedir. Burada önemli olan verilen görevin işçi tarafından yapıp yapılmadığının değerlendirilmesidir. Uzaktan çalışma halinde işveren, çalışanın ücretinde herhangi bir indirimle gidemez. Uzaktan çalışmaya gidilmeden önce verilen ücret çalışma aynı şekilde ödenmek zorundadır. İş sözleşmesinde, çalışma saatleri içerisinde çalışanın bir öğün yemeğinin işveren tarafından karşılanacağı belirtilmişse, uzaktan çalışma halinde yemek ücreti ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Uzaktan çalışma uygulamasında yol ücretinin ödenip ödenmeyeceği hususu ise özellik arz edebilir. Uygulamada işçi yıllık ücretli iznini kullandığı zaman veyahut istirahat ya da başka sebepler ile işe gelmediği zamanlarda yol ücreti kesiliyor ise bu durumda kendisine yol ücretinin ödenmesine gerek yoktur. Ancak işyeri uygulamasında yol ücreti, işçinin bordrosunda sabit olarak yer alıp tatillerde, ücretli izinlerde veyahut istirahat gibi işyerine gelinmeyen hallerde dahi ödenmeye devam ediyorsa artık ücretten sayılmakta ve bu durumda evden çalışma uygulamasında yol ücretinin kesilmesi mümkün olmamaktadır. İşveren, işçiler arasındaki eşit işlem şartı gereği uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği

¹⁶⁹ <https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

¹⁷⁰ Ömer ÇEBİ / Batuhan ÖZATA, <https://www.hakedis.org/corona-virus-baglaminda-is-sagligi-guvenligi-ve-is-kazasi>.

¹⁷¹ Tuğçe ASLAN, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>.

işçinin yaptığı işin niteliğini dikkate alarak İSG önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. Uzaktan çalışma ile İSG sorumluluğundan kurtulmak söz konusu değildir. Çalışma saatleri içerisinde, iş görme edimini ifa ederken işçinin kazaya uğraması halinde yaşanan kazanın iş kazası sayılacağı şüphesizdir. Ancak yaşanan kazanın iş görme edimini ifa ile ilgisi olmaması durumunda iş kazasından sayılıp sayılmayacağı yargı kararları ile ortaya çıkacaktır. İşyeri dışında, uzaktan çalışma sırasında, iş görme edimi ile ilgisi olmayan bir kazanın yaşanması durumunda meydana gelen vakianın iş kazası sayılamayacağı, ancak iş görme edimini ifa ederken yaşanan bir kaza halinde meydana gelen vakıa ispatlanmak şartıyla iş kazası sayılabilecektir.¹⁷²

SONUÇ

Pandemi, İş Hukuku açısından “zorlayıcı neden”dir. Bu nedenle işçi hasta olmadığı halde hastalık riski nedeniyle çalışmaz ise, (Hastalığın yayılması ve durumun ağırlaşması, olağanüstü hal ilan edilmesi, sokağa çıkma yasağı gibi sınırlayıcı önlemler alınması, çalışanların işyerine gelememesi, hammadde veya ara malların tedarik edilememesi dolayısıyla işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin durması v.s.) halinde işveren bir hafta süreyle işçiye yarım ücret ödemelidir.

Bu durumda işveren dilerse iş sözleşmesini bir haftanın sonunda 4857 sayılı İşK.m.25/III uyarınca sona erdirebilir. Bu durumda işveren işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödemek zorundadır.

Zorlayıcı sebep devam ederken iş güvencesinin sürekliliği için tercih edilebilecek yöntemler olacaktır. Covid-19, iş sözleşmelerini devam ettirmek isteyen, ancak bu isteğini salgın hastalığın ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerinden asgari düzeyde etkilenecek şekilde gerçekleştirmek isteyen işverenleri İşK. çerçevesinde çözüm yolları aramaya doğal olarak itecektir.

Feshi son çare olarak düşünmek gerekir. Covid-19 Pandemi kaynaklı sorunlarda; son çare olan iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmemelidir. Bunun yerine, istihdamı düşürmeyecek olan adımlar izlenmelidir.

Zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde uygulanacak en önemli tedbirlerin başında, Kısa çalışma uygulaması gelmektedir. İşletmelerin varlığını sürdürmesi işyeri sahipleri kadar, işçiler ve yakınları ile toplumun tamamı bakımından büyük

¹⁷² Serdar ÇOKER, <http://www.mgc.com.tr/yeni-tip-koronavirus-covid-19-salgini-ve-is-hukukuna-etkileri>; Serdar ÇOKER, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/909144/yeni-tip-koronavirs-cov305d-19-salg305n305-ve-304351-hukukuna-etkileri>; Bir görüşe göre; Evden çalışmaya geçilen süre boyunca, yol ve yemek ücretlerine ilişkin yapılan değerlendirmeler farklılık göstermektedir. Örneğin işyerinde yemek çıkan bir çalışanın bu süreçte işverenden parasal karşılığı talep etmesi mümkün olabilir. Ancak; çalışanların işyerine gitmeyip, evden çalışmaya devam ettikleri süre boyunca yol ücretlerinin ödenmesi söz konusu olmayacaktır. (Nil ÖZDEMİR, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>).

önem arz etmektedir. Kısa çalışma uygulaması, iş ilişkisinin korunması, işçilerin gelir kaybının kısmen de olsa önlenmesi ve ayrıca işveren bakımından işletmenin ayakta kalması için önemli bir tedbirdir.

Kısa Çalışma müessesinin temelinde yatan düşünce, genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle, işyerindeki çalışılan sürelerin azaltılması veya işçinin geçici olarak çalışmamasının olumsuz sonuçlarını engellemek, işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmeden ekonomik kriz veya benzeri nedenlerle iş hayatında sıkça görülen ücretsiz izin uygulamalarına son vermek ve işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlayabilmektir.

1 haftalık yarım ücret ödeme süresi sonundan başlamak üzere, İşveren ayrıca 4447 sayılı Kanun ek m.2 uyarınca kısa çalışma ödeneği için başvuru yapabilir. Böylelikle işçilik ücretinin % 60'ı ve sağlık sigortası priminin İşkur kanalı ile işsizlik ödeneğinden karşılanması sağlanabilir. Kısa çalışma ödeneği işverenin bir hafta süreyle yarım ücret ödeme zorunluluğunun bitimiyle başlar. Bu nedenle zorlayıcı neden ortaya çıkar çıkmaz, yarım ücret ödenmeye başlanmadan önce dahi İşkur'a kısa çalışma desteği talebi iletilmelidir.

Kanuni yollara başvurulduktan sonra, öncelikle ücretli izin kullandırma, bu mümkün olmaz ise de ücretsiz izin kullandırma yollarına gidilebilir. İşveren tek taraflı almış olduğu kararla işçileri ücretsiz izne çıkartamaz. Tek taraflı işçinin rızası alınmadan uygulanan ücretsiz izin fesih anlamına gelir. İşe iade davası açma süreleri işlemeye başlar.

Devlet kurumları tarafından açıklanmış herhangi bir zorunlu karar veya tavsiye kararı olmaksızın işverenin, Covid-19'un yayılmasını önleme amacıyla İşverenin kendi inisiyatifi doğrultusunda işyerini geçici süre ile kapatması durumunda, kural olarak işverenin çalışanlarının ücretini ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Devlet Kurumları tarafından açıklanmış bir tavsiye kararı bulunması halinde İşverenin işyerini geçici süre ile kapatması durumunda da kural olarak işverenin çalışanlarının ücretini ödeme yükümlülüğü devam edecektir. Covid-19 salgını sebebiyle Devlet kurumları tarafından açıklanmış herhangi bir zorunlu karar sebebiyle işverenlerin işyerlerini geçici süreyle kapanması, 4857 sayılı İşK kapsamında bir zorlayıcı neden olarak kabul edilmelidir.

Salgın sonrası işçilerin işlerine devam edebilmeleri ve işletmelerin de faaliyetini sürdürebilmeleri için "Hukuk Bilim Kurulu"nun kurulması gerektiği, bu dönemde işletmeleri ayakta tutacak ve onlara destek olacak düzenlemeler getirilmesi lazım olduğu öğretilmektedir. Sosyal tarafların bu yöndeki taleplerinin oluşturulacak Hukuk Bilim Kurulunda uzmanlarca değerlendirilmesi ve onların önerileri doğrultusunda Kanun tasarılarının hazırlanması uygun olacaktır.

Halk sağlığını tehdit eden Covid-19 salgınının; toplumsal, ekonomik ve hukuki açıdan ortaya birçok problem çıkartması beklenmektedir. Bu süreçte, hassas dengeleri ve sosyal menfaatleri gözetenek, işverenlerin ve işçilerin karşılıklı

anlayış ve anlaşma zemini içerisinde işveren-işçi ilişkilerini sürdürmeleri önemlidir. İşverenlerin ve işçilerin temel endişeleri bulunmaktadır.

Çin’de ortaya çıkan Covid-19 sağlık alanını etkilemekle birlikte ekonomi ve hukuk alanında da belli başlı etkilere neden olmaktadır. Covid-19’un ortaya çıkışı ile karantina uygulamaları, sokağa çıkma yasağı gibi önlemler alınması çalışanların uzaktan çalışmasını gündeme getirmektedir. 4857 sayılı İşK.nda, uzaktan çalışma sisteminin usul ve esasları belirlenmektedir. Uzaktan çalışmada normal çalışan ile uzaktan çalışan arasında işçi hakları yönünden hiçbir fark bulunmamaktadır, çalışanlara sağladığı kolaylıklarla gelecekte daha çok tercih edilebilir hale gelecektir.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin / ARICI Kadir / KAPLAN SENYEN Emine Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2013.

AKYİĞİT Ercan, (Kıdem Tazminatı) Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, 2.Bası, Ankara 2010.

AKYİĞİT Ercan, (İş Hukuku) İş Hukuku, 12.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

ASLAN Tuğçe, <https://www.batur.av.tr/blog-post/covid-19-sebebiyle-is-hukukuna-dair-degisenler-ve-etkileri>.

AYDIN Gül Nevra / GÜNGÖRDÜ Sena / ONURSAL İrem, Covid-19 İş Sözleşmelerine Etkisi, <https://www.kesikli.com/tr/covid-19-sozlesmelerine-etkisi>.

BABALIK TOPRAKKAYA İrem, <https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>.

BAŞBUĞ Aydın / YÜCEL BODUR Mehtap, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 5.Bası, İstanbul 2018.

BAYSAL Pelin / SAPAN Beril Yayla, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/18-mart-2020-tarihinde-aciklanan-koronavirus-destek-paketi-ve-sektorel-bazda-etkileri>.

BAYSAL Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

CANBOLAT Talat, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

CANBOLAT Talat / KAYIRGAN Hasan, Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi İle İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.5, S.1, Nisan 2020.

CENTEL Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992.

ÇEBİ Ömer / ÖZATA Batuhan, <https://www.hakedis.org/corona-virus-baglaminda-is-sagligi-guvenligi-ve-is-kazasi>.

ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 32.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

ÇOKER Serdar, <http://www.mgc.com.tr/yeni-tip-koronavirus-covid-19-salgini-ve-is-hukukuna-etkileri>.

ÇOKER Serdar, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/909144/yeni-tip-koronavirs-cov305d-19-salg305n305-ve-304351-hukukuna-etkileri>.

DEMİRCİOĞLU A. Murat / CENTEL Tankut, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2013.

DOĞAN İlayda / LULE Kardelen, <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/910018/korona-virs-covid-19-salgininin-trk-304351-hukuku-bakimindan-etkileri>.

DUVARCI Pakize, <https://www.haberci18.com/yazarlar/pakize-duvarci/av-pakize-duvarci/265>.

EKONOMİ Münir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.I, İstanbul 1976.

EMERGEN Murat, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hukukcular-koronavirus-gunlerinde-isci-isveren-haklarini-degerlendirdi/1804052>.

ELTAN Ümmühan, <https://atabayhukuk.com/2020/03/25/koronavirus-covid-19-ve-calisma-hayatina-etkileri>.

EROĞLU Rıza, Ücretsiz İzin ve Ücret Desteği Düzenlemeleri, <https://www.pwc.com.tr/tr/medya/kose-yazilari/riza-eroglu/uccretsiz-izin-ve-ucret-destegi-duzenlemeleri.html>.

GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, 5.Bası, Ankara 2013.

GÜNDÜZ Tevfik, <https://www.yuksekovahaber.com.tr/haber/is-hukuku-bakimindan-covid-19-salgininin-isci-ve-isverene-etkileri-235609.htm>.

KAPLAN SENYEN Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987.

KAYIRGAN Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

KILIÇ Cem, <https://www.ntv.com.tr/yazarlar/prof-dr-cem-kilic/iste-koronaya-onlem-kilavuzu,duxoDTrMckWnQOrss0ohhw>.

KOÇ Muzaffer / GÖRÜCÜ İbrahim, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları, Çalışma ve Toplum D., S.2011/1.

KOÇ ÖZKAN Sema Deniz, İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları D., C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019.

KURT Resul, 250 soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2014.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, (İş Hukuku Ders Kitabı) İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, 2.Bası, Ankara 2018.

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

OCAK Saim, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008.

OCAK Saim, Güncel Değişiklikle Koronavirüs (Covid-19) Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneği. https://drive.google.com/file/d/1tjeBptO9JkcNKfAno9Cn4Ke0NoaFQIG/view?fbclid=IwAR3BgtEz2V94x2kNKZsBE0WAXTzU9iyMp-WF6PIY_2Gbm_PBIKuyijeIKWE.

OTRU İzzet, İş Hukukunda Ücretsiz İzin, Ankara 2012.

ÖZDEMİR Nil, <https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1083>.

ÖZKAN Bülent, <http://www.lphukuk.com/covid-19-pandemi-yonunden-isverence-alinmasi-gerekli-onlemler>.

SAPAN Beril Yayla / KESER Asena Aytuğ, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/rehberler/cov%C4%B1d-19-un-is-iliskisine-etkileri>.

SAPAN Beril Yayla / KESER Asena Aytuğ, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/is-hukuku-kapsaminda-covid-19-nasil-degerlendirilmelidir>.

SAPAN Beril Yayla / KESER Asena Aytuğ, <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/uc-aylik-fesih-yasagi-ve-tek-tarafli-uccretsiz-izin-uygulamasi-yururluge-girdi>.

SARIBAY Gizem, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008.

SUBAŞI İbrahim, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

SUBAŞI İbrahim, Türk Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

SÜMER Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

SÜZEK Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989.

SÜZEK Sarper, (Ücretsiz İzinler) İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.9, Özel Sayı, 2007.

SÜZEK Sarper, (İş Hukuku) İş Hukuku, 16.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

ŞAKAR Müjdat, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2009.

SAVAŞ Fatma Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

UŞAN M. Fatih, 4857 Sayılı is Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.9, Özel Sayı, 2007.

UYANIK Murat / KORKMAZ Çağlar,
<https://www.blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-is-hukuku-bakimindan-etkileri>.

YENİSEY DOĞAN Kübra, Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

YUVALI Ertuğrul, İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş D., C.12, S.3, 2012.

YÜKSEL Ali / Özden YAĞMUROĞLU, 50 Soruda Covid-19 Mücbir Sebep ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2020.

YÜREKLİ Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016.

YÜREKLİ Sabahattin, (Covid-19) Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Yıl:19, Sayı:38, Yaz 2020/2.

YÜREKLİ Sabahattin, <https://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/bursa/akademisyenlerden-istihdam-onerileri-41483517>.

https://www.bcct.org.tr/wp-content/uploads/20200413-MoralPartners-Covid-19_%C4%B0%C5%9F-Hukuku_S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular.pdf.

<https://www.blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-uzaktan-calisma-ve-koronavirus>.

<http://www.covid19legalturkey.com/tr/covid-19-salgininin-deneme-sureli-is-sozlesmelerine-etkisi>.

<http://www.covid19legalturkey.com/tr/7244-sayili-kanun-kapsaminda-ucretsiz-izin-bakimindan-hukuki-degerlendirme>.

<http://www.covid19legalturkey.com/tr/covid-19-salgini-ile-degisen-calisma-duzeni-ve-telafi-calismasi-kavrami>.

<https://www.doganturan.av.tr/koronavirus-ve-epideminin-is-sureclerine-etkisi-ve-alinmasi-gereken-isveren-tedbirleri>.

<https://www.evrensel.net/haber/401888/kovid-19-salgininda-iscilerin-haklari-neler>.

<https://facebook.com/Demokrasi-Icin-Hukukcular-DIH-1641161699457596>.

<https://www.gulachukuk.gen.tr/services-uygulanmasina-covid-19-etki>.

<https://www.gurcanpartners.com/tr/korona-virusu-ve-uzaktan-calisma>.

<https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/genel-bilgiler>.

<https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/kisa-calisma-odeneği>.

<https://www.kadikoylife.com/koronavirus-salgini-etkilerinin-is-hukuku-yonunden-degerlendirilmesi>.

<http://www.kasaroglu.av.tr/tr/41236/COVID-19>.

<http://www.kasaroglu.av.tr/tr/covid-19-isci-isveren-kisisel-veri-kvkk>.

<https://www.kilinlaw.com.tr/corona-virusu-sebebiyle-evden-calisma-karari-verilmesinin-is-iliskisine-etkisi>.

<https://kpmgvergi.com/yayinlar/mali-bultenler/vergi/yeni-koronavirus-covid-19-tedbirleri-kapsaminda-gecici-istihdam-guvencesi-ucretsiz-izin-ve-nakdi-ucret-destegi/691>.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6eb48c56-0d49-4caa-83b5-d0939955aab0>.

<https://www.medipol.com.tr/bilgi-kosesi/bunlari-biliyor-musunuz/pandemi-nedir-corona-virusu-neden-pandemi-ilan-edildi>.

<https://www.mmo.org.tr/kocaeli/haber/coronavirus-doneminde-hak-ve-sorumluluklar>.

<https://www.sabah.com.tr/saglik/2020/04/21/pandemi-nedir-ne-demektir-pandemi-ne-anlama-geliyor>.

<https://www.yonet.av.tr/post/koronavirus-covid-19-salgininin-isci-isveren-iliskilerine-etkileri-is-hukukuine-etkileri-is-hukuku?lang=tr>.

<http://www.yttlaw.com/ekonomiye-yonelik-koronavirus-onlemleri-hakkinda>.

<http://www.yttlaw.com/kisa-calisma-odenegi-hakkinda-bakan-aciklamalari>.

<http://www.yttlaw.com/7244-sayili-kanun-kapsaminda-ucretsiz-izin-bakimindan-hukuki-degerlendirme>.

<http://www.yttlaw.com/category/is-hukuku-makaleleri>.

NOTION OF PROTECTION OF MINORITY SHAREHOLDERS; THEORETICAL FRAMEWORK

Meltem KARATEPE KAYA¹

ABSTRACT

This article analyses the preferred specific theoretical frameworks of corporate governance and minority shareholder protection. To have better understanding on the issue, the meaning of minority shareholder and majority shareholder will also be given in this paper. The main question in this chapter is: How were the theoretical foundations established for protecting minority shareholders? To answer this question, the article analyses the explanation of theories of corporate governance on minority shareholder protection. Accordingly, this paper will address the theories for development of minority shareholder protection and models corporate governance. Furthermore, the study will examine theoretical foundation of protection of minority shareholders in Turkish law context.

Keywords: *minority shareholder protection, majority shareholders, agency conflict, corporate governance*

AZINLIK HİSSEDARLARININ KORUNMASI KAVRAMI; TEORİK ÇERÇEVE

ÖZET

Bu makale, kurumsal yönetim kapsamında azınlık pay sahiplerinin korunması kavramını teorik çerçevede analiz etmektedir. Konuyu daha iyi analiz edebilmek adına azınlık hissedarı ve çoğunluk hissedarının anlamı da bu makalede sunulacaktır. Bu makalede ele alınan temel soru şudur: Azınlık pay sahipleri korumak için teorik temeller nasıl kurulmuştur? Bu soruyu cevaplamak için bu yazıda, kurumsal yönetim teorilerinin azınlık hissedarlarının korunmasına ilişkin gerekçelendirme ve açıklamaları analiz edilecektir. Buna göre, bu makale, azınlık pay sahiplerinin korunmasına yönelik teorilere değinecek ve kurumsal yönetim için model oluşturacaktır. Ayrıca çalışma, Türk hukuku

¹ Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Öğretim Görevlisi, (ORCID: 0000-0003-3428-0293), meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.07.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24.08.2020

bağlamında azınlık pay sahiplerinin korunmasının teorik temelini de ayrıca inceleyecektir.

Anahtar Kelimeler: *azınlık pay sahiplerinin korunması, çoğunluk hissedarlar, temsilcilik çatışması, kurumsal yönetim*

INTRODUCTION

In recent years, problems concerning the protection of minority shareholders' rights have grown in importance, and there are many legal, political and economic discussions on this topic happening around the world. The most notable issue is the agency conflict, which refers to a conflict of interests between managers and shareholders. This conflict has caused many problems in publicly held companies. The agency conflict is derived from the agency theory and concentrates on the relationship between two groups: shareholders, and the directors who manage a corporation. The common belief supports the idea that the members of the company hope that its managers will always aim to make the best decisions in the interests of owners on their behalf. Nevertheless, in practice, managers generally have a tendency to show their opportunistic nature and will look to maximise their personal benefits and selfish private interests to the loss of shareholders.²

It is possible to observe two kinds of oppression of minority shareholders in the companies.³ One of them is the oppression by the directors based on the doctrine of separation of ownership and management;⁴ and other one is the oppression by the majority shareholders under the doctrine of majority rule.⁵ The majority rule was introduced in *Foss v Harbottle*.⁶ This means that the decisions and choices of the majority will always be prioritized and preferred against the choices of the minority.⁷ This rule has gained its place because of its utility in increasing the profits of the company. Nevertheless, the lesson learned from financial problems, especially from the financial crisis, teaches that protecting minority shareholders' rights is also crucial for a stable and reliable commercial life.⁸ To overcome issues related to protection of minority shareholders, theorists have developed some theories to address the corporate governance. Therefore, to minimise the potential oppression of minority shareholders, two doctrine gain

² Kathleen M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review' (1989) 14 The Academy of Management Review. 57-74, 58.

³ Adolf A Berle and Gardiner C Means, *The Modern Corporation And Private Property* (Macmillan Co 1933) 6.

⁴ *Ibid* 244

⁵ *Foss v Harbottle* (1843), 67 ER 189.

⁶ *Ibid*.

⁷ Alan J. Dignam and John P. Lowry, *Company Law* (8th edn, Oxford University Press 2014), 186.

⁸ Meltem Karatepe Kaya, 'Shareholder's rights and remedies related to corporate governance principles' (2019) *Corporate Governance: Search for the Advanced Practices*, 48-51.

importance which are the doctrine of business judgment rule⁹ and fiduciary duties on majority shareholders.¹⁰

Therefore, this study mainly will focus on two types of shareholders, minority and majority (controlling) shareholders, in considering minority shareholder protection. A minority shareholder is a shareholder who does not exert control over a company. There can be special share or vote requirements to define a minority shareholder as is the case in Turkey. According to the Turkish Commercial Code (TCC), in order to be considered as a minority shareholder and use minority shareholding rights and remedies a shareholder needs to represent at least 10 per cent of the share capital for non-public companies. In addition, if the company is a public company with a registered capital market, it is sufficient to have 5 per cent shareholding to be a minority shareholder. It should be noted, though, that even holding a majority of common shares does not necessarily mean control of the company. Even when holding a small amount of shares, a shareholder can be considered as a majority shareholder, and majority shareholders have the power to elect managers and control the affairs of the company.¹¹ In addition to general notion of minority shareholder protection, this article will also focus on preferred specific theoretical frameworks of corporate governance to have better understanding of the protection of shareholders. Last but not least, theoretical foundation of protection of minority shareholders in Turkey will be analysed in this article. This analyse will help of understanding the issues of minority shareholder protection and emerging of the solutions for the minority shareholders problems by corporate governance mechanisms.

1. The Nature of the Protection of Minority Shareholders

The principle of shareholder democracy is well-known in corporate law. One of the instruments of democracy is majority rule, which was established in the United Kingdom (UK) case of *Foss v Harbottle*.¹² Majority rule signifies that the decisions and choices of the majority will always prevail over those of minorities.¹³ It is understandable that shareholders who provide the majority of the capital to the company and spend more time and effort on the company should have higher authority and power, and that their

⁹ Mohammed Hemraj, 'The Business Judgment Rule in Corporate Law' (2004) 15(6) ICCLR 192 and Branson Douglas, 'The Rule that Isn't a Rule-the Business Judgment Rule' (2002) 36 Valparaiso University Law Review 631.

¹⁰ Zhu Ciyun, 'A Critical Analysis of the Majority Rule Principle and Controlling Shareholders Fiduciary Duties: A Chinese Perspective' (2004) 16 Australian Journal of Corporate Law 256.

¹¹ The meanings of 'control' and 'minority shareholder' will be explained in detail in later.

¹² *Foss v Harbottle* (1843), 67 ER 189.

¹³ Majority rule meaning in 'The Cambridge English Dictionary' (*Dictionary.cambridge.org*, 2018) <<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/majority-rule>> accessed 20 November 2018.

interests and rights in the company's decisions be favoured.¹⁴ However, the technical implementation of the majority rule and granting the majority shareholders a broad authority and significant power without taking into account minority shareholders' rights and interests may negatively affect not only the company's progress but also other shareholders and even the economy of the country. It may cause abuse of the interests of minority shareholders and prevent cases being brought against the controllers of the companies. These places and keeps the minority in a weak position in the company where they cannot protect their interests.¹⁵

The balance between minority and majority shareholders can be compared to a pendulum. While the law provides protection to minority shareholders, the interests of the majority shareholders should also be considered for the benefit of the company. On the one hand, it is clear that it should be provided by law that the minority shareholders can bring an action if there is conduct which is prejudicial either to the minority shareholders' interests in the company or to the interests of the company itself.¹⁶ On the other hand, the law should put in place mechanisms for majority shareholders to manage the company without obstructive procedures.

Lazarides makes the point that where there is weak protection for minority shareholders in a country, potential minority shareholders, especially investors, will hesitate to invest in companies in that country. In the absence of legal provisions to safeguard their investment, majority shareholders can easily take advantage of the company and escape liability.¹⁷ As Leuz et al¹⁸ stated, 'weak legal protection appears to result in poor-quality financial reporting, which likely undermines the development of arm's length financial markets.'

Based on these considerations, this research aimed to understand the extent to theoretical background of minority shareholder protection system.

2. Defining to the Majority and Minority Shareholders

To be able to determine the framework of the minority shareholders protection, majority and minority shareholders should be defined and the concept of control that reveals this separation should be disclosed.

¹⁴ Kenneth A. Kim, P. Kitsabunnarat-Chatjuthamard and John R. Nofsinger, 'Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights: Evidence from Europe' (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 859, 862.

¹⁵ Prabirjit Sarkar, 'Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development?' (2017) 2 *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 143, 151.

¹⁶ M. Zahir, *Company and Securities Law* (3rd edn, The University Press Limited 2000), 182.

¹⁷ Themistokles G. Lazarides, 'Minority Shareholder Choices and Rights in the New Market Environment' (2010) 7 *The IUP Journal of Corporate and Securities Law* 7, 10.

¹⁸ Christian Leuz, Dhananjay Nanda and Peter D. Wysocki, 'Earnings Management and Investor Protection: An International Comparison' (2003) 69 *Journal of Financial Economics* 505, 508.

2.1 The definition of ‘control’

It is a fact that there are many companies in different countries in which controlling shareholders who have control over the company as he owns a majority of shares are usually seen. It means that cash flow rights and voting rights are commonly aligned in these companies. Furthermore, when a shareholder uses an important percentage of voting rights even if he holds a small percentage of equity, it is still possible to define him as a controlling shareholder.¹⁹

To recognise the concept of “minority shareholders”, the meaning of “control” and the concepts of “control”, “minority shareholders” and “controlling shareholders” need to be considered.

There is no common view regarding defining the level of ownership that effectively controls a company. However, as can be seen in recent studies, two criteria can be used to explain the concept of “control”: one of them is a specific threshold of voting shares, and the other is a substantial degree of control or authority over the administration.

La Porta *et al.* aimed to carry out research covering the corporate ownership structures of companies from different countries in the article; “*Corporate Ownership around the World*”.²⁰ They measured the relationship between concentration of ownership and protection of minority shareholder. While they measure, they use voting rights of the shareholders instead of shareholders' cash flow rights, as a sign. In order to gain a better understanding on the link between ownership and control, they analyse the ownership structures of the 20 largest listed companies in 27 different countries.²¹ They specifically focussed on minority shareholders who directly and indirectly have over 20 percent of the voting shares in a corporation.²²

On the other hand, Fama and Jensen set the concept of control of a company as part of the corporate decision-making process, inclusive of the following four notions: initiation, ratification, implementation and monitoring.²³ In recent studies, several scholars have claimed that controlling ownerships are not the exception, but the structure of concentrated ownership is the rule in a large number of countries around the world. Different examples can be found to support these studies: for instance, the families who are shareholders in most of

¹⁹ Lucian Arye Bebchuk, Reinier H. Kraakman and George G. Triantis, 'Stock Pyramids, Cross-Ownership, And Dual Class Equity: The Creation And Agency Costs Of Separating Control From Cash Flow Rights' SSRN Electronic Journal, 1.

²⁰ Rafael La Porta, Florencio Lopez de Silanes and Andrei Shleifer, 'Corporate Ownership Around the World' (1999) 54 *The Journal of Finance*, 472.

²¹ *Ibid* 472.

²² *Ibid* 476.

²³ Eugene F Fama and Michael Jensen, 'Separation of Ownership and Control' (1983) 26 *Journal of Law and Economics* 301, 303.

the civil law countries hold 45 percent of publicly traded Western European firms. 37 percent of these companies were found to be widely-held, and the 13 largest of these widely held companies are in the UK and Ireland.²⁴

The criterion used in many studies to define power over a company when regarding whether a firm is controlled by majority shareholders or management is ownership percentage of shareholders in a corporation. Some scholars claim that in publicly held corporations, where the shares are widely dispersed, there is a threshold between minority shareholders and control of management which is 'roughly at 20 percent' of the voting stocks.²⁵ Similarly, La Porta *et al.* defined controlling shareholders as those who directly or indirectly hold over 20 percent of the right to vote in a corporation.²⁶ However, some scholars have disagreed with using the stock percentage to explain the meaning of control.²⁷

The minimal percentage used in determining the threshold for minority shareholders varies in each country based on its own specific conditions. In some circumstances, especially in concentrated ownership companies, a shareholder may have to hold more than 35-40 percent of voting stocks to control the company. On the other hand, ownership of 10-20 percent of the shares can be adequate to control voting stocks of a company where ownership is concentrated, particularly in developing countries. However, there is an important point here that shouldn't be overlooked. Considering Cubbin's and Leech's analysis²⁸, the first of the critical dimensions used by them to define the separation of control and ownership is the position of control either inside or outside a company's management, and the second is the degree of control. The level of control is not considered to be independent from the location of control. So, if the controllers are inside a company, they are likely to have a higher degree of control than other shareholders outside the corporation.

2.2 The meaning of 'majority(controlling) shareholders' and 'minority shareholders' in the United Kingdom

In the UK, the definition of "controlling shareholder" is found in the listing rules.²⁹ The definition gives that "a controlling shareholder" means "*any person who exercises or controls on their own or together with any person with whom they are acting in concert, 30 percent or more of the votes able to be formed on all or substantially all matters at general meetings of the company*". It means

²⁴ Kurt A. Desender, 'The Relationship Between the Ownership Structure and Board Effectiveness' SSRN Electronic Journal 2.

²⁵ Adolf A Berle and Gardiner C Means, *The Modern Corporation and Private Property* (Macmillan Co 1933) 93.

²⁶ La Porta, Lopez-De-Silanes and Shleifer (n 19) 476.

²⁷ John Cubbin and Dennis Leech, 'The Effect of Shareholding Dispersion on the Degree of Control in British Companies: Theory and Measurement' (1983) 93 *The Economic Journal* 351.

²⁸ *Ibid* 351.

²⁹ London Stock Exchange, 'The Listing Rules' (The Yellow Book) (London, The Stock Exchange, 1993).

that if one shareholder individually or a group of shareholders together control the votes of 30 percent or more of the shares of the corporation, it is possible to define him or them as a ‘controlling-majority- shareholder’ in the company.³⁰

Moreover, there is not a threshold to identify who is the minority shareholder and a minority shareholder is formulated as a shareholder who does not exert control over a company in the UK. With regard of this, the minority shareholders -individually or together- even control 80 percent of the shares, they cannot be entitled as a controlling -majority- shareholder. Relatively they may not have enough votes to act as majority shareholders. It must be however noted here, in the companies that have dispersed ownership structure with absence or limited control; it might be that all of the shareholders are assumed as a minority shareholder.

In the UK, there is a need to meet a certain threshold of shares for shareholders to use some of their minority rights, such as under Section 303 of the Companies Act 2006³¹ where a shareholder should have at least 5 per cent of share capital to request the calling of a general meeting, and in the case a company does not have share capital, members who represent at least 5% of the total voting rights of all the members have a right to vote at general meetings. However, for the application of most of the rights and remedies, there is no need to have a certain capital share in UK companies. For example, there is no threshold requirement to apply to the court for permission to bring a derivative claim³² or to inspect certain types of company information.³³ Thus, the minority shareholder is formulated as a shareholder with no control over a company in the UK.³⁴

Moreover, there is no threshold requirement for one another important remedy of minority shareholders which is the unfair prejudice petition. According to the section 994\1 “only members” may bring an action to the court by applying this petition. The definition of “member” is given in Section 994\2 of Company Act.³⁵ The meaning of shareholders who may use this petition is extended to include persons whom shares have been transferred and transmitted by operation of law as they apply to a member of a company. This expression even covers

³⁰ Ibid.

³¹ Section 303 of the UK Companies Act 2006.

³² Section 260 of the UK Companies Act 2006.

³³ Ibid.

³⁴ Accordingly, a shareholder does not need to have a certain amount of percentage to bring an action to the court on the grounds of an “unfair prejudice petition” under Section 994 of the Companies Act 2006³⁴, which is one of the most important remedies for minority shareholders in the UK. According to Section 994\1, “only members” may bring an action to the court by applying this petition. The definition of “member” is given in Section 994\2 of the Companies Act. The meaning of shareholders who may use this petition is extended to include persons to whom shares have been transferred and transmitted by action of law as they apply to a member of a company. This reflects that there is not a threshold of percentage which can be applied to this remedy as a minority shareholder. *See* Section 994.

³⁵ Ibid.

nominee shareholders.³⁶ It means that there is not a threshold of percentage to apply this remedy as a minority shareholder.

Even a controlling-majority- shareholder- may go to court and claim unfair prejudice remedy. Nevertheless, for a petition to be taken seriously by the court there must have been a conduct which is unfairly prejudicial to the interest of some or whole of the members of the company containing the interests of the petitioner. Even though the majority shareholders go to court by this petition, the expectation of the court from controlling shareholders to stop the unfair conduct by using their control into the company.³⁷

2.3 The meaning of “controlling-majority- shareholders” and “minority shareholders” in Turkey

In Turkey, legal responsibility of controlling shareholders has been examined under provisions of TCC No 6102³⁸ and Banking Law No. 5411.³⁹ Regulations relating to the legal responsibility of controlling shareholders of companies assume to put into practice the functions like equilibrating, protection of shareholders, maintenance of capital, prevention and guarantee.

Article 3 of Banking Law No. 5411⁴⁰ gives a definition of controlling shareholders. It defines a controlling shareholder as a somebody or legal entity that holds the majority of voting rights and has the right to ensure election of a certain number of directors that will have the decision-making majority, acquisition of the majority of voting rights either independently or with other shareholders or partners through a contract (pool agreements). Besides its own voting rights or manage and direct the company as required by a contract subject to the Code of Obligations (control contracts). According to the Turkish law, it is not required to have 50% of shares of the company to be a controlling(dominant) shareholder. It means that in companies, the shareholder who does not have majority shares can be the controlling shareholder in the firm. In this context, the controlling shareholders may be a real person or legal entity such as companies or it can be a single person or a group of dominant shareholders.

On the contrary to this, there is a threshold requirement in Turkish law for classifying shareholders in a company as minority shareholders. Under Article 411(1) TCC,⁴¹ to be considered a minority shareholder a shareholder should hold

³⁶ Brightview Ltd, Re [2004] BCC 542.

³⁷ Brenda Hannigan, *Company Law* (3rd edn. Oxford University Press 2012) 388.

³⁸ 'Mevzuat Bilgi Sistemi' (*Mevzuat.gov.tr*, 2016) <<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.5.6102&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6102>> accessed 20 September 2016.

³⁹ (*Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)*, 2016) <https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanunu/15405411_sayili_bankacilik_kanunu.pdf> accessed 20 September 2016.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Article 411/1 of Turkish Commercial Code No. 6102.

at least 10 per cent of the share capital for non-public companies.⁴² For public companies, minority rights shall apply to holders of a minimum of 5 per cent of the shares. As Poroy stated, it is not important to have a certain number of shareholders; it can be just one shareholder who holds 10 per cent of the shares.⁴³ Shareholders can also use minority rights together with other shareholders if they do not reach the required percentage on their own.⁴⁴

There are some discussions on the threshold requirement for minority shareholders in Turkish company law. The main issue discussed by Turkish scholars is whether it is possible to make a change in the threshold of shares in the articles of association or not.⁴⁵ Rather than increasing the threshold, the discussion is generally about whether it is possible to reduce the required threshold with a shareholder agreement.⁴⁶ According to the preamble of the TCC,⁴⁷ it is acceptable to reduce this threshold with the company's articles of association. In contrast, the legislator concluded that it cannot be changed by the personal agreement of shareholders between themselves without the company's approval.⁴⁸ Demirkapı and Bilgili also claim that this threshold distinguishes minority rights from individual shareholder rights and makes it difficult to exercise minority rights.⁴⁹

Therefore, after analysing the meaning of control in these two countries, it can be seen that as suggested by Cubbin and Leech,⁵⁰ the shareholding percentage to

⁴² Erol Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları / Minority shareholders' rights in joint stock companies* (2nd edn, Bilge Press 2016) 19.

⁴³ Reha Poroy, Unal Tekinalp and Ersin Camoglu, *Ortaklıklar Hukuku / Company Law* (13th edn, Beta Press 2014) 753.

⁴⁴ Because of the thresholds for defining somebody as a minority shareholder, it is not common for minority shareholders to use shareholding remedies against the power of controlling shareholders in companies. Compared with the situation in the UK, the minority shareholders very rarely apply to the court in Turkey.

⁴⁵ Füsün Nomer Ertan, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler / Dissolution for Just Causes in Joint Stock Companies – Considerations of Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102' (2015) 23 *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 423.

⁴⁶ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku / Company Law* (4th edn, Adalet Press 2016), 52.

⁴⁷ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi (Preamble of Turkish Commercial Code No. 6102) <<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerekce.doc>> accessed 08 January 2017.

⁴⁸ The Republic of Turkey Turkish Commercial Code Law No. 6102 (31 January 2011), <<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6102.html>> accessed 25 October 2018.

⁴⁹ Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri / Company Law* (6th edn, Dora Press 2018), 302; For some rights of shareholders such as bringing a liability claim, the legislator does not seek a threshold requirement to prevent misuse of the threshold requirement. There is no doubt that this threshold requirement is limited to the use of minority shareholders rights and remedies in Turkey. For example, to bring an action based on the dissolution of a joint stock company for the just causes remedy in Article 531, a shareholder needs to have at least 10 per cent of the shares of the company. Even if a shareholder has justifiable reasons to apply to the court, he cannot apply without the required threshold. This makes the remedy useless in some cases.

⁵⁰Cubbin and Leech (n 26) 351.

be separated between controlling(majority) and minority shareholders is not used in deciding who is a controlling shareholder. Therefore, who is regarded as a minority shareholder, but mainly relies on whether a shareholder has a form of control over a company. The controlling shareholders almost always have full control over the corporation such as its management, its directors, and so on. However, it is also possible to find companies that are controlled only by shareholders holding 40 percent, 20 percent or less. These shareholders also use absolute control over the company, as the rest of the shares are divided among other shareholders, with each has a minimum percentage being unable to collect some shares which is similar to those of the controlling shareholders.⁵¹

To provide a more complete understanding of the concept of minority shareholders' protection, related theories for development of minority shareholders' protection will be analysed in next section.

3. The Role of Theories of Corporate Governance on Minority Shareholders' Rights Protection

3.1 Overview

Numerous theories of corporate management systems have been introduced by academics to set out corporate governance best practice. Some theories have arisen as a response to managerial powers in a company, responsibilities of directors and abuse of the rights of shareholders. The point of contention is always on the position of managers in the company. Should managers focus on maximising the interests of shareholders without thinking of anything else? Alternatively, should they consider all stakeholders who are affected by the actions of the company such as employees, customers, suppliers and creditors? Another problem that arises here is that what will happen if the managers consider their interests more than those of all others? Hence, some theories have been created to address these issues. Even though these theories are Western, in recent years the theories have spread around the world to respond to the emerging needs of company law. The theories have different implications for corporate governance, for example, while agency theory gives particular importance to improving the financial growth of the corporation, shareholder theory concentrates on enhancing the welfare of the shareholders.⁵²

Corporate governance is concerned with different fields, such as the economics, finance, law, governance, policy and organisational behaviour,⁵³ but in this section only the theories related to minority shareholder protection will be analysed. The fundamental theories of minority shareholder protection are based on the discussion of issues arising from the inadequate protection of minority

⁵¹ Ulusoy (n 41) 126.

⁵² Jili Solomon, *Corporate Governance and Accountability* (2nd edn, John Wiley 2007), 26.

⁵³ Lucian A. Bebchuk and Michael S. Weisbach, 'The State of Corporate Governance Research' (2009) 23 *The Review of Financial Studies* 939-961, 941.

shareholder rights. The issues related to the inadequate protection of shareholders' rights are relevant to many different theories, including an analysis of the protection of minority shareholder rights. However, the effects of each theory based on the protection of minority shareholder rights depend on the different perspectives of the theories which have originated from different study disciplines. In the section that follows, the agency, shareholder and stakeholder theories will be analysed to illuminate the concept of minority shareholder protection.

3.2 Shareholder Theory

Who owns a company? The answer to this question is often given as 'the shareholders'. Accordingly, the company assets belonging to the shareholders are managed by the board of directors on behalf of the shareholders. The board of directors is also elected by the shareholders of the company.

The shareholder theory was introduced in 1970 by Nobel-prize winner Milton Friedman who claimed that the only 'social responsibility of business is to increase its profits'.⁵⁴ A shareholder may own shares in more than one company or they could have their own business. Even though shareholders would like to manage a company, they need experience and knowledge to control that company, especially if it is a big and public company. For this and similar reasons, shareholders cannot be expected to direct the company themselves. Managers are hired as agents of shareholders to run the corporation for the shareholders' benefit.

The managers are considered successful when they increase the profits of the company and make more money for shareholders. However, after the recent global corporate crisis, it seems that there are some disadvantages to focusing entirely on the interests of shareholders. Sole focus on shareholders' interests encourages short-termism and results in high risks for the company. Analyses of failures of big companies have shown that shareholder theory has an importance for corporate governance. Thus, the pressure on managers to increase the incomes of shareholders has led them to manipulate accounts at the companies mentioned above.⁵⁵

The importance of shareholder theory increased suddenly in the 20th century. Protection of shareholders' rights is the aim of most corporate governance and so shareholders' rights are protected under this theory. However, the crucial point here is that all shareholders, including minority shareholders, should have equal access to the remedies provided in company law when unfairly

⁵⁴ Milton Friedman, 'The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' (1970), New York Times Magazine, September 13, 126.

⁵⁵ Steve Letza, Xiuping Sun and James Kirkbride, 'Shareholding versus Stakeholding: A Critical Review of Corporate Governance' (2004) 12 *Corporate Governance: An International Review* 242, 242.

disadvantaged in their shareholdings. The OECD Principles also state that not only should majority shareholders' rights be protected and promoted but also minority shareholders should be protected.⁵⁶

3.3 Stakeholder Theory

The origins of the stakeholder theory were in the 19th century but it became popular after it was described as a significant aspect of corporate social responsibility (CSR) by Edwards Freeman.⁵⁷ Edwards Freeman saw the approach as opposing the theory that managers of the company are only accountable to the shareholders of that company. According to his view, managers of the company should be concerned with all stakeholders' interests, even if this is against shareholders' short-term maximum value.⁵⁸ Stakeholder relations contribute to the protection of minority shareholder rights and interests because these support the sustainability of maximising long-term shareholder wealth.

Edwards Freeman described a stakeholder in his article as 'any group or individual who is affected by or can affect the achievement of an organization's objectives'.⁵⁹ Accordingly, stakeholder theory may provide an explanation for the protection of minority shareholder rights because stakeholders are the individuals or groups who are legitimately interested in the performance of the company and are affected by the success or failure of the company.⁶⁰ According to this explanation, the minority shareholders are the stakeholders of a company because they carry the financial and legitimate shareholding of the company shares.⁶¹

The development of stakeholder relations supports minority shareholder activism to reduce the conflict of interest between managers and small investors in order to distribute the increased wealth and value provided by a company. Accordingly, in Turkey, to reduce the conflict of interest between managers and small investors, Articles 553 and 555 TCC⁶² indicate that stakeholder theory has been applied for shareholder protection as the right to bring a liability claim to the court against directors' actions is also granted to the creditors, not just the company and shareholders.

⁵⁶OECD, 'OECD Principles of Corporate Governance' (oecd.org, 2004) <<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>> accessed 17 November 2016.

⁵⁷ R. Edwards Freeman, 'Stakeholder Theory of the Modern Corporation' (2004), *General Issues in Business Ethics* 144, 145.

⁵⁸ Ibid 40.

⁵⁹ ibid 42.

⁶⁰ Thomas Donaldson and Lee E. Preston, 'The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications' (1995) 20 *The Academy of Management Review* 65-91, 71.

⁶¹ Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, 'A Survey of Corporate Governance' (1997) 52 *The Journal of Finance* 737, 738.

⁶² Articles 553 and 555 of Turkish Commercial Code No. 6102.

3.4 Agency Theory

Agency theory which deals with agent-principal relationships in organisations was first introduced by Eisenhardt.⁶³ In general, it tries to give an explanation about the relationship between shareholders and management of the company; in this way it is seeking the benefits of directors and shareholders with the mechanisms of corporate governance.⁶⁴ The theory tries to explain the relations of two people whose intentions and interests⁶⁵ are different from each other.⁶⁶

In corporate law, the agency problem relates to the conflict of interest between a company's management (agents) and the company's shareholders (principals). Therefore, the mechanism of corporate governance tries to determine the circumstances in which the principal and agent are likely to have conflicting aims and then defining the governance mechanisms that restrict the agent's self-serving conducts.⁶⁷ Particularly in large enterprises, professional managers have decision-making control over corporations so each shareholder can be addressed as a minority shareholder. Although these shareholders can even present their views on the management of the company, this does not mean they have control over it.⁶⁸

The separation of ownership and control requires the protection of minority shareholder rights because modern companies promote the opening of companies to general public finance to increase funds from foreign investors.⁶⁹ In this way, minority shareholders' rights become even more important as when companies provide protection mechanisms to a minority shareholder they give them the protection to invest in them and so companies can attract more investors.

However, while discussing the agency problem, the first thing that needs to be identified is who are the principal and agent. In companies, there is a contract between shareholders and managers that shareholders (principals) will hire managers (agents) to act on the shareholders' behalf. Therefore, they can be identified by the ownership structure of the company. It will be seen that when looking at the company structures, dispersed ownership is widespread in the UK

⁶³ Eisenhardt (n 1) 59.

⁶⁴ Alessandro Broede Lopes and Martin Walker, 'Asset Revaluations, Future Firm Performance and Firm-Level Corporate Governance Arrangements: New Evidence from Brazil' (2012) 44 *The British Accounting Review* 53-67, 64.

⁶⁵ Peter Wright, Ananda Mukherji and Mark J. Kroll, 'A Reexamination of Agency Theory Assumptions: Extensions and Extrapolations' (2001) 30 *The Journal of Socio-Economics* 413-429, 415.

⁶⁶ Ihsan Yigit, 'Ownership Structure, Executive Structure And Firm Performance: Evidence From Turkey' (2014), 36 *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi*, 354.

⁶⁷ Eisenhardt (n 1) 59.

⁶⁸ Berle and Means (n 2) 154.

⁶⁹ *ibid.*

and US,⁷⁰ so in these two countries the agency problem refers to the separation of control and ownership, as clarified by Berle and Means.⁷¹ They argue that a modern corporation is an organisation where the management role has shifted away from shareholders to directors or administrators.⁷² In an agency relationship, one party, the agent, works on behalf of another party, the principal.⁷³

In a good agency relationship, the agents control the company successfully and maximise the principal's profits. The shareholders require a return on what they invested, in the form of dividends, as well as an increase in the value of their shares.⁷⁴ This part of the manager's ability is regarded as one of the advantages of incorporation.⁷⁵ However, the risk starts when the actions and interests of the directors are not aligned with the interests of shareholders.

Jensen and Meckling,⁷⁶ after Berle and Means, detailed the agency theory to clarify the relationship between directors and shareholders in a company. They considered that sometimes managers tend to promote their self-interests.⁷⁷ To prevent risk arising from agency problems, the shareholders should be alert to this risk and seek to find a consensus between the owners and managers. Even though it imposes significant costs on shareholders, they should take some measures. They should do this by monitoring the shareholders should monitor the activities of the managers.⁷⁸ The agency problem and the dispersed ownership structure are typical in Anglo-Saxon countries, where the countries are industrialised and have developed markets, and the ownership and control of enterprises has been separated. However, this is not the case throughout the world. Most of the corporate governance analyses assume that, in most controlling shareholder structures, a large shareholder controls a company by holding the majority of shares.⁷⁹ Thus, agency conflict between the majority-controlling shareholders and minority shareholders will be analysed in the next part.

⁷⁰ Tom Kirchmaier and Jeremy Grant, 'Who Governs? Corporate Ownership and Control Structures in Europe' (2004) <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=192414> accessed 19 June 2017.

⁷¹ Berle and Means (n 2) 154.

⁷² *ibid.*

⁷³ Susan P. Shapiro, 'Agency Theory' (2005) 31 *Annual Review of Sociology*, 263.

⁷⁴ Berle and Means (n 2) 154.

⁷⁵ Paul L. Davies, *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law* (8th edn, Sweet & Maxwell 2008), 682.

⁷⁶ J Michael C. Jensen and William H. Meckling, 'Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure' SSRN Electronic Journal, 308.

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ David Kershaw, *Company Law in Context* (Oxford University Press 2012), 25.

⁷⁹ Kirchmaier and Grant (n 69).

3.5 Agency Conflict between Majority and Minority Shareholders

There is a difference between companies governed by controlling shareholders and dispersed shareholders. As the aforementioned explanations indicate, in companies which have concentrated ownership structure there is a conflict between majority shareholders and minority shareholders.⁸⁰ It is therefore possible to say that contrary to common belief the agency problem arises between the controlling-majority shareholders (agents) and the minority or non-controlling shareholders (principals) rather than between shareholders and managers.⁸¹ In this type of company, controlling shareholders can monitor the managers more effectively than small owners so they can control the management easily. Monitoring costs can be lower than in dispersed ownerships, and majorities have a strong voting power to direct company decisions.⁸²

3.6. As an example; Parmalat case

Parmalat case can be an important and convincing example of agency problem in the companies which have concentrated ownership structures.⁸³ The difference between the crisis like Enron or Worldcom and Parmalat is clear. Enron and Worldcom had dispersed ownership structure and the agency problem was arising between managers and shareholders.

In generally, the key corporate governance problem of companies in the UK and US is that there are strong managers and weak owners. However, weakness of corporate governance systems in other countries like Italy is 'weak managers; strong block holders and unprotected minority shareholders'.⁸⁴ The case of Parmalat is a typical example of this form of corporate governance, with controlling shareholders from Tanzi family directing recourses of company illegally to themselves, the interest of minority shareholders.⁸⁵

Most of the Italian listed corporations are distinguished by a high level of concentration and governed by controlling shareholders such as families or groups of majority shareholders who want to use power over the company. Parmalat was a complex group of companies which was one of the Italy's biggest food company. It is possible to express that Parmalat has a complicated pyramid ownership structure since Tanzi family owned 51 percent of Parmalat's

⁸⁰ Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer and W.Vishny (n 19) 1119.

⁸¹ B. Burcin Yurtoglu, 'Ownership, Control and Performance Of Turkish Listed Firms' (2000) 27 Kluwer Academic Publishers 194.

⁸² Mine Uğurlu, 'Agency Costs and Corporate Control Devices in the Turkish Manufacturing Industry' (2000) 27 *Journal of Economic Studies* 566, 570.

⁸³ Ceren Ayça Göçen, 'Kurumsal Yönetim, İç Kontrol Ve Bağımsız Denetim: Parmalat Vakası Corporate Governance, Internal Audit And Independent Audit: Parmalat Case' (2010) 97 *Mali Cozum*, 110.

⁸⁴ Solomon (n 51) 45.

⁸⁵ Andrea Melis, 'Corporate Governance Failures. To What Extent Is Parmalat A Particularly Italian Case?' *SSRN Electronic Journal*, 479.

equity as a black holder. When it was first established its main business was in dairy products but in recent years it drummed up business and it turned into a big corporation which had a part into TV business, football business and tourism business.

Calisto Tanzi founded Parmalat in 1961. Mr Tanzi concentrated his business on expanding his father's sausage and cheese shop. In following years the company began to grow in different areas. For example, Parmalat bought some football teams such as Parma Calcio, Palmeiras and Audax Italiano. Also, the company joined tourism sector. The company was listed on Milan Stock Exchange and eighth largest manufacturing group and provided to 0.8% of the country's GDP. It turned into an international business. Parmalat employed about 36000 workers and 6000 dairy farms depended on the company.⁸⁶

Moreover, at one point the wheels have come off and Parmalat announced in 2003 that the expiring bond of €150 million could not be paid back by the company. After that, Bank of America which Parmalat deserved it deposited €4 billion cash to, told that it did have any exceptional cash from Parmalat and that the account was forged. It was later noticed that CFO Tonna had forged the bank account document using a scanner, scissors and glue. After all these negative developments, Parmalat declared bankruptcy and Tanzi arrested.⁸⁷

After these scandals, at the same month, Enrico Bondi was selected as a special administrator of the company. Parmalat shares once operating a stock market value of 1.8 billion euros mean less by the end of 2004. However, Parmalat remained the crisis and it managed to make pre-tax earnings of 77 million euros in 2005, unlike Enron.

Andrea Melis⁸⁸ observes major considerable corporate governance failures that led to the crisis of Parmalat. First of all, as understood afterwards, the non-executive director who is working in Parmalat since 1963 was not independent.⁸⁹ This factor actually seems like one of the problems faced by corporate governance. When the executive directors are dominant across the non-executive directors, it makes non-executive directors independence and so ineffective on corporate management. This factor arises in a lack of monitoring of the executive directors. Similarly, in Enron crisis, the executive was dominant over the non-executive directors and the non-executive directors were controlled by him.

The second issue is that the chief executive and chairman of the company was Mr Tanzi. Therefore the positions were not separated. Thirdly, it is emphasised

⁸⁶ Lorenzo Segato, 'A Comparative Analysis Of Shareholder Protections In Italy And The United States: Parmalat As A Case Study' (2005) 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 375.

⁸⁷ Melis (n 84) 479.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Solomon (n 51) 46.

in the Corporate Governance Code⁹⁰ in Italy that when a company is controlled by a group of shareholders, some directors should be independent of the controlling shareholders. Although this rule was not implied by Parmalat, the company also did not give enough explanation for this lack of situation.⁹¹

Although Enron and Parmalat cases were characterising from different jurisdictions-US and Italy- and corporate governance systems, both cases prove that corporate governance weaknesses are similar in nature regarding the fraudulent actions of the audit firms of the companies.⁹² One other similarity in both cases is that the companies in different corporate governance systems began to set up checking and monitoring structures with more attention after these two crises.

In summary, it has been shown from this review that Parmalat case shows that failures of corporate governance can be seen in the countries like Italy which its company law system is mostly shaping with controlling shareholders such as families. Whereas the agency problem is seen between salaried managers and shareholders in dispersed ownership companies, in the companies like Parmalat there is a conflict between majority-controlling- shareholders and minority shareholders. The controlling shareholder generally plays an active role in the management of the company and directly takes executive positions. This conflict can be seen come in different examples.⁹³ Particularly, in these companies, minority shareholders should protect from controlling shareholders without affecting the company's business. Therefore, finding a means to increase minority protection is a core issue in the countries which have mostly controlling shareholders in the companies. It is possible for minority shareholders to protect their own interests either by participating in the corporate management if possible or by starting claims as remedies.

Parmalat case has an importance for Civil Law countries regarding with the controlling shareholders and corporate governance framework of these countries. This case is very popular amongst civil law countries and it is known as an example of agency problem in the corporations which have concentrated ownership structures. Although it is not exactly a case from Turkey, the case should be analysed to show how it will lead to problems if the shareholder rights are not protected.

4. Theoretical Foundation in Turkish Law Context

Several theories for the protection of minority shareholder rights were explained in previous sections. It should be stated that despite the case studies of the

⁹⁰'CORPORATE GOVERNANCE CODE' (2016) <<http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/corporategovernance/code2015.en.pdf>> accessed 10 October 2016.

⁹¹ Solomon (n 51) 46.

⁹² Solomon (n 51) 47.

⁹³ Yigit (n 65) 352.

corporate governance of many countries, it is striking that no single theory fully explains the corporate governance system in Turkey. Each of these theories may contribute to finding solutions for individual corporate governance issues in Turkey. For this reason, a combination of the assumptions of these theories may provide an understanding of corporate governance practices in Turkey. It is possible to see the effects of different theories on minority shareholder protection in Turkey.

Agency theory takes on a different form in Turkey. Most Turkish companies are distinguished by a high level of concentration and are governed by controlling shareholders such as families or groups of majority shareholders who want to exercise power over the company. When the Turkish company system is analysed, it can be seen that, whereas the agency problem is seen between salaried managers and shareholders in public listed companies, in the non-public companies there is a conflict between majority shareholders (controlling) and minority shareholders, not between shareholders and management as is known in most of the academic literature.⁹⁴ This agency problem is further intensified by fragile corporate governance mechanisms, a weak legal atmosphere, insufficient disclosures, ineffective auditing practices, absence of truly independent directors, insufficiency of the law on the books and burdensome court procedures. The controlling shareholder generally plays an active role in the management of the company and directly takes executive positions in non-public companies which are generally family firms. Thus, majority shareholders can control easily the general shareholders' meeting and the board of directors with their share rate and votes. Minority shareholders have almost no power over the management and are vulnerable to abuse from majority shareholders. The appearance of this expropriation may take different forms such as re-acquisition of profit, misappropriation of assets, price transfer and sales of shares below market value to other companies that are owned by majority shareholders.⁹⁵

In particular, in these companies, minority shareholders should be protected from controlling shareholders without affecting the company's business. Therefore, finding a means to increase minority protection is a core issue in the countries which have mostly controlling shareholders in companies. It is possible for minority shareholders to protect their own interests either by participating in the corporate management if possible or by starting claims as remedies. In fact, it is important to establish a balance between the majority and the minorities, which is important for the efficient functioning of the companies. While establishing this balance, the aim should be to protect minority

⁹⁴ John Armour, Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *Agency Problems And Legal Strategies*(Oxford University Press 2009).

⁹⁵ Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer and W.Vishny (n 19) 1114.

shareholders on the one hand, while maintaining the functioning of the company under the control of the controlling shareholders on the other.⁹⁶

Moreover, the effects of stakeholder theory are also seen in Turkey. As mentioned above, the right to bring a liability claim to the court due to the actions of directors or founders of the company is granted to the creditors as well as the company and shareholders under Articles 553 and 555 TCC.⁹⁷ This proves that stakeholder theory has been applied for shareholder protection in Turkey.

Finally, the effects of shareholder theory are seen in minority shareholder protection in Turkish law. Thus, to protect minority shareholders, a new remedy has been regulated under Article 531 TCC,⁹⁸ which is the dissolution of the company for just causes. As per Article 531,⁹⁹ in the presence of just causes, holders of shares representing at least one-tenth of the capital in a joint stock company (or one-twentieth in a publicly-held company) may request the court to decide on the dissolution of a company.

In conclusion, in Turkey each of these theories has contributed to finding solutions for corporate governance issues, and rights and remedies for minority shareholders have been shaped by the effects of these theories.

5. Models of Corporate Governance

There are many types of corporate governance models around the world. The difference between the models revolves around the focus on the relationship between a company and its members, the management structures involved, and the social responsibility of the companies. In line with recent developments, many recent studies have compared two different models of corporate governance: the Continental European model, which is also named the insider model, stakeholders model or the German model; and the Anglo-American¹⁰⁰ model, which is also known as the outsider model or shareholders model.¹⁰¹ The Anglo-American model is classified as regarding investment strategies that involve equity, active markets for corporate control, dispersed ownership, and flexible labour markets.¹⁰² This model positions the board of directors and shareholders as controlling parties, while the managers and chief officers ultimately have secondary authority. On the other hand, the Continental European model is characterised in terms of financial strategies that involve

⁹⁶ Yigit (n 65) 352.

⁹⁷ Articles 553 and 555 of Turkish Commercial Code No. 6102.

⁹⁸ Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102.

⁹⁹ *ibid.*

¹⁰⁰ The Anglo-US model governs corporations in the UK, the US, Australia, Canada, New Zealand and several other countries.

¹⁰¹ Kose John and Anil K Makhija, *International Corporate Governance* (Emerald 2011); Alan J Dignam and Michael Galanis, *The Globalization Of Corporate Governance* (Ashgate 2009).

¹⁰² Ruth V. Aguilera and Gregory Jackson, 'The Cross-National Diversity Of Corporate Governance: Dimensions And Determinants' (2003) 28 *The Academy of Management Review*.

long-term debt, ownership by large block holders, weak markets for corporate control, and rigid labour markets.¹⁰³ In this model, the corporate legal personality is seen as a coordinating organ between the different interest groups in a firm. The banks also play a large role economically and, in the decision, making process for companies, and specific legal protections are given to creditors, particularly politically connected creditors, in the continental model.

Each of these models of corporate governance differs according to the types of economic agents involved, and they have separate approaches which look at the issue of minority shareholders' protection from different perspectives. Corporate governance in the Anglo-Saxon model is dependent on the interests of shareholders, because this model caters for lots of small shareholders in dispersed ownerships. So, the aim of this model is to maximise the profits of a corporation.¹⁰⁴ Hence, there should be regulations on stock market transactions in order to protect foreign and native investors and support the functioning of efficient stock markets. On the other hand, in the Continental European model, the interests of other groups in the company, not only shareholders, are considered. The managers, employees, and business partners of a firm can be given as an example. Hence, corporations are mostly presumed to increase their finance in private. Therefore, companies are to a large extent regulated by the mandatory provisions of company law to protect the minority shareholders and creditors.¹⁰⁵

In fact, determining Turkey's attitude to corporate governance is not easy. The corporate governance culture of Turkey looks closer to European countries. Moreover, the regulatory framework for Turkey to become a full member of the EU (European Union) has meant reforms have been made to make it compatible with EU rules. Under these circumstances, it may be considered that Turkey has implemented a European model of corporate governance. Nevertheless, the Anglo-American corporate governance model was initially applied as a result of OECD Principles in institutional management. Turkey shows no consistency in its corporate culture and the principles applied.

The corporate governance structure in Turkey can be categorised as an 'insider model'¹⁰⁶ structure which is mostly family-based due to the features of concentrated ownership, relation-based system, inadequate capital markets, pyramidal structures and multiple shares.¹⁰⁷ Most of the companies in Turkey are

¹⁰³ John and Makhija (n 100).

¹⁰⁴ Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance* (Springer 2005).

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ The insider system is considered by a few listed companies, a huge number of extensive share stakes, and huge inter-corporate shareholdings.

¹⁰⁷ Dennis C. Mueller, 'Corporate Governance and Economic Performance' (2006) 20(5) *International Review of Applied Economics* 623, 628.

owned by families and so Turkey's richest families are the dominant insiders.¹⁰⁸ When analysed, it will be seen that family members of those companies are generally appointed as top managers such as directors and even sometimes chief executive officers. Therefore, the controlling shareholders can control directors easily and force them to attend to their interests rather than those of the minority. In Turkey, because of this company structure, it is not easy for minority shareholders to sell their shares without prior consent of the controlling shareholder and this has made investors unwilling to invest in such companies in Turkey.¹⁰⁹ However, with the TCC, minority shareholders have been granted new rights and remedies which prevent their rights being abused by the majority. In particular, the liability claim¹¹⁰ and dissolution of a joint stock company for just causes¹¹¹ have importance for minority shareholders in Turkey.

CONCLUSION

The notion of protection and theories and models of corporate governance related to minority shareholder protection was analysed in this article. Different theoretical bases are critically examined to understand corporate governance. In particular, shareholder theory, stakeholder theory and agency theory are discussed. The section focused on the various concepts of the agency theory in different legal systems. It was revealed with several examples, how this theory was perceived differently in different company structures. The findings have shown that it is not possible to say that one of these theories fully addresses the practice of minority shareholder protection in Turkey. Turkish practice on minority shareholder protection under the principles of corporate governance is based on a combination of these theories. Therefore, an integrated model was proposed for Turkey. Generally, it can be concluded that there is no 'one size fits all' type of legal protection mechanism for minority shareholders following a corporate governance model that fits every country and company. It is therefore up to each country to select its own model and associated mechanisms according to its particular requirements and circumstances as is the case with Turkey.

BIBLIOGRAPHY

Aguilera R and Jackson G, 'The Cross-National Diversity of Corporate Governance: Dimensions and Determinants' (2003) 28 *The Academy of Management Review*.

Armour J, Hansmann H and Kraakman R, *Agency Problems and Legal Strategies* (Oxford University Press 2009).

¹⁰⁸ Mehmet Aygun, Suleyman Ic and Mustafa Sayim, 'The Effects Of Corporate Ownership Structure and Board Size on Earnings Management: Evidence From Turkey' (2014) 9 *International Journal of Business and Management* 123-132, 127.

¹⁰⁹ Yurtoglu (n 80) 195.

¹¹⁰ Article 553 of Turkish Commercial Code No. 6102.

¹¹¹ Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102.

Aygün M, İc S and Sayim M, 'The Effects Of Corporate Ownership Structure and Board Size on Earnings Management: Evidence From Turkey' (2014) 9 *International Journal of Business and Management* 123-132.

Bebchuk L, Kraakman R and Triantis G, 'Stock Pyramids, Cross-Ownership, And Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control From Cash-Flow Rights', *Concentrated Corporate Ownership, NBER Chapters* (University of Chicago Press 2000).

Bilgili F and Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri / Company Law* (6th edn, Dora Press 2018).

Berle A and Means G, *The Modern Corporation And Private Property* (Macmillan Co 1933).

Brightview Ltd, Re [2004] BCC 542.

Ciyun Z, 'A Critical Analysis of the Majority Rule Principle and Controlling Shareholders Fiduciary Duties: A Chinese Perspective (2004) 16 *Australian Journal of Corporate Law* 256.

Cubbin J and Leech D, 'The Effect Of Shareholding Dispersion On The Degree Of Control In British Companies: Theory And Measurement' (1983) 93 *The Economic Journal* 351.

Davies P L, *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law* (8th edn, Sweet & Maxwell 2008).

Desender K, 'The Relationship Between The Ownership Structure And Board Effectiveness' SSRN Electronic Journal 3.

Dignam A and Galanis M, *The Globalization of Corporate Governance* (Ashgate 2009).

Donaldson T and Preston L, 'The Stakeholder Theory Of The Corporation: Concepts, Evidence, And Implications' (1995) 20 *The Academy of Management Review* 65-91.

Eisenhardt K, 'Agency Theory: An Assessment and Review.' (1989) 14 *Academy of Management Review* 57-74.

Fama E and Jensen M, 'Separation of Ownership and Control' (1983) 26 *Journal of Law and Economics* 301, 303.

Foss v Harbottle (1843), 67 ER 189.

Freeman R, 'Stakeholder Theory of the Modern Corporation' (2004), *General Issues in Business Ethics* 144, 145.

Friedman M, 'The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits', (1970) *New York Times Magazine*, September 13.

- Hannigan B, *Company Law* (3rd edn. Oxford University Press 2012).
- Hemraj M, 'The Business Judgment Rule in Corporate Law' (2004) 15(6) ICCLR 192 and Branson Douglas, 'The Rule that Isn't a Rule-the Business Judgment Rule' (2002) 36 Valparaiso University Law Review.
- Grant J and Kirchmaier T, 'Corporate Ownership Structure and Performance in Europe' (2005) 2 *European Management Review* 231.
- Göçen C, 'Kurumsal Yönetim, İç Kontrol Ve Bağımsız Denetim: Parmalat Vakasi Corporate Governance, Internal Audit And Independent Audit: Parmalat Case' (2010) 97 Mali Cozum, 110.
- Jensen M and Meckling W, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure' (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305.
- John K and Makhija A, *International Corporate Governance* (Emerald 2011).
- Karatepe Kaya, M., 'Shareholder's rights and remedies related to corporate governance principles' (2019) *Corporate Governance: Search for the Advanced Practices*, 48-51.
- Kershaw D, *Company Law in Context* (Oxford University Press 2012).
- Kim K, Kitsabunnarat-Chatjuthamard P, Nofsinger J, 'Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights: Evidence From Europe' (2007) 13 *Journal of Corporate Finance* 859.
- Letza S, Sun X and Kirkbride J, 'Shareholding Versus Stakeholding: A Critical Review Of Corporate Governance' (2004) 12 *Corporate Governance An International Review* 242.
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F and Shleifer A, 'Corporate Ownership Around The World' (1999) 54 *The Journal of Finance* 471-517.
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A and Vishny R, 'Law And Finance' (1998) 106 *Journal of Political Economy* 1113.
- Lazarides T.G, 'Minority Shareholder Choices and Rights in the New Market Environment', (2010) 7 *The IUP Journal of Corporate and Securities Law* 7.
- Leuz C, Nanda D and Wysocki P, 'Earnings Management and Investor Protection: An International Comparison' (2003) 69 *Journal of Financial Economics* 505-527.
- London Stock Exchange, 'The Listing Rules' (The Yellow Book) (London, The Stock Exchange, 1993).
- Lopes A and Walker M, 'Asset Revaluations, Future Firm Performance And Firm-Level Corporate Governance Arrangements: New Evidence From Brazil' (2012) 44 *The British Accounting Review* 53-67.

Mäntysaari P, *Comparative Corporate Governance* (Springer 2005).

Majority Rule, | Meaning In the Cambridge English Dictionary' (Dictionary.cambridge.org, 2018)
<<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/majority-rule>> accessed 20/11/2018.

'Mevzuat Bilgi Sistemi' (Mevzuat.gov.tr, 2016)
<<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.5.6102&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6102>> accessed 20 September 2016.

Melis A, 'Corporate Governance Failures. To What Extent Is Parmalat A Particularly Italian Case?' SSRN Electronic Journal.

Mueller D, 'Corporate Governance and Economic Performance' (2006) 20(5) *International Review of Applied Economics* 623, 628.

Nomer Ertan F, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler / Dissolution for Just Causes of Joint Stock Companies – Considerations of Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102' (2015) 23 *Istanbul University Law School Journal* 423.

OECD, 'OECD Principles of Corporate Governance' (oecd.org, 2004)
<<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>> accessed 17 November 2016.

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku / Company Law* (4th edn, Adalet Press 2016).

Sarkar P, 'Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development', (2017) 2 *Journal of Advanced Research in Law and Economics* 143.

Segato L, 'A Comparative Analysis Of Shareholder Protections In Italy And The United States: Parmalat As A Case Study' (2005) 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*.

Shapiro S.P, 'Agency Theory' (2005) 31 *Annual Review of Sociology*, 263.

Solomon J, *Corporate Governance and Accountability* (2nd edn, John Wiley 2007).

The Republic of Turkey Turkish Commercial Code Law No. 6102 (31 January 2011), <<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6102.html>> accessed 25 October 2018. UK Companies Act 2006.

Uğurlu M., 'Agency Costs and Corporate Control Devices in the Turkish Manufacturing Industry' (2000) 27 *Journal of Economic Studies* 566.

Ulusoy E, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları / Minority shareholders` rights in joint stock companies* (2nd edn, Bilge Press 2016).

Wright P, Mukherji A and Kroll M, 'A Reexamination Of Agency Theory Assumptions: Extensions And Extrapolations' (2001) 30 *The Journal of Socio-Economics* 413-429.

Yigit I, 'Ownership Structure, Executive Structure And Firm Performance: Evidence From Turkey' (2014), 36 *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi* 349-364.

Yurtoglu B, 'Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms' (2000) 27 *Kluwer Academic Publishers* 193–222.

Zahir M, *Company and Securities Law* (3rd edn, The University Press Limited 2000).

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi (Preamble of Turkish Commercial Code No. 6102) <<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/TURK%20TICARET/madde%20gerece.doc>> accessed 08 January 2017.

(Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), 2016) <https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanunu/15405411_sayili_bankacilik_kanunu.pdf> accessed 20 September 2016.

'CORPORATE GOVERNANCE CODE' (2016) <<http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/corporategovernance/cod e2015.en.pdf>> accessed 10 October 2016.

KAZA SİGORTALARI

Saban KAYIHAN¹

Özcan GÜNERGÖK²

ÖZ

Sigorta sözleşmeleri ihtiyacın karşılanması kriterine göre zarar ve meblağ (can) sigortaları olmak üzere ikiye ayrılır. Kaza sigortaları, hayat sigortaları, hastalık ve sağlık sigortaları ile birlikte meblağ sigortaları üst başlığı altında yer alır. Kaza sigortalarında riziko gerçekleştiği takdirde sigortacı sigorta poliçesinde kararlaştırılan tutarı sigorta ettirene/sigortalıya veya lehdara ödeme borcu altında olur. Bununla birlikte kaza sigortalarında zarar sigortalarının hükümlerinin de uygulanması gündeme gelebilir. Örneğin kazaya bağlı hastane, doktor, ilaç masrafları gibi giderlerin karşılanması zarar sigortaları kapsamında sayılır ve sigorta tazminatı buna göre ödenir.

Çalışmamızda kaza sigortalarının insan hayatı için önemini belirtip, kaza teriminin tanımını yaptıktan sonra, kaza sigortalarının sigorta sözleşmelerinin tasnifindeki yerini, unsurlarını, türlerini ele alıp, kaza sigortası sözleşmelerinden kaynaklanan taleplere ilişkin zamanaşımı düzenlemesini incelemeyi amaçladık.

Anahtar Kelimeler: Kaza, kaza sigortası, meblağ sigortası, zarar sigortası, sigorta menfaati, riziko, sigorta bedeli, maluliyet, işgöremezlik, prim

ACCIDENT INSURANCES

ABSTRACT

Insurance contracts are divided into two parts as; loss and amount insurance according to the criteria of supplying the need. Accident Insurance, life Insurance, disease and health insurance are the scope of the Insurance heading. In case of accident insurance risk occurs, the insurer is under the obligation to pay the amount agreed in the insurance policy to the insured or beneficiary. However, the application of the provisions of loss insurance in accident insurance may also be on the agenda. For example, covering expenses such as hospital, doctor and medicine related to the accident is considered within the scope of loss insurance and the insurance compensation is paid accordingly.

¹ Prof. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ORCID: 0000-0003-3778-0250), saban.kayihan@medeniyet.edu.tr

² Doç. Dr., Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gunergok@gmail.com, (ORCID: 0000-0003-2604-3765)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02.06.2020

In our essay we aimed to examine the statute of prescription for claims arising from accident insurance contracts by addressing the place, elements and types of the accident insurance in the classification of insurance contracts after defining the importance of accident insurance for human life.

Keywords: *Accident, accident insurance, amount insurance, loss insurance, risk, insurance interest, insurance price, disability, incapacity, premium.*

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerdendir ve bu sözleşmede³, sigorta ettirenin asıl borcu prim ödemek; sigortacının ise bunun karşılığında sözleşme süresince sigorta himayesini üzerine almak (taşımak) olarak belirir⁴. 6102 sayılı yürürlükteki TTK.'da sigorta sözleşmeleri sigorta konusu menfaate göre, zarar sigortaları (m.1453 – 1486) ve can sigortaları (m. 1487 – 1520) olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Öğretide aynı sigortaların başka bakış açılarıyla tasnife tabi tutulduklarını da görmekteyiz. Nitekim, rizikonun konusuna göre yapılan ayrımda sigorta sözleşmeleri öğretide *malvarlığı sigortaları* ve *şahısvarlığı (can) sigortaları* olmak üzere temelde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Riziko konusunu malvarlığı kıymetlerinin oluşturduğu sigortalar *mal sigortaları*; insan hayatına yönelik rizikoları güvence altına alan sigortalar ise *can sigortaları* olarak isimlendirilir⁵.

Sigorta ettirenin uğradığı zararları karşılamak üzere yapılan mal sigortalarına ihtiyacın karşılanması kriterine göre yapılan ayrımda "*zarar veya tazminat sigortaları*" adı verilirken, şahısvarlığı yani can sigortaları ise meblağ sigortaları olarak adlandırılmaktadır⁶. Bu kriter gereği zarar sigortaları da kendi içinde *aktif sigortaları* ve *pasif sigortaları* olarak ikiye ayrılır⁷. Görüldüğü üzere sigorta sözleşmeleri çeşitli bakımlardan ayrıma tabi tutulmaktadır. Bize göre en sistemli ayırım *Kender*'in yapmış olduğu ihtiyacın karşılanması kriterine göre yapılan ayırmadır⁸.

³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. KAYIHAN, Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 33 vd.

⁴ Fazlası için bkz. KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020, s. 97 vd.

⁵ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s.43-44; KENDER, Rayegan, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.208; ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 10. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s. 17.

⁶ KENDER, s. 208; ÇEKER, s. 19; GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtap Öndaş, **Sigortacılık**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 120 vd. Ayrıca bkz. BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 43 vd.

⁷ GÜVEL / GÜVEL, s. 121.

⁸ KENDER, s. 208.

Bütün bu ayrımları yeri geldikçe *kaza sigortaları* olarak belirlediğimiz konumuz çerçevesinde el aldık. Çalışma konumuzu sade ve sistematik olarak dört paragraf etrafında topladık. Giriş kısmından sonra birinci paragrafta kaza sigortalarının önemini ve hukuki niteliğini, ikinci paragrafta tanımını ve unsurlarını, üçüncü paragrafta ise türlerini inceledik. Dördüncü paragrafta kaza sigortaları hususunda TTK.'nın sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar hakkında öngördüğü genel zamanaşımı süresini düzenleyen 1420. maddesini kaza sigortalarına uyarladık ve çalışmamızı sonuç kısmı ile nihayete erdirdik.

§ I. Kaza Sigortasının Önemi ve Sigorta Sözleşmesinin Ayırımında Yerinin Belirlenmesi

Sosyal hayatın, yaşamın, hukukun ve ekonominin odağında insanın bulunduğu temel bir gerçekliktir. İnsan doğumundan itibaren yaşamı boyunca sayılamayacak, öngörülemeyecek rizikolarla karşı karşıya yaşar. Kaza sigortası düşüncesi insan yaşamı ile doğrudan ilgilidir. Nitekim kaza sigortasıyla kişinin bir kaza sonucunda yüz yüze kalacağı ekonomik sarsıntıların güvence altına alınması amaçlanır⁹. Öyle ki bir kişi ekonomik yaşamını kişisel yetenekleri ile sürdürüyorsa beklenmedik bir kaza sonucunda yeteneklerini kullanamaması ihtimali onun için ekonomik açıdan bir yıkım olur. Örneğin bir futbolcunun, basketbolcunun ayaklarının sakatlanması, bir piyanistin, bağlama ustasının, gitaristin ellerinin kopması, bir şarkıcı veya sunucunun ses tellerinin hasar görmesi, bir marangozun, ressamın, heykeltıraşın ellerini kullanamayacak şekilde sakatlanması insan hayatına yönelik rizikolardan sadece bir kaçıdır. Bir başka taraftan, her hangi bir kişi de elbette bir kaza sonucu geçici veya sürekli çalışmayacak bir duruma düşebilir. İşte bu gibi ihtimaller için zamanında yapılmış bir kaza sigortası kişinin zor duruma düşmesi durumunda onun yardımına koşan önemli bir hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kaza sigortaları, sigorta sözleşmelerinin ihtiyacın karşılanması kriterine göre yapılan ayırımında soyut, yani meblağ sigortaları içinde yer almaktadır. Meblağ sigortaları insan hayatı ile ilgili rizikoları teminat altına aldığı için can sigortaları olarak da anılmaktadırlar. Nitekim meblağ sigortaları, can sigortaları üst başlığı altında TTK.'da zarar sigortalarından hemen sonra düzenlenmiştir¹⁰. TTK.'da düzenlenmiş *meblağ (can) sigortaları* türleri ve düzenlendikleri hükümler şu şekildedir:

- *Hayat sigortaları*, (TTK. m. 1487 – 1506).
- *Kaza sigortaları*, (TTK. m. 1507 – 1510).
- *Hastalık ve sağlık sigortaları*, (TTK. m. 1511- 1520).

⁹ BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1981, s. 261.

¹⁰ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 35.

Görüldüğü üzere kaza sigortaları meblağ (can) sigortalarının alt türüdür. Kaza sigortaları, hayat sigortasının özel bir uygulama şekli olarak karşımıza çıkar. Zira bu sigortada ölüm halinde de belli bir teminat verilmektedir. Ancak bu ölümün kaza ve buna bağlı hastalık sonucu gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca hayat sigortasından farklı olarak kaza sigortası ile malüliyet (engellilik) hali için de teminat verilmektedir. Bu noktada hayat sigortasına ilişkin bazı maddeler kaza sigortasına doğrudan doğruya, bazı maddeleri ise her iki sigortanın da meblağ sigortası olması niteliğinde olmasından ötürü kıyas yoluyla uygulanır¹¹.

Kaza sigortaları, esasen sigorta ettirenin/sigortalının bedeninde kaza ve buna bağlı hastalık sebebiyle meydana gelen arızı durumların giderilmesi için yapılacak ameliyat, tedavi ve bakım masraflarının karşılanması veya çalışma gücünü kaybetme ihtimaline karşılık kendisinin ve yakınlarının güvence altına alınması amaçlarıyla akdedilmektedir¹². Yasal düzenlemeler gereği kazaya karşı sigorta, sigorta ettirenin veya üçüncü şahısların maruz kalacakları kazalara karşı yapılmaktadır (TTK. m. 1509)¹³. Böylece nihayetinde sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlanmaktadır. Ölüm, ani olarak veya kaza tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmiş olduğu takdirde sigorta bedeli sigorta ettirene/sigortalıya yahut onun tarafından belirlenmiş kişiye (lehdara); geçici veya sürekli malüliyet (engellilik) veya işgöremezlik hâllerinde ise sigorta ettirene/sigortalıya (riziko şahsı) ödenmektedir (TTK. m. 1507/1)¹⁴. Geçici olarak çalışma gücünden yoksun kalan sigortalıya, poliçede yazılı süre ile sınırlı olmak üzere, yoksunluğun devam ettiği süre için günlük hesabıyla tazminat ödemesi yapılmaktadır (TTK. m. 1507/2). Ayrıca, kaza sigortasında sigortacı, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, poliçede yazılı bedelden başka, sigortalının yaptığı tedavi giderlerini de ödemekle yükümlü kılınmış bulunmaktadır (TTK. m. 1508/1).

§ II. Kaza Sigortasının Tanımı ve Unsurları

A. Tanımı

Kaza sigortası TTK. m. 1507/1, c.1’de şu şekilde tanımlanmıştır:

“Kaza sigortası, belli bir prim karşılığında, sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlar”.

¹¹ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 40; KARA, Etem, **Sigortalanabilir Menfaat İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 136-137.

¹² AKMUT, Özdemir, **Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980, s. 17; KARA, s. 137.

¹³ Kaza sigortasının himayesi sadece sigorta ettirenle sınırlı değildir. Tehlikeye maruz üçüncü kişinin korunması için de kaza sigortası yapılabilir (WANDT, Manfred, **Versicherungrecht**, 6. Auflage, Vahlen, München, 2016, Rn. 357).

¹⁴ ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Cilt III: Can Sigortaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 325; KARA, s. 138.

Bu yasal tanımdan yola çıkarak kaza sigortasını; “belli bir prim karşılığında, sigorta ettirenin/sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlayana bir can sigortası türü” şeklinde tanımlamamız mümkündür.

Kaza sigortasında kazayla yaralanmada tedavi ile ilgili bütün giderlerin ödenmesi, çalışma yeteneğinin kaybı halinde ise bir defada toplu bir meblağın sermaye olarak ödenmesi veya gelir olarak devamlı aylık bağlanması, ölüm halinde ise geride kalanların geçimlerini sağlamak amacıyla toplu bir meblağın sermaye olarak ödenmesi gündeme gelmektedir¹⁵.

B. Unsurları

1. Riziko Unsuru

a. Genel Olarak

Bildiğimiz üzere tüm sigorta türlerinin teminat altına almayı amaçladığı rizikolar vardır. Yasal düzenlemenin yaptığı tanımdan anlaşıldığına göre kaza sigortasında riziko, kaza sonucunda ölüm, geçici veya sürekli malüliyet (engellilik) ya da işgöremezlik hallerinin ortaya çıkması olarak belirir.

Bu tanım bize kaza kavramı üzerine eğilmemizi salık vermektedir. Yani “kaza nedir” sorusunun cevabını aramamız gerekir.

b. Kaza Kavramı

Yukarıda TTK. m. 1507/1, c.1 ile yapılan tanımda da görüldüğü gibi kanun koyucu kaza sigortasının tanımını yapmış ve fakat kazanın tanımını vermemiştir. Oysa DVVG. § 178/2 düzenlemesi kazayı; “sigortalananın bedeni üzerinde ani olarak dışarıdan etki doğuran bir olay yüzünden, kendi iradesinin sonucu olmaksızın, can zararına maruz kalması” şeklinde tanımlamaktadır¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu “kaza” teriminin tanımını yapmadığına göre kazanın ne olduğu hususunun uygulamaya bırakılmış olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Buna göre taraflar, sigorta sözleşmesinde kazanın ne anlama geldiğini serbestçe belirleyebilir. Nitekim ferdî (bireysel) kaza sigortası genel şartlarında “kaza” teriminin tanımlanmış olduğunu görmekteyiz. Sözü geçen genel şartların 2. maddesine göre; “Bu poliçedeki kaza tabirinden maksat, ani ve harici bir olayın etkisiyle sigorta ettirenin iradesi dışında ölmesi veya cismani bir arızaya maruz kalmasıdır” denilerek kazanın tanımı yapılmaktadır.

Kazanın bu tanımına göre bir olayı kaza olarak nitelendirebilmemiz için aşağıdaki unsurların bulunması gerekir:

¹⁵ PEKİNER, Kâmuran, **Sigorta İşletmeciliği, Prensipleri – Hesap Bünyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981, s.87; KARA, s. 137.

¹⁶ ÜNAN, s. 332.

Öncelikle ani bir olay meydana gelmelidir. Olayın ani meydana gelmesinden amaç bedenî hasarın kısa bir süre devam eden bir darbenin sonucu olmasıdır. Kazanın bu niteliği onu hastalıktan ayırır¹⁷. Bununla beraber bedenî hasarın birden meydana gelmesi şart değildir; bedenî hasar kendisini zaman içinde yavaş yavaş gösterebilir¹⁸. Alman Hukuku kapsamında BGH.'nin içtihatlarıyla uyumlu olarak, sigorta himayesini doğuran hadisenin sigorta ettiren için beklenmedik, şaşırtıcı ve bu yüzden de kaçınılamayacak şekilde ortaya çıkmış olması gerekir. Yani zamansal unsur öncelikli ya da belirleyici anlamda değildir¹⁹.

Olay dışarıdan ve şiddetli bir biçimde meydana gelmelidir. Kazanın bu niteliği yine kazayı normal hastalıktan ayırmaktadır²⁰. Dışarıdan gelen bu etki iç organlarda veya dış organlarda tahribata yol açmış olabilir. Keza olay, kazazedenin iradesi dışında gerçekleşmiş olmalıdır²¹. Sigorta ettirenin zararı bilinçli meydana getirmiş olması ya da zararın meydana gelebileceğini bilebilecek ve bundan kaçınabilecek iken bundan kaçınmaması halinde zarar iradi olarak doğmuş sayılır. Bu iki durumun dışında kalan hallerde zarar irade dışı doğmuştur²². Sigorta ettirenin sürece hükmetmediği ve riskleri ya da tehlikeleri yanlış hesapladığı durumlarda da zarar irade dışı doğmuştur²³. Ruhsal rahatsızlığı olan sigorta ettirenin kendisine verdiği zarar irade dışı olarak değerlendirilir²⁴. Zararın dolaylı kasıtlı ortaya çıktığı durumlarda zararın irade dışı olduğundan bahsedilemez²⁵.

Bir kimsenin kendi iradesiyle yani kasten vücudunda meydana getirdiği tahribat kaza sayılamaz. Bu doğrultuda intihar veya intihar girişimi, aşırı sarhoşluk, uyuşturucu madde kullanma, ilaç ve zararlı madde alma halleri kaza olarak nitelendirilemez²⁶. Kazaların büyük çoğunluğu ihmâl veya dikkatsizlik, özensizlik sebebiyle ihmâl sonucunda meydana gelir. Bu gibi ihmâllerin yol açmış oldukları olaylar da kaza olarak nitelendirilir²⁷. Bununla birlikte kişinin kendisini tehlikeye sokması sonucunda meydana gelen kazalar ise kaza sigortasındaki kaza kapsamı dışında kabul edilmektedir. Örneğin grevlere, lokavt ilan edilmiş işçi hareketlerine, halk hareketlerine, kavgalara katılmak;

¹⁷ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 261; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 40.

¹⁸ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 40.

¹⁹ LANGHEID, T. / WANDT, M. / DOERNER, H., *Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Aufl., 2017, VVG. § 178 Rn. 49.

²⁰ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41.

²¹ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41; LANGHEID / WANDT / DOERNER, VVG. § 178 Rn. 89.

²² LANGHEID / WANDT / DOERNER, VVG § 178 Rn. 89.

²³ BGH. VersR. 1985, 177.

²⁴ PROELLS / MARTIN / KNAPPMANN, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG.*, 30. Auflage, 2018, § 178 Rn. 21b.

²⁵ MARLOW, Sven Marc Anschlag in VEITH / GRAEFE / GEBERT, *Der Versicherungsprozess*, 4. Auflage, 2020, § 12, Rn. 45.

²⁶ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41.

²⁷ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41.

cürüm ve cinayet işlemek veya bunlara teşebbüs etmek; uyuşturucu, alkol kullanmak²⁸ gibi davranışlar sonucunda kaza meydana gelirse, sigortacı teminat sağlamayacaktır. Bununla birlikte kişinin kendisini tehlikeye soktuğu bazı hallerde ilave prim ödeyerek sigorta teminatı sağlanabilir. Örneğin dağcılık sporu yapmaktan, kar veya buz üzerinde kaymaktan ileri gelen kazaların sigorta ile güvence altına alınabilmesi için taraflar arasında ayrı bir anlaşma yapılması gerekir²⁹.

Kazanın irade dışı olup olmadığına dair ispat yükü konusunda DVVG. sigorta ettiren lehine karine getirmiştir. Kazanın irade dışı olduğu karine olarak kabul edilir; aksini ileri süren sigorta ettiren bunun iradi olduğunu ispatla yükümlüdür (§ 178/2). § 191 hükmü gereği, bunun sigorta ettiren aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak bir kişinin iradesi dışında ve beklenmedik bir şekilde gelişen tüm olaylar sigorta teminatı kapsamına girer. Bu çerçevede öğretide aşağıdaki hallerin kaza kapsamında sayılacağı ifade edilmektedir:

- Birdenbire ve beklenmedik şekilde ortaya çıkan gazların teneffüs edilmesi,
- Yanıklar,
- Ani bir hareket sonucunda adale ve sinirlerin incinmesi, burkulması ve kopması,
- Yılan ve haşere sokması sonucunda meydana gelen zehirlenmeler,
- Isırılma sonucunda meydana gelen kuduz hastalığından kaynaklanan ölüm ve cismani sakatlıklar³⁰.

Bir kimsenin cinayet veya terörist eylemlere kurban gitmesi de kaza sayılmaktadır³¹. Buna karşılık aşağıdaki haller kaza sigortası kapsamında kaza olarak nitelendirilemez:

²⁸ Hemen belirtelim ki, şayet meydana gelen riziko alkolün etkisi ile oluşmamış ise sigortalının salt alkollü olması sigortacıyı tazminat sorumluluğundan kurtarmaz.

Nitekim Yargıtay bizce de isabetli olarak şu şekilde bir karara ulaşmıştır:

“Salt alkollü araç kullanılmış olması sigorta tazminatından yoksun kalınmasının sebebi olamaz. Hasara yol açan kazanın münhasıran alkolün tesiriyle meydana geldiği ispatlanmalıdır. Bu noktada ispat külfeti sigorta şirketine aittir. Bu nedenle nörolog doktorun da bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır. Bu ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlılık kazanmış uygulamasıdır” (Y. 17. HD. T.3.7.2014, E.2014/11405, K.2014/10468, sayılı kararı).

Şu halde rizikonun alkollü, uyuşturucu alınması esansında meydana gelmiş olmasında kaza sırasında salt olarak alkol veya uyuşturucu alınmasına değil, kazanın meydana gelmesinde bu maddelerin alınmasının neden olup olmadığının araştırılması gerekir. Hâkimin hukuki bilgisini aşan bu durumlarda bilirkişiler görevlendirilerek adil sonuçlara ulaşılabilir.

²⁹ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 263; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41.

³⁰ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 41.

• Her türlü hastalık ve sonuçları,

• Sigorta kapsamına giren bir kaza sonucunda olmadığı takdirde donma, güneş çarpması ve benzeri etkiler,

• Sigorta kapsamına giren bir kaza sonucunda olmadığı takdirde cerrahi müdahale, ameliyat, her türlü ışın tatbik ve tedavisi sonucunda meydana gelen ölüm ve sakatlıklar.

Ferdî (bireysel) kaza sigortası genel şartlarına bakıldığında kaza kavramı içerisinde yer alan bazı hallerin sigorta teminatı dışında bırakıldığı görülmektedir: Örneğin savaş, savaş niteliğindeki harekât, ihtilal, isyan, ayaklanma veya bunlardan doğan iç kargaşalar, deprem, toprak kayması ve yanardağ patlaması ve nükleer riskler kaza sigortası kapsamında tutulmamıştır. Bu gibi hallerde kazanın meydana gelmesi ihtimali aktüeryal hesaplarla kolayca saptanabilecek durumda olmadığından sigortacılar bu gibi rizikoları üstlenmekten kaçınmakta ve teminat dışı bırakmaktadırlar³².

c. Ölüm Malüliyet (Engellilik) ve Sürekli veya Geçici İş Göremezlik

Durumu

Kaza sigortasında riziko; ani, harici ve gayri iradi nitelik taşıyan kazanın gerçekleşmesi sonucunda kişinin bedeninde bir zarara yol açmış olması şeklinde belirir. Bu zarar kişinin sağlık durumunun bozulması, fiziksel fonksiyon ve hareketlerinin azalması veya tamamen bozulmasıdır. Diğer bir deyişle kişi, kaza sonucunda *ölebilir, hasta olabilir, geçici veya sürekli olarak malül (engelli)* kalabilir³³. Kaza sonucu ölüm de kaza sigortası kapsamındadır³⁴.

Kaza sigortasında sigorta tazminatı ödenmesi için, vücutta meydana gelen hasar ile kaza arasında illiyet bağı (sebeup – sonuç ilişkisi) bulunmalıdır³⁵.

İlliyet bağının mevcudiyetini tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. Bedendeki hasarın meydana gelmesinde kazadan başka faktörler de rol oynamış olabilir. Örneğin kazazedenin daha evvelden müptela olduğu bir hastalık, kaza sonucunda ortaya çıkmış ve daha ağırlaşmış olabilir. Bu halde kaza ile sonuç arasındaki illiyet bağının mevcudiyetini belirlemek zordur³⁶. Kaza hastalığı da doğurmuş olabilir. Örneğin kazaya maruz kalan kimse, uzun bir süre yatmaktan zatürreye tutulmuştur³⁷ veya kaza sonucu götürüldüğü hastanede Covid 19

³¹ ÇEKER, s. 343; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 42.

³² BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 264; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 42.

³³ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 261.

³⁴ WANDT, Rn. 35.

³⁵ LANGHEID / WANDT / DOERNER, VVG § 178 Rn. 93; BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262.

³⁶ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262.

³⁷ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262.

bulaşmıştır. Bu gibi durumlarda olay ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının mevcudiyetini tayin güçlük gösterir; bununla birlikte bu gibi hallerde sigorta hukukunun ruhuna göre düşünmeli ve sigorta ettiren/sigortalı lehine yorum yapılarak olay ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunduğu kabul edilmelidir³⁸. Sigorta ettirenin doğrudan dışarıdan gelen etkiyle olmasa da, kaza sebebiyle ortaya çıkan fiziki ya da psikolojik açıdan uğradığı zararlar da kapsam dâhilinde görülmelidir³⁹.

2. Menfaat Unsuru

Kaza sonucu ölüme karşı yapılan sigortada, hayat sigortalarında olduğu gibi sigorta ettiren veya bir başkasının lehdar tayin edilebileceği öngörülürken, sakatlık teminatının sigortalıdan başkasına ödenmesinin sigortanın amacına uygun düşmeyeceği kabul edilmiştir. Kazaya karşı sigorta, TTK. m. 1509 hükmüne göre, sigorta ettirenin veya başkasının uğrayabileceği kazalara karşı yapılabilir.

Gerçekten bir kişi doğrudan doğruya kendisinin uğrayabileceği rizikolara karşı sigorta güvencesi almak üzere kaza sigortası yaptırabilir. Bunun yanında bir işletme sahibi kendi personelinden örneğin sürekli seyahat eden pazarlama elemanlarını kazalara karşı sigorta ettirmek amacıyla sigorta ettiren sıfatıyla sigorta sözleşmesine taraf olabilir. Aynı şekilde iş kazası riskinin çok olduğu maden ocağı işletmecileri seyahat ve turizm şirketleri, taşıma şirketleri ve inşaat şirketlerinde çalışan personel için kaza sigortası yaptırılması çok yerindedir.

Kanun koyucu hayat sigortalarına ilişkin kimi hükümlerin kaza sigortalarına doğrudan kimi hükümlerin de kıyas yolu ile uygulanmasını istemiştir. Bu doğrultuda olmak üzere TTK. m. 1510/1 hükmü şu şekildedir:

“Hayat sigortalarında sigortalıyı düzenleyen 1490 ıncı maddenin ikinci ilâ dördüncü fıkraları, kaza sonucu ölüm rizikosu için yapılan sigortalarda da uygulanır”.

Şu halde, başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır. Ayrıca, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin alışılagelmiş cenaze giderlerini aşması hâlinde sigortalının veya varsa kanuni temsilcisinin yazılı izni aranır. Sigortalı şayet onbeş yaşından büyükse kanuni temsilcinin dışında kaza sigortası için ayrıca onun da izninin de alınması gerekir. İzin olmadan yapılan kaza sigortası sözleşmesine sonradan onay (icâzet) verilmediği takdirde sözleşme geçersizdir. Kanuni temsilcinin lehtar olarak atadığı veya kendisinin sigorta ettiren olduğu durumlarda, kanuni temsilcinin iznin verilmesinde sigortalıyı temsil yetkisi hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Menfaat koşulunu sözleşmenin yapılmasından sonra ortadan kalkması hâlinde ise kaza sigorta sözleşmesi o andan itibaren

³⁸ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 262.

³⁹ LANGHEID / WANDT / DOERNER, VVG. § 178 Rn. 49.

geçersiz hâle gelir; ancak, sigorta ettirene o zamana kadar ki iştirâ değerinin ödenmesi gerekir (karş. TTK. m. 1490/2-4).

Ölüm ihtimaline karşı yapılan kaza sigortaları dışındaki rizikolara karşı akdedilen kaza sigortalarında ise, TTK. m. 1510/2'nin düzenlemesine uygun olarak hayat sigortalarına ilişkin diğer hükümler, kaza sigortaları hakkında doğrudan doğruya değil kıyas yoluyla uygulama alanı bulur.

Öyleyse kaza sigortalarında, kişinin kendi ölümü ihtimaline karşı kaza sigortası yaptırması halinde peşinen sigortalanabilir menfaatinin varlığı kabul edilecektir. Buna karşın başkasının canı üstüne kaza sigortası yapılması halinde ise sigortalanabilir menfaatinin var olup olmadığı ayrıca aranacaktır⁴⁰.

Yukarda da işaret ettiğimiz üzere TTK. m. 1490/2 hükmü başkasının hayatı üzerine yapılan sigortada lehtarın menfaatinin varlığını aramanın yanında, ölüm ihtimaline karşı sigortalarda da sigortalının veya kanuni temsilcinin iznini aramaktadır. Her iki düzenlemeyi beraber değerlendirildiğimizde başkasının hayatı üzerine yapılan kaza sigortalarında sadece ölüm rizikosu için menfaatin aranacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır.

Öğretide *Ünan*, TTK. m. 1490 anlamında başkasının hayatı üzerine akdedilen tüm hayat sigortalarında menfaat şartı aranmışken, kaza sigortalarında ise menfaatin sadece ölüm teminatı söz konusu olduğunda aranacağını, zira engellilik veya sürekli ya da geçici iş göremezlik rizikoları bakımından riziko kişinin aynı zamanda hak sahibi (lehtar) olduğunu, riziko kişinin kendi sakatlığı veya iş göremezlik hali için zaten menfaat sahibi olduğunu belirtmektedir⁴¹. Ayrıca sigorta ettirenin kendi hayatı üzerine akdetmiş olduğu kaza sigortasında başka bir kişiyi lehtar olarak ataması halinde, burada başkasının hayatı üzerine sigorta olmadığından menfaat koşulunun aranmayacağını, bunun mantıklı da olmadığını zira sigorta ettirenin hür iradesiyle başka birini lehtar atamasının yeterli olduğunu isabetli olarak ifade etmektedir⁴².

Şu hale göre, kaza sigortalarında başkasının uğrayabileceği kazaların riziko unsuru olarak belirlendiği durumlarda, sigorta sözleşmesinin geçerliliği için lehtarın yani kendisine sigorta bedeli ödenecek kişinin, riziko kişinin hayatının devamında *maddi veya manevi menfaatinin* bulunması şarttır.

3. Sigorta Bedeli Unsuru

a. Genel Olarak

Kaza sigortasının esas itibariyle bir meblağ sigortası niteliğini taşıdığını belirtmiştik. Bu itibarla kaza sonucu uğranılan zarar miktarı dikkate

⁴⁰ KARA, s.138.

⁴¹ ÜNAN, s. 330.

⁴² ÜNAN, s. 330.

alınmaksızın poliçede yazılı olan tutar sigorta bedeli olarak ödenir. Kaza sigortasında riziko kişinin ölmesi durumunda ödenecek olan sigorta bedeli sigorta sözleşmesi ile kararlaştırılan meblağ olarak karşımıza çıkar. Bu meblağ niteliği itibarıyla sigorta sözleşmesinin ispat aracı olan poliçede⁴³ yazılan tutardır. Buna göre kaza sigortası poliçesinde 200.000 TL öngörülmüş ise ölüm halinde sigorta şirketi hak sahiplerine bu tutarı ödemek suretiyle borcundan kurtulur. Hak sahiplerinin uğradığı zarar, miktarı fazla olsa bile sigortacıdan poliçede yazılı miktardan fazla bir ödeme yapılması talep edilemez. Diğer yandan sigortacı da meydana gelen zararın sigorta bedelinden az olduğunu iddia edemez⁴⁴ zira sigortacı kazanın meydana gelmesi halinde sigorta bedelini ödemek zorundadır. Bu itibarla kaza sigortalarında zarar sigortalarında olduğu gibi, zenginleşme yasağı, aşkın sigorta, eksik sigorta gibi kurumlar söz konusu olmaz⁴⁵.

Keza kaza sigortalarında halefiyet ilkesi de uygulanmaz⁴⁶ (TTK. m. 1472). Bu nedenle üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelen kazalardan dolayı sigorta ettiren sigortacıdan sigorta bedelini aldıktan sonra haksız fiil hükümlerine göre (TBK. m. 49 vd.) zarar veren kusurlu üçüncü kişiye de müracaat edebilir⁴⁷.

b. Ölüm, Sürekli veya Geçici İş Göremezlik Rizikolarının Gerçekleşmesinde Sigorta Bedelinin Ödenmesi

Kaza sonucunda ödenecek sigorta bedeli, ölüm ve malüliyet hallerine göre özel hükümlere bağlanmıştır. Yukarıda bir başka vesile ile de işaret etmiş olduğumuz gibi TTK. m. 1507/1, c.2'ye göre; ölüm, ani olarak veya kaza tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmiş ise sigorta bedeli sigorta ettirene yahut onun tarafından belirlenmiş kişiye; geçici ve sürekli engellilik veya işgöremezlik hâllerinde ise sigortalıya ödenecektir.

Şu hale göre kaza sonucunda ölüm gerçekleşmişse yani riziko kişisi ölmüşse ve ölüm kaza sonucunda derhal ya da kazadan en çok bir yıl içinde gerçekleşmişse sigorta bedeli, sigorta ettirene ya da onun tarafından belirlenmiş olan kişiye yani lehbara ödenecektir. Ancak ölüm, kaza gerçekleşmesinden itibaren bir yıl dolduktan sonra meydana gelirse sigortacı, bundan böyle sorumlu olmayacaktır.

⁴³ Bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 102-103.

⁴⁴ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 264; Halefiyet hakkında fazlası için bkz. KAYIHAN, Şaban, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti", **MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, II. Cilt**, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2012.

⁴⁵ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 264.

⁴⁶ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 264.

⁴⁷ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 265.

Bu takdirde ölüm ve kaza arasındaki illiyet ilişkisinin kesildiği varsayılır⁴⁸. Bu varsayım hukuki niteliği itibarıyla bir kanuni faraziyedir.

Kaza sonucunda sigortalı geçici olarak da çalışma gücünü yitirebilir. TTK. m. 1507/2 hükmüne göre de geçici olarak çalışma gücünden yoksun kalan sigortalıya, poliçede yazılı süre ile sınırlı olmak üzere, çalışma mahrumiyetinin devam ettiği süre için günlük hesabıyla tazminat verilir. İşte bu tazminata da geçici iş göremezlik tazminatı adı verilir.

Sigorta ettiren veya lehtar, sigorta bedelini talep ederken kazanın meydana geldiğini ispat eden belgeleri ve gereğinde doktor raporunu sigortacıya göstermek mecburiyetindedir. Sigorta ettiren veya hak sahipleri, meydana gelen kazanın, kaza niteliği taşıyan bir olay sonucu olduğu ve kaza ile oluşan riziko arasında illiyet bağının bulunduğu hususunda sigortacıya genel mahiyette bir kanaat vermelidir. Sigorta ettirenin veya lehtarın bu konuda tam bir delil ikame etmeleri koşulu aranmaz. Durumun böyle olmadığını yani keyfiyetin aksini ispat yükü sigortacının üzerindedir⁴⁹.

c. Tedavi Giderleri

Kaza sigortaları bazı hallerde tedavi giderlerini de kapsar. Nitekim TTK. m. 1508 hükmü, sigortacının, sigorta sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadığı takdirde, poliçede yazılı bedelden başka, sigortalının yaptığı tedavi giderlerini de ödemekle yükümlü tutmuştur.

Hiç kuşkusuz kaza sigortası özü itibarıyla meblağ sigortasıdır; bununla birlikte, tedavi giderleri teminatı esas olarak zarar sigortasının konusudur. Görüldüğü gibi kaza sigortası, kural olarak meblağ sigortası niteliğinde iken, bazen zarar sigortası, bazen de hem meblağ hem de zarar sigortası niteliğini haiz olabilir⁵⁰. Zira burada riziko kişinin yapmış olduğu tedavi giderleri nedeniyle mal varlığında meydana gelen azalma giderilir ve sonuç olarak sigortacı tedavi durumunda tedavi giderleri kadar tazminat ödemek durumunda olur. Tedavi giderleri için yapılacak sigorta tazminatı ödemesi, poliçede gösterilen tedavi giderlerine yönelik gösterilen sigorta bedelini aşamaz. Bu nedenle de TTK. m. 1510/3. fıkrasında gerçek zararın telafi edileceği durumlarda zarar sigortasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla buraya da uygulanacağı düzenlenmiştir. Şu hâlde kaza sigortası poliçesinde sigortacı tarafından gerçek zararın karşılanması öngörülmüş ise, zarar sigortalarına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla kaza sigortası hakkında da uygulanır⁵¹.

Öyleyse kaza sigortalarında, hastane, doktor, ilaç masrafları gibi gerçek giderlerin sigortacıdan zarar sigortası kapsamında istenmesi mümkündür. Ayrıca sigortacının halefiyet hakkı gerçek zarar kapsamındaki tedavi giderleri için

⁴⁸ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 266.

⁴⁹ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 267.

⁵⁰ KARA, s. 142; ÜNAN, s. 321.

⁵¹ KARA, s. 142; ÜNAN, s. 321.

mümkündür. Yani sigortacı, ödediği tedavi giderleri için şayet varsa kusurlu üçüncü kişiye halefiyet yoluyla başvurabilir⁵².

ç. Kaza Sigortalarında Zarar Sigortası Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması İhtimali

Şayet kaza sigorta sözleşmelerinde sigortacı tarafından gerçek zararın karşılanması öngörülmüş ise, TTK. m. 1510/3 marifetiyle bu ihtimalde zarar sigortalarına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla kaza sigortası hakkında da uyguna alanı bulur.

4. Prim Unsuru

a. Genel Olarak

Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan asli edim borcu, sigortacının sigorta himayesini taşıma borcunun karşılığı olan prim ödeme borcudur. Prim, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği tazminat veya bedelin esasını oluşturan bir miktar paradır⁵³. Prim ödeme borcunun yasal dayanağı TTK. m. 1430 hükmüdür. Sözü geçen düzenlemenin ilk fıkrasına göre, “*sigorta ettiren, sözleşmeyle kararlaştırılan primi ödemekle yükümlüdür*”.

Prim borcunun konusu her zaman bir miktar paradır ve dolayısıyla mal karşılığı sigorta sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁵⁴. Prim, peşin olarak ödenebileceği gibi taksitler halinde de ödenebilir⁵⁵.

Primin ödenme zamanı sözleşme serbestisi kapsamında taraflarca serbestçe belirlenebilir. TBK. m. 90 hükmü uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Alman hukukunda prim ödeme borcunun muacceliyeti DVVG. § 33 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta ettiren ilk primi, cari prim kararlaştırılmışsa ilk primi sigorta belgesinin (poliçe) ulaşmasından sonra ondört gün içinde gecikmeksizin ödemek zorundadır (Abs. 1). Şayet prim son defa sigortacı tarafından çekilmişse, sigorta ettiren sadece sigortacı tarafından yazılı şekilde istenmiş olması durumunda primi aktarmakla yükümlüdür (Abs. 2).

Primin ödeme yerinin neresi olacağına ilişkin TTK. m. 1432 genel bir kural öngörmektedir. Buna göre, “*sigorta primi, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödenir*”. Görüldüğü gibi burada TBK. m. 89’da yer alan genel prensibin, yani götürülecek borç olarak nitelendirilen para borcunun, alacaklının ikametgâhında (yerleşim yerinde) ödenmesi kuralının aksine,

⁵² BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 265; Bkz. KAYIHAN, **Halefiyet**, s. 1599 vd.

⁵³ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 192.

⁵⁴ KAYIHAN, **Prim Ödeme Borcu**, s. 162, diğer ödeme şekilleri bakımından bkz. s. 170 vd.

⁵⁵ Primin çeşitleri hakkında bkz. KAYIHAN, **Prim Ödeme Borcu**, s.99 vd.

borcun sigorta ettirenin ikametgâhında ödeneceği düzenlenmiştir. Burada amaç sigorta ettirene kolaylık sağlamaktır⁵⁶. Bu nedenle sigortacı yasal olarak, primi gidip sigorta ettirenden (sigorta ettirenin yerleşim yerinde) tahsil etmek zorundadır⁵⁷.

Şüphesiz bu kuralın aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Örneğin, primin sigortacının veya acentesinin yerleşim yerinde ödenmesi hususunda taraflar anlaşmış olabilirler⁵⁸. Şu kadar ki, bu maddede anılan düzenlemeye rağmen prim, sigorta ettirenin yerleşim yerinde tahsil edilmekte ise, söz konusu sözleşme şartı yine uygulanmayacaktır. Nitekim TTK.'nın 1432. maddesinin devamında, “sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmiş olmasına rağmen, sigorta primi fiilen sigorta ettirenin gösterdiği adreste ödenegelmekte ise, bu ödeme yerine ilişkin söz konusu şart yok sayılır” hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan sigorta ettiren prim ödeme borcunda temerrüde düşmüş ise, ana kuralın aksine primi kendi yerleşim yerinde değil sigortacının yerleşim yerinde ödemelidir⁵⁹.

b. İlk Primin Ödenmesi ve Ödenmemesine Bağlanan Hukuki Yapıtırım

Türk Ticaret Kanunu m. 1421/1 hükmünün sigorta sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemesine göre, *aksine sözleşme yoksa sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidin ödenmesi ile başlar.* eTTK.'da da benimsenen ve sigortacılık uygulamasında çok eskilere dayanan bu ilkenin temelinde, sigortacının tehlike taşımasının hiç olmazsa karşı edimine kısmen kavuşmasından sonra başlaması gerektiği düşüncesinin yattığı ifade edilmektedir⁶⁰.

Bu düzenleme gereğince, sigorta primi ödenmedikçe kural olarak sigortacının riziko taşıma borcu başlamayacaktır. Bu nedenle sigorta sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra (sigorta süresinin şekli başlangıcı) henüz prim ödenmeden yani sigortanın maddi süresi işlemeye başlamadan riziko gerçekleşirse meydana gelen zarardan sigortacı sorumlu tutulamaz. Öte yandan TTK.'nın bu maddesi tam emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar sigorta ettirenin lehine olarak sözleşmede prim borcu ödenmeden önce sigortacının sorumluluğunun başlayacağını kararlaştırabilirler⁶¹. Bununla birlikte sigorta ettiren prim ödemesine rağmen sigortacının sorumluluğunun başlamayacağı kararlaştırılmaz. Aksi durumda TBK. m. 27/2 hükmünün uygulanması gündeme gelir. Bütün bu ifade ettiklerimiz kaza sigortaları bakımından da geçerlidir.

⁵⁶ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 128.

⁵⁷ KAYIHAN, *Prim Ödeme Borcu*, s. 160.

⁵⁸ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 128.

⁵⁹ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 198.

⁶⁰ KENDER, s. 244-245; ARSEVEN, Haydar, *Sigorta Hukuku, Ana Prensipier, Genel Hükümler*, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991, s. 124; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 200.

⁶¹ ÇEKER, s. 108; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 200.

c. İzleyen Primlerin Ödenmemesi ve Ödenmemesine Bağlı Hukuki

Yaptırım

aa. Genel Düzenleme

Primin taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ve ilk taksit ödenip sigortanın maddi süresi işlemeye başlamasına rağmen izleyen prim taksitlerinin ödenmesinde temerrüt ortaya çıkmışsa sigortacının sorumluluğunun bu aşamada bundan etkilenmeyeceğini ifade edelim⁶². Ancak sigortacı sonraki primlerin ödenmemesi ihtimaline karşı tamamen korunmasız bırakılmamış, kendisine bu ihtimalde genel bir fesih hakkı tanınmıştır. TTK. m. 1434/3. hükmüne göre, “*İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi halde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur*”.

Böylece sigortacı kaza sigortalarında da sonraki primlerin yani prim taksitlerinin ödenmemesi durumunda bir fesih ihbarı göndererek sigorta sözleşmesini sona erdirebilir. Fesih ihbarı gönderen sigortacı, sigorta ettirene **on günlük** bir süre vermelidir. Bu süre fesih ihbarının sigorta ettirene ulaştığı andan itibaren başlar⁶³. Eğer bu süre içinde prim ödenmezse fesih beyanı hüküm ve sonuçlarını doğurur ve sözleşme *ex nunc* yani ileriye etkili olarak sona erer. Bu nedenle sigortacı, fesih tarihine kadar ödenmemiş olan primler için icra yoluyla takibe girişebilir⁶⁴.

Yenilik doğuran bir hak olan fesih beyanı varması gerekli bir irade beyanı olup kural olarak karşı tarafa ulaşınca hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fakat sigorta sözleşmesinin TTK. m. 1434/3 hükmüne dayanılarak feshedilmesi halinde fesih, bu yöndeki beyanın karşı tarafa varması ile değil, beyanda yer alan sürenin dolması üzerine hüküm ve sonuçlarını doğurur. Anılan hüküm yarı emredici niteliktedir. Diğer bir deyişle sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez ancak sigorta ettiren lehine aksi kararlaştırılabilir. Bu nedenle sigortacı, prim borcunun ödenmesi için on gün yerine daha uzun bir süre verebilir ve fakat daha az süre veremez.

Türk Ticaret Kanunu m. 1434/3, c. son düzenlemesinde “*sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Türk Borçlar Kanunu’ndan doğan diğer hakları saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Borçlunun temerrüdünün sonuçları TBK. m. 125 hükmünde düzenlenmiş ve alacaklıya bazı seçimlik haklar verilmiştir ve bunların da uygulanması gündeme gelebilir. Bu itibarla sigortacı, prim borcunun ödenmemesi halinde sadece sözleşmenin feshini isteme hakkına

⁶² KENDER, s. 246; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 200.

⁶³ KENDER, s. 24; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 202.

⁶⁴ BOZER, *Sigorta Hukuku*, 1981, s. 128; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 202.

sahip değildir. Sigortacı, özellikle büyük hacimli sigorta sözleşmelerinde primin tahsili davasını açarak sigorta sözleşmesini ayakta tutmayı tercih edebilir⁶⁵. Ancak sigortacı, sözleşmeyi feshetmek istiyorsa mutlaka *on günlük* bir ihbar süresi vermelidir. TTK. m. 1434/4 hükmüne göre ise, *bir sigorta dönemi içinde sigorta ettirene iki defa ihtar gönderilmişse sigortacı, sigorta döneminin sonunda hüküm doğurmak üzere sözleşmeyi feshedebilir*. Bu maddenin bir önceki fıkrasında fesih ihtarından söz edildiğine göre bu fıkradaki ihtarın da fesih ihtarı olarak anlaşılması gereklidir.

O halde bu fıkra uyarınca sözleşme süresi sonunda sözleşmenin feshedilebilmesi ancak şu şekilde gerçekleşebilir:

Sigorta süresi içinde prim borcu ödenmediği için sigortacı fesih ihtarı göndermiş ancak bu ihtarla verilen süre içinde sigorta ettiren prim borcunu ödemiştir. Daha sonraki bir prim borcu yine yerine getirilmemiş ve sigortacı yine bir fesih ihtarında bulunmuş ve borcun ödenmesi için en az on günlük süre vermiştir. Sigorta ettiren yine bu süre içinde borcunu ödemiştir. Aslında bu maddede öngörülen fesih hakkı prim borcunun hiç ödenmemesinden değil, gecikerek ödenmesinden kaynaklanmaktadır. Elbette sigortacı para borcu niteliğindeki prim borcunun ödenmesinde temerrüde düşen sigorta ettirenden temerrüt faizi talep edebilecektir. Bu noktada hemen ifade edelim ki, primin taksitlerinin ödenmesinde sigorta ettirenin temerrüde düşmesi için ihtar şart değildir. Zira uygulamada prim taksitlerinin ödenmesi için ödeme tarihleri belirlenmektedir. Bu itibarla bu tarihlerde taksitlerini ödemeyen sigorta ettiren prim borcunun ödenmesi bakımından temerrüde düşmüş olur ve faiz gibi bunun sonuçları ile karşılaşabilir. Çünkü bu durumlarda TBK. m. 117/2 anlamında süreli borç söz konusudur (belirli vade). Muaccel bir borcun borçlusu kural olarak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (TBK. m. 117/1). Ancak borcun ödeneceği gün birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanılarak taraflardan birinin yapacağı usulüne uygun bildirimle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle borçlu kendiliğinden temerrüde düşer (TBK. m. 117/2). Sigorta Prim taksitlerinin hangi tarihlerde ödeneceği taraflarca bilindiğinden belirli vade söz konusudur ve prim taksiti ödenmediğinde ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın sigorta ettiren prim borcunu ödemediğinde temerrüde düşmüş olur⁶⁶. TTK. m. 1434/3'ün düzenlemesi sigorta sözleşmesinin sigorta ettirenin izleyen primlerin ödenmesinde temerrüde düşmesinden ötürü sigorta sözleşmesinin feshine yöneliktir. Sigortacı ödemelerini devamlı olarak geciktiren biri ile sigorta sözleşmesi devam ettirmek zorunda değildir. Ancak sözleşme süresi sonunda sözleşme zaten

⁶⁵ KENDER, s. 248; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 202; ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 86.

⁶⁶ Belirli vade konusunda genel bilgi için bkz. GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020, s. 226 vd.

kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda böyle bir fesih hakkının pratik bir uygulaması olamayacaktır⁶⁷.

Nihayet belirtelim ki, buradaki açıklamalarımız bir yıl veya daha az süreli kaza sigorta sözleşmesi için geçerlidir. Şayet kaza sigorta sözleşmesi bir yıldan uzun vadeli olursa hemen aşağıdaki ihtimal uygulama alanı bulacaktır.

bb. Prim Ödemeden Muaf Sigorta Hükümlerinin Uygulanması İhtimali

Kaza sigortası primleri en az bir yıl süreyle akdedilmiş ve bu bir yıl içinde izleyen primleri ödenmiş ise izleyen primlerde temerrüt durumunda sigortacı yukardaki açıkladığımız gibi TTK. m.1434/3'e göre sigorta sözleşmesini feshedemez. Çünkü bir yıl veya daha uzun vadeli kaza sigortalarının akdedilmesi ihtimalinde bir yıllık primler ödendikten sonra izleyen primlerde temerrüt halinde hayat sigortaları için öngörülen ve TTK. m. 1502 ile hükme bağlanan *prim ödemeden muaf sigorta düzenlemesi* TTK. m. 1510/2 marifetiyle kıyasen uygulama alanı bulur.

Şu halde primin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı ve ilk primin ödenmediği hallerde kaza sigortaları ile diğer sigortalar arasında bir farklılık yoktur. Farklılık sigorta sözleşmeleri bir yıl ve daha fazla sürmüş kaza sigortaları bakımından söz konusu olur.

Nitekim TTK. m. 1502 şu düzenlemeyi sevk etmiştir:

“En az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettiren daha sonra prim ödeme borcunu yerine getirmese, sigortacı bu sebeple sözleşmeyi feshedemez ve prim isteyemez. Bu hâlde sigorta, prim ödenmesinden muaf sigortaya dönüşür. Prim ödenmesinden muaf sigortada, sigorta bedeli ödenen primle sözleşme uyarınca ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenir”.

Görüldüğü üzere kaza sigortalarına kıyasen uygulanması gereken hayat sigortalarında söz konusu hüküm uyarınca sonraki primler yönünden, birinci yılın primlerine ilişkin temerrüt ve birinci yıldan sonraki primlere ilişkin temerrüdün hukuki sonuçları farklılık arz eder. Eğer birinci yıl içerisinde ilk prim ödendikten sonra diğer primlere ilişkin bir temerrüt durumu ortaya çıkarsa sigortacı sözleşmeyi TTK. m. 1434/3 kapsamında feshedebilecektir. Ancak ilk yıl sona ermiş ve ilk yıla ilişkin tüm primler ödenmişse ilk yıldan sonraki primlere ilişkin temerrüt nedeniyle sigortacı sözleşmeyi artık feshedemeyecektir. Bu takdirde TTK. m. 1502 uyarınca sözleşme devam eder ve o zamana kadar ödenmiş primler primin tümü olarak kabul edilir⁶⁸. Ancak sigortacının riziko gerçekleştiği takdirde ödeyeceği *sigorta bedeli ödenen primle sözleşme uyarınca ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenir* yani sigorta bedelinden

⁶⁷ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 203; ULAŞ, s. 83.

⁶⁸ KENDER, s. 251; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 203.

buna göre bir indirim yapılır⁶⁹. İşte buna TTK. “*prim ödenmesinden muaf sigorta*” adını vermiştir⁷⁰.

§ III. Kaza Sigortasının Türleri

A. Sigorta Ettiren / Sigortalı Sayısı Bakımından

1. Ferdî (Bireysel) Kaza Sigortası

Ferdî kaza sigortaları riziko kişisi olarak sadece bir kişiyi kapsayabilir. Bu durumda ferdî kaza sigorta sözleşmesinden bahsedilir.

Sigortacılık uygulamamızda ferdî kaza sigortası olarak tanınan genel kaza sigortaları geniş ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Meslek kazaları, seyahat kazaları gibi ferdin günlük olağan yaşamında karşılaşılabileceği kazalar bu sigorta teminatı altına alınmaktadır⁷¹. Belirli bir iş yapılırken belirli kazalar için özel ferdî kaza sigortası akdedilebileceği gibi, her türlü kazaya karşı genel ferdî kaza sigortası da yaptırılabilir⁷².

2. Grup Kaza Sigortası

Meblağ sigortalarında riziko kişisi ferdî kaza sigortasındaki gibi belirli bir kişi olabileceği gibi bir grup da olabilir. Münferiden kaza sigortası yaptırmak yerine tek bir sözleşme ile kollektif olarak birçok kimsenin kazaya karşı sigortalanması halinde grup kaza sigortasından bahsedilir. Grup kaza sigortaları akdedildiğinde grup hayat sigortalarını düzenleyen TTK. m. 1496 hükmü, yine TTK. m. 1510/2 marifetiyle kıyasen uygulanır.

Kollektif kaza deyimi ile tanınan grup kaza sigortası bir grubu oluşturan kişileri toplu halde kazaya karşı sigorta teminatı altına almakta ve grubun her bir üyesi grup kaza sigortasının teminat altına aldığı bütün rizikolara karşı sigortalı olmaktadır⁷³.

Grup kaza sigortalarında en az on kişiden oluşan riziko kişileri grubu oluşturur. Sigorta ettiren tarafından, belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bu gruba dâhil kişiler lehine, tek bir sözleşme ile sigorta akdi yapılabilir. Sözleşmenin devamı sırasında gruba dâhil herkes sigortadan, grup sigortası sözleşmesi sonuna kadar yararlanır. Sözleşmenin yapılmasından sonra grubun on kişinin altına düşmesi ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

Grupta yer alan her kişiye poliçe içeriğini özetleyen bir belge verilir. Grup sigortalarında lehtar atama hakkı, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, grupta

⁶⁹ KENDER, s. 251; KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 203.

⁷⁰ KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 203-204.

⁷¹ KARA, s. 139; PEKİNER, s. 88; Ferdî Kaza Sigortası Genel Şartları için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tsb.org.tr/ferdi-kaza-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=482>, E.T. 24.05.2020.

⁷² KARA, s.139; ULAŞ, s. 174.

⁷³ KARA, s.140; PEKİNER, s. 88

yer alan kişiye aittir. Sözleşme süresi içinde gruptan ayrılma hâlinde grup sigortası ile sağlanan teminat, aksi kararlaştırılmamışsa, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar tarafından bireysel olarak devam ettirilebilir. Sigortalı veya lehtarın sözleşmeye bireysel olarak devam etmesi ancak sigorta ettiren sıfatıyla olur. Bu kişiler geçmiş günlere ait kendilerine düşen prim borçlarından, önceki sigorta ettirenle birlikte sorumludur (bkz. TTK. m.1496).

B. Sigorta Bedelinin Ödenme Şekli Bakımından

1. Genel Olarak

Yukarıda kaza sigortası sözleşmelerinin asli unsurlarına ilişkin açıklamalarda sigorta bedeline ilişkin bilgi verirken detaylı ifade ettiğimiz üzere kaza sigortası teminatları, kaza sonucu ölüm teminatı, engellilik (sakatlık) teminatı, geçici veya sürekli işgöremezlik teminatı ve tedavi giderleri gibi teminatlardan oluşmaktadır. Gereksiz tekrardan kaçınmak için oraya yollama yapmakla yetiniyoruz⁷⁴.

2. Meblağ Ödemeli Kaza Sigortası

Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte sigorta ettirene/sigortalıya veya lehdara sigorta bedelinin bir defada toplu olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı kaza sigortaları meblağ ödemeli kaza sigortası olarak isimlendirilmektedir⁷⁵.

3. Gelir (İrat) Ödemeli Kaza Sigortası

Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte sigorta bedelinin sigorta ettirene/sigortalıya veya lehdara bir defada toplu olarak ödenmesinin değil de gelir şeklinde ödenmesinin kararlaştırıldığı kaza sigorta sözleşmelerine de gelir ödemeli kaza sigortası denmektedir⁷⁶

C. Yapılmasının Zorunlu Olup Olmaması Bakımından

1. İsteğe Bağlı (İhtiyari) Kaza Sigortası

Kaza sigortası, kural olarak, isteğe bağlı bulunmakta ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde de taraflar bu sigortayı serbestçe akdedebilmektedirler⁷⁷.

2. Zorunlu Kaza Sigortası

Zorunlu kaza sigortası istisnaidir ve ancak kanun ile öngörülerek zorunlu sigortalar ihdas edilebilir. Bu doğrultuda zorunlu kaza sigortası, sigorta yaptırma konusunda yasal bir zorunluluğunun olduğu, bu zorunluluğunun ilgili kişi kadar sigorta şirketi için de geçerli olduğu bir sigortadır⁷⁸. Zorunlu sigortalar, kamu

⁷⁴ Bkz. yuk. § II, B, 3.

⁷⁵ ULAŞ, s. 175.

⁷⁶ ULAŞ, s. 175.

⁷⁷ KARA, s. 140.

⁷⁸ ULUĞ CİCİM, İknur / ALHAN, Yunus, "Alman Sorumluluk Sigortaları ile İlgili Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. Aralık 2016, C. 6, S. 2, s. 89.

yararı düşüncesiyle ihdas edilen sigortalardır⁷⁹. Nitekim Sig. K. m. 13 ile öngörülen “Bakanlar Kurulu⁸⁰, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalı ihdas edebilir” hükmüne dayanarak Bakanlar Kurulu bazı özel sigortalı zorunlu hale getirebilmektedir. Bu yönde olmak üzere örneğin, 26/01/2015 tarihli ve 2015/7249 sayılı karar ile *maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası* zorunlu hale getirilmiştir. Bu sigorta ile yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden başka yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan tesislerde iş akdi ile istihdam edilen üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan personel, söz konusu faaliyetlerin icrası esnasında meydana gelebilecek maden kazalarının sonuçlarına karşı sigorta ettirilmiştir. Maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortasında kaza terimi, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği üretim ve üretim hazırlığı faaliyetlerinin icrası esnasında, sigorta konusu sahada işin yürütümü nedeniyle sigortalının iradesi dışında meydana gelen ve sigortalının sürekli sakatlığa maruz kalmasına veya ölmesine sebebiyet veren ani ve harici olayı ifade eder⁸¹. Yine karayolu yolcu taşımacılığı *zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası* da zorunlu kaza sigortasına örnek teşkil etmektedir⁸².

§ IV. Kaza Sigortalarında Zamanaşımı

A. Sigorta Tazminatı Açısından

Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacaklara ilişkin olarak TTK. m. 1420 hükmü bütün talepler için genel bir zamanaşımı süresi öngörmüştür:

“Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar”.

Bu hükme göre sorumluluk sigortası dışındaki zarar ve can sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak hüküm bu sürenin yanında altı yıllık bir süreye daha yer vermiştir. Sözü geçen sigorta sözleşmelerinden doğan bütün taleplerin iki yılda zamanaşımına uğrayacağını öngören TTK. m. 1420 hükmü, TTK. m. 1452 hükmü dolayısıyla mutlak emredici bir karakterdedir. Buna karşılık TTK.’nın öngördüğü zamanaşımı süresi sadece sigorta sözleşmesine taraf olanları bağlar. Sigorta sözleşmesine taraf olmayan kişilerin sigortacı aleyhine

⁷⁹ ULAŞ, s. 176

⁸⁰ 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 182 nci maddesiyle bu fıkrada yer alan “Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸¹ Bkz. Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları, (Çevrimiçi) <https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Maden%20FKS%20G%C5%9E.pdf>, E.T. 24.05.2020.

⁸² KARA, s. 141; Bkz. Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları (Çevrimiçi) <https://www.tsb.org.tr/karayolu-yolcu-tasimaciligi-zorunlu-koltuk-ferdi-kaza-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=503>, E.T. 24.05.2020.

açacağı davalarda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁸³. TTK. muacceliyetin, rizikonun gerçekleştiğini bildirmeye bağlamıştır. TTK. m. 1446/1, sigorta ettirene, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirme yükümlülüğü yüklemiştir. TTK.’nın 1427. maddesinin 2. fıkrası ise sigorta tazminatının ödenmesinin ne zaman muacceliyet kesbedeceğini şu şekilde hükme bağlamıştır:

*“Sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde 1446. 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”.*

Şu halde kaza sigorta sözleşmelerinde rizikonun gerçekleştiği keyfiyeti sigorta ettiren/sigortalı veya duruma göre lehdar tarafından sigortacıya TTK. m. 1446/1’e göre beyan edilmelidir. Kaza sigortası niteliği itibariyle meblağ (can) sigortalarından sayıldığı için, sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu TTK. m. 1427/2’ye göre bu bildirim aldıktan en fazla onbeş gün geçtikten sonra yasal olarak muaccel olacaktır. İşte sigorta bedelinin talebine ilişkin dava açma hakkı da bu muacceliyet tarihine göre belirlenecektir. Kaza sigortalarında hayatın olağan akışına göre kazaya uğrayan sigorta ettiren/sigortalı ihtimallere göre kazanın gerçekleştiğini öğrenmiş sayılırlar ve iki yıllık zamanaşımı süresi de sözünü ettiğimiz muacceliyet tarihinden itibaren başlar.

Bir başka taraftan riziko kişinin sigorta ettiren veya sigortalının olmadığı ve onların ihtimallere göre kazada ölmeleri durumlarda, yani sigorta sözleşmesi ile bir lehdar belirlenmiş veya mirasçılar lehdar olmuşlar ise kazanın olduğunu öğrenmemiş ve sigorta şirketine bu yönde bir beyanda da bulunmamışlarsa altı yıllık uzun zamanaşımı süresinin kazanın vuku tarihinden başladığını kabul etmek gerekir.

Keza oluşan teminat altındaki kaza şayet ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ve ilgili cezai düzenleme o suç için TTK.’da öngörülen zamanaşımı süresinden daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyor ise bu zamanaşımı süresinin kaza sigortası sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerekir kanısındayız.

⁸³ Karş. BAĞCI, Ömer, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. Ocak 2016, S. 11, s. 163 vd. Nitekim Yargıtay’da aynı görüştedir:

- “TTK.’nın 1268. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresi, sigorta sözleşmesinde taraf olanlar için geçerlidir. Davacı ise, sigorta sözleşmesinde taraf olmayıp, yangın nedeniyle zarar gören (üçüncü) kişidir ve davalılardan Ray Sigorta AŞ’yi sorumluluk sigortası nedeniyle dava etmiştir. Davalı, sigorta şirketi âkidi olan DDY. işletmesine teb’an dava edilmiş olması itibariyle olaya asıl sözleşme ilişkisinin zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir ki, o ardiyecilik sözleşmesinde 10 yıldır”. Y.11.HD. T.08.03.1979, E.1979/495, K.1979/1127 sayılı kararı. Bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 245.

B. Prim Alacağı Açısından

Türk Ticaret Kanunu m. 1420/1 sigorta sözleşmesinden doğacak tüm istemleri kapsayan genel nitelikteki bir zamanaşımı süresi öngördüğünden ve prim alacağının talep edilmesi de sigorta sözleşmesinden kaynaklandığından sigortacının prim alacağı da TTK. m. 1420/1 kapsamında kalmaktadır. Bu itibarla sigorta sözleşmesine ilişkin prim alacağı, bu alacağın muaccel olduğu andan itibaren başlayacak iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Öyleyse bu noktada prim alacağının ne zaman muaccel olacağının tespitini yapmak önemlidir.

Sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri düzenlenirken prim ödeme borcunun ödeme zamanı kara ve denizde eşya taşıma sigortaları hariç olmak üzere sigorta poliçesinin teslimine bağlanmıştır. Kısacası, sigortacının primlerin ödenmesini isteyebilmesi, sigorta poliçesinin, sigortacı tarafından sigorta ettirene teslim edilmesine bağlanmıştır⁸⁴. TTK. esasen poliçeyi tanzim etme ve sigorta ettirene vermeyi sigortacıya bir borç olarak yüklemiştir. Hatta geç teslim edilmesi sigortacının aleyhine bir takım hukuki sonuçlara da yol açabilecektir. Nitekim TTK. m.1424/1'e göre:

“Sigortacı, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hallerde on beş gün içinde yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zararlardan sorumludur”⁸⁵.

Bu düzenlemeye göre sigortacının poliçeyi verme borcunun ifası ile sigorta ettirenin prim ödeme borcu muaccel hale gelmiş olacaktır. Buna ilişkin düzenleme ise şu şekildedir:

“Sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksidin, sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta primi, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, sözleşmenin yapıldığı anda ödenir” (TTK. m. 1431/1). Sözü geçen düzenleme uyarınca, sigorta sözleşmesi ister sözel ister yazılı yapılsın sözleşmenin kurulmasıyla yani tarafların sözleşmenin kurucu unsurlarına ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları ile ile prim ödeme borcu doğmuştur⁸⁶. Fakat bu borç TBK. m. 90'ın genel düzenlemesi olan *“ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur”* kuralına göre değil, bu konudaki özel düzenleme olan TTK. m. 1431/1 hükmüne göre sigorta poliçesinin sigorta ettirene teslimi ile muaccel olacaktır⁸⁷. Kısacası, sigorta poliçesinin verilmesi tarihinde prim alacağı muaccel olacağından, iki

⁸⁴ BOZER, **Sigorta Hukuku**, 1981, s. 57.

⁸⁵ Fazlası için bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, s. 165 vd.

⁸⁶ ARSEVEN, s. 122; KAYIHAN, **Prim Ödeme Borcu**, s. 149.

⁸⁷ ARSEVEN, s. 122.

yıllık zamanaşımı süresinin de bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁸⁸.

SONUÇ

Kaza sigortaları, ihtiyacın karşılanması kriterine göre yapılan sigorta sözleşmeleri tasnifinde meblağ (can) sigortaları içinde yer alır. Bireyi dışarıdan gelen arizî sonuçlara karşı teminat altına almayı amaçlar. Esasen isteğe bağlı olmasına karşın özellikle ferdî kaza sigortalarının uygulaması yaygındır. Grup kaza sigortaları için de özellikle seyahat aşamaları için yaygın olduğunu ifade edebiliriz. Kural isteğe bağlılık olmakla birlikte, maden kazalarına karşı maden çalışanları ferdî kaza sigortaları ile karayolu yolcu taşımacılığına ilişkin ferdî kaza sigortaları Sig. K. m. 13 marifetiyle zorunlu kılınmıştır.

Kaza sigortaları sonucunda riziko gerçekleşirse sigorta bedeli sözleşmeye göre hak sahiplerine (sigorta ettiren/sigortalı, lehdar) ya belirli bir toplu meblağ ya da gelir (irat) ödemeli şeklinde verilir. Böylece kaza sonucu gerçekleşen ölüm, engellilik (sakatlık), geçici veya sürekli işgöremezlik rizikolarına ilişkin sigorta bedelleri buna göre ödenir. Tedavi giderleri ise nitelikleri itibarıyla zarar sigortaları sayıldıkları için bunlar hakkındaki ödemeler gerçek zarar ilkesine göre tazmin edilir. Keza kaza sigorta sözleşmelerinde şayet sigortacı tarafından gerçek zararın karşılanması öngörülmüş ise, zarar sigortalarına ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla kaza sigortaları hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Kaza sigortalarında hayat sigortalarında sigortalıyı düzenleyen TTK. m. 1490/2-4, kaza sonucu ölüm rizikosu için yapılan kaza sigortalarında doğrudan uygulanır. Bu ihtimal dışındaki diğer durumlara yönelik olarak hayat sigortalarına ilişkin diğer hükümler, kaza sigortası hakkında bu kez kıyas yoluyla uygulama alanı bulur (TTK. m. 1510/1, 2).

Hiç şüphesiz sigorta sözleşmesinde sigortacının sigorta himayesini taşıma borcunun karşılığı olarak sigorta ettirenin prim ödeme borcu altında olmasıdır. TTK. m. 142/1, c.1 gereğince sigortacının riziko taşıma borcu kural olarak, sigorta ettiren tarafından primin tamamının veya ilk primin ödenmesi ile başlar. İzleyen primlerin ödenmesinde temerrüt durumunda TTK. sigortacıya sözleşmeyi nasıl feshedebileceğine ilişkin hükümler öngörmektedir (TTK. m. 1434/3). Keza izleyen primlerin temerrüdüne ilişkin bazı ihtimallerde ise TTK. m. 1510/2 marifetiyle TTK. m. 1502 ile hayat sigortalarına yönelik öngörülen prim ödemededen muaf sigorta uygulaması kaza sigortaları için de gündeme gelebilir.

Nihayet kaza sigortasına yönelik taleplerde TTK. m. 1420 hükmü çerçevesinde 2 ve 6 yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmektedir. Kanaatimizce kaza şayet

⁸⁸ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, **Sigorta Hukuku, Ders Kitabı**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 229.

teminat kapsamındaki bir suç sebebiyle oluşmuş olur ve ceza kanunları bu suç için TTK. m. 1420 ile düzenlenen zamanaşımı sürelerinden daha uzun zamanaşımı süreleri öngörmüş olursa burada da bu uzun zamanaşımı sürelerinin uygulanması isabetli olur.

Sigorta şirketinin prim alacağı ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar. Sigorta şirketinin kaza sigortalarına ilişkin prim alacağının muacceliyet kazanacağı an ise, kendisinin sigorta poliçesini sigorta ettirene teslim ettiği andır (bkz. TTK. m.1421, 1431/1).

KAYNAKÇA

AKMUT, Özdemir, **Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980.

ARSEVEN, Haydar, **Sigorta Hukuku, Ana Prensipler, Genel Hükümler**, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1991.

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, **Sigorta Hukuku, Ders Kitabı**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

BAGCI, Ömer, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. Ocak 2016, S. 11.

BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1981. (Sigorta Hukuku, 1981).

BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 10. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2014.

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

GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtap Öndaş, **Sigortacılık**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

KARA, Etem, **Sigortalabilir Menfaat İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

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

KAYIHAN, Şaban, **Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004. (Prim Ödeme Borcu).

KAYIHAN, Şaban, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefıyeti”, **MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, II. Cilt**, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2012. (Halefıyet).

KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

LANGHEID, T. / WANDT, M. / DOERNER, H., **Münchener Kommentar zum VVG**, 2. Aufl., 2017.

MARLOW, Sven Marc, Anschlag in VEITH / GRAEFE / GEBERT, **Der Versicherungsprozess**, 4. Auflage, 2020.

PEKİNER, Kâmuran, **Sigorta İşletmeciliği, Prensipleri – Hesap Bünyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981.

PROELSS / MARTIN, **Versicherungsvertragsgesetz: VVG.**, 30. Auflage, 2018.

ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2002.

ULUĞ CİCİM, İlknur / ALHAN, Yunus, “Alman Sorumluluk Sigortaları ile İlgili Hükümlerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. Aralık 2016, C. 6, S. 2.

ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Cilt III: Can Sigortaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

WANDT, Manfred, **Versicherungrecht**, 6. Auflage, Vahlen, München, 2016.

İnternet Kaynakları

<https://www.tsb.org.tr/ferdi-kaza-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=482>, (24.05.2020).

<https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Maden%20FKS%20G%C5%9E.pdf>, (24.05.2020).

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ÇAPRAZ TEMERRÜT KAYITLARI

Şerafettin EKİCİ¹

ÖZET

Banka kredi sözleşmelerinin bazılarında yer almakta olan çapraz temerrüt hükümleri; borçlu, kefil, garantör ya da herhangi bir şekilde kredinin geri ödenmesine teminat veren kişilerin temerrüde düşmesi durumunda, çapraz temerrüt hükümlerini ihtiva eden sözleşmenin de temerrüde düşmüş ve feshedilmiş sayılması sonucunu doğuran hükümlerdir. Çapraz temerrüt hükümleri gerçekleştiği anda başkaca bir bildirim söz konusu olmaksızın kendiliğinden sonuç doğurarak sözleşmeyi sona erdirecek ve borçluyu çapraz temerrüt hükümlerini içeren sözleşmede de (bağlı sözleşme) temerrüde düşürecektir.

Kredi sözleşmesindeki çapraz temerrüt hükümleri, borçlunun diğer kredi sözleşmelerinden birinde temerrüde düşmesi durumunda, malvarlığına karşı başlatılacak olan yasal takiplerden alacağını ivedilikle elde etmek isteyen kreditörün çıkarlarını korumak için sözleşmeye konulmaktadır.

Banka kredi sözleşmelerinin çapraz temerrüt nedeniyle sona ermesi halinde, sürekli ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümlerin yanında, borçlu temerrüdünün para borçlarına ilişkin sonuçları uygulama alanı bulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *kredi sözleşmesi, tüketim öduncü sözleşmesi, geri ödeme borcu, çapraz temerrüt, çapraz temerrüdün sonuçları*

CROSS DEFAULT CLAUSES IN BANK CREDIT AGREEMENTS

ABSTRACT

Cross-default provisions included in some of the bank loan agreements; In the event that the debtor, guarantor, guarantor or in any way guarantees the repayment of the loan falls into default, the contract containing the provisions of the cross-default will also be deemed to have been deemed to be default and terminated. As soon as the cross-default provisions are made, it will automatically

¹ Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı, (ORCID: 0000-0001-9940-9997), serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05.06.2020

terminate the contract without any further notification, and will also default the debtor in the contract (cross-contract) containing the cross-default provisions.

Cross-default provisions in the loan agreement are put into the contract to protect the interests of the creditor, who wants to get the debt of the borrower from the legal proceedings that will be initiated against his assets immediately if he / she defaults on one of the other loan agreements.

In case bank loan contracts expire due to cross default; In addition to the provisions regarding the termination of permanent performance contracts and contracts with mutual debt, the results of the debtor default on money debts will be applied.

Keywords: *Bank loan agreement, consumption loan agreement, repayment debt, cross default, results of cross default*

A. GİRİŞ

Banka kredi sözleşmeleri, sözleşmeleri vasıtasıyla bankalar üzerinden sağlanan ticarî ve bireysel krediler gerek gerek makro ekonomi gerekse hane halkının ihtiyaçlarının giderilmesi anlamında büyük önem taşımaktadır.

Bankacılık işlemleri üzerinde gerek BDDK (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu)² ve gerekse SPK (Sermaye Piyasası Kurulu)³ tarafından ciddi denetimler söz konusu ise de⁴, özellikle tüketiciler ve küçük ölçekli şirketler açısından bu faaliyetlerin kendilerine bakan yönü açısından zaman zaman güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bu güçlüklerin bazıları finansal ya da sözleşme içeriğine müdahale edememe şeklindeki güçlükler olmakla birlikte, bir kısmı ise tamamen yabancı olunan terim ve tanımların önceden hazırlanmış maktu sözleşmelerin içerisine serpiştirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Krediyi kullanan tüketici ya da tacir, krediyi kullanmak için imzaladığı maktu sözleşmenin içeriğinde yer alan birçok hukukî ve finansal kelimenin anlamını hiç bilmeden sözleşmeyi imzalamakta, sözleşme ile edindiği krediyi finansal bir zorluk çıkmadan ödemek için adeta dua etmektedir. Zira, anlamını bilmediği kelimelerle doldurulmuş ve kendisine müzakere yahut müdahale hakkı tanınmamış olan bir sözleşmenin kendisine yüklediği edimleri ifa edememesi halinde başına tam olarak nelerin geleceği konusunda haklı bir şüphe duymaktadır.

Kredi sözleşmelerinde zaman zaman yer almasına rağmen anlam ve kapsamının

² Kurumun bankalarla ilgili görev ve yetkileri için Bkz. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 93 vd.

³ Kurulun görev ve yetkileri için Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/0/0/1>, E.T: 18.05.2020

⁴ BDDK'nın kuruluşu, görev ve yetkileri, tabii olduğu ilkeler için Bkz. **Seza Reisoğlu**, Bankacılık Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Cilt 2, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015, s. 1657 – 1672; **Aysel Gündoğdu**, Bankacılık Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 78 – 80; **Adalet Hazar / Şenol Babuşcu**, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Banka Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 166.

yanında, sonuçları da net olarak bilinemeyen kavramlardan bir tanesi de “çapraz temerrüt” kavramıdır⁵.

Bu makalemizde, genel olarak banka kredi sözleşmeleri, nitelikleri ve ifası ele alındıktan sonra, bu sözleşmelerde yer alan çapraz temerrüt kaydının özellikleri ile sözleşmenin ifasına olan etkisi inceleme konusu yapılacaktır.

A. BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİ VE İFASI

1. Genel Olarak Kredi Terimi ve Kredi Türleri

Kredi kavramı, Latince’de birine güven duymak anlamına gelen “credere” kelimesinden gelmektedir⁶. Bu anlam kredi kelimesinin subjektif anlamını ifade etmekte, günlük anlamda ise kredi kelimesi daha çok ekonomik anlamda ve özellikle kullanma ödücü sözleşmesi ile eş anlamda kullanılmaktadır⁷. Bankacılık anlamında ise kredi; “*Kredi lehdarının banka tarafından belirli bir süre ekonomik olarak desteklenmesine hizmet eden her türlü kredi olarak kabul edilmelidir*”⁸. Diğer bir tanımla kredi; “*Bankaların veya o nitelikteki bir finans kuruluşunun, müşterisine avans veya borç olarak vermeyi vadettiği paradır*”⁹. Başka bir tanımda ise; “*Belirli bir satın alma gücünün ileride yapılacak geri ödemeye güvenilerek geçici bir süre için başkasına devredilmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Nihayet başka bir tanımda ise; “*Kredi, bir sözleşmeye dayalı*

⁵ BDDK tarafından yayınlanmış olan Kredi Riski Azaltım Tekniklerine İlişkin Tebliğ’in (Resmi Gazete Tarih: 06.09.2014, Sayı: 29111) “Kredi İçin İlave Türevler” başlıklı 30/3. Maddesinde, “kredi türevlerinde, işleme konu olan varlık ile referans varlık ya da işleme konu varlıkla ödeme şartı durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde kullanılan varlığın; ödeme şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde kullanılan varlık ile işleme konu varlık ve referans varlık aynı borçluya ait olması gerektiği ve hukuken uygulanabilir çapraz temerrüt veya çapraz muacceliyet hükümleri bulunması halinde bunların farklı olabileceği belirtilmiştir.

⁶ **Ünal Tekinalp**, Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 477; **Burak Özen**, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 3; **Davut Gürses**, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 9; **Mehmet Deniz Yener**, Kredi Açma Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 9.

⁷ Kredinin bir objektif bir de subjektif unsuru vardır. Objektif unsuru; bankanın satın alma gücünün geçici olarak kredi alana devredilmesidir. Bu satın alma gücünün kapsamına nakit paranın yanında riskler ve diğer parayla ölçülebilen menfaatler de girer. Kredinin subjektif unsuru ise; kredi alanın ödeme kabiliyeti ve krediyi geri ödeme yönünde iyi niyetle irade göstereceğine olan inançtır. **Şeyda Dursun Karaahmetoğlu**, Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Sebep Feshi ve Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 5 – 6; **Sefer Oğuz**, Bankacılık Hukuku Yönünden Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 99 – 100; **Özen**, s. 3 – 4; **Gürses**, s. 10 – 11; **Yener**, s. 13 – 14.

İsviçre Federal Mahkemesinin “*kredi kavramı ile ifade edilmek istenen şeyin kural olarak bir miktar paramı ödünç olarak verilmesidir*” yönündeki kararı ve bu yöndeki diğer açıklamalar için Bkz. **Özen**, s. 12.

⁸ **Gürses**, s. 12.

⁹ **Gündoğdu**, s. 34.

¹⁰ **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 5; Benzer tanım için Bkz. **Ümit Gezder**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s. 21.

olarak ivaz karşılığında rücu hakkı bulunmak kaydıyla belirli bir satın alma gücünün geçici bir süreyle terk edilmesi ve geri ödememe riskinden doğan sorumluluğun üstlenilmesidir”¹¹.

Kredi verme işlemleri bankacılık faaliyetlerinin en temel araçlarından biridir¹². Bankalar¹³, diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla nakdî veya gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemlerini gerçekleştirebilirler (Ban. K. m. 4/1-c)¹⁴.

¹¹ **Oğuz**, s. 114.

¹² Diğer ticarî işletmeler gibi temelde kâr elde etme amacı güden bankaların ticarî faaliyetlerini diğer ticarî işletmelerin faaliyetlerinden ayıran en temel iki faaliyet mevduat toplama ve kredi verme işlemleri olup, bu iki faaliyet hakikî bankacılık işlemleri olarak da adlandırılmaktadır. **Gürses**, s. 7 – 8; **Gündoğdu**, s. 34; Bankaların diğer faaliyet konuları için Bkz. **Hazar / Babuşcu**, s. 45 – 52; Bankaların türev işlemler olarak yapabileceği işlemler için Bkz. **Ömer Faruk Şenol**, Hukukî Açından Bankaların Tezgâhüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 21 – 23.

¹³ Neredeyse dünyanın tüm dillerinde benzer şekilde söylenen banka kelimesi, aslen İtalyanca masa, sıra ya da tezgah anlamına gelen “banco” kelimesinden türemiştir. “*Basit anlamda banka, faizle para kiralayıp, aynı parayı satarak aradaki farktan gelir elde eden kuruluş olarak tanımlanabilir*”. **Gündoğdu**, s. 27.

“Çatı kavramı olarak banka; sahibi, faaliyet konuları, kuruluşu, faaliyete geçmesi, yönetimi, iç denetim sistemleri, finansal raporlaması, özkaynakları, sermaye yeterlilik oranları ve denetimi Ban. K’da – veya istisnaen özel kanunlarda- öngörülmüş bulunan, kamu hukuku nitelikli düzen kuralları ile düzenlenmiş bulunan işletmenin kanunî adıdır”. **Tekinalp**, s. 11;

“Bankalar, özkaynaklarını ve topladıkları yabancı kaynakları kredi olarak kullandıran iktisadî işletmelerdir” **Fusun Tuncel Yazoğlu**, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, İkinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2018, s. 1;

“Banka, ekonomik piyasalardan çeşitli yasal yollarla para toplayıp sermaye birikimine yardımcı olan ve aynı zamanda bu parayı farklı finansal yollarla ekonomik hayata dahil eden, böylece sermaye hareketliliğine aracılık ederek atıl kalma riski bulunan sermayenin ülke ekonomisinde yer almasını sağlayan, temel olarak bu para hareketlerinden – toplanması ve dağıtılması arasında oluşan farktan – kâr elde etme amacı güden, kuruluş ve faaliyetleri devletçe belirli şartlara ve sıkı malî denetime tâbi kılınmış ve ülkemizde sadece anonim şirket statüsünde kurulabilen, tüzel kişiliği haiz ticarî kuruluştur”. **Gürses**, s. 5 – 6.

“Banka ticaret ünvanında banka sözcüğünü kullanma konusunda imtiyazı bulunan, izne bağlı olarak kurulan, faaliyet gösteren, kendi sorumluluğundan kredi veren ve diğer bankacılık faaliyetleri gösteren kamu ve **Özen** denetime tabi anonim şirkettir”. **Oğuz**, s. 249.

Banka ve benzeri diğer kuruluşlarla ilgili tanımlar için Bkz. **Hazar / Babuşcu**, s. 40 – 42; **Oğuz**, s. 256 – 260.

¹⁴ Finans kurumları, nakdî ve gayrinakdî kredilerin yanında, murabaha, mudarebe ve müşareke adı verilen fon kullandırma yöntemlerini de kullanmaktadırlar.

Murabaha; malın maliyetinin müşteriye bildirilmesi ve üzerine kâr eklenerek satılmasına murabaha denilmektedir. Bu sistemde müşteri malın maliyetini ve kendisinin ne kadar kâr ödediğini bilir. Ancak müşteriye satış taksitli satış şeklinde yapılmaktadır.

Mudarebe, emek-sermaye ortaklığı olarak tarif edilmektedir. Müşteri ortaya sermayeyi koyar, katılım bankası ise bu sermayeyi işletir. Ortaya çıkan kâr ya da zarar ise taraflar arasındaki sözleşme uyarınca paylaşılır.

Müşareke; ise her iki tarafın da sermayeye iştirak ettiği, yine her iki tarafın da kâr ve zarara

Öğretinde yapılan tanım ve ayrımlarda genellikle nakdî krediler, doğrudan nakit para olarak verilen kredileri, gayrinakdî krediler ise dar anlamıyla bankaların müşterileri lehine verdikleri teminatları, teminat mektuplarını, garantileri, kontrgarantileri, kefaletleri, avalleri, kabulleri ve ciroları ifade etmektedir. Nakdî krediler konusuna göre; araç kredisi, konut kredisi¹⁵, ihtiyaç kredisi, işletme kredisi, yatırım kredisi ve benzeri isimlerle adlandırılmaktadır. Vadelerine göre ise; iki yıla kadar olanlar kısa vadeli kredi, beş yıla kadar olanlar orta vadeli kredi, beş yıldan uzun süreli krediler ise uzun vadeli krediler olarak adlandırılmaktadır¹⁶.

Dar anlamda kullanılan kredi kelimesinin yanında, Bankacılık Kanunu, kredi teriminin kapsamını oldukça genişletmiştir. Kanunun 48. Maddesinde; *“Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.*

Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankaları ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya Kurulca belirlenecek diğer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu

katıldığı sistemdir. Editör: **Ferudun Kaya**, Katılım Bankacılığı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 131 – 133; **Gürkan Uysal**, Katılım Bankacılığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 73 – 83.

Bunların yanında diğer İslamî finans araçları olarak müşareke-i mütenakısa (azalan kar zarar ortaklığı), icara (finansal kiralama, leasing), selem veya selef (peşin ödemeli satış), teverruk (vadeli satın alınan malım peşin fiyata daha ucuz satılması), sukuk (kira sertifikası) ve karz-ı hasene (zor durumdaki kişiye borç para verme), sayılmaktadır. Detayları için Bkz. **Mustafa Yurttadur / İshak Yıldız**, Faizsiz Finans, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 10 – 17; **Uysal**, s. 83 – 97; Katılım bankalarının fon kullandırma gelişimi için Bkz. **Mustafa Canbaz**, Katılım Bankacılığı, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 287 – 292.

¹⁵ *“Konut kredisi, konut finansmanı kuruluşları tarafından, tüketiciye, bir konutun ticarî ve meslekî amaçlar dışında kullanılmak üzere edinilmesi amacıyla ve bu kredinin güvencesi olarak konutun teminat gösterilmesiyle önceden belirlenmiş koşullarda geri ödenmek üzere bir miktar kredinin verilmesine ilişkin yapılan sözleşme olarak tanımlanabilir”.* **Sezer Çabri**, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 26.

¹⁶ Krediler değişik öğretilerde ve uygulamada değişik açılardan sınırlandırılmaktadır. Bu ayrımlar ve gösterdikleri özellikler için Bkz. **Seza Reisoğlu**, Bankacılık Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Cilt 1, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015, s. 293 – 294; **Tekinalp**, s. 488 – 508; **Özen**, s. 2 – 11; **Yener**, s. 39 – 56; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 6 – 11; **Gürses**, s. 14 – 38; **Tuncel Yazoğlu**, s. 9 – 88; **Oğuz**, s. 207 – 242; **KAYA**, s. 133 – 145.

*Kanun uygulamasında kredi sayılır” hükmü yer almaktadır*¹⁷.

Buna göre özellikle; satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, ödünçler, ana para ve faiz dahil olmak üzere varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrınakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, riskler, bankanın sahip olduğu ortaklık payları, Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler, kalkınma ve yatırım bankaları ile katılım bankalarının yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini, finansal kiralama, mal karşılığı vesaiğin finansmanı, ortak yatırımlar veya Kurulca belirlenecek diğer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da Kanun uygulamasında kredi kabul edilmiştir. Böylece dar anlamda kredi kelimesinin anlamı oldukça genişletilerek adeta bankaların mevduat kabulü dışındaki tüm iş ve işlemleri kredi sayılmıştır¹⁸.

Türü ve sureti ne olursa olsun, Ban. K. m. 4/1-c maddesinin açık hükmünde yer alan “her cins ve surette” ifadesi karşısında her çeşit kredi verme işlemlerinin bankalar tarafından yerine getirilebilmesi mümkündür.

2. Kredi Sözleşmelerinin Tanımı

Kredi sözleşmeleri ve kredi açma sözleşmeleri¹⁹ tanımları çeşitli şekillerde yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir;

*“Kredi açma sözleşmesi, banka ile kredi alan arasında yapılan ve kredi alanın bankaya ödemeyi üstlendiği belirli bir faiz ve komisyon karşılığında bankanın kredi alana azami miktarı belli bir limit içinde kredi açma taahhüdünü içeren sözleşmedir”*²⁰.

“Kredi açma sözleşmesi, kredi işleminin temelini oluşturan ve kredi vereni,

¹⁷ Mevduat bankaları açısından kredi sayılan işlemler için **Tekinalp**, s. 224 – 229.

¹⁸ *“Bankalar tarafından vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler de kredi sayılmaktadır. Bu nedenle bankaların gerek tezgahüstü gerekse teşkilatlanmış piyasada yapacakları türev işlemler, Bankacılık Kanunu kapsamında bir kredi işlemi olacaktır”*. **Şenol**, s. 22.

Banka kredilerinin çeşitlerinin bu derece fazla olması karşısında, banka kredisinin bir miktar para veya misli eşyanın ödünç alana aktarılmasını konu edinen tüketici ödünçü sayılması mümkün değildir. **Özen**, s. 1.

¹⁹ Kredi açma sözleşmeleri ile kredi sözleşmeleri birbirinden farklıdır. Kredi açma sözleşmeleri (ya da genel kredi sözleşmesi) özetle; ileride gerçekleşecek olan birçok kredi işleminin çatı sözleşmesi olarak yapılır. Münferit kredi sözleşmesi ise araç kredisi, konut kredisi gibi tek bir işlem için yapılır. Uygulamada bankalar, ilişkilerinin iyi olduğu ve sürekli çalışmayı düşündükleri müşterileri ile genel kredi sözleşmesi yapmakta, bireysel krediler için ise münferit kredi sözleşmeleri düzenlemektedirler.

Kredi temininde genel kredi sözleşmesi ile münferit kredi sözleşmesinin ilişkisi için Bkz. **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 11.

Tüketici kredisi sözleşmelerinin mukayeseli hukukta yer alan tanımları için Bkz. **Gezder**, s. 22 – 23.

²⁰ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 506.

öngörülen tutar kadar nakdî, aynı veya sorumluluk kredisi açmak, kullandırmak ve vadeye kadar geri ödeme talebinde bulunmamak yükümlülüğü altına sokan sözleşmedir. Bu bir çerçeve sözleşmedir”²¹.

“Bir bankacılık işlemi olarak kredi açma sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bir banka belirli bir limite kadar kredi kullanma imkânını belirli bir süreyle müşterisi için açık tutmayı ve müşteri talep ettikçe nakdî veya nakdî olmayan yollarla bu krediyi kullandırmayı taahhüt ederken, müşteri de faiz veya provizyon şeklinde karşılık ödemeyi taahhüt etmektedir”²².

“Banka kredi sözleşmeleri, bir bankanın müşterisine kullanılabileceği nakdî ve/veya gayrinakdî krediye ilişkin olarak, tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir özel hukuk sözleşmesidir”²³.

“Kredi açma sözleşmesi; kredi verenin (banka), kredi alana, belirli bir sınıra kadar, belirli veya belirsiz bir zaman içinde, kredi alanın karşı talebine göre belirlenecek miktarda ödünç para vermeyi veya herhangi bir biçimde kendi kredisini lehdarın emrine tahsis etmeyi, kredi alanın da; açılan kredileri geri ödemeyi ve kredinin (doğabilecek) zararını tazmin etmeyi veya kredi vereni borçtan kurtarmayı, faiz veya komisyon vermeyi karşılıklı olarak üstlendikleri bir sözleşmedir”²⁴.

“Kredi açma sözleşmesi, ileride belirli bir limite kadar kredi kullandırmak için akdedilecek münferit kredi sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirleyen, taraflara aslî edim yükümlülüğü yüklemeyen çerçeve sözleşme olarak tanımlanabilir”²⁵.

“Banka genel kredi sözleşmesi, ileride birden fazla kredi ilişkisine girmek isteyen bana ve müşterisi arasında akdedilen ve ileride akdedilmesi düşünülen münferit kredi sözleşmelerine ilişkin taraflar arasındaki temel ilkeleri peşinen düzenleyen ve aynı zamanda bu sürecin genel çerçevesini çizen, taraflar için aslî edim borcu doğurmayan isimsiz bir çerçeve sözleşmedir”²⁶.

Kredi sözleşmesinin çeşitli unsurlarını ön plana çıkararak yapılmış olan bu tanımlardan sonra kanımızca banka kredi sözleşmelerini şu şekilde tanımlamak yerinde olacaktır; Banka kredi sözleşmeleri, bir bankanın müşterisine kullanılabileceği krediye ilişkin olarak, tarafların hak ve yükümlülüklerini

²¹ **Tekinalp**, s. 479; Tanımın devamında Tekinalp, kredi sözleşmesi ile kredi açma sözleşmesi arasındaki farkı; ilkinin bireysel bir kredi sözleşmesi, ikincisinin ise birçok krediyi kapsayan genel bir çerçeve sözleşme olması olarak belirtmektedir.

²² **Özen**, s. 64.

²³ **Tuncel Yazoğlu**, s. 89.

²⁴ **Yener**, s. 10.

²⁵ **Neşe Ölekli**, Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 59.

²⁶ **Gürses**, s. 155.

düzenleyen sözleşmelerdir. Bu tanım ile, sözleşme konusu kredinin nakdî veya gayrinakdî oluşu, tüketici kredisi, ihtiyaç kredisi, ticarî kredi, yatırım kredisi yahut diğer herhangi bir krediyi konu alması önemli olmaksızın, aynı şekilde tek bir kredi yahut kredili mevduat hesabı gibi sürekli bir kredi ilişkisi olup olmadığı gibi hususlar tanımın dışında tutularak, karşılıklı borç ve yükümlülükler yükleyen kredi sözleşmesinin bu özelliği vurgulanmıştır.

3. Kredi Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Kredi açma sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak bu konuda ileri sürülen görüşlerin; tüketim ödünçü yönünde nitelendirme yapan görüşler, çok aşamalı sözleşme sayan görüşler ve nihayet tek aşamalı sözleşme sayan görüşler olmak üzere temelde üç ana başlığa ayrıldığını söyleyebilmek mümkündür²⁷.

a) Tüketim Ödünçü²⁸ Sayan Görüşler

Bu görüşler de kendi içerisinde doğrudan tüketim ödünçü sözleşmesi görüşü, tüketim ödünçü benzeri sözleşme görüşü, tüketim ödünçüne ilişkin ön sözleşme görüşü ve koşula bağlı tüketim ödünçü sözleşmesi görüşü şeklinde birbirinden ayrılmaktadır.

Tüketim ödünçü sözleşmesi olduğu görüşünde olanlara göre; tüketim ödünçü niteliğinde olan kredi açma sözleşmesinden, ödünç veren açısından bir miktar paranın belirli bir süre için kredi alana (ödünç alana) bırakma yükümlülüğü doğar. Kredi açma sözleşmesi uyarınca bir miktar paranın müşteriye kullanılması tüketim ödünçü sözleşmesi niteliğinde olan kredi açma sözleşmesinin ifasıdır. Bu görüşte olanlar, tüketim ödünçü sözleşmesini real sözleşme değil rızaî sözleşme olarak kabul etmektedirler²⁹. Bu görüş kredi sözleşmesinin alanını oldukça daraltmakta ve sadece para veya misli eşyanın kullanılması kredi sözleşmesinin kapsamına etmektedir. Bu görüşün uygulanması durumunda Bankacılık Kanununda belirtilen diğer kredi çeşitleri kredi sözleşmesinin kapsamına girmeyecektir³⁰.

²⁷ Özen, s. 65; Dursun Karaahmetoğlu, s. 13 – 31; Ölekli, s. 44; Yener, s. 57 – 76.

²⁸ TBK. m. 386; “Tüketim ödünçü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir”.

Tüketim ödünçü sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği ve unsurları için Bkz. Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 733 – 752; Eren, Borçlar Özel, s. 498 – 504; Aydın Zevkliiler / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 384 – 394; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 345 – 349.

²⁹ Özen, s. 71; Dursun Karaahmetoğlu, 13; Ölekli, s. 44.

³⁰ Tüketim ödünçü sözleşmesi kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. Özen, s. 70 – 74; Tekinalp, s. 481 – 482; Ölekli, s. 44 – 46; Yener, s. 57 – 59; Gürses, s.

Tüketim öduncü benzeri bir sözleşme olduğunu ileri sürenlere göre; tüketim öduncü sözleşmesi ticaret hayatının gerekleri nedeniyle bir değişime (modifikasyon) uğramış olup, kredi açma sözleşmeleri de bu değişim sonucunda ortaya çıkmış olan bir sözleşmedir. Yani modifiye edilmiş bir tüketim öduncü sözleşmesidir. Bu sözleşme ile birlikte, müşterinin dilediği zaman krediyi kullanmasına imkân veren bir kök hak ortaya çıkmakta ve müşteri bu kök hakka dayanarak sonraki ödemeleri bankadan talep etmektedir³¹.

Tüketim öduncüne ilişkin ön sözleşme olduğunu ileri sürenlere göre; kredi açma sözleşmesi bir ön sözleşme, kredinin kullanılması ise real sözleşme niteliğinde olan bir tüketim öduncü sözleşmesidir. Kredi açma sözleşmesi ile kredinin sonraki aşamalarda kullanılmasının şartları ve süresi belirlenmektedir. Bu görüş de; iskonto, aval ve kabul kredileri gibi bazı kredi türlerini dışarıda bıraktığı, ön sözleşme ve asıl ödünç sözleşmesi şeklinde oluşan ikili yapının tarafların iradelerini yansıtmadığı, faiz ve diğer yan yükümlülüklerin sadece ön sözleşme ile değil asıl sözleşme ile de düzenlemiş olması gerektiği yönünde eleştirilmektedir³².

Koşula bağlı tüketim öduncü olduğu yönündeki görüşe göre ise; kredi açma sözleşmesi geciktirici şart niteliğindeki müşterinin talebine bağlanmıştır. Buna göre, ancak müşteri talep ettiği zaman banka kredi tutarını müşteriye kullanıracaktır. Müşterinin talebi bankanın devir borcunun doğmasının bağlandığı geciktirici koşuldur. Bu görüş de, özellikle iskonto, kabul ve aval kredileri açısından bünyeye uymadığı yönünden eleştirilmektedir³³.

b) Çok Aşamalı Sözleşme Sayan Görüşler

Bu görüşte olanlar da kendi arasında genel ön sözleşme görüşünde olanlar, opsiyon sözleşmesi görüşünde olanlar, temel veya çerçeve sözleşme görüşünde olanlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ancak bu görüşlerin hepsi temelde ödünç sözleşmesinden değil, bu sözleşme ile ileride gerçekleşecek olan bir veya birden çok hukukî ilişkinin ön hazırlığının yapıldığı görüşündedirler. Ayrıca bu görüşler krediyi sadece bir miktar para ile sınırlamamakta, diğer kredi türlerini de bünyesinde toplamaktadır³⁴.

Genel ön sözleşme olduğunu ileri sürenlere göre; kredi açma sözleşmesi adından

42 – 45.

³¹ Tüketim öduncü benzeri sözleşme olduğunu kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 75 – 77; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 14 – 15; **Yener**, s. 59 – 60.

³² Kredi açma sözleşmesinin tüketim öduncüne yönelik ön sözleşme olduğunu kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 77 – 80; **Tekinalp**, s. 480 – 481; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 15; **Ölekli**, s. 46 – 47; **Yener**, s. 60 – 61.

³³ Koşula bağlı tüketim öduncü sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 80 – 81; **Yener**, s. 61 – 62; **Gürses**, s. 45 – 46.

³⁴ **Özen**, s. 81; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 18; **Yener**, s. 62.

da anlaşılacağı üzere kredi kullandırma sürecini açan, kredi kullandırmaya ilişkin sonraki sözleşmelerin yolunu açan ve bunlara temel teşkil eden bir ön sözleşmedir. Bu sözleşme sadece ödünç sözleşmesi olarak değil bir satış vaadi sözleşmesi veya iş görme sözleşmesi olarak da karşımıza çıkabilir. Böylece iskonto, aval ve kabul kredileri de kapsama alınmış olmaktadır. Bu sözleşme müşterinin öneri niteliğindeki tek taraflı talebi halinde, bankayı asıl sözleşmeyi yapma borcu altına sokmaktadır. Yapılacak olan asıl sözleşme ise ön sözleşme niteliğindeki kredi açma sözleşmesine uygun olarak yapılacaktır. Bu görüş; ön sözleşmeyi sadece tek asıl sözleşmenin takip etmesi gerekmesine rağmen kredi açma sözleşmesini münferit bir çok kredi açma işleminin takip ettiği, ön sözleşmenin asıl sözleşmenin yapılmasıyla birlikte fonksiyonunu yitirmesine rağmen kredi açma sözleşmesinin bu fonksiyonunu yitirmeyip sonraki münferit kredi tahsisleri karşısında münferit varlığını devam ettirdiği yönlerinden eleştirilmektedir³⁵.

Kredi açma sözleşmesinin opsiyon sözleşmesi olduğu görüşünü savunanlara göre; kredi açma sözleşmesiyle banka bir kredi temin etme yükümü altına girmemekte, bu sözleşmeyle banka müşteriye bir opsiyon, bir yenilik doğuran hak vermektedir. Bu hakkını kullanan müşteri, bankayı kredi temin etme yükümü altına sokmaktadır. Bu görüş, ileri sürdüğü hukukî kurgunun tarafların iradeleriyle uyuşmadığı, zira tarafların kredi açma sözleşmesini imzalarken kredi temin yükümlülüğünün bu sözleşmeden kaynaklanması yönünde bir iradeye sahip olduğu, tarafların kredi temin yükümlülüğünün doğması için başkaca sözleşmeler yapmak yönünde herhangi bir hukukî iradesinin olmadığı yönü ile eleştirilmektedir³⁶.

Temel veya çerçeve sözleşme görüşüne göre ise; kredi açma sözleşmesi taraflar arasında bir temel ilişki oluşturur. Sonradan gerçekleşen münferit kredi işlemlerinin her biri ayrı işlem olsalar dahi, kredi açma sözleşmesinin oluşturduğu temel çerçeve ve normatif yapı içerisinde gerçekleşirler. Bu nedenle kredi açma sözleşmesi sonradan gelen münferit krediler arasındaki bağlantıyı sağlar ve bu sözleşmelerin hepsinin üstündedir³⁷.

c) Tek Aşamalı Sözleşme Yapısından Hareket Eden Görüşler

Kredi açma sözleşmesini, koşula bağlı sözleşme sayan görüş ve borç doğurucu çerçeve nitelikte sözleşme kabul eden görüş olmak üzere tek aşamalı sözleşme

³⁵ Kredi açma sözleşmesini genel ön sözleşme olarak kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 82 – 85; **Tekinalp**, s. 482; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 18 – 19; **Ölekli**, s. 47; **Yener**, s. 62 – 64; **Gürses**, s. 96 – 101.

³⁶ Opsiyon sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 85 – 90; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 19 – 20; **Ölekli**, s. 48; **Yener**, s. 64 – 65; **Gürses**, s. 102 – 103.

³⁷ Temel ve çerçeve bir sözleşme olduğunu kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürülen eleştiriler için Bkz. **Özen**, s. 90 – 98; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 20 – 22; **Ölekli**, s. 49; **Yener**, s. 65 – 70; **Gürses**, s. 104 – 107.

yapısı altında ele alan iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu iki görüşün ortak noktası, bu sözleşmeyi sonraki münferit sözleşmeler için hazırlık olarak değil, kredi temini açısından bankayı doğrudan yükümlülük altına sokan bir sözleşme olarak görmeleridir³⁸.

Koşula bağlı sözleşme görüşünü kabul edenlere göre; kredi açma sözleşmesi bir ön sözleşme olmayıp, banka açısından kredi yükümlülüklerini doğuran sözleşmedir. Ancak sözleşmenin hükümlerini doğurması ve bankanın kredi temin etme borcunun güncel hale gelmesi için müşterinin talepte bulunması koşulu söz konusudur. Bu koşul niteliği itibariyle iradî bir koşuldur³⁹.

Borç doğurucu çerçeve nitelikte sözleşme görüşüne göre; kredi açma sözleşmesi borç doğurucu nitelikte bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile belirlenen limitlerde, bu sözleşme ile belirlenen kurallara göre ve belirlenen süre içerisinde münferit kredi tahsis işlemleri yapılması ise ayrı birer sözleşme olmayıp, bu sözleşmenin ifası anlamına gelmektedir. Bu ifa, nakdî kredi tahsisi şeklinde olabileceği gibi, iskonto, kabul ve sorumluluk üstlenme şeklinde dahi ortaya çıkabilmektedir⁴⁰.

Kanımızca da kredi açma sözleşmelerini borç doğurucu sözleşme olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Böyle bir kabul, tüketim ödöncü sayan görüşlerin krediyi kısıtlayan bakış açısından kurtararak nakdî kredi dışındaki gayrınakdî kredilerin de kapsama alınmasını sağlayacağı gibi, çok aşamalı sözleşmelerin taraf iradelerine aykırı varsayımlarını da devre dışı bırakarak tarafların gerçek iradelerine uygun bir çözüm ortaya koyacaktır.

4. Kredi Sözleşmelerinde Kredi Alanın Borçları

a) Genel Olarak

Kredi sözleşmesinde, banka tarafından kendisine kredi kullanırılmış olan borçlunun aslî edim yükümlülüğü olan geri ödeme borcu yanında bir kısım yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yan yükümlülükler genel olarak; özellikle kredinin hazır tutulması karşılığında bir provizyon ödemesi kararlaştırılmış ise kredinin kullanılması yükümlülüğü, gayrınakdî kredilerde geri verme ve borçtan kurtarma yükümlülüğü, kredinin geri ödemesini garanti altına alacak miktarda güvence gösterme yükümlülüğü, bankaya karşı doğru beyanda bulunma ve kredi ilişkisinin devamı esnasınca denetlenmeye katlanma yükümlülüğü olarak sıralanabilir⁴¹.

³⁸ Özen, s. 99; Dursun Karahmetoğlu, s. 22 – 23; Ölekli, s. 50 – 51; Yener, s. 70.

³⁹ Bu koşulun iradî bir koşul olduğuna dair ileri sürölen görüşler ve bu görüşlere karşı çıkanların eleştirileri için Bkz. Özen, s. 102, Dn. 181; Yener, s. 71 – 72; Gürses, s. 45.

⁴⁰ Kredi açma sözleşmelerini borç doğurucu çerçeve sözleşme kabul eden görüşün detayları ve görüşe dair ileri sürölen eleştiriler için Bkz. Özen, s. 105 – 115; Dursun Karahmetoğlu, s. 23 – 25; Yener, s. 72 – 76; Gürses, s. 55 – 58.

⁴¹ Kredi alanın yerine getirmesi gereken yan yükümlölükler için Bkz. Özen, s. 213 – 236; Dursun

Yan yükümlülüklerin kapsamı, ne şekilde yerine getirileceği, zamanı ve diğer hususlar her şeyden önce taraflar arasındaki kredi sözleşmesiyle belirlenir. Kredi sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde ise bankanın kredi genel şartları ve başta Borçlar Kanunu olmak üzere yasal mevzuat ile belirlenir.

b) Aslı Edim Yükümü Olarak Geri Ödeme Borcu
aa) Geri Ödeme Borcunun Kapsamı

Kredi sözleşmesinin krediyi kullanan tarafı gerek tacir olsun gerekse tacir olmasın kullandığı krediyi geri ödeme, bankayı borç ve yüklerden kurtarma borcu altındadır⁴². Bu borcun niteliği ve kapsamı, kullanılan kredinin türüne göre değişmektedir. Örneğin; nakdî kredi tahsis edilmiş ise, müşteri her şeyden önce kullandığı kredi miktarınca asıl alacağı nakit olarak ödemek zorundadır⁴³. Yahut müşteri bir teminat mektubu kullanmışsa, bu teminat mektubunu boşa çıkarmak ve bankaya iadesini sağlamak zorundadır.

Bu asıl alacak geri ödemesi yahut yükten kurtarma borcunun yanında, aynı zamanda kredi sözleşmesi ve yasalarca belirlenmiş olan oran ve miktarda faiz ve ücret ödemesi yapma borcu da söz konusudur⁴⁴. Zira; kredi açma sözleşmelerinde krediyi veren taraf olan banka, temelde kâr elde amacı güden bir ticarî işletmedir⁴⁵. Bankalar, Ban. K. 7/1-a maddesi gereği zorunlu olarak anonim şirket olarak kurulurlar ve TTK anlamında tacir sıfatını haizdirler. Dolayısıyla ticarî faaliyetlerinin ana amacı kazanç elde etmektir⁴⁶. Bankanın kredi verme işleminden elde edeceği kâr ise, alacağı faiz ve ücretlerden oluşmaktadır.

Karaahmetoğlu, s. 44 – 57.

Faiz ve provizyon ödemesinin genel kredi sözleşmesi (ya da kredi açma sözleşmesinin) akdedilmesiyle değil, münferit kredi sözleşmelerinin akdedilmesiyle birlikte doğduğu görüşüne dair Bkz. **Ölekli**, s. 29.

⁴² **Çabri**, s. 188.

⁴³ **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 51 – 53; TBK m. 386; “*Tüketim ödünçü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

⁴⁴ **Ölekli**, s. 20- 29; **Gürses**; s. 277 – 304; **Çabri**, s. 190 – 192; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 47 – 50; **Oğuz**, s. 330 – 342.

⁴⁵ Banka'nın tanımı ve ticarî faaliyetinin amacı konusunda Bkz. Yukarıda “1. Genel Olarak Kredi Temini ve Kredi Türleri”

⁴⁶ TTK m. 331; “*Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir*”.

Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 46 – 47.

Bankaların temelde kâr elde etme amacı ile piyasalardaki güven ve istikrarın sağlanması ve kamu yararı ilkeleri çoğu zaman birbiri ile çelişmekte olduğu, bu çelişkiyi giderme görev ve yetkisinin ise devlette olduğu, bu nedenle bankacılık hukukundaki tüm düzenlemelerin kamu hukuku niteliğinde olduğuna dair Bkz. **Ayşegül Özkurt**, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 125.

Banka hukuku kamu hukukuna dahil olmakla birlikte, bu hukuk içerisinde yer alan kredi sözleşmeleri ile kefalet, garanti, ipotek, taşınır ve alacak rehni, rehin amaçlı temlik, gemi rehni gibi kredi güvenceleri, kolektif fonlar, çek ve akreditif gibi ödeme şekilleri özel hukuka tabidir. **Tekinalp**, s. 7.

Bankanın kredi verme işleminden faiz ve ücret alması TTK'nun 20. Maddesinin; *“Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır”* hükmü gereğidir⁴⁷.

Ödünç kredisinde müşteri asıl alacağın yanında faiz de ödemek zorundadır⁴⁸. Ayrıca krediyi müşterinin talebi için hazır bulunduran bankanın, kredi sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte hazır bulundurma provizyonu isteme hakkı da doğar. İskonto kredilerinde de faiz ve provizyon ödemesi yapılmaktadır. Ancak buradaki faiz iskonto tabi tutulan enedin belirli bir yüzdesi olarak belirlenmekte ve senet bedeli üzerinden iskonto yapılmak suretiyle faiz ödemesi yapılmaktadır. Kabul kredilerinde ibraz edilen senet miktarı üzerinden hazır bulundurma provizyonu ödenmesi kararlaştırılmış olabileceği gibi, senedin iskonto tabi tutulması yoluyla faiz ödenmesi de söz konusu olabilir. Aval kredilerinde ise bankanın sadece muhtemel riski karşılığında ödenecek olan bir provizyon söz konusudur⁴⁹.

Ancak kredi müşterisinin tüketici olması hali için TKHK'da önemli bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; *“Belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemez. Bu hesap, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır”* (TKHK m. 31). Böylece tüketici kredileri açısından bankanın kârı sadece faiz ödemelerinden oluşacak, provizyon yahut başkaca herhangi bir ücret söz konusu olamayacaktır.

bb) Geri Ödeme Borcunun İfası

Borçlar hukukunda, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine

⁴⁷ **Özen**, s. 205 – 206; **Karamehmetoğlu**, s. 47 – 48; **Oğuz**, s. 319 – 320.

⁴⁸ Faiz oranı yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla taraflarca kredi açma sözleşmesi ile belirlenebilir.

TTK m. 8/1'in *“Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir”* hükmü gereği, kredi alanın tacir olması durumunda faiz oranının belirlenmesinde bir üst sınır söz konusu olmayacaktır.

Tüketici işlemi niteliğindeki ödünç kredilerinde ise TBK 88/2 hükmü uyarınca; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı faiz borcunun doğduğu anda yürürlükte bulunan mevzuat gereği uygulanmakta olan yasal faiz oranının yüzde ellisini aşamayacaktır.

Faiz oranları konusunda temel yasal mevzuat 3095 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. Kanunun 1. Maddesine göre; *“(1) Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. (2) Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.”*

3095 Sayılı Kanun uyarınca yasal faiz oranı 01.01.2006 tarihinden itibaren %9 olarak belirlenmiş ve halen bu oran üzerinden uygulanmaktadır. Dolayısıyla tüketici kredilerinde belirlenebilecek olan faiz oranı %13,5'i aşamayacaktır.

⁴⁹ **Özen**, s. 210 – 213.

getirilmesine ifa denilmektedir⁵⁰. Edime uygun ifa kuralı gereği, kural olarak borçlu neyi borçlanmışsa onu ifa etmek zorundadır⁵¹. Borcun edime uygun şekilde ifası ile borç sona erer⁵². Kredi sözleşmesinden doğan borçların ne zaman ve nerede ifa edileceği taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir⁵³.

Borcun ifa yeri, öncelikle tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir (TBK m. 89)⁵⁴. TBK'nın bu düzenlemesi edimin ifa yeri konusunda emredici nitelikte kurallar koymamakta, ifa yerinin belirlenmesinde her şeyden önce taraf iradelerine öncelik tanımaktadır. Kredi sözleşmelerinden kaynaklanan gerek asıl borç geri ödemeleri, gerek faiz ve provizyon ve diğer ödemeler para borcu niteliğindedir. Bu nedenle alacaklı bankanın yerleşim yerinde ifa edilmelidir.

Kredi sözleşmelerinde genellikle krediyi veren bankanın herhangi bir şubesinden yahut internet veya cep şubelerinden ödeme yapılabileceği belirtilmektedir. Öyleyse, klasik fizikî ifa yeri tanımının dışında, internet ortamında da yapılabilecektir. Ancak yine de bir fizikî ifa yeri belirtmek gerekirse krediyi açan banka şubesinin ödeme yeri olduğu kabul edilebilir⁵⁵.

Geri ödeme borcunun ifa zamanı da öncelikle taraflarca belirlenir⁵⁶. İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmamış veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur (TBK m. 90)⁵⁷. Nakdî kredi sözleşmelerinde genellikle geri ödemelerin hangi vadelerle ve hangi miktarlarda

⁵⁰ **Andreas Von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cilt: 1 – 2, Yargıtay Yayını No:15, Ankara 1983, s. 458; **M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 251; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 928; **O. Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 3, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2; **Eyüp İpek**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 94; **Hüseyin Altaş**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 198; **Özcan Günergök / Şaban Kayıhan**, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s. 191.

⁵¹ **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 273; **Eren, Borçlar Genel**, s. 936; **Antalya**, Cilt 3, s. 3; **İpek**, s. 159; **Altaş**, s. 208.

⁵² **Tuhr**, s. 458; **Oğuzman / Öz**, s. 539; **Eren, Borçlar Genel**, s. 928; **Antalya**, Cilt 3, s. 6; **İpek**, s. 171; **Günergök / Kayıhan**, s. 192.

⁵³ **Gürses**, s. 362; **Yener**, s. 123 – 124; **Tuhr**, s. 500; **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 323; **Eren, Borçlar Genel**, s. 963; **Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 248 – 249; **Antalya**, Cilt 3, s. 36; **Altaş**, s. 206 – 207.

⁵⁴ **Tuhr**, s. 61 ve 500; **Yener**, s. 124; **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 324; **Eren, Borçlar Genel**, s. 965 – 966; **Hatemi / Gökyayla**, s. 248; **Antalya**, Cilt 3, s. 37; **Günergök / Kayıhan**, s. 232 – 233.

⁵⁵ **Özen**, s. 240 – 242; **Gürses**, s. 362 – 363; **Yener**, s.124.

⁵⁶ **Tuhr**, s. 507; **Eren, Borçlar Genel**, s. 969; **Hatemi / Gökyayla**, s. 249; **Altaş**, s. 207; **Günergök / Kayıhan**, s. 226.

⁵⁷ **Tuhr**, s. 512; **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 313; **Eren, Borçlar Genel**, s. 970; **Hatemi / Gökyayla**, s. 249; **Günergök / Kayıhan**, s. 226.

yapılacağı taraflar arasındaki kredi sözleşmesi ile belirlenmektedir⁵⁸. Belirlenmiş olan vadenin dolması ile de ilgili taksit muaccel hale gelir. Normal şartlarda borcun vadesinden önce istenebilmesi mümkün olmamakla birlikte, sözleşmelere konulacak hükümlerle borcun vadesinden önce muaccel hale gelmesinin kararlaştırılabileceği ve borçlunun bu şekilde temerrüde düşürülmesi de mümkündür⁵⁹.

Kredili mevduat hesabı gibi işleyen sistemlerde carî hesap⁶⁰ ilişkisi de söz konusu olduğundan⁶¹, geri ödemeler için genellikle belirli bir vade yoktur. Ancak bu durumda genellikle ödenmesi kararlaştırılmış olan bir provizyon yahut komisyon söz konusudur ve bu provizyon yahut komisyon kredinin tahsis edilmesi ile (kredinin müşterinin emrine amade tutulmasıyla) birlikte muaccel olur⁶².

Kural olarak, sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir⁶³. Ancak, kanun veya sözleşme ya da adet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz (TBK m. 96)⁶⁴. Ancak tüketici kredileri açısından bu konuda önemli bir istisna söz konusudur. TKHK m. 27'ye göre; “*Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür*”. Benzer hüküm konut finansmanı sözleşmeleri için m. 37’de mevcuttur⁶⁵.

İndirimlerin nasıl yapılacağı ise Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (TKY)⁶⁶ m. 15 ile düzenlenmiştir. Buna göre;

⁵⁸ Gürses, s. 355; Özen, s. 238; Yener, s. 122.

⁵⁹ Ölekli, s. 82; Eren, Borçlar Genel, s. 971 – 972; Yener, s. 123.

⁶⁰ TTK m. 89; “(1) İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir. (2) Bu sözleşme yazılı yapılmadıkça geçerli olmaz.”

⁶¹ Eren’e göre; Uygulamada bu sözleşme genellikle carî hesap şeklinde açılmaktadır. Kredi açma sözleşmesiyle banka, tacir olan karşı tarafa “cari hesap kredisi” açmayı, havaleleri ödemeyi, çek ve poliçeyi kabul etmeyi, kefil olmayı taahhüt eder. Bu tür işleme “borçlu cari hesap sözleşmesi” adı verilir. Eren, Borçlar Özel, s. 509.

⁶² Özen, s. 238; Yener, s. 107 – 113; Çeşitli kredi tiplerinde ifanın ne zaman yapılacağı ile ilgili Bkz. Gürses, s. 355 – 360.

⁶³ Gürses, s. 357 – 358; Oğuz, s. 334; Özen, s. 239; Yener, s. 123; Eren, Borçlar Genel, s. 975; Hatemi / Gökyayla, s. 252; Melek Bilgin Yüce, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 213; Günergök / Kayıhan, s. 230.

⁶⁴ Tuhr, s. 513; Oğuzman / Öz, Cilt 1, s. 314; Eren, Borçlar Genel, s. 975; Hatemi / Gökyayla, s. 252; Yüce, s. 230; Günergök / Kayıhan, s.231.

⁶⁵ Karakocalı / Kurşun, s. 109 – 110; Konun finansmanı sözleşmelerinde erken ödeme için Bkz. Çabri, 422 – 426.

⁶⁶ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (Yür. Tar.: 22.11.2015), Kurum: Gümrük ve Ticaret

“(1) Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını ya da bir kısmını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren 16 ve 17 nci maddelerde⁶⁷ belirtilen hükümlere uygun olarak faizin tamamının veya bir kısmının peşin olarak tahsil edildiği durumlar da dahil olmak üzere gerekli indirim yapmakla yükümlüdür.

(2) Tüketicinin, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunması veya kredi borcunun tamamını ya da bir kısmını vadesinden önce ödemesi durumunda, erken ödeme indirim hesaplanırken tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır. Bu tarih tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez.

(3) Kredi veren, faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, tüketicinin erken ödeme yapması halinde akdi faiz oranı üzerinden gerekli indirim yapmak üzere bir sistem kurmakla yükümlüdür.” (TKY m. 15). Böylece tüketici kredilerinde kredi borçlusunun borcun tamamını ya da

Bakanlığı, Kabul Tarihi: 22.05.2015, RGT: 22.05.2015, RG NO: 29363

⁶⁷ *“Madde 16 - (1) Kredinin tamamının erken ödenmesi taksit tarihinde yapılıyorsa vadesi gelen taksit ödemesi ile birlikte geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir.*

(2) Kredinin tamamının erken ödenmesi, iki taksit arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ancak faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda, erken ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak, akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(3) Kredinin tamamının erken ödenmesi işlemlerinde Ek-2’de yer alan hususlar esas alınır.”

“Madde 17 - (1) Tüketicinin ödeme planında yer alan bir taksit tutarından az olmamak üzere, herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi ara ödeme olarak kabul edilir.

(2) Tüketicinin ara ödemede bulunması durumunda kalan anapara borcu üzerinden, akdi faiz oranı ile bir önceki taksit tarihinden itibaren işleyen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamı tüketiciden tahsil edilir. Tahsil edilen bu tutar dışında kalan kısım anapara borcundan düşülür. Bu durumda kalan taksit sayısı ve ödeme tarihleri değişmeden yeni taksit tutarı ve yeni ödeme planı oluşturulur. Ancak tüketicinin talep etmesi halinde taksit sayısı değişmeyecek şekilde erken ödemesi yapılan taksit sayısına göre ödemesiz dönem veya tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla talep etmesi ve tarafların mutabakatı ile mevcut ödeme planından farklı taksit sayısı ve ödeme tarihleri de belirlenebilir.

(3) Tarafların mutabakatı halinde yeni ödeme planında yer alan taksit tutarı erken ödeme öncesi taksit tutarından fazla olabilir.

(4) Faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, ara ödeme yapılması durumunda, ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(5) Yeni ödeme planı, herhangi bir isim altında ücret talep edilmeksizin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir.

(6) Bu maddede yer alan tüketicinin taleplerine ilişkin ispat yükü kredi verene aittir.

(7) Ara ödeme işlemlerinde Ek-4’te yer alan hususlar esas alınır.”

bir kısmını erken ödeme hakkı olduğu gibi, ilgili banka gerekli faiz indirimlerini de kanuna ve yönetmeliğe uygun olarak yapmak zorundadır⁶⁸.

B. ÇAPRAZ TEMERRÜT KAYITLARI

1. Çapraz Temerrüt Kavramı

Çapraz temerrüt (cross-default) kayıtları, tümünde olmasa da bazı bankaların muhtelif sözleşmelerin yer almaktadır. Bunlardan bir kısmını şu şekildedir;

“Çapraz Temerrüt: MÜŞTERİ'nin, bu Sözleşme Seti kapsamı dışında kalan ve taraf olduğu herhangi bir işlemle ilgili olarak BANKA'ya ödemekle yükümlü olduğu tutarları ödememesi ve temerrüte düşmüş olması”⁶⁹;

“Çapraz Temerrüt: Taraflar, Müşteri'nin herhangi bir teminat vereninin veya Bağlı Kişi veya Kuruluşları'ndan herhangi biri için; (i) bir ya da daha fazla sözleşmeden veya evraktan kaynaklanan bir temerrüt halinin veya benzer bir durumun veya olayın oluşması ya da bir ya da daha fazla sözleşmeden veya evraktan kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğün muaccel ve ödenebilir olmasından önce, söz konusu anlaşmalar veya evrak uyarınca muaccel ve ödenebilir hale gelmesi veya beyan edildiği tarihte muaccel ve ödenebilir hale gelmesinin mümkün olmasına sebebiyet vermiş olması veya (ii) Söz konusu anlaşmalar veya evraktan kaynaklanan bir veya daha fazla ödemesini ilgili ödeme tarihlerinden itibaren en geç 2 (iki) İş Günü içinde yapmaması durumunda Müşteri'nin temerrüde düşmüş sayılacağı ve Bankanın 8.3.1.2. maddedeki haklarını kullanabileceği hususlarında anlaşmışlardır”⁷⁰;

⁶⁸ “Davacı vekili, davacı tarafından davalı bankadan genel kredi sözleşmesine istinaden kredi alındığını, kredi borcunun erken kapatılması üzerine davacıdan haksız olarak kullandırılan kredi tutarları üzerinden %5,25 oranında erken kapama komisyonu alındığını, dava konusu edilen komisyonun kullanılan kredi miktarı üzerinden değil, kapatma bakiyeleri üzerinden alınması gerektiğini ileri sürerek, haksız tahsil edilen 40.950 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, alınan erken kapama komisyonunun taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesi ile davalı tarafından imzalanan taahhütname ve kredi ödeme planına uygun olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacıdan tahsil edilen erken kapama komisyonunun bankacılık teamülleri, ticari hayatın işleyişi ve piyasa uygulamalarına uygun olduğu, genel kredi sözleşme ve eklerinde davacının söz konusu kredileri erken kapatmak istemesi halinde bankanın talep edeceği tutarı ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği gerekçesiyle; davanın reddine karar verilmiştir.

... Davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, karar verildi”. Yarg. 11 HD, E: 2014/ 15128, K: 2015 / 726, T: 21.01.2015

Ticari krediler için müşterinin erken ödeme hakkını olmadığı yönündeki görüş için Bkz. **Oğuz**, s. 411.

⁶⁹ <https://www.odeabank.com.tr/SiteAssets/docs/sozlesmeler/yatirim/TezghahustuTurevIslemlerSozlesmesi.pdf>, (m. 14/3-d)

⁷⁰ <http://www.tskb.com.tr/i/assets/document/pdf/cer%C3%A7eve-Sozlesmesi.pdf>, (m. 8.3.2)

“Çapraz Temerrüt: Kendisinin ve/veya Kefillerin ve/ veya dolaylı veya doğrudan kontrolleri altında bulunan bir kuruluşun tahviller, bonolar, senetler, poliçeler, finansman bonoları veya benzeri belgelerle birlikte her nevi kredi sözleşmeleri ve finansal kira sözleşmeleri de dahil olmak üzere her nevi finansal sözleşmenin yanı sıra borç olarak ödünç alınan herhangi bir miktara ilişkin herhangi bir garanti, teminat veya sair sözleşme çerçevesinde BANKA'ya veya başka bir Alacaklı/Kredi Veren/Kuruluş'a borçlu olduğu tutarları veya bir ödeme yükümlülüğünü vadelerinde yerine getireceğini, bu borç ya da yükümlülüklerin ödenmemesi/yerine getirilmemesi veya kendisinin ve/veya Kefillerin ve/veya doğrudan veya dolaylı olarak kontrolleri altındaki bir kuruluşun bu borcunun belirlenmiş vade tarihi öncesinde muaccel hale gelmesi halinde bu Sözleşme'den doğan borçlarının da muaccel hale geleceğini”⁷¹;

Sadece bankacılık sözleşmelerinde değil, farklı sözleşme türlerinde de çapraz temerrüt tanımları⁷² ve hükümleri yer alabilmektedir⁷³. Ancak bu çalışmanın konusu kapsamında sadece bankacılık sözleşmelerindeki çapraz temerrüt hükümleri değerlendirme konusu yapılmıştır.

Banka sözleşmelerinde ve uygulamada kullanılan anlamı ile en basit şekilde çapraz temerrüt; krediyi teminat altına alan aynî yahut şahsî teminatlarda bir zayıflama, bir sorun veya bir risk ortaya çıkması yahut kredi borçlusunun gerek aynı bankaya gerekse başkaca bankalara olan ödemelerinde temerrüde düşmesi halinde, kredi borçlusunun diğer krediler açısından da temerrüde düşmüş sayılmasıdır. Diğer bir deyişle çapraz temerrüt hükmü; bir borç yükümlülüğünün temerrüde düşmesinin başka bir borç yükümlülüğünün temerrüde düşmesine bağlayan hükümdür⁷⁴. Örneğin, araç kredisinde temerrüde düşmüş olan bir kişinin taşınmaz kredisinde de temerrüde düşmüş sayılacağı kararlaştırılabilir.

Kredi sözleşmesindeki çapraz temerrüdü düzenleyen hükümler genellikle, borçlunun kredi sözleşmelerinden birinde temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun malvarlığına karşın başlatılacak olan yasal takiplerden alacağını ivedilikle elde etme hakkına sahip olmak isteyen kredi verenlerin çıkarlarını

⁷¹ https://www.ing.com.tr/F/Documents/pdf/Hakkimizda/Hizmet_ve_Kredi_Sozlesmeleri/Genel_Kredi_Sozlesmesi.pdf, (m. 16.6/n)

⁷² International Swap and Derivatives Association'ın (ISDA), 1999 ve 2003 yayınladığı “Kredi Türevi Tanımlamaları” dökümanlarında yer alan altı adet kredi olayından birisi olarak çapraz temerrüt belirtilmiş ve “çapraz temerrüde düşme, yükümlülüğü elde tutana bir temerrüde düşme olayını ilan etme imkânı veren bir kredi olayı” olarak tanımlanmıştır. Kredi Temerrüt Swapları ve Kredi Temerrüt Swaplarının Fiyatlandırılması, **Lale Karabıyık / Adem Anbar**, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı 31, Temmuz 2006. <http://journal.mufad.org.tr/attachments/article/441/7.pdf>

⁷³ Farlı sözleşme türlerinde düzenlenen veya düzenlenebilecek olan çapraz temerrüt hükümleri örnekleri için Bkz. <https://www.lawinsider.com/clause/cross-default>

⁷⁴ <https://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Cross-Default>

korumak için mevcuttur⁷⁵. Ancak, sadece borçlunun değil, aynı zamanda kefil⁷⁶, garantör⁷⁷ ya da başka bir sıfatla kredinin geri ödenmesi konusunda teminat vermiş olanların temerrüde düşmesi durumlarının da çapraz temerrüt hükümlerinde yer aldığı görülmektedir.

Çapraz temerrüt, bir borçlu (ya da kefil garantörü) başka bir kredi sözleşmesinde temerrüde düştüğünde gerçekleşir ve diğer kredi sözleşmelerinin temerrüt hükümlerinden yararlanır⁷⁸. Böylece çapraz temerrüt hükümleri - tüm kredi sözleşmeleri çapraz temerrüt hükümleri içeriyorsa - herhangi bir kredi sözleşmesinde temerrüde düşen borçlunun diğer tüm kredilerinin de temerrüde düşmesi sonucunu doğuran bir domino etkisi yaratabilir. Bunun yanında çapraz temerrüt tetiklenirse, kredi veren mevcut genel kredi sözleşmesi kapsamında daha fazla kredi tahsisini reddetme hakkına da sahiptir⁷⁹.

Kredi sözleşmelerinde temerrüt olayı, tipik olarak borçlunun zamanında faiz veya anapara borcunu ödememesi yahut sözleşmedeki yapma ya da yapmama (müspet ya da menfi) tarzındaki hükümlerden birini ihlal etmesi durumunda ortaya çıkar.

⁷⁵ Her ne kadar çapraz temerrüt hükümleri borç vereni borçlunun benzer ticari ilişkilerinde temerrüde düşme olasılığına karşı korumak amacını gütsede tek amacı bu değildir. Çapraz temerrüt maddeleri borç verinin ticarî olarak da elini borçluya karşı kuvvetli bir hale getirir. Çapraz temerrüt hükümlerinin diğer amacı işte budur. **Edmund M.A. Knaw**, *The law & Practice of Offshore Banking & Finance*, Quorum Books, Londra/İngiltere 1996, s. 123.

⁷⁶ TBK m. 581; “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”.

Tandoğan kefaleti şu şekilde tanımlamaktadır; “*Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder*”. **Haluk Tandoğan**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, Beşinci Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 693; benzer tanım **Zevkliler / Gökyayla**, s. 663; **Aral / Ayrancı**, s. 465.

“*Kefilin, kefalet sözleşmesi ile alacaklıya karşı taahhüt ettiği şey sadece paradır, yoksa asıl borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim değildir*” **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1401; **Eren, Borçlar Özel**, s. 760; **Tandoğan**, s. 697 – 698.

⁷⁷ Garanti sözleşmesi kanunlarda düzenlenmiş olan tipik bir sözleşme değildir. Doktrinde Yargıtay’ın 11.06.1969 tarihli içtihadı birleştirme kararında (İBK) benimsediği tanım genellikle kabul görmektedir. Bu tanıma göre; “*Garanti mukavelesi, bir kimsenin ferî olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir*”. **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1475 – 1476.

Aynı İBK garanti ile kefalet arasındaki farkı şu şekilde belirtmektedir; “*Kefilin taahhüdü ferî olmasına karşılık 3. şahsın fiilini taahhüt şeklinde yapılan garanti anlaşmaları ferî mahiyette değildir. Garanti veren müstakil bir taahhüt altına girmiştir. Asıl borç tediye ile ve sair surette düşerse kefalet gibi ferî haklar da düşer. Borçlar Kanunu’nun 113. maddesinde anlamını bulan ferilik vasfı garanti akütlerinde yoktur. Garanti veren asıl borçla ilgili değildir*”. Yarg. İBK, S: 4/6, T: 11.06.1969; **Eren, Borçlar Özel**, s. 766 – 768; **Tandoğan**, s. 818 – 832; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 667 – 669; **Aral / Ayrancı**, s. 469 – 470; **Hatemi / Gökyayla**, s. 313 – 413.

⁷⁸ (B) Sözleşmesinde temerrüde düşülmesi durumunda (A) sözleşmesinin borçlusunun otomatik olarak temerrüde düşmesi şeklinde düzenlenmiş olan bir madde hükmü (A) Sözleşmesi kapsamındaki kredi verene, (B) sözleşmesinin temerrüt hükümlerinden etkin şekilde faydalanma hakkı verir. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3377?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3377?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

⁷⁹ <https://www.investopedia.com/terms/c/crossdefault.asp>

Bir borçlu, kredi sözleşmesinde yer alan hükümleri ihlal ederek veya zamanında anapara yahut faiz ödememek suretiyle kredilerinden birini ödemediğinde temerrüde düşerse, başka bir kredi sözleşmesinde yer alan temerrüt hükümlerini de tetiklemiş olur⁸⁰.

Kredi sözleşmelerinde çapraz temerrüt, başka bir kredideki borçlunun temerrüde düşmesi olayından kaynaklanır. Çapraz temerrüde neden olan kredi aynı banka nezdinde olabileceği gibi başka bir banka nezdinde tahsis edilmiş olan bir kredi de olabilir.

Kredi sözleşmelerinin banka tarafından haklı nedenle feshi⁸¹ sonucunu doğuracak olan çapraz temerrüt hükümlerinin düzenlenmesi sözleşme serbestisi ilkesine tabidir. Taraflar bu hakkın nasıl kullanılacağını hakkın kullanılmasını için gerekli şartların neler olduğunu detaylı şekilde düzenleyebilme hakkına sahiptirler⁸². Genellikle geniş kapsamlı ticarî kredilerde, kredi sözleşmesinin tarafları kredi sözleşmesini daha fazla müzakere etme imkânına sahip olmaktadır⁸³. Bu nedenle geniş kapsamlı ticarî kredilerde genellikle çapraz temerrüt gerçekleşmeden önce borçlunun çapraz temerrüde yol açan diğer sözleşmeden kaynaklanan olumsuz durumu düzeltmesine, örneğin verilen belirli bir süre içerisinde temerrüde düştüğü taksiti ödeyerek bu durumdan kurtulmasına olanak tanınmaktadır⁸⁴.

Diğer taraftan çapraz temerrüt kurumunun kredi sözleşmelerindeki “ayrılık prensibi”nin tamamen zıddı olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrılık prensibine göre, müşterinin bankadan kullandığı kredi sözleşmelerinin herhangi birinin

⁸⁰ Yapma tarzındaki hükümler, borçlunun denetimden geçmiş mali tablolarının zamanında kredi verene sunulması veya iş yeri sigortası, yangın sigortası gibi belirli içeriklerde sigorta yaptırılması şeklinde olabilir. Yapmama tarzındaki hükümler ise, borçlunun belirli bir miktarın üzerinde yahut belirli bir faiz oranının üzerinde bir oranla borçlanmaması, ticaretinde belirli bir kâr marjının altında satış yapmaması, belirli konuların dışında ticaret ya da yatırım yapmaması şeklinde hüküm olabilir.

⁸¹ Kredi sözleşmesinin haklı nedenle feshi ve sonuçları için Bkz. **Dursun Karahmetoğlu**, s. 60 – 185; **Özen**, s. 326 – 343; **Gürses**, s. 406 – 429.

⁸² **Özen**, s. 324; Banka kredi sözleşmelerinin içeriğinin oluşturulmasında bireysel sözleşme modeli ve tip sözleşme modeli üzere iki model bulunmaktadır. Bireysel sözleşme modeli tarafların belirli bir tip sözleşme üzerinde değil, tüm maddeleri karşılıklı müzakere ederek hazırladıkları sözleşme modelidir. Bu modelde taraf iradeleri en geniş şekilde sözleşmeye yansımaktadır. Ancak bu sözleşmeler genellikle bankalar tarafından pek tercih edilmemektedir. Zira, maliyetleri düşürme, standartlaştırma, belirlilik, uzmanlaştırma ve riskleri kontrol altına alma gibi faydaları nedeniyle genel işlem koşullarını içeren sözleşmeleri tercih etmektedir. Bireysel sözleşme modeli yahut genel işlem koşullarının müzakere edildiği model ise büyük hacimli ticarî kredilerde kullanılmaktadır. **Gürses**, s. 187 – 194.

⁸³ Kredi veren banka ile müşterisi arasında yapılan görüşmelerde, çapraz temerrüt hükümlerinin etkilerini azaltmak ve müşterinin finansal manevralarına imkân tanımak için çeşitli yollar söz konusu olabilir. Örneğin; çapraz temerrüde yol açacak olan borç tutarı belirli bir miktarın üzerinde kabul edilebilir. Ya da borçluya ana para ve faizleri ödeme olanağı sağlanarak çapraz temerrüde düşmenin önüne geçme olanağı tanınabilir. Yahut, çapraz temerrüde neden olacak sözleşmeler belirli sözleşmelerle sınırlandırılabilmesi gibi sadece aynı banka ile de sınırlandırılabilir. <https://www.investopedia.com/terms/c/crossdefault.asp>

⁸⁴ <http://www.businessdictionary.com/definition/cross-default-clause.html>

temerrüt yahut başka bir nedenle feshedilmesi, diğer sözleşmelerin yürürlüğünü etkilemez⁸⁵. Şüphesiz bu prensip müşterinin yararına olarak öngörülmüş bir prensiptir. Ayrılık prensibinin ortaya çıkışı nedeninin münferit kredilerin birbirinden farklı olması ve bu nedenle bütün münferit kredilere aynı hükümlerin uygulanmasının hukukî güvenlik anlamında tutarsızlıklara neden olabileceği düşüncesi yatmakta olduğu belirtilmektedir⁸⁶. Ancak çapraz temerrüt kurumu bunun tam tersini öngörmekte ve kredi verenin menfaatine uygun olarak diğer kredilerin de temerrüde uğramış sayılacağını kabul etmektedir.

2. Çapraz Temerrüt Kayıtlarının Hukukî Niteliği

Banka kredi sözleşmelerinin bir kısmında ödemeler vadeye bağlanmış durumdadır. Özellikle tüketici kredileri, müşteri tacir dahi olsa araç ve taşınmaz mal kredileri genellikle belirli vadelerde ödenecek taksitlere bölünmüştür. Kredili mevduat hesabı şeklinde işleyen kredi ilişkilerinde ise genellikle belirli bir vade bulunmamakta ancak kredi verene krediyi kolayca geri çağırma opsiyonları tanınmaktadır.

Temerrüdün genel tanımı⁸⁷ yanında, her bir sözleşmede tarafların hangi şartlarla temerrüde düşmüş sayılacağı hususu krediye konu olan varlık sınıflarına, yasa koyucunun belirlediği kurallara ve banka ile kredi müşterisi arasında yapılmış olan kredi sözleşmesinin şartlarına göre değişiklik gösterebilir. Bu hükümlerde düzenlenen temerrüdün sebebi, bir ödeme yükümlülüğünü vadesinde ödememek, iflas etmek, hakkında yapılan başka takiplerin semeresiz kalması yahut çapraz temerrüde yol açan kredi sözleşme şartlarından birisini ihlal etmek olabilir⁸⁸.

Çapraz temerrüt kayıtlarında genellikle kredi borçlusunun yahut kefil ya da garantörlerin aynı bankada ya da başka bir bankada kullanmış olduğu başka bir kredinin ödemesinde temerrüde düşmesi durumunda, diğer kullandığı kredilerin de temerrüde düşmüş sayılacağı hükmüne yer verilmektedir. Yani borcun vadesinde ödenmemiş olması durumundan başka, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan başka bir olgunun gerçekleşmesi halinde borcun temerrüde düşeceği ve yürürlükte olan kredi sözleşmesinin çapraz temerrüt nedeniyle feshedilmiş sayılacağı hükmü yer almaktadır.

TBK'nın 173. Maddesine göre; “(1) *Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula*

⁸⁵ Ayrılık ilkesinin detayları ve bu konudaki görüşler için Bkz. **Gürses**, s. 147 – 153; **Dursun Karaahmetoğlu**, s. 143 – 145; **Özen**, s. 337; **Oğuz**, s. 201 – 202.

⁸⁶ **Gürses**, s. 151.

⁸⁷ “*Temerrüt ifada nitelikli gecikmedir*” **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 458; “*Borçlunun ifası mümkün ve muaccel bir edimi, borca aykırı olarak alacaklının ihtarına rağmen veya kanunun ihtarı gerekli görmediği durumlarda zamanında ifa etmemesine borçlunun temerrüdü denir*”. **Antalya**, Cilt 3, s. 408; “*Borçlunun borçlanılan edimi borca aykırı olarak, geç ifa etmesine borçlunun temerrüdü denir*”, **Eren, Borçlar Genel**, s. 1113; **Günergök / Kayhan**, s. 293 – 294.

⁸⁸ <http://www.jcrer.com.tr/Pages.aspx?Page=temerrut-hali-ve-temerrut-olasiligi-tanimlari>

bağlanmış olur. (2) Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar. (3) Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geçmişe etkili olmaz”⁸⁹.

Yukarıda açıklandığı üzere, çapraz temerrüt hükümlerinin temel amacı kredi veren banka açısından gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel hale gelmiş riskler karşısında bankanın korunması gayesiyle, kredi sözleşmesinin artık feshedilerek kredinin kalan borçlarının borçlunun malvarlığından ivedilikle tahsilinin sağlanmasıdır. Yani çapraz temerrüt hükümleri halihazırda sürmekte olan bir kredi ilişkisini kolayca sonlandırmak amaçındadır. Çapraz temerrüt hükümlerinin bağlandığı koşulların gerçekleşmesi halinde ise bu sona erme kendiliğinden gerçekleşecektir⁹⁰. Bu nedenle çapraz temerrüt hükümleri TBK m. 173’te düzenlenmiş olan bozucu koşul niteliğindedir⁹¹.

Çapraz temerrüde benzeyen bir diğer kavram olan çapraz muacceliyet hükümlerinde ise, borçlunun temerrüde düşmüş olması değil, kalan borç tutarlarının muaccel hale gelmesi amaçlanmaktadır⁹². Her ne kadar temerrüt için borcun muaccel olması şart ise de, bilindiği üzer borcun muaccel olması ile borçlunun temerrüde düşmüş olması gerek tanımları ve gerekse hukukî sonuçları itibarıyla birbirinden farklı kavramlardır. Bu nedenle iki kavramın birbirine karıştırılmaması gerekmektedir⁹³.

⁸⁹ **Tuhr**, s. 736; **M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 525; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1195; **Hatemi / Gökyayla**, s. 173; **Yüce**, s. 171; **Günergök / Kayıhan**, s. 588.

⁹⁰ **Oğuzman / Öz**, Cilt 2, s. 525; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1201 – 1202; **Hatemi / Gökyayla**, s. 374 – 375; **Yüce**, s. 171.

⁹¹ Çapraz temerrüt şartlarına benzeyen muacceliyet kayıtlarının hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu tarz kayıtlar geciktirici koşul, diğer bir görüşe göre ise yenilik doğuran haktr. Her iki görüşün detayları için Bkz. **Ölekli**, s. 135 – 140.

⁹² **Altınok Ormancı**, s. 205; **Ölekli**’ye göre; Bankaların kullandırdıkları kredilerin sözleşmeye uygun olarak geri ödenmemesi ihtimaline istinaden kredi açma sözleşmelerine belirli olayın gerçekleşmesi halinde vadesi gelmemiş olan taksitlerin tamamının muaccel olacağına ilişkin koydukları kayıtların nedeni, bankaların karşı karşıya oldukları operasyonel riskler, piyasa riskleri ve kredi risklerine karşı bankanın koruma altına alınmasıdır. Bankalar, müşterinin talebi ile birlikte derhal kendisinde bulunan mevduatı müşteriye ödeme yükümlülüğündedir. Bankanın kullandırdığı kredilerin zamanında ödenmemesi durumunda ise banka bu mevduatı müşteriye ide etme yükümlülüğünü yerine getiremeyebilir ve bu sorundan öncelikle banka sonrasında ise tüm finans sistemi ile ülke ekonomisi etkilenebilir. Diğer taraftan bankalar karşı karşıya kalacakları riskleri de izlemek zorundadır. Tüm bu nedenlerle bankalar kredi açma sözleşmelerine muacceliyet şartlarını koyarak kredi borçlusunun ödeme gücünün tehlikeye düşeceğini anladığı anda vadesi gelmemiş tüm alacaklarını muaccel hale getirerek bir an önce yasal prosedürü başlatıp hacizde ön sırayı almayı amaçlamaktadırlar. **Ölekli**, s. 79 – 82; Aynı yönde **Oğuz**, s. 418 – 419.

⁹³ Banka kredi sözleşmelerindeki başlıca muacceliyet halleri için Bkz. **Ölekli**, s. 101 – 125; **Oğuz**, çapraz temerrüt adı altında düzenlenmiş olan bu kayıtların sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında geçerli olmakla birlikte bu kayıtların muacceliyet kayıtları olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Oğuz**, s. 419; Ancak, özellikle alacaklının bir ihtar göndermesine gerek olmaksızın borçlunun doğrudan temerrüde düşmüş olacağı şeklinde düzenlenmiş olan kayıtların muacceliyet kaydı değil doğrudan

3. Çapraz Temerrüdün Şartları

a) Borçlunun Çapraz Temerrüt Hükümünü İhtiva Eden Sözleşmenin (Bağlı Sözleşme) İfasında Temerrüde Düşmemiş Olması

Çapraz temerrüdün tanımında da açıkça yer aldığı üzere, çapraz temerrüt mekanizmasında birbirinden farklı iki sözleşme yer almaktadır. Bunlardan ilki çapraz temerrüt hükümlerini ihtiva eden sözleşme olup, bu sözleşmeye “bağlı sözleşme”; ikinci sözleşme ise temerrüde düşülmesi halinde bağlı sözleşmenin de temerrüde düşmüş kabul edileceği “bağlanılan sözleşme”dir.

Çapraz temerrüdün yukarıda yapılan tanımlarından ve çapraz temerrüt kurumunun doğası gereği, bağlı sözleşmedeki ödemelerin temerrüde düşmemiş olması gerekmektedir. Bağlı sözleşmedeki edimler halihazırda temerrüde düşmüş durumda ise, ayrıca bir çapraz temerrüt mekanizmasına zaten ihtiyaç duyulmayacaktır. Zira, temerrüde düşmüş bir borcun ikinci defa temerrüde düşürülmesi söz konusu değildir.

b) Borçlu, Kefil Ya da Garantörün, Bağlanılan Sözleşmede Temerrüde Düşmüş Olması

Çapraz temerrüde ismini veren olay, bağlı sözleşme dışında ancak bu sözleşmenin temerrüde düşmesi sonucunun bağlandığı en az bir adet başka bir sözleşmenin (bağlanılan sözleşme) bulunmasıdır.

Bağlanılan sözleşme, bağlı sözleşmedeki kredi veren ile kredi alan arasında yapılmış bir sözleşme olabileceği gibi, başka bir kredi veren yahut başka bir kişi ile yapılmış olan bir sözleşme de olabilir. Hatta, başka bir kişi yahut kredi veren ile bağlı sözleşmedeki kefil ya da garanti verenin arasında yapılmış olan yani bağlı sözleşmedeki kredi alanın taraf olmadığı bir sözleşme olması da mümkündür.

Bağlanılan sözleşmenin bir kredi sözleşmesinin olması mümkün olduğu gibi, başka türde bir sözleşme olması da mümkündür. Örneğin, kredi alanın yüklenici durumunda olduğu bir eser sözleşmesindeki borçlarında temerrüde düşmesi, bağlı sözleşmede çapraz temerrüt hükmü olarak yer alabilir. Ancak her halükârda bağlı sözleşmedeki kredi alan, kefil ya da garantöre borç yükleyen bir sözleşme olması şarttır.

Bağlanılan sözleşmenin belli bir sözleşme olması da şart değildir. Kredi alanın taraf olduğu herhangi bir sözleşmede temerrüde düşmesi halinde bağlı sözleşmede

temerrüt kaydı olacağı açıktır. Bu nedenle yazarın bu görüşüne katılmıyoruz.

Muacceliyet ihbarının yenilik doğran hak niteliği için Bkz. **Harun Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 61.

de temerrüde düşeceğine dair bir hüküm de geçerli olmalıdır. Zira, krediyi vererek ciddi bir risk alan⁹⁴ bankanın kendini korumak istemesi olağan ve basiretli tacir ilkesinin gereğidir⁹⁵.

c) Bağlı Kredinin Tüketici Kredisi Niteliğinde Olmaması

TKHK'nın tüketici kredilerinde borçlunun temerrüdünü⁹⁶ düzenleyen 28. Maddesine göre; *“Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. (2) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz”*⁹⁷. Aynı hüküm konut finansmanı sözleşmeleri açısından da 34. Maddede düzenlenmiştir⁹⁸.

Anılan hüküm nedeniyle gerek konut finansmanı sözleşmelerinde⁹⁹ gerekse diğer tüketici sözleşmelerinde borçlunun temerrüdü yoluna gidilerek borcun tamamının tahsilinin talep edilebilmesi için mutlaka birbirini izleyen en az iki taksitin

⁹⁴ Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine Ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik, m.3/1-ff; *“Karşı taraf kredi riski: İki tarafa da yükümlülük getiren bir işlemin muhatabı olan karşı tarafın, bu işlemin nakit akışında yer alan son ödemeden önce temerrüde düşme riskini ... ifade eder”*. Yönetmelik Resmî Gazete, Tarih: 23.10.2015, Sayı: 29511.

⁹⁵ *“1986 yıllarında başlayan ticari kredi ilişkisi içerisinde davalı bankanın zaman zaman davacının senet ve çek protestolarına sessiz kalması bu uygulamanın her halükarda benimseneceği şeklinde değerlendirilemez. Bankanın, kredi kullandırdığı müşterisini yakından takip etmesi, kullanılan kredilerin riske edilmemesini sağlayıcı her tür önlem ve tedbirin alınması basiretli bir tacir ve hele para alıp satan bankacının göstermesi gereken en basiretli bir davranıştır”*. Yarg. 11. HD, E:2000/6501, K: 2000/8956, T: 16.11.2000; Aynı yönde **Ölekli**, s. 99 – 100.

⁹⁶ Tüketici kredisinde tarafların hak ve borçları için Bkz. **Gezder**, s. 194 – 219.

⁹⁷ *“Taraflar arasında imzalanan tüketici kredisi sözleşmesine istinaden kullanılan kredinin iki taksitinin ödenmediği, buna ilişkin keşide edilen ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiğine dair dosya içerisinde herhangi bir belgenin bulunmadığı, davacı bankanın davalıyı temerrüde düşürerek gelmeyen taksitleri de muaccel hale getirerek takip başlattığı, fakat davalıya gönderilen ihtarnamenin 6502 sayılı Yasa'nın 28. maddesine uygun bir ihtarname olmamakla birlikte davalıya tebliğ edildiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir belge bulunmaması nedeniyle davalının Yasanın aradığı anlamda temerrüdünden bahsedilemeyeceği, ... gerekçesiyle de davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

... kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA... oy birliği ile karar verildi”. Yarg 19. HD, E: 2017/ 3349, K: 2019 / 997, T: 19.02.2019

⁹⁸ **Çabri**, s. 359 – 361.

⁹⁹ 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m. 57; *“Konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralınması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasıdır”*.

Konut finansmanı sözleşmeleri tüketici kredileri grubundadır. Bkz. **Çabri**, s. 24; **Karakocalı / Kursun**, s. 118 – 119.

ödenmemiş olması ve bundan sonra bankanın muacceliyet ihbarında bulunarak en az otuz gün süre vermesi gerekmektedir.

Diğer taraftan tüketici aleyhine konulmuş olan bu yöndeki bir şart, haksız şart olarak kabul edilecektir. TKHK m. 5'e göre; "(1) *Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*

(2) *Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*"¹⁰⁰.

TKHK'nın anılan hükümleri emredici nitelikte olup, aksi sözleşme ile kararlaştırılamaz. Bu nedenle, tüketicinin taraf olduğu bir kredi sözleşmesinde çapraz temerrüt maddeleri eklenerek, başka bir sözleşmede temerrüde düşülmesi halinde bu sözleşmenin de temerrüde düşeceği yönündeki bir düzenleme kesin hükümsüzdür (TBK m. 27/1, TKHK m. 5).

Diğer taraftan TBK m. 21'e göre de; "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır*". Bu kapsamda bankaların genel kredi sözleşmelerinde zaman zaman yer alan bankanın krediyi istediği zaman hatta sebep göstermeksizin feshedebileceği yönündeki ifadeler TBK. m. 21/2 anlamında "*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan yani olağandışı genel işlem koşulu*" kabul edilmeli ve yazılmamış sayılmalıdır¹⁰¹.

Buna rağmen bağlanılan sözleşmenin tüketici kredisi sözleşmesi olmasında

¹⁰⁰ "17.06.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre; "Tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için;

a) Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi,
b) Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması,
unsurlarının bir arada bulunması gerekir."

Sözleşmeye müzakere edilmeden konulan bir hükmün haksızlığını denetleyen hakimin ana ölçütü dürüstlük kuralıdır. Tüketici ile müzakere edildiği ispatlanan bir hükmün, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olduğu anlaşılrsa dahi, haksız şart olarak nitelendirilmesi mümkün değildir". Yarg. HGK E: 2017/ 13-2899, K: 2018 / 420, T: 07.03.2018

¹⁰¹ Ölekli, s. 99 ve 158 – 159; Aksi yöndeki görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. Oğuz, s. 410 – 411; Yener, s. 144; Eren, Borçlar Genel, s. 235; Esener / Gündoğdu, s. 240; Antalya, Cilt 1, s. 429 – 430; Karakocalı / Kurşun, s. 43 – 45.

herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

d) Çapraz Temerrüdün Bağlandığı Şartların Sözleşmede Açıkça Yazması

Bilindiği üzere, genel olarak sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı değildir (TBK m. 12)¹⁰². Tüketici işlemi¹⁰³ niteliğindeki kredi sözleşmeleri¹⁰⁴, finansal kiralama sözleşmesi, faktoring sözleşmesi ve finansman sözleşmesi¹⁰⁵ dışındaki kredi sözleşmeleri ne TBK ne de diğer mevzuatta tipik bir sözleşme olarak düzenlenmemiş olup herhangi bir içerikte ve şekilde uygun olarak yapılması konusunda yasal zorunluluk söz konusu değildir. Bu nedenle belirtilen istisnalar dışında bu sözleşmeler açısından sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir¹⁰⁶.

¹⁰² Tuhr, s. 229; Oğuzman / Öz, Cilt 1, s. 139; Eren, Borçlar Genel, s. 18 ve 282; Turhan Esener / Fatih Gündoğdu, Borçlar Hukuku 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 184; Hatemi / Gökyayla, s. 44; O. O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 449; Altaş, s. 47; Arif Barış Özbilen, Sözleşmelerin Şekli Ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 25 – 27; Günergök / Kayhan, s. 100.

¹⁰³ 6502 Sayılı TKHK, m. 3/1-1; “Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder”. Ahmet Karakocalı / Ali Suphi Kurşun, Tüketici Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2015, s. 14 – 16.

¹⁰⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 510; Karakocalı / Kurşun, s. 101; Tüketici işlemi olarak kredi sözleşmesi kavramı için Bkz. Yavuz / Acar / Özen, s. 758.

TKHK, m. 22/3; “Tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürmez”. Buna göre, tüketici işlemi niteliğindeki kredi sözleşmeleri yazılı olmadıkça geçerli olmayacaktır. Ancak burada söz konusu olan esnek hükümsüzlük durumudur. Yani geçersizlik sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek, banka tarafından ise ileri sürülemeyecektir. Özen, s. 156.

¹⁰⁵ 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu

Madde 22/1; “(Finansal kiralama) Sözleşme, yazılı şekilde yapılır. Taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine, kendilerine mahsus özel sicili bulunan taşınır mallara dair sözleşmeler bu malların kayıtlı oldukları sicile tescil ve şerh olunur ve kiralayan tarafından ayrıca Birliğe bildirilir”.

Madde 38/(2); “Faktoring sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi zorunludur”.

Madde 39/3; “Finansman sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi zorunludur”.

Bu istisnalar bakımından şekil, geçerlilik şartıdır.

Finansal kiralama kavramı ve sözleşmenin mülga kanun ile yürürlükteki mevzuat açısından şekil yönünden karşılaştırması için Bkz. Yavuz / Acar / Özen, s. 795 – 798; Eren, Borçlar Özel, s. 457 – 459; Zevkliler / Gökyayla, s. 408 – 414; Özbilen, s. 316 – 324.

¹⁰⁶ Gürses, s. 211 – 214; Özen, s. 152; Altınok Ormancı, s. 97; Oğuz, s. 297 – 299; Yener, s. 38; Eren, Borçlar Genel, s. 282; Esener / Gündoğdu, s. 184; Hatemi / Gökyayla, s. 44; Antalya, Cilt 1, s. 449; Özbilen, s. 25.

Tüketici kredisi sözleşmeleri ve bu arada konut finansmanı sözleşmeleri ise nitelikli yazılı şekle tabidir, Çabri, s. 109 – 111; Karakocalı / Kurşun, s. 119.

Çek hesabında müşterinin keşide ettiği çekin bedelini ödeyecek kadar para olmamasına rağmen

Ancak, HMK'daki yazılı delille ispat kuralına göre; “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını¹⁰⁷ geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz” (m. 200). Dolayısıyla her ne kadar sözleşmenin geçerliliği için bir yazılı şekil gerekmemekte ise de, kredinin miktarının HMK'daki yasal sınırın üzerinde olması halinde, hem kredi ilişkisinin kurulmasını sağlayan kredi sözleşmesinin varlığı hem de bu ilişkiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan çapraz temerrüt hükümlerinin varlığının yazılı delille ispat edilmesi gerektiği açıktır¹⁰⁸.

Uygulamada ise kredi açma sözleşmelerinin her zaman yazılı olarak yapıldığı görülmektedir. Aynı zamanda bu sözleşmelerin içerisine, sözleşmede yapılacak ekleme ve değişikliklerin de yazılı olması gerektiğine dair hükümler konulmaktadır. Bu tarz hükümler taraflar arasında iradî şekil zorunluluğu oluşturmaktadır¹⁰⁹.

çek bedelinin banka tarafından ödenmesinin açıktan kredi kullanılması niteliğinde olduğuna dair Bkz. **Tekinalp**, s. 484; Belli tutarda nakdî kredi kullanımlarına izin, senet kabulleri, teminat verilmesi gibi işlemlerin zimmî iradelerle kurulmuş kredi sözleşmesi kabul edildiğine dair Bk. **Yener**, s. 38.

Bir sözleşme çerçevesinde gösterilecek olan teminatların belirli bir şekle tâbi olması durumunda, asıl sözleşmenin de teminatların şekline tabi olması gerektiği yönündeki görüş için Bkz. **Özen**, s. 152 – 154.

¹⁰⁷ Bu miktar 2020 yılı için 4480 TL olarak uygulanacaktır.

¹⁰⁸ **Yener**, s. 38; **Gürses**, s. 215; **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 139; **Tuhr**, s. 231; **Esener / Gündoğdu**, s. 185; **Hatemi / Gökyayla**, s. 45; **Antalya**, Cilt 1, s. 453; **Altaş**, s. 72; **Özbilen**, s. 45 – 48; **Günergök / Kayıhan**, s. 113.

“Sözleşmenin kurulması için yazılı şekil şartı yok ise de; davalı tarafından sözleşme ilişkisi inkâr edildiği takdirde, talep miktarı da dikkate alınarak, yazılı delille ispata ilişkin kuralların gözetilmesi gerekir. 6100 sayılı HMK 200. maddeye göre, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibin beşyüz Türk lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibin beşyüz Türk lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. Yazılı sözleşme olmasa da sözleşmenin varlığını ortaya koyan, yazılı delil niteliğinde olmayan ancak kesin delil niteliğindeki ikrar, yemin delilleri ile de sözleşme ilişkisi ispatlanabilir”. Yarg. 15.HD, E: 2019/ 2718, K: 2020 / 128, T: 20.01.2020

¹⁰⁹ **Özen**, s. 152; **Gürses**, s. 215; **Oğuzman / Öz**, Cilt 1, s. 140 ve 153; **Eren, Borçlar Genel**, s. 284; **Hatemi / Gökyayla**, s. 53; **Altaş**, s. 69; **Özbilen**, s. 131 – 135.

TBK m. 17/1; “Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz” hükmü gereğince yazılı olarak yapılmış olan asıl sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması gerektiği de ileri sürülebilir.

e) İhtar

Yukarıda¹¹⁰ açıklandığı üzere; çapraz temerrüt kayıtları TBK anlamında bozucu koşul niteliğindedir. Borçlunun temerrüde düşmüş olması da aynı koşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri ise koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar (TBK m. 173/2)¹¹¹. Bu kapsamda, normal içerikte düzenlenmiş olan bir çapraz temerrüt hükmünü içeren kredi sözleşmesinin feshedilmiş sayılarak ortadan kalkması ve borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için herhangi bir ihtar yahut ihbar gerekmemektedir¹¹².

Ancak yukarıda¹¹³ izah edildiği üzere, banka ile müşterisi arasındaki ilişkinin¹¹⁴ devamını sağlamak için çoğunlukla sözleşmeye borçlunun durumu düzeltebilmesi olanağı tanınmakta ve borçlunun bu olanağı da değerlendirememiş olması halinde temerrüde düşmüş sayılacağı kararlaştırılmaktadır. Yahut kredi sözleşmesindeki muacceliyet kayıtları kapsamında banka tarafından ihtar gönderilerek muacceliyet bildirim yapılmaktadır. Bu bildirimde süre tanınmışsa sürenin dolması ile birlikte, süre tanınmamış ise ihtarın tebliğ olduğu günün mesai saati bitimiyle birlikte kredi borçlusu temerrüde düşmüş olmaktadır¹¹⁵. Böyle bir bildirim şartının sözleşmede yer alması durumunda, bu bildirim TTK'na uygun olarak yapılması gerekmektedir.

TTK'na göre; “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi fеше, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*” (m. 18/3). Bu nedenle, eğer kredi sözleşmesinde sözleşmenin feshine yahut karşı tarafın temerrüde düşürülmesine yönelik bir kayıt varsa, bu bildirimlerin noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekmektedir. Ancak bu şekil şartı da geçerlilik şartı olmayıp, ispat

¹¹⁰ Bkz. Yuk. “2. Çapraz Temerrüt Kayıtlarının Hukukî Niteliği”

¹¹¹ **Tuhr**, s. 761; **Oğuzman / Öz, Cilt 2**, s. 525; **Yüce**, s. 171.

¹¹² Oysaki normal şartlarda temerrüt ve bunun borçlu açısından doğuracağı hükümler, borcun muaccel olması anından değil, alacaklının ihtarda bulunmak suretiyle edayı kabule hazır olduğunu borçluya bildirmesinden itibaren doğar. **Tuhr**, s. 606; **Oğuzman / Öz, Cilt 2**, s. 525; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1116;

¹¹³ Bkz. Yuk. “1. Çapraz Temerrüt Kavramı”

¹¹⁴ **Tekinalp**; banka ile müşterisi arasındaki süregelen bu ilişkiyi iş bağlantısı olarak adlandırmaktadır. İş bağlantısının hukukî niteliği konusunda ise iki görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerde ilki olan genel banka sözleşmesi görüşüne göre; banka ile müşterisi arasında - mevcut sözleşme ve sözleşmeler dışında - bir çerçeve sözleşme niteliğinde genel banka sözleşmesi bulunduğu kabul edilir. İkinci görüş olan aslî edim yükümlülüğü bulunmayan kanunî borç ilişkisi görüşüne göre ise; iş bağlantısının bir sözleşme olmadığı, aslî edim yükümü olmayan bir borç ilişkisi olduğu kabul edilir. **Tekinalp**, s. 358 – 366.

¹¹⁵ **Öekli**, s. 172; **Eren, Borçlar Genel**, s. 980; **Hatemi / Gökyayla**, s. 252; **Antalya, Cilt 3**, s. 61; **Yüce**, s. 254.

şartıdır¹¹⁶. Fakat basiretli tacir ilkesi gereğince, yasada belirtilen şekillere uygun olarak bildirimde bulunmamış olan kredi verenin, yerine getirmediği şekil kuralları karşısında başka şekilde ispat etmesi mümkün olamayacaktır¹¹⁷.

4. Kredi İlişkinin Çapraz Temerrüt İle Sona Ermenin Sonuçları

Kredi sözleşmesinin çapraz temerrüt ile sona ermesi durumunda sözleşme ileriye dönük olarak ortadan kalkar. Zira, banka kredi sözleşmeleri aynı zamanda sürekli borç ilişkisi¹¹⁸ doğuran sözleşmelerdir¹¹⁹. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise ileriye dönük olarak ve fesih yoluyla sonlandırılabilir¹²⁰.

Sona erme anından itibaren bankanın artık yeni kredi kullandırma borcu da ileriye dönük olarak ortadan kalkar. Kullanılmış olan diğer krediler için ise artık bir tasfiye süreci başlar¹²¹.

Banka kredi sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bankanın krediyi müşterinin kullanımı için hazır bulundurma ve müşterinin talep etmesi halinde bu krediyi kullandırma borcu ile müşterinin kredi asıl borcu yanında kedi bedeli olarak nitelendirilebilecek olan faiz ve provizyon yahut komisyon ödeme borcu birbiriyle karşılıklılık içerisindedir¹²². Bu nedenle sözleşmenin çapraz temerrüt ile sona ermesi durumunda, alacaklı durumda olan

¹¹⁶ “TTK'nun 20/3. maddesi uyarınca, "tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır." Bu maddedeki ihbar ve ihtar şekilleri, Dairemizin kökleşen uygulamasına göre, geçerlilik şartı olmayıp, bir ispat şartıdır”. Yarg. HGK, E. 1996/ 11-951, K: 1997 / 178, T:12.03.1997; **Altınok Ormancı**, s. 187 – 188; **Tuncel Yazoğlu**, s. 136; **Eren, Borçlar Genel**, s. 286;

¹¹⁷ “Öte yandan davacı ayrıca temerrüt ihtarında da bulunduğunu kanıtlayamadığından ve taraflar tacir olup T.T.K. nun 20/3. maddesi gereğince temerrüt ihtarının, noterden veya iadeli taahhütlü mektup yahut telgrafla yapılması gerekmekte olup, davacı bu şekilde ihtarda bulunduğunu ileri sürmediğinden, ... bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. HGK, E: 1996/ 15-208, K: 1996 / 324, T: 15.05.1996

¹¹⁸ Sürekli borç ilişkisi kavramı ve bu kavramla ilgili yapılan tanımlar için Bkz. **Pınar Altınok Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 7 – 14; **Eren, Borçlar Genel**, s. 107;

¹¹⁹ **Eren, Borçlar Özel**, s. 506; **Altınok Ormancı**, s. 61; **Ölekli**, s. 82; **Özen**, s. 323; **Dursun Karahmetoğlu**, s. 37 – 38; özellikle kredi sözleşmesinin tek aşamalı bir borç ilişkisi olduğu görüşünde olanlar bu ilişkinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürmektedirler. **Ölekli**, s. 51.

¹²⁰ **Eren, Borçlar Genel**, s. 1285; **Demirbaş**, s. 67 – 69; “Fesih, sürekli sözleşme ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) sona erdiren bir olumsuz (bozucu) yenilik doğuran hak ya da işlemdir” **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007; Aynı tanımlı benimseyen **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 81.

¹²¹ **Özen**, S. 336; **Ölekli**, s. 84; **Yener**, s. 130; **Yüce**, s. 171; <https://www.investopedia.com/terms/c/crossdefault.asp> E.T: 20.05.2020

¹²² **Eren, Borçlar Özel**, s. 506 ve 509; **Gürses**, s. 273 – 304; **Dursun Karahmetoğlu**, s. 47 – 50; **Ölekli**, s. 51; **Oğuz**, s. 320; **Yener**, s. 58; Tam iki taraf borç yükleyen sözleşme olarak banka kredi sözleşmelerinin gösterdiği özellikler için Bkz. **Özen**, s. 228 – 236; **Yener**, s. 130; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 735.

banka TBK m. 123 – 126 arasından düzenlenmiş olan hükümlerden yararlanabilecektir¹²³.

Diğer taraftan gerek nakdî kredilerde asıl alacak tutarı, faiz ve provizyon gerekse gayrınakdî kredilerdeki faiz ve provizyon para alacağı niteliğindedir. Bu nedenle, çapraz temerrüt halinde para alacaklarında temerrüde dair hükümler uygulama alanı bulacaktır¹²⁴. Yani alacaklı, temerrüt faizi ile birlikte temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür (TBK. m. 122)¹²⁵.

C. SONUÇ

Latince’de birine güven duymak anlamına gelen “credere” kelimesinden gelmekte olan kredi kelimesi, karşılıklı birbirine güvenmek şeklinde beliren subjektif anlamının yanında belirli bir ödeme gücünün belirli bir süreyle birine tahsis edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir de ekonomik anlam içermektedir. Bankacılık anlamında da kredi bu ekonomik anlamıyla kullanılmakta ve kredi lehdarının banka tarafından belirli bir süre ekonomik olarak desteklenmesine hizmet eden her türlü kredi, bankacılık anlamında kredi olarak kabul edilmektedir.

Kredinin ve kredi sözleşmelerinin hukukî niteliğine dair ileri sürülen bir çok farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşler temelde, tüketim öduncü sayan görüşler, çok aşamalı sözleşme sayan görüşler ve tek aşamalı sözleşme sayan görüşler olarak ayrılmakla birlikte, bunar kendi içerisinde de farklılık göstermektedir.

Banka sözleşmelerinde ve uygulamada kullanılan anlamı ile en basit şekilde çapraz temerrüt; krediyi teminat altına alan aynî yahut şahsî teminatlarda bir zayıflama, bir sorun veya bir risk ortaya çıkması yahut kredi borçlusunun gerek aynı bankaya gerekse başkaca bankalara olan ödemelerinde temerrüde düşmesi halinde, kredi borçlusunun diğer bağlı krediler açısından da temerrüde düşmüş sayılmasıdır.

Çapraz temerrüdün gerçekleşmesi için; bağlı kredi sözleşmesinin henüz temerrüde düşmemiş olması, borçlu, kefil ya da garantörün başka bir sözleşmede temerrüde düşmesi, bağlı kredinin tüketici kredisi niteliğinde olmaması, çapraz

¹²³ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları için Bkz. **Oğuzman / Öz, Cilt 1**, s. 504 – 532; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1132 – 1147; **Antalya, Cilt 3**, s. 465 – 483.

Gürses, kredi aslını ödeme borcunun bankanın borçları ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde olmadığını, dolayısıyla bu borçlara karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağını, sadece bankanın borcuna karşılık teşkil eden faiz ve provizyon ödemelerinde temerrüde düşme durumu için karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini ileri sürmektedir. **Gürses**, s. 390.

¹²⁴ **Gürses**, s. 389; Para borçlarında temerrüdün sonuçları için Bkz. **Oğuzman / Öz, Cilt 1**, s. 491 – 503; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1130 – 1132; **Antalya, Cilt 3**, s. 445 – 460; **Günergök / Kayıhan**, s. 305 – 315.

¹²⁵ **Gürses**, s. 389; **Oğuzman / Öz, Cilt 1**, s. 499 – 502; **Ölekli**, s. 176 – 180; **Yener**, s. 131; **Eren, Borçlar Genel**, s. 1130 – 1132; **Antalya, Cilt 3**, s. 460 – 465; **Günergök / Kayıhan**, s. 311 – 314.

temerrüt hükümlerinin kredi sözleşmesinde açıkça yazması gerekmektedir. Çapraz temerrüdün gerçekleşmesi için ihtara gerek bulunmamakta ise de, sözleşmede ihtar şart koşulmuşsa çapraz temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ayrıca ihtar göndermesi de gerekmektedir.

Banka kredi sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve konusunu mutlaka aslî edim ya da yan edim olarak bir miktar para oluşturduğu için, sözleşmenin çapraz temerrüt ile sona ermesi durumunda borçlu temerrüdünün genel sonuçları yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki ve para borçlarındaki sonuçları da uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

Hüseyin ALTAŞ, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998

Pınar ALTINOK ORMANCI, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011

O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015

O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 3, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017

Fahrettin ARAL / Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015

Vedat BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998

Mustafa CANBAZ, Katılım Bankacılığı, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018

Sezer ÇABRİ, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

Harun DEMİRBAŞ, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007

Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU, Nakdî Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Sebep Feshi ve Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

Turhan ESENER / Fatih GÜNDOĞDU, Borçlar Hukuku 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017

- Ümit GEZDER, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Beta Yayınevi, İstanbul 1998
- Aysel GÜNDOĞDU, Bankacılık Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019
- Özcan GÜNERGÖK / Şaban KAYIHAN, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020
- Davut GÜRSES, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018
- Hüseyin HATEMİ / Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017
- Adalet HAZAR / Şenol BABUŞCU, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Banka Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019
- Eyüp İPEK, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016
- Ahmet KARAKOCALI / Ali Suphi KURŞUN, Tüketici Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2015
- Ferudun KAYA, (Editör), Katılım Bankacılığı, Beta Yayınları, İstanbul 2017
- Şaban KAYIHAN, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- Edmund M.A. KNAW, The law & Practice of Offshore Banking & Finance, Quorum Books, Londra/İNGİLTERE 1996
- Lale KARABIYIK / Adem ANBAR, Kredi Temerrüt Swapları ve Kredi Temerrüt Swaplarının Fiyatlandırılması, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı 31, Temmuz 2006
- Sefer OĞUZ, Bankacılık Hukuku Yönünden Ticarî Kredi Açma Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017
- M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017
- Neşe ÖLEKLİ, Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019
- Arif Barış ÖZBİLEN, Sözleşmelerin Şekli Ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016
- Burak ÖZEN, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017
- Ayşegül ÖZKURT, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması,

2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

Seza REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Cilt 1, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015

Seza REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Cilt 2, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015

Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007

Ömer Faruk ŞENOL, Hukukî Açından Bankaların Tezgahüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017

Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Beşinci Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010

Ünal TEKİNALP, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Andreas Von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cilt: 1 – 2, Yargıtay Yayını No:15, Ankara 1983

Füsun TUNCEL YAZOĞLU, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, İkinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2018

Gürkan UYSAL, Katılım Bankacılığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020

Cevdet YAVUZ / Faruk ACAR / Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014

Mehmet Deniz YENER, Kredi Açma Sözleşmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008

Mustafa YURTTADUR / İshak YILDIZ, Faizsiz Finans, Beta Yayınları, İstanbul 2017

Melek Bilgin YÜCE, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015

Aydın ZEVKLİLER / Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017

www.spk.gov.tr

www.bddk.org.tr

www.dergipark.org.tr

<https://www.odeabank.com.tr/SiteAssets/docs/sozlesmeler/yatirim/TezgahustuTurevIslemlerSozlesmesi.pdf>

<http://www.tskb.com.tr/i/assets/document/pdf/cer%C3%A7eve-Sozlesmesi.pdf>

https://www.ing.com.tr/F/Documents/pdf/Hakkimizda/Hizmet_ve_Kredi_Sozlesmeleri/Genel_Kredi_Sozlesmesi.pdf

<http://www.jcrer.com.tr/Pages.aspx?Page=temerrut-hali-ve-temerrut-olasiligi-tanimlari>

<https://www.investopedia.com/terms/c/crossdefault.asp>

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3377?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3377?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

<http://www.businessdictionary.com/definition/cross-default-clause.html>

<https://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Cross-Default>

<https://www.mondaq.com/turkey/Finance-and-Banking/903472/Cross-Default-Clauses-In-Loan-Agreements>

<http://journal.mufad.org.tr/attachments/article/441/7.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı