

ELMADAĞ NOTES

Sayı 03/2020

Covid-19 Sebebiyle Yaşanan Sorunlar

*İşveren Olarak
Alınabilecek Önlemler*

Evden Çalışma Sırasında İş Kazası

Kısa Çalışma Ödeneği

Covid-19 Pandemic Effect On Business

*Economic Problems and
Economic Stability Shield
as a Solution*

Contagious Disease Under Turkish Law and Covid-19 Outbreak





ELMADAĞ AVUKATLIK ve DANIŞMANLIK

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

SORUMLU MÜDÜR

Fethullah ERKO

EDİTÖR

Av. Güniz ÇİÇEK

YAZARLAR

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK, Av. Güniz ÇİÇEK, Stj. Av. Sultan ÇOBAN, Stj. Av. Mehmet Akif ARSLAN, Av. Beyza IŞIK, Stj. Av. Beyzanur KURU, Av. İrem ERKOÇ TANIŞIR, Av. Cansu HANGÜL, Av. Erhan MUTLU, Av. E. Eda ARSLAN, Av. Bekir YEŞİL, Av. Dilara TEMİZSOY, Av. M. Talha SARIMERMER, Av. Hüseyin Tarık ATALAY, Av. Doğançan TÖLEK, Stj. Av. Esra Nur KARASAN, Av. Arda MERİÇ, Av. Özge ÖZGENCİL, Av. Mustafa ÖZTÜRK, Av. Tolga İNCE

TASARIM

CYCLE Marketing Dijital Strateji Danışmanlığı A.Ş.

Veko Giz Plaza, Ayazağa Mh. Dereboyu Cd. Meydan Sk. No: 85 34398 Maslak / İstanbul

+90 212 986 01 11 • hello@cycle-marketing.com

BASKI

Matsis Matbaa Hizmetleri San. ve Tic.Ltd.Şti.

Tevfikbey Mahallesi Dr. Ali Demir Caddesi No: 51 34290 Sefaköy - İstanbul

+90 (212) 624 21 11 • selman@matbaasistemleri.com

DERGİ YÖNETİM YERİ

Esentepe Mahallesi, Büyükdere Caddesi, Keskin Kalem Sokak, No:17/7,

ARYA Plaza 34394, Şişli/ İstanbul

+90 (212) 288 28 68

E-posta

info@elmadaghukuk.com

Web

www.elmadaghukuk.com

LinkedIn

ElmadagLawFirm

ISSN

2667-4157

ÖNSÖZ



Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık olarak periyodik olarak yayınlamış olduğumuz dergimizin üçüncü sayısı ile sizlerle buluşmaktan büyük bir mutluluk duyuyoruz.

Çin’de başlayan ve bütün dünyayı etkisine alan Covid-19 pandemisi sadece toplum sağlığı açısından değil, hukuk alanında da büyük değişimlere sebep olacağı görülmektedir. Bilindiği gibi dünya tarihinde yaşanan olağanüstü değişimler tarihin seyrini de değiştirmiştir. Örneğin Macellan’ın Dünyanın çevresini ilk kez dolaşması ile deniz ticareti ve sömürgecilik başlamış, uzun yıllar devam eden ipek yolu ticareti önemini kaybetmiş buna bağlı olarak zengin coğrafyalar etkinliğini yitirirken, deniz ticaretinin merkezi olan coğrafyalar ise yükselişe geçmiştir. Bunun doğal sonucu ticaret, deniz yoluna ve limanlara kaymış buna bağlı olarak da yeni ticaret merkezleri ile dünya üzerinde yeni güçlü devletler ortaya çıkmıştır. Bir diğer radikal değişim ise elektrik ve ampulün keşfi ile başlayıp kablolu iletişim ile devam eden ve nihayetinde TV, kablosuz iletişim, bilgisayar ve son dönemlerde internet, yeni nesil bilgi çağı değişim sürecini ve hızını artırmıştır. Bugün ise insanın başını döndüren bu ve benzeri birçok gelişim ve değişimi yaşayarak tarihe tanıklık etmekteyiz.

Bu dönemde teknolojiden bilime, bilimden hukuka yaşanan bu değişim ve dönüşüm sürecinde Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık olarak, iletişim içerisinde olduğumuz siz dostları hukuk alanında bugünü anlayarak yarına hazırlanma bağlamında yaptığımız çalışmaları sizlere ulaştırmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Bu sayıdaki gündemimizin ana konusu Covid-19 olmakla birlikte diğer yazılarımızla da günceli yakalayarak siz değerli takipçilerimize hukuki açıdan bilgi sunma gayreti içerisindeyiz. Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık şunu öngörmektedir ki; kısa bir süre içerisinde işletmelerin yapılarında ve yönetimlerinde birçok değişime tanık olacağımız gibi hukuk ofislerinde ve hizmetlerinde de birçok değişikliğe tanıklık edeceğiz. Kurumsal yapıları olmayan, günceli hem ulusal bağlamda hem de uluslararası bağlamda yakalayamayan hukuk ofislerinin tarih olacağı günlerin yakın olduğunun bilicinde olan Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık, değişime ve dönüşüme açık vizyonu, istikbale hazır kadrosu ile de geleceğe hazırlık yapmaktadır.

Elmadağ ailesi olarak hem ulusal hem de uluslararası bağlamda hukuk alanındaki ihtiyaçlarınızı karşılamak amacı ile sizlerin her daim yanında olacağımızı yinelemekten mutluluk duyduğumuzu bir kez daha ifade etmek isteriz.

Elmadağ ailesi olarak; Covid-19 sebebi ile içerisinde bulunduğumuz bu zorlu süreçte siz dostlarımıza ve ailenize sağlık, mutluluk dilerken bu vesile ile yaklaşmakta olan ramazan ayını ve sonundaki bayramınızı da şimdiden tebrik ederiz.

Hukukun üstün, bilginin güç verdiği anlayışı ile hazırladığımız bu sayıyı takdirlerinize sunar iyi okumalar dileriz...

Saygılarımla,

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

İÇİNDEKİLER

06

Covid-19 Salgını ve İşletmelerin Hukuki Durumuna İlişkin Değerlendirme

Av. Beyza IŞIK - Av. Erhan MUTLU - Av.Özge ÖZGENCİL

17

Covid-19 Pandemic Effect on Business

Av. Beyza IŞIK - Av. Erhan MUTLU - Av. Özge ÖZGENCİL - Av. Cansu HANGÜL - Av. Doğançan TÖLEK

26

AB'de Yapay Zekaya İlişkin Yasama Faaliyetlerinde Son Gelişmeler

Av. Güniz ÇİÇEK

37

Rekabet Hukukunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılması

Stj Av. Sultan ÇOBAN

48

Veri Sorumlularının Yükümlülükleri

Stj. Av. Mehmet Akif ARSLAN

52

Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi

Av. Beyza IŞIK

55

Public Policy Exception under the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Stj. Av. Beyzanur KURU

59

Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Türk Hukuk Sistemi İçerisindeki Yeri ve Hukuki Niteliği

Av. İrem ERKOÇ TANIŞIR

70

Müteselsil Borçluluk ve Borçlular Arasında Teselsül

Av. Cansu HANGÜL

76

Profesyonel Futbolcu Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Futbolcu Sözleşmelerinden Doğan İhtilafların Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kapsamında İncelenmesi

Av. Erhan MUTLU

84

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yükleniciye Devredilen Paylara İlişkin Tapu İptali ve Tescili Davası ile Tapular Üzerindeki Takyidatların Hukuki Durumu

Av. E. Eda ARSLAN

88

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmenin Feshinin Sonuçları
Av. Bekir YEŞİL

95

Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devrinde Bağlam
Av. Dilara TEMİZSOY

102

**Kısıtlı ile Yasal Temsilcisi Arasında Hususi Hallerde Doğan Menfaat Çatışması:
Ortaklıklar Hukuku Bağlamında**
Av. M. Talha SARIMERMER

110

Anonim Şirket Genel Kurulu ve Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği
Av. Hüseyin Tarkan ATALAY

115

**Vakıf Üniversiteleri Öğretim Üyelerinin Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve
Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu**
Av. Doğancan TÖLEK

121

Toplu İş Hukukunda Sendikal Güvenceler
Stj. Av. Esra Nur KARASAN

130

Fiili Haciz Sırasında İstihkak Prosedürü
Av. Arda MERİÇ

137

Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları
Av. Özge ÖZGENCİL

146

Tüzel Kişilere Karşı Hakaret Suçu İşlenebilir mi?
Av. Mustafa ÖZTÜRK

150

Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması
Av. Tolga İNCE

COVID-19 SALGINI VE İŞLETMELERİN HUKUKİ DURUMUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Av. Beyza IŞIK

Av. Erhan MUTLU

Av. Özge ÖZGENCİL

1. İŞLETMENİN SÜREKLİLİĞİ KAVRAMI

İşletmenin sürekliliği kavramı, işletmelerin faaliyetlerini bir süreye bağlı olmaksızın sürdürebilmesini ifade eder. Bu durum Türk Ticaret Kanununun 78'inci maddesinde "Fiilî veya hukuki duruma aykırı olmadıkça, değerlemelerde işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilir" ifadesi ile yer bulmaktadır. Bu anlamda işletmelerin sürekliliğini sağlamak öncelikli olarak kabul görmektedir.

2. COVID-19 SEBEBİYLE YAŞANAN SORUNLAR

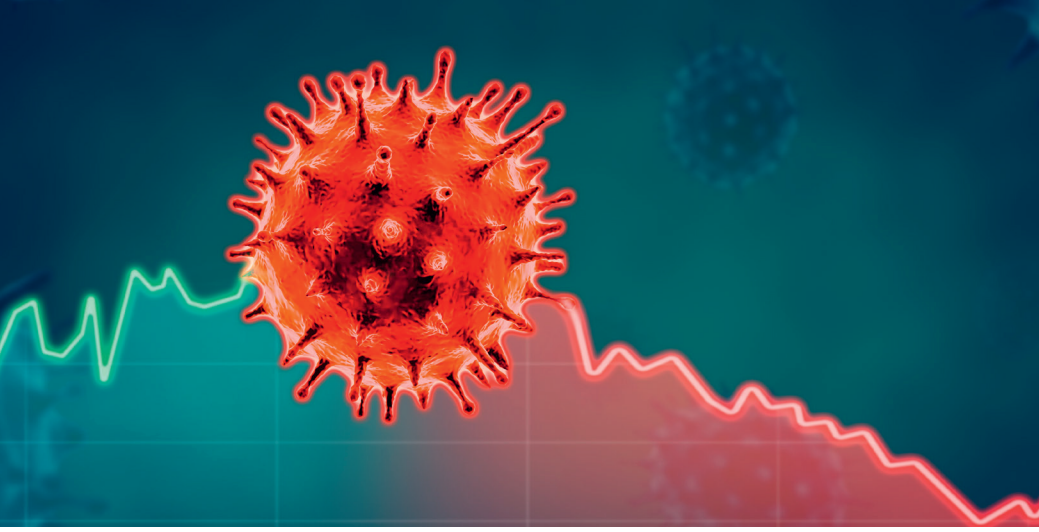
Çalışanların İşe Devam Etmesi Hususu

Covid-19 salgınının zararları, virüsün başka bir çeşidi olan ve dünyayı etkileyen SARS'ı dahi verilere göre 10 Şubat 2020 itibarı ile geride bırakmıştır. Bu sebeple kimi çalışanlar işe gitmeme kararı alarak rapor almış, kimisi istifa etmiş, kimisi ise işten çıkarılmıştır. İşe gitmeyen veya mecburen gidemeyen çalışan kesim doğaldır ki

maaşını alamama halinde ekonomik sıkıntı yaşayacaktır. Kısacası, salgın öyle bir durum yaratmıştır ki kişi işe gitmediğinde veya mecburen işe gittiğinde de salgının yarattığı etkilerden tam olarak kurtulamamaktadır. Bu durumda bazı iş yerleri, evden çalışma sistemine geçmiş ve hem kişinin hem de çalışma arkadaşlarının sağlığını korumuş aynı zamanda ekonomik olarak varlığını devam ettirebilme imkanı vermiştir. Bu hususlara ilişkin hukuki bakış aşağıda yer almaktadır. Bugün itibarı ile bakıldığında, büyük firmaların dahi çalışmalarını askıya aldığı, mağazalarını geçici süre kapattığı ve belki satışlarına online olarak devam ettiği görülmektedir.

Ülkede Normalde Yapılan ve Süregelen Etkinliklerin Yapılamaması

Covid-19 salgını sebebi ile neredeyse başladığı tarihten itibaren kültür-sanat etkinlikleri, konserler, konferanslar, toplantılar hatta adliyelerde duruşmalar dahi ertelenmiş ya da yapılmamıştır. Ülkemizde pek çok ülkede olduğu gibi eğitime ara verilmiştir. Öyle ki bu kapsamda, her sene belirli dönemde yapılan ve gençler için büyük önem taşıyan üniversite ve liselere giriş sınavlarının ertelenmesi ihtimali dahi bulunmaktadır.



Ekonomik Sorunlar ve Çözüm Olarak Ekonomik İstikrar Kalkanı

Covid-19 tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de gündemin değişmesine ve bir takım ciddi önlemler alınmasına sebep olmuştur. Türkiye'nin bu salgından en az zararla kurtulabilmesi için sağlık ve buna ilişkin alanlarda tedbirler alınırken ekonomik istikrar da göz ardı edilemeyecek bir konudur. Bazı iş yerleri bu salgın sebebi ile küçülmeye gitmiş, bazı kişiler işten ayrılmış, kimileri ise maaşını alamama tehlikesi yaşamış veya yaşama ihtimali ile karşı karşıyadır. İş yerlerinin çalışmadığı, işçilerin işe gidemediği, işlerin yürümediği bir ortamda ekonomik sorunların da baş göstermesi muhtemeldir.

Bu sebeple Hükümet tarafından 18.03.2020 tarihinde 100 milyar Türk Liralık bir "Ekonomik İstikrar Kalkanı" paketi açıklanmıştır. Bu paket kapsamında Hükümet önceliğinin üretim ve istihdamın sekteye

uğramaması olduğunu vurgulamış ve paket sayesinde istihdam kaybı yaşanmamasını istediklerini belirtmiştir. Banka ve Kredi kuruluşlarına kredilere ilişkin borçların ödenmesi ve firmalar için likidite ve nakit ihtiyacının hızlıca karşılanması yönünde çağrı yapılmıştır. Yine finansal konularla ilgili olarak Türkiye Bankalar Birliğinin tavsiye kararına atıf yapılmıştır.

Bu paket kapsamında pek çok tedbir ve çalışma bulunmaktadır. Kısaca yer verecek olursak;

Perakende, Avm, demir-çelik, otomotiv, lojistik-ulaşım, sinema-tiyatro, konaklama, yiyecek-içecek, tekstil-konfeksiyon ve etkinlik-organizasyon sektörleri için muhtasar ve KDV tevkifatı ile SGK primlerinin Nisan, Mayıs ve Haziran ödemelerinin 6'şar ay ertelenmesi,

- Konaklama vergisini Kasım ayına kadar uygulanmaması,

- Otel kiralamalarına ilişkin irtifak hakkı bedelleri ve hasılat payı ödemelerini Nisan, Mayıs ve Haziran ayları için 6 ay süreyle ertelenmesi,
- İç havayolu taşımacılığında 3 ay süreyle KDV oranını yüzde 18'den yüzde 1'e indirilmesine,
- Covid-19 salgınıyla ilgili tedbirlerden etkilendiği için nakit akışı bozulan firmaların bankalara olan kredi anapara ve faiz ödemelerini asgari 3 ay ötelenmesi ve gerektiğinde bunlara ilave finansman desteği sağlanması,
- İhracattaki geçici yavaşlama sürecinde kapasite kullanım oranlarının korunması amacıyla ihracatçıya stok finansmanı desteği verilmesi,
- Bu dönemde işlerinin olumsuz etkilendiğini beyan ederek talepte bulunan esnaf ve sanatkârların Halkbank'a olan kredi borçlarının, Nisan, Mayıs ve Haziran anapara ve faiz ödemelerini 3 ay süreyle ve faizsiz olarak ertelenmesi,
- Kredi Garanti Fonu limitini 25 milyar liradan 50 milyar liraya çıkartılması, kredilerde önceliği gelişmelerden olumsuz etkilendiği için likidite ihtiyacı oluşan ve teminat açığı bulunan firmalar ile Kobilere verilmesi,
- Vatandaşlarımız için uygun ve avantajlı şartlarda sosyal amaçlı kredi paketleri devreye alınmasının teşvik edilmesi,
- 500 bin liranın altındaki konutlarda kredilendirilebilir miktarını %80'den %90'a çıkartılması ve asgari peşinatın %10'a düşürülmesi,



- Virüsün yayılmasına karşı alınan tedbirlerin etkisiyle Nisan, Mayıs ve Haziran aylarında temerrüde düşen firmaların kredi siciline "mücbir sebep" notu düşülmesinin sağlanması,
- Asgari ücret desteğinin devam ettirilmesi,
- Mevzuatımızdaki esnek ve uzaktan çalışma modellerinin daha etkin hale getirilmesinin temin edilmesi,
- Kısa Çalışma Ödeneğinin devreye alınması, bundan faydalanmak için gereken süreçlerin kolaylaştırılması ve hızlandırılması, böylece faaliyetine ara veren işyerlerindeki işçilere geçici bir gelir desteği verilirken, işverenlerinin maliyetinin azaltılması,
- En düşük emekli maaşının 1.500 liraya yükseltilmesi,
- Emeklilerin bayram ikramiyesinin Nisan ayı başında ödenmesi ve yine emeklilerin maaş promosyon ödemelerinin de, şubelere gitmelerine gerek kalmaksızın, doğrudan hesaplarına yatırılması,
- Aile, Çalışma ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın belirlediği kriterlere göre ihtiyaç sahibi ailelere yapılacak nakdi yardımlar için ilave 2 milyar liralık bir kaynak ayrılması,
- İstihdamdaki sürekliliği temin etmek amacıyla 2 aylık telafi çalışma süresinin 4 aya çıkarılması,

- Küresel tedarik zincirlerindeki aksama ihtimaline karşı hem üretimde, hem de perakende de belirlenen önceliklere göre alternatif kanallar geliştirilmesi,
- Tek başına yaşayan 80 yaş üstü yaşlılar için, sosyal hizmet ve evde sağlık hizmetlerinden oluşan periyodik takip programının devreye alınması hususlarında verilen kararlar açıklanmıştır.

3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE BULAŞICI HASTALIK KAVRAMI VE COVID-19 SALGINININ YERİ

Türk Hukuku kapsamında, Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde bulaşıcı hastalık "Enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışverişi yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalık" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin ekinde hangi hastalıkların salgın hastalık olduğu açıkça belirtilmiştir. Yönetmeliğin ekinde "Solunum (hava) yolu ile bulaşan hastalıklar" kısmında Akut Solunum Yetmezliği Sendromu (Sars) belirtilmiştir. Covid-19 yani korona virüsün bulaşma yolu dikkate alındığında solunum yolu hastalığı olan SARS'ın yönetmelikte var olması, Covid-19'dan kaynaklanan koronavirüs hastalığını da anılan Yönetmelik kapsamında bulaşıcı hastalık olarak saymak doğru olacaktır.

4. İŞLETMENİN SÜREKLİLİĞİNİ SAĞLAYABİLMEK ADINA SÖZLEŞMENİN TARAFI OLARAK ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Şirketler, ticari faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında sözleşmeler akdetmekte ve gerek para borcu gerek edimin ifası şeklinde yükümlülük altına girmektedirler. Şirketlerin üstlendikleri yükümlülüklerin yerine getirilmesi noktasında Covid-19 salgınının olumsuz etkileri görülmektedir. Bu noktada faaliyeti durma noktasına gelen ya da beklediği faydayı sağlayamayacak olan şirketler sözleşmelerde yer alan edimlerin ifasında erteleme talep etmektedir. Bu anlamda sözleşmeler açısından "mücbir sebep" kavramı öne çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanununda mücbir sebep tanımlanmamış ve hüküm ve sonuçlarına yer verilmemiştir. Mücbir sebep, kaçınılamayan ve hatta öngörülemeyen sözleşme konusu borçların ifa edilmesine engel olan durum olarak tanımlanabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/1190 E. ve 2018/1259 K. sayılı kararında mücbir sebep ile ilgili olarak bir tanım yapmıştır: "Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 582). Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır". Bu çerçevede genel kabul görmüş mücbir sebep hallerine örnek olarak, büyük çaplı yangın, deprem, sel gibi

doğal afetleri, ülkeyi ve hatta kimi zaman dünyayı etkisi altına alan bulaşıcı hastalıkları gösterebiliriz.

Bir durumun, mücbir sebep sayılabilmesi için birtakım hususlar söz konusu olabilir. Mücbir sebep olarak belirtilen durum; doğan, sosyal, hukuki veya insana bağlı bir durum olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep sebebiyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülemezliktir. Mücbir sebep nedeni ile sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük ifa edilemeyecekse, mücbir sebep ile yükümlülüğün gerçekleşmemesi arasında illiyet bağı olması gerekmektedir ve buna ilişkin değerlendirme somut olay bazında yapılmalıdır. Mücbir sebep sürekli veya geçici olabilir. Sürekli ise sözleşme ile taahhüt edilen borcun ifası mümkün olmayabilir. Geçici olduğu halde ise mücbir sebep süresi boyunca ertelenebilir ve bu süre bittiğinde borcun ifası tamamlanır veya devam edilir.

İfa İmkansızlığı ve Aşırı İfa Güçlüğü Hususları

Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinde ifa imkansızlığı başlıklı hükme yer verilmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasında; borcun

ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması halinde borcun sona ereceğinden bahsedilmektedir. İkinci fıkrada; karşılıklı borç yükleyen sözleşme ise, ifası imkansızlaşan borç için borçlunun karşı taraftan almış olduğu edimi geri vermesi gerektiği, henüz bu edim ifa edilmedi ise artık isteyemeyeceğinden bahsedilmektedir. Ayrıca; kanun veya sözleşme ile borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yüklenmiş olduğu durumların bu hükmün dışında olduğu da eklenmiştir. Üçüncü fıkrada ise; borca ilişkin ifa imkansızlığının alacaklıya gecikmeksizin bildirilmesi ve zararın artmaması için gerekli önlemlerin alınması gerektiği ve borçlunun bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olduğundan bahsedilmektedir.

Aşırı ifa güçlüğü hususuna aynı Kanunun 138. maddesinde yer verilmiştir. Bu madde kapsamında; sözleşme yapılırken öngörülemeyen, öngörülmesi beklenmeyen ve borçlunun sebep olmadığı olağanüstü bir durum ortaya çıkarsa ve bu durum sözleşme yapılırken var olan olguları borçlu aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde değiştirirse, borçlu da borcunu henüz ifa etmemişse veya ifanın aşırı güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş ise borçlu hakimden sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasını isteyebilir ancak bu mümkün değilse sözleşmeden dönebilir denilmektedir. Ayrıca, sözleşme sürekli edimli ise borçlu kural olarak dönme değil fesih gerçekleştirebilir. Madde 138'deki hükümlerin yabancı para borçlarına da uygulanacağı belirtilmiştir.

Gündemimizde olan Covid-19, halk sağlığını ciddi derecede tehdit eden bir salgın hastalıktır ve hatta Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Sokakların, AVM'lerin, toplu gidilen alanların boşalmasına ve kapatılmasına sebep olmuştur ve bu itibarla mücbir sebep olduğunu belirtebiliriz.

Somut olaylar bazında; mücbir sebep teşkil eden Covid-19'un somut olay açısından ifa imkansızlığına ve/veya sözleşmesel taahhüdün yerine getirilmesini engelleyici nitelikte olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Öyle ki Covid-19'un varlığı hayatın olağan koşulları kapsamında borçlunun borcunu ifasını imkansız kılıyorsa bu durumda ifa imkansızlığına ilişkin hükümlere gidilmelidir. Ancak Sözleşme yapılırken var olan şartların değişimi ve güncel duruma uyarlanabilme veya geçici olarak durdurulması ihtimali varsa bunlar taraflarca değerlendirilerek sözleşme buna göre uyarlanabilir. Borçlu mücbir sebebin sebep olduğu veya olacağı durumu fark ettiğinde derhal bu sözleşmenin diğer tarafına bildirmeli ve varsa duruma ilişkin teklifini iletmelidir. Taraflar var olan mücbir sebep kapsamında durumu değerlendirerek iki taraf içinde zarara sebep olmayacak bir ortak nokta belirleyerek yukarıda belirtmiş olduğumuz hususlarda karar kılarak hareket edebilirler.

5. İŞVEREN OLARAK ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Virüs etkilerinin artması sonucunda yahut mevcut durumda devlet tarafından verilecek

bir kamu tavsiye kararı ile işverenlerin geçici süreyle işyerlerini kapatması söz konusu olabilecektir. Yine aynı zamanda İdare tarafından işyerlerinin geçici süreyle kapatılması kararı alınması da söz konusu olabilecektir. Bu durumda işverenin işçilerle anlaşma yoluna gitmediği takdirde hangi yolu seçmesine ilişkin olarak çalışanların ücretlerini ve yan haklarını ödeyip ödemeyeceği hususu önem taşımaktadır. İlk olarak şirket çalışan ile anlaşarak bu süre zarfında ücretsiz izin konusunda anlaşılabilir yahut işin niteliğine göre evden çalışma yapılmasına karar verebilir, telafi çalışmasını düşünebilir ya da işçiye ücretli izne çıkarma yolunu düşünebilir. Öncelikle çoğu şirketin bu dönemde uygulamayı düşündüğü evden çalışma yapılması hususunu incelemek daha doğru olacaktır. Bu yöntemlerin yanında telafi izni kullandırması ve işverenin varsa çalışana ücretli izin kullandırması ya da ücretsiz izin yöntemleri de değerlendirilebilir.

Evden Çalışma Yapılması

İş Kanununun 14. Maddesinde uzaktan çalışma tanımlanmıştır. Buna göre uzaktan çalışma "işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinden ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulması gereken iş ilişkisidir." Görüldüğü üzere kanun evden çalışma yaptırılması durumunda söz konusu sözleşmenin yazılı olması gerektiğini belirtmektedir. Yapılacak söz konusu sözleşmede işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar,

işveren tarafından sağlanan donanım ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin yer alması işveren ile işçi arasında daha sonradan oluşabilecek ihtilafların çözümlenmesi açısından önem taşıyacaktır. İşverenin burada öncelikle işçinin evden çalışma hususunu kabul ettiğine ilişkin yazı almasının faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Söz konusu Covid-19 nedeniyle işçinin sağlığı dikkate alınmak suretiyle iş sözleşmesinin evden çalışma olarak değiştirilmesi hedeflendiğinden işçinin evden çalışmayı kabul etmemesinin kayıt altına alınması ileride oluşabilecek hukuki uyumsuzlukta yararlı olacağı kanaatindeyiz. Kabul etmeyen işçinin iş akdinin feshedilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişikliği kabul etmeyen işçi olarak düşünülebileceği gibi kanaatimizce işçinin daha güvenli ortamda çalıştırılması amacıyla yapılmış olması nedeniyle işçinin feshinin haklı neden olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Her ne kadar evden çalışma anlaşmasının yukarıda yazılı olarak yapılması belirtilmiş ise de (bu husus oluşabilecek hukuki uyumsuzlukların çözüme kavuşturulması açısından önem arz etmektedir) söz konusu Covid-19 salgınının varlığı değerlendirildiğinde, evden çalışma bildiriminin, daha sonra ıslak imza almak koşuluyla iş yerinde asmak suretiyle ilan etmek, elden yazılı olarak teslim etmek veya e-mail olarak işçilere göndermek yöntemleriyle de tebliğ edilebileceği kanaatindeyiz.

Evden Çalışma Sırasında İş Kazası

Evden çalışma yaptırılması hususunda değinilmesi gereken bir diğer önemli konu ise işçinin evde çalışma yapması durumunda işverenin iş kazasından sorumlu olup olmayacağıdır. İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.

Evden çalıştırılma yapılması halinde çalışanın evde bir kazaya uğraması durumunda bu kazanın iş kazası olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında evde oluşabilecek her kaza iş kazası sayılamamakla birlikte hangi kazaların iş kazası sayılacağı somut olaya ve işveren tarafından tevdi edilen işe göre değişmektedir. Yapılan işle ilgili evde bir kaza olması ve işverenin yukarıdaki yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde işveren bu kazadan sorumlu olması söz konusu olabilecektir. Bu sebeple eğer ki evden çalışması kararı alınacaksa söz konusu tüm önlemlerin alınması işçinin her konuda bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmek isteriz.

Ücretsiz İzin Kullanılması

Ücretsiz izin kullandırma yolu işverenler tarafından tercih edilebilecek yollardan biridir. Ancak işçiyi ücretsiz izne çıkarmak isteyen işverenin İş Kanunu ve Yargıtay

kararları kapsamında öncelikle çalışanın rızasını alması gerekmektedir.

İşveren ile çalışan arasında yapılan iş sözleşmesinde veya işyerinde toplu iş sözleşmesinde ücretsiz izin ile ilgili bir düzenleme yapılması halinde ise bu düzenlemeye uygun olarak ücretsiz izin hakkı kullanılabilir.

Çalışan bu durumu kabul etmiyorsa ücretsiz izin kullanılması söz konusu olmayacaktır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki işverenin ücretsiz izne çıkma teklifine karşı çalışan herhangi bir itiraz öne sürmezse ve yerine getirirse çalışanın örtülü kabul gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz. Burada Yargıtay kararlarında işçinin muvafakatinin ispat yükünü işverene yüklemiştir.

Sonuç olarak; gerek iş sözleşmesinde gerekse varsa toplu iş sözleşmesinde ücretsiz izinle ilgili bir düzenleme yapılmamış ise işverenin işçiyi zorla ücretsiz izne göndermesi yasal olarak mümkün değildir. İşverenin işçiyi zorunlu ücretsiz izne çıkarması halinde ise işçinin haklı nedenle fesih hakkı gündeme gelecektir.

Ücretli Yıllık İzne Çıkarılması

Ücretli izin kapsamında işveren çalışanın yıllık izin kullanımı talebi ile bağlı bulunmamaktadır. Bu açıdan değerlendirme yapıldığında işverenlerin dürüstlük kuralının sınırları dâhilinde olmak üzere çalışanlara kendi inisiyatifleri doğrultusunda ücretli izin kullanılması hukuka uygun görünmektedir. Yargıtay kararlarında yıllık izin zamanının belirlenmesi hususu

işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan çalışanın kendiliğinden yıllık izne ayrılması işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini gündeme getirmektedir. Bu sebeple işverenin Covid-19 salgınının etkileri sebebiyle çalışanlara ücretli izin kullanırılması hukuka uygun olacaktır.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde "Toplu İzin" kavramı yer almaktadır. Yönetmelikte "İşveren veya işveren vekili Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulayabilir" denilmektedir. Bu çerçevede işveren toplu izin uygulanması halinde işveren veya işveren vekili, işyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar için yeter sayıda işçiyi toplu izin dışında tutulabilir.

Telafi Çalışması

Söz konusu ücretli ve ücretsiz izin alternatiflerinin çözümsüz kalması halinde ise bir diğer yol olarak telafi çalışması öngörülebilir. Telafi çalışması 2 ay içerisinde yapılmalıdır, sebebiyle birlikte tarihlerinin açık şekilde duyurulması, iş durdurmanın sona erdiğinde çalışanların toplam günlük çalışmasının 11 saati aşmaması gerektiği, telafi çalışmasının 3 saatten fazla olmaması ve tatil günlerinde yaptırılmaması gibi hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada değerlendirmek gereken husus 2 ay

içinde olması durumudur. Ancak yukarıda belirtilen Ekonomik İstikrar Kalkanı ile birlikte istihdamdaki sürekliliği temin etmek amacıyla 2 aylık telafi çalışma süresinin 4 aya çıkarılmasına karar verilmiştir.

6. COVID-19 SEBEBİYLE İŞVERENLERİN ÇALIŞANA YARIM MAAŞ ÖDENMESİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yarım maaş uygulaması İş Kanunu'nu 40. Maddesinde belirtilen hususların gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilecektir. Şöyle ki; ilgili madde "İş Kanununun 24. ve 25 inci maddelerinin (III) numaraları bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içerisinde bir haftaya kadar yarım ücret ödenir" şeklindedir.

Söz konusu Covid-19 salgınının pandemi olarak nitelendirmesi yapıp değerlendirildiğinde bu virüsün zorlayıcı neden olarak düşünülmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. Yargıtay bir kararında "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." diyerek salgın hastalığı zorlayıcı sebep olarak saymıştır. Sonuç olarak İş Kanunu kapsamında yarım maaş ödemesini

engelleyen bir durum görünmemektedir. Ancak işveren tarafından zorlayıcı sebepler nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

7. COVID-19 VİRÜSÜ SEBEBİYLE İŞVERENLERİN KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ HAKKI KAZANAIP KAZANMAMASI HUSUSU

İşverenler söz konusu virüsün zorlayıcı sebeplerden sayılmasının kabulü ile kısa çalışma ödeneğine başvurabileceklerdir. Kısa çalışma uygulaması 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 2. Ek maddesinde belirtilmiştir. Kısa çalışma genel anlamında "Üç ayı geçmemek üzere 4447 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinde sayılan gerekçelerle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması" şeklinde tanımlanmıştır. Kısa çalışmayı gerektirecek hal; 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 durdurulmasına karar verilmesi olarak ifade edilmektedir.

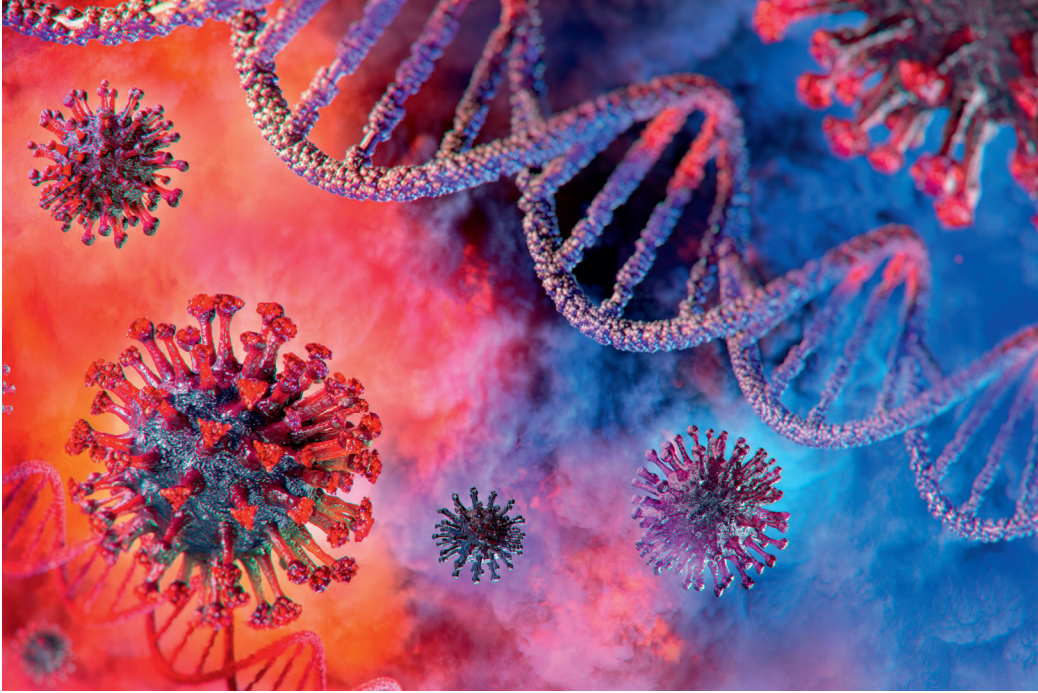
Yukarıda bahsi geçen Ekonomik İstikrar Kalkanı ile birlikte; kısa çalışma ödeneğinin devreye alınmasına ve bundan faydalanmak için gereken süreçlerin kolaylaştırılmasına

ve hızlandırılmasına karar verilmiştir. Böylece faaliyetine ara veren işyerlerindeki işçilere geçici bir gelir desteği verilirken, işverenlerinin maliyetinin azaltılması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla Covid-19 salgınının kısa çalışma ödeneğine başvuru koşulu olarak zorlayıcı sebep kabul edildiğini söyleyebiliriz.

8. İŞ AKDİNİN İŞÇİ VEYA İŞVEREN TARAFINDAN COVID-19 VİRÜSÜ SEBEBİYLE FESHEDİLMESİNİN HUKUKİ BOYUTU

İş Kanunu Madde 25/3 fıkrası zorlayıcı sebepler olarak işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkmasını işveren tarafından haklı nedenle fesih olarak belirtmiştir. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadı zorlayıcı nedenleri, "...sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir" şeklinde tanımlamaktadır.

Covid-19 salgınının zorlayıcı sebep olarak kabul edilip edilmediği önem taşımaktadır. Zorlayıcı sebep olarak kabulü halinde işveren tarafından işçinin iş sözleşmesini feshetmesi mümkün görünmektedir. Belirtmek gerekir ki söz konusu fesih işveren tarafından yapılması halinde işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğidir. Söz konusu fesih nedeninin haklı nedenle derhal fesih olması sebebiyle ihbar süresi tanıma yükümlülüğü bulunmamaktadır.



9. SONUÇ

Covid-19 salgını Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilerek tüm şirketler ve çalışanları yakından ilgilendiren bir konu haline gelmiştir. Virüsün bulaşma yolları dikkate alındığında kalabalık ortam olarak işyerleri tehlike arz eden yerler bakımından ilk sıralarda yer almaktadır.

Gerek Valilik kararıyla kapatılan gerek vatandaşın ve çalışanların sağlığı açısından önlem amaçlı kapatılan şirketler açısından ekonomik anlamda zor bir dönem yaşanmaktadır. İşbu bilgi notu ile birlikte şirketlerin taraf olduğu sözleşmelerde ve işveren olarak çalışanları ile ilişkilerinde atabilecekleri adımlara yer verdik. İşletmenin sürekliliğini olumsuz etkileyen Covid-19 virüsünün etkisini azaltmak adına hem sözleşmelerin tarafı hem de işverenler olarak şirketlerin bu süreci en hasarsız şekilde atlatabilmeleri için gerekli önlemlerin alınması büyük önem taşımaktadır.

COVID-19 PANDEMIC EFFECT ON BUSINESS

Av. Beyza IŞIK

Av. Erhan MUTLU

Av. Özge ÖZGENCİL

Av. Cansu HANGÜL

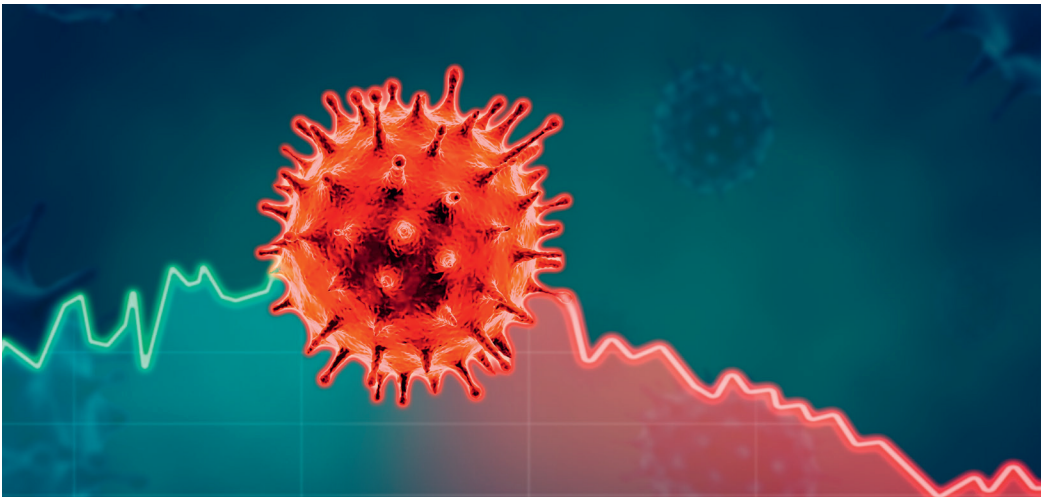
Av. Doğanca TÖLEK

1. BUSINESS CONTINUITY

The “business continuity” means that businesses can continue their activities regardless of time. As the Article 78 of the Turkish Commercial Code (“TCC”) envisages that “valuations, unless they are against the actual or legal situations, shall be conducted pursuant to the principle of business continuity”, it would be true

to set forth, continuity of the enterprises and businesses is as accepted as a main priority under relevant law.

By taking into consideration of the prioritized “business continuity” concept throughout this legal opinion, problems and measures which are already taken and might be taken in the future due to Covid-19 outbreak will be analysed in detail within the framework of the business continuity by aiming to draw attention to key items that we believe companies should consider during these difficult times as Covid-19’s impact on Turkey, like everywhere else worldwide, has become the most important issue on companies’ agendas.



2.. PROBLEMS DUE TO COVID-19

Non-Attendance to Work by the Employees or the Employees Being Forced by the Employer to Come to Work

According to the relevant data, as of February 10, 2020, the negative impacts of the Covid-19 outbreak have already outpaced SARS, another type of virus which negatively affected the world. Due to this reason, some employees decided to not go to work, some applied to medical reports, some resigned, and some were dismissed. Employees who do not go to work or who cannot go to work, will obviously experience some economic difficulties if they cannot get their salaries. In short, the epidemic has created such a situation that it is difficult for employees to mitigate the effects of the epidemic considering the cases which employees are not capable to work or are forced by their employers to go to work. Hence, in order to protect employees' health safety, some employers have changed their work arrangements and switched towards telework and have given opportunity to their employees to maintain their economic survival. As of today, it can be seen that even large firms have suspended their operations, temporarily shuttered their stores to, if possible, shift online.

Cancellation of the Normal and Ongoing Activities throughout the Country

Since the commencement of the spread of Covid-19 outbreak; cultural and art activities, concerts, conferences, meetings have been either suspended or cancelled whereas even no hearings in the courthouses were conducted. As it is the same for most countries worldwide, education is also suspended in Turkey whereas the central entrance exams regarding the high schools and universities which are highly crucial for the younger citizens are also at the risk of having been suspended.

Economic Problems and Economic Stability Shield as a Solution

Covid-19 has caused agendas to be altered within the entire world and has brought into some very serious measures to be taken in our country, Turkey's economic health and stability measures taken in the corresponding field is an issue that cannot be ignored in order to get the least damage from the epidemic. Some workplaces have gone down due to this epidemic, some people have left work, and some are at risk of failing to receive their salaries. Therefore, economic problems are likely to arise in an environment where workplaces do not work, employees cannot go to work and work activities stop.

As on 18.03.2020, Economic Stability

Shield Package ("Package") which constitutes 100 (hundred) billion Turkish Lira was announced by the Government. The Government emphasized by establishing this Package that, non-impediment of the production and the employment are the priorities whereas loss of employment is not wanted. In the framework of this Package; in accordance with the recommendation on financial matters by Banks Association of Turkey;

- Banks and credit institutions are invited to provide help concerning repayments of loans and liquidity and cash needs of companies.
- This Package includes many precautions and actions such as,
- Postponement of VAT,
- Non-implementation of Accommodation Tax till November,
- Postponement of easement right fees and revenue share payments for hotel leases for 6 (six) months for April, May and June,
- Increase in the credit viability amount from 80% (eighty per cent) to 90% (ninety per cent) in housings below 500 (five hundred) thousand Liras and a decrease in the minimum down payment to 10% (ten per cent),
- Postponement of SSI (Social Security Institution) premiums and concise and VAT withholdings for 6 (six)

months for the companies operating in retail, shopping mall, iron-steel, automotive, logistics-transportation, cinema-theatre, accommodation, food-beverage, textile-garment and event-organization sectors,

- Ensuring that firms which are in default in April, May and June due to the measures taken against the spread of the virus, will have a "force majeure" note will be written down/annotated on their credit registry, Continuation of minimum wage support, Ensuring that flexible and remote working models under relevant legislation will be more effective,
- Implementing the Short-Term Employment Allowance, facilitating and speeding up the processes required to benefit from it, thus reducing the cost of employers while providing temporary income support to employees in the workplaces where the operation has stopped,
- Raising the lowest retirement pension to 1.500 (one thousand five hundred) Turkish Lira,
- Payment of the holiday bonus of retirees at the beginning of April,
- Direct deposit of the salary promotion of retirees to their bank accounts, without having the retirees go to branches by themselves,

- Allocation of additional 2 (two) billion cash aid to families detected pursuant to the criteria set by the Ministry of Family, Labour and Social Policies,
- Extending the 2 (two) months period to 4 (four) months in relation with "Make-Up Work" in order to procure continuity of employment,
- Development of alternative channels according to the priorities determined in both production and retail against the possibility of disruption in global supply chains,
- Implementation of the periodic follow-up program of social services and home health services for the elderly citizens over the age of 80 (eighty) who live alone

3. CONTAGIOUS DISEASE UNDER TURKISH LAW & COVID-19 OUTBREAK

Under Turkish Law, contagious disease is described under the Regulation of Contagious Diseases Surveillance and Control Principles as "the disease that is transmitted from person to person through direct contact with an infected person, or indirectly, such as exposure to a vector, animal, product or environment, or through fluid exchange contaminated with an infectious substance, resulting from a microorganism or its toxic products". Under the Annex of the relevant Regulation it is explicitly set forth that which diseases are declared to be contagious and Severe Acute Respiratory Syndrome which is known as "SARS" is determined to be a contagious disease transmitted by respiratory/droplet



(air). Considering the fact that Covid-19 is also transmitted by droplet as SARS, it would be justifiable to count Covid-19 as a contagious disease in accordance with the related Regulation.

4. PRECAUTIONS TO BE TAKEN IN ORDER TO MAIN BUSINESS CONTINUITY AS A CONTRACTING PARTY

Companies while conducting their business activities enter into contracts and undertake either monetary obligations or execution of performance. It is clear that Covid-19 outbreak has negatively affecting the fulfillment of the liabilities of companies.

Thus, the companies, whose activities have come to a halt or who will not be able to achieve the benefits they expect, are demanding a postponement in the performance of their liabilities envisaged under the contracts. In this sense, the concept of "force majeure" stands out in terms of contracts.

Force Majeure which is neither described nor regulated especially in terms of its outcomes under Turkish Code of Obligations is an inescapable and even unforeseeable event which restraints the fulfillment of the obligations set under contracts.

Supreme Court Assembly of Civil Chambers defines "Force Majeure" in its decision 2017/1190E and 2018/1259K. as "Force majeure is an extraordinary event occurred outside of the activity and business of the

debtor and which cannot be foreseen and avoided, which leads to an absolute and inevitable violation of a general norm of behavior or non-fulfillment of the obligation (Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, p. 582). Natural disasters such as earthquakes, floods, fires and epidemics constitute Force Majeure events."

In order to count an event as Force Majeure some criteria must be met. Force Majeure events may be natural, social, legal or human related and must occur outside of the activities and business of the party which incurs damages. Moreover, Force Majeure causes the non-performance of norm of behavior or contractual obligation due to such circumstances whereas it is inevitable to mitigate or avoid against the event. Another essential element of Force Majeure is it being unpredictable. If a contractual obligation cannot be fulfilled due to Force Majeure, there must be a causal link between Force Majeure and the non-performance of the obligation, and the assessment must be made on a the basis of every concrete case. Force Majeure can be permanent or temporary. If it is continuous, it may not be possible to perform the contractual obligation. In the event that the Force Majeure event is temporary, performance of such obligation can be postponed for duration of term until the consequences of Force Majeure become ceased.

Impossibility of Performance and Hardship

Under the Article 136 of the Turkish Code of

Obligations "Impossibility of Performance" is foreseen. Under the first paragraph of the related Article, it is envisaged that if the performance of the debt becomes impossible due to the reasons that the debtor cannot be held responsible, the debt will end. In other words, if the debtor's obligation becomes impossible to perform without responsibility on his part, then the debtor's obligation extinguishes and the debtor becomes discharged. On the other hand, under the subsequent paragraph, it is regulated that, in cases of impossibility of performance where there is a bilateral contract between the debtor and the counter-party, debtor shall return the performance he/she received from the other party whereas he/she the rescues from his/her obligation if the other party has not performed yet. However, it is also regulated that, this provision does not apply to cases where the risk passes either by law or by contract to the creditor prior to the performance of the obligation. Furthermore, according to the third paragraph of the aforementioned Article, it is set forth that; if the debtor does not immediately notify the creditor of the subsequent impossibility of the performance or does not take necessary measures to mitigate the resulting damage, he is held liable to pay compensation for damages arising from this omission.

Turkish Code of Obligations Article 138 states that if the performance becomes extremely onerous due to an unexpected change of circumstances after the formation of contract, and if such change is not attributable to the debtor whereas it is

against the good faith principle, the debtor may ask the court to adapt the contract to the changed circumstances, or may terminate the contract if such adaptation is not viable.

Covid-19 disease, a pandemic declared by the World Health Organization, in question is a serious threat to the health of the public resulting many of the public places including schools, workplaces, and malls to be emptied and closed and thus, is a Force Majeure event.

In order to detect whether there is an impossibility of performance or a case of hardship, outcome due to Covid-19, Force Majeure, shall be evaluated on every merit base. Such that, if due to Covid-19 it is impossible for the debtor to perform his debt within the normal conditions of life, then provisions regarding the impossibility of performance should be invoked. However, if adaptation of the provisions to the current situation is possible, the contract can be adapted by the consensus of the contracting parties accordingly. To sum up, parties by immediately notifying the Force Majeure event to the other must together decide on the issues we have stated above by evaluating the situation.

5. PRECAUTIONS TO BE TAKEN BY THE EMPLOYER

It is possible that employers may close their workplaces for a temporary period as a result of the increased negative impacts of the related virus or the public recommendation

to be made by the State in the current situation. In addition to this, it is also possible that Administration authorities may order workplaces being temporarily closed. In this case, if the Employers fail to agree with the Employees, it is important whether the Employer pays the wages and fringe benefits. The Employer may agree with the Employees on the implementation of unpaid leave or telework (working from home) according to the nature of the job during this period. Moreover, the Employer may also consider implementing compensatory work or paid leave during this period.

In parallel with the right of the Employer to determine the annual paid leave period, when employees take annual leave on their own initiative it is considered to be an act of absenteeism. For these reasons, due to the effects of the Covid-19 the implementation of the paid leave by the employer seems legitimate in our opinion.

The concept of "Collective Leave" is also regulated under the Annual Paid Leave Regulation. Under the relevant Regulation it is set forth that "Employer or representative of the employer can apply collective leave covering all or a part of the employees between the beginning of April and the end of October". In this context, in case of an application of collective leave, the employer or the representative of the employer can exclude sufficient number of employees for compulsory situations such as protection of the workplace and maintenance, preparation, cleaning or security of vehicles,

equipment, or machinery in the workplace.

Make-Up by the Employees

If the paid and unpaid leave alternatives are to insoluble, another method which is called "make-up by the employees" can be considered by the employers. Employers wishing to make their employees to make-up time shall make sure that they have clarified the reasons and the dates to make-up. Furthermore, it is important to note that; make-up should not be performed on holidays and for more than 3 (three) hours daily within 2 (two) months following the final day of work in the workplace whereas the total daily work of the employees shall not exceed 11 (eleven) hours during make-up.

In contract with the abovementioned, although the foremost feature of the make-up is it being applied for 2 (two) months, pursuant to aforementioned Economic Stability Shield, it was decided to exceed this 2 (two) months period to 4 (four) months in order to ensure business continuity in employment.

6. HALF-SALARY DUE TO COVID-19

The half-salary implementation is also possible in accordance with the Article 40 of the Labor Law. In order to switch to half salary, legally compelling reasons must arise pursuant to the relevant Article. In case the compelling reasons; a) cause the work to stop for more than a week in the workplace or b) prevent the employer

working for a period longer than one week in the workplace, the employer whether he/she has actually worked or not shall be paid half a salary during this waiting period. We are the opinion that, Covid-19 outbreak; which is declared to be a pandemic is a compelling reason.

According to a previous decision of the Supreme Court; the reasons which prevent the employer from working must occur around the employee and does not include the reasons which arise from the workplace and which prevent the conduct of the work. For example, closing the workplace is not a compelling reason. However, conditions such as disconnection due to natural events such as flood, snow, earthquake, and quarantine application due to epidemic disease are compelling reasons. It should be noted that; in order to invoke the notion of compelling reason; employers must close their workplaces for compulsory reasons in accordance with a final resolution announced by the public authorities.

Another important to be clarified is that; the right to terminate the employment contract for the contracting parties arises when the compelling reason occur for both the employer and the employee at the same time. If the employment contract is terminated by the employer for compelling reasons, the employer shall pay the severance pay to the employee. As a result, we believe switching to half-salary is possible due to Covid-19.

7. RIGHT TO SHORT-TERM EMPLOYMENT ALLOWANCE DUE TO COVID-19

Employers are able to benefit from short-term employment allowance, with the acceptance of the virus in question is considered is one of the compelling reasons. In the event that the weekly working hours in the workplace are significantly reduced temporarily or the operation in the workplace is stopped temporarily completely or partially due to the general economic, sectorial or regional crisis and compelling reasons, short-term employment practice may be operated. Short-term employment is regulated under the Unemployment Insurance Law No.4474 and it is envisaged that short-term employment can be applied if there is a "as temporal shortening of the employment period in the whole or part of the workplace by at least one-thirds or complete or partial suspension of operation for at least four weeks". Along with the Economic Stability Shield; it was decided to trigger the short-term employment allowance and to facilitate and accelerate the processes required to benefit from it. Thus, it is aimed to reduce the expenditures of the employers while providing temporary income support to the employees in the workplaces. Therefore, we put forward that within the assumption of the Covid-19 being a compelling reason, employers are eligible to benefit from the short-term employment allowance.



8. TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO COVID-19 BY EMPLOYEES OR EMPLOYERS

Article 25. (3) of Labor Law stated that the compelling reason preventing the employee working for more than a week in the workplace is considered to be a rightful reason to terminate the employment contract by the employer. The precedential compelling reasons according to Supreme Court are as follows: "... disconnection due to natural events such as flood, snow, earthquake, and quarantine application due to epidemic disease are compelling reasons."

It is important whether Covid-19 outbreak is considered a compelling cause. If it is accepted as a compelling reason, employers can terminate the employment contract. It should be noted that despite a termination is made by the employer, severance pay must also be paid to the employee whereas there is no obligation to grant notice period since the reason for termination in question

is just termination for immediate reason.

9. CONCLUSION

The Covid-19 outbreak has been declared as a pandemic by the World Health Organization and has become a topic of interest to all companies and employees. When the ways of transmission of the virus are taken into consideration, workplaces are in the first places in terms of places that pose danger to crowded environments.

An economically difficult period is being experienced by the companies whose workplaces are closed pursuant to governor's decision for the public health of the citizens and employees. Throughout this Legal Opinion, we have set forth the work arrangement options of companies under relevant contracts in order to mitigate the negative effects of Covid-19 on business continuity since it is crucial to take the necessary precautions to overcome the impacts of the outbreak in the most undamaged way, both for the employers and employees.



AB'DE YAPAY ZEKAYA İLİŞKİN YASAMA FAALİYETLERİNDE SON GELİŞMELER

Giriş

Avrupa Komisyonu ("AK"), yapay zekanın Avrupa Birliği ("AB") düzeyinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi için uzun zamandır beklenen yasa tasarısını 19 Şubat 2020'de Avrupa Parlamentosu'na sundu: "Yapay Zeka Üzerine Beyaz Kitap - Mükemmellik ve güvene Avrupalı bir yaklaşım" ("White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust").

İlk bakışta, yapay zeka kullanımı ve test edilmesine ilişkin hazırlanan bu kanun tasarısının otomobil, kimyasal ürünler, kozmetik malzemesi ve oyuncaklar için kabul edilen yasalarla benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Buna göre söz konusu yasa tasarısı için öncelikle üç aylık bir ön aşamaya girileceği, 2021 yılına kadar da tasarının son haline getirilmesi öngörülmüyor. Daha sonraki aşamada üye ülkeler tarafından oylanacak olan tasarının son olarak Avrupa Parlamentosu'na tekrar sunulması ve Avrupa Parlamentosu'ndan geçtiği takdirde de resmi olarak AB yasası olarak kabul edilmesi planlanıyor.

Tasarıda, yapay zeka konusunda hazırlanan

yeni düzenlemenin özellikle insan haklarına ters düşmemesi konusuna özen gösterildiği, yapay zekanın temel işlevinin insanlara hizmet etmesi ve insan haklarıyla uyumlu olması gerektiği vurgusunun yapılmış olması dikkati çeken detaylar arasında yer alıyor. Diğer yandan, tasarının tanıtıldığı sunumda yapay zekanın çok büyük risk barındırdığı, bu sebeple ortak pazarda kullanılmadan önce yapay zeka uygulamalarının önemli testlerden geçirilmesinin gerekliliği de vurgulanmış durumda.

1. YAPAY ZEKA HAKKINDA BEYAZ KİTAP

Beyaz Kitap, sektörel gereksinimler veya yasaklardan daha ziyade sektöre ve uygulamaya özgü risk değerlendirmeleri ve gereklilikleri ile riske dayalı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. AK, Beyaz Kitap ile birlikte, bir "Avrupa veri stratejisi" ("Veri Stratejisi") ve "Yapay Zeka, Nesnelerin İnterneti ve robotların güvenlik ve sorumluluk etkileri hakkında bir rapor" ("Güvenlik ve Sorumluluk Raporu ") da dahil olmak üzere bir dizi belge yayımlamıştır. Söz konusu belgeler genel bir stratejinin ana hatlarını belirleme kapsamında düşünüldüğünde yapay zeka ve verilerin kullanımı ile ilgili birçok potansiyel risk ve

kaygının da ele alındığı görülmektedir. Bu nedenle Beyaz Kitap'ı, birçok Avrupa ülkesi ve uyum sürecinde olan Türkiye için de yasama sürecinin ilk adımları olarak değerlendirmek mümkündür.

Üzerinde kamuoyu, paydaşlar, Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasında müzakere sürecinin başladığı Beyaz Kitap iki bölüm halinde yapılandırılmıştır: (1) İlk bölüm "mükemmel ekosistemi" oluşturmak için özel sektör ile kamu sektörü arasındaki işbirliğini teşvik etmek için daha politik ve teknik yönlerin belirtildiği bölüm ("Teknik Doküman") ; (2) ikinci bölüm ise yapay zekanın bir "güven ekosistemi" oluşturması için gelecekteki düzenleyici çerçevenin temel unsurlarının öngörüldüğü bölüm olarak düzenlenmiştir.

Teknik Dokümanın ilk kısmı çoğunlukla yapay zekanın gelişimini, AB'de araştırma ve yatırımı artırmayı amaçlayan genel

politika önerilerini içermekle birlikte, ikinci kısım yapay zeka için olası bir düzenleyici çerçevenin ana özelliklerini özetlemektedir.

AK'nın görüşüne göre, AB genelinde daha geniş bir yapay zeka yayılmasının önündeki en büyük engellerden biri kamu güveninin eksikliği oluşturmaktadır. Bu nedenle, GDPR'da olduğu gibi AB, doğal riskleri düzenlemeye çalışarak kamu güvenliğini artırmayı da amaçlamaktadır. Yapay zeka konusunda AK tarafından belirlenen temel riskler, temel haklar (veri gizliliği ve ayrımcılık yapmama dahil), güvenlik ve sorumluluk konularıyla ilgilidir. AK, mevcut mevzuatta olası düzenlemelerin yanı sıra, bu riskleri de ele almak için özellikle yapay zeka konusunda yeni bir düzenlemenin gerekli olduğu sonucuna varmıştır.

Beyaz Kitap'a göre, gelecekteki herhangi bir mevzuat için temel mesele uygulamanın kapsamını belirlemek olacaktır. AK "veri" ve





"algoritmaları" yapay zekayı oluşturan ana unsurlar olarak tanımlamakta, ancak yapay zekanın tanımının yasal kesinlik sağlaması için yeterince esnek olması gerektiğini ve aynı zamanda mevzuatın teknik ilerlemeye ayak uydurması gerektiğini de vurgulamaktadır.

Maddi düzenleme bakımından AK, GDPR'ın "tek beden herkese uyar" yaklaşımı yerine içeriğe özgü riske dayalı bir yaklaşımı benimsemektedir. Buna göre aşağıdaki her iki kriter birlikte sağlandığında bir yapay zeka ürünü veya hizmeti "yüksek riskli" olarak kabul edilmelidir:

(1) Kritik Sektör: Yapay zeka ürünü veya hizmeti, önemli risklerin oluşabileceği bir sektörde kullanıldığında bu kriter söz konusu olur. Bu sektörler mevzuatta özel ve kapsamlı bir şekilde listelenmelidir; örneğin sağlık, ulaşım, enerji, güvenlik ve hukuk

sistemi gibi kamu sektörünün bazı bölümleri bu gruba dahildir.

(2) Kritik Kullanım: Yapay zeka ürünü veya hizmeti, önemli risklerin ortaya çıkması muhtemel şekilde kullanıldığında bu kriter söz konusu olur. Belirli bir kullanım risk seviyesinin değerlendirilmesi, etkilenen taraflar üzerindeki etkinin değerlendirilmesi suretiyle olur. Örneğin, yapay zeka kullanımında yaralanma, ölüm veya önemli maddi veya manevi hasarların oluşması halinde kritik kullanımın varlığından söz edilebilir.

Bir yapay zeka ürünü veya hizmeti her iki kriteri de yerine getirirse, yeni yapay zeka yasasının zorunlu gereksinimlerine tabi olacaktır. Bununla birlikte, yapay zeka tabanlı uygulamaların belirli amaçlar için kullanılması, bireysel hakları temelden etkilediğinde daima yüksek riskli olarak

kabul edilecektir. İşe alım süreçleri veya uzaktan biyometrik tanımlama (yüz tanıma gibi) yapay zekanın yüksek riskli kullanımına örnek gösterilebilir. Diğer yandan, bir yapay zeka ürünü veya hizmeti "yüksek riskli" olarak kabul edilmese dahi, GDPR gibi mevcut AB kurallarına tabi olmaya devam edecektir.

AK, Yapay Zeka Üst Düzey Uzman Grubunun "Güvenilir Yapay Zeka İçin Etik İlkeler" i dikkate alındığında, yeni yapay zeka mevzuatına dahil edilebilecek altı temel gereklilik ortaya koymaktadır:

1. Eğitim Verileri

AK, yapay zeka sistemlerini yeterince geniş ve temsili veri kümeleri üzerinde eğitime gereksinimi ve ayrıca yapay zeka etkin kullanımı sırasında gizlilik ve kişisel verilerin yeterince korunmasını sağlama gereksinimi gibi eğitim verileriyle ilgili çeşitli gereksinimler belirlemiştir. Diğer yandan, yapay zeka ürünlerinin ve hizmetlerinin kullanımı sırasında kişisel verilerin yeterli şekilde korunması gerektiğini de vurgulamaktadır.

2. Veri ve Kayıt Tutma

AK, birçok yapay zeka sisteminin karmaşıklığı ışığında, düzenleyici çerçevenin yapay zeka sistemlerini eğitmek ve test etmek için kullanılan veri kümesine doğru kayıtların tutulmasını önermektedir. Veri setlerinin tutulması ve yapay zeka sistemlerinin oluşturulması, test edilmesi ve onaylanması için kullanılan programlama ve eğitim metodolojileri, süreçleri ve

teknikleri hakkındaki belgeler bu kayıtlara örnek gösterilebilir. Verilerin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için kayıtların, veri kümelerinin ve belgelerin sınırlı ve makul bir süre boyunca saklanması gerekecektir. Gerektiğinde, ticari sır gibi gizli bilgilerin korunmasını sağlayacak düzenlemeler de ayrıca yapılmalıdır.

3. Bilgi Sağlama

AK'ya göre, yapay zeka sisteminin yetenekleri ve sınırlamaları hakkında açık bilgi sağlanmasını ayrıca, bir insan ile değil de bir yapay zeka sistemi ile etkileşime girdiklerinde bireyleri bilgilendirmek için şeffaf olunması gerekmektedir. Bununla birlikte, kullanıcının yapay zeka sistemleri ile etkileşime girdiği aşikâr ise böyle bir bilgi verilmesine gerek yoktur.

4. Sağlamlık ve Doğruluk

AK, zarar riskini en aza indirmek için yapay zeka sistemlerinin sağlam ve doğru olmasını, sonuçlarının tekrarlanabilir olmasını, tüm yaşam döngüsü aşamalarında hata veya tutarsızlıklarla yeterince başa çıkabilmesini ve gerek açık gerekse gizli saldırılara karşı dirençli olması gerektiğini belirtmektedir.

5. İnsan Gözetimi

AK, yapay zeka sistemlerinin insan özerkliğine zarar vermemesini veya başkaca olumsuz etkilerle neden olmamasını sağlamak için "uygun insan gözetimi" derecesinin durumdan duruma değişebileceğini belirtmektedir. Örneğin, sosyal güvenlik yardımları için yapılan bir başvurunun bir

yapay zeka sistemi tarafından reddedilmesi kararlaştırılabilir; ancak böyle durumlarda red işleminin bir insan tarafından gözden geçirmesine ve onaylanmasına tabi olarak etkili hale getirilmelidir. Ek olarak, bazı yapay zeka sistemlerine operasyonel blokajlar getirilmelidir; örneğin koşullar otomobilin güvenli bir şekilde çalışmasına izin vermediğinde sürücüsüz bir araba için otomatik bir durdurma sistemi geliştirilmelidir.

6. Uzaktan Biyometrik Tanımlama İçin Özel Gereklilikler

AK, kamusal alanda yüz tanıma teknolojisinin kullanımına beş yıllık bir yasak koymuş durumdadır. Bu kapsamda AB, uzaktan biyometrik tanımlamanın kullanımını ve kullanılabilecek olası önlemleri haklı kılabilir belirlenmiş koşullar hakkında geniş bir kamuoyu tartışması başlatmayı planlamaktadır. Teknik Rapor ayrıca, düzenlenecek yapay zeka mevzuatının kişisel ve coğrafi kapsamını da ele almaktadır. Piyasadaki her bir aktör bir şekilde yapay zeka sisteminin yaşam döngüsünde yer alabileceğinden (geliştiriciler, üreticiler, dağıtıcılar, son kullanıcılar vb.) mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerin doğru şekilde farklı aktörler arasında dağıtılması önerilmektedir. Coğrafi kapsamla ilgili olarak AB, mevzuatın hedeflerine ancak düzenlenecek mevzuatta belirtilen şartların, gerçek konumlarından bağımsız olarak AB'de yapay zeka tabanlı ürün veya hizmet sağlayan tüm şirketler için geçerli olması durumunda ulaşılabileceğini vurgulamaktadır.

2. VERİ STRATEJİSİ

Veri Stratejisi, önümüzdeki beş yıl içinde bir Avrupa "veri ekonomisi" ni geliştirmeye yönelik politika önlemleri sunmaktadır. AK, ABD ve Çin teknoloji firmalarının baskınlığını zorunlu "veri erişimi" hakkı da dahil olmak üzere yeni tekliflerle kırmaya çalışarak bu eğilimini sürdürmektedir.

AK Veri Stratejisi, tek bir "Avrupa veri alanı" oluşturmayı önermektedir. AB Üye Devletleri arasındaki yasal çerçevelerin ortadan kalkması, kalite verilerinin mevcudiyeti ve halihazırda mevcut olan piyasa gücü ve veri altyapılarındaki dengesizlikler gibi çeşitli konuları gündeme getirmektedir. Nitekim bu sorunlar AB'nin küresel veri ekonomisinde öncü bir rol üstlenmesini engellemektedir. Bu zorlukların üstesinden gelmek için AK, yasal bir çerçeve oluşturmaya, gerekli altyapıyı kurmaya ve kişisel olmayan "endüstriyel verilerin" geniş potansiyelini geliştirmeye odaklanan bir dizi öneri listelemektedir. Bu yaklaşım, bir taraftan Avrupalı olmayan şirketlerin yürürlükteki yasalara ve standartlara uymaları koşuluyla AB verilerine erişme ve bunları kullanma imkanını da sağlamaktadır.

AK'nın Veri Stratejisi, dört temele dayanmaktadır:

1. Veri Erişimi ve Kullanımı için Sektörler Arası Bir Yasal Çerçevenin Tanıtılması

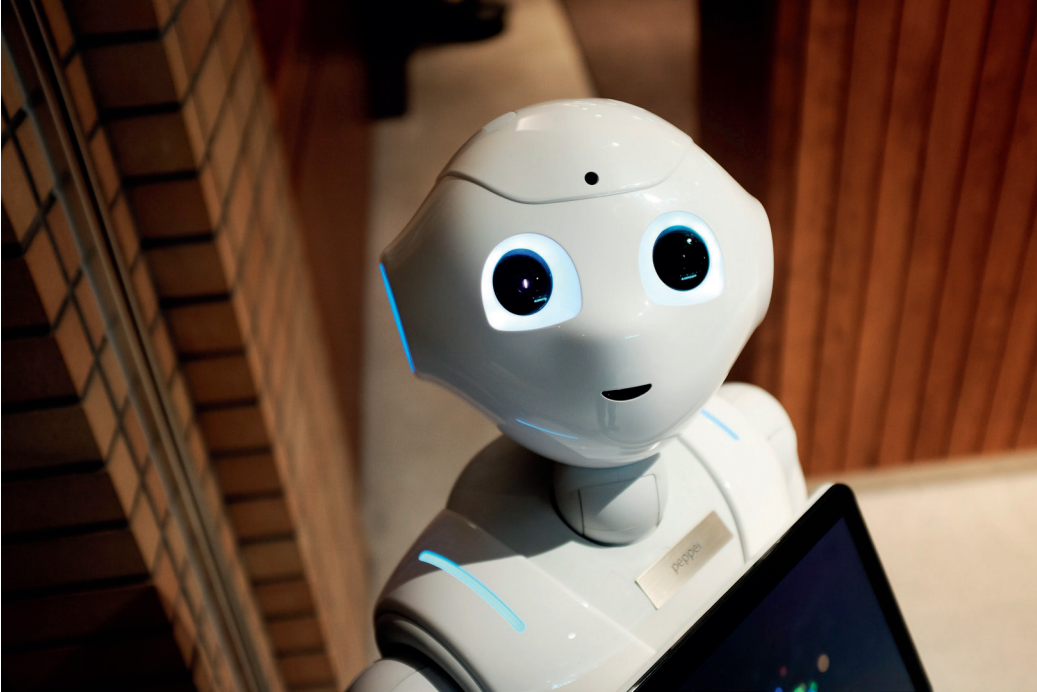
AK'ye göre, ortak Avrupa veri alanlarının yönetimi için yasal bir çerçeve 2020 yılının ikinci çeyreğinde uygulanacaktır. Bu

çerçeve standardizasyon mekanizmaları ve sektörler arasındaki veri erişilebilirliğini ve birlikte çalışabilirliği geliştirmek için veri setlerinin uyumlu bir şekilde tanımlanmasını içerecektir. Ayrıca AK, kamu sektörü referans verilerinin araçlar tarafından okunabilir formatta sunulması için 2021'in birinci çeyreğinde, Açık Veri Direktifi kapsamında yüksek değerli veri setleri üzerinde bir uygulama kanunun kabul edilmesiyle ilerlemeyi hedeflemektedir. Son olarak AK, 2021'de sektörler arasında yatay veri paylaşımı için teşvik sağlayacak ve yukarıda açıklandığı gibi rakipler için "veri erişim" hakkı içerebilecek yeni bir "Veri Yasası" planlamaktadır. Diğer düzenleyici eylemler, şirketlere veri paylaşımı ve havuz düzenlemeleri ise AB rekabet yasalarına

uyumu, verilerle ilgili yargı konularının gözden geçirilmesi ve - muhtemelen - açık yönetmelikler hakkında daha fazla rehberlik sağlamak için Yatay İşbirliği Kılavuzunun güncellenmesini içerecektir.

2. Veri ve Birlikte Çalışabilirlik

Barındırma, işleme ve kullanma için veri ve altyapı yatırımları AK, veri odaklı inovasyonun desteklendiği bir ortam oluşturmak için Avrupa veri alanları ve federe bulut altyapıları konusundaki bir projeye yatırım yapmayı planlamaktadır. Kamu ve özel kaynaklardan yararlanan AK, AB'nin 2 milyar € katkıda bulunmak istediği 4 ila 6 milyar € tutarında fon toplamayı planlamaktadır. AK, 2020'de endüstriyel stratejisinin bir parçası olarak yeni



teknolojilere, kenar hesaplama, kuantum hesaplama, siber güvenlik ve 6G ağları gibi daha geniş bir stratejik yatırımlar sunmayı hedeflemektedir. Ek olarak AK, 2022'de AB kullanıcıları için bir bulut hizmetleri pazarını tanıtmayı planlamaktadır.

3. Bireylerin Dijital Haklarının Güçlendirilmesi

Bu girişim sayesinde AK, bireyler için "kişisel veri alanları" geliştirmeyi düşünmektedir. AK'ye göre, bireyler GDPR'nin altındaki veri taşınabilirliğini artırarak, gerçek zamanlı veri erişimi için arabirimler üzerinde daha katı gereksinimler getirerek ve evrensel olarak kullanılabilir bir dijital oluşturarak elde edilecek "granüler düzeyinde" verilerini kontrol etmelidir. Bu konular, 2021'de yürürlüğe konabilecek Veri Yasası kapsamında ayrıca incelenecektir.

4. Stratejik Sektörlerde Ortak Avrupa Veri Alanlarının Geliştirilmesi

Son olarak AK, sanayi / üretim, nakliye / lojistik, sağlık, finansal hizmetler, enerji ve tarım sektörleri de dahil olmak üzere bazı stratejik sektörlerde dokuz ortak Avrupa veri alanının geliştirilmesini öngörmektedir. Buradaki fikir, gerekli altyapı ile birleştğinde büyük endüstriyel veri havuzları oluşturmak, verileri ve uygun yönetim mekanizmalarını kullanmak ve paylaşmaktır. Bu veri alanları esas olarak endüstriyel verilerle ilgili olmakla birlikte AK, bunların veri koruma kurallarına ve mevcut en yüksek siber güvenlik standartlarına tam anlamıyla uygun şekilde geliştirileceğini vurgulamaktadır.

3. GÜVENLİK VE SORUMLULUK RAPORU

Teknik Raporda da yer alan AB'nin Güvenlik ve Sorumluluk Raporu, AB'nin mevcut ürün güvenliği ve sorumluluk mevzuatını analiz etmektedir. Güvenlik hali hazırda genişletilmiş bir güvenlik kavramını içermekte ve yürürlükte olan genel olarak yükümlülük kavramının içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte, AB ayrıca yapay zeka sistemleri ve gelecekteki ürün güvenliği ve ürün yükümlülüğü mevzuatında yer alması gereken diğer dijital teknolojilerin maruz kaldığı spesifik risklerin yasal yönetimi ile ilgili belirli boşluklarını da tespit etmektedir.

Güvenlik ve Sorumluluk Raporunda yer alan öneriler ışığında, gelecekteki ürün güvenliği mevzuatının, diğer hususların yanı sıra, aşağıdaki maddeleri de kapsamı beklenmektedir:

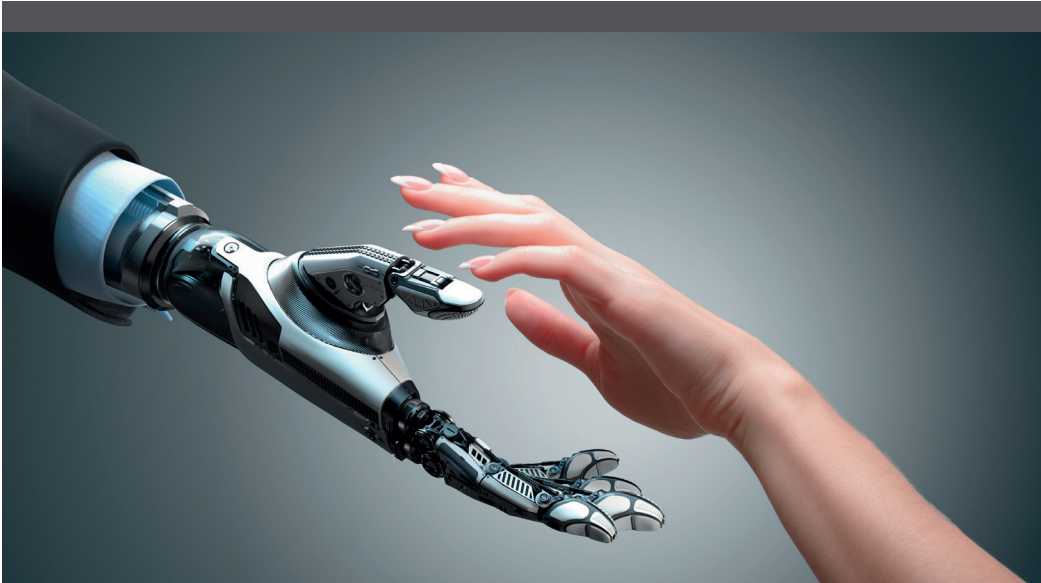
- **Bağlantı ve Siber Güvenlik Açıkları:** Ürün bağlantısı, birbirine bağlanabilirlik ve ürünlerin diğer aygıtlarla etkileşimi, ürünün güvenliğini doğrudan ve dolaylı olarak tehlikeye atabilir (örneğin, bir ürün saldırıya uğradığında). Bu nedenle, AK kullanıcıların daha iyi korunmasını ve daha yasal kesinlik sağlamak için ara bağlantıdan kaynaklanan risklerin açık bir şekilde değerlendirilmesi gibi açık hükümlerin kabul edilmesini tavsiye etmektedir.
- **Özerklik:** Yapay zeka kullanımına dayalı istenmeyen sonuçlar kullanıcılara ve

maruz kalan bireylere zarar verebilir. AK, kullanıcıların güvenliğini artırmak için uygun ekonomik operatörün (diğer bir ifadeyle üretici, distribütör veya yazılım üreticisinin) yeni risk değerlendirme prosedürlerini yerine getirmesini zorunlu kılan yatay mevzuatın kabul edilmesini önermek üzere sektöre özgü yasalardan yararlanmaktadır. Ayrıca AK, yaşam döngüsü boyunca tasarımlarından başlayarak yapay zeka ürünlerinin ve sistemlerinin insan gözetimini sağlamak için özel gereksinimlerin benimsenmesini önermektedir.

- **Akıl Sağlığı Riskleri:** Gelecekteki yasal düzenlemelerde yer alacak ürün güvenliği tanımı, yapay zeka uygulamalarına ait davranışın, bazı zihinsel zararları oluşturabileceğine ilişkin riskleri de içermelidir. Dolayısıyla

bu alanda düzenlenecek mevzuat özellikle bakım ortamlarındaki yaşlılar gibi savunmasız kullanıcıları da kapsamalıdır.

- **Veri Bağımlılığı:** Güvenlik riskleri, bir ürünün doğruluk ve ilişik eksikliği de dahil olmak üzere hatalı veri toplanması veya işlenmesinden kaynaklanabilir. Bu çerçevede AK, AB ürün güvenliği mevzuatının, ürün tasarım aşamasında ve tüm yaşam döngüsü boyunca hatalı veri risklerini ele almasını önermektedir.
- **Opaklık:** Yapay zeka sistemlerinin karar alma süreçlerindeki "kara kutu etkisi" ile ilgili olarak, AK, mevcut mevzuatın kapsamına girmeyen uygulama sonrası güvenlik mekanizmaları için bazı gereklilikler belirlemiştir. AK algoritmalar için şeffaflık gerekliliklerinin yanı sıra karar verme sürecinin



sağlamlığı, hesap verebilirliği ve insan gözetimi için gereklilikleri göz önünde bulundurmaya da önermektedir. Bu uygulama, kazaların meydana gelmesi durumunda tasarım parametrelerini ve veri kümelerinin meta verilerini açıklamak için algoritma geliştiricileri üzerinde bazı zorunlulukları yerine getirmeyi de içerebilecektir.

- **Yazılım:** AB ürün güvenliği mevzuatı, bir ürün veya cihaza entegre yazılımdan kaynaklanan riskleri kapsayabilirken, AK, piyasaya sürülen veya bir ürüne indirilen tek başına yazılım durumunda mevcut kuralları uyarlamayı ve netleştirmeyi önermektedir (örneğin, mobil bir cihaza indirilen bir uygulama).
- **Karmaşık Değer Zincirleri:** AB ürün güvenliği mevzuatı, "ortak sorumluluk" ilkesini izleyen birçok ekonomik operatör için yükümlülükler getirir. Ancak AK, tedarik zincirindeki ekonomik operatörler ve kullanıcılar arasında özellikle işbirliği yapılmasını talep eden hükümlerin kabul edilmesini önermektedir. Örneğin, değer zincirinde, yazılım üreticilerinden ürünü değiştiren tamircilere kadar ürünün güvenliği üzerinde etkisi olan her aktör sorumluluk almalı ve zincirdeki bir sonraki aktöre gerekli bilgi ve önlemleri sağlamalıdır.

Güvenlik ve Sorumluluk Raporunda yer alan tavsiyeler ışığında, gelecekteki ürün yükümlülüğü mevzuatı, diğer hususların yanı sıra aşağıdaki hususları da kapsamalıdır:

- **Ürünlerin, Hizmetlerin ve Değer Zincirinin Karmaşıklığı:** AK, mevcut Ürün Sorumluluk Direktifi'ndeki "ürün" tanımının yapay zeka ürünlerini ve sistemlerini kapsayacak kadar geniş olduğunu düşünmektedir. Bununla birlikte, Ürün Sorumluluk Direktifi'nin kapsamına bu tür ürünlerin ve sistemlerin karmaşıklığı yansıtılmış olmalı ve yazılım veya diğer dijital ürünler nedeniyle arızalı ürünlerden kaynaklanan hasarlar için her zaman tazminat sağlanabileceğinden emin olunmalıdır.
- **Karmaşık Ortamlarda İspat Yükü:** AB'deki mevcut sorumluluk rejimi, katı bir sorumluluk sistemi olup her bir AB Üye Devletinin hataya dayalı ve / veya katı sorumluluk kurallarını içeren Ürün Sorumluluk Direktifinin paralel uygulanmasına dayanmaktadır. Karmaşıklığın sonuçlarını hafifletmek için, AK, AB üye ülkelerinin yapay zeka uygulamalarının işletilmesinden kaynaklanan zararlara yönelik sorumluluk kurallarının gerektirdiği ispat yükünü hafifletmek veya geriletme gerekçe gerekmediği ve ne ölçüde gerekli olabileceği konusunda geri bildirim istemektedir. Örneğin, ilgili ekonomik operatörün belirli zorunlu siber güvenlik veya diğer güvenlik kurallarını karşılayamadığı durumlarda hata ve nedensellik ile ilgili bir geri bildirim uygulanabilmelidir.
- **Bağlantı ve açıklık:** Yapay zeka ürünlerinin bağlantı ve açıklık

özellikleri, siber güvenlik ihlallerinden kaynaklanan hasarlarla ilgili güvenlik beklentilerini etkileyebilir. Ayrıca, bağlı ürünler imalatçı tarafından makul olarak beklenenin ötesinde amaçlar için de kullanılabilir. Bu nedenle, AK özellikle öngörülebilir makul kullanım konusunda veya ihmal ile ilgili durumlarda (örneğin, yaralı tarafın bir güvenlik güncellemesi indirememesi), kullanıcılara verilen hasarların tazminini açıklığa kavuşturmak ve kolaylaştırmak için mevzuatın dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

- **Özerklik ve Opaklık:** Karmaşıklık gibi konulara ek olarak, yapay zeka uygulamalarının deneyimden öğrenerek performanslarını artırabilmeleri, yükümlülük iddialarının etkili bir şekilde uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Üreticilerin yükümlülüğüne ilişkin kalan belirsizlikleri gidermek için AK, Ürün Sorumluluk Direktifi tarafından değiştirilen veya değiştirilen ürünleri

kapsamakta olan ve kimin sorumlu olduğunu açıklığa kavuşturmak için kullanılan 'dolaşıma sokma' kavramının gözden geçirilmesini önermektedir.

- **Yüksek Riskli Uygulamalar:** AB, yüksek riskli yapay zeka cihazlarının ve hizmetlerinin olası mağdurları için, bireysel AB Üye Devletlerinin bazı ulusal yasalarında olduğu gibi, kesin bir yükümlülüğün gerekli olup olmadığı ve ne ölçüde dikkate alınabileceği konusunda görüş almak istemektedir (diğer bir ifadeyle yaşam, sağlık ve mülk gibi önemli konularda zarar verme olasılığının yüksek olduğu yerlerde). Yüksek riskli olmayan yapay zeka cihazlarının ve hizmetlerinin işletilmesi için AK, mağdurun potansiyel olarak sorumlu tarafın sorumluluğunu değerlendirmek için gerekli verileri elde edemeyebileceğinden, ispat yükünde değişikliklerin de gerekli olabileceğini belirtmektedir.



SONUÇ

AB'de yapay zeka yasası konusunda henüz son aşamaya gelinmemiş olmakla birlikte, kamuoyuyla istişare aşamasının sona ermesinden sonra AK tarafından daha somut tekliflerin sunulması beklenmektedir. AB'de iş yapan tüm şirketleri etkilemesi muhtemel olan gelecekteki yapay zeka mevzuatının coğrafi erişimi de göz önüne alındığında, AB'deki yapay zeka yasa tasarısı ile ilgili son gelişmelerin AB dışındaki ülkelerce de yakından takip edilmesinin gerektiğini söylemek yanlış olmaz. Bu bakımından AK, söz konusu yasama faaliyetiyle ilgili olarak halkın katılımı sürecini de başlatmış olduğundan bu aşamada Beyaz Kitap ve Veri Stratejisinde hakkında şirketlerin ve diğer paydaşların geri bildirimde bulunmaları, yapay zekaya yönelik gelecekteki AB kurallarını şekillendirmek adına önemli bir fırsat olarak değerlendirilebilir.

Kuşkusuz, bu yazıda incelediğimiz AK'nın Beyaz Kitap sunumu, Veri Stratejisi ve Güvenlik ve Sorumluluk Raporu AB'nin dijital dönüşüm konusunda iddialı planlarının olduğunu da açıkça ortaya koymaktadır. Bu bakımdan Avrupa sadece yapay zeka açısından değil, dijital alanda da ABD ve Çin egemenliğine meydan okumayı amaçlayan pek çok yasama faaliyetini yakın zamanda gündeme getirecek gibi görünüyor.

KAYNAKÇA

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence>

REKABET HUKUKUNDA HAKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASI

Giriş

Rekabet Hukuku, tarihçesi itibariyle çok eskiye dayanan ancak 19. yüzyıldan itibaren yasal ve sistematik düzenlemeye tabi tutulmaya başlanmış bir hukuk dalıdır. Türkiye’de Rekabet Hukuku serüveni, 1959 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu’na katılma başvurusuyla başlar ve serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği 1980 sonrası ile paralellik gösterir.

Serbest piyasa ekonomilerinde amaç, teşebbüslerin mal ve hizmet arzlarını, fiyatlarını ve diğer piyasa koşullarını istedikleri şekilde belirleyebilmelerini sağlamaktır. Ancak böyle piyasalarda teşebbüslerin büyüyerek güç sahibi olmaları ve bu gücü kötüye kullanmaları mümkün olmaktadır. Bu gücü kötüye kullanan teşebbüsün, tüketicileri istismar etmesi, rakiplerini piyasadan silmesi, piyasaya sokmaması ihtimali mevcuttur. Bu tür davranışların önüne geçebilmek için, bu serbestliğin önüne bir sınır çekme ihtiyacı doğmuştur. Rekabetin hukuki düzenlemelere konu olmasının nedeni, bu durumların engellenmesini sağlamaktır. Rekabet Hukukunun temel amaçlarından biri de mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti kısıtlayıcı davranışları önleyerek etkin rekabet ortamını korumaktır. Bu doğrultuda ülkemizde 13 Aralık

1994’te 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir ve halen yürürlükte dir.

Bu çalışmada, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6. maddesinde açıkça yasaklanmış olan, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkimiyetini türlü yollarla kötüye kullanması hususu incelenecektir.

1. REKABET KAVRAMI

Rekabet hukukunun temelini, rekabetin kendisi oluşturmaktadır. Bu nedenle, rekabet ile neyin ifade edilmek istendiğini ve rekabet hukukunun esas aldığı rekabet kavramının, genel rekabet olgusu içindeki yerinin bilinmesi gerekmektedir. Rekabet, sosyal hayatta kimin daha iyi olduğunun bilinmediği durumlarda, bunu belirlemek için izlenen bir yoldur.

Rekabette, teşebbüsler rakipleri ile bir yarışın içine girerler. Bu yarış; fiyat, kalite, satış sonrası hizmetler gibi konularda gerçekleşebilir. Ayrıca rekabet potansiyel yarış, yani piyasaya girebilecek teşebbüslerin rekabetini de içermektedir.

Rekabet, serbest koşullar altında aynı pazardaki satıcı ve alıcıların üretimi ve fiyatı belirlemeleridir.

Rekabet, ekonomik birimleri verimli olmaya, daha kaliteli ve daha düşük fiyatlarla rakiplerinden daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten önemli bir süreçtir. Böylece kaynakların etkin dağılımı sağlanarak, ekonomik verimlilik ve toplum refahı artar. Rakip firmalar daha ucuza mal satabilmek için, imalat fiyatlarını düşürerek teknolojik gelişmeyi teşvik ederler. Bunun sonucunda, yeni buluşların yapılması ve teknolojik iyileşme sağlanır. Dolayısıyla tüketicinin refahı da artacaktır. Rekabetin hukuki düzenlemelere konu olmasının ve yaşatılmak istenmesinin nedeni, bu sayılan faydaların devamlılığını sağlayabilmektir.

2. REKABET HUKUKUNUN AMACI

Rekabet hukukunun öncelikli ve belirleyici amacı rekabet düzeninin korunmasıdır. Büyük bir ekonomik güce sahip olan teşebbüslerin yer aldığı piyasalarda, güçlü olanın zayıfı etkileyecek faaliyetlerde bulunabileceği açıktır. Bu durum karşısında, diğer teşebbüslerin özgürce karar almaları beklenemez. Böyle teşebbüsler, rekabette avantajlı konumlarda olduklarından, daha fazla güç ya da kâr elde etmek amacıyla, ilgili oldukları piyasadaki rekabeti zayıflatma, hatta tamamıyla ortadan kaldırma yolunu seçebilirler. Böyle ekonomik güçlerin varlığı karşısında, zayıfı güçlüye karşı koruyan bir hukuka ihtiyaç vardır. Türkiye de gerek kendi milli ihtiyaçları, gerekse uluslararası taahhütleri sonucunda 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete ile 4054

sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK")'u yürürlüğe koymuştur. RKHK'nın 1. maddesinde amaç, "Bu kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." şeklinde ifade edilmiştir. Rekabet hukukunun belirtilen bu amacı doğrultusunda iki önemli hedefi vardır: İlki, işletmelerin piyasada hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını engelleyici kurallar koymak, ikincisi de birbirleriyle ya da başkalarıyla rekabet etmesi gereken işletmelerin bir araya gelerek rekabeti kısıtlayacak anlaşmalar yapmalarına ve bu anlaşmaları uygulamalarına engel olmaktır.

3. REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUM KAVRAMI

Hâkim durum; belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanır.

Dolayısıyla hâkim durum üç temel unsur üzerine kurulur. Bu üç unsur; ekonomik güç, bu gücün devamlılığı ve bağımsızlıktır.

4. HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİ

Hâkim durumda olabilmek için öncelikle teşebbüs olmak gerekmektedir. 4054 sayılı

RKHK'nın 3. maddesinde hâkim durum şu şekilde tanımlanmıştır: *"Hâkim durum "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü" ifade eder."*

Bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle, teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili ürün ya da hizmet pazarı tespit edilir, sonra bu pazarda hâkimiyetin olup olmadığı ya da var olan bir hâkim durumun güçlendirilip güçlendirilmediği belirlenir.

Ekonomik anlamda pazar; belirli mal ve hizmetlerin değişimi için alıcı ve satıcıların ticari işlem yaptıkları, bu mal ve hizmetlerin fiyatlarının eşitlendiği yerdir. Pazarlar yerel, bölgesel, ulusal ya da uluslararası olabilir.

Bir işletmenin hâkim durumunun en önemli göstergelerinden birisi pazarda sahip olduğu paydır. İlgili işletmenin pazar payının tespiti tek başına yeterli değildir. Rakiplerin pazar payına da bakmak gerekir. Bu nedenle hâkim durumun saptanması gereken durumlarda öncelikle pazar payının saptanması gerekir. Ancak çok yüksek pazar payına sahip olmak dahi hâkim durumda kabul edilmek bakımından yeterli olmayabilir. Özellikle, işletme yüksek pazar payına sahip olsa bile, önemli bir ithalat ve pazardaki diğer unsurların baskısı nedeniyle, pazar davranışlarını rakip ithalatçılardan bağımsız olarak belirleyemiyorsa hâkim durumda değildir.

İlgili Ürün Pazarı

Ticari alışveriş konusu olan bir malın ya da hizmetin oluşturduğu pazara ilgili ürün pazarı denir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde iki temel soruya cevap aranır: Birincisi mal ve hizmetin kullanıcısı kimdir, ikincisi ise tüketici açısından ürünün hangi ürünlerle yarıştığı veya hangi ürünlerle ikame edebileceğidir. İkinci soruya cevapta; ürünün belirgin özellikleri, fiyatı ve kullanım amaçları önemlidir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde söz konusu mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği, çapraz elastikiyeti, özel dağıtıcıları, tüketici topluluğu, kullanım amacı, diğer teşebbüsler tarafından üretim imkânı ve belirgin niteliği göz önüne alınmalıdır. Rekabet Kurulu bazı kararlarında birden fazla ilgili ürün pazarı bulunabileceğini belirtmiştir.

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesinde, ilgili ürün pazarının tespitinde şu unsurların dikkate alınacağı belirtilmektedir: *"İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir."*

Avrupa Birliği'nde Komisyon'un ilgili pazarla ilgili duyurusunda, ilgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatı, kullanım amacı açısından tüketici tarafından değiştirilebilen ya da



ikame edilebilen bütün ürün veya hizmetleri kapsayan pazar olarak tanımlanmıştır. Yani ilgili ürün pazarı belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer mallardan oluşan pazardır. Ancak bir malın teorik olarak bir diğerinin yerine kullanılabilecek olması o iki ürünün aynı pazara dâhil olması için yeterli değildir. Bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir.

Rekabet Kurulu'nun yayınladığı İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da, pazar tanımlamasının temel ilkelerinin; talep ikamesi ve arz ikamesi olduğu, potansiyel rekabetin ise, çabuk sonuç verme açısından arz ikamesiyle eşdeğer etkisi olmadığı için genelde pazar tanımında dikkate alınmadığı ifade edilmiştir. Avrupa Topluluğu uygulamasında da ilgili ürün pazarının tespit edilmesinde hem tüketim ikamesine hem de üretim ikamesine (potansiyel

rekabet olanakları araştırılmak suretiyle) yer verilmektedir.

İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar, rekabet hukukunda ilgili şirketlerin mal ve hizmetlerini sattıkları ve rekabet koşullarının yeterince yeknesak olduğu alandır. Başka bir ifadeyle, aynı pazar koşullarına sahip pazar alanıdır. Ülkenin bütünü olabileceği gibi, ülkede yer alan bir bölge de olabilir. Bu bölge diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklı olmalıdır. Bu farklılığının tespitinde tüketici tercihleri de göz önüne alınmalıdır. Bölge tüketici gözüyle rekabet açısından diğer bölgelerden yalıtılmış olmalıdır.

Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken; ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, tüketici tercihleri, giriş engelleri, ulaşım şekilleri, dağıtım sistemleri, ürünün markası, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları, fiyat farklılıkları, maliyetler gibi birçok unsur dikkate alınır.

Coğrafi pazar RKHK’da tanımlanmamıştır. Ancak 6. maddeye göre, Türkiye’nin tamamı veya bir bölümü ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebilecektir. Maddede açıkça, “ülkenin tamamı veya bir bölümünde hâkim durumda olmak”tan söz etmektedir. Ülkenin ne gibi özelliklere sahip bir bölümünün kendi başına ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebileceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir.

Ayrıca 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalar Tebliği’nin 4/4. maddesinde ülkenin bir bölümünü, kalanından ayrı bir pazar yapacak nitelikler sayılmıştır. Buna göre coğrafi pazar; teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.

Rekabet Kurulu davalarında çoğunlukla ilgili coğrafi pazar, hizmetin tüm Türkiye genelinde verilebilmesi ve Türkiye sınırları içinde tanımlanan ilgili ürün pazarları açısından rekabet koşullarının farklılık arz ettiği ayrı bölgelerin söz konusu olmaması gibi nedenlerle, Türkiye sınırları olarak belirlenmektedir. Ayrıca Rekabet Kurulu bir kararında bölgesel olarak coğrafi pazar ayrımının pratikte bir faydasının olmayacağı düşüncesiyle hareket ederek, ilgili coğrafi pazarı Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlemiştir.

5. REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

RKHK’nın 6. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması haline hukuka aykırılık teşkil ettiği ve yasak olduğu düzenlenmiştir.

RKHK’nın 6. maddesinde hâkim durumda bulunmak değil, hâkim durumu kötüye kullanmak hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir. Çünkü hâkim durumun yaptırıma tabi tutulması halinde, teşebbüsler hâkim duruma gelmek istemeyecekleri için, teknolojik yenilik yapmak istemeyecek, mal ya da hizmet üretimi, iletimi, pazarlaması ve sunumda daha iyi olabilmek için çalışma yapmaktan kaçınacaklardır. Bu nedenle de hâkim durumda olmanın değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yaptırıma tabi olması rekabetin korunmasını sağlamada etkin bir yoldur.

Uygulamada en çok rastlanan kötüye kullanma halleri RKHK’da örnek olarak belirtilmiştir ve bunlar tahdidi değildir. RKHK’da düzenlenen kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

Pazara girişi engelleme ve rakipleri zor durumda bırakma: Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin



zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler (RKHK m. 6/a).

Alicılar arasında ayrımcılık yapılması: Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması (RKHK m. 6/b).

İlave mal ve hizmet alım yükümlülükleri getirilmesi ve fiyat tespiti: Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirmesi (RKHK m. 6/c).

Rekabet koşullarını bozmayı amaçlama:

Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler (RKHK m. 6/d).

Tüketicinin zararına kısıtlayıcı davranışta bulunulması: Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması (RKHK m. 6/e).

Fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, aşırı fiyatlandırmayla piyasaya sunulduğu iddia edilen mal veya hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım işlevi, amacı bakımından aynı kazanamayacakları kârı elde etmektedirler.

Fiyatın aşırı olup olmadığının

6. KÖTÜYE KULLANMANIN SINIFLANDIRILMASI

Doktrinde yazarların çoğunluğu temel olarak iki tür kötüye kullanmanın var olduğu hususunda birleşmişlerdir. Bu sınıflandırma, hâkim durumu kötüye kullanmanın kimi hedeflediği temeline dayanmaktadır. Doğrudan doğruya hedeflenenin rekabet olduğu haller birinci grupta, tüketici ve müşteriler olduğu haller ise ikinci grupta ele alınmaktadır. Ancak gruplar arasındaki sınır belirsizdir. Çünkü bir eylem veya işlem, hem mevcut ya da potansiyel rakiplerinin önünü kesme hem de tüketicileri sömürme amacına sahip olabilir.

Bunlardan ilki "rekabet karşıtı kötüye kullanmalar", ikincisi ise "istismar edici kötüye kullanmalar"dır. Ancak, hâkim işletme tarafından gerçekleştirilecek kötüye kullanma fiilinin belirlenen bu iki kategoriye de girmesi mümkün olup iki yönlü kötüye kullanma da olabilecektir.

a. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanmalar

Hâkim durumda bulunan işletmenin fiilleri, rekabet sistemini bozan ve dolaylı zararlara sebep olan fiillerdir. En belirgin örnekleri ise, sadakat indirimlerinin uygulanması ve hâkim işletme tarafından mal teminin reddi suretiyle müşterinin pazar dışına atılmasının amaçlanması ve rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesidir.

b. İstismar Edici Kötüye Kullanmalar

Hâkim durumda bulunan işletmelerin fiilleri,

ilgili mal veya hizmetin temini bakımından müşterilere ve tüketicilere zarar veren fiillerdir. İstismar edici kötüye kullanmalar, karşılığı müşterinin sırtına yüklenerek, tek el kârı elde edilmesidir.

Örneğin, hâkim durumda bulunan işletmenin haksız kazanç elde etmesi, adil olmayan yüksek alı ve satış fiyatları koyması ile müşteri ve tüketicilere zarar vermesi istismar edici kötüye kullanmadır. Bağlama (tying) şartının hâkim işletme tarafından ileri sürülmesi de istismar edici kötüye kullanmadır.

Kanunda örnek olarak sayılan beş kötüye kullanma halinden ancak; "b" bendindeki alıcılar arasında ayrımın yapılması, "c" bendindeki haksız ticari koşullar öne sürmek ve "e" bendindeki tüketicinin zararına olarak gelişmenin önlenmesine ilişkin örnekler istismara dayalı kötüye kullanma niteliğindedir. Ayrıca "e" bendindeki kötüye kullanma örneğinin, bazı hallerde rekabet karşıtı nitelik kazanması mümkündür.

7. BAŞLICA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALLERİ

RKHK'nın 6. maddesinde açıkça yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin başlıca örnekleri şunlardır:

a. Aşırı Fiyatlandırma

Aşırı fiyatlandırmayla, hâkim durumda bulunan teşebbüsler, mal ya da hizmet fiyatlarını aşırı olarak yükselterek, normal koşullarda işleyen bir rekabet ortamında

belirlenmesinde, aşırı fiyatlandırmayla piyasaya sunulduğu iddia edilen mal veya hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım işlevi, amacı bakımından aynı

sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırmak en sık başvurulmuş ölçüttür. Böyle bir karşılaştırmanın mümkün olmadığı hallerde maliyet analizi yapmak gerekecektir. Bazı durumlarda ise, her iki ölçütten de yararlanmak gerekli olmaktadır. Diğer bir ölçüt de belli bir zaman diliminde hâkim teşebbüsün uyguladığı fiyatlar arası farklılıklardır. Teşebbüsün uyguladığı fiyatlar enflasyonla alakalı olmaksızın aşırı yükselmeler gösteriyorsa, bu teşebbüs aşırı fiyat uyguluyor demektir.

Bu konuda henüz ekonomik ya da hukuki temellere oturtulabilmiş ölçütler olmamakla beraber, Adalet Divanı, bir mal ya da hizmet için talep edilen bedelle, bu mal ya da hizmet ile sağlanan faydanın ekonomik değerini göz önüne almaktadır. Satıcı tarafından talep edilen bedelle, mal ya da hizmetin ekonomik değeri arasında bir oransallık olmasını aramaktadır. Böyle bir dengenin var olmadığı hallerde, bu durumun aşırı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması olacağı belirtilmiştir.

b. Yıkıcı Fiyatlandırma

Yıkıcı fiyatlandırma; hâkim durumda bulunan bir üreticinin, rakiplerini piyasadan silmek amacıyla, maliyetin altında fiyatlarla malını satmasıdır. Yıkıcı fiyatlandırma, maliyet altında satış veya belirli bir rakibe göre fiyatlandırma gibi olguları içerebilir.

Avrupa Birliği Komisyonu'na göre, ortalama değişken maliyetten düşük bir fiyatın tespiti, genellikle yıkıcı fiyatlandırma olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bazı durumlarda, rakip teşebbüsleri piyasa dışına itme niyeti olmadan da ortalama değişken maliyetin altında satış yapmanın gerekçesi bulunabilmektedir.

Hâkim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, indirim politikaları, stokların eritilmesi ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü amaçlarla da fiyat düşürme yoluna gidilebilir. Bu nedenle, yıkıcı fiyatların rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir. Ayrıca fiyatta yapılan indirimin, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güç olmaktadır.

Bu nedenle ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatların her durumda yıkıcı fiyatlandırma olarak değerlendirilmesi eleştirilmektedir.

c. Çapraz Sübvansiyon

Çapraz sübvansiyon, "bir piyasadaki bir mal ya da hizmeti sübvansiyonla edebilmek amacıyla, başka bir piyasadaki mal veya hizmetin daha yüksek fiyattan piyasaya sunulması sonucunu doğuracak eylem ve işlemlere girilmesi" olarak tanımlanmaktadır. Komisyon, "Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Ana Hatlar" isimli belgede, çapraz

sübvansiyonu, "teşebbüsün, bir ürün piyasasındaki veya coğrafi piyasadaki faaliyetinin getirdiği maliyetin tamamını veya bir kısmını, başka bir ürün piyasasındaki ya da coğrafi piyasadaki faaliyetine aktarması" olarak tanımlamıştır.

Rekabetin güçlü olduğu bir ürün piyasasındaki ya da coğrafi piyasadaki mal veya hizmet düşük fiyattan satılarak, rakiplerin önüne geçilebilmesi amacıyla çapraz sübvansiyona başvurulmaktadır. Bu yolla, rekabetin yoğun olmadığı piyasadaki mal ya da hizmetin fiyatı yükseltilerek elde edilen kâr ile, fiyatta azaltılmaya gidilmiş olan ürünün piyasasında katlanılan maliyeti karşılamak mümkün olabilmektedir.

d. Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması, iş yaptığı piyasaya hem

hammadde sağlayıp hem de o piyasada perakende şekilde çalışan bir işletmenin, bir başka deyişle iş yaptığı bir piyasanın aktörlerinden bir ya da birkaçı ile dikey bütünleşik durumda olan bir işletmenin; piyasadaki diğer aktörleri pazar dışına itme amacıyla kendi işletmesine sağladığı hammaddenin fiyatı dışındaki hammadde fiyatlarını normalin üstünde yükselterek ya da diğer işletmeler için hammadde fiyatlarını sabit tutarken kendi işletmesi için hammadde fiyatlarını düşürerek bu etkiyi perakende fiyatlara yansıtması ve dolayısıyla diğer işletmelerin kâr marjı aralığını daraltmasıdır.

e. Ayrımcılık Yaratmak

Ayrımcılık genel olarak farklı olgulara aynı davranılması, aynı olgulara farklı davranılması ya da farklı olgulara farklı



ile orantısız şekilde farklı davranılması durumunda vardır.

Ayrımcılığın iki belirgin özelliği vardır: İlki dışlayıcılık, ikincisi ise bağımlılık özelliğidir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına farklı davranması sonucu bu alıcıların pazar dışına itilmesi, ayrımcılığın dışlayıcılık özelliğini göstermektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılara farklı davranması sonucu, alıcıların rakip teşebbüslerden mal almamaları durumunda ise ayrımcılığın bağımlılık özelliği söz konusudur. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına üç şekilde farklı davranabilir. Bunlar farklı fiyat uygulamak, ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek ve farklı koşullar ileri sürmektir.

f. Mal Tedarikinin Reddi

Serbest piyasa ekonomisinin gereği olarak, her teşebbüs istediği firmaya mal satabilir. Diğer bir ifadeyle piyasada faaliyet gösteren hiçbir teşebbüsün bir başka teşebbüse mal veya hizmet verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak piyasaların etkin bir rekabet ortamına kavuşturulabilmesi ve kötüye kullanmaların engellenmesi için bu kurala rekabet hukukunda istisnalar getirilmiştir. Buna göre bir teşebbüsü başka bir teşebbüse mal veya hizmet satma yükümlülüğü altına sokabilmek için, zorlanan teşebbüsün hâkim durumda olması, mal/hizmet sağlanması talebi reddedilen teşebbüsün ise, ya reddedenin sürekli müşterisi olması ya da talep edilen mal/hizmetin söz konusu piyasada faaliyet

gösterebilmek için zorunlu bir unsur olması gerekmektedir.

g. Bir Ürünün Tedarikinin Diğeri ile İrtibatlandırılması (Kelepçeleme)

Bir üreticinin belirli bir malın alıcıya satışını, alıcı tarafından başka malların alınması şartına bağlaması (tying) veya bir malın satışını bütün mal çeşidinin alımı şartına bağlaması (full line forcing) ihlal olarak nitelendirilmektedir. Bu gibi durumlarda genellikle, hâkim durumda olunan bir ürünün satışını hâkim durumda olunmayan bir ürünün satışıyla irtibatlandırılmasında rastlanılmaktadır. Böylelikle belirli bir ürün piyasasında hâkim durumda olan teşebbüs, bu piyasadaki gücünü kullanarak başka ürün piyasalarındaki konumunu güçlendirmek istemektedir. Ancak bunu yaptığı takdirde hem hâkim durumda olmadığı ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer işletmelerin rekabet gücünü azaltmakta hem de hâkim durumda olduğu ürün piyasasındaki müşterilerine ilave bir yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle, bu tür uygulamalar ciddi rekabet ihlali endişeleri doğurabilmektedir.

RKHK'nın 6/c maddesinde üç örnek verilmiş olması, bunlar dışındaki ek yükümlülük uygulamalarının kanun kapsamı dışında bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü bu örnekler RKHK'nın 6. maddesinde açıkça belirtildiği gibi tahdidi değildir.

8. SONUÇ

Doğal biçimde her teşebbüs bulunduğu piyasada en iyi durumda olmayı, en güçlü

olmayı hedeflemelidir. Ancak, büyük hedefler büyük sorumlulukları beraberinde getirmektedir. Bu yüzden, piyasada hâkim duruma sahip olan teşebbüslerin, bu durumlarını kötüye kullanmamaları gerekmektedir. RKHK'nın 6. maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere, hâkim durumda olmak değil var olan hâkim durumu kötüye kullanmak yasaklanmıştır. Kanun'un 6. maddesi kötüye kullanma hallerinin başında gelenleri saymakla beraber, bu sayım tahdidi bir biçimde olmamıştır. Sayılan haller özetle; potansiyel ve var olan rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemler, eşit alıcılara ayrımcılık yapılması, tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin birtakım sınırlamalar, hâkimiyetin sunduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajları başka bir piyasadaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayarak kullanmak ve tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması olarak sıralanabilir.

KAYNAKÇA

- Ateş Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001
İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 4. Basım, Bursa 2007
Emel Badur, AT Rekabet Hukuku'nda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 1999
Ümit Görgülü, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Ankara 2003
Pelin Güven, Rekabet Hukuku, Ankara 2005
Seda Ulaş Kısa, AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, İstanbul 2004
Gamze Öz Aşçıoğlu, AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000
Mehmet Yanık, Rekabet Hukuku'nun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri, Ankara 2003
Gülğün Anık, AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006
Dilek İmirlioğlu, Telekomünikasyon Alanında Rekabet Hukuku Açısından Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2007
4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RK Kararı, D.: SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003

VERİ SORUMLULARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Avrupa Birliğine uyum kapsamında hazırlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun amacı, kanunda belirtilen şekliyle; Kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

Kanunun 3. Maddesinde kanun uygulanmasında kullanılan terimler tanımlanmaktadır. Bu terimlerden bir tanesi de veri sorumluların kimler olduğudur. Kanunda veri sorumluları; “Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere veri sorumlusu, verilerin işlenmesindeki amaç ve araçlarını belirleyen kişidir. Bir başka deyişle işletme faaliyetinin neden ve nasıl yapıldığını belirleyen kişiye veri sorumlusu denilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus; veri sorumluluğunda gerçek ve tüzel kişi ayrımıdır. Tüzel kişiler, kişisel verileri işleme

konusunda gerçekleştirdiği faaliyetler kapsamında doğrudan kendileri “veri sorumlusu” olarak kabul edilmekte, buna binaen ilgili düzenlemelerde belirtilen hukuki sorumluluk tüzel kişinin şahsında doğmaktadır. Bu konuda kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından bir farklılık gözetilmemektedir. Gerçek kişiler açısından ise sorumluluk doğrudan kişinin şahsında doğmaktadır.

Kanun koyucu kişisel verilerinin işleme ve korunmasında, bu denli önem atfettiği veri sorumlusunun sorumluluklarını ve yetki alanını, bu kanunla açıkça belirlemiştir. Buna göre veri sorumlularının yükümlülükleri;

- Aydınlatma Yükümlülüğü,
- Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler,
- İlgili Kişiler Tarafından Yapılan Başvuruların Cevaplanması,
- Kurul Kararlarının Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü

Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğü olmak üzere 5 ana başlıkta toplanmaktadır.

1. VERİ SORUMLULARININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6698 sayılı kanun 10 maddesinde veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü

başlı altındaki 10. Maddede; Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

- a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği,
- ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları,

konusunda bilgi vermekle yükümlüdür, denmektedir. Veri sorumlusu; verisi işlenen kişiye verinin hangi amaçla işlendiğini, aktarıldığı yerleri ve işlemin hukuki dayanağı hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin açık rızasına bağlı olduğu veya kanunda yer alan başka bir şarta bağlı

olarak gerçekleştiği hallerde de devam etmektedir.

2. VERİ GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

Kanunun " veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri " düzenleyen 12. Maddesine göre veri sorumlusu;

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilerin muhafazasını sağlamak ve kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur. Aynı zamanda



kendi kurum veya kuruluşunda, bu kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır. Buna ek olarak, veri sorumluları ile veri işleyen kişiler; öğrendikleri kişisel verileri, bu kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, verilerin güvenliğinin sağlanması konusunda veri sorumlularına büyük bir görev yüklemiştir. Veri sorumlularının kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğunu birlikte düzenlemiştir.

3. İLGİLİ KİŞİLER TARAFINDAN YAPILAN BAŞVURULARIN CEVAPLANMASI

Veri sorumluları, ilgili kişiler tarafından yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle kendisine iletilen Kanunun uygulanmasıyla ilgili talepleri, niteliklerine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırmalıdır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyet gerektirmesi hâlinde, veri sorumlusu, Kurulca belirlenen tarifedeki ücretleri başvuruda bulunan ilgili kişiden isteyebilir.

4. KURUL KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda, resen görev

alanına giren konularda yapacağı inceleme sonucunda bir ihlalin varlığını tespit ederse, hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek, kararı ilgililere tebliğ eder. Veri sorumlusu, bu kararı, tebliğ tarihinden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirmek zorundadır.

5. VERİ SORUMLULARI SİCİLİNE KAYIT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Veri Sorumluları Sicili (VERBİS), veri sorumlularının kayıt olmak zorunda oldukları ve veri işleme faaliyetleri ile ilgili bilgileri beyan ettikleri bir kayıt sistemidir. Veri sorumlularının, Kurulun gözetiminde Başkanlık tarafından tutulmakta olan Veri Sorumluları Siciline kaydolmaları zorunludur. Dolayısıyla veri sorumlularının kimler olduğunun kamuya açıklanması ve bu yöntemle kişisel verilerin korunması hakkının daha etkin şekilde kullanılması hedeflenmektedir.

a. Veri Sorumluluğu Siciline Kayıt İstisnaları

Kural olarak, tüm veri sorumlularının Veri Sorumluları Siciline kaydolmaları gerekmektedir. Söz konusu kayıt işleminin, veri işleme faaliyetlerine başlamadan önce tamamlanması gerekir.

Bununla birlikte, Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrasında sayılan hallerde, Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Ayrıca, Kanunda Kurula, sicile kayıt zorunluluğuna istisna getirme yetkisi

verilmiştir. Söz konusu istisnanın uygulanmasında; işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin Kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmaktadır. Sicile kayıt olma konusundaki yükümlülük; kişisel verilerin işlenmesi faaliyetleri bakımından açıklık sağlanması ve veri sorumlularının mevzuata uyumlu hareket etmeleri konusunda daha güvenli bir ortam oluşturulması amacını taşımaktadır.

b. Veri Sorumluları Siciline Kayıt Bildiriminin Kapsamı

Veri Sorumluları Siciline kayıt olmak için başvuru, aşağıdaki bilgileri içeren bir bildirim ile yapılacaktır. Söz konusu bilgiler şunlardır:

- Veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar,
- Kişisel verilerin aktarılabileceği alıcı veya alıcı grupları,
- Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler,
- Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler,

- Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre.

Yukarıda listelenen bilgilerde herhangi bir değişiklik olması halinde, söz konusu değişikliklerin derhal Kuruma bildirilmesi gerekmektedir. Böylelikle, Sicilin güncelliğinin sağlanması hedeflenmiştir.

KAYNAKÇA

<https://kvkk.gov.tr/>

SİNGAPUR ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

Global çerçevede yatırım ve ekonomik ilişkiler gittikçe artış göstermektedir. İthalat, ihracat ve gelişen teknoloji birlikte ticari ilişkilerde yer alan oyuncuların uluslararası nitelik kazanması çeşitliliği ve ekonomik canlılığı arttırmaktadır. Oyuncuların uluslararası nitelik kazanmasının devletler açısından ekonomik menfaat sağladığı açıktır. Sağlanan ekonomik menfaatin yanında kurulacak her ilişkide olduğu gibi birtakım uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Bu noktada önemli olan ilişkilerin verimliliğini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla yaşanan uyuşmazlıkları en rahat şekilde çözüme kavuşturmak.

Hem yerel hem küresel ilişkilerde yaşanan uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla kural olarak mahkeme yargılaması tercih edilmektedir. Mahkemelerin tercih edilmesinin en önemli nedeni bağlayıcı ve kesin kararlar almalarıdır. Ancak mahkeme yargılamasının uzun zaman alması, uluslararası nitelikli işler kapsamında verilen kararların tenfizi konusunda yaşanabilecek sorunlar tarafları mahkeme yargılaması yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirmektedir. Bu anlamda tahkim, uzlaştırma, teknik bilirkişilik, arabuluculuk ticari hayatta alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak tercih edilmektedir.

Arbuluculuk; 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda ("Kanun") sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar ilgili Kanun maddesinde arabuluculuğun tanımı yapılırken ihtiyarî olarak yürütülen ifadesi yer alsın da Türk Hukukunun güncel mevzuatı çerçevesinde belirli iş ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kurumu getirilmiştir.

TÜRKİYE'DE ARABULUCULUK KAPSAMINDA DÜZENLENEN ANLAŞMA BELGESİNİN İCRASI

Türk Hukuku çerçevesinde arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yöntemi aracılığıyla uzlaşılması halinde; arabulucu ve taraflar arasında imzalanacak olan bir anlaşma belgesi düzenlenir. Anlaşma belgesinin

kapsamını taraflar belirler. Kanun kapsamında taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, anlaşma belgesinin icra kabiliyetini kazanması için bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini ilgili mahkemeden talep edebilirler. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlar kesin değildir, bu kararlara karşı istinaf yolu açıktır.

Önemle belirtmek gerekir ki; taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

ULUSLARARASI ÇERÇEVEDE ARABULUCULUK

Arabuluculuk yönteminin iki farklı devlete tabi taraflar arasında gerçekleştirilmesi halinde düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği en önemli husustur. Bu kapsamda iki farklı devlete tabi taraflar arasında yürütülen arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılması halinde

düzenlenen anlaşma belgesinin icrasını kolaylaştırmak amacıyla Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından çalışma başlatılmıştır. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ("Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi") 7 Ağustos 2019 tarihinde Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri ve Çin dahil olmak üzere toplam 46 ülke tarafından kabul edilerek Singapur'da akdedilmiştir.

SİNGAPUR ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ

Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi, milletlerarası arabuluculuk uzlaşma anlaşmalarının icrasına ilişkin bir sözleşmenin farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip Devletlerce kabul edilmesinin, uluslararası arabuluculuk üzerine mevcut olan hukuki çerçeveyi tamamlayacağına ve uyumlu uluslararası ekonomik ilişkilerin geliştirilmesine katkı sağlayacağına inanılarak uluslararası uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi halinde icrasını kolaylaştırmak suretiyle arabuluculuk yönteminin tercih edilmesini sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

Düzenleme ile birlikte Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi'ni imzalayan taraf devletlerin, kendi iç hukukları çerçevesinde yapılan ticari uyuşmazlıklardan kaynaklı arabuluculuk görüşmeleri sonucunda



imzalanan yazılı anlaşmalarını diğer taraf ülkelerde dava yollarına başvurmaksızın sadece yetkili makama başvurarak kolaylıkla ve doğrudan icra edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Taraflar arasında arabuluculuk anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olması ve anlaşmanın uluslararası niteliğe sahip olması ön koşuldur. Uluslararası niteliğe sahip olması için; arabuluculuk anlaşmasına taraf olan en az iki tarafın farklı Devletlerde iş yerlerinin bulunması veya arabuluculuk anlaşmasına taraf olan tarafların iş yerlerinin bulunduğu Devletin ya arabuluculuk anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerin önemli bir bölümünün gerçekleştirildiği Devletten ya da arabuluculuk anlaşmasının konusuyla en çok bağlantısı olan Devletten farklı olan Devlet olması gerekmektedir.

Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi sadece ticari uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk anlaşmalarında uygulanabilecektir. Aile hukuku, iş hukuku, miras hukuku alanlarında Singapur Arabuluculuk Sözleşmesinden faydalanılamayacaktır.

Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi, henüz Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmemiştir. Bu anlamda Türk Hukukuna uyum sürecinin devam ettiğini söyleyebiliriz.

PUBLIC POLICY EXCEPTION UNDER THE NEW YORK CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS

The New York Convention ("The Convention") is kind of a backbone of international arbitration area that applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. According to Article 3 of the Convention, each Contracting State shall recognise arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the procedural rules of the territory where the award is given, under the conditions stated in the following articles.¹ However, the Contracting States have an obligation to recognise and enforce international arbitral awards subject only to the limitations which are expressly regulated in the Convention.² The New York Convention's fundamental objective is to simplify the recognition and enforcement of foreign awards imposing unduly complicated or gruelling procedural obstacles at the recognition and enforcement stage.³ In other words, the Convention's principal aim is not to discriminate against the foreign and non-domestic awards and it obliges Contracting States to provide such awards to recognize and enforce in their jurisdiction in the same way as domestic awards.

It should be emphasized that the Convention does not give courts the authority to review the awards invoked. Meaning, in the states that Convention applies, courts cannot review the merits reached by the arbitral body, which is known as prohibition of the revision or alias prohibition of "revision au fond". Prohibition of revision au fond means that "Under no circumstances may a decision given in a Member State be reviewed as to its substance in another Member State during the enforcement procedure."⁴ Since the subject of the writing hereby is the Article V of the Convention, grounds shall emphasized that set forth under this Article. These grounds include incapacity of the parties, invalidity of the arbitration agreement, due process, scope of the arbitration agreement, jurisdiction of the arbitral tribunal, setting aside or suspension of an award in the country in which, or under the law of which, that award was made and also the grounds that placed under the Article V are the only grounds that an award could be held non-enforceable. Furthermore, based on the grounds set forth under the Article V of the Convention, States may also refuse to recognise and to

enforce an international arbitral award if the competent authority in the State where recognition and enforcement is sought finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

As it is mentioned above, one of the grounds to resist recognition and enforcement of foreign arbitral award is *“the public policy exception”* regulated under the Article V (2)(b) which is also the main subject of the writing hereby. Pursuant to Article V (2)(b) of the New York Convention, recognition and enforcement of an arbitral award may be refused if; *“the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country where recognition and enforcement is sought.”* Additionally, under Article V (2)(b), the subject of inquiry is the recognition and enforcement of the award and not the award itself. In addition to that, public policy is the only ground under which the court can refuse recognition and enforcement on its own motion (except the non-arbitrability as determined in Article V(2)(a) of the New York Convention).⁵ Besides, the term *“public policy”* appears in several international instruments, but has not been defined in any of them. Also, the New York Convention does not provide any universal applicable definition or common interpretation of *“public policy”* and therefore it allows the chance to courts to apply public policy widely or narrowly which means the interpretation of public policy is in the exclusive domain of the courts of those states.⁶ Most major arbitral jurisdictions define public policy narrowly

and apply it exceptionally when an award contravenes fundamental legal norms. In fact, the New York Convention is consistent in the idea in accordance with the purpose of the Convention that States must define the term *“public policy”* narrowly. Also according to the research conducted by UNCITRAL reveals that most courts ascribe a narrow interpretation to public policy.⁷ For instance, in arbitration-friendly countries like France and USA and other developed arbitral jurisdictions, courts have taken up a narrow view on the interpretation of the expression *“Public Policy”*. This is mainly because developed arbitral jurisdictions have pro-enforcement attitude when it comes to enforcement of arbitral awards, which according to them, is a main element of public policy.⁸

In international arbitration especially in the enforcement of foreign arbitral awards, the principle of the narrow interpretation of the public policy institution has been adopted predominantly by the courts of the western countries and recently the Turkish Supreme Court. Judicial decisions regarding the enforcement of international arbitral awards rendered in Turkey, is increasingly taken into account the principles arising from being a state of law and narrow interpretation of public policy exception. This shows that the enforcement of foreign arbitral awards in Turkey has made a quite decent improvement.⁹ For instance, 15th Civil Chamber of Supreme Court ruled that; *“The amount imposed in the arbitrator's decision, which is requested to be enforced, is the amount*



agreed by the parties in the settlement agreement. The rejection of the request for enforcement was not correct since there was no violation of public policy even if the penalty was agreed to be exorbitant when the judgment was requested for the enforcement thus the provision had to be reversed for these reasons.”¹⁰ According to the decision, the exorbitant penalty was not interpreted as a violation of public policy, and a narrow interpretation of public policy was accepted.

Another decision of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers, the following statements were included; “according to the agreement, the right to choose arbitral tribunal belongs to the claimant. It was accepted by the court that this regulation was against the Turkish public policy. Such an arbitration agreement or arbitration clause is not valid, since only one of the parties is granted the right to choose the arbitral tribunal in the arbitration agreement or in the arbitration clause included in a contract, because one of the parties will be given superiority in the judgement”.¹¹ In the decision, it was

found against the public policy that only one of the parties was granted the right to choose the arbitration tribunal. Since the violation of right to fair trial will also the violation of the public policy, the decision of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers is quite appropriate. To look at the Contracting States’ interpretation of public policy, in decisions taken by U.S. courts, it can be clearly seen that the U.S. courts are adopting a narrow view of public policy. For instance, in a case which U.S. courts adopted a narrow interpretation of public policy is “*Parsons & Whittemore v. Société Générale*”.¹² In the case, it is stated that “The legislative history of the provision offers no certain guidelines to its construction. Its precursors in the Geneva Convention and the 1958 Convention’s ad hoc committee draft extended the public policy exception to, respectively, awards contrary to ‘principles of the law’ and awards violative of ‘fundamental principles of the law.’....We conclude, therefore, that the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would

violate the forum state's most basic notions of morality and justice." The U.S. Court of Appeal also stated an expansive construction of this defense would vitiate the Convention's basic effort to remove pre-existing obstacles to enforcement. In France, the expression "public policy" in France is influenced by the judgment of *Swiss China Time Ltd. v Benetton International*,¹³ which was in turn influenced by the European Court of Justice. Jurisprudence developed by the European Court of Justice has had a huge effect on French Court's interpretation of the expression "public policy" and enforcement of foreign arbitral award. In this particular case, it is held that "An efficient arbitration proceeding is one in which the scope of refuse and review is restricted and arbitral award is set aside only in exceptional and rare cases. Although the public policy is flexible and relative notion, wide interpretation of public policy could lead to arbitrary application of courts and loss of rights in international arbitration area. Furthermore, despite the softer effect of public policy based on the acquired rights during the enforcement stage, negative consequence of the wide interpretation of the public policy is that it prevents the implementation of the international conventions.¹⁴ As a result, the main provision of the public policy has become the elimination of the authorized foreign law. As regards the consequences of the intervention of the public policy, especially the German authors insist that only the concrete rule of law violating the basic principles of the court should be abolished.¹⁵ Another negative result of the wide interpretation of public policy is the loss of trust towards the enforcement of the arbitral awards and negative consequences on international trade. In a word, enforcement of foreign arbitral awards is not only a legal practice but also a commercial requirement.¹⁶

DİPNOT

¹ Petra Butler, Christoph Katerndahl - A Public Policy Exception Under the New York Convention On The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Awards

² GARY BORN, International Commercial Arbitration

³ UNCITRAL SECRETARIAT, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York 1968), p. 77

⁴ Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations - Brussels, 15.12.2005 COM(2005) 649 final, Art.32

⁵ REINMAR WOLFF in Reinmar Wolff (ed.), New York Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 – Commentary, Article V, marginal no. 490

⁶ Id. art. 55

⁷ UNCITRAL SECRETARIAT, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), p. 248

⁸ Yash Dubey, Analysis of Public Policy and Enforcement of Domestic and Foreign Arbitral Awards in India

⁹ Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL, Constitutional and Global Dimensions of Enforcement of International Arbitration in Turkey

¹⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Esas No:2014/2183 Karar No:2014/3226;

¹¹ Supreme Court Assembly of Civil Chambers, T: 9/6/1999 Esas: 1999/ 19-467, Karar: 1999/489

¹² 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974)

¹³ European Court Reports 1999 I-03055

¹⁴ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, p. 691

¹⁵ Maury, p. 69-70

¹⁶ Holtzmann, Commentary, p.362; "In the development of international trade, it is of great importance that disputes arising from these relations are resolved satisfactorily for parties from different political, legal and economic systems."

YAP-İŞLET-DEVRET SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK HUKUK SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Özet

Gelişen teknoloji ve hızlı nüfus artışı kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Bu çalışmada, ülkemizde 1980'li yıllar itibarıyla uygulaması artan Yap-İşlet Devret Sözleşmelerinin tanımı, uygulama alanları, imtiyaz sözleşmeleri ile ilişkisi açıklanmış; Yargıtay'ın bu tür sözleşmeleri ele alış biçimi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yap-İşlet Devret Sözleşmeleri, İmtiyaz Sözleşmeleri

Abstract

The developing technology and rapid population growth have created the need to provide public services to the private sector.

In this Article, the definition of the Build-Operate-Transfer Agreements which have increased in the 1980s, the application areas and the relationship with the concession agreements have been explained. In addition, the way the Supreme Court handled such contracts was examined.

Key Words: Build-Operate-Transfer Agreements, Concession Agreements

1. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELLERİNDEN BİRİ OLARAK YAP İŞLET DEVRET YÖNTEMİ

Yap-işlet-Devret (YİD) yöntemi, "Kamu-Özel İşbirliği" (KÖİ) modellerinden biri olarak değerlendirildiği için bu yöntemden önce Kamu-Özel İşbirliği modelinin tanımlanmasında fayda vardır. 1990'lı yıllarda özel sektörün kamu hizmetleri alanına her düzeyde ve farklı biçimlerde katılmasını sağlayan bütün mekanizma ve işbirliklerinin tek bir üst başlık şeklinde toplanmış hali olan Kamu özel İşbirliği; Yap-Devret, Yap-Kirala-İşlet-Devret, Yap-Devret-İşlet, Yap-İşlet-Devret, Yap-Sahiplen-İşlet-Devret, Yap-Sahiplen-Devret ve Yap-Sahiplen-Kiraya Ver- Devret gibi modelleri içermektedir.

Kamu-Özel İşbirliği modeli; kamuidarelerinin özel sektör ile birlikte altyapı projelerinin ya da bir hizmetin gerçekleştirilmesi hedefiyle projenin tasarımı, finansmanı, yapımı ve işletilmesinin yanında; var olan yatırımın yenilenmesi, kiralanması, bakım ve onarımının yapılması ve işletilmesinde

özel sektörün de bir sözleşmeye dayalı olarak katılımının sağlandığı; maliyet, risk ve getirilerin kamu ve özel sektör arasında paylaşıldığı bir organizasyon bütünü olarak tanımlanabilir.¹

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kamu-Özel İşbirlikleri aslında yeni bir uygulama olmayıp, bir üst kavram olarak geliştirilmiştir. Temel amaç, kamu alt yapı yatırım ve hizmetlerinin yine kamu denetim ve gözetimi altında, belirli bir ölçüde özel sektöre gördürülmesidir. Modeller arasında farklılaştırmayı getiren ise nihai amaç değil, yapılacak işin kapsam ve niteliği ile risklerin taraflar arasında nasıl ve ne oranda paylaştırılacağı ve hizmetlerin bedelinin kimden (kullanıcılardan ya da kamudan) karşılanacağıdır.²

2. YAP- İŞLET- DEVRET MODELİNİN TANIMI VE UYGULAMA ALANLARI

Yap-İşlet-Devret modeli, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; "...ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini..." ifade eden bir model olarak tanımlanmaktadır. Yap-İşlet-Devret yaklaşımında, imtiyaz sahipleri veya

sözleşme makamı, kamu kesiminden aldıkları hizmet ruhsatlarını, hizmetin geliştirilmesi ve işletilmesi için belirli süreliğine ellerinde bulundurmaktadır. İmtiyaz sahibi, hizmetleri belirli bir süre işlettikten sonra idareye geriye vermekle birlikte, hizmetleri işletirken gerçek sahibi gibi davranmaktadır.³

Yukarıdaki tanımlamalardan yola çıkarak aşağıdaki sonuçlara varmak mümkündür:

- Yap-İşlet-Devret modelinin temelinde kamunun görev alanına giren, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan bir yatırım veya hizmet söz konusudur.
- Söz konusu yatırım veya hizmetin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanır.
- Finansmanı karşılayan özel şirket, bunun karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi belirli bir süre ve belirli bir tarife üzerinde işletme hakkına sahip olur. Bu işletim süresi içerisinde üretilen mal veya hizmet, kamu kurum ve kuruluşları tarafından veya hizmetten yararlananlar tarafından satın alınır.
- Belirlenen süreler sonunda özel şirket tarafından işletilmekte olan tesisler borçsuz, gerekli bakımları yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kurum veya kuruluşuna bedelsiz olarak devredilir.

3996 sayılı Kanun'un 2. Maddesine göre YİD modeli; köprü, tünel, baraj, sulama, içme

ve kullanma suyu,arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar,otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyej tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları , yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında kullanılabilmektedir.

3. MODELİN TÜRK HUKUK SİSTEMİ İÇERİSİNDEKİ YERİ

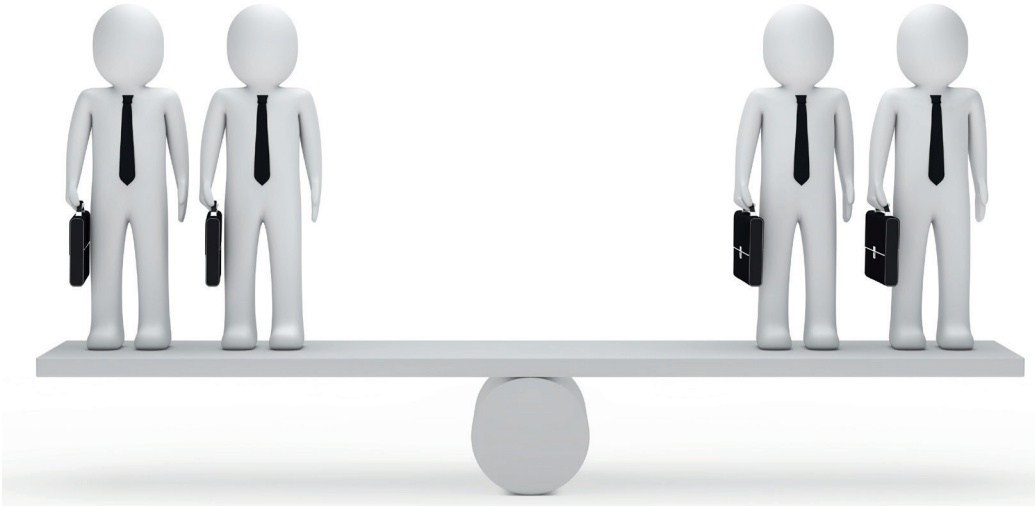
İmtiyazların belli bir düzene tabi olması amacıyla kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından işletilmesini sağlamak üzere ülkemizde çıkarılmış olan ilk Kanun, 10 Haziran 1910 tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun olup bugün neredeyse uygulama alanı kalmamıştır. Ülkemizde Kamu-Özel İşbirliği modellerinin uygulanması yönündeki girişimler 1980'lerin başında yeniden

başlatılmış ve ilk yasal düzenleme enerji sektöründe gerçekleşmiştir.⁴ 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile TEK dışındaki özel kuruluşların da elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapmasının önü açılmıştır.

Bu kanundan sonra 28 Mayıs 1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile özel kuruluşların TCK dışında otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi ile görevlendirilmesi olanağını sağlamıştır.

Daha sonra 1994 yılında çıkarılan 3974 sayılı Kanun, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabii olduğunu ve imtiyaz teşkil etmeyeceğini öngörmüştür ise de "Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin, kamu yararına dönük kamu hizmetleri oldukları" gerekçesiyle, Kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁵

Anayasa Mahkemesinin bu şekilde bir iptal kararı vereceğinin önceden öngörülebilmesi ve Yap-İşlet-Devret modelinin temeli olarak nitelendirilen yukarıdaki yasaların sektörel nitelikte kalması sebebiyle, Yap-İşlet-Devret modeline genel bir hukuki temel oluşturmak amacıyla, 08.06.1994 tarihinde 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında



Kanun kabul edilmiş ve bu model ile özel kişilerce yürütülecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiştir. Akabinde seksen sekiz milletvekili tarafından, madde kapsamına giren sözleşmelerin, idari sözleşmenin tüm koşullarını taşıdığı ve söz konusu hüküm ile bu sözleşmelerin idari yargı alanının dışına çıkarılmak istendiği ileri sürülerek, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla dava açılmış ve 28.06.1995 tarihinde Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci tümcesindeki "... imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ..." sözcükleriyle, "bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.⁶ Anayasa Mahkemesi; Kanun'un 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları

yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikleri, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu ifade ederek bu etkinlikleri kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Ayrıca mahkeme tarafından, niteliği itibarıyla kamu hizmeti sayılan bir yatırımın özel kişiler eliyle yapılmasının, hizmetin niteliğini değiştirmeyeceği ifade edilmiştir. YİD sözleşmelerinde yönetimi üstün kılan kuralların bulunmasının kaçınılmaz olduğu, YİD yönteminin kamu hizmeti imtiyazından başka bir şey olmadığı, yasal düzenlemelerin de bu niteliği değiştiremeyeceği belirtilmiştir.

Kısa bir süre sonra, 4180 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un "Hazine Garantileri" başlıklı 11. maddesi "Bu Kanun'un 4. maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında

belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereği, yap işlet devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap işlet devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir.” Şeklinde değiştirilmiş ve bu maddenin, Anayasa’nın Başlangıç kısmının dördüncü paragrafı ile 2., 5., 7., 10., 11., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla bir kez daha Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır. 26.03.1997 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla, değişen 11. maddedeki “Bu Kanun’un 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler.” bölümünün, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, kalan bölümünün Anayasa’ya aykırı

olmadığına ve iptal isteminin reddine, iptal edilen bölüm nedeniyle uygulama olanağı kalmayan “...gereği...” sözcüğünün de iptaline karar verilmiştir.⁷

Yaptığı tüm değişiklikler Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile karşı karşıya kalan tali kurucu iktidar, çözümü Anayasa değişikliğinde bulmuş ve 1999 yılında 4446 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkarılarak Anayasa’nın 47., 125. ve 155. maddeleri değiştirilmiştir. “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlıklı 47. maddeye eklenen 4. fıkra şöyledir: “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” Yargı Yolu başlıklı 125. madde ile; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği hükmü getirilmiştir. Böylelikle Yap İşlet devret Sözleşmeleri adli yargıya tabi kılmaktan bir adım daha öteye gidilerek, bu sözleşmelerin milli ve milletlerarası tahkime tabi kılınabileceğini öngörmüştür.⁸

Anayasa’nın değiştirilmesi suretiyle özel hukuk sözleşmesi imzalanması ve tahkim kaydının kabul edilmesi taleplerinin önündeki engellerin ortadan kaldırılmasını takiben, 3996 sayılı Kanunun 2. 5. ve Geçici 1. Maddelerinde Anayasa’nın öngördüğü değişikliklerin yapılmasıyla süreç tamamlanmıştır.⁹



4. YAP-İŞLET DEVRET SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

4.1. Sözleşmenin Unsurları

Yap İşlet Devret sözleşmesinde de bir taraf müteahhit (kiracı), diğer taraf iş sahibi (kiralayan) olmak üzere iki taraf vardır. Müteahhit, bu sözleşme sonucu menkul veya gayri menkul olmak üzere belli bir eseri meydana getirmesi karşılığında o eseri kullanmaya ya da eserden nemalanmaya hak kazanır. İş sahibi ise müteahhidin imal edilen eseri belirli bir süre kullanmasına ya da eserden nema sağlamasına izin vermek karşılığında işler vaziyette bedelsiz devrine hak kazanır. Burada iş sahibi (kiralayan) kendisine eser yapılması ve yapılan eserin devredilmesi karşılığında eserin belirli bir süre müteahhit (kiracı) tarafından kullanılması borcu altına girmiş olmaktadır. Yap İşlet Devret sözleşmesinin en önemli

unsurlarından biri, istisna sözleşmesinde "meydana getirme(imal)" kavramıyla ortaya konulan "yapma" eylemidir. Yapma kavramı, en geniş anlamıyla, bir eserin ortaya konulması kadar var olan eseri değiştirme veya onarımını da kapsamaktadır. Bu sözleşme iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, iki taraf ta birbirine borçludur. Çünkü en azından bir eseri yapacak olan kişinin bunu imal etme, diğerinin de belli bir süre kullandırma yükümlülüğü vardır.¹⁰

4.2. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri ile İmtiyaz Sözleşmeleri Arasındaki İlişki

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri ile İmtiyaz Sözleşmelerinin aynı nitelikte mi yoksa farklı nitelikte mi olduğu hem uygulamada, hem doktrinde hem de yargıda tartışılmıştır. Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin doktrindeki genel görüş,¹¹ söz konusu bu yöntemin imtiyaz ya da imtiyazın bir türevi olduğu

şeklinde. Danıştay Yap-İşlet-Devret modelini imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Danıştay 1. Dairesi'nin 1996/84 esas, 1997/30 karar sayılı ve 20.03.1997 tarihli kararında; "...3996 sayılı kanun çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel hukuk kişileri arasında yapılacak olan sözleşmelerin bu kanuna tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu..." belirtilmiştir.

Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin bir sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesini belli bir süre için bir özel kişiye vermesidir. Kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımı çerçevesinde, imtiyaz sahibinin hizmet karşılığında yararlananlardan bir bedel almakla beraber hizmeti kar ve zarar kendine ait olmak üzere, şartlaşma hükümleri çerçevesinde idarenin buyruğu ve sorumluluğu altında yürütmesidir.¹² İmtiyaz usulünde, idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme imzalanır. Bu sözleşme hem idarenin tek taraflı olarak belirlediği düzenleyici nitelikte hükümler içermekte hem de karşı tarafın iradesine bağlı akdi hükümler içermektedir. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmeleri karma nitelikli kabul edilmektedir. İmtiyaz sözleşmelerini düzenleyen 1326 sayılı Kanun'un uygulamada yetersiz kalması ve uygulama alanının daralması sebebiyle, çeşitli kanuni düzenlemelerle yeni sözleşme usulleri getirilmiştir.¹³

Özay'a göre bu tür sözleşmelerin imtiyaz olarak nitelendirilmemesinin iki sebebi bulunmaktadır: Birincisi imtiyaz sözcüğünün "kapitülasyonlar" ile çağrışım yapması; ikincisi başta Anayasa olmak üzere konu

ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülmuş bulunan "usul" kurallarının dışlanması arzusudur.¹⁴ Ancak, "Yap-işlet-devret" modeli ile imtiyaz arasında önemli farklılıklar olduğunu savunanlar da vardır. Bu görüşe göre iki sözleşme türü arasındaki farklılıklar şöyle sıralanmaktadır:

- Yap-İşlet-Devret modelinin uygulanma sına ilgili kurumun yetkili organları karar verebildiği halde, imtiyazın uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı gereklidir.
- Yap- İşlet-Devret modelinde yapılan tesisin mülkiyetinin ilgili idareye ait olmasına karşılık, imtiyazda her türlü alet ve edevat imtiyaz sahibine aittir .
- Yap-İşlet-Devret modelinde şirketin işletmesine verilen tesisin işletilme süresinin üst sınırı, yapılan tesisin mali portresi dikkate alınarak saptandığı halde, İmtiyazda böyle bir durum söz konusu değildir.
- Yap- İşlet-Devret modelinde kurulacak tesisler için gerekli taşınmazlar ilgili kuruma şirkete verildiği ve mülkiyeti kuruma ait olduğu halde, imtiyazda gerekli taşınmazları imtiyaz sahibi bedellerini ödeyerek almak durumundadır .
- Yap- İşlet-Devret, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa bağlı hizmetlere uygulanabildiği halde, imtiyaz Bakanlar Kurulunca belirlenecek esaslar doğrultusunda ilgili hizmetlere

uygulanabilmektedir .

- Yap- İşlet-Devret modelinde şirket tarafından yapılan tesislerin işletme süresi sonunda hiçbir bedel ödenmeden ilgili kuruma devredilmesine karşılık, imtiyazda tesisler ancak kamulaştırma veya imtiyaz süresi sonunda satın alınma yolu ile devlete geçebilir .
- Yap-işlet-devret modeli ile yapılan tesislerde çalışacak yabancı personelin kısıtlanmasına karşılık, imtiyaz yolunda bu konuda kayıtlamalar getirilmesi zorunludur.¹⁵

4.3. Yargıtay Kararlarında Yap- İşlet- Devret Sözleşmeleri

Yukarıda ayrıntılı biçimde açıkladığımız Anayasa değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri adli yargıya tabi kılınmış olduğundan bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda hüküm verme yetkisi Yargıtay'a aittir.

Yargıtay'ın 1. 6. ve 11. Hukuk Dairelerinin çeşitli kararlarında¹⁶;

- "Dava, devreden ile devralan arasında imzalanan Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi'nden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, benimsenen bilirkişi mütalaası doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, Yap-İşlet-Devret sözleşmesi niteliği gereği eser ve işletme (kira) olmak üzere 2 sözleşmeden oluşmaktadır. Bu nedenle, ihtilafın

çıktığı sözleşme göz önüne alınarak taraflar arasındaki uyuşmazlık buna göre çözümlenmelidir. Somut olayda, sözleşmenin eser kısmı ile ilgili bir ihtilaf bulunmamakta olup, işletme (kira) hususunda uyuşmazlık bulunduğundan eBK'nın kiraya dair hükümlerine binaen sonuca ulaşmak gerekmektedir. Bunun yanında, taşınmazın satılması veya takası gibi durumlarda var olan işletme (kira) sözleşmesi yeni malik ile davalı



tarafı (kiracıyı) bağlayacaktır. Ayrıca, 31/01/2003 tarihli muvafakatname de göz önüne alındığında devam eden işletme (kira) sözleşmesi ile muvafakatname uyarınca, davacının kira bedeli dışında cirodan (hasılat) kaynaklanan bir ücret de

isteyebileceğinin kabulüyle sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2016/7328 K. 2017/5192 T.10.10.2017)

- “Davacı vekili, davalının sözleşme gereği ödemesi gereken işletme hakkının devir bedelini zamanında ödemediğini, ihtar rağmen de



gereğini yerine getirmediğini belirterek akdin feshi ile davalının tahliyesine karar verilmesini istemiştir. Davalı taraf, taraflar arasında gerçek bir kira sözleşmesi bulunmadığını ve yap-işlet-devret şeklindeki sözleşmenin 6570 sayılı yasaya tabi olmayıp değere göre asliye hukuk mahkemesinin görevli

olduğunu belirterek görevsizlik kararı verilmesini istemiştir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.7.1997 tanzim tarihli ve devir bedelinin ödenmeye başlandığı tarihten itibaren 10 yıl sürelidir. Uyuşmazlık kira sözleşmesinden kaynaklandığına göre ister adi kira, ister hasılat kirası olsun HUMK'nun 8. maddesi uyarınca davaya bakmak sulh hukuk mahkemesinin görevi olduğu halde görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir.” (T.C. YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ E. 1999/11054 K. 2000/53 T. 24.1.2000)

- “Dava el atmanın önlenmesi ve ecr-i misil isteğine ilişkindir. Mahkemece, taraflar arasında kiracılık ilişkisinin varlığı kabul edilerek davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden, dava dilekçesinin içeriğinden şehrin muhtelif yerlerindeki 14 adet gazete, 2 adet meşrubat ve 1 adet kuruyemiş büfesi olmak üzere toplam 17 adet büfenin işletme hakkının davacı İdare tarafından 03.09.1998/03.09.2001 tarihleri arasında 3 yıllığına davalıya kiraya verildiği, müddet dolduğu halde, 6 adedinin teslim edilmesine rağmen 11 adedinin teslim edilmediği ve davalının fuzuli şagil olduğu belirtilerek el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istenildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de, davacı İdare ile davalı arasındaki 03.07.1998 tarihli noter aracılığıyla yapılan kira sözleşmesiyle 11 adet büfenin sadece işletme hakkının üç yıl süreyle davalıya kiralandığı tartışmasızdır. Buna göre,

büfenin işletme hakkı kira sözleşmesine konu edildiğine göre, taraflar arasındaki çekişmede 6570 sayılı Yasa hükümlerinin değil, Borçlar Kanunu'nun hasılat kirası ile ilgili 270. ve devam eden maddelerinin uygulama yeri bulacağı kuşkusuzdur.” (YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ, E. 2003/12872, K. 2003/13681, T. 17.12.2003)

Denilmek suretiyle, Yap-İşlet- Devret sözleşmeleri eser sözleşmesi ve kira sözleşmesi olarak iki kısma ayrılmış ve sözleşmenin “yap” kısmına ilişkin uyumsuzluklara Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, “işlet” kısmına ilişkin uyumsuzluklara ise yine aynı Kanun’un “hasılat kirası ya da kira sözleşmesi” hükümleri uygulanmıştır.

Sonuç

Kamu-Özel İşbirliği modellerinin bir türü olan Yap-İşlet- Devret sözleşmeleri 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde; “...ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi...” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu model, ilk olarak enerji sektöründe gerçekleştirilen yasal düzenlemelerle uygulamaya konulmak istenmiş ise de, Anayasa Mahkemesi iptal kararları ile imtiyaz sözleşmelerinin katı kuralları esnetilmesine cevaz vermemiş; kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerin kamu hizmeti olduğu ve YİD yönteminin özünde kamu hizmeti imtiyazı kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle yapılan yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Ancak yaptığı tüm değişiklikler Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile karşı karşıya kalan tali kurucu iktidar, çözümü Anayasa değişikliğinde bulmuş ve 1999 yılında 4446 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkarılarak Anayasa’nın 47., 125. ve 155. maddeleri değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri adli yargıya tabi kılınmıştır. Doktrindeki genel görüş ise tıpkı Anayasa Mahkemesi ve Danıştay gibi Yap-İşlet- Devret sözleşmelerinin imtiyaz ya da imtiyazın bir türevi olduğu şeklindedir. Özyay’a göre bu tür sözleşmelerin imtiyaz olarak nitelendirilmemesinin sebeplerinden ilki imtiyaz sözcüğünün “kapitülasyonlar” ile çağrışım yapması; ikincisi ise başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde öngörülmüş bulunan “usul” kurallarının dışlanması arzusudur. Neticede, Anayasa değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri adli yargıya tabi kılınmış olduğundan bu sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda hüküm verme yetkisi Yargıtay’a ait olup Yargıtay ise önüne gelen uyumsuzlukları, Yap-İşlet- Devret sözleşmeleri eser sözleşmesi ve kira sözleşmesi olarak iki kısma ayırmakta ve sözleşmenin “yap” kısmına ilişkin uyumsuzluklara Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerini, “işlet” kısmına ilişkin uyumsuzluklara ise yine aynı Kanun’un “hasılat kirası ya da kira sözleşmesi” hükümlerini uygulayarak çözmektedir.

DİPNOT

- ¹ AKILLI; Hüsnüye, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Yöntemine: Yasal Serüven, Sayıştay Dergisi, Sayı:89/ Nisan - Haziran 2013, ss. 96
- ² UZ; Abdullah, Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007 ss. 1168-1169
- ³ ERDOĞAN, Hasan, "Belediye Yatırımlarının Finansmanında Yap İşlet Devret Alternatifi: Antalya Sarısu Mesire Alanı Örneği", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 3, ss.475
- ⁴ AKILLI, ss. 101
- ⁵ 9.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>)
- ⁶ 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>)
- ⁷ 26.3.1997 tarih ve E. 1996/63, K. 1997/40 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>)
- ⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt: II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, ss. 409
- ⁹ AKILLI, ss. 106-107
- ¹⁰ ŞENYÜZ, Doğan "Yap İşlet Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumu," (Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1996, s.7-9
- ¹¹ TAN, Turgut, Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline , Ankara Üniversitesi Dergisi, Cilt:47, Sayı:3, 1992, ss. 318, YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, İstanbul, 2017, ss. 465-477, ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim,1996,s.265,414-415
- ¹² TAN, ss. 308
- ¹³ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY ss. 521-525
- ¹⁴ TAN, ss. 319
- ¹⁵ TAN, ss. 319
- ¹⁶ KAZANCI HUKUK OTOMASYON - YARGITAY KARARLARI ARAMA MOTORU (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>)

KAYNAKÇA

- AKILLI; Hüsnüye, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap İşlet Devret Yöntemine: Yasal Serüven, Sayıştay Dergisi, Sayı:89/ Nisan - Haziran 2013
- ERDOĞAN, Hasan, "Belediye Yatırımlarının Finansmanında Yap İşlet Devret Alternatifi: Antalya Sarısu Mesire Alanı Örneği", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 3
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt: II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim,1996
- ŞENYÜZ, Doğan "Yap İşlet Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumu," (Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1996
- TAN, Turgut, Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline , Ankara Üniversitesi Dergisi, Cilt:47, Sayı:3, 1992
- UZ; Abdullah, Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007
- YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, İstanbul, 2017
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>
- KAZANCI HUKUK OTOMASYON - YARGITAY KARARLARI ARAMA MOTORU (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm>)

MÜTESELSİL BORÇLULUK VE BORÇLULAR ARASINDA TESELSÜL

Giriş

TBK madde 162-168 hükümlerinde düzenlenen müteselsil borçluluk, bir diğer adıyla borçlular arasında teselsül; birden fazla borçluya karşı, alacaklının hukuki durumunu güçlendiren bir kurumdur. Müteselsil sorumluluğun alacaklıyı korumaya ilişkin işlevi; her bir borçlunun borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu olması ve alacaklının da borçlulardan istediğine başvurma konusunda seçim hakkına sahip olması ile açıklanmaktadır. Teselsülden yararlanma hakkı alacaklıdadır; fakat alacaklı bu hakkını kullanmadıkça, mahkeme resen onun yararına teselsül kuralını uygulayamamaktadır. Borçluların çokluğu durumuna kural olarak "kısmi sorumluluk" ilkesi hâkimken bu durumun istisnası, müteselsil sorumluluk olduğu için davacı; dava dilekçesinde müteselsilen ödeme isteğinde bulunmamışsa, her davalının sorumluluk derecesi ayrı ayrı tespit edilmektedir.¹

Müteselsil borç ilişkisinde, borçlu sayısı kadar dar anlamda borç vardır. TBK'da bütün borçluların borcun doğumundan sona ermesine kadar mutlak şekilde aynı kaderi paylaşmaları kabul edilmemiş, bazı borçluların diğerlerinden farklı imkânlarla (itiraz, defi, teminat gibi) sahip olmaları öngörülmüştür.²

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, herhangi bir adi borç ilişkisindeki borçlunun

pozisyonu, herhangi bir müteselsil borçluluk ilişkisindeki borçlunun pozisyonundan çok daha avantajlı olduğu aşikârdır. Buna rağmen, müteselsil borçluların menfaatlerini de koruyan çeşitli sözleşmeler düzenlemek olanak dâhilindedir. Bu duruma ilişkin olarak "Müteselsil borçluların durumunun, adi borcun borçlusunun durumuna göre ağırlaşmasının önüne geçilebilir mi?" şeklindeki soruyu cevaplama öncesi müteselsil borçluluk kurumu ele alınmalıdır.

1. MÜTESELSİL BORÇLULUĞUN KAYNAĞI

Müteselsil borç ilişkisinin kaynağı, kanun ya da sözleşme olabilir.

1.1. Kanundan Doğan Müteselsil Borçluluk

Kanundan kaynaklanan müteselsil borçluluğa, kanuni müteselsil borçluluk denmektedir. Kanuni müteselsil borçluluk da kendi içinde iki kategoride incelenebilmektedir.

a) Bunlardan ilki emredici müteselsil borç ilişkisidir. Emredici müteselsil borç ilişkisi, aksine düzenleme yapılmayan kanun hükmü ile doğmaktadır.³ Kanuni müteselsil borçluluğun tipik örneği TBK 61'de yer alan birden çok kişinin haksız fiilden sorumluluğudur.⁴

b) İkincisi ise kanuni ihtiyari müteselsil borç ilişkisidir. Kanundan kaynaklanan ihtiyari müteselsil borç ilişkisi, Kanunun olası taraf

iradelerine binaen karineten öngördüğü durumlarda söz konusu olmakta ve buna ilişkin hükümler, taraf iradelerinin yetersiz kaldığı durumlarda tamamlayıcı rol oynamaktadır. Dolayısıyla bu hükümler tamamlayıcı hukuk kuralı olduğu için, tarafların bu düzenlemeden sapan anlaşmalar yapması geçerlidir.

1.2. Hukuki İşlemden Doğan Müteselsil Borçluluk

Hukuki işlem ile müteselsil borçluluk yaratılması birden çok borçlunun her birinin alacaklıya karşı sorumlu olmayı kabul ettiklerini bildirmeleriyle doğar. Hukuki işleme dayanan müteselsil borç ilişkisi esasen alacaklıya bir teminat sağlama amacından kaynaklanmaktadır. Hukuki işlemde kaynaklanan müteselsil borçluluğa; sözleşmeden doğan müteselsil sorumluluk, borca katılmadan doğan müteselsil sorumluluk ve tek taraflı hukuki işlemde

(vasiyet) kaynaklanan müteselsil borçluluk örnek gösterilebilir.

Müteselsil sorumluluğun en önemli iki özelliği; i) alacaklının dilediği borçluya başvurma hakkına sahip olması ve ii) bu başvurunun borcun tamamı için olmasıdır. Belirtilen bu iki özellik, tipik bir müteselsil borçluluk ilişkisinde mevcuttur. Buna karşın, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar atipik müteselsil ilişkiler ortaya çıkarmakta ve TMK madde 2 ve TBK madde 27⁵ gibi emredici hukuk kurallarına uyma koşuluyla kanun hükmünden sapmakta serbesttirler. Bu serbestliğin sebebi müteselsil sorumluluğu düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olmamasıdır.⁶ Taraflar farklı müteselsil borç ilişkilerine vücut verebilmektedir.⁷ Örneğin tipik bir müteselsil borç ilişkisi, madde 162'ye uygundur ve alacaklı, istediği borçludan alacağının tamamını herhangi bir sıra ile bağlı olmadan isteyebilmektedir.⁸ Öte yandan atipik bir müteselsil borç ilişkisinde;



alacaklının, borçluları bir sıra dahilinde takip etmesi hususunda bir anlaşma yapılması mümkündür. 9Yine aynı zamanda alacaklının ancak belirli şartları sağladıktan sonra müteselsil borçluları sorumlu tutabileceğinin kararlaştırılması mümkündür.

Doktrinde bu şekilde alacaklının, keyfi biçimde dilediği borçluya başvurma hakkının bulunmadığı müteselsil borç ilişkileri **tali** müteselsil borç olarak nitelendirilmekte ve bu halde alacaklının seçim hakkı müteselsil borçluların yükümlülüklerinin tali¹¹ olması ile sınırlandırılmaktadır.¹²

2. MÜTESELSİL BORÇLULUĞUN BENZER DURUMLARDAN FARKI

2.1. Müteselsil Borçluluk, Kefalet i-İlişkisi Doğurmaz

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk ilişkilerinin ikisinin de alacaklının alacağını güvence altına almak için başvurduğu şahsi bir teminat niteliğini haizdir. Ayrıca hem müteselsil kefalette hem de müteselsil borçlulukta alacaklı, dilediği borçluya başvurabilmektedir. Bu özellikler bu iki kurumun karıştırılmasına yol açmıştır. Oysaki müteselsil borç; müteselsil borçlulardan herhangi birinin borcu, diğerine bağlı olmadığı yani ferî nitelikte olmadığı için "kefalet" sözleşmesinden doğan borçtan ayrılır.¹³ Öte yandan kefalet ilişkisi asıl borca göre tali nitelikte olduğu için alacaklı, asıl borçluya başvurmadan kefile başvuramamaktadır. Örneğin müteselsil kefalette bile TBK madde 586 gereğince alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması ya

da asıl borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekmektedir, müteselsil borçlulukta bu şart aranmamaktadır.¹⁴ Kaldı ki müteselsil kefalette müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler değil müteselsil kefalette ilişkin hükümler uygulanmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla kanun koyucunun bu iki kurumu birbirinden ayırma iradesi açıktır ve bu iki kurum karıştırılmamalıdır.¹⁶

2.2. Müteselsil Borçluluk, Yığılmalı (kümülatif) Borç İlişkisi Oluşturmaz

Alacaklının aynı edimi birden fazla borçludan talep edebileceği ve bunlardan birinin ifada bulunmasının diğerinin borcunu sona erdiremediği durumlara "yığılmalı borç ilişkisi" denir. Kümülatif borçta birden çok borç mevcut olduğu için alacaklı bunları her bir borçludan ayrı ayrı, birbirinden bağımsız olarak isteyip tahsil edebilir.¹⁷ Örnek olarak; rizikonun gerçekleşmesi üzerine zarar veren ve sigortacı ayrı ayrı ödeme yapar ve bu iki ödeme kümülatif olarak toplanır yani birbiri üzerine yığılır. Oysaki müteselsil borçlulukta, borçlulardan birinin ifası diğer borçluları borçtan kurtarır. Borçluları ifaları yığılmaz, alacaklıya borcun tamamı birden çok kez ödenirse bu durum sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözümlenir.

3. BORÇLULARIN SAVUNMALARI

3.1. Şahsi Defi ve İtirazlar

TBK madde 164'e göre her borçlu kendisinden ifa talep eden alacaklıya karşı kendi şahsından doğan savunma sebeplerini serbestçe ileri sürerek ifadan kaçınabilir.¹⁸ Bu bakımdan

müteselsil borçlu olmasıyla tek başına borçlu olması arasında bir fark yoktur. Bu duruma örnek; zamanaşımının kesilmesi, sözleşmeyi yaparken irade beyanının sakat olduğu, takas, ibra¹⁹ vb gösterilebilir. Diğer bir ifadeyle, kural; herhangi bir müteselsil borçlunun sırf müteselsil borç altına girdi diye borcu tek başına üstlenmiş olması halinde içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmeyeceği yönündedir. Bu durumun **istisnası** ise zamanaşımının bir müteselsil borçluya karşı kesilince diğer müteselsil borçlulara karşı da kesilmiş sayılmasıdır.²⁰

3.2. Ortak Defi ve İtirazlar

Bir müteselsil borçlu, müteselsil borcun hukuki sebeplerinden ve konusundan doğan savunmaları yapma külfeti altındadır.²¹ Bir müteselsil borçlu bu külfeti yerine getirmezse diğer borçlulara karşı iç ilişkideki rücu ilişkisi çerçevesinde sorumlu olur.²² Borçlular, diğer borçluların durumunu ağırlaştırmama borcu altında olduğundan ortak defi ve itirazları yapmakla yükümlüdürler.

4. ALACAKLI AÇISINDAN MÜTESELSİL BORÇLULUK

Borçluların, birbirlerinin aleyhlerine olacak şekilde hareket etmesinin madde 165'e göre yasak olmasının yanında, alacaklının da TBK 168'e göre borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla müteselsil borçlular arasında bir eşitlik hali yaratılmaya çalışılmıştır.²³

4.1. Alacaklının Sadece Bazı Borçlulara Yönelik Fiillerinin Diğerleri Aleyhine Sonuç Doğurmaması

Bir müteselsil borçlunun davranışının diğerlerinin durumunu ağırlaştırmaması kuralına paralel olarak, alacaklı da sadece bir müteselsil borçluya karşı yönelttiği fiili ile diğerleri aleyhine sonuç sağlayamaz.²⁴ Örneğin alacaklının bir borçluya ihtar çekip onu temerrüde düşürmesi diğer borçlular açısından bir sonuç doğurmaz.

4.2. Alacaklının Diğerlerinin Zararına Olarak Bazı Borçluların Durumunu İyileştirmeme Yükümlülüğü

Alacaklı, bazı borçlular lehine yapacağı işlemlerle diğer borçluların zarar görmesine sebep olamaz. Eğer olursa, alacaklının yaptığı işlemler hukuken geçerli olur ama alacaklı diğer borçluların uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır.

5. BORÇLULARIN KENDİ ARALARINDAKİ İLİŞKİ (İÇ İLİŞKİ)

Alacaklıya karşı borcun tümünü ifa ile sorumlu olan borçlunun tüm yükü taşıması beklenemez. Kendine düşenden fazla ödeme yapan borçlunun, diğer borçlulara rücu etmesi ve borçluların kendi aralarında borcu paylaşmalarına iç ilişki denir.²⁵ Müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisini düzenleyen iç ilişki, zarar ve tazminatın müteselsil sorumlular arasında kesin ve nihai olarak paylaşılması sorunuyla ilgilidir.²⁶ Rücu hakkının kapsamı ve miktarı, borçlular arasındaki iç ilişkide bunların her birinin borcun ne kadarını üstlendiğine



bağlıdır. Böyle bir anlaşma yoksa karineten borcun borçlular arasında eşit olarak paylaşıldığı kabul edilir.²⁷ Rücu ilişkisinin yanı sıra, kanun koyucu; iç ilişkide kendi payına düşenden daha fazla ifade bulunan borçluya diğer borçlulara rücu etme hakkı tanımakla yetinmemiş, ayrıca bu borçlunun kendi payından fazla ödeme yaptığı kadar alacaklının haklarına halef olacağını da belirtmiştir.²⁸ Böylece, eğer bu borç hakkında alacaklıya rehin veya kefalet verilmişse, bunlar rücu hakkı sahibi borçluya geçmiş olacak ve ödemede bulunan borçlunun iç ilişkideki alacağına yönelik teminat oluşturmuş olacaktır.²⁹ Dolayısıyla halefiyet alacağı, rücu alacağının varlığının güvence altına alınmasına hizmet ettiği için rücu alacağı ve halefiyet alacağı arasında bir bağlılık ilişkisi vardır.³⁰

SONUÇ

Yukarıda bahsedildiği gibi müteselsil borcun borçlusu, iç ilişkide borcun küçük bir kısmıyla sorumlu olsa bile alacaklıya karşı borcun tamamıyla sorumludur. Bu durum müteselsil borçluları hukuken daha avantajlı hale getirmektedir. Ancak, yazı boyunca anlatıldığı gibi müteselsil borçluluk ilişkisi emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla müteselsil borcun borçlusu, alacaklıya örneğin şu hususları teklif edebilir; "üstlenmiş olduğu borcu sınırlayarak borcun yalnızca bir kısmından sorumlu olduğunu ve yalnızca o belirli kısım için alacaklının kendisine başvurabileceğini ya da alacaklının ancak diğer borçlulara başvurduktan sonra kendisine başvurabileceğini" ileri sürebilir. Bu sebeplerle çoğu hukuki meselede olduğu gibi, müteselsil borçluluk ilişkisi sözleşme taraflarının aralarında düzenleyebileceği bir hukuki ilişki türüdür.

DİPNOT

- ¹ Olgaç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1969, sayfa 141
- ² Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, sayfa:463
- ³ Dalcı Özdoğan, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, 2015, Seçkin Yayıncılık, Ankara, sayfa:60
- ⁴ TBK Madde 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.
- ⁵ TBK Madde 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.
- ⁶ Yağcıoğlu, Ali Haydar, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sayfa: 74
- ⁷ Canyürek, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, sayfa:15
- ⁸ MADDE 162- Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar
- ⁹ Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, sayfa154
- ¹⁰ Dalcı Özdoğan, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, 2015, Seçkin Yayıncılık, Ankara, sayfa:51
- ¹¹ Alacaklının bir borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde borcu diğer bir borçludan talep yetkisine sahip bulunduğu borç ilişkisine, ikincil borç denir.
- ¹² Şahin Caner, Ayşenur, Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, sayfa:45
- ¹³ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, sayfa:459
- ¹⁴ TBK Madde 586.1-Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.
- ¹⁵ Yavuz, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1. Cilt, 2015, Adalet Kitabevi, Ankara, sayfa: 917
- ¹⁶ Ayrıntılı bilgi için: Acar, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, 2015, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, sayfa: 24
- ¹⁷ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, sayfa:1198
- ¹⁸ Madde 164.1- Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir.
- ¹⁹ Kanun koyucu, borcun ifa dışında sona erdiği hallerden ibrayı özel olarak düzenlemiştir. Alacaklının sadece bir borçluyu ibra etmesi üzerine, ibra ettiği borçlunun iç ilişkideki payı kadar, diğer borçlulara karşı da alacak hakkını kaybedeceği hükme bağlanmıştır. MADDE 166.3: Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.
- ²⁰ TBK Madde 155.1- Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur
- ²¹ TBK Madde 164.2- Müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur.
- ²² Bunun bir külfet olmasının sebebi, borçluların alacaklıya karşı davranışının diğer borçluların durumunu ağırlaştırmama yükümlülüğüdür. MADDE 165- Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırmaz. Buna örnek olarak ortak savunmayı yapmayan borçlunun diğerlerine karşı rücu hakkını kaybedeceği örnek verilebilir. Bir diğer örnek ise, bazı borçluların alacaklıyla anlaşmak suretiyle borcun miktarını arttırmalarının bir tek kendileri bakımından sonuç doğurmasıdır. Bahsedilen yükümlülüğün tek istisnası zamanaşımının kesilmesiyle ilgilidir çünkü TBK madde 154 hükmüne göre örneğin borcu için bir kefil gösteren borçlu, zamanaşımını tüm borçlular adına kesmiş sayılacaktır.
- ²³ TBK Madde 168.2- Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.
- ²⁴ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, sayfa:482
- ²⁵ Rücu alacağını ileri süren borçlu sadece ödemede bulunmuş olduğunu ispat etmek zorunda iken, sorumlu tutulan diğer borçlular, rücu alacağını ileri süren borçlunun iç ilişkiye veya kanunen öngörülmüş orana göre hiç ifada bulunmadığını veya daha az miktarda ifada bulunduğunu ispat etmek zorundadır. Dalcı Özdoğan, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, 2015, Seçkin Yayıncılık, Ankara, sayfa:101
- ²⁶ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, sayfa: 822
- ²⁷ TBK Madde 167- Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktar, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.
- ²⁸ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, sayfa:491
- ²⁹ TBK Madde 168- Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.
- ³⁰ Dalcı Özdoğan, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, 2015, Seçkin Yayıncılık, Ankara, sayfa:98

PROFESYONEL FUTBOLCU SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FUTBOLCU SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN İHTİLAFLARIN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULU KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Giriş

Profesyonel futbolcular ile spor kulüpleri arasında Türkiye Futbol Federasyonu'nca ("TFF") yayımlanan sözleşme hükümleri dikkate alınarak akdedilen sözleşmelere profesyonel futbolcu sözleşmeleri denilmektedir. Burada profesyonellik kavramı değerlendirilmesi yapıldığında ise FIFA Oyuncuların Transferleri ve Statüsü Talimatı'nın "Futbolcuların Statüleri" ana başlığı altında amatör ve profesyonel futbolcu kavramları tanımlanmıştır.¹

Söz konusu madde ve devam maddeleri incelendiğinde futbol faaliyetine katılan oyuncular amatör ve profesyonel olarak ikiye ayrılmakta olup spor kulübü ile akdedilen yazılı sözleşme ile bağlı olan ve futbolcuya harcanan giderlerden daha fazla bir ücret ödenen kişi profesyonel futbolcu olarak tanımlanmıştır. FIFA Talimatı bu kapsam dışında kalan tüm oyuncuları amatör futbolcu olarak görmektedir.

Söz konusu tanımlamalar değerlendirildiğinde; FIFA'nın oyuncuların iş sözleşmelerindeki hukuki statüsünü belirlerken profesyonellik tanımlaması üzerinden yola çıktığı görülmektedir. Türk



sporu da uluslararası bu tanımlamaları kabul ederek amatör ve profesyonel ayrımı yaparak şekillenmiştir. Türkiye Futbol Federasyonu ve Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda profesyonel futbolcu tanımı uluslararası tanımlamaya uygun olarak "bir kulüple yazılı sözleşme yapmış olan ve kendisine futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan futbolcudur." şeklindedir.² Maddenin devamı incelendiğinde yine uluslararası spor hukuku tanımlamalarına uygun olarak bu tanım dışında kalan tüm futbolcular amatör futbolcu olarak kabul edilmektedir. Söz konusu bu talimat profesyonel futbolcu sözleşmeleri tanımlamalarını yapmakta ve söz konusu profesyonel futbolcu sözleşmelerinden doğacak uyumsuzlukta Uyumsuzluk Çözüm

Kurulu'nun yetkisinin kabul edilip edilmemesi hususuna da değinmektedir.

1. PROFESYONEL FUTBOLCU SÖZLEŞMESİ TANIMI VE BU SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ

Profesyonel Futbolcu Statüsü ve Transferleri Talimatı profesyonel futbolcu sözleşmesinin tanımını yaptıktan sonra söz konusu sözleşmenin profesyonel futbolcu olarak geçerli olması için gerekli işlemleri belirlemiştir. Söz konusu talimatta belirtilen şartlar sağlandığı takdirde futbolcuların profesyonel futbolcu sözleşmesi akdettikleri kabul edilmektedir. Geniş anlamda profesyonel futbolcu sözleşmesi tanımı yapmak gerekirse profesyonel futbolcular ile kulüpler arasında yapılan ve taraflara karşılıklı sorumluluklar yükleyen rızai sözleşmelerdir.³ Yani profesyonel futbolcu sözleşmelerinin iki tarafa da karşılıklı edimler yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduklarını söylemek doğru olacaktır. Bu kapsamda profesyonel futbolcunun kulübü ile arasındaki hak ve yükümlülükler bakıldığında her iki taraf arasında bir iş sözleşmesi olduğu dolayısı ile bu ilişkinin bir hizmet akdi olduğu söylenebilecektir.

1.1. Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı

Profesyonel Futbolcu İş Sözleşmesi, profesyonel statüde takım kurma yetkisine sahip olup takım kuran şirket yahut dernek ile profesyonel anlamda bir ücret karşılığında futbol faaliyetinde bulunan gerçek kişi arasında kurulan iki tarafa da karşılıklı edim



yükleyerek rızai şekilde kurulan sözleşmedir. Burada futbolcu söz konusu kulüp için çaba sarf etmekte aynı zamanda spor kulübü de söz konusu çaba karşılığında futbolcuya ücret ödemeyi üstlenmektedir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise yukarıda açıklandığı üzere profesyonellik kapsamında yani Profesyonel Futbolcu Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda belirtilen şartlar ve işlemler sonrasında profesyonellik kazanan kişinin yapmış olduğu sözleşmelere profesyonel futbolcu iş sözleşmesi denilmesidir. Amatör futbolcular tarafından yapılan sözleşmeler bu tanım ve kapsamda bulunmamakta ve amatör futbolcular ve amatör kulüpler bu sözleşmeye taraf olamamaktadır. Burada bir parantez açmak gerekirse; Profesyonel Futbolcu Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda belirtilen amatör futbolcunun ilk defa bir profesyonel sözleşme imzalaması halinde futbolcu, amatördür ancak sözleşmenin imzalanması ve TFF'ye tescil edilmesi ile profesyonel futbolcu statüsünü kazanacağı için artık profesyonel futbolcu sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir.

1.2. Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi'nin Hukuki Niteliği

Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi tanımı gereği iş görme borcu doğuran sözleşmelerden iş sözleşmesi olarak belirtilebilir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin ilk fıkrasında iş sözleşmesi *"bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır.⁴ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinin birinci fıkrasında hizmet akdi; *"Hizmet*

sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir." şeklinde tanımlanmıştır.⁵ Bu iki tanım birlikte yorumlandığında futbolcunun kulübüne bağımlı olarak bir iş (hizmet) görmesi ve bu iş karşılığında kulübünden ücret almasını düzenleyen sözleşmenin bir iş sözleşmesi olduğu belirtilebilir. Doktrin görüşlerine bakıldığında da çoğunluk olarak Profesyonel Futbolcu İş Sözleşmesi'nin tam iki tarafa borç yükleyen iş görme sözleşmelerinden olduğu belirtilmekte bu sebeple bir iş sözleşmesi olduğu ve bu sözleşme ile futbolcunun, sözleşme akdedilen kulüp forması altında müsabakalara katılma ve bu müsabakalara hazırlanma biçimindeki iş görme borcunu üstlenirken, söz konusu sözleşme akdedilen kulübünde, ücret ödeme borcu altına girdiği kabul edilmektedir.⁶ TFF Tahkim Kurulu 25.06.2009 tarihli bir kararında *"bu sözleşme ile futbolcu, kulüp forması altında müsabakalara katılma ve bu müsabakalara hazırlanma biçimindeki iş görme borcunu üstlenirken, Kulüp de ücret ödeme borcu altına girmektedir. Kulüp ile futbolcu arasındaki sözleşme hukuken hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir."* şeklinde karar vererek profesyonel futbolcu ile kulüp arasında akdedilen sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak değerlendirdiğini belirtmiştir.⁷

Her ne kadar herhangi bir kanunda tam olarak profesyonel futbolcu sözleşmelerinin iş sözleşmesi olarak kabul edildiğine ilişkin

tanım olmasa da futbolcuların spor kulüp forması altında müsabakalara katılması ve bu müsabakalara hazırlanma biçimindeki iş görme edimleri, futbolcunun bu iş görme edimini kulüp bünyesinde ve kulübe bağlı olarak gerçekleştirmesi ve iş görme borcunun karşılığında da kulübün ücret borcunun varlığı bir arada düşünüldüğünde profesyonel futbolcu sözleşmesinin bir iş sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

2. PROFESYONEL FUTBOLCU SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA OLUŞAN İHTİLAFLARIN KARARA BAĞLANMASI

2.1. Profesyonel Futbolcu Sözleşmelerinden Doğan İhtilafların İncelenmesi ve Karara Bağlanmasına Genel Bakış

Profesyonel Futbolcu ile spor kulübü arasında akdedilen sözleşme kapsamında Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatınca belirlenen futbolcuya ödenmesi gereken ücretlerin ödenmemesi ve spor kulüplerinin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hangi yola başvurulacağı Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca ("UÇK") belirlenmiştir. 17.06.2019 tarihli Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı *" taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halinde; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceley ve karara bağlar. Bununla birlikte sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür."* şeklindedir.⁸ En son yürürlüğe giren Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatında profesyonel futbolcuların

sözleşmelerinden doğan ihtilaflar için tarafların anlaşması üzerine UÇK'nın yetkisi belirlenmiş olup taraflarca yetkisi kabul edilmemesi halinde genel mahkemelerde ihtilafların çözülmesi öngörülmüştür.

2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Doğrultusunda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Yetki Alanı

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu 2007 yılında kurulmuş olan bir kurum olup TFF bünyesinde sportif mali ve idari uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulmuş bir kulüptür.⁹ Yukarıda bahsedilen 17.06.2019 tarihli talimat öncesinde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu *kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları incelemek ve karara bağlamakta münhasıran yetkili görülmekte iken* 02.03.2019 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 2017/136 Esas sayılı, 2018/7 Karar sayılı 18.01.2018 tarihli kararı ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun bu münhasır yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Ancak *sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar* konusunda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun münhasır yetkisi devam etmektedir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesine başvuru ile *"futbola ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların zorunlu tahkime tabi tutulması* Anayasa'nın 59. maddesine eklenen ek 2 nci fıkra hükmüne, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen Anayasa m.9 hükmüne, Anayasa'nın 10 ncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 36 ncı maddesinde

düzenlenen hak arama özgürlüğü ilkesine, Anayasa'nın 11 nci maddesinde düzenlenen Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ilkesine ve Anayasa'nın 142 nci maddesinde düzenlenen mahkemelerin kuruluşunun kanunla olacağı ilkesine aykırıdır. Yukarıda açıklanan ve re'sen gözönüne alınacak nedenlerle; 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun madde 5 fıkra 2 hüküm ile T.C. Anayasa md. 59, ek f. 2.m, 9.m, 10., 11.m, 36. ve m.142 hükümlerine aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesi" talep edilmiştir.¹⁰

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen karar ile "5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 18.1.2018 tarihinde karar verildi." kararını vermiştir.¹¹

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kararının resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi ile yani tam olarak 02.03.2019 tarihi itibari ile daha önce kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilaflara bakmakla münhasır yetkisi olan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun münhasır yetkisi ortadan kalkmış ve taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halinde

denilerek serbestlik ilkesi getirilmiştir.

2.3. Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Yürürlüğe Giren Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun 02.03.2019 Tarihinden Önceki İhtilaflara Etkisi

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı'nın geçici maddeleri incelendiğinde 02.03.2019 tarihinden önce Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde açılan davalarda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun münhasır yetkisinin devam ettiği belirlenmiştir.¹² Bu kapsamda UÇK Talimatı devam eden yani derdest olan dosyalar bakımından yetki konusunu belirlemiş olup tartışmalara kapamıştır. UÇK Talimatı'nın Geçici 2. Maddesi "02.03.2019 tarihinden önce imzalanan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önüne 02.03.2019 tarihinde ve bu tarihten sonra getirilmesi halinde davalı taraf, dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisine itiraz etmediği takdirde kurulun ihtiyari yetkisini kabul etmiş sayılır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisine itiraz edilmesi halinde Davacı tarafın yatırdığı başvuru ve hakem ücreti, maktu ücret düşülerek ilgili tarafa iade edilir." şeklindedir.¹³ Buradan da anlaşıldığı üzere 02.03.2019 tarihinde ve sonrasında ihtilafların çözümlenmesi adına açılacak davaların UÇK önüne getirilmesi halinde yedi günlük bir itiraz süresi tanınmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde son güncel UÇK kapsamında profesyonel futbolcuların iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflar ile UÇK Talimatında belirtilen diğer ihtilaflar kapsamında öncelikle tarafların yetkisine bakılmakta yetki varlığı halinde

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca söz konusu ihtilaflar çözüme kavuşturulmaktadır.

3. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULUNUN TARİHSEL YARGI YETKİSİ

Futbolcuların sözleşmelerinden kaynaklanan alacakları için öncelikle futbolcuların profesyonel ve amatör kavramını yapmak gerekmektedir. Futbolcuların alacakları genel olarak talimatlar üzerinden değerlendirilmekte olup bu talimatlarda tüm tanımlamalara yer verilmektedir. Söz konusu talimatlarda spor kulüplerinin profesyonel futbolculara karşı yükümlülükleri ile futbolcuların kulüplere karşı gerçekleştirmesi gereken yükümlülükleri belirtilmiş aynı zamanda profesyonel futbolcu sözleşmelerinden doğan alacaklar tek tek belirlenmiştir. Bu alacaklara ilişkin bir ihtilaf çıkması halinde yani kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların incelenmesi ve karara bağlanması taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halinde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararı ile UÇK talimatı son halini almıştır.

Ancak burada eski yapıya da değinmek gerekirse UÇK kurulduğu 2007 tarihinden 2009 tarihine kadar mülga 3813 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca futbolcuların ya da kulüplerin başvurusu üzerine her türlü uyuşmazlığı münhasıran incelemek ve zorunlu tahkim görevi yapmakla yükümlü idi.¹⁴ 2009 yılında çıkarılan TFF kanununda UÇK'nın görevleri ve yetkisi hakkında

herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş ve bu konuda inisiyatif tam olarak TFF'ye bırakılmıştı. Anayasanın 59. Maddesinde 2011 yılında bir değişiklik yapılmış UÇK'nın yetkisinin belirtildiği TFF Statüsü'nün 55. ve 56. Maddeleri değiştirilerek UÇK hem ihtiyari hem zorunlu tahkim kurulu olarak kabul görmüştür. Söz konusu düzenleme kapsamında futbolcu sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisini kabul edip etmemek konusunda serbestlik ilkesine geçilmiş, ancak profesyonel futbolcu sözleşmelerinde belirtilen sportif cezalar ve yetiştirme tazminatlarına ilişkin uyuşmazlıkta zorunlu tahkim olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kabul edilmiştir. Aslında yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararı ile geriye dönüş yapılarak geçmişte var olan bu sisteme dönüldüğünü söylemek doğru olacaktır. Ancak 2015 yılına gelindiğinde TFF Genel Kurulu'nun 25.06.2015 Tarihli genel kurulu kararı ile TFF Statüsü'nün 55. ve 56. maddeleri değiştirilmiş ve sonuç olarak profesyonel futbolcu sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu münhasıran yetkili ve görevli kılınmıştır. 2015 yılından yukarıda detaylı açıklanan Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girme tarihi olan 02.03.2019 tarihine kadar Uyuşmazlık Çözüm Kurulu profesyonel futbolcu sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda münhasıran yetkili ve görevli merci olarak görev yapmıştır.

4. SONUÇ OLARAK

Profesyonel Futbolcu Sözleşmelerinin hukuki niteliği günümüzde tartışmalı bir konu olup



kanunda belirtilen bir tanımı bulunmamaktadır. Kanunda belirtilen sözleşme tipleri çerçevesinde futbolcu ile kulüp arasındaki edim yükümlülükleri değerlendirildiğinde söz konusu sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır. Ancak burada bir parantez açmakta fayda vardır. Yukarıda da detaylı olarak belirtmiş olduğumuz üzere futbolcu sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirenler de mevcuttur. Her ne kadar farklı görüşler var olsa da Tahkim Kararları ve Avrupa futbolunun konuya bakış açısı kapsamında söz konusu sözleşmeleri iş sözleşmesi olarak değerlendirmekteyiz.

Profesyonel Futbolcu sözleşmelerinin tarafları olarak kulüp ve futbolcular arasında karşılıklı ve uygun irade beyanlarının oluşması ile birlikte profesyonel futbolcu sözleşmeleri oluşmaktadır. Bu kapsamda taraflar hem bir takım haklara sahip olmakta hem de bir takım yükümlülüklerin altına girmektedirler. Profesyonel Futbolcunun söz konusu

sözleşmeler kapsamında ücret isteme hakkı, transfer ücreti, aylık ücret, prim, maç başı ücret, sosyal ve sigorta hakları, ücretli izin hakkı ve sendikal hakları gibi hakları oluşmaktadır. Bunun yanında Profesyonel Futbolcu sözleşme ile birlikte Profesyonel Futbolcu işi yapma borcu, talimatlara uyma borcu, hayatına ve sağlığına özen gösterme borcu gibi borçlar altına girmektedir. Profesyonel Futbolcuların aynı zamanda TFF Statüsü ve Talimatında öngörülen yükümlülükleri yerine getirme borçları da bulunmaktadır. Diğer yandan söz konusu sözleşmeler kapsamında kulüplerin asli borcu olarak ücret ödeme borcu oluşmakta ve hak olarak ise disiplin cezası verme hakkı gibi bir takım hakları gündeme gelmektedir. Profesyonel Futbolcu Sözleşmelerine ilişkin bahsedilen bu haklar kapsamında bir uyuşmazlık olması halinde doğan uyuşmazlıkların çözümü için, yetkisinin kabul edilmesi halinde, ilk olarak Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kuruluna başvurulmakta olup tarafların UÇK

kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz hakları da bulunmaktadır. Ancak sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm kurulu olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun yetkisi çoğu zaman tartışılmış ve zamanla yetki konusunda değişiklikler olmuştur. Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun yetkisinin tartışılmasında ki nokta Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun münhasır yetkisinin olup olmadığına ilişkin olup bu husus günümüze kadar çoğu kez değişimler geçirmiştir. Son olarak 02.03.2019 tarihinden itibaren Uyuşmazlık Çözüm Kurulu taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halinde; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbola ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceler ve karara bağlar aynı zamanda sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflarda münhasıran yetkili olduğuna karar verilmiştir.

DİPNOT

- ¹ FIFA Regulations on the Status and Transfers of Players; http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/66/98/97/regulationsstatusandtransfer_en_1210.pdf
- ² Türkiye Futbol Federasyonu ve Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı Madde 3 <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statüsü-ve-Transferleri-Talimatı.pdf>
- ³ Petek, Hasan, Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üni. , Yayın No.2, Temmuz 2007, s.553.
- ⁴ 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesi
- ⁵ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 393. Maddesi
- ⁶ Narmanlioğlu, s.81; Petek, s.46.; Ertas, s.238; Hardal, s.96; Küçükgüngör, Erkan, Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu, Ankara Barosu Dergisi 1999/1, s.46-47; Çağlayan, Ramazan, Spor Hukuku, Asil Yayın, Ankara 2007, s.41-42.
- ⁷ <https://www.tff.org/default.aspx?pagelD=247&ftxtID=7381>
- ⁸ <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/UCK-Talimatı.pdf>
- ⁹ Nuray Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.246
- ¹⁰ https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Kararı/2018-7.pdf
- ¹¹ <http://kararlariyeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/70d387f3-b0af-4540-98ac-8d379011c70b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>
- ¹² Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı Geçici Madde 1
- ¹³ Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı Geçici Madde 2
- ¹⁴ 3813 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 5894 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

KAYNAKÇA

1. ALPAGUT Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998.
2. BAŞTÜRK Faruk, Teknik Direktör ve Antrenörlerin Hukuki Durumu, Legal İş Hukuku Dergisi, Sayı:6, 2005.
3. ÇAĞLAYAN Ramazan, Spor Hukuku, Asil Yayın, Ankara 2007.
4. ÇOBAN Dilek, Profesyonel Futbolcu Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Dergisi, Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs 2007. C.16,
5. ERTAŞ Şeref / PETEK Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
6. ERTAŞ Şeref, Sporda Hukuki Sorumluluk, Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi, Yayın No.2, İstanbul 2007.
7. HARDAL Şekip, Spor Sözleşmeleri, İstanbul Barosu Dergisi, Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs 2007.
9. NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1998.
10. PETEK Hasan, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
11. PETEK Hasan, Sporcu Sözleşmeleri ve Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi, Yayın No.2, İstanbul 2007.
12. ÜMİT Orhan, Av. Kismet Erkiner Armağanı Spor Hukuku Yazıları , İstanbul Barosu Yayınları, 2014
12. TFF,Tahkim Kurulu Örnek Kararları 1998-2003, Türkiye Futbol Federasyonu Yayınları, Ocak 2004.
13. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı
14. Profesyonel Futbol Federasyonu Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferi Talimatı

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİYE DEVREDİLEN PAYLARA İLİŞKİN TAPU İPTALİ VE TESCİLİ DAVASI İLE TAPULAR ÜZERİNDEKİ TAKYİDATLARIN HUKUKİ DURUMU

Giriş

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ülkemizde artan işyeri ve konut ihtiyacının sonucu olarak ortaya çıkan, uygulamasına sıkça rastladığımız atipik bir özel hukuk sözleşmesidir. Arsa sahiplerinin arsaları üzerinde bina inşa etmek için gerekli tecrübe ve finansmandan yoksun olmaları, yüklenici açısından ise cazip bir iş imkanı olması, tarafları bu sözleşmeyi yapmaya iten başlıca etkenlerdir.

Bu sözleşmede, arsa sahibi arsasının belirli paylarının mülkiyetini müteahhide devretmek, müteahhit de arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedir.¹

Tipik bir sözleşme olmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma bir sözleşmedir. Dolayısıyla uyumsuzluk olması durumunda uyumsuzluğun konusuna göre bu iki sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN EDİMİNİ YERİNE GETİRMEMESİ VE YÜKLENİCİYE ÖNCEDEN DEVREDİLEN TAPULARIN HUKUKİ DURUMU

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen 479. maddesi uyarınca, iş sahibinin(arsa sahibinin) bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Buna göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan eseri(binayı) tamamlayıp kullanılmaya hazır şekilde arsa sahiplerine teslim etmedikçe arsa sahiplerinden sözleşmesel edimlerinin ifasını talep hakkına sahip olamayacaktır.

Kural bu olmakla birlikte, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra yüklenici henüz edimlerini yerine getirmeden; arsa sahibi, arsa veya kat irtifak tapularını veya bir kısmını yüklenici adına tescil ettirmektedir.

Yüklenici ise finans ihtiyacını karşılamak için devredilen bağımsız bölüm veya arsa hisseleri

üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunmaktadır. Yüklenici müteahhit, bu şekilde kendisine devredilen paylar üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunmasına rağmen sözleşmeden doğan edimini ifa edemediğinde arsa sahiplerinin mağduriyeti ortaya çıkmaktadır. Uygulamada yine sıkça rastlanan bu durumun çözümü ve arsa sahiplerinin mağduriyetlerinin giderilmesi hususunda TBK veya diğer mevzuatta konuyla doğrudan ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olunca bu hukuki sorunun aydınlatılması Yargıtay Kararları ışığında olmaktadır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin finansman ihtiyacı nedeniyle Sözleşmenin ayakta kalabilmesi ve inşaatın devam ettirilebilmesi amacıyla arsa tapularının yükleniciye devri mümkün olup bu devirler **avans** niteliğindedir. Buna göre, yüklenici sözleşmesel edimini ifa edip, inşaatı tamamlayarak karşı tarafa teslim edinceye kadar kendisine devredilen paylar bakımından malik olamayacaktır.

2. AVANS NİTELİĞİNDE DEVREDİLEN TAPULAR ÜZERİNDE LEHİNE TAKYİDAT BULUNAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU İLE TAPU İPTAL VE TESCİL DAVASI AÇILMASI

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre tapuların avans niteliğinde geçici olarak yükleniciye devredilmesi durumunda sözleşmesel edimini ifa etmeyen yüklenicinin tasarrufları ile tapuları devralan veya paylar üzerinde menfaat edinen üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin iyiniyeti

korunmadığından Türk Medeni Kanunu'nun 1023. Maddesinde düzenlenen tapu siciline güven ilkesinden faydalanmaları da söz konusu olmayacaktır.²

"Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, sözleşmeye konu taşınmazları avans olarak devralan yüklenicilerin taşınmaz üzerinde aynı hak kazanmadıkları, taşınmazların tapu kayıtlarında lehlerine takyidat tesis edilen üçüncü kişilerin, şahsi haklarını arsa sahiplerine karşı ileri sürmelerinin ve iyiniyetli olarak kabul edilmelerinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulü ile, davaya konu bağımsız bölümlerin davalılarve ... adına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına tesciline, davalı ...Ş. lehine tesis edilen ipoteğin ve davalılehine tesis edilen haciz şerhinin kaldırılmasına, davalı ... lehine tesis edilen haciz şerhi yargılama sırasında kaldırıldığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.Kararı, davacılar ve davalılar ve ... vekilleri temyiz etmiştir.Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacılar ve davalılar ...ve ... vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." (Yargıtay 23. HD. 2015/6174 E. 2016/4338 K. 6.10.2016 tarihli ilam)

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, yükleniciye geçici olarak devredilen ve avans mahiyetinde olan bu tapular üzerinde yüklenicinin borçlarından dolayı lehlerine takyidat şerhleri bulunan üçüncü kişilerin iyiniyetleri arsa sahiplerinin mülkiyet hakkı karşısında korunmamaktadır. Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince



arsalarını yükleniciye veren ve sonuçta bağımsız bölüm alacak olan davacı arsa sahiplerinin bağımsız bölüm tapularının geçici bir müddet yüklenici üzerinde kalması da üçüncü kişilere hak sağlamaz. Yapılacak basit bir araştırma ile yükleniciye değil de arsa sahiplerine ait olacağı anlaşılabilir olan bağımsız bölümler üzerine konulan takyidatlar sebebiyle de iyiniyetli oldukları kabul edilemez.³ Bu itibarla yüklenicinin sözleşmesel edimini ifa etmemesi üzerine arsa sahiplerinin ikame ettikleri tapu iptal ve tescil davası ile payların yükleniciye devrine ilişkin tapu kayıtlarının terkin ve tapuların takyidatlardan ari olarak kendi adlarına tescilini talep etmeleri mümkündür.

3. TAPULAR ÜZERİNDE LEHİNE TAKYİDAT BULUNAN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DAVADAKİ DURUMU

Tapu tescil ve iptali davasında üçüncü kişilere ait takyidatların da kaldırılması talep edildiği takdirde takyidatlar kaldırılarak tapuların

arsa sahiplerine tescili sağlanacaktır. Ancak takyidatların kaldırılması talebine ilişkin hüküm kurulabilmesi için taşınmazlar üzerinde lehlerine ipotek/haciz şerhi bulunan üçüncü kişilerin de dava açılırken yüklenici yanında davalı olarak gösterilmesi gerekmektedir. Zira dava açıldıktan sonra lehine takyidat bulunan 3. Kişilerin davaya katılımını sağlamak -HMK m.124 Tarafların İradi Değişikliği dışında - mümkün değildir.

Yargılama esnasında dava üçüncü kişilere ihbar edilerek ferî müdahil olarak katılımlarının sağlandığı durumlarda ise Hukuk Mukameleri Kanunu'nun "Müdahilin de yer aldığı asıl davada hüküm, taraflar hakkında verilir." şeklindeki 69. Maddesi uyarınca ferî müdahil taraf olmadığından hakkında hüküm kurulamayacaktır. Nitekim Yerleşik Yargıtay içtihatları da bu yöndedir:

"İhbar olunan kimse davada davalı sıfatını kazanmadığından lehine ve aleyhine hüküm kurulamaz. Somut olayda, dava konusu

taşınmazın tapu kaydında lehlerine haciz şerhi bulunan kişiler, gerekçeli karar başlığında davalı olarak gösterilmiş iseler de bu kişilere ihbar dilekçesi tebliğ olunmuş olup, davada, davalı sıfatıyla değil, ihbar olunan sıfatıyla yer almışlardır. Bu durumda, mahkemece, tapu kayıtları üzerinde detaylı inceleme yapılarak, lehine takyidat şerhi (ipotek, haciz, intifa hakkı vd.) bulunan tüm gerçek ve tüzel kişilerin davaya katılımı sağlandıktan sonra, söz konusu şerhler hakkında bir karar verilmesi gerekirken, anılan usule uyulmadan yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁴

Hal böyle olunca; lehine takyidat bulunan 3. Kişiler davalı olarak gösterilmediğinde kanuni şartlar oluştuğu takdirde HMK m.124 ‘Tarafların İradi Değişikliği’ hükmü uyarınca bu kişiler de davalı olarak davaya eklenebilir.

Eğer bu mümkün olmazsa hak kaybına mahal vermemek için; arsa paylarının üzerinde lehine takyidat bulunan 3. Kişilere ayrı bir dava ikame edilmeli ve sonradan açılan bu davanın, yükleniciye karşı açılmış mevcuttaki dava ile birleştirilmesi talep edilmelidir

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden kaynaklı borcunu yerine getiremeyen yüklenici müteahhidin, arsa sahipleri tarafından kendisine devredilen arsa payları üzerindeki tasarrufları sonucu günümüzde sıklıkla mağduriyet ve uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Halihazırda bu tür uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmadığı için uyuşmazlıkların çözümüne içtihatlar ışık tutmaktadır.

Yargıtay’ın bu konudaki genel yaklaşımı ise arsa sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması üzerinedir. Şöyle ki Yargıtay, arsa sahiplerince finansman amacıyla yükleniciye devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğunu ve yüklenicinin sözleşmesel edimini yerine getirmediği sürece bu paylar üzerinde malik olamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay bununla birlikte, yükleniciye avans niteliğinde devredilen arsa payları üzerinde lehine takyidat bulunan 3. Kişilerin kazanımlarını da korumamış, iyiniyet hükümlerinden ve TMK’nın 1023. maddesinde düzenlenen tapu siciline güven ilkesinden faydalanamayacaklarını kabul etmiştir.

Yargıtay’ın bu yaklaşımı öğretide tartışmalara yol açmış ve özellikle TMK’nın 1023. Maddesinde düzenlenen tapu siciline güvenin korunması ilkesinin ihlal edildiği yönünden eleştirilmiştir. Ayrıca hem bu tür mağduriyet ve uyuşmazlıkların önüne geçilmesi hem de tarafların ve 3. Kişilerin hukuki güvence ile işlem yapabilmesi açısından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yasal bir düzene oturtulması gerektiği savunulmaktadır.

DİPNOT

¹ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007

² T.C. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/9708 K. 2018/3902 T. 3.7.2018

³ Yargıtay 23. H.D. 2012/3885 E. 2012/6573 K. ve 9.11.2012 tarihli ilam

⁴ Yargıtay 23. HD. 2016/4489 E. ile 2018/5809 K

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞMENİN FESHİNİN SONUÇLARI

1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme konusu gayrimenkul (arsa) sahibinin, arsanın belli bir payını müteahhite (yükleniciye) devretmesi, müteahhidinde bunun karşılığında söz konusu arsa üzerine inşa ettiği belli sayıda bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesini konu alan iki taraflı bir sözleşmedir.

2. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeye aykırı davranan ve edim borcunu ifada temerrüde düşen taraf hakkında, edim alacaklısının BK. 123. Maddesi hükmünce tercih edebileceği bir yolda sözleşmenin feshedilmesidir. Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin bozulmasının mahkeme kararına bağlanması gerekli olmadığı halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraf iradeleri fesih konusunda uyuşmamışsa (sözleşmeyi birlikte bozamamışlarsa) arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi kesinlikle mahkeme kararıyla bozulabilir. Sözleşme mahkeme kararı ile bozulmuşsa, yüklenicinin yaptığı işin bedelinin, sözleşmenin bozulmasına

ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten hesaplanması gerekir.

Arsa sahibi, sözleşmenin bozulmasına ilişkin dava açmasına karşın, yüklenicinin dava boyunca inşaatı devam etmemesinden dolayı onu suçlaması kabul edilemez. Çünkü sözleşmeyi bozma davası devam ettiği sürece, yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Arsa sahibinin, davanın kesinleşmesini beklemeden, inşaatı başka bir yükleniciye yaptırması kötü niyetli davranış sayılabilecektir. Arsa sahibi, bütün kusurlara rağmen sözleşmeyi bozduğu takdirde, bozma kararının kesinleştiği tarih itibarıyla yüklenicinin öne sürüp kanıtladığı tüm zararları ödemek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla sözleşmeyi bozmakta haklı olup olmamak önemlidir.

3. FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

İnşaat hukukunda feshin hukuki sonuçlarını, sözleşmeye konu işin fesih tarihine kadar yapılmış olan kısmı ve özelliği de gözetilerek, geriye etkili veya ileriye etkili sonuç doğurması yönünden iki grupta incelemek gerekir.

1. İnşaat Sözleşmesinde Feshin Kural Olarak Geriye Etkili Sonuç Doğurması

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde akdin iş sahibi(arsa sahibi) tarafından feshi, kural olarak geriye etkili hukuki sonuçlar doğurur. Yani sözleşme hiç yapılmamış gibi ortadan kalkar. Bu durumda, sözleşme müteahhidin temerrüdü sonucu iş sahibi tarafından feshedilmiş ise, müteahhit feshin zamanına kadar yaptığı işin bedelini, TBK madde 77 ve müteahhip maddeleri hükmü uyarınca haksız iktisap kurallarına göre talep edebilir. Talep edilebilecek bu bedel, iş sahibinin yararlanabileceği iş için, müteahhidin masrafını geçmez. Daha açık bir anlatımla, haksız iktisap kurallarına göre bedeli takdir edilen iş için, müteahhide yaptığı masrafı dışında kar payı verilmez.

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç doğurduğu hallerde müteahhidin kendi malzemesi ile arsa sahibinin arsası üzerinde yaptığı inşaatın karşılığı, TBK 77 maddesi hükmüne haksız zenginleşme hükümleri doğrultusunda hesaplanarak arsa sahibinden tahsil ve yükleniciye ödenmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, yüklenici arsa payı talebinde bulunamaz. Akdin haklı olarak feshi sonucunda sözleşme hiç akdedilmemiş sayılır. Dolayısıyla bu sözleşmeye dayanılarak önceden, yükleniciye tapuda devredilen arsa payları varsa bu payların da aynen iadesi gerekir.

Yüklenicinin kendisine devredilen arsa paylarından bir kısmını sattığı bağımsız bölümler nedeniyle tapuda 3. Kişiler adına

ferağ etmiş olması halinde, satın alan 3. kişilerin inşaatın kat karşılığı yapıldığını bilmeleri veya bilmeleri gerektiği hallerde, yüklenicinin tamamlamadığı inşaatın arsa payı yönünden arsa sahibine karşı iyi niyet iddiasında bulunamayacakları nedeniyle, haklı olarak feshedilen sözleşmenin sonucu olan arsa paylarını arsa sahibine iade ile yükümlüdürler.

Yüklenicinin hak etmediği arsa payları üzerine borçlu için alacaklı 3. Kişiler yararına konulmuş haciz veya ipotekler de arsa sahibi yönünden hükümsüz olup, arsa paylarının iadesinde bu yükümlülükler kaldırılarak, arsa sahibi adına yükümsüz olarak tescil edilir.

Arsa sahibi, sözleşmenin bozulmasına ilişkin dava açmasına karşın, yüklenicinin dava boyunca inşaatı devam etmemesinden dolayı onu suçlaması kabul edilemez. Çünkü sözleşmeyi bozma davası devam ettiği sürece, yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Arsa sahibinin davanın kesinleşmesini beklemeden, inşaatı başka bir yükleniciye yaptırması da kötü niyetli davranış sayılabilecektir. Arsa sahibi, bütün kusurlarına rağmen sözleşmeyi bozduğu takdirde, bozma kararının kesinleştiği tarih itibarıyla yüklenicinin öne sürüp kanıtladığı tüm zararlarını ödemek zorunda kalacaktır. Görülüyor ki sözleşmeyi bozmakta haklı olup olmamak sonuçları bakımından önemlidir.(15. HD. 18.6.2003, 767/3319; 23. HD. 14.9.2012,3561/5134)

İş sahibi, tanıdığı ek süreye karşın yüklenici teslim borcunu yerine getirmemişse, geriye

etkili olarak sözleşmeden dönebilir. Bu durumda tasfiye gerekir. Sözleşme arsa payı devri karşılığı inşaat yapımına ilişkin ise, arsa payının önceden devredilmiş olması olanaklıdır. Buna karşılık, yüklenicinin de eserin hazırlık çalışmaları çerçevesinde bazı giderler yapması olanaklıdır. Bütün bu sorunların giderilmesi ancak tasfiyenin yapılması ile anlaşılabilir. Tasfiye yerine getirilmiş borçlar bakımından gereklidir. Henüz yerine getirilmemiş borçların tasfiyeye bir etkisi olmayacaktır. Tasfiyeden amaç, tarafların malvarlığına geçenlerin karşılıklı geri verilmesidir.

Yüklenicinin 3. Kişiyne Yaptığı Temlikin Sebepsiz Kalacağı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2008/15-769 K. 2008/752 T. 17.12.2008 tarihli kararında "sözleşmenin geriye etkili olarak bozulması ve kararın kesinleşmesi durumunda, sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumlarının sözleşme öncesine döneceği, yüklenicinin üçüncü kişiyne yaptığı temlikin sebepsiz kalacağı, başka bir anlatımla tescilin baştan itibaren yolsuz tescil sayılacağı, burada TMK m. 1023'ün uygulanamayacağı" şeklinde karar vermiştir.

Olumsuz Zarar İstemi

"Borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararı için tazminat isteyebilir." (TBK m. 125/III)

Söz konusu 125. Madden 3. fıkrası gereğince sözleşmeyi bozan alacaklı, kendisine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve yapmış olduğu ödemeyi geri isteyebilir. Bundan başka eğer borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararının giderilmesini isteyebilir. Eğer her iki sözleşmeci de sözleşmeyi geriye etkili olarak bozmuşsa, ancak örneğin yüklenici sözleşmeyi bozmakta haksızsa, yüklenici ancak arsa sahipleri yönünden haksız edinme oluşturan alacaklarını (örneğin yüklenicinin ödediği tapu harçları, bina vergisi, veraset ve intikal vergisi, arsa sahiplerinin yararlanabileceği proje bedelleri ile bunların onaylanması için yaptığı ödemeleri vb.) isteyebilir.





durumun özelliği iyiniyet kurallarına göre, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç yaratmasını gerekli kılması,

Açıklanan bu dört unsurun bir arada bulunması, tevhide içtihat kararının uygulanmasını ve akdin feshinin ileriye yönelik olarak sonuç yaramasının kabulünü gerektirir. Bu durumda, kat karşılığı yapılan inşaatlarda sözleşmede müteahhide ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölüm miktarından, yapılan inşaatın fiziki oranına göre pay şeklinde ödenecektir. Diğer bir ifade ile inşaatın noksanlığı oranında müteahhidin sözleşmede kararlaştırılmış olan payı azaltılıp, arsa sahibine verilmek suretiyle, noksan iş bedelinin ödenmesi sağlanmaktadır.

Akdin feshinin ileriye yönelik sonuç yaratması için, fesih anında inşaatın ne oranda yapılmış olması gerektiği üzerinde durmakta yarar vardır. Yargıtay uygulamalarında, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, müteahhidin kusuru ve temerrüdü üzerine iş sahibince feshedildiği durumlarda, inşaatı %90'a ulaşan bir oranda yaparak kusuru ile temerrüde düşen ve ikmal edemeyen müteahhit hakkında akdin feshi ileriye etkili olarak sonuç yaratır. Bu tür sözleşmelerde müteahhit paylaşım oranına göre hesaplanır.

Yüklenicinin teslim borcunu ihlal etmesi nedeniyle inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak bozulabilmesi için şu koşullar bulunmalıdır.

- Yüklenici kendi kusuru ile işi belirli

zamanda bitirmeyerek direnime düşmüş ve iş sahibi sözleşmeyi bozmuş olmalıdır.

- İş sahibi yüklenicinin edimini zamanında tamamlayamamasında kusurlu olmamalıdır.
- Tamamlama oranı yüksek olmalıdır. (%90'ın üzerinde) Başka bir mahkemece verilmiş kesinleşmiş veya kesinleşmemiş karar da tamamlama oranı belirtilmiş olsa bile, mahkemenin bu konuyu yeniden araştırması gerekir. Çünkü o kararlardan sonra, tamamlama oranı yükselmiş olabilir. Tamamlanma oranına dayanan davalar kesin hüküm oluşturmazlar. (15. HD. 16.9.2009, 4352/4755)
- Sözleşmeden dönmek yüklenici için aşırı zarar vermemelidir.

Mahkeme, koşulları olduğu gerekçesiyle, sözleşmenin ileriye etkili olarak bozulmasına karar vermekle yetinmeyecek, sözleşmenin tasfiyesi aşamasına geçecek ve bu kapsamda, tamamlama oranına göre yükleniciye devredilecek bağımsız bölümleri belirleyecektir.

4. KAT KARŞILIĞI SÖZLEŞMESİNİN HAKLI OLARAK ARSA SAHİBİNCE FESHEDİLMESİ DURUMUNDA İNŞAATTAN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARI

Bu durumda üçüncü kişilerin haklarını; feshin geriye mi ileriye mi etkili olduğuna göre iki farklı şekilde incelemek gerekmektedir.



1. Feshin Geriye Etkili Sonuç Doğurması Halinde

İnşaat aşamasında veya öncesinde arsa sahibinin yükleniciye pay devretmesi yahut müteahhidin göstereceği üçüncü kişiye müteahhit adına pay devri, müteahhitten yapacağı veya yapmakta olduğu inşaata finansman sağlamasına yardımcı olmak, desteklemek amacıyla verilmiş avans niteliğinde kabul edilmektedir. Esasen, müteahhitten bağımsız bölüm satın alan 3. Kişilerin de inşaatın kat karşılığı yapılmakta olduğunu ve müteahhitçe edimin ifası halinde bağımsız bölümlere hak kazanılacağını bilmiş oldukları varsayılır. Geriye etkili olarak fesih edildiğinde sözleşme hiç kurulmamış gibi hükümsü olduğundan, TBK m. 125/3 maddesi hükmünce, müteahhidin arsa sahibinden

aldıklarını ve bu hukuki sonuçlarını bilerek, müteahhitin hak etmediği arsa paylarını satın almış olan üçüncü kişiler de talep halinde bu payları iade ile yükümlüdürler. Dolayısıyla üçüncü kişilerin iyi niyet savunmaları kabul edilmeyecektir. (Yargıtay 15. HD. 4.3.2005 t. 2004/3299 e. 2005/1234 Sayılı Karar)

2. Sözleşmenin Feshinin İleriye Etkili Sonuç Doğurması Hali

İnşaatın seviyesine ve fiziki oranına göre müteahhidin hak edeceği dairelerden öncelikle, arsa paylı olarak tapu ile bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin müteahhitten almış olduğu bağımsız bölümlerdeki haklarının gözetilmesi, müteahhidin bakiye şahsi hakkı kalırsa, bu hak yönünden, varsa şahsi hakkın temlik suretiyle satılmış dairelerdeki hak sahibi

taleplerinin karşılanması ve hükme bağlanması gerekmektedir.

5. ZAMAN AŞIMI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin iş sahibince haklı olarak geriye etkili olarak feshedilmesi üzerine müteahhidin fesih tarihine kadar yapmış olduğu işin bedelinin, sebepsiz zenginleşmede uygulanan bir yıllık zamanaşımı değil, eser sözleşmelerinde uygulanan TBK m. 147/6. Maddesindeki 5 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğine ve halen görüşü kararlılıkla sürdürülen HGK.'nın 15.2.1982 T. 81/15-756 e. 82/945 sayılı kararı, alacağın tarafları arasındaki akdi ilişkinin varlığı sırasında yapılan işin bedelinden doğmuş olması görüşüne dayanmaktadır.

6. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin feshi noktasında inşaatın ulaşılmış olduğu seviye büyük önem arz etmektedir. Yargıtay uygulamalarında Yargıtay uygulamalarında, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, müteahhidin kusuru ve temerrüdü üzerine iş sahibince feshedildiği durumlarda, inşaatı %90'a ulaşan bir oranda yaparak kusuru ile temerrüde düşen ve ikmal edemeyen müteahhit hakkında akdin feshi ileriye etkili olarak yapılabileceği şeklinde bir teamül söz konusudur. Ek olarak kararlarda feshin ileriye mi geriye mi etkili olacağı hususunda "olayın nitelik ve özelliğinin haklı göstermesi" ölçüsü de sık olarak geçmektedir.

6100 sayılı HMK'ya eklenen 'Geçici madde 3' atfı ile uygulanması gereken HUMK'un 443/4. maddesi (6100 sayılı HMK'nın 367/2. maddesi) gereğince gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklara dair hükümler kesinleşmedikçe icra edilemez, buna yönelik şikayetler de kamu düzenine ilişkin olup süresiz şikayete konu edilebilir.

KAYNAKÇA

SÜTÇÜ, Nezih, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi
Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Cilt:1-2

ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAY SENETLERİNİN DEVRİNDE BAĞLAM

Giriş

Anonim ortaklıklar iktisadi ve ekonomik belirli bir amaca dayanarak kurulurlar. Bu amaçlarının gerçekleşmesi de ortaklığın iktisadi varlığını korumasına ve devamlılığına bağlıdır. Bu nedenle de Anonim Şirketlerin hisse devirleri o şirket için önem arz etmekte olup, Nama yazılı pay senetlerinin devri ve sınırlandırılması yazımızda ele alınacaktır.

Namayazılıpaysenetleri, bellibirkişininadına yazılı ve Anonim Ortaklıktaki payı açıklayıcı nitelikte olup, bu senetlerinin hukuki işlemle devri, ciro edilmiş senedin zilyetliğinin devralana geçmesiyle gerçekleşir. Kural olarak devir serbestisi olduğundan, TTK 490. Maddesi gereğince, kanunda ve esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı pay senetlerinin herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın devredilirler. Nama yazılı pay senedinin devrinde arka yüzüne "....paydan doğan tüm hak ve yükümlülüklerimidevir ve temlik ediyorum" yazılarak devri gerçekleştirilir. Bu devir Anonim Ortaklık pay defterine kayıt ile de hüküm ifade eder. Ancak bu işlem, kurucu bir etkiye sahip olmayıp, sadece açıklayıcı bir etkiye haizdir. Başka bir ifade ile pay defteri pay sahipliği için sadece bir karine teşkil eder. Pay defterine kayıt henüz gerçekleşmemişse, pay sahibi

başka araçlarla payın maliki olduğunu kanıtlayabilir. Pay senetlerinin devrinde senetlerin devralana teslimi şart olup, ciro ya da temlik şeklinde olması fark etmez. Senetlerin devri ve teslimi ile mülkiyet devralana geçer.

Kanunda veya esas sözleşmede yer alan ve nama yazılı payların devrini bazı şartlara bağlayan veya herhangi bir şarta tabi tutmadan kısıtlayan veya tamamen yasaklayan hükümlere " bağlam" denilmektedir. Bağlamin; mali gücü zayıf olanları ortaklığa almamak, ortaklığın özgün yapısını korumak ve yabancılaşmayı önlemek gibi çok çeşitli amaçları bulunmaktadır.

TTK'nu bağlamı kanuni ve esas sözleşmeyle öngörülen bağlam şeklinde iki farklı kategoride düzenlemiş olup, pay senedi devrinin kanuni sınırlandırılması TTK'nın 491. maddesinde, esas sözleşme ile devrin sınırlandırılması 492. maddesinde düzenlenmiştir. Red sebepleri ise madde 493'de belirtilmiş, pay devirlerinin esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesine olanak sağlanmış, devrin keyfi olarak veya istenildiği şekilde sınırlandırılmayacağı da düzenlenmiştir.

1. KANUNİ SINIRLAMALAR

TTK'na göre, nama yazılı pay devirlerinin şirket yönetim kurulu tarafından pay

defterine işlenmekten kaçınılması, kanunda öngörülen iki koşulun birlikte mevcudiyeti halinde söz konusu olur: (1) devre konu olan nama yazılı payların bedellerinin tamamen ödenmemiş olması; (2) devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması halinde şirketçe istenen teminatın verilmemesi.

1. Devre Konu Olan Nama Yazılı Payların Bedellerinin Tamamen Ödenmemiş Olması

Nama yazılı payların yasal olarak devir sınırlandırmasına tabi olabilmesi için, karşılıklarının tamamen ödenmemiş olması gerekir. Bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı çıplak veya senede

bağlanmış payın devri ancak Yönetim Kurulunun onayı ile mümkündür. Bu hükmün konuluş amacı, ortaklık esas sermayesinin tamamen ödenmesini sağlamak ve hem ortaklığın hem de ortaklık alacaklarının çıkarlarını korumaktır. Pay bedelinin küçük bir bakiyesinin kalması durumunda, bu hükmün uygulanabilirliği pek yoktur. Çünkü pay bedellerinin tamamının devir esnasında ödenmesi talebi, aslında sermayenin tamamının ödenmesini temin etmek amacını taşımaktadır. Az miktarda bakiye pay bedeli için ödenmediğinin şirketçe ileri sürülerek pay devrine karşı çıkılması veya verilen teminatın yetersiz bulunması MK 2. Hükmü gereğince hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.



2. Devralanın Ödeme Gücünün Şüpheli Olması

Bedellerin tümü ödenmemiş bulunan payları devralan kişinin ödeme yeterliliği şüpheli olduğu takdirde Şirket Yönetim Kurullarınca teminat istenebilir, teminatın verilmemesi halinde pay devrine onay verilmeyebilir. Teminat miktarını Yönetim Kurulu belirlediğinden, istenen teminatın miktarı fahiş ise, devralan bu işleme karşı mahkemeye başvurabilir.

Teminat türünün ne olacağı hususunda kanunda hiçbir açıklık yoktur. Ancak genel olarak denilebilir ki, şirketin belirli bir türde teminatı değil de, aksine payı devralan tarafından gösterilen ve bakiye esas sermaye borcunu karşılayan her türlü teminatın kabulü gerekir. Teminatın aynı ya da şahsi olması önemli değildir. Önemli olan esas sermaye borcunu karşılayacak nitelikte olmasıdır.

2. ESAS SÖZLEŞMEYLE SINIRLAMALAR

Kanuni sınırlama koşulları dışında, nama yazılı payların devri şirket esas sözleşmesinde düzenlenecek hükümlerle de şirket onayına tabi tutulabilir. Buna asli bağlam denilir. Bu nitelikteki bağlam hükümleri, hem her pay sahibine hem de gelecekte payı iktisap edenlere karşı bağlayıcılık teşkil eder. Ancak pay devrine ilişkin kısıtlamalar, tüm hissedarların çıkarlarının göz önüne alınarak denkleştirilmesi ve orantısallık ilkesinin korunması durumunda sonradan da esas

sözleşmeye eklenebilir. Burada pay devrinin kısıtlanmasının maddi sebeplerinin mevcut ve güdülen amaca uygun olacak şekilde, pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesinin gözetilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ancak esas sözleşmede yer alan bağlam hükümleri, bazı hallerde ortaklık için faydasız, gereksiz veya ortaklığın gelişmesini engelleyen niteliğe bürünmüş ise, konulması kadar kaldırılması da ortaklık için gereklidir.

Esas sözleşmede pay devri sınırlaması öngörülmüş olması halinde kanun bu sınırlamanın önemli bir sebebe dayanmasını arar. Şirket, nama yazılı payların devrinde, yalnızca esas sözleşmede öngörülmüş "önemli bir sebebi" ileri sürerek veya devir işleminin konusu payların gerçek değerleriyle kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı öngörerek onay istemini reddedebilir.

1. Önemli Sebep Kavramı

Esas sözleşmede pay senetlerinin devrini kısıtlayan sebeplerin özel olarak belirtilmesi, somutlaştırılması gerekmekte olup, kanun ana sözleşmeye pay devrini kısıtlayan sebepleri yazmakta herhangi bir serbesti tanımamıştır. Yönetim kurulu şirket esas sözleşmesinde açıkça gösterilmeyen bir sebebi ileri sürerek pay devrini onaylamaktan imtina edemez. Esas sözleşmede çeşitli sebeplerin önemli sebep sayılmış olması, bu sebepleri kendiliğinden "önemli" saymamakta, TTK md. 493 kapsamında önemli kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi halde öngörülen kısıtlamanın geçersiz

olduğu kabul edilir.

Şirketin ileri sürebileceği önemli sebepler TTK'da: (i) pay sahipleri çevresinin korunması; (ii) şirketin işletme konusunun korunması; (iii) işletmenin ekonomik bağımsızlığının muhafaza edilmesi; veya (iv) devralanın payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmekten kaçınması şeklinde örneklendirilmiş ancak bu konuda sınırlayıcı bir sayım yapmaktan kaçınılmıştır.

Uygulamada genellikle pay sahipleri çevresinin bileşimiyle ilgili sınırlamalar getirildiği görülür. Doktrinde savunulan görüşler ışığında, uygulamada sıklıkla rastlanan bazı örneklerin aşağıdaki şekilde yorumlanması mümkündür.

- Devrin şirketin rakibi olan kişilere yapılması halinde şirketin böyle bir devre onay vermemesi için önemli sebep varlığı kabul edilir. Rakibin ve rakibe yakın kişilerin pay sahibi olmaları mevcut pay sahipleri çevresinin bileşiminin korunması bakımından haklı bir durum oluşturmaz ve bu kişilerin Anonim Ortaklıklara kabul edilmesi, ortaklığın ekonomik bağımsızlığını etkileyen sonuçlar doğurur.
- Devralan kişinin yabancı uyruklu olması bazı hallerde önemli sebep teşkil etmektedir. Bunun nedeni ortaklığın işletme konusunun yabancı ortaklığa müsaade etmemesidir. Mesela Savunma sanayiinde çalışması bu duruma

örnek gösterilebilir.

- Devrin bir meslek veya yöreden olan kişilere yapılması: Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu tür bağlam hükümlerinin anonim ortaklığın işletme konusuyla yakın ilişki içinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda önemli olan, söz konusu meslek veya yöreye mensup kişilerin şirketin işletme konusu özel bilgi ve tecrübeye sahip olmasıdır. Aksi halde şirketin devre onay vermemekte menfaati bulunduğu kabul edilemeyeceğinden, böyle bir düzenleme önemli sebep oluşturmaz.

2. Önemli Sebep Haricinde İleri Sürülebilecek Sınırlama Sebepleri

Şirket, pay devrini onaylamaktan, payları gerçek değeriyle kendi bünyesine, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına almayı önererek de kaçınabilir. Payların gerçek değerinin ödenmesi önerilerek pay devrinin reddedilmesi halinde ise devreden ve devralan "payların gerçek değerini" birlikte belirleyebilecekleri gibi; bu yönde anlaşamamaları halinde devralan payların gerçek değerinin belirlenmesini mahkemeden isteyebilir. Anonim şirketler kendi menfaatini ve istikrarını korumak amacıyla hâkimiyetin el değiştirmemesi için; satın alınması uygun görülmeyen ve özellikle küçük hisselere tekabül edilen payların devrine onay vermeyip, ilgili kişilere gerçek değeri ile satın almayı teklif



edebilirler. Bu husus pay sahiplerinin çevresinin bileşiminin veya işletme konusunun veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının korunması bakımından önemlidir. Çünkü bu şekilde satılan payların şirketin genelince talep edilmeyen kişilerin eline geçmesi halinde, şirketin ekonomik ve işletmesel anlamda geleceğini tehlikeye düşürebilir.

Ancak Şirket Yönetim kurulunun payların gerçek değerinin ödenmesini önererek pay devrini reddedilmesi hakkı, bazı hallerde hâkim pay sahibinin lehine iken, diğer pay sahiplerinin aleyhine olabilir. Finansal durumu zayıf bir pay sahibi, finansal anlamda etkin ve güçlü bir pay sahibi karşısında pek şansı olmayabilir.

T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 5.4.2018 tarih E. 2016/8960 K. 2018/2472 sayılı kararında; “devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret

mahkemesinden isteyebilir; bu hâlde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar. Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır. Esas sözleşme devir edilebilirlik şartlarını ağırlaştıramaz.” hükmü düzenlenmiş olup, anonim şirketlerin nama yazılı payların devrini reddedebileceği haller gösterilmiştir. Buna göre nama yazılı payların devri, esas sözleşmede öngörülen önemli sebeplere dayanılması, şirketin devir konusu payları kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın alma teklifinde bulunması, devralanın payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça belirtmemesi hallerinde reddedilebilecektir. Davalı şirket ana sözleşmesinde önemli bir sebep gösterilmediği gibi devralanın payları kendi adına ve hesabına aldığını belirtmemesi durumu da söz konusu olmamakla madde hükmündeki “şirketin

devir konusu payları kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın alma teklifinde bulunması” açısından red kararı değerlendirilmelidir” yönünde görüş belirtmiştir.

Anonim şirket tarafından satın alma önerisinin yapılabilmesi için esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin anonim şirketin onayına bağlı olduğuna dair bir hüküm bulunmalıdır. TTK 493/6. Maddesi gereğince, anonim şirket satın alma önerisi yaparken paya/paylara ödeyeceği bedeli açıklamalıdır. Yoksa sadece payları alacağını bildirmesi yeterli değildir. Devreden açıklanan bedeli yeterli bulmazsa, teklifi öğrendiği andan itibaren aynı maddenin 5. Fıkrası gereğince mahkemeye başvurur. Mahkemenin belirlediği veya Anonim şirketin önerdiği bedeli öğrenen devralan ya payları alır ya da payları devralmaktan vazgeçer. 1 ay içinde kararını bildirmeyen devralan, mahkemenin kararını kabul etmiş sayılır. TTK'nin 493. maddesinin 5 ve 6 fıkralarında belirtilen tüm mekanizma ancak Anonim Şirket bedeli önermişse işleyebilir.

Ancak payların kanunen miras, eşler arası mal rejimi, malların cebri icra ile iktisap edilmesi hallerinde Anonim Şirket esas sözleşmedeki önemli sebeplere dayanarak payların devrini onaylamayı reddedemez. Ancak TTK 493/1. Maddesi gereğince, satın alma teklifinde bulunarak reddetme hakkı bulunmaktadır.

Anonim ortaklığın payları devralan kişiden payları kendi nam ve hesabına aldığı açıkça

belirtmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu talep için esas sözleşmede bir hüküm bulunmasına gerek olmayıp, devralanın şirket paylarını başkasının hesabına aldığına ilişkin ihbar ya da ciddi şüphenin bulunması yeterlidir. Ancak yapılacak olan işlemler 492/1 e uygun olmalıdır. Amaç anonim ortaklığın bileşiminin bozulmasına ve şirketin ekonomik bağımsızlığının korunmasını sağlayıcı bir şekilde uygulanmalıdır.

TTK 493/7. Maddesi gereğince, esas sözleşmeyle devredilebirelik şartlarının ağırlaştırılmasını kesin bir dille engellenmiştir. Bu hüküm gereğince TTK'nın 493. Maddesine aykırı olan esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

3. ŞİRKETİN ONAY VERMEYİ REDDETMEŞİ DURUMUNDA HUKUKİ YOLLAR

TTK 499. Maddesinde, nama yazılı pay devirlerinin pay defterine kaydı ya payın usulüne uygun olarak devrinin ya da üzerinde intifa hakkı kurulduğunun ispatı halinde pay defterine kaydın gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile pay defterine gerekli kaydın yapılabilmesi için geçerli bir talebin varlığı ve payın usulüne uygun devredilmesi, ortaklığında bu devri onaylaması gerekmektedir. Pay defterine kayıt işlemi, ortaklığın vereceği onay ile gerçekleşmektedir. Bunun için de TTK 499. Maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması ve araştırma sonucuna göre de karar verilmesi gerekir.

Anonim Şirket Yönetim Kurulu; Şirket esas sözleşmesinde nama yazılı payların devrine ilişkin bir sınırlama mevcut ise, TTK 499. Maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin yapacağı araştırmanın yanında esas sözleşmedeki ret sebepleri bakımından da araştırma yapmak zorundadır. Araştırma sonucuna göre de ret ya da onay verir.

TTK md. 493/3 uyarınca, şirket; devralanın pay defterine devraldığı payların kayıt talebini öğrendiği andan tarihten itibaren üç ay içerisinde reddetmezse veya red sebebi haksızsa, devre onay vermiş sayılır. Buna karşılık, şirketin esas sözleşmede yer alan hükümlere dayanarak devre onay vermemesi halinde, söz konusu devrin iptali ve pay defterine kayıt için şirkete karşı, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinde dava açılması mümkündür.

Böyle bir ihtilaf halinde esas sözleşmede yer alan red sebeplerinin geçerliliği hâkim tarafında değerlendirilecek olup, sebeplerin geçersiz kabul edilmesi halinde mahkeme devrin onayına ve devralan pay sahibinin, pay defterine kaydına karar verecektir.

İptal davasının kabulü halinde, reddin haksızlığının tespitinin geriye etkili olduğu savunulmaktadır. Yani devralan pay defterine kayıt istem tarihinden itibaren pay sahibi sıfatını kazanır. Bu durumda, haksız yere nama yazılı payın devrinin engellenmesi halinde devreden payların üzerinde tasarruf etme hakkından hukuka aykırı şekilde mahrum bırakılmış ve devralanın da pay sahipliğini kazanması yine hukuka aykırı şekilde engellenmiş olacağından her iki tarafında menfaatlerinin ihlal edilmesine bağlı olarak, şirketten zararının tazmini talep edilebilir.

KAYNAKÇA

POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku II, yeniden yazılmış 13. Bası, Vedat kitapçılık, İstanbul 2017
PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 3, 3.bası, Adalet yayın evi, Ankara 2018
UZEL Necdet, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 1. Bası, On iki levha, İstanbul 2013

KISITLI İLE YASAL TEMSİLCİSİ ARASINDA HUSUSİ HALLERDE DOĞAN MENFAAT ÇATIŞMASI: ORTAKLIKLAR HUKUKU BAĞLAMINDA

Giriş

Bu yazımızda yasal temsilci ataması esnasında gözetilen ilkelere genel olarak değinildikten sonra hususi hallerde kısıtlı ile yasal temsilci arasında menfaat çatışması hali incelenmiş, yazının sonunda da kısıtlı ile yasal temsilci arasındaki menfaat çatışmasının ortaklıklar hukuku kapsamında ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: menfaat çatışması, kısıtlı, yasal temsilci, vasi, temsil kayyımı.

İlgili kanun maddeleri: Türk Medeni Kanunu m.426/f.2 2.bent, m.418/f.1 3.bent.

1. ATANACAK YASAL TEMSİLCİDE ARANAN ÖZELLİKLER

1.1. Kişilerin; başta¹ küçüklük, akıl hastalığı, ağır hastalık olmak üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("MK") uyarınca kısıtlanması gerekebilir. Kişinin kısıtlanması üzerine MK m.403 f.1 uyarınca vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ile malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmek göreviyle vasi atanmaktadır.

Kayımlar ise MK m.403 f.2 uyarınca, belirli işleri görmek veya malvarlığını yöneterek kısıtlının menfaatlerini korumak göreviyle atanmaktadır.

1.2. Kanun koyucu MK m.448'de vasiye vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerde temsil etme gibi geniş bir yetki verdiğinden dolayı, vasi olarak atanan kişinin kimler arasından seçileceğini, hangi işlemleri yapamayacağını da MK'da detaylıca düzenlenmiştir. Bu bağlamda MK'da vasi olarak atanamayacak kişiler şu şekilde belirtilmiştir: TMK m.418'e göre; kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar, haysiyetsiz hayat sürenler, menfaati kendisine vasi atanacak kişinin menfaati ile önemli ölçüde çatışanlar, kısıtlı ile vasi arasında aralarında düşmanlık bulunanlar, ilgili vesayet daireleri hâkimleri vasi olarak atanamayacakları belirtilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, atama kararı verildiğinde vasiliğe mani bir durum olmasa da vasinin sonradan yukarıdaki durumlardan birinin kapsamına girmesi vesayet hakkında karar veren mahkeme tarafından söz konusu kişinin vasiliği sona erdirilerek, şartlarını sağlayan başka kişi veya kişiler vasi olarak



atanmasına karar vermesi gerekmektedir.

1.3. Kanun vasiye her ne kadar vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerde temsil etme gibi yetkisini vermiş olsa da bu yetkinin sınırlamasını da yapmıştır. Vasinin; vesayet altındaki kişi adına kefil olması vakıf kurması ve önemli bağışlarda bulunması yasaklanmıştır.² Vasi kısıtlı adına bu işlemleri yapamayacağı gibi, bu işlemler dışında MK m.462’de sayılan iş ve işlemleri vesayet makamının (MK m.397 f.2 uyarınca, sulh hukuk mahkemesi), MK m.463’de sayımla sayılan iş ve işlemleri denetim makamının (MK m.397 f.2 uyarınca, asliye hukuk mahkemesi) izni olmaksızın yapamaz.

1.4. Yukarıda yapılan sınırlamalar tüm vasiler için geçerli olan sınırlamalardır. Bununla birlikte kimi durumlarda vasinin yukarıda belirtilen sınırlamalar dışındaki iş ve işlemleri yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Bu hallerde vasisi olan kişiye ayrıca söz konusu hususi durum için temsil kayyımı atanması gerekmektedir.

2. VASİSİ BULUNAN KISITLIYA TEMSİL KAYYIMI ATANMASINI GEREKTİREN HALLER

2.1. Yukarıda vasi olarak atanmanın şartlarına, vasinin yapabileceği işlemlere değinilmişti. Bu başlık altında normal şartlar altında vasinin yapabileceği işlemlerden olan kimi işlemlerin kısıtlı ile vasi arasında menfaat çatışması bulunması halinde işletilecek süreç üzerinde durulacaktır. Kısıtlı ile vasi arasında menfaat çatışması bulunması halinde MK m.426 f.1 2. bent uyarınca temsil kayyımı atanması gerekmektedir: “Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re’sen temsil kayyımı atar: (...) Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya

kısıtlının menfaati çatışiyorsa,..."

2.2. Kanun açık hükmü uyarınca eğer bir yasal temsilcinin menfaat ile kısıtlının menfaati çatışmaktaysa bu halde kanun koyucu kısıtlının hakkının zarara uğramaması için söz konusu menfaat çatışmasının bulunduğu durumda yasal temsilcinin kısıtlı adına işlem yapma yetkisi kaldırmaktadır. Böylesi bir halde kanun koyucu söz konusu menfaatin konu olduğu süreçte kısıtlıyı temsil edecek bir başka kişinin temsil kayyımının atanması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır. Menfaat çatışması, miras paylaşımında olduğu gibi doğrudan olabileceği gibi, kısıtlı ile yasal temsilcinin diğer çocuğu arasında yapılacak işlemlerde olduğu gibi dolaylı menfaat çatışması şeklinde de olabilir.³

3. ORTAKLIKLAR HUKUKU BAĞLAMINDA KISITLI İLE YASAL TEMSİLCİ ARASINDA MENFAAT ÇATIŞMASI

3.1. Ortaklıklar hukuku bağlamda kısıtlı ile yasal temsilci arasında doğabilecek menfaat çatışması değerlendirildiğinde kısıtlı ile yasal temsilcinin aynı şirkette ortaklığı bulunması, yasal temsilcinin şirket yönetim kurulunda yer alması ilk akla gelen menfaat çatışması halleridir. Zira kısıtlı adına kullanılacak oy ile yönetim kurulu üyesi/müdür atamalarının yapılması, şirket yönetiminin ibra edilmesi, yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğuna gidilmesi gibi kısıtlının ortaklıktan kaynaklanan haklarının hakkıyla kullanılabilmesi için aynı

şirkette ortak, hatta üst düzey yönetiminde yer alan yasal temsilcinin arasında menfaat çatışması bulunmaktadır.

3.2. Örnek vermek gerekirse özellikle aile şirketlerinde, şirketin tek pay sahibi olan kişinin ölmesi üzerine mirasının eşi ve reşit olmayan çocukları arasında paylaştırılması sonrasında miras bırakanın eşi hem asaleten şirketin ortağı hatta duruma göre yönetim kurulu üyesi olmakta aynı zamanda reşit olmayan çocuğunun velisi olarak söz konusu küçükler adına pay sahipliğinden doğan hakları kullanmaktadır. Bu halde veli ile küçük arasında menfaat çatışma doğduğundan küçüğün haklarının temsil edilmesi hatta yönetilmesi için kayyım atanması gerekmektedir.

3.3. Nitekim Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 2017/11336 Esas, 2018/1279 Karar sayılı ve 24.01.2018 Tarihli Kararında: "...Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; miras bırakan...’in vefatı ile geriye mirasçıları olarak eşi ... ile 2014 doğumlu müşterek çocuk ...’in kaldığı, anne ...’in küçük ...’e babasından miras yoluyla intikal eden şirket hisseleri üzerindeki haklarını kullanabilmesi için kayyım atanmasına karar verilmesini istediği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacı, küçük...in velisi, dolayısıyla yasal temsilcisi ise de, aynı şirketin ortakları olmaları nedeniyle aralarında menfaat çatışması bulunduğundan, TMK’nun 426. maddesi gereğince davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru

olmamıştır.”⁴

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 35. Hukuk Dairesi’nin 2018/1568 Esas, 2018/1035 Karar sayılı ve 06.06.2018 Tarihli Kararında: “...Yargılama konusu olayda; Davacı anne, eşinin hissedarı olduğu şirkette eşinin vefatı ile velayeti altındaki çocuklarıyla birlikte hissedar haline geldiklerini ve menfaat çatışması nedeniyle çocuklarına kayyım atanmasını talep ettiği,

Mirasbırakan ...’ın mirasçılık belgesinin dosya içerisine alındığı, davacı ve 2002, 2004 ve 2006 doğumlu küçük çocuklarının birlikte mirasçı olduklarının anlaşıldığı; Mirasbırakan’ın ortağı olduğu şirketin sicil kaydının dosya içerisine alındığı, mahkemenin, küçüklere ayrı ayrı temsil kayyımı atanmasına karar verdiği, ancak sonrasında 25/05/2018 tarihli tashih kararı ile hüküm fıkrasına yönetim ve temsil kayyımı olarak atama yapıldığı şeklinde düzeltme ve açıklama yapıldığı,

TMK 426. maddede yasal temsilci olan veli ile küçük arasında menfaat çatışması olduğunda küçüklerin temsili için temsil kayyımı atanması gerektiği hususunun düzenlendiği,

Tashih kararında TMK 427. madde gereği yönetim kayyımı atandığı hususu belirtilmiş ise de, maddede sayılan yönetim kayyımı atanmasını gerektirir koşulların bulunmadığı, dolayısıyla tashih kararının hatalı olduğu, şirket yönetilirken alınacak kararlarda, yapılacak işlemlerde küçüklerin anneye menfaatin çatıştığı her durumda kayyımın temsil edeceği, kayyımın görevinin küçükler reşit olana kadar devam edeceği, bu nedenle istinaf başvurusunun bu yönüyle

yerinde olduğu, bu hususun düzeltilmesi gerektiği,

...

Ancak; küçüklere temsil kayyımı atama kararı doğru olduğu halde ek kararla yönetim kayyımı yetkisinin verilmesinin yanlış olduğu bu yanlışlık duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte olduğundan HMK 353/1-b/2 maddesi gereğince istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile mahkeme kararının düzeltilmesi gerektiği ...”

3.4. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2004/2052 Esas, 2004/3561 Karar sayılı 22.03.2004 tarihli kararında; “Davacılar müşterek çocukları 1995 doğumlu Yakup Kerim K. adına ticari işletme açtıklarını; küçüğe işletmeyle ilgili menkul, gayrimenkul ve araç devri yapacaklarını belirterek kayyım tayini istemişlerdir. Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hakim onayına bağlıdır. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı temsil kayyımı atar. ... Davacılar anne ve baba küçüğün yasal temsilcisidir. Dava dilekçesindeki açıklama nazara alındığında Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi uyarınca küçük için temsil kayyımı atanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”⁵

3.5. Yine yaşından dolayı geçirdiği hastalıklar ve rahatsızlıklardan dolayı kısıtlanan şirket ortağı olan kişiye atanan yasal temsilci eşinin,



evlatlarının vasi olarak atanması halinde de bu kişilerle de vasi olarak atanan yasal temsilciler kişiler arasında menfaat çatışması bulunduğundan kısıtlanan kişiler için temsil (duruma göre yönetim) kayyımının atanması gerekmektedir.

3.6. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. Hukuk Dairesi, 2017/1082 Esas, 2018/556 Karar sayılı, 24.5.2018 tarihli kararında; "Davacı 30/09/2015 tarihli olğanüstü genel kurul toplantısında 5, 6 ve 7 nolu gündem maddeleri ile alınan kararların iptalini talep etmiştir. Toplantıya İbrahim Arıkan vasisi aracılığıyla, ..., ... ve ... ise asaleten katılmışlardır. Şirket ortaklarından ve yönetim kurulu üyelerinden'ın vasisidir.

Gündemin 6 nolu maddesi ile, yönetim kurulu üyesi ... 160.000 olumsuz oya karşılık 400.000 olumlu oyla ibra edilmiştir. ... kendi ibrasında oy kullanmasa da yönetim kurulu üyesi ... diğer yönetim kurulu üyesi ... lehine kendi hissesi oranında ayrıca vasisi olduğu ... adına olumlu oy kullanmıştır. Yönetim

kurulu üyesi ... ise davacının 160.000 olumsuz oyuna karşı diğer yönetim kurulu üyesi ...'ın olumlu oyu ile yönetim kurulu üyesi olmayan ...'ın vasi aracılığıyla kullandığı olumlu oyla ibra edilmiştir.'ın vasisi olduğundan ... kendi ibrasında, kendisi lehine vasi sıfatıyla oy kullanmıştır.

TTK 436/2.maddesi gereğince, şirket yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli imza yetkisine haiz kişiler yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamazlar. Bu hüküm emredici nitelikte olması nedeniyle bu madde hükmüne aykırı hareket edilmesi halinde kullanılan oylar geçersizdir. Bu durumda ... ile ... yönetim kurulu üyelerinin ibrasında oy kullanamayacaklardır. Yönetim kurulu üyelerinin olumlu oyları düşüldüğünde yönetim kurulu üyeleri ... ve ... 240.000 adet kısıtlı ...'ın oyu ile ibra edilmişlerdir.

Şirket ortaklarından ... İstanbul 13.Sulh Hukuk Mahkemesinin 18/11/2014 tarih, 2014/591 E. 2014/1072 K. sayılı ilamı ile kısıtlanmasına ve kızı ...'ın vasi olarak

atanmasına, hükmün 9. bendi ile de şirket toplantıları ile diğer tüm işlemlerde kısıtlının vasi tarafından temsil edilmesine karar verilmiştir. Ancak mahkeme vesayet makamı, 21/01/2016 tarihli ara karar ile, kısıtlının hissedar olduğu şirketlerde genel kurul toplantılarında vasinin kısıtlı adına oy kullanamayacağına ve kısıtlının bu toplantılarda kayyumla temsili gerektiğine dair karar almış, bu konuda vasiye ve davalı şirkete tebligat yapmıştır...

Yukarıda da ifade edildiği gibi, ... davalı şirketin yönetim kurulu üyesi ve ...'ın vasisidir. Yönetim kurulu üyesi, diğer yönetim kurulu üyesinin ibrasında oy kullanması mümkün olmamasına rağmen, kendi ibrasında vasi sıfatıyla kendi lehine veya vasi sıfatıyla diğer yönetim kurulu üyesinin ibrasında oy kullanıp kullanamayacağının tartışılması gerekir.

TMK'nin 426/2. maddesi gereğince, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile kısıtlının menfaati çatışıyorsa, istek üzerine veya resen o işle sınırlı olmak üzere kısıtlıya temsil kayyumu atanabilir.

TMK 418. maddesi gereğince de vasi atanacak kişinin menfaati ile kısıtlının menfaatinin çatışmaması zorunludur.

TMK 448. maddesi gereğince, vasi vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerde temsil eder. TMK 462 ve 463. maddelerindeki izin gerektiren haller saklıdır.

...

Bu açıklamalar ışığında şirket ortaklarından herhangi birisinin kısıtlanması halinde, vasi şirket ortağı değilse genel kurul toplantılarına katılarak oy kullanmasına engel bir durum yoktur.

TTK 436/2. bendinde, yönetim kurulu üyeleri kendi ibralarında ve diğer yönetim kurulu üyelerinin ibralarında oy kullanamayacakları düzenlenmiştir. Bu bent emredici nitelikte olduğuna göre yönetim kurulu üyesi ve vasi olan ortağın da yönetim kurulu üyesi olarak kendisinin ibrasında vasi adına oy kullanamayacağı gibi yine diğer yönetim kurulu üyesinin de ibrasında vasi olarak oy kullanamayacaktır. Bu olayda yönetim kurulu üyesi olan vasi ile kısıtlı arasında menfaat çatışması bulunmaktadır. Şirket ortağı kısıtlı ...'ın, yönetim kurulu üyelerinin ibrasında ancak tmk 426/2. maddesi gereğince atanacak kayyum aracılığıyla oy kullanabilir. Yönetim kurulunun üyelerinin ibrasında kısıtlının kayyumla temsil edilmesi gerekir. Bu sebeple yönetim kurulu üyesi olan ...'ın vasisinin yönetim kurulu üyelerinin ibrasında oy kullanamayacağı göz önüne alındığında, gündemin 6. maddesi ile alınan kararda, davacının oyu dikkate alındığında, ibra kararı alındığından söz edilemez. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin ibrasına dair 6 nolu kararın iptali gerekir. Bu sebeplerle gündemin 6. maddesi ile alınan kararın iptaline karar verilmesi gerekirken reddine dair ilk derece mahkemesi kararı yerinde olmadığından, davacının bu konudaki istinaf başvurusu haklı bulunmuştur.

... Davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin 30/09/2015 tarihli olağan genel kurul toplantısında 6 nolu gündem maddesi ile alınan yönetim kurulu üyelerinin ibrası ile ilgili kararın ... İptallerine, [karar verildi]"

3.7. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2014/6548 Esas, 2015/4982 Karar sayılı,

9.4.2015 tarihli kararının karşı oy yazısında;

"1-) Dava, anonim şirket genel kurul toplantısında oy kullanmaması gereken kişilere alınan kararlarda ve şirket yöneticilerinin ibrasında oy kullandırılıp kullandırılmadığı ve bu sebeple alınan kararların yok hükmünde olup olmadığı veya iptalinin gerekip gerekmediği hususuna ilişkindir.

2-) Davalı şirket, baba ... ile çocuklarının hissedarı olduğu bir aile şirkettir. Baba ... 10.615/38.600, davacı ise 4439/38600 hisse sahibidir. Yönetim kurulu üyelerinden ... 6.369/38.600 ve ... de 6.369/38.600 hisse sahibidir.

3-) Şirketin 2007 ve 2008 yıllarına dair "Olağan Genel Kurul Toplantısı" 10.12.2009 tarihinde yapılmıştır. Toplantı tutanağından genel kurul toplantısına "... adına, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararıyla kayyum olarak atanan şirket mali müşaviri ..." katılmıştır.

4-) Dava dışı hissedar ...'in kısıtlanmış bir kişi olduğu ve kendisine, şirket yönetici ortağı ...'in vasi olarak atandığı, bu kişinin kendi ibrasında genel kurul toplantısında kısıtlı adına oy kullanamayacağı için ... Sulh Hukuk Mahkemesi'ne mürcaatla, şirket yeminli mali müşaviri ...'yı, kısıtlı ...'e temsil kayyımı olarak atattığı ve bu kişinin genel kurul toplantısına katılarak oy kullandığı sabittir.

5-) Fiil ehliyeti bulunmayan ve genel kurula katılması yönünden vasisinin yasal engeli bulunan ...'e TMK 426 maddesi uyarınca şirket genel kurul toplantısına onun adına

katılması ve alınacak kararlarda oy kullanması için "temsil kayyımı" atanmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Temsil kayyımını atayacak organ vesayet makamı yani sulh hukuk mahkemesidir. Yasal temsilci ...'in, vesayet makamına, kısıtlı ...'e temsil kayyımı atanması için Sulh Hukuk Mahkemesine başvurduğu, ancak temsil kayyımının hangi iş için atanması gerektiğini belirtmediği gibi, Manavgat sulh hukuk mahkemesi'nin kayyım atama kararında da, ...'nin hangi iş ve işlemler için kayyım atandığı belirtilmemiştir. Hatta anılan kişinin yönetim kayyımı olarak mı, yoksa temsil kayyımı olarak mı atandığı dahi belirsizdir. Belli bir iş için görevlendirilmiş temsil kayyımı, o işi kendisini görevlendiren vesayet makamından alacağı talimata göre yürütmek zorundadır. (Ömer Uğur Gençen, Vasi-Kayyım Yetkin. Yayınları sh. 690). Diğer bir anlatımla kayyımın yapacağı işi (genel kurula kısıtlı ... adına katılma) vesayet makamına bildirerek bu makamın talimatına göre hareket etmesi gerekirken talimat almaksızın toplantıya katılmıştır. Dolayısıyla, davalı şirketin 10.12.2009 tarihli toplantısına, dava dışı kayyım ...yetkisiz olarak katılmıştır.

6-) Öte yandan TMK'nın 418/3. maddesi uyarınca, menfaati, kayyım olarak atandığı kişiyle çatışan kişinin kayyım olarak da atanması hukuka aykırıdır. Dava dışı kayyım ... davalı şirketin mali müşaviri olup, şirket bilançolarının oylandığı genel kurula esas tüm mali belgeleri ve hesap tablolarını kendisi hazırlamıştır. Anılan mali müşavir, kayyım olarak genel kurula katılıp, kendisi ile hizmet/vekalet sözleşmesi yaparak iş sağlayan yönetim kurulu üyelerinin ibrasında



oy kullanması, temsil olunan kısıtlı yönünden önemli bir menfaat çatışması doğuracaktır. Bir başka deyişle, somut olayda bağımsız ve tarafsız olarak hareket edemeyecek bir kişi kayyım tayin edilmiştir. Bu sebeple, anılan kişinin kayyım olarak atanmasına yasal engel bulunmaktadır. (Yargıtay 11 HD, 03.07.2006 T.,2005/7885- 2006/7883). Anılan kararda da zikredildiği üzere, menfaat çatışması bulunan kayyımın yaptığı hukuki işlemlerin hukuki geçerliliği yoktur.

7-) 6762 Sayılı TTK'nın 361/3. maddesi uyarınca yetkisiz kişilerin genel kurul toplantısına katılması ayrı bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Toplantı hazırlanırken toplantıya yönetici ortaklar ..., ... ile kayyım ...'dan başkasının katılmadığı da gözetildiğinde söz konusu katılımın genel kurul kararlarının oluşumunda önemli ölçüde müessir olduğu anlaşılmakla, yerel mahkemenin genel kurul kararların iptaline yönelik kabulü son derece yerinde olduğundan Dairemiz sayın çoğunluğunun görüşüne katılmıyorum.”

3.8. Sonuç olarak; kısıtlının da ortağı olduğu bir şirkette yasal temsilci de şirket ortağı veya yönetim kurulu üyesi ise kısıtlı ile arasında menfaat çatışması bulunduğu, kısıtlı ile yasal temsilcinin arasında menfaat çatışması söz konusu hallerde kısıtlıya ayrıca temsil kayyımının atanması gerekmektedir. Eğer temsil kayyımı atanması gereken hallerde temsil kayyımı atanmamış ve menfaat çatışması bulunan yasal temsilci kısıtlı adına işlem yapmışsa yapılan işlem geçersizdir. Ortaklıklar hukukunda da söz konusu işlem iptal davasına konu olabilecektir.

DİPNOT

- 1 Vesayeti gerektiren diğer haller için bkz. MK m.404 ila 408.
- 2 MK m.449.
- 3 Ömer Uğur GENÇCAN, İstinaf Hükümlerine Göre Hazırlanmış Vasi, Kayyım, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2019, s.878.
- 4 GENÇCAN, Vesayet (2019), s.872-873.
- 5 GENÇCAN, Vesayet (2019), s.873.

KAYNAKÇA

Ömer Uğur GENÇCAN, İstinaf Hükümlerine Göre Hazırlanmış Vasi, Kayyım, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2019.
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
<https://www.serapdinler.av.tr/medeni-hukuk/menfaat-catismasi-durumunda-temsil-kayyimi-atanmasi/> (Erişim Tarihi:21.02.2020)

ANONİM ŞİRKET GENEL KURULU VE GENEL KURUL KARARLARININ GEÇERSİZLİĞİ

1. ANONİM ŞİRKET TANIMI VE ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ

Anonim şirket; bir veya birden çok kişinin iktisadi amaç için belirlenen bir ya da birden fazla konuda faaliyette bulunmak üzere yazılı sözleşme ile kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu tüzel kişiliğe haiz bir şirket türüdür. Anonim şirket, tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirketi olarak hukuki yapı bakımından en iyi örgütlenmiş ve örgüt sistemi de en fazla geliştirilen ortaklıktır. Asgari bir sermayeyle kurulması mümkün, ortakların sorumluluğu sınırlı ve payların devri şahsi şirketlerine oranla daha kolay olduğu için çok sayıda kişinin bir araya gelmesine ve dolayısıyla çok daha büyük sermayelerin toplanmasına elverişlidir. Anonim şirketin yapısı gereği yatırımcılar sadece taahhüt ettikleri sermayeyi kaybetme riski altındadırlar. Sorumluluğun bu şekilde sınırlanmış olması güvenle yatırım yapılmasına olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte Anonim Şirket yapısının iyi niyetli olmayan kişilerin elinde kötüye kullanılması da mümkündür. Ortaklar tarafından getirilen sermayenin denetimsiz şekilde şirketi yönetenlerin eline bırakılması, büyük sermaye gücünün kötüye kullanılmasına sebep olabilmektedir.

Anonim ortaklıklarda organ denildiğinde, "gerçek kişilerden oluşan kurul" aklar gelmektedir. Bu ortaklığı borç altına sokan, hak sahibi kılan ve tüm işleri yürüten iki organ bulunmaktadır. Bunlar;

- Genel Kurul (karar organı)
- Yönetim Kurulu (yönetim ve temsil organı) olarak ikiye ayrılır.

2. GENEL KURUL

Anonim ortaklıklarda genel kurul; pay sahiplerinin veya temsilcilerinin usulüne uygun çağrı üzerine belirli bir gündemi görüşüp karara bağladığı ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı bir kuruldur. Dolayısıyla ortaklığın karar ve irade organı olarak nitelendirilir. Hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle genel kurul kararı, bir hukuki işlem niteliğindedir. İşlemlerin oluşumu, geçerlilik şartları ve etkilerine ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. Maddesinde düzenlenen hükümlere tabidir.

Genel kurul; kanunda ve esas sözleşmede kendisine yetki verilmiş konularda karar almakla birlikte, bu kararlar şirketin işleyişine

ilişkin olmaktan çok genel ve temel konulardadır. Genel kurulda alınan kararlar, TTK Md. 423 gereği toplantıya katılıp olumsuz oy veren ve katılmayan ortakları da bağlar. Bu sebeple kararların hukuka aykırı olması halinde ayrı bir iptal davası düzenlenmiştir.

Genel kurul bir karar organı olması nedeniyle anonim şirketin faaliyetine doğrudan ve dolaylı olarak hâkim bulunmaktadır. Ancak devamlı çalışan bir organ niteliğinde değildir. En az yılda bir defa olağan veya gerektiğinde olağanüstü toplanır. Dolayısıyla arızî bir organdır.

Genel Kurul, iki farklı şekilde toplanmaktadır.

1. Olağan Genel Kurul
2. Olağanüstü Genel Kurul

1. Olağan Genel Kurul

Anonim şirket genel kurulu TTK Md. 409/1 gereği her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde ve yılda en az bir defa toplanır. Buna olağan genel kurul toplantısı denir. Genel Kurulu toplantıya kural olarak yönetim kurulu çağırır. TTK Md. 410 ve 411 gereği de şirket sermayesinin en az onda birine; halka açık şirketlerde ise yirmide birine sahip pay sahibi veya sahiplerinin talebi ile de genel kurul toplantıya çağırılabilir.

Olağan genel kurul; ortaklığın normal faaliyet devresi sonunda toplanıp, ortaklığın tüm işlem ve hesaplarına ait işleri müzakere ve tasdik etmektedir. Ayrıca bu toplantıda kanunen toplantı gündeminde bulunması gereken hususlar müzakere edilerek karar alınır.

2. Olağanüstü Genel Kurul

Genel kurulun belirli zamanların dışında toplanması halinde söz konusu olmaktadır. TTK Md. 409/2 gereği; olağanüstü toplantıya çağırıcı yönetim kurulu "gerektiği takdirde" yapar veya azınlık pay sahipleri "geciktirici sebepleri ve gündemi belirterek" yönetim kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını veya Genel Kurul zaten toplanacaksa karara bağlamak istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler.

3. GENEL KURULUN TOPLANMASI

Genel Kurul, bütün ortakların katılmaya hakkının olduğu ve önemli konuların karara bağlandığı bir organdır. Elbette bunun için belli bir prosedüre uyulması gerekmektedir. Yani genel kurulun oluşumu için ortakların çağırılması, belli bir yer ve zamanda toplanılması, gündemdeki konuların görüşülmesi ve nihayet karar verilerek şirkete ait kararların ortaya çıkmasının belli bir usulü vardır. Bu usul ve prosedürlere uyulursa alınan kararlar da geçerli olacak ve dolayısıyla şirketin iradesi ortaya çıkmış olacaktır. Genel Kurul toplantısına katılmaya yetkili olanlar; pay sahipleri, temsilciler, intifa hakkı sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler, bakanlık temsilcisi ve sermaye piyasası kurulu gözlemcisidir.

1. Genel Kurul Toplantısı ve Karar Yetersayıları

İstisnai haller dışında genel kurulun toplanabilmesi için şirket sermayesinin en az dörtte birine sahip olan pay sahiplerinin



veya temsilcilerinin varlığı yeterli olmaktadır. Kanunda veya esas sözleşmede daha ağır bir yetersayı öngörülmemiş ise, genel kurul şirket sermayesinin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımı ile toplanacaktır. Toplantı yetersayısının sadece genel kurul toplantısının açılış sırasında değil, toplantı süresince de bulunması gerekir. Toplantıda bahsedilen toplantı yetersayısı sağlanamazsa pay sahipleri yeniden genel kurul toplantısına çağırılır ve yapılacak olan bu ikinci toplantı için nisap aranmaz.(TTK m.418)

2. Genel Kurul Kararlarının Tescil ve İlanı

Genel Kurulda alınan kararların geçerli olabilmesi için yönetim kurulu, toplantıda tutulan tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhal ticaret siciline vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan ettirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte genel kurul tarafından verilen kararlar toplantıda

hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da geçerli olmaktadır. (TTK m.423)

3. Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği

Genel Kurulun toplanması ve karar alması ve böylelikle şirketin iradesini ortaya çıkarması belli koşul ve prosedürlere bağlanmıştır. Bu prosedüre göre; pay sahiplerine hiç çağrı yapılmadan toplantı yapılmış ve karar alınmışsa veya toplantı ilan edilen gün ve yerde yapılmamış da başka yer ve günde yapılmışsa veya toplantıya bakanlık temsilcisi katılmamışsa yahut toplantıya gelen pay sahiplerinin bir kısmı toplantı salonuna girmesine müsaade edilmemişse yahut oy hakkı olmayan bir takım kimseler oy kullanmışsa ve buna benzer hususlar varsa, toplantı usulüne ve kanuna aykırılık vardır. Bu durumlarda genel kurulun aldığı kararlar hukuken sakat olup, geçersizdir. Bu geçersizlik durumları bütünsel olarak aynı yaptırıma tabi değildir. Bir kısım geçersizlik

halleri hükümsüzlük yaptırımına maruz kalır, diğerleri ise iptal yaptırımı ile karşılaşır.

4. Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü

Geçersizlik hallerinden hükümsüzlük iki ayrı durumu ihtiva eder. Bunlar yokluk ve butlandır.

Yokluk

Bir hukuki işlemin doğabilmesi için öngörülen kurucu nitelikteki emredici hükümlere aykırılık, işlemin unsurlarında eksikliğe yol açar ve işlemi "yokluk" ile sakatlar. Yok sayılan işlem, şeklen meydana gelmemiştir. Yokluk, bunu ileri sürme konusunda hukuki menfaati bulunan herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve tespit ettirilebilir. Ayrıca yokluk, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmaktadır.

Emredici hükümlere göre, genel kurul kararlarının oluşabilmesi için iki kurucu unsur gereklidir. Birincisi genel kurul toplantısı yapılması, ikincisi de toplantıda karar alınmasıdır. Bunların birisindeki eksiklik durumunda, işlem hiç doğmamış sayılır. Yani baştan itibaren yoktur. Dolayısıyla bir toplantı yapılmadan elden karar dolaştırılması şeklinde yapılan işlem yoklukla sakattır. Benzer olarak karar alınmadığı halde alınmış gibi gösterilirse, karar yokluk yaptırımına tabi olur. Bakanlık temsilcisinin de toplantıda bulunmaması kararın yoklukla sakat olması sonucunu doğuracaktır.

Butlan

Bir hukuki işlem; kurucu nitelikteki hükümlere aykırılık taşımadığından varlık kazanmış

olabilir. Fakat işlem, konusuna ilişkin emredici hükümlere aykırı ise, yani konusu kanuna, ahlaka, adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız ise bu işlem batıldır. Yokluktaki gibi, butlanda da kesin geçersizlik söz konusu olur, Hâkim bu durumu da re'sen göz önünde bulundurur ve herkes bu geçersizliği, iptal davasında öngörülen üç aylık süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir ve tespit ettirebilir.

Yokluk ve butlan arasında sonuçları değil sebepleri bakımından farklılık bulunmaktadır. Kararların hükümsüzlüğü durumunda yani yokluk ve butlan halinde, genel kurul kararları baştan itibaren hüküm doğurmazlar ve daha sonra sağlığa kavuşturulamazlar. Mahkemece re'sen dikkate alınırlar ve def'i olarak ileri sürülebilecekleri gibi süreye bağlı olmaksızın bir tespit davasının konusunu da oluşturabilirler. Şirketin bir kararının, kararın alınmasından yıllar sonra bile butlanının ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Yıllar sonra hükümsüzlüğün mahkemece tespiti ise o kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu sakıncası sebebiyle mahkemelerin hükümsüzlük kararlarını ayrıntılı ve çok yönlü değerlendirmeler sonucu sakınarak vermeleri yanında, kanun koyucunun da iptal ile hükümsüzlüğün sınırlarını açıkça belirlemesi gerekir.

İptal Edilebilir Kararlar

Genel Kurul kararının geçersizlik hali baştan

İtibaren sakatlık doğurmayacak nitelikte ve ancak belli süre içinde ileri sürülebilecek ise iptal yaptırımından söz edilir. Kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabilir. (TTK m.445)

Kanuna aykırılık, esas sözleşmeye aykırılık, dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde iptal nedenleri oluşmaktadır. İptal davası açmaya yetkili kişiler ise; pay sahipleri, yönetim kurulu, yönetim kurulu üyeleri, intifa hakkı sahibi, sermaye piyasası kuruldur. İptal davası süreye bağlıdır. Dava, karar tarihinden itibaren üç ay içinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü süredir. Kaçırılması halinde iptal davası açma hakkı düşmektedir. Yetkili ve görevli mahkeme ise şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir

SONUÇ

Yönetim kurulu iptal veya butlan davasının açıldığını ve duruşma gününü usulüne uygun olarak ilan eder ve şirketin internet sitesine koyar. İptal davasında üç aylık hak düşüren sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz. Birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davalar birleştirilerek görülür. Genel Kurul kararı aleyhine iptal veya butlanın davası açıldığı takdirde mahkeme; yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebilir. Genel Kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararı, kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade eder. Yönetim Kurulu bu kararın bir örneğini derhal ticaret siciline tescil ettirmek ve internet sitesine koymak zorundadır. Genel Kurulun kararına karşı, kötü niyetle iptal veya butlan davası açıldığı takdirde, davacılar bu sebeple şirketin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumludurlar.

KAYNAKÇA

- 1) Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi
- 2) Türk Ticaret Kanunu
- 3) Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4.Baskı, Ocak 2016
- 4) Ayşe Sarıca, Ticaret Hukuku, 10.Baskı, 2016
- 5) Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri 1.Baskı Şubat 2013

VAKIF ÜNİVERSİTELERİ ÖĞRETİM ÜYELERİNİN SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME SORUNU

Türk Hukuk sisteminde tüzelkişiler “Kamu Hukuku Tüzelkişileri” ve “Özel Hukuk Tüzelkişileri” olarak ikiye ayrılırlar. Anayasa kamu hukuku tüzelkişiliklerinin kurulmasının kanunla gerçekleştirilmesi yanında, kanun tarafından tanınan açık bir yetkilendirmeye de kurulabileceğini düzenlemektedir (md.123). Özel hukuk tüzelkişiliği ise, TMK’ ya göre, ancak bu tüzel kişiliği yaratma amacı taşıyan hukuksal bir işlem ile kurulabilmektedir. Bir başka deyişle, özel hukuk tüzelkişileri, özel hukuk alanında hukuki bir işlemle kurulmuş bulunan tüzelkişilerdir. Özel hukukta tüzelkişiler; kazanç paylaşma amacı güden tüzel kişiler (şirketler) ile kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzelkişiler (dernekler ve vakıflar) olarak ikiye ayrılırlar.

Kural olarak; kamu hukuku tüzelkişilerinin idare hukuku alanını ilgilendiren hukuksal işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, aksine bir yasal düzenleme olmadığı sürece, idari yargı tarafından yapılmaktadır. Özel hukuk tüzelkişilerinin hukuksal işlem ve eylemlerinin bağılı olduğu hukuk düzeni

ise özel hukuk kurallarından oluşmakta ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da adli yargı yerleri yetkilidir.

1982 Anayasası'nın 130' uncu maddesinde; “ (1) Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur. (2) Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir..... (10) Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak bazı durumlarda yapılan işlem veya işlemi yapan kurumun niteliğinin tespiti, uygulanacak mevzuatı veya görevli yargı yerlerini belirlemekte yeterli olmamaktadır. Nitekim Son zamanlarda, vakıf üniversitelerinde çalışmakta olan öğretim üyelerinin sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bu sözleşmelerin sona ermesi/feshedilmesi halinde sözleşme tarafları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemenin görevli olduğuna ilişkin tartışmalara gündeme gelmeye başlamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi' nin son kararları da göz önüne alınarak vakıf üniversiteleri ile öğretim üyeleri arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliği, Yargıtay' ın uzun yıllardır verdiği kararlara göre "iş sözleşmesi" olarak kabul edilirken, Danıştay tarafından verilen kararlarda "idari hizmet sözleşmesi" olarak kabul edilmektedir. Bu tartışmalar sürerken sözleşmelerin hukuki niteliklerinin

ne olduğunun tespiti sözleşmeye bağlanan hukuki sonuçlar açısından büyük önem arz ettiğinden hukuk pratiğinde bazı sıkıntılar da gündeme gelmiştir.

Bilindiği üzere; vakıf üniversitelerinde görev yapacak olan öğretim elemanlarının akademik ilerlemelerini ve çalışma koşullarını düzenleyen Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği ("Yönetmelik") 31 Aralık 2005 tarihli ve 26040 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin "Öğretim Elemanları" başlıklı 23. maddesi; "(1) Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim



kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir..... (2) Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddede bu kurumlardaki akademik ve idari personelin çalışma esaslarının 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tâbi olduğu belirtildikten sonra bu personelin aylık (ve diğer özlük) hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Maddede yer alan “özlük hakları” ibaresi Danıştay 8. Dairesinin 29 Nisan 2011 tarihli ve E. 2008/8234, K. 2011/2452 sayılı kararı ile Danıştay tarafından iptal edilmiştir.

Vakıf üniversitelerinin 2000’lerden itibaren sayı ve kapasite olarak hızlı büyümeleri karşısında hukuki uyumsuzlıkların sayısı da artmıştır. 2003 yılına kadar vakıf üniversitesinde çalışan akademik personelin görevine son verilmesine ilişkin davalar iş sözleşmesine ilişkin uyumsuzluk olarak kabul edilerek adli yargıda görülmekteyken, Danıştay 8. Daire 4 Şubat 2003 tarihli ve E. 2002/5557, K. 2003/561 sayılı kararı ile görevsizlik kararı veren bir idare mahkemesi kararını bozmuştur. Mahkeme idari yargının görev alanının belirlenmesinde kanunla kurulma, kamu tüzel kişiliği ve kamu hizmeti ölçütlerinin kullanıldığını belirterek bu kişilerin kamu hukukuna tâbi olduğunu belirttikten sonra şu gerekçeye dayanmıştır: “Bilimsel Özerklik’ de Devlet üniversitelerinin

yanı sıra vakıf üniversitelerinin de tâbi olduğu Anayasal ilkelerden birisidir. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusunda anayasal teminat altına alınmıştır”. Bu nedenle de “vakıf üniversitesinin, kamu hizmeti görmek amacıyla, davacı öğretim üyesi ile aralarında yaptığı sözleşme(nin), kamu hukukuna tâbi idari hizmet sözleşmesi niteliğinde” olduğu sonucuna varmıştır.

Danıştay 8. Dairesinin 29 Nisan 2011 tarihli “özlük hakları” ibaresinin iptali kararından bir süre sonra konuyla ilgili olumlu görev uyumsuzluğu çıkmış ve Uyuşmazlık Mahkemesi akademik personelin görevine son verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık, aşağıda değinileceği üzere, Yargıtay konuyla ilgili bir süre görevsizlik kararı verdikten sonra bu içtihadından vazgeçmiş ve akademisyenlerin görevlerine son verilmesine ilişkin işlemler hakkında açılan davalara iş mahkemelerinde bakmaya devam etmiştir.

Vakıf üniversitesinde çalışmakta olan personelin iş akdinin feshi akabinde meydana gelebilecek olan uyumsuzluğun hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini ortaya koymak için üniversite ile çalışan arasında

akdedilen sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinin en önemli husus olduğu açıktır. Hal böyle iken Danıştay (a) vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, (b) Vakıf üniversitelerinin yürüttüğü faaliyetin kamu hizmeti niteliği ve bu bakımdan devlet üniversitelerinde yürütülen faaliyetlerden bir farkı olmaması, (c) Üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip olması gereği ve iş güvencesizliği sonucunu doğuracak bir hukuki rejimin bilimsel özerklik ile çatışması nedenleriyle konunun idari yargının görev alanına girdiği sonucuna varmış ve üniversite ile akademik personel arasında imzalanan sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmiştir.

Yargıtay kararlarında ise akademik personelin imzaladığı sözleşme iş sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve göreve son vermeye ilişkin işlem iş akdinin feshi kapsamında değerlendirilmektedir.

Kamu hizmetinin, öğretide ve uygulamada devlet ya da diğer kamu tüzel kişisi tarafından ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için sunulan sürekli ve düzenli bir hizmet olduğu, ayrıca ister vakıf üniversitesinde ister devlet üniversitesinde olsun öğretim elemanları tarafından gördürülecek eğitim-öğretim hizmetinin kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmadığından, vakıf yükseköğretim kurumlarınca bu hizmetin yürütülmesi için, istihdam edilen akademik personel ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilecek sözleşmenin, Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 4.7.1964 günlü, E:1964/4, K:1964/344 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988

günlü, E:1988/5, K: 1988/55 sayılı kararında da bahsedildiği üzere taraflar arasındaki sözleşmenin "idari hizmet sözleşmesi" niteliği taşıdığı kabul görmektedir.

Konuya ilişkin İstanbul 8. İdare Mahkemesinin 15 Nisan 2011 tarihli ve 2011/200E. sayılı kararında; "davacının vakıf üniversitesinde öğretim görevlisi olarak çalıştığı ve ilgili yasa uyarınca kamu personeli sayıldığı için açık olduğu, idare ile olan ilişkileri nedeniyle, açılacak olan davalarda işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin idari yargının görev alanında bulunduğu" şeklinde hüküm kurmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 24 Aralık 2012 tarih ve 2012/223 E., 2012/282 K. sayılı kararında; "...karara konu İzmir 4. İdare Mahkemesinin 29.12.2011 tarihli kararında, vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam eden akademik personel ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilen sözleşmenin üstlenilen kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin bir "idari hizmet sözleşmesi" niteliğinde olduğudavanın görüm ve çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğu" şeklinde hüküm kurmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 24 Aralık 2012 tarih ve 2012/273 E., 2012/289 K. sayılı kararında; "...karara konu İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 14 Ekim 2011 tarihli kararında vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen personel ile akdedilen sözleşmenin üstlenilen kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin bir "idari hizmet sözleşmesi" olduğu ve ilgili davada idare mahkemelerinin görevli olduğu" şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 24 Ekim 2016 tarih ve 2016/544 E., 2016/522 K. sayılı kararında; "Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır.bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır. Somut olaydadavalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır.....davacının sözleşmesinin feshinden sonra ücret alacaklarının ve tazminatlarının ödenmemesi yolunda tesis edilen davalı idare işleminin idare hukuku anlamında bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, bu idari işlemde kaynaklanan tazmin isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. Maddesinin b fıkrasında belirtilen; "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir." şeklinde karar verilmiştir.

Bildiğiniz üzere; Uyuşmazlık Mahkemesi Anayasamızın "Yargı" başlıklı üçüncü bölümünde yüksek mahkemeler başlığı altında düzenlenmektedir. Buradaki düzenlemeye göre, Uyuşmazlık Mahkemesi, yargı ayrılığı ilkesinin ortaya çıkardığı görev uyuşmazlıklarını çözmek

suretiyle kişilerin askıda kalan hak arama hürriyetlerinin gerçekleşmesini sağlayan; hüküm uyuşmazlıklarını çözmek suretiyle de hakkın yerine getirilmesini olanaksız kılan hukuki engelleri gideren; yargı erkini paylaşan diğer yüksek mahkemelerden Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarını kaldırıp onların yerine hüküm tesis edebilen özel yetkili bir yüksek mahkeme olup hukukumuzda kesin hükmü ortadan kaldırabilen tek yargı organıdır. Unutmamak gerekir ki Anayasanın 158' nci maddesi; "Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir." hükmünü haizdir.

Sonuç olarak; idari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında kamu tüzel kişiliği, idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "bilimsel özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal düzeyde teminat altına alınmıştır.



Vakıf üniversitelerinde çalışan öncelikle statü hukuku doğrultusunda, yani 2547 sayılı Kanuna göre istihdam edilmektedir. 2547 sayılı Kanun'un Ek madde 5 hükmüne göre vakıf üniversitesindeki akademik personel hakkında önce tek taraflı bir idari işlem olan atama işlemi yapılmakta, daha sonra mali haklar ile gündelik işleyişe ilişkin idari konuları içeren bir de iş sözleşmesi imzalanmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki; vakıf üniversiteleri hakkında yapılacak değerlendirmelerde bu üniversitelerin birer kamu tüzelkişisi olduğu ve bu uygulamanın kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemlerinden biri olmadığı gözetilmelidir. Bu kurumlarda çalışan akademik personel Anayasa'nın 128. maddesinin birinci maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görevi yerine getirdiklerinden, kamu görevlisi sıfatına sahip olmakla birlikte var olan statüleri mali rejimi ile belli özlük hakları farklılaştırılmış bir kamu görevlisi statüsüdür. Mevcut "özlük hakları" ibaresinin Danıştay tarafından direkt kaldırılması hukuk dünyasında birçok tartışmaya sebebiyet vermiştir. Mevcut konuyla ilgili güncel işlem ve kararlar yukarıda yazıldığı gibi olmakla beraber, konuya ilişkin düzenlemelerin hak kaybına da sebebiyet vermemesi için ilgili mevzuatta şüpheye yer verilmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği aşikârdır.

gerekmektedir. Tutuklama kararı yerine daha makul ve orantılı olacak koruma tedbirlerinin varlığı halinde, kişi özgürlüğü ve söz konusu somut durum açısından daha orantılı koruma tedbiri tercih edilmelidir. Tüm bunlara rağmen son çare olarak tutuklama kararı verilse dahi bunun yeterli bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Sever, D.Ç., "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri Ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Makale Legal Hukuk Dergisi (2016)
AKÜZÜM, H.U., Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Yasal Dayanakları Ve Tüzel Kişiliği, Doktora Tezi (2016)

TOPLU İŞ HUKUKUNDA SENDİKAL GÜVENCELER

Giriş

Sendikal güvencelerden bahsetmeden önce sendikal özgürlüklerin neler olduğuna değinmekte fayda var. Gerek anayasada gerekse diğer yasal düzenlemelerde birtakım sendikal özgürlükler düzenlenmiştir.

AY Madde 51: Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendikal özgürlükler "bireysel sendika özgürlüğü" ve "kolektif sendika özgürlüğü" olmak üzere ikiye ayrılır. İşçilerin ya da işverenlerin sendikal örgütlenme özgürlüğü bireysel sendika özgürlüğünü ifade eder. İşçilerin veya işverenlerin bir araya gelerek oluşturduğu sendikaların ya da konfederasyonların sendikal faaliyette bulunma özgürlüğünü ise kolektif sendika özgürlüğü ifade eder. Bireysel sendika özgürlüğü de kendi içinde olumlu (pozitif) sendika özgürlüğü, olumsuz (negatif) sendika özgürlüğü olmak üzere ikiye ayrılır. Bireylerin serbestçe sendika kurmaları, mevcut olan sendikalara üye olabilmeleri, kurulmuş birden

fazla sendikadan herhangi birini seçebilmeleri, mevcut sendikaların içerisinde sendikal faaliyette bulunabilmeleri olumlu sendika özgürlüğüne örnektir. Olumsuz sendika özgürlüğüne ise, herhangi bir sendikaya üye olmama ya da sendikaya üye olunmuşsa üyelikten çıkma hakkı örnek verilebilir.

İşte hem Anayasada hem 6356 s. Kanun başta olmak üzere ilgili diğer yasal düzenlemelerde belirtilen sendikal hak ve özgürlüklerin bir anlam ifade edebilmesi için bu hak ve özgürlüklere bir müdahale olduğu takdirde bu müdahalelere yönelik yaptırım hükümlerini içeren güvenceye ihtiyaç vardır. Aksi halde bu özgürlükler kâğıt üzerinde tanınmış haklar olarak mevzuat içinde yer almaktan öteye geçemezler. Bizim mevzuatımızda da bu temel amaca ulaşmak için sendikal hakları korumaya yönelik güvence hükümlerine yer verilmiştir.

Sendikal güvenceler 6356 s. Kanunda üç ayrı başlık altında üç ayrı maddede düzenlenmiştir.

1. İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi 23. maddede düzenlenmiştir.
2. İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi 24. maddede düzenlenmiştir.
3. Sendika özgürlüğünün güvencesi 25. maddede düzenlenmiştir.

1. İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİNİN GÜVENCESİ

Yönetici ifadesinden kimin anlaşılması gerektiği 6356 s. Kanun'un 2. Maddesinin 'i' bendinde "Yönetici: Kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini, ifade eder." şeklinde belirtilmiştir. Yine aynı şekilde 2. maddenin 'g' bendinde "Kuruluş: Sendika ve konfederasyonları... ifade eder" denilerek kuruluşun tanımı yapılmıştır. Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere 23. maddenin sağladığı güvencenin kapsamına bir sendikanın ya da konfederasyonun merkezinde/şubesinde yönetim kurulu üyesi olanlar girer. Yalnız yasa ikili bir ayırım yapmıştır. 23. maddenin kapsamına sadece profesyonel sendikaya da konfederasyon yöneticileri girer yani amatör işçi kuruluşu yöneticileri 23. maddedeki güvenceden değil 24. maddedeki güvenceden yararlanır. Bu hususu kanun koyucu 24. maddenin 5. fıkrasında "Bu madde hükümleri işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır." diyerek hükme bağlamıştır. Özetleyecek olursak bir işçi kuruluşu yöneticisi yöneticilik görevini yürütürken aynı zamanda iş sözleşmesi ile çalışmaya devam ediyorsa 24. maddedeki güvenceden yararlanacaktır. Ancak işçi işyerinde fiilen çalışmadan sadece sendikada yöneticilik görevini ifa etmesi halinde 23. maddenin sağladığı korumadan yararlanacaktır. 6356 Kanunun 23/f.1 maddesinde öngörülen kural, işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş ilişkisi sona ermez. İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır.

Askı dönemi taraflar arasındaki iş ilişkisinin devam ettiği ama ücret ve iş görme edimi gibi temel borçları yerine getirme yükümlülüklerinin bulunmadığı bir dönemdir.

MADDE 23/1: *İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır.*

Yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılma halinde iş sözleşmesinin askıya alınması bir kanuni zorunluluk değildir. Yönetici işçi, yöneticilik görevinin sona erdikten sonra işyerine dönüp çalışmaya başlamayı düşünmüyorsa iş sözleşmesini sona erdirebilir.

İşçi kuruluşu yöneticisi dilerse belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresine, belirli süreli süreli sözleşmesinin süresinin bitimini beklemeden sözleşmesini feshedebilir. Bu halde de işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Kanun koyucu adeta bir haklı fesih sebebi varmış gibi işçi kuruluşu yöneticisinin kıdem tazminatını alarak ayrılabilmesini mümkün kılan bir düzenleme getirmiştir. Şayet işçi kuruluşu yöneticisi olan bir işçi, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır. Yani, yöneticiliği esnasında herhangi bir fiili çalışması olmasa dahi sanki o döneme kadar fiilen çalışmış ve kendisine ücret artışları sağlanmış gibi kıdem

tazminatı, yönetici olduğu tarihteki ücreti üzerinden değil sözleşmeyi sona erdirdiği tarihte aynı pozisyonda faaliyette bulunan bir işçinin aldığı emsal ücret üzerinden hesaplanır.

23. maddenin 1. fıkrası işçi kuruluştaki yöneticisi olan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması veya iş sözleşmesini yönetici olduğu gerekçesiyle feshetmesi ihtimalinde kıdem tazminatı bakımından işçiye sağlanan korumayı düzenlemiştir. Buna karşılık 23. maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise iş sözleşmesi askıda kaldığı dönemde yöneticilik görevi sona ermiş olan yöneticiye sağlanan güvence düzenlenmiştir.

MADDE 23/2: İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren

bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.

Eğer yöneticilik görevi sayılan bu dört halden biri sebebiyle sona ererse yöneticilik görevinin sona erdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde işverene müracaat ederek askı halinin sona erdirilmesini ve yeniden kendisini fiilen çalışmaya başlatmasını talep eder. İşveren de bu başvuru tarihinden itibaren 1 ay içerisinde işçiyi o andaki şartlarla (yani yönetici seçildiği tarihteki şartlarla değil, tekrar işe başlayacağı tarihteki şartlarla) eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Burada yeni bir iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü değil askı haline son verme yükümlülüğü söz konusudur.

Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır. İşverenin ayrıca bir fesih iradesi



göstermesine gerek yoktur. Sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılmasının sonucu olarak işçi ihbar ve kıdem tazminatı almaya hak kazanır. Bu durumda işe iade davası açılıp açılmayacağı tartışılmaktadır.

Bu fıkradaki güvenceden yararlanılabilmesi için yöneticilik görevi fıkra sayılan hallerden biri ile sona ermiş olmalıdır. Eğer yöneticilik görevi bu fıkra sayılan dört hal dışında bir sebeple sona ererse 3. fıkradaki güvence hükmü işleyecektir.

MADDE 23/3: Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları hâlinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir. Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır.

Bu durumda işverenin askı haline son verme (işe başlatma) yükümlülüğü yoktur. Bu iki fıkra arasındaki bir diğer fark kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacak süredir. Eğer ikinci fıkradaki güvence kapsamında kıdem tazminatı ödenecekse askı süresi de hesaba katılır. Ancak eğer üçüncü fıkra kapsamında kıdem tazminatı ödenecekse sadece çalışılmış süreler dikkate alınır yani askı süresi hesaba katılmaz.

İşçi kuruluştan yöneticilerinin güvencesi sadece bu hükümle sınırlı değildir sosyal güvenlik mevzuatı bakımından da özel bir uygulama vardır. Şöyle ki 5510 sayılı Kanun 4a'lıları sadece işçilerle sınırlamamış işçi kuruluştan

yöneticilerini de sosyal güvenlik hakları bakımından 4a statüsüne tabi tutmuştur.

2. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİNİN GÜVENCESİ

İşyeri sendika temsilcisi, işyerinde işveren ile işçiler arasında köprü vazifesi görür. 27. maddenin 3. fıkrasında işyeri sendika temsilcisinin görevleri belirtilmiştir. İşyeri sendika temsilcisinin 27. maddede tarif edilen görevleri sırasında müdahalelerin ortaya çıkması mümkündür. İşte 24. madde ile bu müdahalelere karşı işyeri sendika temsilcisinin korunması hedeflenmiştir.

MADDE 24/1: İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir.

İşyeri sendika temsilcisi olarak sendika tarafından görevlendirilmiş olan kimse, geçerli bir sebep olsa dahi süreli fesih yolu ile işten çıkartılamaz sadece haklı fesih sebebi varsa işten çıkartılabilir. Ayrıca bu haklı nedenin işyeri sendika temsilcisine açık ve kesin şekilde yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Bu hüküm feshe karşı çok ciddi bir koruma sağlamaktadır.

Kanun koyucu, işyeri sendika temsilcisinin haklı bir neden olmadan işten çıkartılmasını yasaklamış olmakla birlikte bu yasağa rağmen haklı neden olmaksızın işten çıkartılması halinde, işe iade prosedürünün işletilmesini

öngörmüştür. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işyeri sendika temsilcisi veya üyesi bulunduğu sendika işe iade davası açabilir.

Burada şöyle bir sorun ortaya çıkıyor. Arabuluculuk aşaması uygulanmadan doğrudan doğruya dava açılabilir mi? Yasada buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunu söylemek çok güç ama genel olarak işe iade prosedüründe arabuluculuk sistemi getirildiği için burada da arabulucuya gidilmesi gerekmektedir.

İşyeri sendika temsilcisinin işe iadesine karar verilmesinin sonuçları 24. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

MADDE 24/3: *Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile*

kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin iş başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma hâlinde de uygulanır.

İş yeri sendika temsilcisi olmayan bir işçinin de 4857 s. Kanun'un iş güvencesine ilişkin hükümleri çerçevesinde işe iade hakkı vardır. Yasada belirtilen esaslar çerçevesinde iş güvencesine tabi olan işçiler de işe iade talebinde bulunabilirler. Fakat kanunun işyeri sendika temsilcisine tanıdığı işe iadeye bağlı sonuçlar, normal işçinin -yani işyeri sendika temsilcisi olmayan ama yasanın işe iade talebinde bulunabilme imkânı verdiği işçinin- işe iade sürecinde elde edeceği hukuki



sonuçların çok çok üzerindedir. Kanun koyucu işyeri sendika temsilcisine temsilcilik görevi devam etmesi kaydıyla haksız yere işverence işten çıkarıldığı tarih ile, işe iade kararının kesinleştiği tarih arasında ne kadar süre geçerse geçsin bu sürenin tamamının ücretini alabilme imkânı getirmiştir. 4857 s. Kanun'da düzenlenen iş güvencesinde ise boşta geçen süre ücreti işçinin maksimum 4 aylık ücreti kadardır. İş güvencesi ile işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi arasındaki birinci fark budur. Bir diğer fark ise, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe başvurma süresi işe iade kararını kesinleşmesinden itibaren 10 gün iken işyeri sendika temsilcisi söz konusu olduğunda bu süre 6 iş günüdür.

Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işyeri sendika temsilcisi tarafından işverene başvuruda bulunulmuş olmasına rağmen altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir.

3. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

Üçüncü güvence daha genel kapsamlıdır. 23 ve 24. maddelerdeki güvenceler sadece belirli kişilere yönelik koruma sağlamaktayken 25. maddede hüküm altına alınan bu son güvence bireysel sendika özgürlüğünü korumaya yöneliktir.

İşveren tarafından işe alınma aşamasında, çalışma koşullarının belirlenmesi aşamasında veya işten çıkış aşamasında bireysel sendika özgürlüğüne aykırı hareket edilebilir. 25.

maddedeki düzenleme bunu engellemeye yöneliktir.

Birinci fıkrada işe alım aşamasındaki sendikal ayrımcılık yasaklanmaktadır.

MADDE 25/1: *İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.*

İkinci fıkrada çalışma koşullarının düzenlenmesi aşamasında sendikal ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

MADDE 25/2: *İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.*

Kanun koyucu son cümlede sendikal ayrımcılık yasağına bir istisna oluşturmuştur. Eğer işverenin yasada belirtilen esaslara uygun davranarak bir toplu iş sözleşmesi bağlatmışsa, bu toplu iş sözleşmesinin içerisinde yer alan ücret, prim ve ikramiye gibi sosyal yardım konularındaki hükümlerin sadece sendika üyesi olan işçilere uygulaması mümkündür bu durum ayrımcılık yasağı kapsamına girmez.

Üçüncü fıkrada ise iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi yasaklanmıştır.

MADDE 25/3: *İşçiler, sendikaya üye*

olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

İşverenin yasada belirtilmiş olan bu yasakları ihlal etmesinin yaptırımları da dördüncü ve devam eden fıkralarda düzenlenmiştir.

MADDE 25/4: İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

Sendikal tazminatın minimum miktarı işçinin bir yıllık ücret tutarıdır. İşçinin kıdemine bakarak hakim, bir yıldan daha fazla bir tazminata hükmedebilir. Yasada tazminatın miktarına ilişkin herhangi bir üst sınır belirtilmemiş olmasına rağmen Yargıtay 7. H.D. konuya ilişkin vermiş olduğu kararda; "Sendikal nedene dayalı fesihlerde sendikal tazminatın en az 1 yıllık ücret tutarında belirleneceği ifadesiyle alt sınır belirlenmiş ancak üst sınır açık bırakılmıştır. Dairemiz yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak belirlenmiş işe başlatmama tazminatı bakımından uygulanan kıdem sürelerinin sendikal nedene dayalı olarak, sendikal tazminatın belirlenmesinde de kıyasen 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıllık ücret tutarında, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıl 1 ay, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 1 yıl 2 aylık ücreti tutarında sendikal tazminatın belirlenmesinin hakkaniyete uygun bir çözüm olacağını öngörmektedir. Davacının kıdeminin 15 yılı aşkın olduğu gözetildiğinde

sendikal tazminatın 1 yıl 2 ay ücreti tutarında belirlenmesi gerekirken 1 yıllık ücreti tutarında belirlenmiş olması hatalı olmuştur." şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir .

4857s. Kanun'da düzenlenen iş güvencesi tazminatının (işe başlatmama tazminatı) alınabilmesi için işe iadesine karar verilen işçinin süresi içinde başvuruda bulunmasına rağmen işe başlatılmaması gerekirken 6356 s. Kanun'da düzenlenen sendikal tazminatın alınabilmesi için işçinin işe başlamayı talep etmesi gerekmektedir. İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi işe iade talep etmeyip sadece sendikal tazminat talep edebilir.

Beşinci fıkra sendikal tazminatın yanı sıra işçinin işe iade talebinde bulunabilmesini hükme bağlamıştır.

MADDE 25/5: Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...),20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.



Sendikaya üye olduğu, sendikal faaliyetlerde bulunduğu, bir sendikal özgürlüğünü kullandığı gerekçesiyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilirse işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20 ve 21.maddelerine göre işe iade davası açabilir. Burada 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesinin şartlarını düzenleyen 18. maddesine atıf yapılmamıştır. Daha doğrusu önceden var olan bu atfı AYM anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi de (örneğin 30 işçinin altında işçi çalıştıran bir işyerinde çalışan bir işçi veya 6 aydan daha az kıdemi olan işçi) sendikal sebeple işten çıkarılırsa, işe iade davası açabilecektir.

İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin işe iadesine karar verilmesine rağmen işveren işçiyi işe başlatmazsa 4857

s. Kanun'daki işe başlatmama tazminatına hükmedilmez. Bu durumda işçi sadece sendikal tazminat talep edebilir. Altıncı ve yedinci fıkrada ispat yükü düzenlenmiştir.

MADDE 25/6: İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

MADDE 25/7: Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü

olur.Sekizinci fıkrada sözleşme serbestisine bir istisna getirilmiştir.

MADDE 25/8: Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

Burada da en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminatı, işçinin yararına sözleşme ile arttırmanın mümkün olup olmadığı konusunda tartışma vardır. Ağırlıklı olan görüş 8.fıkranın mutlak emredici bir hüküm olduğunu ve dolayısıyla sendikal tazminatın işçi yararına dahi olsa artırılamayacağını savunmaktadır.

SONUÇ

6356 s. Kanun sendikal güvenceler konusunda üç temel güvence öngörmektedir. Bunlardan ilki Kanunun 23. maddesinde düzenlenen profesyonel işçi kuruluştan yöneticiliğinin güvencesidir. Bu güvencenin kapsamına işçi konfederasyonları ve sendikaları yanında sendika şube yönetim kurulu üyeleri girmektedir. 23. Maddede kural işçi kuruluştan yöneticisinin iş sözleşmesinin asıda kalmasıdır. Fakat bu bir zorunluluk değildir işçi kuruluştan yöneticisine yöneticilik süresi içinde kıdem tazminatı olarak iş sözleşmesini feshetme imkânı da getirilmiştir. Bununla birlikte askı süresi içinde yöneticilik görevi sona eren işçi kuruluştan yöneticisinin kıdem tazminatı da 23. maddede düzenlenmiştir. İkinci güvence olan 24. maddedeki güvence kapsamına ise işyeri sendika temsilcileri ve amatör işçi kuruluştan yöneticileri girmektedir. Bu madde gereğince işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Bu yasağın ihlali halinde işe iade davası açılabilir. Kanunun 25.maddesi ise işçilerin işe alımında, çalışma koşullarının belirlenmesinde, sendikal faaliyetlere katılmada sendikal ayrımcılığın önüne geçmeye yönelik düzenlemeler getirmektedir. Bunlara aykırılığın yaptırımı ise sendikal tazminattır. 25. maddenin kapsamına 4857 s. Kanunun 18. maddesindeki koşullar aranmaksızın tüm işçiler girmektedir. Bahse konu bu düzenlemeler ile sendikal hak ve özgürlüklerin kâğıt üstünde kalmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

KAYNAKÇA

4857 s. İş Kanunu
6356 s. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

FİİLİ HACİZ SIRASINDA İSTİHKAK PROSEDÜRÜ

Giriş

İcra takibi, alacaklının alacağını elde edebilmesi için borçlunun hacze kabil malvarlığının haczedilip paraya çevrilmesini amaçlamaktadır. Bu doğrultuda alacaklı tarafından başlatılan icra takibine, borçlu tarafından yasal süresi içerisinde itiraz edilmediği veya icra takip borcunun tamamı ödenmediği takdirde borçlu hakkında icra takibi kesinleşmiş sayılmaktadır. Böylece alacaklının haciz talebi doğrultusunda İcra Müdürlüğü tarafından yalnız alacaklının işbu talebiyle sınırlı kalmak koşuluyla borçlunun menkul ve gayrimenkulü veya üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerine cebri icra işlemleri uygulanacaktır.

Ancak kimi zaman borçlunun menkulleri haczedilirken, üçüncü kişilere ait menkul eşyalarda haczedilebilmektedir. Mesela alacaklının talebi ile borçlunun evinde haciz işlemleri yapılırken, herhangi bir eşya konusunda borçlu, bu eşyanın kendisine değil de, üçüncü bir kimseye ait olduğunu veya üçüncü bir kimsenin adresinde gerçekleştirilen fiili haciz işlemleri sırasında herhangi bir eşyanın, borçlu tarafından kendisine kullanılmak amacıyla verildiğini iddia edebilir. İşte haciz sırasında borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü kişiler tarafından üzerinde istihkak

iddia edilen menkullere, çekişmeli menkuller; bu çekişmeli menkullere de üzerinde istihkak iddia edilen menkuller denmektedir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekirse istihkak edilen menkuller de haczedilebilmektedir. Bu durumda borçlu tarafından başkasına ait olduğu iddia edilmişse borçluya ya da üçüncü kişiler tarafından kendilerine ait olduğu bildirilmişse üçüncü kişilere, söz konusu istihkak iddia edilen menkuller yedieminliğin hukuki ve cezai sorumluluğu konusunda kanuni ihtarat yapılarak, yediemin olarak bırakılmaktadır. Yani borçluya ait olup olmadığı belli olmayan söz konusu çekişmeli menkullerin istihkaklı bir şekilde haczi mümkündür. Bu haczin varlığı ise menkul üzerindeki istihkak iddiasının kalkması ile sona ermektedir. Aksi takdirde de borçluya ait sayılmaktadır.

1. İSTİHKAK İDDİASININ VARLIĞI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Her şeyden önce istihkak iddiasının söz konusu olabilmesi için ortada şeklen de olsa geçerli (fiilen uygulanmış) bir haczin varlığının bulunması şarttır. Bir başka deyişle haciz olarak nitelendirilebilecek bir icrai işlem yoksa istihkak iddiasından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla istihkak prosedürünün tatbik edilebilmesi için kanuni olan ilk şart, icra

müdürü tarafından borçluya ait olduğu gerekçesiyle bir menkule haciz konulmuş olması ve bu haczin de devam etmesidir.¹ Yani haczedilen menkul, borçluya ait olmasa bile istihkak iddiasının gündeme gelebilmesi için bu koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Fiili haciz işlemi sırasında menkul üzerinde istihkak iddia eden üçüncü şahıs ve/veya borçlunun iddialarına karşı Kanun, icra infaz memuruna haczedilen malların gerçekte üçüncü şahsa ve/veya borçluya ait olup olmadığının belirlenmesi bakımından ayrıntılı bir araştırma görevi yüklememiştir. Aksine, icra infaz memuru fiili haczi yaparken "görünüşte hal karinesi" ile hareket etmesi ve eğer harici karinelere göre menkulün borçluya ait olduğuna kanaat getirirse, borçlunun elinde bulunan bir malı, gerçekte ona ait olup olmadığını incelemeyen haczetmesi gerekmektedir.² Bir başka deyişle fiili haciz işlemleri sırasında alacaklı tarafın haciz talebi ile bağlı olan icra infaz memurunun, kural olarak haciz talebini yerine getirip getirmeme konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar kural bu olmakta ise de sadece, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesine, 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen son fıkrada yer alan "*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir*" düzenlemesi karşısında, icra memurunun haczi talep edilen menkulün bu madde uyarınca haczinin kabil olup olmadığını değerlendirerek, bu doğrultuda haciz talebini yerine getirip getirmeme konusunda takdir

yetkisi bulunmaktadır.³ Dolayısıyla üçüncü kişilerin haczedilmek istenen menkuller üzerinde bir hak iddia etmeleri halinde eğer menkuller borçlunun elinde bulunuyorsa içtihatlar kapsamında icra infaz memuru bu iddiayı nazara almaksızın haczi gerçekleştirir. Aksi süresiz şikâyet sebebini oluşturmaktadır.

İstihkak iddiasının ilk koşulu bakımından şeklen geçerli bir haczin varlığı gerekmekte ise de haczin niteliği bu açıdan önem taşımamaktadır. Yani bu haciz; icrai bir haciz olabileceği gibi, ihtiyati haciz, muvakkat haciz, ilave haciz ya da tamamlama haczi de olabilmektedir. Her ne kadar icrai haczin, diğer haciz çeşitleri bakımından koşulları, hükümleri ve sonuçları farklı olsa bile, sonuçta bunlar da bir haciz işlemi sayılmaktadır.

Nitekim 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 261/2. maddesi, "İhtiyati haciz kararları, 79 dan 99 uncuya kadar olan maddelerdeki haczin ne suretle yapılacağına dair hükümlere göre icra edilir" şeklindeki hükmü ihtiva etmek suretiyle, istihkak iddiasının ihtiyati hacizde de uygulanabileceğini açıkça göstermektedir. Ancak ihtiyati haciz sırasında gerçekleştirilen hacizden sonra ihtiyati haciz, kesin hacze dönüştürülememiş olması veya düşmesi halinde işbu ihtiyati hacze dayanılarak yapılan ihtiyati hacizler kalkacağından menkul üzerindeki istihkak iddiaları da hükümsüz kalacaktır.⁴ Dolayısıyla ihtiyati haciz kararına dayanılarak yapılan istihkaklı haciz işlemleri neticesinde bu işlemlerin geçerlilik taşıyabilmesi için ihtiyati haczin, kesin hacze dönüştürülmesi ve bu haczin de istihkak iddiası hakkında ikame edilecek dava süresince devam etmesi gerekmektedir.⁵



İstihkak iddiasının söz konusu olabilmesi için ikinci şart ise borçluya ait olduğu açık olan ve alacağı karşılamaya yeterli çekişmesiz malvarlığının (menkul ve gayrimenkul) bulunmamasıdır. Şöyle ki; icra müdürüne, haczi yapıp yapmamak konusunda herhangi bir takdir yetkisi verilmemiş ise de, sadece haczedilebilecek menkulün borçlunun elinde ise haczinin caiz olup olmadığı ve haczi caiz ise bunların sırasını tayin konusunda bir yetki verilmiştir.⁶ Şu halde borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü kişiler tarafından üzerinde istihkak iddia edilen menkullere, borçlunun çekişmeli malları denilmekte olup, İcra ve İflas Kanunu'nun 85/2. maddesi gereğince işbu

çekişmeli malların haczinin en sona bırakılması gerekmektedir.

Fiili haciz işlemleri sırasında icra infaz memuru, borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü kişiler tarafından üzerinde istihkak iddia edilen menkullerin haczini gerçekleştirirken bu menkulün, kimin zilyetliğinde bulunduğu değil, kimin elinde bulundurduğu araştırılacaktır. Bu noktada şu ayrıma dikkat çekmek gerekirse elde bulundurma kavramı zilyetlik için gerekli olan iradeyi içermeyip sadece fiili hâkimiyet ve fiili tasarruf kuvvetini ihtiva etmektedir. Yani icra infaz memuru, menkulün kimin elinde bulunduğunu tespit ederken hâlihazırdaki durumuna göre karar verecektir.

İstihkak iddiasının söz konusu olabilmesi için üçüncü şart ise istihkak iddiasında yalnızca borçlu veya üçüncü şahsın bulunabileceğidir. Bir başka deyişle borçlu veya üçüncü kişi dışındaki kişi veya kurumlar istihkak iddiasında bulunma hak ve yetkisine sahip değildir.⁷ Öte yandan İcra ve İflas Kanunu'nun 85/2. maddesi kapsamında menkulün borçlunun elinde haczedildiği durumlarda, istihkak iddiasında bulunma hakkı yalnız üçüncü kişiye değil borçluya da tanınmakta olup, artık lehine istihkak iddiasında bulunulan üçüncü kişinin de ayrıca istihkak iddiasında bulunması gerek bulunmamaktadır.⁸

İstihkak iddiasının söz konusu olabilmesi için dördüncü şart ise menkulün haczinden muttali olan borçlu veya üçüncü şahsın, haczi öğrendikleri tarih itibarıyla yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde bu iddiayı ileri sürme haklarını kaybederler. Sadece borçlu elinde haczedilen menkuller yönünden istihkak iddiasında bulunma süresi, haczin öğrenildiği tarih itibarıyla üç gündür.

Ancak borçlu tarafından haciz sırasında istihkak iddia edilmiş olmasına rağmen bu yedi günlük süre geçtikten sonra tekrar bir istihkak dilekçesi sunulması, süresinde yapılan ilk istihkak iddiasını hükümsüz kılmayacaktır.⁹

2. İSTİHKAK SÜRECİ

İstihkak iddia etme hakkı, İcra ve İflas Kanunun 96/1. maddesine göre borçluya ve üçüncü kişiye tanınmıştır. Bunlar dışındaki kişilerin, istihkak iddiasını ileri sürme hakkı bulunmamaktadır. Ancak borçlu ile birlikte

haczedilen malı elinde bulunduran dördüncü kişiler de, üçüncü kişi yararına istihkak iddiasında bulunabilmektedirler.¹⁰

Haciz sırasında borçlu tarafından başkasına ait olduğu bildirilen veya üçüncü kişiler tarafından üzerinde istihkak iddia edilen menkuller bakımında malın kimin elinde bulunduğu önemli olup, hükümleri ve sonuçları bakımından farklılık göstermektedir. Bu sebeple bu konuda üçlü bir ayırım yapılması gerekmektedir:

1. Malın Borçlunun Elinde Bulunması (İcra ve İflas Kanunu M.96)

Borçlu, kendi elinde iken haczedilen bir menkulün, başkasına ait olduğunu, rehinli olduğunu ya da leasingli olduğunu ileri sürebilmektedir. Bir başka deyişle üçüncü kişi yararına, istihkak iddiasında bulunabilmektedir. Borçlu istihkak iddiasını, haciz yokluğunda yapılmışsa öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içerisinde veya huzurunda yapılmışsa o gün itibarıyla 7 gün içerisinde yapabilmektedir.

İstihkak sürecinde önemli olan malın kimin elinde bulunduğudır. Çünkü mal, kimin elinde bulunuyorsa, aksini ispat külfeti de kendisine düşmektedir. İcra ve İflas Kanunun 97/a. maddesi gereğince menkul malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılacağı gibi, istihkak iddia eden malı ne suretle iktisap ettiğini ve elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebep ve hadiseleri göstermek ve bunları ispat etmekle mükelleftir.¹¹ O halde uyumsuzluk konusu malların borçlunun ikametgâhında haczedilmiş olması halinde

ispat yükü istihkak iddiasında bulunana düşer. Bu malların, istihkak iddiasında bulunanın ikametgâhında haczedilmesi halinde ise ispat yükü alacaklıya düşmektedir.¹² Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 97a-I. maddesine göre, "Bir taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır" şeklinde olup, haczedilen malın borçlunun elinde bulunması halinde malı elinde bulunduran borçlu onun maliki sayılacaktır.¹³ Görüldüğü üzere Kanun koyucu herhangi bir yoruma yer bırakmayacak derecede bir mülkiyet karinesini belirlemiş olup, bu belirlemeyi de haczedilen malın borçlunun elinde bulunup bulunmadığına göre yapmıştır.

Ayrıca ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği adreste borçlunun yakın hısımlarının ikamet etmesi halinde de onların huzurunda yapılan haciz borçlunun o evde ikamet ettiği konusunda ispat yükü üçüncü kişilere düşmektedir.¹⁴

2. Malın Borçlu ile Üçüncü Kişinin Elinde Bulunması (İcra ve İflas Kanunu M.96 Vd.)

Borçlu ile üçüncü kimsenin, malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde, İcra ve İflas Kanunun 97/a. maddesi gereğince mal borçlunun elinde sayılmaktadır. Bir başka deyişle malın birlikte elde bulundurulması halinde, mal borçlunun elinde sayılacağından, bunun sonucu olarak, mülkiyet karinesi de borçlu lehine olacak, yani borçlu o malın maliki sayılacaktır. Bu takdirde istihkak edilen üzerinde ispat yükü malı borçlu ile birlikte elinde bulunduran üçüncü kişiye geçmektedir. Bu halde mülkiyet karinesi aksi ispat edilebilen adi bir kanuni karine niteliği taşımaktadır. Üçüncü kişinin bu karinenin aksini İcra İflas Kanunu'nun 97/a-II. maddesinde belirtilen şekilde çürütmesi gerekmektedir. Yani üçüncü kişi, hem malı ne suretle iktisap ettiğini hem de malın borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebepleri ispat etmek zorunda kalacaktır.¹⁵



Fakat Kanun Koyucu malı borçlu ile elinde birlikte bulunduran üçüncü kişiler bakımından İcra İflas Kanunu'nun 97/a-I maddesinde, "...Birlikte oturan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer" şeklindeki hükmü ile üçüncü kişi ve/veya borçlu lehine bir ayrıma gitmiştir. Böylece Kanun Koyucu bir yandan bir malı borçlu ile üçüncü kişinin birlikte ellerinde bulundurmaları halinde, kural olarak malın, borçlunun elinde sayılacağını düzenlemekte ise de diğer taraftan bu kuralına, malın mahiyeti gereği kadın, erkek ve çocuklara aidiyeti veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bakımından sınırlandırmıştır.

3. Malın Üçüncü Kişide Bulunması (İcra ve İflas Kanunu M.99)

Borçluya ait olan ve üçüncü kişi nezdinde bulunan malların da haczi mümkündür. Bu halde üçüncü kişinin elinde bulunan ve üçüncü kişi tarafından kendisine ait olduğu bildirilen bir malın, alacaklı tarafından borçluya ait olduğu iddia edilirse, icra müdürü bu malı da haczeder ve fakat üçüncü kişinin istihkak iddiasını da haciz tutanağında yazmaktadır.

Ancak haczedilen malın yalnız üçüncü kişinin elinde bulunması, bu mal üzerinde fiili tasarruf kudretinin yalnız üçüncü kişi tarafından kullanılması anlamına gelecek ve İcra ve İflas Kanunu'nun 99. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

4. SONUÇ

Alacağını tahsil edemeyen bir alacaklının; söz konusu alacağını elde etmek amacıyla cebri icra organlarına başvurusu hâsıl olacaktır. Bu takdirde borçluya ait menkul ve gayrimenkulleri haczedilebilmektir. Bununla birlikte, alacaklının alacağının tahsili amacıyla, borçlu dışında üçüncü kişilerin menkul ve gayrimenkulleri de haczedilmiş olabilir. İşte böyle bir durumda, menkul ve gayrimenkulleri üzerine uygulanan cebri icrayı bertaraf etmek amacıyla, üçüncü kişilerde hukuki haklarını kullanarak, istihkak iddiasında bulunmaktadırlar. Pek tabi üçüncü kişilerin bu haklarını kullanabilmeleri için gerekli şartlar; fiilen uygulanmış ve geçerli bir haczin varlığının bulunması, borçluya ait ve çekişmesin malvarlığının borcu karşılamaya yetmemesi, hak iddiasının veya itirazın 7 günlük süresi içerisinde ve bizzat hak sahibi olan borçlu ya da üçüncü kişiler tarafından yapılmasıdır. Ancak, istihkak iddia edilen malın borçlu veya üçüncü kişi elinde bulunması ya da borçlu ile üçüncü kişinin malı birlikte elinde bulundurmasına göre istihkak iddiaları farklılık gösterebilmektedir. Malın üçüncü kişiye ait olmasına rağmen borçlunun elinde haczedilmesi durumunda söz konusu mal, borçlunun yedinde sayılacak olup, ispat yükü borçlu ve/veya üçüncü şahsa düşecektir. Malın borçlu ile üçüncü şahsın birlikte elde bulundurulması halinde ise mal borçlunun elinde sayılacak olup, mülkiyet karinesi de borçlu lehine olacaktır. Ancak mal üçüncü kişinin elinde haczedilmiş ise ispat yükü alacaklı tarafa düşecektir. Dolayısıyla istihkak iddiası, malın kimin elinde haczedildiğine göre farklılık göstermektedir.

DİPNOT

- ¹ Hukuk Genel Kurulu 10.7.1963, 2/8: ERANIL M A: İçtihatlı Gerekçeli Notlu İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1970 s.89
- ² Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hacizde İstihkak Davası, syf. 299
- ³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/12-347 E. 2019/37 K. ve 02.07.2019 T.
- ⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/8-1672 E., 2019/502 K. ve 30.04.2019 T.
- ⁵ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 2003/1157 E. , 2003/2414 K. ve 24.3.2003 T.
- ⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 2000/18168 E., 2000/18462 K. ve 27.11.2000 T.
- ⁷ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 2002/9551 E., 2002/11116 K. ve 24.12.2002 T.
- ⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1980/3428 E., 1980/3531 K. ve 7.7.1980 T.
- ⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1980/2030E., 1980//2257 K. ve 8.4.1980 T.
- ¹⁰ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 2004/4356 E., 2004/4871 K. ve 25.05.2004 T.
- ¹¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1985/3264 E., 1985/2733 K. ve 17.9.1985 T.
- ¹² Hukuk Genel Kurulu'nun 12-195/2480 sayılı ve 7.7.1976 T.
- ¹³ Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/12-347 E., 2019/387 K. ve 02.07.2019 T.
- ¹⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 9549/10597 sayılı ve 12.7.1995 T.
- ¹⁵ Hukuk Genel Kurulu'nun 2018/17-763 E., 2018/1792 K. ve 27.11.2018 T.

DÜŞMAN CEZA HUKUKU VE UYGULAMALARI

1. DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMININ DOĞUŞU

Düşman Ceza Hukuku teorisi, 1985 yılında Frankfurt Am Main şehrinde gerçekleşen Ceza Hukuku Profesörleri toplantısında ilk kez Günther Jakobs tarafından ortaya atılmıştır. Düşman ceza hukuku anlayışını ilk defa gündeme getiren Alman Ceza Hukukçusu ve Hukuk Felsefecisi Profesör Günter Jakobs, bu teoriyi geliştirme aşamasında muhtemeldir ki yetmişli yıllarda Almanya’da ve tüm dünyada yaşanan terör olaylarından etkilenmiştir. Bu teori, gerek bu olaylar gerek uygulamaları ile zaman içerisinde ulusal ve uluslararası alanda şiddetli ve geniş tartışmalara sebep olmuştur. Bu teori, maddi hukuk, ceza usul hukuku, anayasa hukuku, hukuk teorisi, ceza hukuku, hukuk tarihi, suç siyaseti gibi pek çok alan açısından tartışma konusu olmuştur. Bir kesim tarafından şiddetle eleştirilmiş, bir kesim tarafından oldukça detaylı ele alınmıştır.

Aslına bakılırsa düşman ceza hukukunun tanımladığı düşünce yapısı, 1985 senesinde Günter Jakobs tarafından kavramlaştırmadan önce de mevcuttur. Fakat dağınık olan ve adı olmayan bu düşünceleri Jakobs bir çatı altında toplamış ve hukuk tarihinde düşman ceza hukuku olarak yerini almıştır. Mesela; Felix Herzog, toplumsal ihtiyaç ve güvenlik uğruna tehlikenin önlenmesini önemseyen bir ceza hukuku devletin devamlılığını getirmek

için vardır diye düşünmektedir. Hassemer, hukuksal değerlerin korunmasını, modern ceza hukukunun temeli olarak belirtir. Hilgendorf, devletin toplumun güvenliğini sağlayacağı gerekçesi ile yurttaşların özgürlüğüne müdahale ettiğini ve müdahale alanının gittikçe genişlediğini belirtmektedir. Albrecht, temel güvenliğin giderek sarsılması ile oluşan ceza hukukundaki önleme güdüsünün devletin sert müdahalesini getirdiğini ifade eder. Tüm bu bakış açıları, düşman ceza hukuku anlayışı kavramlaştırılmadan önce var olan ve temellerinde yer alan bakış açılarıdır. Jakobs’un düşman ceza hukukundan bahsederken temelini toplum sözleşmesine dayandırması ve Kant, Hobbes, Rousseau, Ficht gibi felsefecilere yer vermesi de aslında bu düşüncenin daha önceden var olduğuna işarettir.

2. DÜŞMAN CEZA HUKUKU KAVRAMININ ULUSLARARASI BAKIŞ

Söz konusu bu anlayışı, dünya üzerinde yakın tarihte oluşan genel güvenlik kaygısı ve temel hukuk düzeninin zedelenmesi tehlikeleri tetiklemiştir. Topluma yönelik oluşan tehlikeler karşısında, bu tehlikelere sebebiyet veren kişiler, oluşabilecek yeni tehlikelere karşı önlem almak için bir yurttaş olarak değil, temel haklarından ve kişilikten soyutlanmış, yok edilmesi gereken birer düşman olarak,

Jakobs'un değimi ile "unperson" olarak görülmüşlerdir. Toplum ve genel güvenlik için tehlike oluşturan bu kişiler, düşman olarak görüldükleri bir durumda yurttaş ceza hukukunun konusu olamayacaklarından, düşman ceza hukuku anlayışı doğmuştur. Düşman ceza hukukunun konusu olan "kişisizleştirilmiş" kişiler, pek çok haktan mahrum bırakılmış ve fazlası ile kısıtlanmıştır. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Profesörü Hayrettin Ökçesiz'in değimi ile düşman ceza hukukunun kişileri; *"en az zararlı ve en uygun yöntemlerle bertaraf edilmesi gereken tehlikelerdir"*.¹

Jakobs'a göre düşman ceza hukukuna bakacak olursak; ilk başta bu teoriyi tartışmalara neden olmayacak şekilde ortaya çıkarmıştır. Suç söz konusu olduğunda, suça katılanı bir vatandaş olarak değil, düşman olarak görmüştür. Buna sebep olan da bahsettiğimiz gibi çoğunlukla terör olayları olmuştur. Alman Ceza Hukukçusu olan Jakobs, Almanya'daki terör olaylarından etkilenirken, dünyanın geri kalanı kendi ülkelerindeki veya dünya çapında yankı uyandıran (örneğin 11 Eylül saldırısı) olaylardan etkilenmiş ve düşman ceza hukukunu ve uygulamalarını benimsemişlerdir. Bu gibi olaylarda, düşman ceza hukukunun konusunu oluşturacak şekilde suç işleyen, toplum ve devlet güvenliği için tehlike oluşturan "düşman"ın, yurttaştan farklı olarak gördüğü muamele, düşman ceza hukukunun vatandaş ceza hukukundan açık bir şekilde ayrıldığını göstermektedir. Düşman ceza hukuku, hukuki menfaatlerin korunmasını (Rechtsgüterschutz) optimal hale getirirken, vatandaş ceza hukuku özgürlük alanlarını (Freiheitssphären) optimal hale getirmektedir.²

Jakobs'un bu teorisine göre, vatandaş ceza hukukundaki hazırlık hareketleri, düşman ceza hukukunda cezalandırılır.

Jakobs'un 1999 yılında Berlin'de "Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende" toplantısındaki bildirisi ile düşman ceza hukukuna ilişkin olağan durum değişmiştir. Bu bildiri Winfried Hassemer'in ana raporuna bir yorum olarak gündeme gelmiş fakat bugüne kadar gelen yoğun tartışmayı ateşlemiştir. Ona göre ana düşünce şudur; yasalara uygun davranacağı konusunda azami şartları sağlayan herkes kişidir, fakat düşman; olası bir şekilde daima hukuktan vazgeçen ve bu şekilde azami şartları göstermeyendir.

Düşman ceza hukuku; herkesin kabul etmiş olduğu modern ceza hukuku kapsamında, olağandışı hallerde uygulanan hukukun, alışılmış hale getirilerek olağan kabul edilmiş halidir. Düşman sayılan kişi için, olağan ceza hukukunda yer almayan, normalde Jakobs'a göre vatandaşa uygulanmayan hukukun uygulanmasıdır. Bu durum, 11 Eylül olayının ardından daha da gündemde yer almış ve pek çok diğer olay ve uygulama açısından tartışma konusu yaratmıştır.

Zaman içerisinde gerek Jakobs gerek ceza hukukçuları teoriyi radikalleştirerek açıklamıştır. Düşman ceza hukukunun açıklanmasında iki makale çok önemli yere sahiptir, bunlar; 2004'te Almanya'da yayınlanan "Vatandaş ve Düşman Ceza Hukuku" (Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht) makalesi ve Jakobs'un Mayıs 2005'te ceza hukuku profesörleri toplantısı girişindeki görüşür.³ Vatandaş ve Düşman

Ceza Hukuku makalesinde Jakobs geliştirdiği anlayışına, ceza hukuku ve hukuk felsefesi gibi açılardan bakmıştır.

3. CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA DÜŞMAN CEZA HUKUKU VE VATANDAŞ CEZA HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Ceza hukuku açısından; vatandaş ve düşman ceza hukuku arasındaki fark, vatandaş ceza hukukunun faili makul bir kişi olarak kabul edip ciddiye almasında ve vatandaşlık haklarına dokunmamasındadır. Bunun yanında düşman ceza hukuku, faili bir tehlike olarak görür ve onunla savaşıır.

Jakobs'un hukuk felsefesi yönünden konuyu değerlendirişine şu şekildedir;

"Hukuk, hak ve sorumlulukları olan ve bunlara ilişkin olarak hukuk çerçevesi dahilinde kalan kişiler arasında vardır. Toplumsal Sözleşme taraftarları olan Rousseau, Fichte gibi felsefecilerin dediği gibi toplumun temeli sözleşmeye dayandırıldığında, işlenen suç ile sözleşme ihlal etmiş sayılmalıdır".

Sözleşmeyi ihlal edenlerin, düşman olarak görülüp ona göre muamele edilmesi ise bu görüşün sonucudur. Bu noktada, vatandaş ceza hukuku herkesin hukuku, düşman ceza hukuku ise düşmana karşı gelişen hukuktur. Fakat Jakobs, yine de suç faillerinin bahsi geçen felsefeciler kadar sert şekilde bertarafını değil yurttaş olarak görülerek hareket edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Kimi faillere karşı uygulanan cezalar veya tedbirler karşısında elde edilen sonuçların istenenden farklı veya tamamı ile olumsuz olması

halinde ise faili kişi olarak görme hali yerine, düşman olarak görerek ona göre muamele edilmesi durumu yani düşman ceza hukuku uygulamaları doğmaktadır. İflah olmayan ve bertaraf edilmediği sürece durulmayan "düşmanlara" karşı etkin ve sert mücadele yolları oluşturulmaktadır.

Normal şartlarda ceza hukukunun cezaya ilişkin etkisi hazırlık hareketlerinin tamamlanması ile ortaya çıkmaktadır. Fakat düşman ceza hukukunun amacı, tedbir almak, oluşabilecek tehlikeleri önlemek veya bertaraf etmek olduğundan cezalandırılabilirlik bu görüş kapsamında hazırlık hareketlerine kadar genişletilmiştir. Yurttaş olarak kabul edilenlerin, "ceza" uygulamasına tabi olması için suç işlemiş olmaları gerekmektedir. Fakat düşman bir suç için harekete geçer geçmez, müdahale edilmeli ve eylem önlenmelidir. Bu halde aslında, yurttaşta uygulanan ceza iken, düşman diye tabir edilen kişilere uygulanan güvenlik tedbiridir. Düşman ceza hukuku kapsamında; düşman olarak değerlendirilen kişilere karşı, ceza usul kurallarının en etkin ve fazla şekilde uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Kişilerin usul hukuku kapsamındaki haklarının devlet tarafından hukuka uygun olarak ve yüksek ölçüde kısıtlanması ve mümkün olduğu takdirde bu haklardan mahrum bırakılması gerekmektedir. Hürriyeti kısıtlama tedbiri, ceza hukuku alanında tehlikenin önlenmesi anlamına gelmektedir. Burada failin iyileştirilmesi ön planda olmayıp, sadece ve sadece kamunun güvenlik menfaatinin, tekrar suç işleme olasılığı olan, aşırı tehlikeli mükerrer failer karşısında korunması söz konusudur (bkz. Alman CK m. 66 1/3 açık hükmü).⁴ O halde



failin kusuru hiçbir rol oynamamaktadır. Öyle ki, fail kusuruna orantılı cezasını çekmiş dahi olsa, (tekrar) hürriyeti kısıtlama tedbirine başvurulması hukuka uygundur.⁵ Jakobs bu durumdan şu sonuca varmaktadır: Prensip olarak kendisine hürriyeti kısıtlama tedbiri uygulanan kimse ile fail kavramını biri birinden ayırmak gerekir. Buna göre normal bir failden, cezasını çektikten sonra, kural olarak hukuka sadık kalacağı, hukuk kurallarına uyacağı beklenilebilir. Onun kuralları ihlal etmesi, bundan sonraki yaşamında prensip olarak hukuk kurallarını hep ihlal edeceği şeklinde değerlendirilmez. Fail bir cürüm işledikten sonra da vatandaş olarak kalır.⁶

Kimi zaman düşman ceza hukuku uygulamaları, insan hakları konusundaki ihlaller ile aynı konuda yer almaktadır. Jakobs, 2005 senesinde "Hukukta Kişi Olarak Teröristler" (Terroristen als Personen im Recht) isimli çalışmasında, belirli bir sınır

çerçevesinde kurallara uygun davranmanın tüm vatandaşların görevi olduğundan bahsetmiştir. Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku ile Yurttaş Ceza Hukuku arasındaki ayrımlardan biri bahsettiğimiz gibi; failin, kişi/ yurttaş olarak görülmesi veya tehlike kaynağı/ düşman olarak görülmesi iken, bir diğer ayırım ise cezaya ilişkindir. Kişi olarak kabul edilen faile uygulanan metotlar ve tanınan haklar ile tehlike kaynağı olarak kabul edilen faile uygulanan metotlar ve tanınan haklar ve de bunların dereceleri farklıdır. Yukarıda yer verilen eserin adından da anlaşılacağı üzere bahsi geçen şekilde suçların faili olan veya bu suçun oluşumu için tehlike arz eden kişilere karşı daha sert ve müdahaleci bir tavır ile bu tarz eylemlerin önüne geçilmek istenmiştir. Düşman ceza hukukunda, suçun sertliği ve yarattığı etki ile orantılı olarak müdahale edilmesi mantığı kabul edilmiştir. Jakobs'un ceza kısmına ilişkin görüşünü, Hakim Dr. Enver Kumbasar şu şekilde özetlemektedir;

"Yurttaş ceza hukukunda cezanın belirli bir fonksiyonu vardır; o bir inkardır, o bir karşılıktır. Düşman ceza hukukunda ise söz konusu olan tehlikenin bertaraf edilmesidir".⁷

Sonuçta, Jakobs'un düşman ceza hukuku anlayışını ortaya atarken etkilenmiş olduğu durum; dünyanın pek çok yerinden ağır suçlar işlemiş veya bunun için hazırlık yapan "düşman" olarak kabul edilebilecek kişilere karşı yapılan insan hakları ihlaline dayanacak derecedeki uygulama ve yaptırımlardır. Bu kişiler genellikle terör suçluları olmakla birlikte organize ve cinsel suçlar işleyenler de bu yaptırımlara tabi kalabilmektedirler. Belirli dönemlerde dünyanın farklı yerlerinde yapılan terör eylemleri neticesinde yaşananlar devletleri ve ceza hukuku uygulamalarını katılaştırmış, eylemin faillerine normal bir suçun failinden daha ağır cezalar uygulanmıştır. Bu durum giderek ülkeler arasında yayılmış ve kimi ülkelerde ceza hukukunun temellerine yerleşmiş, yasaların yapılmasında kaynaklık etmiştir. Kısacası, düşman ceza hukuku teorisi, yukarıda uzun uzun bahsettiğimiz şekilde Avrupa kıtasında doğmuş olabilir fakat zaman içerisinde dünyada yankı uyandırmıştır. Kimi kesimler farklı açılardan ele alarak eleştirmiş, kimi kesimler ise düşüncüyü savunarak, taraftarı olmuşlardır. Hatta bazı ülkelerdeki hukuk tarzı (uygulamaları normalde de daha sert olan ülkeler) ve yasalara bakıldığında, düşman ceza hukukuna çok daha meyilli oldukları görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri de bu anlayışa kayıtsız kalmamış ve Avrupa'da "düşman" olarak adlandırılan kişiler orada "düşman savaşıçılar" adını almıştır. Her iki

kıtadaki düşüncelerin temelinde benzer sorunlar ve sorular yatmaktadır. Fakat kabul edilmelidir ki; düşman ceza hukuku anlayışının doğuşu ve zaman içerisindeki kademeli gelişimi ve aynı isimle olmasa dahi uygulandığının ardından ceza hukukunun en tehlikeli fitili ateşlenmiştir.

4. TÜRK YARGILAMALARINDA DÜŞMAN CEZA HUKUKUNUN YERİ

Kimi ülkeler zaman içerisinde düşman ceza hukuku kapsamında kalan uygulamaları, iktidarın istemediği ve ona karşı olan kesimleri sindirilmesi doğrultusunda kullanmıştır. Belli bir konu veya örgüt kapsamında olan suçların yanında, istenmeyen diğer bazı kişi veya kesimlerinde bahsi geçen suça ve suçluya yardımında ötürü yargılamalar esnasında düşman ceza hukuku uygulamalarına maruz kaldığı bir gerçektir. Düşman ceza hukuku teorisine dayalı olarak uygulamalar yapan ülkeler, bugün dünyada sayısı azımsanamayacak kadar fazla durumdadır. Bu ülkelerden birisi de Türkiye olmakla beraber, yakın tarihimizde dahi bu teorisinin etkili olduğu pek çok yargılama mevcuttur. Uzun yıllar ülke gündeminde olan Balyoz, Ergenekon davalarında KCK, Oda TV, Askeri Casusluk davalarında, yıllardır Türkiye'nin kanayan yarası haline gelen terör örgütü PKK ve buna ilişkin bazı davalarda ve de son dönemin gündeminden düşmeyen hala pek çok insanın yargılandığı FETÖ/PDY davalarında düşman ceza hukuku anlayışının uygulamalarına rastlamak mümkündür. Terörle Mücadele Kanunumuzda ve olağanüstü hal döneminde çıkarılan KHK'larda düşman ceza hukuku anlayışını yansıtan hükümler

görülmektedir. Olağanüstü dönemde KHK ile normalde 24 saati geçmeyen gözaltı süresi 30 güne çıkartıldı, avukat görüşüne beş gün kısıtlaması getirildi. Tüm bunlar ceza ve ceza usul hukuku açısından ağır şartlardır. Olağanüstü dönemin kaynağı olan FETÖ/PDY davaları kaynaklı çıkarılan bu hükümler, düşman ceza hukukunun uygulama alanlarına örnek oluşturmaktadır. Yukarıda isimlerine yer vermiş olduğumuz davalara ve soruşturma/kovuşturma aşamasındaki uygulamalara bakıldığında pek çok temel hak kısıtlanmış, insan haklarına varan müdahaleler yapılmıştır.

Jakobs'a ait iki makalenin Türkçeye çevrilerek, yayımlanacağı bir dönemde Türk ceza hukukçusu İlker Tepe ile olan mailleşmesi esnasında, Jakobs'un makalelerin yayınlanma şartı olarak eklenmesini istediği bilgi notu şöyledir;

"Yazarın Türkiye'de yayımlanacak metne

ekidir: Sunumun biçiminden de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, her iki çalışmamda mevzu bahis edilenler, bir hukuk politikası sorunu değil daha ziyade hukuk bilimini ilgilendiren meselelerdir. Ayrıca şunu da belirtelim ki; her iki sunumun içinde bulunduğu fikri zemin Batı Avrupa Demokrasileri'dir".⁸

Jakobs'un yukarıda yer verilen şart olarak belirttiği metnin derinlerinde gizli olan şey, endişedir. Jakobs, kavramlaştırdığı düşüncenin, toplumlarda, devletler tarafından alınarak kendi çıkarları ve istikrarları uğruna benimsenerek, tabiri caiz ise canavarlaşarak kullanılıyor olmasından, başlamış olduğu noktadan uzaklaşmış olmasından endişe duymaktadır. İmkani var iken, Türkiye için duyduğu endişeyi de bu şekilde dile getirmiştir.

Jakobs, kendisine göre var olan bir durumu, düşüncüyü gelişen olayların da etkisi ile



görünür hale getirmiştir. Bahsi geçen teori onun geliştirdiği, yoktan var ettiği bir teori değildir. O sadece var olanı görünür kılmıştır. Bunu da şu şekilde ifade etmektedir;

“Düşman ceza hukukunun çirkin yapısının çözüldüğünü görmek benim açımdan da sevindirici bir gelişme olurdu, fakat kayıtsız şartsız bir çözülmeye dönük az da olsa bir umut göremiyorum ve tam da bu sebepten ötürü düşman ceza hukukunu tanımlamaya ve aslında onun ne kadar çirkin bir şey olduğunu göstermeye çalışıyorum. Demek istediğim şudur ki; aslında kralın – devletin – vücudunun bazı nahiyeleri hukuk devletine tam yaraşan bir kıyafetle örtülmemiş, yani o çıplaktır. Dahası kanaatime göre; bugünün şartları altında kralın çıplak olmamasını beklemek, aslında onun hukuk devleti prensiplerinin yarattığı aşırı ısınma altında zarar görmesini de kabul etmek anlamına gelecektir. Tabi ki, benim bu çabama karşı yönelen en temel itiraz, düşman ceza hukukunun gösterdiği anılan çıplaklığın artık müstehcen bir anlam taşımaya başladığı doğrultusundadır, bunu siyaset diline tercüme edersek düşman ceza hukuku anlayışının faşistçe olduğu iddia edilmektedir. Ama asıl mesele tartışmanın doğru bir yatakta akıp akmadığıdır. Ben ise sadece soruna işaret etmeye cesaret etmiş biriyim”.⁹

5. DÜŞMAN CEZA HUKUKUNA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Düşman ceza hukukunu detaylı olarak ele aldıktan sonra, ona yönelen eleştirileri de ele alacak olursak; bu teori bazı kesimler tarafından farklı açılardan eleştirilmiştir.

Barındırdığı uygulamalar dolayısıyla insan hakları ihlalleri çerçevesinde, bir kişinin bir suç sebebi ile düşman olarak belirlenmesinin kolay olmayacağı yönü ile, devletin bu teori kapsamındaki uygulamaları kendi istikrarını sağlamak için kullanacağı ve hukuk devletinden uzaklaşılacağı düşüncesi ile, Jakobs’un “düşman” kelimesi ile ne anlatmak istediği ve aslında kavramlaştırdığı teorinin katı bir savunucusu olup olmadığına ilişkin görüşler ile olmak üzere pek çok açıdan eleştiri ve tartışma konusu olmuştur. Fakat hangi alanda tartışılırsa tartışılın, hangi düşünce benimsenirse benimsensin düşman ceza hukukunun ve uygulamalarının varlığı yadsınamayacak bir gerçektir. Düşman ceza hukuku düşüncesinin, karşıtları tarafından, def edilmesi gereken kötü bir hayalet olarak nitelendirildiğini belirten Prof. Dr. Jörg Arnold, düşman ceza hukukunun yeni bir hayalet olmanın ötesinde bir şey olduğunu ifade etmektedir. Ona göre düşman ceza hukukunun “avcılar”, hukuk devletinin yeterince güçlü olduğu ve kendi araçlarıyla hukuka aykırı davranışları bertaraf edebileceği argümanına dayanarak düşmanlarının bu şekilde dışlanmalarını ve kişi olmaktan çıkarılmalarını şiddetle eleştirmektedirler. Düşman ceza hukukunun avcılar, düşmanların avcılar olmayı istememektedirler. Buna karşın, düşman ceza hukukunun kaşifleri bir tarafta yurttaş ceza hukuku diğer tarafta ise düşman ceza hukukunun bulunduğu bir ayrımı da kabul etmemektedirler. Bu suretle, yurttaş ceza hukuku tabiri caizse düşmanlardan arındırılmıştır. Böylece düşman ceza hukukunun kaşifleri isteseler de istemeseler de düşman avcılarına dönüşmek durumundadırlar.¹⁰

Düşman ceza hukukunun en tehlikeli tarafı nedir sorusunun cevabını Prof. Dr. Hennig Rosenau verir; "Bunu açıklamak için tek bir kelime yeter: "Guantanamo". Düşman ceza hukuku Guantanamo'yu meşru hale getiriyor. Gerçi bunu Jakobs açık olarak dile getirmiyor, fakat satır aralarında bunu görebilmek mümkün. Jakobs'un 11 Eylül olaylarını işaret ederek, kendi tezi bağlamında yaptığı açıklamalarda bu daha da belli oluyor. Eğer devlet ilkelce ve orta çağdan kalan metotlarla gözden çıkardığı kimseleri, yakınlarına haber vermeden, avukatsız ve hiçbir hukuki koruma olmadan, tutuklayıp, gözden kaybediyorsa, bu bağımsız hukuk devletin kendi savunmasını yapması için ona yapılan ve başına gelecekleri bildiren bir uyarı olarak algılanmalıdır. Aynı şekilde bu uygulamalarla, hukuk devleti askeri kuvvetin tamamen keyfi despotluğu şeklinde algılanır. Jakobs bunlardan başka, bir Alman İçişleri Bakanının konuya ilişkin ilginç düşüncelerine de dayanak olmuştur. Söz konusu olan bu içişleri bakanına göre, muhtemel teröristler, üçüncü şahısların hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik herhangi bir doğrudan tehlike olmadan da tasfiye edilebilirlermiş. Zira bunlar normal vatandaş değil, düşman olduklarından, istenmeyen kişiler sıfatıyla gözden ırak bir köşede "etkisiz hale" getirilebilirlermiş.¹¹

Hayrettin Ökçesiz'in daha önce dipnotta yer vermiş olduğumuz eserindeki bir eleştiriye Hakim Dr. Enver Kumbasar makalesinde şöyle yer vermiştir;

"Düşman ceza hukuku anlayışına karşı en doyurucu eleştiriye Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz yapmaktadır. Yukarıda 2. dipnotta alıntı yaptığımız makalesinde Ökçesiz, Alman İnsan Hakları Enstitüsü'nden Hukuk Filozofu Heiner Bielefeldt'in "Hukuk Devletinde İşkence Yasağı" adlı yazısında Jakobs'a sorduğu şu soruları aktarmaktadır: "Devlet kendi düşmanlarının kimler olduğunu hemen nereden ve nasıl biliyor? Olağan suçluların ya da suçsuzların bu düşman ceza hukukunun değirmen taşları arasına yanlışlıkla düşmeleri nasıl engellenecektir? Ne zaman yurttaş ceza hukukunun ve ne zaman düşman ceza hukukunun uygulanacağına kim hangi ölçütlere göre karar verecektir?" Bu haklı soruların arkasından Ökçesiz söz konusu makalesinde "Bu düşman ceza hukukunda düşmanın normal durumda bir kişi olarak taşıyabileceği tüm haklar askıya alınacağı için 'suçsuzluk karinesi' de kendisine tanınmayacaktır. Hukuk devletin böylesine önemli bir temel taşının bu olayda güya haklı olarak çekilip alınması sonunda devletin tüm hukuka ve yurttaşlara karşı terörüne yol açacaktır. Bu devlet terörü tüm hukuk devletini sonunda bir kaosa sürükleyecektir." sonucuna ulaşmaktadır. Ökçesiz'e göre, düşman ceza hukukundaki bireyleri olası güvenlik tehlikesinin bertaraf edilmesi için gizli bir "düşman" ve "unperson" olarak değerlendirmek daha büyük bir tehlikeye yol açmaktadır".¹²

6. SONUÇ

Düşman ceza hukuku; masumiyet karinesi ilkesini, şüpheden sanık yararlanır ilkesini yok ederek tam tersi uygulamalara yol açan bir anlayıştır. Söz konusu teoride, düşman olarak adlandırılan kişilerin soruşturma/kovuşturma evrelerinde avukatlarıyla görüştürülmemesi, ailelerine haber verilmemesi, temel haklarının kısıtlanması, modern ceza hukuku dışı muamelelere maruz kalması normaldir.

Burada amaç, faili iyileştirerek topluma kazandırmak değil, cezalandırarak bertaraf etmektir. Kişilerin kusurları ile değil, tehlikelilik oranları ile bağlantılı olarak ceza verilir. Düşman denilen kişi; toplumda yasaya uymayarak hayal kırıklığı yarattığı için yaptırıma tabi tutularak fiili cezalandırılan kişi değil, yasaya daimi ve ısrarlı bir şekilde aykırı olan ve bertaraf edilerek, güvenliğin sağlanmaya çalışıldığı kişidir. Düşman ceza hukuku uygulamalarının uygulanmasında etkili olan yargı mensupları, bu zincirin ayrılmaz parçalarıdır. Ayrıca, düşman ceza hukuku ile beraber devletin özgürlükçü yapısı da ortadan kalkar. İHAM'ın insan haklarının ihlaline dayalı olarak vermiş olduğu pek çok kararda, ihlali oluşturan çoğu şey düşman ceza hukuku uygulamalarına dahildir. Düşman ceza hukukunda, otoriter ceza hukuku eğilimi etkili olmuştur. Düşman ceza hukuku anlayışı, devletin temel güvenlik ve istikrar uğruna, temel hak ve özgürlükleri feda ettiği anlayıştır.

DİPNOT

- 1 Hayrettin Ökçesiz, "Düşman Ceza Hukuku Düşüncesinin Eleştirisi", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.553
- 2 Frank Saliger, "Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti", çeviren: Serkan Oğuz, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, Sayı 34, s.211-226
- 3 Frank Saliger, "Düşman Ceza Hukuku: Eleştirel veya Totaliter Ceza Hukuku Konsepti", çeviren: Serkan Oğuz, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, Sayı 34, s.211-226
- 4 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, ALLgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, s.814; aktaran, Henning Rosenau, The Concept of Feindstrafrecht; Ultima Ratio-Doctrine an Enemy of Law, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4, s.391-402
- 5 Henning Rosenau, The Concept of Feindstrafrecht; Ultima Ratio-Doctrine an Enemy of Law, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4, s.391-402
- 6 Günter Jakobs, ZStW 117, 2005, s.839-842; aktaran, Henning Rosenau, The Concept of Feindstrafrecht; Ultima Ratio-Doctrine an Enemy of Law, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4, s.391-402
- 7 Enver Kumbasar "Düşman Ceza Hukuku", Hukuk Defterleri Dergisi, Manifesto Medya Basın Yayın, İstanbul 2018, Sayı 11, s.46-50
- 8 Erişim: 25.09.2018, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html>
- 9 Günter Jakobs, Düşman Ceza Hukuku, 510; Aktaran İlker Tepe (erişim: 25.09.2018), <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html>
- 10 Enver Kumbasar "Düşman Ceza Hukuku", Hukuk Defterleri Dergisi, Manifesto Medya Basın Yayın, İstanbul 2018, Sayı 11, s.46-50
- 11 Henning Rosenau, The Concept of Feindstrafrecht; Ultima Ratio-Doctrine an Enemy of Law, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4, s.391-402
- 12 Hayrettin Ökçesiz, "Düşman Ceza Hukuku Düşüncesinin Eleştirisi", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.553-560; aktaran, Enver Kumbasar "Düşman Ceza Hukuku", Hukuk Defterleri Dergisi, Manifesto Medya Basın Yayın, İstanbul 2018, Sayı 11, s.46-50

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai, Küresel Bakış, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2017, Sayı 22
- Gomez, Diez, Ceza Hukuku Dergisi, çeviren: Serkan Oğuz, Ankara 2017, Sayı 34
- İçel, Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2008
- Jakobs, Günter, Düşman Ceza Hukuku
- Jakobs, Günter, ZStW 117, 2005
- Jescheck/Weigend, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4
- Kumbasar, Enver, Hukuk Defterleri Dergisi, Manifesto Medya Basın Yayın, İstanbul 2018, Sayı 11
- Rosenau, Henning, çeviren: Erhan Temel, AÜHFD, Ankara 2008, Sayı 4
- Saliger, Frank, çeviren: Serkan Oğuz, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, Sayı 34
- Erişim: 25.09.2018, <http://yenihukuk.blogspot.com/2015/02/dusman-ceza-hukukunu-anlamaya-calsmak-i.html>

TÜZEL KİŞİLERE KARŞI HAKARET SUÇU İŞLENEBİLİR Mİ?

Türk Ceza Kanununun “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde yer alan hakaret suçunun basit hali TCK.’nın 125/1. maddesinde aynen şu şekilde düzenlenmiştir;

“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Hakaret suçunun mağduru olarak kanunda “kimse” ifadesi kullanılmıştır. Maddenin lafzından suçun mağdurunun ancak “Gerçek Kişi” olacağı anlamı çıkarılabilir.

Bu noktada “tüzel kişiyi” tanımlayacak olursak: amacı hukuka ve ahlaka aykırı olmayan örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları şeklinde kısa bir tanım yapabiliriz. Tüzel kişiler “Özel Hukuk Tüzel Kişileri” ve “Kamu Hukuku tüzel kişileri” olmak üzere ikiye ayrılır. Tüzel kişilerin iradesi; Türk Medeni Kanununun 50. Maddesi gereği “organları aracılığıyla açıklanır.” Tüzel kişiler de tıpkı gerçek kişiler gibi hak ve fiil ehliyetine sahip olup bunun yanı sıra; yalnızca insana özgü olan haklar hariç tüm medeni hak ve borçlara kanunen ehildirler.

Burada hakaret suçunun koruduğu hukuki değerden de bahsetmek gerekir. Kanun

maddesinin gerekçesinde “Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır.” diyerek hakaret suçunun koruduğu değeri belirtmiştir.

Yargıtay 18.Ceza Dairesinin 2017/1193 sayılı kararında “... İncelenen dosyada, sanığın icra takibine karşı verdiği itiraz dilekçesinde, iddianamede bahsi geçen sözleri söylediği, TCK’nın 125. Maddesine göre hakaret suçunda şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte sözlerin gerçek kişilere yöneltildiğinde hakaret suçunu oluşturabileceği, herhangi bir gerçek kişiyle arasında aidiyet ilişkisi kurulmadan tüzel kişiye söylenen sözlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

Öte yandan doktrinde çoğunluk görüş, kişi topluluklarının da belirli koşullar altında hakaret suçunun mağduru olabilecekleri doğrultusundadır. Bu durumda suç, topluluğu oluşturan herkese karşı işlenmiş sayılır ve her biri tek başına suçun kovuşturulmasını isteyebilir.

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK ‘a göre : “Eğer topluluk oluşturan mağdurun aynı zamanda tüzel kişiliği de bulunmakta ise buna yönelik hakaretin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı

tartışma yaratmaktadır. Bizim kanaatimize göre tüzel kişiler bu suçun faili olamaz ise de mağduru olabilir.”

Türkiye Barolar Birliği için yazdığı “Hakaret” başlıklı makalesinde Av. Mine Arısoy da bu hususta: “Tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan ancak belirli sıfatı, haiz kişileri ifade eden toplulukların mağdur olup olmayacağı konusunda yasal düzenlemede açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanunun açıkça “bir kimse” den söz etmesi, kurula hakaretin koşullarını ayrıca düzenleyerek suçun tüm üyelere karşı oluşacağı ve teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılacağını hükme bağlaması karşısında, kanaatimize göre tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan topluluklara hakaret edilmesi halinde, hakaretin gerçekleşme biçimi itibarıyla doğrudan suçun muhatabı da belirlenebilir bir ya da birden fazla gerçek

kişinin varlığı halinde ve ancak bu kişilerin mağduriyetinin kabulü ile suç oluşacaktır.” diyerek Yargıtay karşıtı bir görüş bildirmiştir.

Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun “Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Talebi” konulu 2012 tarihli bir kararında; gerçek kişiler gibi tüzel kişilerinde şeref ve haysiyeti gibi kişisel değerleri ve bunlardan oluşan kişilik haklarının olduğu, bu sebeple korunması gerektiği ve bu doğrultuda tüzel kişilere de manevi tazminat hükmedilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun söz konusu 01.02.2012 tarihli 2011/4-687 E. , 2012/26 K. sayılı kararının gerekçesinin bir kısmı aşağıda aynen aktarılmıştır.

“... Bu bakımdan tüzel kişiler insanlar gibi canlı varlıklar değildirler. Onlara hukuk düzeni tarafından kişi olma özelliği bazı sosyal ve



ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle verilmiştir. Tüzel kişiler yaradılış gereği insana has olan kişisel değerler dışında, gerçek kişiler gibi kişilik hakkına sahiptir. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerinde şeref ve haysiyeti gibi kişisel değerleri ve bunlardan oluşan kişilik hakları vardır. Şeref, haysiyet ve özel yaşam hakları T.M.K.nun 24. Maddesinde düzenlenen şahsiyet hakları arasında yer almaktadır. Bu sebeple söz konusu haklar mutlak haklardan olduğundan herkese karşı koruma imkânı sağlar.

Tüzel kişiler insanlar gibi maddi- organik bir yapıya sahip olmadıklarından dolayı onların bedensel bütünlüğü, yaşamı, sağlığı gibi, maddi bedensel değerler üzerinde kişilik haklarının varlığı tabi olarak söz konusu olmamakla birlikte saygınlık, onur, sır çevresi gibi manevi nitelikteki kişisel değerlerle, mesleki ve ekonomik kişisel değerlere gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de sahip olduğu söylenilebilir. Tüzel kişilerin kişisel değerler üzerindeki kişilik haklarının korunması gerekir (Alim Taşkın, "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması", aühfd., 1991, C. 42, s. 1- 4, s. 208- 230).

Bu sebeple tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşamındaki yerini ve durumunu sarsabilir.

... Yukarıda da açıklandığı üzere, kişilik haklarına saldırının kapsam ve koşulları T.M.K.nun 24, 25. maddesinde belirtilmiş, B.K.nun 49. maddesinde de saldırı halinde yaptırımın kapsam ve niteliği düzenleme altına alınmıştır.

B.K.nun 49. maddesinde belirtilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksilmedir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) sebep olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz.

Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre (T.M.K. m. 48), tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmek gerekir. Zaten manevi zarar, salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki, gerek Türk Medeni Kanunu ve gerekse B.K. (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerinde kişisel haklarını korumaktadır.

Tüzel kişinin çevresinde kazandığı itibarı aşağılayan yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, şu veya bu vasıflara sahip olmadığına dair yayınlar, kişilik haklarından şeref ve haysiyete yönelik tecavüz olarak kabul edilmelidir. Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı, ticari itibarı da T.M.K.nun 24. Maddesindeki korumadan yararlanır.

Medeni Kanun ve B.K., manevi tazminat isteyecek kişinin mutlaka gerçek kişi olması gerektiği esastan hareketle düzenlenmiş olsaydı, gerçek kişi olma şartını öngörerek



tüzel kişilerin ayırık tutulduğuna dair bir ibareye veya ayırık bir düzenlemeye yer verirdi.”

Kanaatimizce özel hukuk anlamında tüzel kişilerin şeref ve haysiyetleri ile saygınlık, onur, itibar gibi diğer kişilik haklarının varlığı kabul edilip korunurken, ceza hukuku anlamında tüzel kişilerin kişilik haklarının kabul edilmemesi ve iş bu hakların korunmaması açıkça hukuka aykırı kalmaktadır. Bu anlamda tüzel kişilere yapılan hakaretlerin ne kadar ağır olursa olsun sadece özel hukuk kapsamında tazminat yaptırımıyla korunması, hakaret eden kişilerde hiçbir caydırıcılık yaratmayacak ve tam aksine onları teşvik edecektir. Bu ise günümüz ceza hukukunda kabulü mümkün olmayan bir suç işleme özgürlüğü yaratır. Böylesi bir durumda o veya bu sebeple zarar vermek istediği tüzel kişilere dilediğince ve hatta basın ve yayın araçlarıyla alenen hakaret ve iftara eden bir kişinin sadece ve sadece tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalması, hele bir de bu kişinin varlıklı bir kişi olması hukuk düzeninin bu hakaret ve iftiralara görmezden gelmesi sonucunu doğurur.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

1. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (H. A. G. B.) NEDİR?

Yürütülen bir yargılama neticesinde; mahkemenin ulaştığı kanaat doğrultusunda vermiş olduğu karara hüküm denir. Ceza yargılamasında, sanığın işlediği iddia olunan suça konu eylemi hakkında yürütülen kovuşturmanın sonucunda da mahkemece CMK Md. 223 gereği: *“Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı”* hükümlerinden biri verilir. Ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılan 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun değişikliği ile bu hususta bir düzenlemeye gidilmiştir. Sanık lehine yapılan bu düzenlemeye göre mahkeme; koşulları olduğu takdirde, yargılama sonucunda sanık hakkında verdiği hükmü açıklamayabilir.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının tanımı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. Maddesinin 5. Fıkrasında : *“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında*

bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.” şeklinde yapılmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere; şartları olduğu takdirde, mahkemece yürütülen yargılama neticesinde sanık hakkında iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına hükmedilirse mahkeme bu hükmü açıklamayabilir. Yani iki yılın üzerindeki hapis cezaları için H.A.G.B. kararı uygulama alanı bulamayacaktır.

Mahkeme tarafından H.A.G.B. kararı verildiği takdirde; CMK Md. 231/8 gereği sanık hakkında beş yıllık bir denetim süresi tayin edilir. Sanık bu beş yıllık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemez ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranırsa, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. (CMK Md. 231/10) Sanık, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlerse veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranırsa, mahkeme hükmü açıklar.(CMK Md. 231/ 11)

2. H.A.G.B. KARARININ UYGULANABİLMESİNİN KOŞULLARI

Kanun koyucu Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararının uygulanabilmesini bir takım koşullara bağlamıştır. Bu koşullar gerçekleşmediği takdirde H.A.G.B. kararı verilemeyecektir.

1. Sanığın Kendisi Hakkında H.A.G.B. Kararı Uygulanmasını Kabul Etmesi

Kanun koyucu; sanık hakkında H.A.G.B. kararı uygulanmasını, öncelikle sanığın bu durumu kabulü şartına bağlamıştır. CMK Md. 231/6-c gereği: *“Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.”* Bu nedenle diğer koşulların tümü sağlansa bile eğer sanık, kendisi hakkında H.A.G.B. kararı verilmesini kabul etmiyorsa mahkemece Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararı verilemez.

2. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamiş Bulunması (CMK Md. 231/6-a)

Sanık hakkında H.A.G.B. kararı verilebilmesi için *“Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamiş bulunması”* gerekmektedir. Ancak hakkında taksirli bir suçtan mahkûmiyet kararı bulunması bu bakımdan herhangi bir engel teşkil etmeyecektir. Kanun koyucu bu madde ile H.A.G.B. kararının kötüye kullanılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Zira H.A.G.B. kararı, ilk kez kasten suç işleyen sanığın ceza almasına engel olarak ve onu denetim altına alarak ikinci bir şans vermektedir.

3. Mahkemece Sanığın Kişilik Özellikleri ile Duruşmadaki Tutum ve Davranışları Göz Önünde Bulundurularak Yeniden Suç İşlemeyeceği Hususunda Kanaate Varılması (CMK Md. 231/6-b)

Sanık hakkında H.A.G.B. kararı verilebilmesinin şartlarından biri de;

Zira yukarıda değindiğimiz üzere H.A.G.B. kararı sanığa verilen ikinci bir şanstır. Bu nedenle de mahkeme sanığın işlediği suçtan pişman olup olmadığını, ileride yeniden suç işleme potansiyelinin bulunup bulunmadığını gözlemeyerek bu hususta kanaat edinmeye çalışır.

4. Suçun İşlenmesiyle Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın, Aynen İade, Suçtan Önceki Hale Getirme veya Tazmin Suretiyle Tamamen Giderilmesi (CMK Md. 231/6-c)

Nihayet kanun koyucu H.A.G.B. kararının verilebilmesi için işlenen suçtan dolayı meydana gelen zararın giderilmesi koşulunu aramaktadır. Bu hususta sanığa; “ Aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin ” şeklinde seçim hakkı sunulmuştur. Sanık tarafından işlenen suç dolayısıyla zarara uğratılan tarafın zararı giderilmediği takdirde mahkemece H.A.G.B. kararı verilmeyecektir.

3.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ SONUÇLARI

Mahkeme tarafından sanık hakkında H.A.G.B. kararı verildikten sonra bu karar bir takım sonuçlar doğuracaktır. Zira bu kararın verilmesiyle birlikte sanık, beş yıllık bir denetime tabi tutulur. Bu denetim gereği; sanığın karardan itibaren beş yıl boyunca kasıtlı bir suç işlememesi gerekmektedir. Bununla birlikte mahkeme CMK Md. 231/8 – a, b ve c gereği; beş yıllık denetim süresi boyunca bir yılı geçmemek üzere sanığın;

- Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
- Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
- Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verebilir.

1. H.A.G.B. Koşullarının İhlal Edilmemesinin Sonuçları

CMK Md. 231/10 gereği: “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.” Yani sanık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemez, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler de aykırı davranmazsa geri bırakılan hüküm açıklanmayacak ve sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Diğer bir deyişle sanık sanki bu suçu hiç işlememiş gibi sayılacaktır. Burada değinilmesi gereken önemli bir husus; sanık tarafından beş yıllık denetim süresi içerisinde taksirle işlenen suçun H.A.G.B. koşullarını ihlal etmeyeceğidir. Kanun koyucu ihlalin oluşabilmesi için kasti bir suç işlenmesi gerektiğini madde metninde açıkça belirtmiştir.

2. H.A.G.B. Koşullarının İhlal Edilmesinin Sonuçları

CMK Md. 231/11 gereği: “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.” Kanun metninde de belirtildiği üzere; sanık, denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlerse ya da denetimli serbestlik tedbirlerine aykırı davranırsa mahkeme hükmü açıklar. Sanığın kasten yeni bir suç işlediği ve bu suçun cezasının kesinleştiği varsayımında; hakkında geri bırakılma kararı verilmiş hüküm de açıklanıp kesinleştiğinde sanık, her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır.

4. H.A.G.B. KARARINA İTİRAZ

CMK Md. 231/12 gereği: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararına itiraz edilebilir.” H.A.G.B. kararına karşı itiraz, tefhim (yüze okuma) ya da tebliğden itibaren yedi gün içerisinde, hükmü veren mahkeme eğer Asliye Ceza Mahkemesi ise; hükmü veren mahkemenin yargı çevresindeki Ağır Ceza Mahkemesine, Ağır Ceza Mahkemesi ise numara olarak kendisini izleyen daireye yapılır. H.A.G.B. kararına karşı sanık, savcı ya da dava konusu suçun mağduru/



suçtan zarar göreni itiraz edebilir. İtirazın yapıldığı mahkeme; dosyayı sadece CMK Md.231/6 'da sayılan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden inceler. Davanın esasına ilişkin bir incelemede bulunmaz. Bu inceleme sonucunda itirazı haklı bulursa kararı düzeltmesi için dosyayı esas mahkemesine geri gönderir. Yapılan itirazı haklı bulmadığı takdirde başvuruyu reddeder ve sanık hakkında verilmiş olan H.A.G.B kararı kesinleşir. Bununla birlikte; H.A.G.B. kararları, taraflara tebliğ veya tefhiminden itibaren yedi gün içerisinde itiraz edilmediği takdirde de kesinleşir.

5. UYGULAMADA H.A.G.B. VE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

H.A.G.B. kararı uygulamada çok sık karşılaşılan bir karardır. İlk kez işlenen kasti suçlarda ya da taksirli suçlarda, sanığa ceza vermektense ikinci bir şans verebilmek adına

şartları gerçekleştiği takdirde mahkemelerce sıklıkla uygulanmaktadır. Ancak bazı hallerde bu kararın uygulanmasında yaşanan bir takım belirsizlikler ve sorunlar ortaya çıkmaktadır.

1. H.A.G.B. Kararını Kabul veya Ret Sorunu

H.A.G.B. kararının uygulanabilmesi için, sanığın bu hususu açıkça kabul etmesi gerekmektedir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için mahkemece sanığın kendisinin bu yöndeki beyanı talep edilmektedir. Dolayısıyla sanığın avukatının vermiş olduğu kabul ya da ret beyanının geçerliliği uygulamada tartışmalıdır. Hakkında kovuşturma yürütülen sanığa mahkeme; ifadesini aldığı esnada H.A.G.B. kararının ne olduğunu açıklar, lehine bir uygulama olduğunu belirtir ve ardından da ceza aldığı takdirde uygulanmasını kabul edip etmeyeceğini sorar. Ancak burada başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Mahkemece bu teklif henüz kovuşturmanın başında yapıldığı

için, sanıkta sanki H.A.G.B. kararını kabul etmek, peşinen suçu işlediğini kabul etmek gibi bir his uyandırmaktadır. Bu nedenle de lehe bir durum olmasına rağmen, zaman zaman sanık tarafından bu hak kullanılmaktan imtina edilmektedir. Hâlbuki sanığın kendisi hakkında H.A.G.B. kararının uygulanmasını kabul etmesi, hakkında beraat kararı verilmesine herhangi bir engel ya da etki oluşturmayacaktır.

2. Hakkında H.A.G.B. Kararı Verilmiş Sanık Hakkında Yeniden H.A.G.B. Kararı Verilmesi Sorunu

Mahkemece hakkında H.A.G.B. kararı verilmiş olan sanık, denetim süresi içerisinde kasıtlı olmayan yeni bir suç işlerse, bu husus mevcut H.A.G.B. koşullarını ihlal etmeyeceği gibi, şartları meydana getirdiği takdirde sanık hakkında yeni bir H.A.G.B. kararı verilmesine engel olmayacaktır. Ancak denetim süresi içerisinde sanık yeni bir kasıtlı suç işlerse; mevcut H.A.G.B. kaldırılarak hüküm açıklanacağı gibi, hakkında yeni bir H.A.G.B. kararı da verilmeyecektir.

3. Hakkında H.A.G.B. Kararı Verilen Sanığın H.A.G.B. Kararı Verilmeden Önce İşlediği Kasıtlı Bir Suçtan Denetim Süresi İçerisinde Mahkûm Olması Sorunu

Sanık hakkında H.A.G.B. Kararı verildiğinde beş yıllık denetim süresi başlamaktadır. Hakkında geri bırakılmasına karar verilen hükmün denetim süresi sonunda düşmesi için, sanığın bu beş yıllık süreçte yeni bir kasti suç işlememesi gerekmektedir. Bu nedenle sanığın denetim süresinden önce işlemiş olduğu bir suçtan, denetim süresi içinde mahkûm olması, bir denetim ihlali sayılmayacak, bu durumun H.A.G.B. kararına da herhangi bir etkisi olmayacaktır.



Blank lined area for text or drawing.









HAKKIMIZDA

“Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık, yirmi yılı aşkın tecrübesi, üst düzey bilgisi ve yetkin kadrosu ile yerli ve yabancı müvekkillerine ulusal ve uluslararası kapsamda etkin hizmet vermektedir. Dünya çapında faaliyet gösteren uygulamada ve akademik düzeyde kendini kanıtlamış uluslararası yabancı iş ortaklarıyla yurt içinde ve yurt dışındaki faaliyetlerine devam etmektedir.”

Esentepe Mh. Büyükdere Cd. Keskin Kalem Sk. No: 17/7 Arya Plaza Şişli/İstanbul
+90 (0212) 288 28 68 +90 (0212) 465 88 69 elmadaghukuk.com

Ücretsiz

