

SELÇUK HUKUK KONGRESİ III

2024

ÖZEL HUKUK BİLDİRİLERİ

TAM METİN KİTABI

CİLT I

Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT

Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK

Arş. Gör. Murat AÇIL

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU



SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

CİLT I

ÖZEL HUKUK TAM METİN KİTABI

Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ - Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT - Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK
Arş. Gör. Murat AÇIL - Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA - Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU
Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT - Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK - Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Bu kitapta yer alan çalışmalar yazarının kendi görüşünü yansıtmaktadır, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu görüşlerden sorumlu değildir.

ISBN: 978-625-371-319-5

Basım Sayısı: 1. Baskı, Mart 2024

Yayın No: 599

Beşeri Bilimler

Copyright 2024 NOBEL AKADEMİK YAYINCILIK EĞİTİM DANIŞMANLIK TİC. LTD. ŞTİ.

SERTİFİKA NO.: 40340

*Bu baskının bütün hakları Nobel Akademik Yayıncılık Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti.ne aittir.
Yayınevinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da
fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltımı ve dağıtımı yapılamaz.*

Genel Yayın Yönetmeni : Nevzat Argun -nargun@nobelyayin.com-

Genel Yayın Koordinatörü : Gülfem Dursun -gulfem@nobelyayin.com-

Sayfa Tasarım : Mehmet Ateş -mehmetates42@gmail.com-

Kapak Tasarım : enna

Kütüphane Bilgi Kartı

SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

1. Basım, iv + 348s., 16x24 cm. Kaynakça var, dizin yok.

Genel Dağıtım

ATLAS AKADEMİK BASIM YAYIN DAĞITIM TİC. LTD. ŞTİ.

Adres: Bahçekapı Mh. 2465 Sk. Oto Sanayi Sitesi No.:7 Bodrum Kat, Şaşmaz/ANKARA

Telefon: +90 312 278 50 77 - **Faks:** 0 312 278 21 65

Sipariş: siparis@nobelyayin.com- **E-Satış:** www.nobelkitap.com – esatis@nobelkitap.com

www.atlaskitap.com – info@atlaskitap.com

Dağıtım ve Satış Noktaları: Alfa, Kırmızı Kedi, Arkadaş, D&R, Dost, Kika, Kitapsan, Nezih, Odak, Pandora, Prefix, Remzi

Baskı ve Cilt: Ada Matbaacılık Yayın San. Tic. Ltd. Şti. Sertifika No.: 44093

Ostim OSB Mh. 1578 Cd. No.: 21 Yenimahalle/ANKARA1025

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
MAVİ KARTLILARIN SAHİP OLDUĞU ÖZEL YABANCI STATÜSÜNÜN SINIR DIŞI VE SUÇLULARIN İADESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	1
<i>Doç. Dr. Cemil GÜNER</i>	
YATIRIM KURULUŞU HAKKINDA TAZMİN ve TEDRİCİ TASFİYE KARARI VERİLMESİNİN SONUÇLARI.....	25
<i>Doç. Dr. Sefer OĞUZ</i>	
MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ.....	55
<i>Doç. Dr. Alper UYUMAZ</i>	
AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KİRAYA VERENİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN TBK M. 349/III HÜKMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME	77
<i>Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN</i>	
II-27.3 SAYILI ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKLARI TEBLİĞ BAKIMINDAN “BİRLİKTE HAREKET ETME”	97
<i>Dr. Öğr. Üyesi Firdevs ARSLAN</i>	
YARGITAY’IN E.2019/5, K. 2022/1 SAYILI VE 18.02.2022 TARİHLİ İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI ÇERÇEVESİNDE USÛL HUKUKU – MADDİ HUKUK SINIRLARI VE İLİŞKİSİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	119
<i>Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL</i>	
İŞYERİ HEKİMLERİNİN İŞÇİNİN SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE HUKUKİ STATÜSÜ ve SORUMLULUĞU	137
<i>Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR</i>	

SESSİZ İSTİFAYA KARŞI İŞVERENİN HAKLARI	167
<i>Dr. Öğr. Üyesi Sevgi DURSUN ATEŞ</i>	
SİNEMA OYUNCULARININ ADİL BEDEL ALMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÖZELLİKLE FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU MADDE 52 İLE MADDE 80/5'İN ELEŞTİRİSİ.....	217
<i>Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK</i>	
KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE ORTAKLIK PAYININ NİTELİĞİ VE YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİNİN 02.05.2023 TARİH, 2022/5348 ESAS, 2023/1558 KARAR SAYILI KARARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ	229
<i>Dr. Öğr. Üyesi Emine ÖZDAMAR</i>	
SİGORTA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YÖNTEMİYLE ÇÖZÜMÜ.....	249
<i>Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM</i>	
İSVİÇRE VAKIF HUKUKU VE GÜNCEL GELİŞMELER.....	267
<i>Arş. Gör. Dr. Haydar Bayram ÖZEDÖNER</i>	
İŞ HUKUKU BOYUTUYLA SESSİZ İSTİFA (QUIET QUITTING).....	289
<i>Arş. Gör. Hasan Alparslan AYAN</i>	
TAHKİMDE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ.....	317
<i>Arş. Gör. Bengi SARGIN</i>	
THE RIGHT TO PRIVACY	337
<i>Abdullina Leila MARSOVNA</i> <i>Samsybayeva Erkezhan DİDAROVNA</i> <i>and Nurpeissova Roman VALEREVİCH</i>	

MAVİ KARTLILARIN SAHİP OLDUĞU ÖZEL YABANCI STATÜSÜNÜN SINIR DIŞI VE SUÇLULARIN İADESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Cemil GÜNER*

ÖZET

Türk vatandaşı olan bir kimsenin yabancı bir devlet vatandaşlığına da sahip olmasında Türk hukuku açısından bir engel yoktur. Ancak bazı devletler, çifte vatandaşlığa izin vermemektedir. Türk vatandaşı nüfusunun çok olduğu bazı Avrupa ülkeleri çifte vatandaşlığı tanımadığından, bu ülkelerde yaşayan çok sayıda Türk vatandaşı oralarda kalabilmek için Türk vatandaşlığını kaybetmek zorunda kalmıştır. Bu meselenin öneminden dolayı, Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin Türkiye ile olan bağlarının kopmaması ve ikamet ettiği ülkelerin vatandaşlığına sahip Türklerin sayısını arttırmak amacıyla, bazı istisnalar olmakla birlikte, haklardan yararlanma konusunda Türk vatandaşı gibi muamele görmelerini sağlayan kanunî bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre doğumla Türk vatandaşı olup da Türk vatandaşlığını izin alarak kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları özel statülü yabancı sayılmaktadır. İzin alarak Türk vatandaşlığından çıkan kişilere, Türk vatandaşlığını doğum yolu ile kazanmış olmaları şartıyla, Türkiye'deki haklarından aynen yararlanmayı sürdürebilmeleri için mavi kart verilmektedir. Bu sebeple, mavi kart sahipleri, kanunda belirtilen istisnalar dışında, Türk vatandaşlarının yararlandığı haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Buna karşın, mavi kartlıların sahip olduğu haklar kanunda belirtilmekle birlikte, ilgili düzenlemenin yorumlanmasında bazı görüş ayrılıkları yaşanmaktadır. Bu bağlamda çalışma konumuz, mavi kart sahiplerinin sınır dışı ve suçluların iadesi yasağına tâbi olup olmadıklarının tespitine ilişkindir.

* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: cguner@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1956-0118.

Çalışmamızda mavi kartlılara kural olarak Türk vatandaşı muamelesi yapılmasına ilişkin düzenlemenin sınırları, doktrindeki görüşler ve içtihatlar çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu bağlamda, mavi kartlıların ayrıcalıklı haklara sahip olması, onları yabancı statüsünden çıkarıp Türk vatandaşı yapmaz. Bu gerekçeyle, sınır dışı etme ve iade sebepleri mevcutsa Türkiye’de bulunan bir mavi kartlı da sınır dışı edilebilir; aynı şekilde suçluların iadesi kapsamında geri verilmesi mümkündür. Zira sınır dışı ve suçluların iadesi, Türk kamu güvenliği ve kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konular olduğundan, mavi kart sahipleri bu iki konuda yabancı muamelesine tâbi tutulmalıdır. Neticede, bu durumun yarattığı tartışmaları sona erdirmek için, mavi kartlıların sınır dışı ve suçluların iadesi yasağına kural olarak tâbi olmadıklarını belirten açık bir kanunî düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlıktan Çıkma, Mavi Kart, Özel Statülü Yabancı, Sınır Dışı, Suçluların İadesi.

ASSESSMENTS REGARDING THE SPECIAL FOREIGN STATUS OF BLUE CARD HOLDERS IN THE CONTEXT OF DEPORTATION AND EXTRADITION

ABSTRACT

There is no obstacle in terms of Turkish law for a person who is a Turkish citizen to also acquire the citizenship of a foreign state. However, some states do not allow dual citizenship. Since some European countries with a large population of Turkish citizens do not recognize dual citizenship, Turkish citizens had to renounce Turkish citizenship in order to stay in these countries. Due to the importance of this issue, a legal regulation has been made to ensure that people who have renounced Turkish citizenship are treated like Turkish citizens, although there are some exceptions, in order not to sever their ties with Turkey. Accordingly, those who acquire Turkish citizenship by birth and lose Turkish citizenship by obtaining permission are considered foreigners with special status. In order to hold the right to benefit from their rights in Turkey, the blue card is given to the people who acquire the Turkish citizenship by birth and lose Turkish citizenship by obtaining permission. The blue card holders hold the right to benefit from the same rights accorded to Turkish citizens. On the other hand, although the rights of blue card holders are stated in the Turkish law,

there are some disagreements in practice regarding the interpretation of the relevant regulation. In this context, the aim of the study is to examine whether blue card holders are subject to the ban on deportation and extradition.

In this study, the limits of the regulation regarding the treatment of blue card holders like Turkish citizens will be evaluated within the framework of the opinions in the doctrine and jurisprudences. In this context, the fact that blue card holders have privileged rights does not remove their foreign status. For this reason, if there are reasons for deportation and extradition, a blue card holder in Turkey can also be deported and extradited. Because deportation and extradition are issues that directly concern Turkish public security and public order, blue card holders should be treated as foreigners in these issues. As a result, in order to end the debates created by this situation, a legal regulation should be included stating that blue card holders are not subject to the ban on deportation and extradition.

Keywords: Renunciation of Citizenship, Blue Card, Special Foreign Status, Deportation, Extradition.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin dışa göç bağlamında benimsediği politikarlardan biri de yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülkelerin vatandaşlığını kazanmalarındır. Bu vesileyle, yabancı devlet vatandaşlığına da sahip Türk vatandaşlarının sayısının artırılarak ikamet ettikleri ülkelerde ekonomik, sosyal ve siyasî anlamda söz sahibi olmalarının kolaylaşacağı varsayılmaktadır¹.

Türk vatandaşlığının iradî kayıp hâllerinden biri olan izin alarak çıkma müessesesinin temelinde, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülkelerin vatandaşlığını kazanmaları bakımından bazı hukuk sistemlerinde yer bulan çok vatandaşlık engelini aşmalarını sağlama düşüncesi yatmaktadır. Yabancı devlet vatandaşlığının kazanılmasında yürürlükteki Türk hukuku açısından bir engel bulunmamakla ve hatta vatandaşlık hukukundaki düzenlemelerle çok vatandaşlık teşvik

¹ DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / AYHAN İZMİRLİ, Lale: Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2023, s. 132.

edilmekle birlikte², bazı devletlerin vatandaşlığının kazanılmasında bu durum bir engel olarak görülmektedir. Çok vatandaşlık engeline ilişkin şart koyma noktasındaki bu eğilimin etkisi zayıflamakla beraber, özellikle Avrupa'daki göç alan bazı devletlerin bu yöndeki tercihlerini sürdürdüğü de bir gerçektir³. Bu durum, yabancı bir devlet vatandaşlığı kazanmak için Türk vatandaşlığını kaybetmek zorunda kalacak kişiler için tereddüde yol açabilmektedir. Zira Türk vatandaşlığını kaybeden kişi yabancı statüsüne dâhil olacağından, Türkiye'de yabancılar hukuku kurallarına tâbi tutulacaktır. Türk kanun koyucusu bu handikapı gidermek amacıyla izin alarak çıkma yoluyla vatandaşlığını kaybedenleri belli şartlarda Türk vatandaşı muamelesi göreceği bir özel yabancı statüsü getirmiştir.

Özel statülü yabancı olacak bu kişilere mavi kart verilmek suretiyle mevcut hukukî statülerini belgelendirmeleri sağlanmakta; Türkiye'de bulunan diğer yabancılardan daha geniş haklar tanınmaktadır. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) md. 28 uyarınca seçme ve seçilme hakkı, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakkı, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü ve bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma hakkına sahip olmadıkları açıkça hükme bağlanan mavi kartlıların bu istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri ifade edilmiştir. Kural bu olmakla birlikte, kişi dokunulmazlığı hakkının vatandaş-yabancı bakımından eşitlik ilkesine tâbi olmasının iki istisnası olan sınır dışı etme ve suçluların iadesi bağlamında geri verme konularında mavi kartlıların durumu izaha muhtaçtır. Çalışmamızda Türk vatandaşlarının sınır dışı edilemeyeceği ve suçluların iadesi kapsamında geri verilemeyeceği kuralının özel statülü yabancı

² **NOMER**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Baskı, İstanbul 2021, s. 154; **TAR-MAN**, Zeynep Derya: "Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurt Dışında Yaşayanların Özel Hukuki Statüsü", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildiri Kitabı (Ed. Kay Hailbronner / Bilgin Tiryakioğlu / Esin Küçük / Katja Schneider), Ankara 2010, s. 213.

³ **EKŞİ**, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, s. 61.

olan mavi kartlılar bakımından nasıl yorumlanması gerektiği gerekçeyle riyle açıklanacaktır.

I. MAVİ KART STATÜSÜ

A. Müessesenin Amacı

Başta Avrupa ülkeleri olmak üzere dünyanın dört bir yanında çok sayıda Türk vatandaşı yaşamaktadır. Yurt dışında yaşamlarını sürdüren Türk vatandaşlarının buldukları ülkelerde yabancı statüsünde olmaktan kaynaklanan zorlukları aşmaları o devletin vatandaşlığını kazanmalarıyla mümkündür. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin dışa göç bağlamında benimsediği politika, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülkelere entegre olarak vatandaşlıklarını kazanmaları, ancak Türkiye ile olan bağlantılarının da muhafaza edilmesi üzerine kurulmuştur⁴.

Hâl böyle olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta bazı devletlerin mevzuatında çok vatandaşlık yasağı bulunmaktadır. Örneğin hâlihazırda Almanya⁵, Avusturya, Hollanda, İsveç, Danimarka gibi Türk vatandaşlarının yoğun nüfus gösterdiği ülkelerde bu yasak devam etmektedir. Bu yasak gereğince, Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülkelerin vatandaşlığını kazanabilmeleri için Türk vatandaşlığını kaybetmeleri gerekmektedir. Ancak bu zorunluluğun yerine getirilmesi, yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının öz vatanları Türkiye'de yabancı muamelesi görmelerine yol açacaktır. Yurt dışında yaşamlarına rağmen Türkiye ile olan ailevi, sosyal, kültürel ve ekonomik bağlarını sürdürmeye gayret gösteren bu kişiler, bu bağın kopmaması için bir tür tutkal görevi gören vatandaşlık bağının sona ermesiyle ister istemez Türki-

⁴ CAN, Hacı: Mavi Kartlı Yabancılar, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 17.

⁵ Almanya'da uzun zamandır devam eden çok vatandaşlık yasağını kaldıran Vatandaşlık Kanununun Modernizasyonu Kanunu Tasarısı, 19.01.2024 tarihinde Alman Federal Meclisi'nde kabul edilmiş; 02.02.2024 tarihinde Federal Eyalet Temsilciler Meclisi'nde onaylanmıştır. Anılan Kanunun, Cumhurbaşkanının onayını takiben yayımlandıktan üç ay sonra yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Alman hukukundaki konuya ilişkin gelişmeler hakkında bkz. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn0505vg8j6o#:~:text=Almanya%2C%20mevcut%20yasa%20ile%20istisnai,vatan da%20C5%9F%20C4%B1%20olma%20hakk%C4%B1na%20sahip%20olacak> (Erişim Tarihi: 03.02.2024).

ye’de yabancı statüsüne girecek olmanın bir gereği olarak yabancı devlet vatandaşlığını kazanmaya soğuk bakmışlardır⁶. Bu durum, Türk vatandaşlarını, yaşadıkları ülkelerde yabancı statüsünde olmaktan kaynaklanan zorluklara itmiştir. Yabancı devlet vatandaşlığını kazanarak ikamet ettikleri ülkelerde vatandaşlık statüsü kazananlar ise, Türk vatandaşlığını kaybetmenin bir sonucu olarak Türk hukuku bakımından yabancı sayılmışlardır. Gerçekten de 403 sayılı mülga TVK’da 1995 yılında yapılan değişikliğe kadar, Türk vatandaşlığını kaybetmiş kişiler Türkiye’de yabancı statüsü kapsamında haklardan yararlanabilmiş; vatandaşların sahip olduğu haklardan istifade edememişlerdir.

Yaşadığı ülkenin vatandaşlığını kazanabilmek için Türk vatandaşlığını kaybetmesi gereken kişilerin maruz kaldığı bu ikilemi ortadan kaldırmak amacıyla, Türk hukukuna doğumla Türk vatandaşı olup da izin alarak vatandaşlıktan çıkanları ve bunların belirli yakınlarını özel statülü yabancı saydıran kanunî bir müessese dâhil edilmiştir. Böylece kanun koyucunun öngördüğü şartları haiz Türk vatandaşlarının, vatandaşlıktan çıkma talepleri hâlinde, diğer kayıp yollarından farklı olarak sahip olduğu haklar açısından imtiyazlı bir yabancı statüsüne kavuşmaları temin edilmiştir.

Nihayetinde, müessesenin amacı, Türk vatandaşlarının hem ikamet ettikleri yabancı ülkenin vatandaşlığını kazanmaları önündeki engeli kaldırmak hem de Türkiye’de haiz olduğu haklara büyük ölçüde sahip olmalarını devam ettirmektir. O hâlde, anılan kişiler ikamet ettikleri ülkenin vatandaşlığını kazanarak o ülkede yabancı statüsünden çıkacaklar; ancak Türk vatandaşlığının kaybına izin alarak çıkma suretiyle karar verilmesi sebebiyle özel statülü yabancı olarak dört konu istisna edilmek üzere, Türk vatandaşı iken sahip olduğu haklara yine sahip olmaya devam edeceklerdir. Bu şekilde Türk hukukuna özel statüye sahip bir imtiyazlı yabancı alt grubu dâhil edilmiştir⁷. Bu bakımdan, statülerinin

⁶ **TURHAN**, Turgut: “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK. md. 29 üzerine bir inceleme)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, 1997, s. 44.

⁷ **GÜNGÖR**, Gülin: Tâbiyet Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2022, s. 195; **ÇELİKEL**, Aysel / **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: Yabancılar Hukuku, 27. Baskı, İstanbul 2022, s. 29; **ERDEM**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2022, s. 246; **EKŞİ**, s. 61; **TURHAN**, s. 48; **DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ**, s. 133.

belgelendirilmesi amacıyla kendilerine mavi kart verilen bu kişilerin, her ne kadar yabancı sayılmakla birlikte, bazı haklar hâriç olmak üzere, Türkiye’de maddî vatandaşlık statüsünden yararlandırıldığı ifade edilmektedir⁸.

B. Müessesenin Türk Hukukunda Düzenlenişi

Doğumla Türk vatandaşı olup da izin alarak çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybedenlerin ve bunların belirli yakınlarının özel statülü yabancı grubu oluşturması, 1995 yılında 403 sayılı mülga TVK’nın 29. maddesinde 4112 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle gerçekleşmiştir⁹. Bu bakımdan 403 sayılı mülga TVK’nın yürürlüğe girdiği orijinal metninde bulunmayan bu müessese, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yabancı devlet vatandaşlığını kazanmalarındaki engeli ortadan kaldırmaya ilişkin devlet politikasının bir yansıması olarak Türk hukukundaki yerini almıştır¹⁰.

4112 sayılı Kanun’la 403 sayılı mülga TVK md. 29’da yapılan değişiklik uyarınca, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulması kural olmakla birlikte, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da Bakanlar Kurulu’ndan çıkma izni almak suretiyle sonradan yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanunî mirasçıları, Türkiye Cumhuriyeti’nin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağ gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Bu yolla Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere, talepleri hâlinde özel statülü yabancı olduklarını belgelemek üzere uygulamada “pembe kart” şeklinde bilinen bir belge verilmiştir¹¹.

⁸ CAN, s. 38.

⁹ Müessesenin kanunlaşma süreci ve yürürlüğü sonrasındaki değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, s. 19 vd.; TARMAN, s. 216 vd.

¹⁰ Anılan Kanun değişikliğinin ayrıntılı gerekçesi için bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/846), TBMM Tutanak Dergisi, C. LXXXVIII, S. Sayısı 842).

¹¹ Söz konusu değişiklik, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (TVK Uygulama Yönetmeliği) md. 42’de de yapılarak konuya ilişkin kanunî düzenlemeyle uyum sağlanmıştır.

403 sayılı mülga TVK'da yapılan madde değişikliği ile kabul edilen düzenleme, özel statülü yabancı olacak kişilerin ve sahip olunan hakların kapsamının belirlenmesi hususlarında doktrinde eleştiri almış¹²; uygulamada ortaya çıkan problemlerin de giderilmesi bakımından yeni bir kanun değişikliğine gidilmek zorunda kalınmıştır. Bu doğrultuda, 2004 yılında 5203 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle özel statülü yabancı olacak kişilerin kapsamı daraltılmıştır. Aynı şekilde, ilgili maddenin önceki hâlimden farklı olarak özel statülü yabancıların yararlanabilecekleri hakların sayılması yerine yararlanamayacağı hakların sıralanması tercih edilmiştir. Çıkma izni verme yetkisinin Bakanlar Kurulu yerine İçişleri Bakanlığı'na bırakılmasının da öngörüldüğü yeni düzenlemeye göre, doğumla Türk vatandaşı olup da İçişleri Bakanlığı'ndan vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyeti'nin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (md. 29).

2004 yılında yapılan bu değişiklik, 403 sayılı mülga TVK'yı yürürlükten kaldıran 5901 sayılı TVK'nın izin alarak çıkma yoluna ilişkin düzenlemelerinde de esasen benimsenmiştir¹³. 5901 sayılı TVK md. 28'e göre, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler¹⁴ ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kay-

¹² Eleştiriler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **TURHAN**, s. 41 vd.

¹³ 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği'nde de Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle çıkma yoluyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir (md. 42-55).

¹⁴ Kanun koyucu, Türk vatandaşlığından izinle çıkmak için başvuruda bulunanlardan şu şartları aramaktadır: -ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak, -yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak, -herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak, -hakkında herhangi bir malî ve cezaî tahdit bulunmamak (TVK md. 25).

dıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafien araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Bu kişilere, talepleri hâlinde bu maddede öngörülen haklardan faydalanabileceklerini gösteren “mavi kart” düzenlenir.

Bununla birlikte, kanun koyucu, izin alarak Türk vatandaşlığından çıkma yolu hakkındaki düzenlemenin yürürlüğünden sonra, maddenin kişi bakımından ve maddî bakımdan uygulama alanının kapsamını genişletmek üzere iki ayrı değişikliğe gitmiştir. İlk değişiklik, 2012 yılında 6304 sayılı Kanun’la yapılmıştır. Değişiklikten önceki hâline kıyasla daha ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülen TVK md. 28’de mavi kartlıların kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları özel statü kazanacak olup; Bakanlar Kurulu’nun gerekli görmesi durumunda üçüncü dereceden itibaren diğer altsoyların da bu statü kapsamında tanınan haklardan faydalanabileceği de ayrıca ifade edilmiştir. İkinci değişiklik ise, 2018 yılında 700 sayılı KHK ile gerçekleştirilmiştir. Söz konusu değişiklik gereğince kendilerine mavi kart verilecek kişilerden biri olan doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin üçüncü dereceye kadar olan altsoylarından itibaren hangi dereceye kadar olan alt soylarının bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilme yetkisi, Cumhurbaşkanı’na verilmiştir.

C. Mavi Kart Statüsünün Sağladığı Haklar

TVK md. 28/1 uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin saklı olduğunun belirtildiği düzenlemede, kanun koyucu mavi kart sahiplerinin Türk va-

tandaşları gibi yararlanabilecekleri hakları belirtmek yerine yararlanamayacakları hakları saymıştır¹⁵. Buna göre, mavi kartlıların, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte, TVK'da mavi kartlıların sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının saklı tutulduğu özel olarak vurgulanmış; henüz Türk vatandaşı iken sosyal güvenlik hakkı bağlamında ödediği primler ve çalışma gün sayısı hesap edilerek emekliliğe hak kazanmış olmaları şartıyla bu kişilerin sosyal güvenlik hakkı muhafaza altına alınmıştır¹⁶.

Mavi kartlıların yabancı muamelesi göreceği ilk hâl, seçme ve seçilme hakkıdır. Siyasî haklardan biri olan seçme ve seçilme hakkı, izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan mavi kartlılara tanınmamıştır. Aynı şekilde, mavi kartlıların muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakkı yoktur. Bu sebeple, Türk vatandaşlarının belli şartları haiz olması hâlinde Türk gümrük mevzuatı hükümlerine uygun şekilde yurt dışındaki kullanılmış nakil aracı veya ev eşyasını gümrük vergisinden muaf olarak Türkiye'ye getirme hakkından mavi kartlılar istifade edemezler¹⁷. Keza, aynı zamanda anayasal bir yükümlülük olarak yalnızca Türk vatandaşlarına tanınmış bir hak olan askerlik konusunda mavi kartlılar yabancı muamelesi görürler. Mavi kartlılara tanınmamış son hak ise, kadrolu statüde devlet memuru olmaktır. Ancak bu yasak ile kastedilen mavi kartlıların kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmasının yasak olması değildir. Kanun koyucunun açığa kavuşturduğu üzere, mavi kartlılar, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Aksine, bu kişilerin kamu kurum ve kuru-

¹⁵ **TÜTÜNCÜBAŞI**, Uğur: "Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi Kart" Uygulaması)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011, s. 169 vd.

¹⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ALTINTAŞ**, Elif Hande: "Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2019, s. 409 vd.

¹⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇATAKLI**, Ahmet Onur: "Şahsî Eşyayı Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu", Gümrük Ticaret Dergisi, C. 7, S. 22, 2020, s. 14 vd.

luşlarında işçi olarak, geçici veya sözleşmeli personel statüsünde çalışmasında bir engel bulunmamaktadır¹⁸.

TVK Uygulama Yönetmeliği'nde ise, mavi kartlıların Türkiye'de ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütüleceğine işaret edilmiştir (md. 52/2).

Bunun dışında, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nda da mavi kartlılara tanınan haklar ilgili olduğu ölçüde özel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, mavi kartlıların Türkiye'de çalışabilmesi için çalışma izninden muaf olduğu UİK md. 6/4 gereğince söylenebilir. Aynı şekilde YUKK md. 12/1(ç) uyarınca, mavi kartlılar Türkiye'ye girişte vizeden muaf tutulur. Hakeza, YUKK md. 20/1(f), mavi kartlıların Türkiye'de ikametleri açısından ikamet izninden muaf olduğunu hükme bağlamıştır. Benzer şekilde, Tapu Kanunu md. 35-36 mavi kartlıların Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri konusunda Türk vatandaşı muamelesi göreceklarini ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, mavi kartlıların bu statülerinin bir imtiyazı olarak Türk vatandaşlarıyla aynı ölçüde sahip olduğu haklar kanun koyucu tarafından tek tek sayılmamakla birlikte, yabancı muamelesi göreceği açıkça belirtilen dört konu esas alınarak vatandaş gibi aynen yararlanmaya devam edeceği hakların kapsamı belirlenebilir. Buna göre, doğumla kazandığı Türk vatandaşlığından izin alarak çıktıktan sonra seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme, askerlik hizmetini yapma, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma haklarını kaybedecek olan mavi kartlılar, diğer haklara Türk vatandaşı gibi sahip olmaya de-

¹⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AYGÜL**, Musa: "Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, 2010, s. 38 vd.

vam edecektir. Bir Türk vatandaşı gibi aynen yararlanabileceği haklar TVK Uygulama Yönetmeliği'nde (md. 52/2) sayılmış olmakla birlikte, bunların örnek mahiyette olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple, mavi kartlıların özel statülü yabancı olma imtiyazından istifade ederek Türk vatandaşlarıyla aynı haklara sahip olması kural, dört konuda yabancılar hukuku mevzuatına tâbi tutulması ise istisna teşkil eder¹⁹. Ancak kanun koyucu, mavi kartlıların kendilerine tanınan haklardan aynen Türk vatandaşı gibi yararlanması hususunda millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Başka bir deyişle, mavi kartlıların Türk vatandaşlarıyla aynı ölçüde sahip olduğu hakların sınırı, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler gözetilerek belirlenmelidir. O hâlde, mavi kartlıların Türk vatandaşı muamelesi göreceği hakların kullanımını noktasında, millî güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle getirilen yasak ve sınırlamaları haiz hükümler gereğince yabancılar hukuku mevzuatına tâbi tutulmaları mümkün olabilecektir.

II. MAVİ KARTLILARIN SINIR DIŞI VE SUÇLULARIN İADESİ BAĞLAMINDA DURUMLARI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda Anayasa md. 17'de kişi dokunulmazlığı hakkı vatanla yabancıların eşitliği kuralına uygun olarak herkes için teminat altına alınmıştır. AİHS'de de (md. 5/1) açıkça koruma altına alınan kişi dokunulmazlığına keyfi olmamak koşuluyla bazı sınırlamalar getirilmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kanunî ve objektif sebeplere dayandırılma ve yargı denetimine açık olma koşuluyla kişi dokunulmazlığına sınırlama getirilebilir²⁰.

Eşitlik ilkesinin geçerli olduğu kişi dokunulmazlığının yabancılar bakımından da koruma altına alındığında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak Türk hukukunda kişi dokunulmazlığı konusunda vatanla ya-

¹⁹ ÖZTÜRK, Necla: "Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış", Public and Private International Law Bulletin, C. 41, S. 2, 2021, s. 965.

²⁰ DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / AYHAN İZMİRLİ, Lale: Türk Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 109.

bancı arasındaki eşitliği bozan iki istisnaî durum vardır: sınır dışı ve suçluların iadesi.

Türk hukukunda vatandaşın sınır dışı edilmesi yasaklanmışken, şartların mevcudiyeti hâlinde yabancıların sınır dışı edilmesi mümkün görülmüştür. Öyle ki, Anayasa md. 23/4'te vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda, sınır dışı konusunun düzenlendiği YUKK'ta (md. 52-60/A) yalnızca yabancıların sınır dışı etme işlemine tâbi tutulabileceği öngörülmektedir. Aynı şekilde, yabancı bir ülkeye iadesi istenen bir vatandaşın suçluların iadesi kapsamında geri verilmesi kural olarak yasakken, aynı engel yabancılar bakımından söz konusu değildir. Nitekim Anayasa md. 38/11'de Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hâric olmak üzere vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceği ifade edilmiş; suçluların iadesi müessesesinin düzenlendiği 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nda da bu kural tekrarlanmıştır (md. 11/1(a)).

Görüldüğü üzere, gerek sınır dışı etme gerek iade kararları yalnızca yabancılar hakkında alınabilir. Yabancılar bakımından kişi dokunulmazlığı hakkına getirilen bu iki istisnaî durumun özel statülü yabancı olarak nitelendirilen mavi kart sahipleri için de hüküm ifade edip etmediği konusu açık değildir. Buna göre, mavi kartlı bir yabancıların sınır dışı edilip edilemeyeceği, aynı şekilde suçluların iadesi kapsamında yabancı bir devlete geri verilip verilemeyeceği izaha muhtaçtır.

B. Sınır Dışı Bakımından

Devletler, egemenlik haklarının bir yansıması olarak yabancıları belli şartlar altında ülkelerinden sınır dışı edebilirler. Türk hukukunda AİHS ve Ek Protokoller başta olmak üzere taraf olunan milletlerarası sözleşmelerde öngörülen ilkelerle genel itibarıyla uyumlu şekilde esas ve usullerinin düzenlendiği sınır dışı, belli koşulların mevcudiyeti hâlinde ilgili yabancıların Türkiye dışına çıkarılmasına yönelik bir idarî işlem özelliği göstermektedir²¹.

²¹ Sınır dışı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TÜYSÜZ, Cemre: Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi, 1. Baskı, İstanbul 2023, s. 27 vd.

YUKK md. 54/1’te sayılan sınır dışı sebeplerinden birini haiz yabancı hakkında sınır dışı etme kararının alınması zorunludur. Bu bakımdan, kanun koyucunun hakkında sınır dışı etme kararı alınması gerektiğini saydığı kişiler yabancılardır. Başka bir ifadeyle, Türk vatandaşı olmayan herkes sınır dışı etme kararının süjesi olabilir²².

Özel statülü yabancı konumundaki mavi kartlıların sınır dışı edilme-ye karşı Türk vatandaşları gibi güvence altında olup olmadığı konusunda kanun koyucu açık bir hükme yer vermemiştir. Temel kural, mavi kartlıların, TVK md. 28 uyarınca seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme, askerlik hizmetini ifa, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma hâriç olmak üzere Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleridir. Bu durumda, zikredilen bu dört istisnaî hâl dışında kalan haklar bakımından mavi kartlıların Türk vatandaşı muamelesi göreceği düzenlemenin lafzî yorumundan hareketle söylenebilir. Mavi kartlıların Türk vatandaşlarıyla eşit konumda olduğu haklardan biri de şüphesiz kişi dokunulmazlığıdır. O hâlde, mavi kartlıların diğer yabancılardan farklı olarak, Türk vatandaşı gibi sınır dışı yasağına tâbi olduğu düşünülebilir²³. Ancak meseleye salt lafzî yorumdan hareketle bakmanın doğru olmadığı kanısındayız.

İlk olarak belirtilmelidir ki, TVK md. 28/1’de ifade edilen “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır” hükmü, anılan maddenin etki alanını sınırlandırmaktadır²⁴. Bu düzenlemeyle Türk vatandaşlarıyla aynı ölçüde sahip olduğu haklardan yararlanmada, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin esas alınarak mavi kartlılara yabancı muamelesinde bulunulmasının yasal dayanağı oluşturul-

²² **BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, Gülüm: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 215 vd.

²³ Genel olarak özel statülü yabancıların, yabancı kapsamında kalsa dahi, sınır dışı edilmelerinin istenmeyen kişi ilân edilmelerine bağlandığı, bu sebeple milletlerarası örf ve âdet hukuku gereğince bunların sınır dışı edilmelerinin mümkün görülmediğine ilişkin olarak ayrıca bkz. **AYBAY**, Rona: “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2003, s. 148, dn. 14.

²⁴ **CAN**, s. 41.

muştur. Böylece kanun koyucu mavi kartlılardan gelebilecek olan muhtemel tehlikelere karşı devletin korunmasını amaçlayan istisnâî bir düzenlemeye yer vermiştir²⁵.

Her kadar mavi kartlıların vatandaş gibi sahip oldukları haklara kısıtlama getirilmesinde soyut mahiyetleri itibariyle millî güvenlik ve kamu düzeninin sınırlarının belirlenmesinin tespiti kolay olmasa²⁶ ve bu durum idareye geniş bir yorum alanı açsa da²⁷ bu hükmün konuluş amacı göz önünde bulundurularak dar yorumla sonuca gidilmelidir²⁸. Bu sebeple, mavi kartlıların kişi dokunulmazlığına kural olarak sahip olmakla birlikte, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler dikkate alınarak yabancı muamelesine tâbi tutulup haklarında sınır dışı etme kararı alınmasının mümkün olabileceği kanısındayız²⁹. Gerçekten de sınır dışı konusu millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasıyla ilgili bir müessesedir. Zira devletler, kamu düzeni ve güvenliğini muhafaza etmek amacıyla ülke menfaatlerine aykırı davranışta bulunan yabancıları ülkelerinden çıkarmak için sınır dışı etme yetkisini kullanırlar³⁰. Bu açıdan, YUKK'ta sayılan sınır dışı etme sebeplerinin birçoğunun millî güvenlik ve kamu düzeniyle doğrudan bağlantılı olduğu görülebilir³¹. Örneğin, terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi olma bu mahiyette bir sınır dışı etme sebebidir (md. 54/1(b)). Hatta kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma, sınır dışı sebepleri arasında özel olarak yer almaktadır (md. 54/1(d)). Bu bakımdan, mavi

²⁵ ERDEM, s. 254-255.

²⁶ CİN, Mustafa: "Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye'de Çalışma Hakkı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 2004, s. 347; TURHAN, s. 58.

²⁷ GÜNGÖR, s. 200.

²⁸ Aynı yönde bkz. AYGÜL, s. 43.

²⁹ Aynı yönde bkz. GANİYEVA, Salimya: "Mavi Kartlıların Türkiye'de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 382; SÜZEN, Begüm: "Özel Statülü Yabancıların Türkiye'de Görülen Kişi Hâllerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 2, 2023, s. 1498, dn. 39; ÖZTÜRK, s. 970; AYBAY, s. 256.

³⁰ AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 252.

³¹ Aynı yönde bkz. CAN, s. 132.

kart sahibi bir kimse, YUKK md. 54/1 uyarınca hakkında sınır dışı etme kararı alınması gereken bir durumdaysa, sınır dışına dayanak teşkil eden gerekçenin millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacıyla örtüşmesi şartıyla Türkiye'den sınır dışı edilmesinde bu açıdan bir engel bulunmamaktadır³².

Mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınabileceği yönünde bir diğer dayanak, kanun koyucunun sınır dışı etme sebebi bulursa dahi hakkında sınır dışı etme kararı verilemeyecek yabancıları saydığı düzenlemedir. YUKK md. 55'te ve buna bağlı olarak YUKK Uygulama Yönetmeliği md. 52'de ayrıntılı şekilde sayılan hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılara bakıldığında, mavi kart sahiplerinin bu listeye dâhil edilmediği görülür. Bu tercihin mavi kartlıların sınır dışı yasağına tâbi tutulamayacağını gösteren önemli bir gerekçe teşkil ettiği kanısındayız³³. Bununla birlikte, mavi kartlılar, YUKK md. 55 ve YUKK Uygulama Yönetmeliği md. 52'de sayılan sınır dışı etme kararı alınmasına engel hâllerden birini haizse haklarında bu yönde bir karar alınamaz.

Sınır dışı etme konusunda mavi kartlıların vatandaş muamelesi görmemesi gerektiği konusunda bir diğer dayanak mavi kart statüsünün getiriliş amacıdır. Amaçsal yorum bağlamında değerlendirilmelidir ki, mavi kart statüsü, sahiplerine ikamet ettikleri yabancı ülkelerde o devletin vatandaşı sıfatıyla yaşamlarını devam ettirirken, aynı zamanda Türkiye ile olan bağlarının muhafazasına vesile olan haklardan örneğin ülkeye giriş, ülkede ikamet, seyahat, çalışma, taşınmaz alım satımı, miras, ticarî faaliyette bulunma gibi konularda vatandaş muamelesi görme imkânı sunar. Aksine, kanun koyucunun niyeti, Türkiye'den sınır dışı edilmesini gerektiren bir hâl içinde bulunan mavi kartlılara bu hususta diğer yabancılardan farklı bir imtiyazlı statü tanıyarak ülkede kalmalarını temin etmek olmasa gerek. Bu sebeple, mavi kartlıların sınır dışı edilmesi, kanun koyucu tarafından öngörülen şartların gerçekleşmesi

³² Mavi kartlıların sınır dışı edilmelerinin yalnızca YUKK md. 54/1(d) uyarınca mümkün olduğu; diğer sınır dışı sebepleri bakımından sınır dışı yasağına tâbi oldukları yönünde aksi yönde bir görüş için bkz. **TÜYSÜZ**, s. 87.

³³ Aynı yönde bkz. **ÖZTÜRK**, s. 970; **GANIYEVA**, s. 382.

koşuluyla mümkün olmalıdır. Nitekim uygulamada da mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınabilmektedir. Örnek bir olayda, doğumla Türk vatandaşı olup da izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan bir mavi kartlı hakkında kasten adam öldürme suçundan mahkûm olduğu yirmi beş yıl hapis cezasını çektikten sonra sınır dışı etme ve Türkiye'ye giriş yasağı kararları alınmıştır. Bununla birlikte, söz konusu kararların iptali istemiyle açılan davanın kabulü üzerine verilen iptal kararının Danıştay 10. Dairesi'nce onanması üzerine davalı idarece yapılan karar düzeltme talebine ilişkin incelemede bu istemin reddine karar verilmiştir³⁴.

C. Suçluların İadesi Bakımından

Suç ve suçlularla mücadelede uluslararası iş birliğinin önemli örneklerinden biri de şüphesiz suçluların iadesi müessesesidir. Bu yolla, bir ülkede suç işlediği iddia edilen/işleyen kişinin, hakkında soruşturma açılmadan veya açılmış olan soruşturma veya kovuşturma tamamlanmadan yahut işlediği suçtan mahkûm edildikten sonra başka bir ülkeye kaçmış olması hâlinde, suçun işlendiği iddia edilen/işlenen ülkede yargılanması veya cezasının infaz edilmesi için geri verilmesi temin edilmektedir³⁵.

Vatandaşların da belli şartlarda iadesinin mümkün olduğu istisnâî durum bir yana, iade talebinin süjesi yabancılardır. Dolayısıyla suçluların iadesi kapsamında geri verilmesi istenen kişinin iade talebinin yöneltildiği devletle vatandaşlık bağının kural olarak bulunmaması gerekir. Vatandaşın suçluların iadesi yasağına tâbi olmasına ilişkin kural, gerek Anayasa'da (md. 38/11) gerek Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbir-

³⁴ Anılan kararda geçen karşı oy gerekçesinde ise, davacının durumunun TVK md. 28/1'de ifade edilen kamu düzenini ihlal ve tehdit eder mahiyet arz etmesi gereğiyle yetkili idarî makamın almış olduğu sınır dışı etme ve giriş yasağı işlemlerinde bir hukuka aykırılık olmadığına dikkat çekilmiş; bu sebeple davalı idarenin karar düzeltme isteminin kabulü ile dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiğine işaret edilmiştir: Danıştay 10. Dairesi, 18.01.2021, E. 2016/3721, K. 2021/56 (Lexpera, Erişim Tarihi: 01.02.2024).

³⁵ Suçluların iadesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ULUTAŞ**, Ahmet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 25 vd.

liği Kanunu'nda (md. 11/1(a)) açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, bir Türk vatandaşının yabancı bir ülkede işlediği suç nedeniyle yargılanması veya hakkında hükmedilen cezanın infazı için yabancı bir devlete geri verilmesi mümkün değildir. Ancak bu kuralın istisnası, iade talebinin Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler kapsamında kalmasıdır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti, Uluslararası Ceza Divanı Statüsüne henüz taraf olmadığı için vatandaşın iadesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Türk hukuku açısından hakkında iade kararı alınabilecek kişilerin yabancı olmalarının zorunluluk arz etmesi bağlamında, mavi kartlıların durumu belirsizdir. Zira konuya ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu sebeple mavi kartlıların suçluların iadesi kapsamında geri verilmelerinin mümkün olup olmadığı TVK md. 28 uyarınca yorumlanabilir. Yukarıda sınır dışı etme konusunda da vurguladığımız üzere, kanun koyucunun mavi kartlıları yabancılar hukuku hükümlerine tâbi tuttuğu dört istisnâ hâl arasında kişi dokunulmazlığı yer almadığından, mavi kartlıların da suçluların iadesinde Türk vatandaşları gibi iade yasağı korumasından yararlanabileceği sonucuna lafzî yorumla varılabilir. Bununla birlikte, tıpkı sınır dışı etmede olduğu gibi konuya salt lafzî yorumla yaklaşmanın doğru olmadığı kanısındayız.

Uygulamada mavi kart sahiplerinin suçluların iadesi yasağına tâbi olup olmadığına ilişkin tartışmalar özellikle Almanya'nın Türkiye'den mavi kartlı bir Alman vatandaşını iade talebiyle gündem olmuştur³⁶. Talebe konu olayda 403 sayılı mülga TVK'nın yürürlükte olduğu dönemde Alman vatandaşlığını kazanan ve çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan bir kişi hakkında Almanya'da açılan soruşturmaya dayanılarak Almanya tarafından Türkiye'den iade talebinde bulunulmuştur. Ancak iadesi istenen kişi, özel statülü yabancı olduğunu ileri sürerek Türk vatandaşları gibi iade yasağına tâbi olduğu gerekçesiyle geri veri-

³⁶ Anılan iade talebi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ULUTAŞ**, Ahmet: "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 205 vd.

lemeyeceği yönünde itirazda bulunmuştur. Bunun üzerine, konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için Adalet Bakanlığı'ndan görüş istenmiştir. Adalet Bakanlığı bildirmiş olduğu görüşte, Anayasa'nın 38. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 18. maddesinin 2. fıkrasında Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hâriç olmak üzere, Türk vatandaşının yabancı bir ülkeye iade edilemeyeceğinin öngörüldüğünü, söz konusu düzenlemenin yalnızca Türk vatandaşlığına sahip olanları kapsadığını, Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip şahısların bu kapsamda mütalaa edilemeyeceğini, 403 sayılı TVK'nın 29. maddesi uyarınca çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ikamet, seyahat, çalışma, miras ve taşınmaz mal iktisabı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceğinin öngörüldüğünü, bu hükmün daha ziyade bu durumdaki kişilerin ülkemizdeki ikamet ve seyahatleri ile ilgili olduğunu ve Türk vatandaşının başka ülkeye iade edilmemesine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeden yararlanma hakkı vermediğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda, iade talebini inceleyen Konya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise, yerel mahkemenin kararını onamıştır. Akabinde, iadesi talep edilen mavi kartlının Bakanlar Kurulu tarafından Almanya'ya geri verilmesine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere, suçluların iadesi konusunda merkezî makam olan Adalet Bakanlığı'nın mütalaaası, mavi kart sahiplerinin özel statülü yabancı olarak yararlandığı imtiyazların kapsamında iade yasağının bulunmadığı yönündedir. Kanımızca da yerinde olan bu görüş gereğince, mavi kartlıların suçluların iadesi için öngörülen şartların mevcut olması ve yetkili makamın iade yönünde karar alması durumunda, suç işlediği iddia edilen/işlenen devlete geri verilmesinde bir engel bulunmamaktadır³⁷. TVK md. 28/1'de mavi kartlıların Türk vatandaşlarıyla aynı şart-

³⁷ Aynı yönde bkz. **TURHAN**, Faruk: "Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

larda yararlanmaya devam edeceği hakların kullanılmasında millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin saklı olduğunun açıkça ifade edilmesi bu görüşü destekler mahiyettedir. Suç ve suçlularla mücadelenin bir gereği olarak, yabancı bir ülkede suç işlediği iddia edilen veya işlediği suçtan ceza almış bir kimsenin yargılanmaktan ya da cezasının infazından kaçmak için Türkiye'ye gelmesinin millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasıyla yakın bağlantısı olduğu inkâr edilemez. Yabancı bir ülkede suç işlediği iddia edilen/işleyen bir kimsenin yabancı devlet vatandaşı olmadan önce vatandaşı olduğu Türkiye'ye kaçarak iade yasağından yararlanmasına imkân verecek bir sonuç, kanun koyucunun bu düzenlemeyi çıkarma saikiyle bağdaşmaz³⁸. Bu sebeple, mavi kartlıların kişi dokunulmazlığına sahip olmakla birlikte, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler dikkate alınarak, suçluların iadesi konusunda yabancı muamelesine tâbi tutulup haklarında geri verme kararı alınmasında kural olarak bir engel yoktur. Kaldı ki yalnızca vatandaşların iade yasağına tâbi olduğuna ilişkin düzenlemeyi haiz bir Anayasal dayanak bu sonuca vardırılmazda önemli bir gerekçedir³⁹.

Son olarak belirtilmelidir ki, bazı hukuk sistemlerinde vatandaşların dahi suçluların iadesi kapsamında suç işlediği iddia edilen/işlediği devlete geri verilmesi kabul edilmekte iken ve dahi Türk hukukunda da henüz Uluslararası Ceza Divanı Statüsüne taraf olunmadığı için vatandaşın iadesi yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, Anayasa'ya ve Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'na dâhil edilmek suretiyle gelecekte bu yönde işlem tesis edilmesi hazırlıkları yapıldığı dikkate alındığında, özel statüde de olsa neticede bir yabancı olan mavi kartlıların suçluların iadesi konusunda Türk vatandaşı muamelesi görmesi amaçsal yorum açısından mantıklı görünmemektedir.

Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 62; DOĞAN / YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, *Yabancılar Hukuku*, s. 133; ÖZTÜRK, s. 969; GANIYEVA, s. 384.

³⁸ Benzer yönde görüş için bkz. ULUTAŞ, *Mavi Kartlı*, s. 204.

³⁹ Aynı yönde bkz. TURHAN, s. 62. Mavi kartlıların iadenin şartları mevcut olmasına rağmen salt TVK md. 28'in kendilerine tanıdığı özel statü gerekçesiyle talepte bulunan devlete geri verilmemesinin Türkiye'nin uluslararası hukukî sorumluluğuna yol açabileceğine ilişkin bir görüş için ayrıca bkz. CAN, s. 164-165.

SONUÇ

Türk hukukunda doğumla Türk vatandaşı olup da izin alarak Türk vatandaşlığından çıkanlar ve bunların üçüncü dereceye kadar olan alt-soyları özel statülü yabancı kabul edilmektedir. Buna göre, mavi kartlılar seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme, askerlik hizmeti yapma ve bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Ancak kanun koyucu, mavi kartlıların kendilerine tanınan haklardan aynen Türk vatandaşı gibi yararlanması hususunda millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümleri saklı tutmuştur.

Türk hukukunda kişi dokunulmazlığı konusunda vatandaşla yabancı arasındaki eşitliği bozan sınır dışı ve suçluların iadesi bakımından mavi kartlıların durumu hakkında açık bir hüküm yoktur. Sınır dışı etme ve suçluların iadesi bağlamında geri verme kararlarının yalnızca yabancılar hakkında alınması, başka bir ifadeyle vatandaşların sınır dışı ve iade yasağına tâbi olması, özel statülü yabancı olarak nitelendirilen mavi kartlıların durumunu tartışmaya açmaktadır. Bununla birlikte, her iki yasağın da mavi kartlılar için uygulama bulamayacağı kanısındayız. Zira TVK md. 28/1’de ifade edilen “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır” hükmü, anılan maddenin etki alanını sınırlandırmaktadır.

Sınır dışı açısından bakıldığında, kanun koyucunun öngördüğü sınır dışı sebeplerinin birçoğunun millî güvenlik ve kamu düzeniyle doğrudan bağlantılı olduğu görülebilir. Bu sebeple mavi kartlılar, YUKK md. 54/1’de sayılan sınır dışı sebeplerinden birini haizlerse, sınır dışı etme kararına dayanak teşkil eden gerekçenin millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacıyla örtüşmesi şartıyla Türkiye’den sınır dışı edilmelerinde bu açıdan bir engel yoktur. Nitekim YUKK md. 55’te ve buna bağlı olarak YUKK Uygulama Yönetmeliği md. 52’de belirtilen hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılar arasına mavi kartlılar dâhil edilmemiştir. Kaldı ki, mavi kart statüsünün getiriliş ama-

cı, sınır dışı etme konusunda mavi kartlıların vatandaş muamelesi görmemesi gerektiğini ortaya koyar niteliktedir. Meseleye amaçsal yorumla bakıldığında, mavi kart statüsünün tanınmasındaki temel saikin bunu doğrular mahiyette olduğu görülebilir.

Mavi kartlıların suçluların iadesi bağlamında yabancı bir ülkeye geri verilmesi konusunda da sınır dışı etmede olduğu gibi yabancı muamelesi görmesi gerektiği kanısındayız. Suç ve suçlularla mücadelenin bir gereği olarak, yabancı bir ülkede suç işlediği iddia edilen veya işlediği suçtan ceza almış bir kimsenin yargılanmaktan ya da cezasının infazından kaçmak için Türkiye'ye gelmesi, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasıyla yakın bağlantılıdır. Bu sebeple, mavi kartlıların kişi dokunulmazlığına sahip olmakla birlikte, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler dikkate alınarak, haklarında iade kararı alınmasında bu açıdan bir hukukî engel yoktur. İşlediği suçtan dolayı yargılanmamak veya cezasının infazını engellemek amacıyla Türkiye'ye gelen bir mavi kartlının iade yasağından yararlandırılması, amaçsal yorum açısından kanun koyucunun benimsediği bir sonuç olamaz.

Belirtilmelidir ki, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerinin kanun hükümleri karşısında öncelikle uygulanması kuralının anayasal bağlamda kabulü, sınır dışı ve suçluların iadesi gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili hususlarda taraf olunan milletlerarası sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektirir. Bu sebeple, böyle bir taahhüdün taraf olunan bir milletlerarası sözleşmede yer alması hâlinde de mavi kartlıların sınır dışı edilmesinde ve iadesinde bir tereddüt yaşanmamalıdır.

KAYNAKÇA

- ALTINTAŞ**, Elif Hande: "Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2019, s. 391-434.
- AYBAY**, Rona: "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2003, s. 141-172 (İnsan Hakkı).
- AYBAY**, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2007 (Yabancılar Hukuku).

- AYGÜL**, Musa: “Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, 2010, s. 31-60.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK**, Gülüm: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 211-258.
- CAN**, Hacı: Mavi Kartlı Yabancılar, 2. Baskı, Ankara 2023.
- CİN**, Mustafa: “Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye’de Çalışma Hakkı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 2004, s. 337-352.
- ÇATAKLI**, Ahmet Onur: “Şahsî Eşyayı Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu”, Gümrük Ticaret Dergisi, C. 7, S. 22, 2020, s. 12-31.
- ÇELİKEL**, Aysel / **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli: Yabancılar Hukuku, 27. Baskı, İstanbul 2022.
- DOĞAN**, Vahit / **YILMAZ**, Alper Çağrı / **AYHAN İZMİRLİ**, Lale: Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2023 (Vatandaşlık Hukuku).
- DOĞAN**, Vahit / **YILMAZ**, Alper Çağrı / **AYHAN İZMİRLİ**, Lale: Türk Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023 (Yabancılar Hukuku).
- EKŞİ**, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018.
- ERDEM**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2022.
- GANIYEVA**, Salımya: “Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 361-388.
- GÜNGÖR**, Gülin: Tâbiyet Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2022.
- NOMER**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Baskı, İstanbul 2021.
- ÖZTÜRK**, Necla: “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, Public and Private International Law Bulletin, C. 41, S. 2, 2021, s. 955-978.
- SÜZEN**, Begüm: “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 2, 2023, s. 1490-1520.
- TARMAN**, Zeynep Derya: “Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurt Dışında Yaşayanların Özel Hukuki Statüsü”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildiri Kitabı (Ed. Kay Hailbronner / Bilgin Tiryakioğlu / Esin Küçük / Katja Schneider), Ankara 2010, s. 206-230.
- TURHAN**, Faruk: “Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işı-

ğında Bir Değerlendirme", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 1-87.

TURHAN, Turgut: "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK. md. 29 üzerine bir inceleme)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, 1997, s. 41-65.

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: "Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi Kart" Uygulaması)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011, s. 153-194.

TÜYSÜZ, Cemre: Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi, İstanbul 2023.

ULUTAŞ, Ahmet: "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 177-210 (Mavi Kartlı).

ULUTAŞ, Ahmet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, 1. Baskı, Ankara 2012 (Suçluların Geri Verilmesi).

YATIRIM KURULUŞU HAKKINDA TAZMİN VE TEDRİCİ TASFİYE KARARI VERİLMESİNİN SONUÇLARI

Doç. Dr. Sefer OĞUZ*

ÖZET

Kanun koyucu 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununu (SerPK) bu piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işlemesi ve gelişmesini sağlamak amacıyla ihdas etmiştir. Bu kanundaki amaçlardan bir diğeri de yatırımcının hak ve menfaatlerinin korunması ve sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir (SerPK m. 1).

Kurul yatırımcıları korumak amacıyla iki durumun tespitinden itibaren üç ay içinde tazmin kararı alabilir. Bunlardan ilki, yatırım kuruluşunun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğünü yerine getirememesidir. İkincisi ise yatırım kuruluşunun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğünü kısa sürede yerine getiremeyeceğinin anlaşılmasıdır (SerPK m. 82).

Kurulun aldığı bu tazmin kararı kamu tüzel kişiliğine sahip YTM tarafından yerine getirilir. YTM bu tazmini, yatırım kuruluşlarının giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidatlar ile yatırımcıların son işlem tarihinden itibaren on yıl aranmayan emanetlerinin devredildiği varlıkların toplandığı bütçesinden yapar (SerPK m. 83, f. 2-4).

Tazmin talebinin kapsamı yatırımcılara ait olan ve yatırım hizmeti veya faaliyeti yahut yan ödemeleri ile bağlantılı olarak yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme yahut sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan talepler oluşturur (SerPK m. 84, f. 1). Yatırımcının fiyat hareketlerinden kaynaklanan zararı tazmin kapsamında değildir (SerPK m. 84, f. 2). Bu bağlamda 2024 yılı itibari ile her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı 1.143.379 TL olarak belirlenmiştir.

* Doç. Dr. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: sefer.oguz@gmail.com. ORCID: 0000-0003-4079-9665.

Hakkında tazmin kararı verilen yatırım kuruluşunun yatırımcıları, tazmin taleplerini yazılı olarak yapmaları gerekir. Bu yazılı olma geçerlilik şekli olarak öngörülmüştür. Tazmin talebinin, tazmin kararının ilan edilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılması gerekir. Bu süre içinde yazılı tazmin talebinde bulunmayan yatırımcıların hakkı zamanaşımı def'i ile karşılaşabilir (SerPK m. 85, f. 1).

YTM tazmine hak kazanan yatırımcıları ve tazmin tutarlarını belirleyerek üç ay içinde ödemeleri gerçekleştirmek zorundadır. Bu üç aylık süre YTM tarafından Kurulun onayı ile en fazla üç ay daha uzatılabilir (SerPK m. 85, f. 2). Bu kapsamda, önce yatırımcılar adına saklanan sermaye piyasası araçları hak sahiplerine dağıtılır. Yatırımcıların tazmin taleplerinin tutarları, karşılanmayan nakit ödeme ve sermaye piyasası iade yükümlülükleri üzerinden hesaplanır. Sermaye piyasası buldukları her bir hesapta yerine getirilmeyen yükümlülükler mahsup edilir. Tazmin tutarı, kanuni ve akdi şartlar uyarınca yatırım kuruluşu mahsup ve tazmin talepleri dikkate alınarak belirlenir (SerPK m. 85, f. 3). YTM tazmin ettiği tutarların toplamı kadar tedrici tasfiyede yatırımcıların kanuni halefi haline gelir (SerPK m. 85, f. 4).

YTM'nin tazmin sürecinin tamamlandığının bildirmesi üzeri Kurul tazmin sürecini kapatma kararı verir. YTM tazmin sürecinin sonuçları ile birlikte hakkında tedrici tasfiyenin veya iflasın yararlı olup olmayacağına dair gerekçeli görüşünü Kurula sunar (SerPK m. 85, f. 4). Kurul tazmin sürecinin kapanması kararı ile birlikte tedrici tasfiye kararı da verebilir. Bu karar ile tedrici tasfiye işlemleri YTM tarafından yürütülür. Kurul tarafından hakkında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşunun organlarının görev ve yetkileri, tedrici tasfiye kararı alınmasından itibaren sonuçlanıncaya kadar YTM geçer (SerPK m. 86, f. 1). Hakkında tedrici tasfiye kararının alınmasından sonra yatırım kuruluşuna ödemeler durur. Bu YK malvarlığı üzerindeki tasarrufa tek yetkili YTM olarak belirlenmiştir (SerPK m. 86, f. 4).

Anahtar Sözcükler; Sermaye piyasası, Yatırımcı Tazmin Merkezi, Yatırım kuruluşu, Yatırım araçları, Yatırımcı, Tazmin

RESOLUTION OF THE INVESTMENT FIRMS THAT ARE DECIDED TO BE COMPENSATED AND GRADUAL LIQUIDATION

ABSTRACT

The legislator established Capital Market Law numbered 6362 (CML) aiming for capital markets to function and develop in a secure, transparent, efficient,

stable, fair, and competitive environment. Another purpose of this Law is, to protect the rights and interests of investors (CML Art. 1).

For the purpose of safeguarding the investors, the Board may decide to compensate the investors within three months when two situations occur. The first situation is, investment firms being unable to fulfill their obligations regarding cash payment or capital market instruments delivery. The second one is the recognition of investment firms being not able to fulfill their obligations regarding cash payment or capital market instruments delivery within a short period of time (CML Art. 82).

The Board's compensation decision is carried out by the ICC which acquires legal personality. The ICC provides this compensation from the revenue that consists of entrance fees, annual fees, additional fees of investment firms, and not claimed deposits from investors that are not claimed and collected within ten years starting from the date of the last claim (CML Art. 83, p. 2-4).

The scope of compensation consists of claims arising from failure to fulfill cash payment or capital market instrument delivery obligations concerning assets belonging to investors kept or managed by investment firms in the name of the investor concerning investment services and activities or ancillary services (CML Art. 84, p.1). Losses occurred by investors due to investment advice or price movements in the market are not included in the coverage of compensation. (CML Art. 84, p.2). Within this context, as for the year 2024, the maximum compensation amount to be paid to each investor is determined as 1.143.379 Turkish Liras.

The compensation claim must be demanded in a written form by the investors of the investment firms that are decided to be compensated. This is designated as a form of validity. The compensation claim must be demanded within a one year after the announcement of the compensation decision. The right of the investors who do not make a written compensation claim during this period shall lapse (CML Art. 85, p.1).

The ICC is obliged to make necessary arrangements to compensate as soon as possible the investors who have been entitled to compensation and to make payments within three months after determining the right holders and compensation amounts. This period of three months may be extended for a maximum of three months with the approval of the Board (CML Art. 85, p.2). Within this context, primarily, the capital market instruments held on behalf of investors

are distributed to the rightful owners. The amounts of investor compensation claims shall be calculated based on unmet cash payment and capital market re-fund obligations.

The investment firm which acquire the capital market instruments are deducted for unfulfilled clearing obligations on the basis of each of every account. The compensation amount shall be determined within the consideration of deduction and compensation requests of investment firms based on legal and contractual conditions (CML Art. 85, p.3). The ICC shall be the legal successor of the investor's compensation amount that is gradual liquidation up to the total amount compensated (CML Art. 85, p.4).

After the completion of the investor compensation process, the Board shall decide to close the compensation process upon the notification of the ICC. The ICC shall present the results of the compensation process to the Board along with its reasoned proposal on whether requesting the gradual liquidation or bankruptcy of those about whom an investor compensation decision had been taken is beneficial or not (CML Art. 85, p.4). The Board may also take the decision of gradual liquidation along with the decision to close the compensation process. With this decision gradual liquidation operations shall be conducted by the ICC. The duties and authorities of the statutory bodies of those about whom a gradual liquidation decision has been taken by the Board shall be fulfilled by the ICC starting from the gradual liquidation decision until the finalization of the liquidation (CML Art. 86, p.1). After the gradual liquidation of the investment firm is decided, payments shall be suspended. the ICC will solely have authorized of the disposition of the assets of investment firm. (CML Art. 86, p.4)

Keywords: The capital market, Investor Compensation Centre, Investment institution, Capital market instruments Investors, Compensation.

I. GİRİŞ

Sermaye piyasaları ekonomik kalkınma ve büyümeye fon sağlamada aracılık yaptığından önem arz eder. Sermaye piyasası, dar anlamda uzun vadeli fon arz edenler ile talep edenlerin karşılaştığı organize piyasadır. Geniş anlamda ise tasarrufların yatırımlara yöneltilmesi faaliyetlerini ve bu faaliyetleri yürüten kurumları içerir¹. Sermaye piyasası, işlet-

¹ Karababa, Serdar; Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara 2001, s. 21.

melere Bankacılık Piyasasına nazaran daha uzun vadeli fon sağlamak ve yatırımcıları korumak maksadı ile kurulmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun² (SerPK) m. 82, 84 ve 85’de yatırımcıların tazmini düzenlenmiştir. Yatırım şirketinin tedrici tasfiyesi ise SerPK m. ve 86’da sorumluluklar ise SerPK m. 97’de düzenlenmiştir. Kurul, Yatırımcıların Tazmini İle Tedrici Tasfiye Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelikte³ (YTTTUEHY) yatırımcıların tazmini ve tedrici tasfiye işlemlerine ilişkin usul ve esasları tanzim etmiştir. Tedrici tasfiye yatırımcıların korunması⁴ ve sermaye piyasalarına duyulan güvenin devamını sağlamak maksadı ile getirilmiş özel bir tasfiye usulüdür. Kurulun yatırımcıların tazminine ve yatırım kuruluşunun tedricine karar verme görev ve yetkisine sahiptir.

Kurulun sorumlulukları bulunan kişiler hakkında iflas istenmesi konusu tek başına bir araştırma konusu olabileceğinden çalışmamızın kapsamına dahil edilmemiştir (SerPK m. 89).

II. YATIRIMCININ TAZMİNİ VE TEDRİCİ TASFİYESİNDE SUJELER İLE KONUSU

A. Sermaye Piyasası Kurulu

Sermaye piyasaları yatırımcıların güveninin kazanılması ile gelişip büyüyecek pazarlardır⁵. Sermaye Piyasası Kurulu, SerPK’da verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğine haiz idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız idari otoritedir. Kurul, karar organı ile icra organı olan başkanlıktan oluşur (SerPK m. 117, f. 1). Kurulun esas görevi piyasada şeffaflık, güven ve istikrarı sağlamak maks-

² 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, RG:30.12.2012, S. 285513.

³ Yatırımcıların Tazmini İle Tedrici Tasfiye Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG, 29. Mart 2014, S. 28956.

⁴ Doktrinde sadece yatırımcıların korunması amacı eleştirilmekte bütün tarafların korunması yönünde düzenleme yapılması önerilmektedir. Bkz. **Özbek**, Mustafa S.: “Sermaye Piyasası Kanununa göre Aracı Kurumların Tedrici Tasfiyesi ve İflası”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. II, Ankara 2004, s. 1465.

⁵ **Gündoğdu**, Aysel/ **Kılıç Depren**, Serpil/ **Kartal**, Mustafa Tevfik; “Türkiye’de Yatırımcı Hakları ve Yatırımcıların Korunmasına Yönelik Bir Araştırma”, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 2017, C.2, S. 1, s. 24.

dıyla düzenleme ve denetleme yapmaktır. Kurulun görevlerinden birisi de yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumaktır⁶.

Kurula yatırımcıların hak ve tasarruflarının korunması⁷ maksadıyla piyasanın açıklık ve güvenlik içinde çalışması için gerekli önlemleri almak görev ve yetkisi de verilmiştir⁸.

B. Yatırımcı

Yatırımcılar sermaye piyasasının zorunlu sujesi ve temelini teşkil eder⁹. Yatırımcı, bağımsız hareket ederek, mevduata göre daha fazlasını risk alarak en iyi getiriye elde etmek maksadıyla tasarrufları ile sermaye piyasası araçları (SPA) satın alan kişi, kurum ve işletmelere denir¹⁰. Yatırımcının ihraççının arzına bağlı olarak aldığı menkul kıymete göre farklı hukuki ilişkiye taraf olur¹¹. Bunlardan ilki, yatırımcı pay senedi alması durumunda ortaklık sıfatını kazanır. İkincisinde ise ihraççının bono, tahvil gibi sabit getiri vaat eden menkul kıymet satın aldığı vadeye bağlı alacak-borçlu ilişkisi kurulur¹².

C. Yatırımcı Tazmin Merkezi

Kurulun aldığı bu tazmin kararı kamu tüzel kişiliğine sahip YTM tarafından yerine getirilir¹³. YTM kanunla kurulmuş, yatırımcıları korumak maksadıyla kamu kudretini kullanma hak ve yetkisi ile donatılmış-

⁶ Memiş, Tekin/ Turan, Gökçen; Sermaye Piyasası Hukuku, 6. B, 2023, s. 235.

⁷ Aytac, Zühtü; Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?, Perşembe Konferansları 12, Ankara 2001, s. 3-16. www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 07.04.2024).

⁸ Özbek, s. 1466.

⁹ Gündoğdu/ Kılıç Depren, / Kartal, s. 22.

¹⁰ Karababa, s. 41.

¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tanör, Reha; Türk Sermaye Piyasası, C. I Taraflar, İstanbul 1999, s. 135-188.

¹² Yatırımcının tasnifi konusunda bkz. Çetin, Nusret: Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. XC, Y. 2011, S. 1, s. 6.

¹³ Adıgüzel, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, 2. B, Ankara 2018, s. 297. Yazar aynı tüzel kişiyi ifade etmek için "Yatırımcıları Tazmin Merkezi" ibaresini kullanmış ise de bu kanuni bir terim değildir. Kanuni terim kavramın ilk kullanıldığı yer Tanımların düzenlendiği SerPK m. 3, f. I-y'de ve sonrasında SerPK m. 83 başlığı "Yatırımcı Tazmin Merkezi"dir.

tır¹⁴. Yatırım kuruluşu faaliyeti gösterecek olan bütün şirketler veya bankaların YTM'ye katılması zorunludur¹⁵. YTM bu tazmini, yatırım kuruluşlarının giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidatlar ile yatırımcıların son işlem tarihinden itibaren on yıl aranmayan emanetlerinin devredildiği varlıkların toplandığı bütçesinden yapar (SerPK m. 83, f. 2-4). Ancak YTM kamu tüzel kişiliğine haiz olmasına rağmen mali idari ve özerkliğe sahip değildir. Kanun koyucu YTM çalışanlarına tazmin sürecinde açılacak ceza ve sorumluluk davalarında hukuki koruma da getirmiştir (SerPK m. 97, f. II).

YTM'ye tedrici tasfiye sürecindeki işlemlerinde geniş bir takdir hakkı tanındığını söyleyebiliriz¹⁶. Bu kapsamda YTM yatırım kuruluşlarının, yatırımcılara haklarını ödeyememe riskine karşı, kanunen elde ettiği gelirlerle onların zararlarını belli bir tutara kadar karşılamakla görevli kendine özgü kamu sigorta sistemi olduğunu söyleyebiliriz¹⁷.

D. Yatırım Kuruluşları

Tazmin ve tedrici tasfiyenin konusu SPA'larıdır. Yatırım kuruluşu¹⁸, yatırım hizmet faaliyetinde bulunmak üzere kurulabilen ve kanunda kuruluş şartları belirtilen anonim şirketler ile bankalar olarak tanımlanabilir (SerPK m. 43). Yatırım kuruluşları üçlü bir tasnife tabi tutulabilir (SerPK m. 3). Bunlardan ilki ve en çok bilineni aracı kurumlardır¹⁹. İkincisi, yatırım hizmet ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları kurulca belirlenen sermaye piyasası yatırım fonlarıdır²⁰ (SerPK

¹⁴ **Kaytaz**, Ali İhsan: "6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanuna Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi", Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 1629.

¹⁵ Karababa, s. 41.

¹⁶ **Tevetoğlu**, Mete; Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedrici Tasfiye (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2005, s. 97.

¹⁷ **Kaytaz**, Ali İhsan; 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 1633.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Turanboy**, Asuman; Yatırım Kuruluşları, 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu 6-7 Haziran 2013, Batider, Ankara 2017, s. 83-100.

¹⁹ Aracı kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Sorumluluğu, Ankara 2004.

²⁰ **Günel/Vural**, **Okat**/Yalçın Özge; Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 2021, s. 38.

m. 35). Üçüncüsü ise 5411 sayılı Bankacılık kanununa tabi bankalardır. Bu kurumların yatırım hizmet ve faaliyetlerini düzenli uğraşı, ticari ve mesleki faaliyet olarak icra edebilmeleri için Kuruldan faaliyet izni almaları zorunludur (SerPK m. 39). Bu bağlamda yatırım hizmet ve faaliyetleri SerPK m. 37'de yan hizmetler de SerPK m. 38'de sınırlanmaksızın sayılmıştır.

Bu kapsamda tazmini gerektirecek yatırım hizmetler arasında üçlü bir tasnif yapabiliriz (SerPK m. 37). Bunlardan ilki, SPA halka arzında yüklenimde bulunarak ve bulunmayarak halka arza ile ikinci piyasada alım satıma aracılık etmek. İkincisi SPA'nı müşteri adına saklamak ve yönetmek. Nihayet üçüncüsü ise portföy saklamasıdır. Bu işlemlerde yatırımcılar tasarruflarını SPA'lara yatırarak, yatırım kuruluşlarının zilyetliğine terk etmektedirler²¹.

E. Sermaye Piyasası Araçları

Kanun koyucu SPA'ların tanımını vermiştir. Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarıdır (SerPK m. 3, f. V). Bu tanımdan SPA'larının sınırlı sayıda olmadığını söylebiliriz. Menkul kıymet ise para, çek, bono ve poliçe dışında satın alma veya satma yahut birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçlar olarak tanımlanmıştır (SerPK m. 3, f. u-1). Nihayet türev araçlar da menkul kıymetler dışında Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer türev araçlar olarak tanımlanabilir (SerPK m. 3, f. u).

III. KURULUN YATIRIMCININ TAZMİNİNE KARAR VERMESİ

Yatırımcının tazmini ve tedrici tasfiye her ne kadar YTM tarafından yürütülse de tamamen birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiş olan süreçlerdir²². Kanun koyucu yatırım kuruluşlarının tasfiyesini TTK sisteminden ayrılarak özel olarak düzenleme gereği hissetmiştir.

²¹ Özbek, s. 1454.

²² Kaytaz, s. 1646.

A. Kurulun Tazmin Kararını Vermesi

Kurul, yatırım kuruluşlarının denetimini meslek personeli vasıtası ile yapar (SerPK m. 88). Kurul, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmet ve faaliyeti (SerPK m. 37) veya yan hizmetlerden kaynaklanan nakit ödeme veya SPA teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi halinde yatırımcıları tazmin kararı alır (YTTTUEHY, m. 5, f. 1). Görüldüğü üzere, tedrici tasfiyeye tabi tutulması için iflas şartı aranmamıştır²³. Tedrici tasfiyeye, Mülga SerPK m. 46/h²⁴'ye göre tedrici tasfiye mali durumları taahhütlerini karşılayamayacak derecede zayıflamış olan yetkileri kaldırılması halinde karar verilebiliyordu²⁵. Kurul, bu kararı, söz konusu durumun tespitinden itibaren üç ay içinde alabilir (SerPK m. 97, f. I; YTTTUEHY, m. 5, f. 2).

Kurul yatırım kuruluşu hakkında verdiği; yatırımcıları tazmin kararını, bu kararların alındığı gün bu şirketin kendisine, YTM, Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketin (MKK)'ya, Borsa İstanbul Anonim Şirketine (BİAŞ), İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketine (Takasbank), Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine ve veri depolama kuruluşuna bildirilir (YTTTUEHY, m. 5, f.4).

Yatırımcıların tazmin hakkından faydalanabilmesi için varlıklarının mülkiyetlerinde kalmaya devam etmesi mecburidir²⁶. Yatırımcıların haklarını gösterir belgelerle birlikte YTM'ye başvurmalarını teminen, tazmin kararlarının ilan edilmesine yönelik işlemler YTM tarafından üç iş günü içinde gerçekleştirilir.

Yatırımcıların YTM'ye başvuru süresi, tazmin süreci ve esasları ilanda belirtilir. (YTTTUEHY, m. 5, f. 5). Bu ilanın şekli ve içeriği YTM tarafından belirlenir (YTTTUEHY, m. 32). İlanda, Kurul tarafından yatırımcıların tazmin kararı ile birlikte yatırım kuruluşunun malvarlığı hakkında iki bu hususa dikkat çekilerek yer verilir (YTTTUEHY, m. 5, f. 5).

²³ Karababa, s. 152.

²⁴ 4487 sayılı Kanununun, 23. maddesi ile mülga SerPK m. 46/A hükmü ile "Yatırımcıları Koruma Fonu" kurulması düzenlenmiştir.

²⁵ Karababa, s. 149.

²⁶ Karababa, s. 152.

Bunlardan ilki, Veri Kuruluşu nezdindeki bilgiler ile kamu tüzel kişileri nezdindeki bilgiler üçüncü kişiler ile paylaşımında Kuruldan izin almak gerekir (SerPK m. 83, f. 3). İkincisi ise, internet üzerinden izinsiz sermaye piyasası faaliyeti yürütüyorsa server yurt içinde ise mahkemeye müracaat ile yurt dışında ise Kurulun başvurusu üzerine Bilgi ve Teknoloji Kurumu tarafından erişim engeli getirebilir (SerPK m. 99, f. 3). Bu işlemin daha sonra mahkeme onayına sunulması ve temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirmesi zorunludur. Zira hesabı olan iyi niyetli kişilerin zarar görmesine sebep olabilir.

Yatırım kuruluşları dışında hem mevduat hemde katılım bankalarının Kurul'dan izin almak kaydı ile yatırım hizmet veya faaliyeti ya da yan hizmetler de faaliyet gösterebilecektir. Bu kapsamda, bu faaliyeti gösteren banka hem 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun hem de SerPK tabi olarak Kurul kararlarına tabi olacaktır. İşte bu nedenle, bir bankanın yatırımcıları için tazmin kararı alındığında bu durum; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna, Türkiye Bankalar Birliğine ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğine bildirilir. (YTTTUEHY, m. 5, f. 4).

Yönetmelik çerçevesinde yapılması gereken ilanlar, YTM tarafından ülke çapında günlük olarak yayımlanan en az iki gazete ve TTSG, KAP ve YTM tarafından uygun görülen diğer yerlerde yapılır (YTTTUEHY, m. 32).

B. YTM'nin Yatırımcıları Hakkında Tazmin Kararı Verilen Yatırım Kuruluşu Malvarlığının Belirlenmesi

YTM tarafından gerekli görülmesi hâlinde, Kurulca hakkında yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşunun ödemelerinin durmasına ve tüm mal varlığı üzerinde sadece kendisi (YTM) tarafından tasarruf edilebilmesine karar verilebilir (YTTTUEHY, m. 6, f. 1). Böylece, YTM yatırım kuruluşuna yapılacak tüm ödemelerin kabul edilmesinde de tek yetkili hale gelir. Yatırımcılar tarafından MKK nezdindeki hesapları üzerinde tesis edilmiş olan blokajlar, YTM'nin talebi üzerine MKK tarafından kaldırılır (YTTTUEHY, m. 6, f. 2). Buunun sonucu olarak

hakkında tedrici tasfiye kararı verilen YK'ya yapılacak ödemelerin YTM dışında üçüncü kişilere yapılması halinde borç sona ermeyecektir²⁷.

Yukarıdaki işlemler BDDK'nın izni ile tazmin kararı verilen bankalar açısından, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve SPA teslim yükümlülükleri açısından uygulanır (YTTTUEHY, m. 6, f. 3).

YTM'nin yatırımcılara ödeme yapabilmesi için tazmin kararı verilen yatırım kuruluşunun YK üyeleri, merkez ve merkez dışı örgütlerinde bulunan yönetici ve personelinden talep edilen elektronik ortamda tutulanlar dâhil her türlü bilgi ve belgeyi ibraz etmek zorundadır (YTTTUEHY, m. 7, f. 2).

YTM'nin ibraz yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumunda, Kurula bildirim yapılır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenler hakkında SerPK m. 111' düzenlenmiş olan bilgi ve belge vermeme, denetimi engelleme" suçu öngörülmüştür (YTTTUEHY, m. 7, f. 3).

C. Yatırımcıların Haklarının Tespiti

Tazmin yapılacak yatırımcı, bu işlemin yapıldığı sırada hak sahibi olduğunu ispat eden kişidir. Bu kişinin yatırım kuruluşunda yatırım amacı ile açılmış hesabı bulunması gerekir. Tazmin sürecinin sağlıklı yapılması maksadıyla sürecin başında ilanla yatırımcılara çağrı yapılır. İlanla yapılan çağrı üzerine yatırımcılar başvurularını belirtilen süre içerisinde YTM'ye, hak sahipliğini ispata yarayan belgelerle birlikte, yazılı olarak yapmak zorundadırlar (YTTTUEHY, m. 8, f. 1). Aksi takdirde başvurular başvurular dikkate alınmayacaktır. Tazmin talebinde bulunma hakkı, tazmin kararının ilanından itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır (YTTTUEHY, m. 8, f. 1).

YTM yatırımcıların hak ve alacaklarının tutarını üç şekilde tespit eder. Bunlardan ilki, YTM, tazmin kapsamında yer alan gerçek hak sahipleri yatırımcılarının alacak ve borç tutarlarını; Kurul, MKK, Takasbank, yatırım kuruluşu, veri depolama kuruluşu, merkezi saklama kuruluşu kayıtları ile alacaklıların yazılı başvuruların ekinde sunulan belge-

²⁷ Özbek, s. 1485.

lerden tespit ederler. Bu inceleme sonucunda güvenilir bulunan diğer bilgi ve belgelere dayanarak da tespit yapılabilir (YTTTUEHY, m. 9, f. 1).

Öncelikle YTM, tazmin kararı alınan yatırım kuruluşunun mali durumunu aktif ve pasiflerin değerlerine bakarak tespit edecektir. Bu kapsamda yatırım kuruluşuna mevzuat gereği verilen emanet varlıklarda aktifinde dahil edilir²⁸. Yatırım kuruluşuna ilişkin tazmin kararının alındığı tarihteki YK üyeleri veya yöneticileri, tazmin kararının ilanı tarihinden itibaren yedi gün içinde, tüm aktif ve pasifin, taahhütlerini, bilanço dışı yükümlülüklerini, taraf olduğu sözleşmeleri ve hukuki ihtilafları, kayıtlarında olsun veya olmasın her türden bilgi dahil olmak üzere, mali durumunu gösteren bir raporu YTM'ye vermekle yükümlüdür. YTM gerekli gördüğü hallerde Kurul onayıyla rapor verme süresini uzatabilir (YTTTUEHY, m. 7, f. 1).

İkinci olarak YTM tazmin kararı tarihi itibarıyla yatırımcı hesabında görülmemeyle birlikte, hak sahibi olduğu kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilenleri kabul eder. Nihayet üçüncü olarak YTM tarafından yatırımcıya ait olduğuna karar verilen nakit ve SPA'ları da birinci fıkra uyarınca yapılacak tespitte dikkate alınır (YTTTUEHY, m. 9, f. 2). YTM'ye bildirilmeyen ve kayıtlardan anlaşılmayan borçlardan sorumluluğu olmayacaktır²⁹.

1. YTM'nin Alacaklılar Cetvelini Hazırlaması

YTM, yatırımcıların alacaklarını tespit ettikten sonra alacaklılar cetveli hazırlar. Yapılacak nakit ödemelere ve SPA teslimlerine esas olmak üzere; yatırım kuruluşunun sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve SPA teslim yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle alacaklı olanlar ve alacak miktarları ile borçlular ve borç miktarlarını gösteren alacaklılar cetveli tazmin kararından itibaren en geç üç ay içerisinde hazırlanır. Bu süre, gerektiğinde YTM önerisi ve Kurulun onayı ile uzatılabilir (YTTTUEHY, m. 10, f. 1).

²⁸ Özbek, s. 1480.

²⁹ Karaman Çoşkun, Özlem; Anonim Ortaklığın Tasfiyesi, Ankara 2015, s. 218.

YTM tarafından alacaklılar cetvelinin veya içerdiği bilgilerin temin edilebileceği yerlere, itiraz süresine ve usullerine, saklama hesaplarındaki SPA'nın dağıtımı ile tazmin kapsamında YTM tarafından yapılacak olan ödemelerin esaslarına ve başlangıç tarihlerine ve borçlu yatırımcıların bu borçlarını ödeme esaslarına ilişkin bilgiler ilan edilir. İlgililer tarafından alacaklılar cetveline kendi alacakları için ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde hak sahipliğini ispata yarayan yazılı belgeler ile YTM'ye itiraz edilebilir. Posta yolu ile yapılan itirazlarda ise otuz günlük süre postaya verilmiş tarihi esas alınarak belirlenir (YTTTUEHY, m. 10, f. 2).

Alacaklılar cetvelinde yer almayan alacakların yaptığı başvurular, tazmin kararının ilanından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde dikkate alınır. Geç kalmadan kaynaklanan masraflar alacaklıya aittir. Alacaklıların bu masrafları peşin olarak ödemeleri talep edilebilir. YTM'nin başvuruları kabul etmesi durumunda alacaklılar cetveline ek cetvel düzenlenir ve YTM yen başvurulara göre hazırlanan ek cetvel ilan edilir. YTM bir yıllık süre geçtikten sonra yapılan başvuruları kabul etmeyecektir (YTTTUEHY, m. 10, f. 3).

2. Alacakların Ödenme Sırası

Alacaklılar cetvelinin kesinleşmesinden sonra SAP'nın dağıtımına ve paraların ödenmesine başlanır. Yatırımcılar adına saklama hesaplarında tutulan SPA hak sahiplerine öncelikli olarak dağıtılır. Dağıtıma konu olan SPA, buldukları her bir hesap bazında ve özellikle yerine getirilmemiş takas yükümlülükleri için mahsup edilir. Bu amaçla yatırımcı hesabında bulunan SPA, münferit hesaplar itibarıyla karşılaştırılır (YTTTUEHY, m. 11, f. 1).

YTM tarafından yapılacak olan ödemelerin esasları ve ödemenin başlangıç tarihleri ve borçlu yatırımcıların borçlarını ödeme ilişkin bilgiler ilan edilir (YTTTUEHY, m. 10, f. 2). Yatırımcılardan ödemelerin esaslarına ilişkin ilanda belirtilen sürede borcunu ödemeyenlere ait SPA'nın dağıtımı, YTM ödememe gerekçesiyle bu araçlar üzerinde TMK m. 950'ye göre hapis hakkı kullanma gerekçesiyle tazmin sürecinin sonuna bırakı-

lır ve yapılan işlemin kapatma kararında belirtilmesi gerekir (YTT-TUEHY, m. 11, f. 2).

YTM tarafından yatırımcıya ödenecek zorunlu miktar üzerinde kalan tutarın üçüncü kişiye devir ve temlik edilmiş olması, yeni devir alana ödeme yükümlüğü doğurmaz (SerPK m. 84, f. V). Bu hükümde temlik veya devir işleminin geçerli olmadığı değil, ödeme yükümlülüğü doğurmadığını ifade etmektedir. Bu kapsamda Kanuni temlik yasağı getirildiğini söylemek zorlama bir ifade olacaktır (TBK m. 183, f. 1).

İlan edilip kesinleşen cetvele uygun olarak dağıtım sırasında yatırım kuruluşunun defter ve hesaplarında yaptığı operasyonel maddi hata ve eksiklikleri nedeniyle, hesaplarda ortaya çıkan hatalar mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan düzeltilecektir (YTTTUEHY, m. 11, f. 3).

Yapılacak ödemelerde, ihtilaf konusu alacaklara ilişkin olarak sadece kesinleşmiş yargı kararları dikkate alınır. Şu kadar ki, alacaklılar cetveline itiraz eden yatırımcıların itirazlarının uygun görülmemesi halinde, itiraza konu olup yatırımcının saklama hesaplarında bulunan SPA, alacaklılar cetvelinin ilanını takip eden dördüncü ayın sonuna kadar aynı hesapta bloke tutulur. İtiraza konu olmayan alacaklar yatırımcıya ödenir. Bu süre içinde bloke SPA'na ilişkin yargı yoluna başvurulduğu yönünde yatırımcılar tarafından YTM'ye bir bilgi ulaştırılmadığı takdirde, bloke edilen SPA yatırım kuruluşunun malvarlığına dâhil edilir. Yargıya başvurulduğu yönünde YTM'ye bilgi ulaşması halinde hesaplar üzerindeki bloke yargı kararının kesinleşmesine kadar kaldırılmaz (YTTTUEHY, m. 12, f. 1).

Haciz işlemi veya tedbir kararı uygulanmış yatırımcı hesaplarına ilişkin ödemeler tedbirin veya haczin kaldırılmasına; üzerinde rehin tesis edilmiş hesaplara ilişkin ödemeler ise rehin hakkı sona erinceye kadar yerine getirilmesi sorumluluk doğuracaktır (YTTTUEHY, m. 12, f. 2).

YTM, BİAŞ, Birlik veya tahkim otoritesi³⁰ nezdinde uyuşmazlık başvurusu yapan yatırımcıların, uyuşmazlık konusu SPA veya alacağın

³⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Karyağdı**, Müjgan/Öztürk, İlhami: Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 187-202.

ödenmesi için uyuşmazlık sonucunda verilen kararın kesinleşmesi beklenir (YTTTUEHY, m. 12, f. 3). Burada kesinleşmeden olağan yargı yollarının tükenmesini anlamak gerekir.

Yatırım kuruluşlarının BİAŞ'ta gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle ortaya çıkan yatırımcı alacakları, bu yatırım kuruluşlarının ilgili borsalarda teminatlarının bulunması durumunda, öncelikle söz konusu teminatlardan karşılanır (YTTTUEHY, m. 12, f. 4).

D. Tazminat Tutarının Hesaplanması

Yatırımcıların tazmin talepleri, yatırım kuruluşunca karşılanmayan nakit ödeme ve SPA'nın teslim yükümlülükleri üzerinden hesaplanır. Yatırımcıya ödemeyecek tazminat tutarı, kanuni ve akdi şartlar uyarınca yatırım kuruluşunun mahsup ve benzeri talepleri de dikkate alınarak belirlenecektir (YTTTUEHY, m. 13, f. 1).

Tazmin edilecek SPA'nın değerinin tespit edilmesinde, Kurulun yatırım kuruluşunun sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelerinde yer verilen değerlendirme esasları uygulanır. Söz konusu hesaplama, tazmin karar tarihi itibarıyla yapılacaktır (YTTTUEHY, m. 13, f. 2).

Yatırımcıya aynen teslimi yapılacak SPA'na ilişkin tazmin kararından sonra dağıtım tarihine kadar gerçekleşen bedelsiz sermaye artırımını, kupon ödemesi ve benzeri işlemlerden kaynaklanan nakitler de aynen teslim edilir (YTTTUEHY, m. 13, f. 3). Aynı kişiye ait borçlar tazmin kapsamındaki alacağından mahsup edilir. Ödenecek tazminat bedelinin tespitinde mahsuptan sonraki net tazminat tutarı esas alınır (YTTTUEHY, m. 13, f. 4).

1. Tazminatların Kapsamı ve Ödenmesi

Tazminatın kapsamını, yatırımcılara ait olan ve yatırım hizmeti ve faaliyeti veya yan hizmetler ile bağlantılı olarak yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme veya SPA teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan talepler oluşturur (YTTTUEHY, m. 16, f. 1). Bu bağlamda 2024 yılı itibarı ile her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı 1.143.379 TL olarak belir-

lenmiştir. YTM yatırımcılara tasfiye sonucunu beklemeden bu tutarı aşmayacak şekilde ödeme yapacaktır³¹.

Tazmin talebinin kapsamı yatırımcılara ait olan ve yatırım hizmeti veya faaliyeti yahut yan ödemeleri ile bağlantılı olarak yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme yahut SAP'nın teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlara ilişkin talepler oluşturur (SerPK m. 84, f. 1).

Ödenecek tutar her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranında arttırılır. Kurulun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından, toplam tazmin tutarı beş katına kadar artırılabilir (YTTTUEHY, m. 15, f. 1). Bu sınır, hesap sayısı, türü ve para birimine bakılmaksızın, bir yatırımcının aynı kuruluştan olan taleplerinin tümünü kapsar. YTM tarafından ödenecek azami tutarın üzerinde kalan tutarın, bir yatırımcı tarafından başka bir yatırımcıya ödenmesi amacıyla devredilmiş olması halinde, devralana YTM tarafından ödeme yapılmaz.

Türkiye'de yerleşik yatırım kuruluşlarının yurtdışındaki merkez dışı örgütleri nezdindeki hesap sahipleri ile yurt dışında ihraç edilen veya çıkarılan SPA'larına ilişkin tazmin kapsamına, yalnızca merkezi saklama veya teminat tutma işlemleri MKK ve Takasbank'ta gerçekleştirilen nakit ödeme ve SPA'ları teslim yükümlülükleri dâhil edilir. Tezgahestü türev araç işlemleri³² ise, yatırım kuruluşları tarafından bu araçlara ilişkin YTM aidatlarının ödenmiş olması kaydıyla tazmin kapsamına alınacaktır (YTTTUEHY, m. 16, f. 2).

Öte yandan yatırımcının hesabında bulunan nakit ve SPA'larının aynen ödemesi yapılacağından tazmin tutarının hesabında dikkate alınmayacaktır (YTTTUEHY, m. 15, f. 3).

Tazmin kapsamındaki ödemeler, alacaklılar cetvelinin ilan tarihini takip eden üç ay içinde gerçekleştirilir. Bu ödeme süresi zorunlu haller-

³¹ Özbek, s. 1483.

³² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Şenol, Ömer Faruk: Hukuki Açıdan Bankaların Tezgahestü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, İstanbul 2017.

de Kurulun onayı ile en fazla üç ay daha uzatılabilir (YTTTUEHY, m. 14, f. 1).

Yatırım kuruluşundan alacaklı görünen ve birlikte hareket ettikleri tespit edilenlere, toplamı yukarıdaki tazminat tutarını aşmamak kaydıyla ödeme yapılır (YTTTUEHY, m. 15, f. 2). İki veya daha fazla kişinin açtıkları müşterek hesaplar tek hesap kabul edilir. Müşterek hesap sahiplerine yapılacak ödemelerde, bu hesaplar üzerinde hak sahibi olan her bir yatırımcıya sahiplikleri oranda; ancak önceden belirlenmiş bir oranın tespit edilememesi halinde ise her bir yatırımcıya eşit olarak ödeme yapılır (YTTTUEHY, m. 14, f. 2). Tazmin karar tarihi ile yatırımcılara ödeme yapılan tarih arasında geçen süreye ilişkin olarak yatırımcıların nakit alacaklarına herhangi bir faiz uygulanmaz (YTTTUEHY, m. 14, f. 3).

2. Tazmin Kapsamına Girmeyen Haller, Kişi ve Kurumlar

Yatırımcıları tazmin kararı verilen kuruluşların yatırımcıları, SerPK m. 84 uyarınca tazmin talep etme hakkına sahiptir. Yatırımcıların, yatırım danışmanlığı faaliyetlerinden veya piyasadaki fiyat hareketlerinden kaynaklanan zararları tazmin konusu kapsamında değildir (SerPK m. 84, f. 2; YTTTUEHY, m. 16, f. 3). Bunun gerekçesi olarak yatırım işleminin doğasının zarar riskini bünyesinde barındırmasıdır³³. Ayrıca, yatırımcılara çalışanların faaliyetleri nedeniyle verdikleri zarar da tazmin kapsamına dahil edilmemiştir³⁴.

Bilgi suistimali (SerPK m. 106) ve piyasa dolandırıcılığı (SerPK m.107) suçlarından veya suçundan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK m. 282) suçundan mahkûm olan yatırımcıların talepleri, söz konusu eylemlerle ilgili alacaklarla sınırlı olmak üzere, tazmin kapsamı dışında bırakılmıştır. Söz konusu suçlardan dolayı hakkında suç duyurusunda bulunulan kişilere yapılacak ödemeler, anılan suçlara ilişkin soruşturmanın başlamasından mahkeme kararının kesinleşmesine kadar durur (YTTTUEHY, m. 16, f. 4).

³³ Memiş/ Turan, s. 42.

³⁴ Mülga Kanunda bu konu tazmin kapsamı içine alınmıştır. Bkz. Karababa, s. 152.

Bankacılık mevzuatı uyarınca mevduat veya katılım fonu olarak kabul edilen nakit ödeme yükümlülükleri tazmin kapsamı dışındadır (YTTTUEHY, m. 16, f. 5).

Tazmin sisteminin kötüye kullanılmasını önlemek maksadı ile bazı kişi ve kurumlar tazmin kapsamı dışında tutulmuştur: Bunlardan ilki, yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve şahsen sorumlu ortakları, yüzde beş veya daha fazla paya sahip ortakları, veya ilgili yatırım kuruluşları ile aynı grup içinde yer alan diğer şirketlerde benzer konumda olan kişiler ile bu kişilerin eş ve ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile bu kişiler adına hareket eden üçüncü kişiler (YTTTUEHY, m. 17, f. 1-a). İkincisi yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşları ile aynı grupta yer alan diğer şirketler (YTTTUEHY, m. 17, f. 1-b). Üçüncüsü (a) bendinde sayılan gerçek ve tüzel kişilerin yüzde yirmi beş veya daha fazla paya sahip olduğu şirketler (YTTTUEHY, m. 17, f. 1-c). Yatırım kuruluşlarının mali sıkıntıya düşmesine neden olan veya finansal durumunun bozulmasına önemli etkileri olan olaylarda sorumluluğu bulunan veya bu olaylardan menfaat sağlayan kişiler (YTTTUEHY, m. 17, f. 1-ç).

IV. YATIRIM KURULUŞU HAKKINDA TEDRİCİ TASFİYE KARARI VERİLMESİ

“Tedrici” sözcüğünün anlamı derece derece, yavaş yavaş olan olarak verilmiştir³⁵. Kanun koyucu genel hüküm mahiyetinde tasfiye hükümlerini TTK m. 536 ile 548 arasında düzenlemiştir. Bunun yanında SerPK’da sadece yatırım kuruluşlarına uygulanacak olan tedrici tasfiye hükümlerine ihtiyaç duyulmuştur. Tedrici tasfiye, yatırım kuruluşlarına özel hızlı ve amaca uygun şekilde düzenlenmiş özel bir tasfiye usulüdür³⁶.

Doktrinde tasfiye yanında tedrici tasfiye kurumunun getirilmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tedrici tasfiye usulünde piyasa sisteminin bütününe ve yatırımcı haklarının daha etkin korunması-

³⁵ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. B, Ankara 2005, s. 1930.

³⁶ Karababa, s. 149; Özbek, s. 1475.

nın amaçlandığı söylenebilir³⁷. Yatırım kuruluşlarının tedrici tasfiyeye tabi tutulması iflasa göre daha itibar koruyucu ve hafif bir yaptırım olduğu muhakkaktır³⁸. Bu tasfiyenin düzenlenmesindeki amaç genel hükümlerde düzenlenmiş olan tasfiye hükümlerinin sermaye piyasası hükümlerine uymaması ve piyasada güven ilkesinin zedelenmesine sebep olmasıdır³⁹. Bu Kurul, YTM'nin tazmin sürecini tamamlanmasından sonra, YTM'nin bildiri üzerine tazmin sürecini kapatma kararı verir. YTM, tazmin sürecinin sonuçlarını, yatırımcıları tazmin kararı alınan yatırım kuruluşlarının tedrici tasfiyesinin veya iflasının istenmesinin yararlı olup olmayacağına ilişkin gerekçeli önerisiyle birlikte Kurula sunar (YTTTUEHY, m. 18, f. 1).

Kurul bankalar hariç olmak üzere, yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşu hakkında, tazmin sürecinin kapanmasına ilişkin kararı ile birlikte tedrici tasfiye kararı da verebilir veya doğrudan iflas talebinde bulunabilir (YTTTUEHY, m. 20, f. 1). YTM'nin yatırımcılara yaptığı zorunlu ödemeler sonucunda ödediği kadar onlara kanuni halef olacaktır.

Yatırım kuruluşu hakkında uyarı, faaliyeti durdurma ve tedrici tasfiye kararı verilmesinden sonra sonraki sürecin başarısız olması halinde iflas düşünülebilir⁴⁰. İflas bu kurumlar için son çare olarak düşünülmüştür⁴¹.

Kurul yatırım kuruluşlarının tazmin ve tedrici tasfiyesine aynı anda karar verebilir. Bu durumda, öncelikli olarak Yönetmeliğin tazmine ilişkin hükümleri uygulanır (YTTTUEHY, m. 20, f. 2). Tedrici tasfiye kararı verilmesinden sonra tasfiyenin kapatılmasına kadar iflas kararı verilmez (SerPK m. 86, f. 4). Bu tedrici tasfiye kararı ile YTM tüzel kişisi kanunen görevli iflas idaresi yetkilerini kullanmaya hakkı doğar. Başka bir ifade ile teknik olarak iflas idaresi sıfatı YTM tüzel kişiliğine ait olacaktır.

Haklarında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşlarının tüm tedrici tasfiye işlemleri YTM tarafından yürütülür (YTTTUEHY, m. 20, f.

³⁷ Tevetoğlu, s. 92.

³⁸ Özbek, s. 1477.

³⁹ Özbek, s. 145.

⁴⁰ Özbek, s. 1494.

⁴¹ Özbek, s. 1460.

3). Mülga SerPK'da tedrici tasfiye MKK tarafından yürütülmekte idi⁴². Tedrici tasfiyeye karar verilen kuruluşların kanuni organlarının görev ve yetkileri tasfiye süreci sona erinceye kadar YTM tarafından yerine getirilir (SerPK m. 86, f. 3). Böyle bir durumda pay sahipleri haklarının genel kurulda (GK) kullanamayacaktır (TTK m. 407). Ancak, tasfiye işlemi için kurulmuş olan düzende tüm yetkilerin YTM tarafından kullanılması imkansız ve gereksizdir⁴³. Bununla birlikte iflas idaresi sıfatına sahip YTM'nin tedrici tasfiye yaptığı hukuka aykırı işlemler sebebiyle doğacak zararlardan YTM sorumlu olacaktır.

YTM'nin organlarının yerine geçtiği yatırım kuruluşu tıpkı tek pay-sahipli AO'nun GK'na benzeyeceğinden yine kararların geçerliliği yazılı olarak alınmasına bağlıdır (TTK m. 408, f. 3). Doktrinde bir görüşe göre bu kuruluşların organlarının mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisi kalktığından temerrüt sebebi ile doğan faiz borcundan sorumlu olmamaları gerekir: bu nedenle konkordatoda benimsenen İİK m. 294, f. 3'de düzenlenmiş olan “.....*rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur*⁴⁴. Bir düzenlemeye tedrici tasfiye hükümlerinde de yer verilmesi isabetli olurdu.

Tedrici tasfiye veya iflas kararı, tazmin sürecinin işleyişini engellemez (YTTTUEHY, m. 18, f. 1). Tazmin sürecinin kapatıldığı Kurul tarafından ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilir ve bu durum YTM tarafından ilan edilir (YTTTUEHY, m. 18, f. 2).

Tedricî tasfiye karar ve işlemlerinde; TTK, İİK ile diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili tasfiyeye ilişkin hükümleri uygulanmaz (SerPK m. 86, f. II; YTTTUEHY, m. 20, f. 5). Buna gerekçe olarak tasfiye ile ilgili hükümlerin yatırım kuruluşlarının temel yapısına uymaması ve uygulanması

⁴² SerPK'nın yayımı tarihinden önce tedrici tasfiyesine başlanmış olan kurumların tasfiyelerine ilişkin iş ve işlemler 21/6/2001 tarihli ve 24439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aracı Kurumların Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde MKK tarafından yürütülenler, yürütülmeye devam eder (YTTTUEHY, Geçici m.1).

⁴³ **Yılmaz**, Ejder; “Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi”, Prof. Seza Reisoğlu, Batider, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 183.

⁴⁴ **Özbek**, s. 1487.

halinde piyasada güveni zedeleyebileceği gösterilmektedir⁴⁵. SerPK'da düzenlenmiş olan tedrici TTK'da düzenlenen tasfiyeden yaptırım amacının özellikle haklarında iflas kararı verilebilecek olan ortak ve yöneticilerde daha baskın olması yönüyle farklıdır⁴⁶.

Tedrici tasfiyede YTM, yatırımcıların haklarına, ödediği tazmin tutarı kadar tasfiye masasına halef olur (YTTTUEHY, m. 18, f. 1).

Kurul hakkında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşu hakkında iki önemli karar almak zorundadır. Bunlardan ilki, yatırım kuruluşlarının yönettiği portföylerin yönetimini, bir başka kuruluşa devir edilmesine dair karardır (YTTTUEHY, m. 23, f. 1). İkincisi ise, YTM'nin farklı bir kararı bulunmuyorsa, yatırım kuruluşunun sermaye piyasası mevzuatından kaynaklanan bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü sona erer. Bağımsız denetim ve uzmanlık gerektiren nitelikteki sair hizmetlere ilişkin yatırım kuruluşunun sözleşmeleri feshedilir. Bu bağlamda, tedrici tasfiye amaç ve süresi ile sınırlı olmak üzere yatırım kuruluşu adına YTM tarafından yeni sözleşmeler akdedilebilir (YTTTUEHY, m. 23, f. 2). Öte yandan genel hükümlerde denetçiyi görevden alma ve yenisini atama işlemi yalnızca TTK m. 399, f. 5'e göre mahkemede dava açmak ile mümkün olmaktadır.

1. Malvarlığının Tespiti ve Korunması

Tedrici tasfiyenin amacı, YTM tarafından öncelikle tedrici tasfiyesine karar verilen yatırım kuruluşlarının malvarlığını aynen veya nakde çevirmek suretiyle koruyarak bir tasfiye masası oluşturmaktır. YTM'nin paraya çevirmede ilke kapalı zarf, açık artırma ve pazarlık yönteminin kullanılması konusunda takdir hakkı olduğu söylenebilir⁴⁷. Bu kapsamda önemli miktarda malvarlığının satışında GK kararının alınmasına gerek olmayacaktır (TTK m. 408, f. I-g). Bu tasfiye masasının amacı tazmin sürecinde yatırımcıların tazmin edilmeyen bakiye alacakları ile YTM'nin yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacaklarının ödenmesidir.

⁴⁵ Özbek, s. 1475.

⁴⁶ Özbek, s. 1497.

⁴⁷ Tevetoğlu, s.127.

Kurul hakkında verilen tedrici tasfiye kararı verdiği yatırım kuruluşunu bu kararı aldığı gün ilgili kurumlara bildirilir. YTM tarafından söz konusu tedrici tasfiye kararı ilan edilir (YTTTUEHY, m. 20, f. 4).

Tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşunun organların durumuna da değinmek gerekir. Bu karar ile YTM ile yatırım kuruluşu arasında bir yönetim kayyımlığına benzer ilişki kurulur. Tedrici tasfiye kararı verildikten sonra, kuruluşun organlarının görev ve yetkileri, tasfiye sonuçlanıncaya kadar YTM tarafından yerine getirilir. Tedrici tasfiyenin sonuçlandığının ilan edildiği tarihte başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, tedrici tasfiye kararı verilmeden önceki tarihteki organlar görev ve yetkilerine yeniden başka bir işleme gerek olmadan kavuşur. Yapılan işlemlerden tescili gerekli olanlar, YTM'nin talebi üzerine harca tabi olmaksızın tescil ve ilan olunur (YTTTUEHY, m. 2, f. 1).

Kurul hakkında tedrici tasfiye kararı alınan yatırım kuruluşunun malvarlıklarının korunması maksadıyla gerekli önlemleri alır. Kurul ve tedrici tasfiye çerçevesinde YTM tarafından yapılacak işlemler hariç, malvarlıkları devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez. Bu süre faaliyet yetkisinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının alındığı tarihten itibaren başlar; tedrici tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilan edilince sona erer. İkinci süre ise tedrici tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması halinde, iflas talebinin mahkemece esastan karara bağlanmasına kadar geçecek olan zaman dilimidir. Kurulun doğrudan YTM'nin tedrici tasfiye görevinin sona ermesinden sonra yatırım kuruluşunun iflasını isteyerek doğrudan doğruya davacı sıfatını kazanacaklardır⁴⁸.

Tedrici tasfiyesine karar verilen yatırım kuruluşunun malvarlığına uygulanmış tüm hacizler ve ihtiyati tedbirler düşer ve icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur. Bu tür icra takip muamelesi ile kesilebilen zamanlaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez (YTTTUEHY, m. 22, f. 1).

Tedrici tasfiye kararı, YTM tarafından hakkında tedrici tasfiye kararı verilen kuruluşun malvarlığına dahil menkul ve gayrimenkul malların

⁴⁸ Özbek, s. 1492.

öğrenilmesini takiben derhal, bu malların kayıtlı bulunduğu tapu dairelerine, trafik şube müdürlüklerine, kuruluşun hesabının bulunduğu bankalar ve diğer mali kuruluşlara, kuruluş hakkında icra takibi varsa ilgili icra dairelerine, dava varsa ilgili mahkemelere ve ilgili diğer kuruluşlara yazılı olarak bildirilir (YTTTUEHY, m. 22, f. 2).

Hakkında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşunun bütün ödemeleri durur ve tüm malvarlığı üzerinde sadece YTM tarafından tasarruf edilebilir. Yatırım kuruluşuna yapılan tüm ödemeler sadece YTM'ye yapılır ve YTM'ye yapılan ödemeler dışındaki ödemeler borcu sona erdirmez. Yatırım kuruluşunun MKK nezdindeki müşteri hesaplarında müşteriler tarafından tesis edilmiş olan blokelere YTM'nin talebi üzerine MKK tarafından kaldırılır (YTTTUEHY, m. 22, f. 3).

YTM hakkında tedrici tasfiye kararı olan yatırım kuruluşunun malvarlığını korumak maksadıyla iki farklı beyanname ister. Bunlardan ilki, YTM, gecikmeksizin, tazmin kararı ile birlikte hakkında tedrici tasfiye kararı alınan yatırım kuruluşunun yönetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakları ile tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde beşinden fazlasına sahip gerçek kişi pay sahiplerinin kendilerine, eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına ait taşınmaz mal ve iştiraklerini, haczi caiz olan taşınır mal, hak ve alacaklarını ve menkul kıymetlerini ve her türlü kazanç ve gelirlerini gösteren beyanname dir. İkincisi ise aynı kişilerden ayrı ayrı tedrici tasfiye kararının ilanından önceki iki yıl içinde ivazlı veya ivazsız olarak iktisap ettikleri veya devrettikleri taşınmaz mal, haczi caiz taşınır mal, hak, alacak ve menkul değerleri gösterir beyanname dir (YTTTUEHY, m. 24, f. 1).

Söz konusu mal beyannamesinin, YTM'nin istediği beyan talebinin ilgililere tebliğ edilmesini takip eden en geç yedi gün içinde YTM'ye verilmesi zorunludur. Bu mal beyanının hüküm ve sonuçları hakkında İİK'nun ilgili hükümleri geçerlidir (YTTTUEHY, m. 24, f. 1).

YTM, yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının malvarlıkları üzerine teminat aranmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararları ile ilgililerin

yurt dışına çıkış yasağı dâhil olmak üzere alacaklıların menfaati için zorunlu olan her türlü muhafaza tedbirinin alınmasını ilgili mahkemeden istemeye yetkilidir (YTTTUEHY, m. 24, f. 2).

Yukarıda mahkemeden istenebilecek tedbir ve haciz kararlarından itibaren altı ay içinde dava açılmaması veya icra veya iflas takibinde bulunulmaması halinde bu kararlar kendiliğinden ortadan kalkacaktır (YTTTUEHY, m. 24, f. 3). Oysa genel hükümlerde kararların kendiliğinden ortadan kalkmaması için ihtiyati hacizden kararından itibaren yedi gün içinde (İİK m. 264, f. I; ihtiyati tedbir kararının verilmesinden itibaren iki hafta içinde dava açılmak mecburiyeti bulunmaktadır (HMK m. 397). Bu düzenleme ile YTM'ye imtiyaz tanınarak daha uzun süreler tanıdığı görülmektedir.

Kanun koyucu YTM'ye İİK m. 278, 279 ve 280 hükümlerinde yazılı hallerin varlığı halinde, aciz vesikası ibrazına gerek olmaksızın iptal davası açma yetkisi de tanımıştır (YTTTUEHY, m. 24, f. 4).

YTM, tedrici tasfiyesine karar verilen yatırım kuruluşunun malvarlığını aktif ve pasifine bakarak tespit edecektir. Ayrıca YTM tüzel kişiliği ilgililerin tedrici tasfiye kararının verilmesinden sonra vadesi gelen sözleşmelerinden doğan hak ve borçları da vadeleri itibarıyla belirlemekle yükümlüdür. İlgili mevzuat uyarınca yatırım kuruluşuna verilmiş teminatlar da aktifin hesabında dikkate alınır (YTTTUEHY, m. 25, f. 1).

YTM, tasfiye kapsamında yer alan gerçek hak sahiplerini ve bunların alacak ve borç tutarlarını tazmin sürecinde elde edilen bilgi ve belgelere dayanarak tespit edecektir (YTTTUEHY, m. 25, f. 2).

YTM'nin, yatırımcıların tazmini dolayısıyla yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacakları ile tasfiye giderleri de aktif ve pasifin tespitinde YTM alacağı olarak dikkate alınacaktır (YTTTUEHY, m. 25, f. 3).

Tedrici tasfiye kararını takiben ilgili mevzuat uyarınca verilmiş teminatlar, YTM'nin talebi üzerine ilgili kuruluş tarafından on iş günü içinde nakde çevrilerek ödenir. Ancak, tedrici tasfiye kararının alındığı tarih itibarıyla, ilgili mevzuat uyarınca yatırım kuruluşlarının borsalar ve takas kuruluşu nezdinde bulunan teminatları; incelemesi devam eden

uyuşmazlıklara konu yatırımcı alacaklarının cari tutarı ilgili borsa veya takas kuruluşu tarafından bloke edilmek suretiyle YTM'ye devredilir (YTTTUEHY, m. 25, f. 4).

Tedrici tasfiye kapsamındaki yatırım kuruluşunun malvarlığına dahil SPA'lar, YTTTUEHY, m. 13, f. II hükmü saklı kalmak üzere, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görenler ilgili borsa ya da teşkilatlanmış piyasalarda nakde çevrilir. Bunlar dışında borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen malvarlıkları ise rayiç bedel üzerinden satılarak nakde çevrilir (YTTTUEHY, m. 26, f. 1).

YTM tüzel kişiliği SPA'lar dışında kalan menkul ve gayrimenkullerin paraya çevrilmesine ilişkin esasları Kurulun görüşünü almak suretiyle belirler (YTTTUEHY, m. 26, f. 2). Bu hükümden önemli miktarda malın toptan satışında GK kararı aranmayacaktır (TTK m. 408, f. 2-f).

Kurul, YTM, MKK, BİAŞ ve Takasbank'ın personeli ile bunların eşleri, üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımları ve bunlarla doğrudan veya dolaylı ilişkide bulunan kişiler, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda yapılan satışlar hariç, diğer satışlardan alım yapamazlar (YTTTUEHY, m. 26, f. 3).

YTM yatırım kuruluşunun vadesi gelmiş alacakların tahsilini ve ipoteklerin paraya çevrilmesi için yasal işlemleri yapmakla yükümlüdür. Vadesi gelmemiş alacaklar için kural olarak vadesinin beklenmesi gerekir. Ancak karşılıklı anlaşma yoluyla iskanto veya iştirâ yaparak vadeden önce tahsil edilmesi mümkündür (YTTTUEHY, m. 27, f. 1).

Tahsil işlemlerinin tasfiyenin gecikmesine sebep olacağına anlaşıldığı takdirde, tahsilat sonucu beklenmeksizin mevcut tahsilatın dağıtım işlemleri yapılabilir (YTTTUEHY, m. 27, f. 2).

Yatırım kuruluşu malvarlığının nakde çevrilmesini takiben, yatırımcıların tazmin edilmeyen alacaklarını gösteren bir dağıtım listesi hazırlanır. Bu listenin temin edilebileceği yerler, yapılacak ödemelerin esasları ile ödemelerin yapılacağı tarih ve yer, ilan edilir (YTTTUEHY, m. 28, f. 2).

2. Tasfiye Bakiyesinin Dağıtım

Tasfiye halindeki yatırım kuruluşunun tasfiye masasını nakit ve YTM tarafından nakde çevrilen malvarlığı oluşturur. Tasfiye bakiyesi, tazmin sürecinde alacağının tamamı karşılanamayan hak sahiplerinin kalan alacakları, kamu alacakları, YTM'nin alacakları ile varsa diğer alacaklıların alacaklarının ödenmesinde kullanılır (YTTTUEHY, m. 28, f. 1).

Tasfiye bakiyesinin dağıtım esasları belirlenmiştir. Buna göre tasfiye bakiyesi yatırımcı alacaklarının ödenmesinde kullanılır. Bakiye, bu alacakların tamamının karşılanmasına yetmezse; ödemeler, tasfiye bakiyesinin söz konusu alacaklar toplamına bölünmesi suretiyle bulunacak oran dikkate alınarak garameten yapılır (YTTTUEHY, m. 29, f. 1).

İhtilaf konusu alacaklar için yapılacak ödemelerde kesinleşmiş yargı kararları esas alınır. Ancak 12 nci maddenin birinci fıkrası kapsamında YTM'ye bildirilmiş davalara konu alacakların bulunması halinde bunlar da toplam yatırımcı alacaklarının hesaplanmasında dikkate alınır. Bakiyeden bu alacaklara karşılık gelen kısım yargı kararının kesinleşmesine kadar bloke edilir. Birinci fıkra kapsamında garameten ödeme yapılacak ise yatırımcıya düşen oransal tutarın sadece uyumsuzluğa konu olanı kadar bloke edilir (YTTTUEHY, m. 29, f. 2).

Yatırımcı kuruluşun alacaklarının ispat ettikleri alacakları tamamen karşılandıktan sonra artan bakiyeden, 6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre ödenmesi gereken vergi borçlarının ödenmesinden sonra kalan bakiyeden imtiyazlı olarak YTM'nin yaptığı ödemeler ve tasfiye giderleri nedeniyle doğan alacakları ödenir. Bakiye, işçi alacakları dâhil diğer alacaklılara tahsis edilir. YTM alacağına tazmin ödemelerinin yapıldığı günden itibaren, tasfiye giderlerine ise giderin yapıldığı tarihten itibaren kanuni temerrüt faizi yürütülür (SerPK m. 97, f. II; YTTTUEHY, m. 29, f. 3).

3. Tedrici Tasfiyenin Kapanması ve Yeniden Faaliyete Bulunma Şartı

Kurul, YTM'nin başvurusu üzerine tedrici tasfiyenin kapatılmasına karar verir. YTM tarafından Kurula yapılacak olan başvuru tedrici tasfi-

yenin kapanmasında ön şart niteliğinde olduğu söylenebilir⁴⁹. Yargıtay Kurulunun tedrici tasfiyeyi takiben mahkemeden doğrudan iflas talebinde bulunulması halinde, bu talebin esastan mahkeme tarafından karara bağlanmasına kadar, herhangi bir icra takibi yapılamayacağı gibi yapılanlarında duracağına kabulü gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰.

Haklarında tedrici tasfiye kararı verilen yatırım kuruluşunun aktiflerinin, tasfiyenin amacı kapsamındaki hak sahiplerinin alacaklarını, tazmin kapsamında yapılan ödemeleri ve tasfiye giderlerini karşılamaya yetmediğinin tespiti yapılabilir. Böyle bir durumda YTM, Kurulunun uygun görüşü ile sorumlulukları olan YK üyeleri, imzaya yetkili yöneticiler ile doğrudan veya dolaylı olarak yüzden ondan fazla paya sahip ortakların tacir sıfatı taşımaları dahi iflaslarını isteye yetkilidir (SerPK m. 98; YTTTUEHY, m. 30, f. 1).

Alacaklılar cetvelinde görünen hak sahiplerine, talep etmeleri halinde, YTM tarafından tasfiyenin kendileri ile ilgili sonuçlarını gösterir bir belge verilir (YTTTUEHY, m. 30, f. 2). Bu belge aciz vesikası niteliğinde değildir. Söz konusu keyfiyet ilan edilir ve ayrıca ilgili sayılan kurumlara bildirilir.

YTM yatırım kuruluşunun sözleşmelerde taraf olması şartı aranmaksızın tedrici tasfiye işlemlerinin yürütülmesinde yapılan giderleri, doğrudan malvarlığından yapacaktır. Bu harcamalar tasfiye bakiyesinden YTM'ye yapılacak ödemelerde bu harcamalar tedrici tasfiye gideri olarak dikkate alınır (YTTTUEHY, m. 30, f. 1). Bu giderlerin temeli olan işlemler SerPK m. 86 uyarınca harçtan ve damga vergisinden istisna edilmiştir (YTTTUEHY, Geçici m. 1).

Kanun koyucu, yatırım kuruluşunun yeniden faaliyette bulunabilmesini de şarta bağlı olarak açık tutmuştur. Buna göre yatırımcıları kısmen veya tamamen tazmin edilen yatırım kuruluşunun, yeniden yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunabilmesi için mevzuatta aranan diğer

⁴⁹ **Tevetoğlu**, s. 129.

⁵⁰ 12. HD, 01.04.2010, 2009/23524 E., 2010/ 7902. K, www. İçtihatlar.com.tr (Erişim tarihi: 07.04. 2024).

şartlar saklı kalmak üzere, tazminden doğan ve YTM tarafından yapılan tüm ödemeleri anapara ile kanuni faizini ödemiş olması gerekir (YTT-TUEHY, m. 19, f. 1). Diğer şartlardan kasıt TTK m. 548 uyarınca şirket malvarlığının paydaşlara dağıtılmamış olması ve faaliyet iznini yeniden vermesi olabilir (SerPK m. 45).

V. SONUÇ

Kurul ile YTM arasında idari vesayet⁵¹ ilişkisi olduğu söylenebilir. YTM'nin kendi sektöründeki faaliyetlere uygun olarak Bankacılık Kanununda düzenlenmiş olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun fonksiyonlarına paralel fonksiyonlara sahip bulunduğu söylenebilir.

Tazmin kapsamındaki yatırımcının, tazmin kararı verilen kuruluşa hesabı olması ve bunu yazılı başvuru yaparak ispat etmesi gerekir. Bu kapsamda SPA türü ve niteliği tazmin kararı verildiği döneme göre belirlenmelidir. Zira, Kanun koyucu Kurula kanunda sayılanlar SPA dışında başka SPA ihdas etme yetkisi tanımıştır.

Tedrici tasfiye usulü doktrindeki bazı görüşlerin⁵² aksine adına uygun biçimde genel hükümlerdeki tasfiyeye göre daha yavaş işleyecektir. Böylece, yatırım kuruluşlarının tedrici tasfiyesinin kamu tüzel kişisi eliyle yapılmasındaki amaç sermaye piyasasındaki yatırımcı başta olmak üzere bütün menfaatleri korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Tedrici tasfiye, tasfiyeye nazaran daha uzun bir sürede tamamlanmaktadır. Bu olumsuzluk, yatırımcıların alacaklarını en azından kanunda belirtilen tutara kadar tedrici tasfiye başlamadan ödenmesiyle telafi edilmek istendiği ile açıklanabilir.

SerPK m. 84, f. II'de düzenlenen TTK ve İİK tasfiyeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükmü tasfiye sürecindeki kararların Kurul ve YTM tarafından alınmasını sağlamak maksadıyla konulduğu anlaşıl-

⁵¹ İdari vesayet hakkında geniş bilgi için bkz. **Kaya**, Cemil: "İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları", Erciyes Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-2, y. 2011, s. 423-158.

⁵² Doktrinde bu görüşler için bkz. Yuk. IV-Tedrici Tasfiye.

maktadır. Ancak, bu hüküm özellikle işlemlerin denetim yolunu ortadan kaldıracaktır.

Bu hüküm sebebi ile ticaret unvanına “tedrici tasfiye” halinde ibaresi de eklenmeyecektir (TTK m. 533, f. II). Tasfiye YTM’de görevli memurlar tarafından yapılması sebebiyle buna ihtiyaç olmadığı da düşünülebilir. Tasfiye sürecinde ortaklığın organlarının yetkileri tasfiye amacı ile sınırlama dışında kısmen de olsa devam ederken, tedrici tasfiyede bu yetki tamamen kaldırılmıştır.

YTTTUEHY, m. 16, f. 4 hükmü ile kanunla getirilmeyen hak sınırlaması hukuka aykırı olacaktır. Ödemenin ertelenmesi veya bir yere dava kesinleşmesine kadar yeddi emine tevdi edilmesine kararın istenmesi hukuka uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel**, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, 2. B, Ankara 2018.
- Aytaç**, Zühtü; “Yatırımcının Korunmasında Neredeyiz?”, Perşembe Konferansları 12, Ankara 2001, s. 3-16. www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 07.04.2024).
- Çetin**, Nusret: “Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. XC, Y. 2011, S. 1, s. 1-23.
- Gündoğdu**, Aysel/ **Kılıç Depren**, Serpil/ **Kartal**, Mustafa Tefvik; Türkiye’de Yatırımcı Hakları ve Yatırımcıların Korunmasına Yönelik Bir Araştırma, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 2017, C.2, S. 1, s. 21-38.
- Günel/Vural**, **Okat**/Yalçın Özge; Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 2021.
- İnceoğlu**, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Karababa**, Serdar; Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara 2001.
- Karaman Coşkun**, Özlem; Anonim Ortaklığın Tasfiyesi, Ankara 2015.
- Karyağdı**, Müjgan/**Öztürk**, İlhami: Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.
- Kaya**, Cemil: “İdari Vesayet Makamının “Onay” İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları”, Erciyes Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-2, y. 2011, s. 423-158.
- Kaytaz**, Ali İhsan; “6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmini” Sistemi, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 1625-1648.
- Memiş**, Tekin/ **Turan**, Gökçen; Sermaye Piyasası Hukuku, 6. B, Ankara 2023.
- Özbek**, Mustafa S.: Sermaye Piyasası Kanununa göre Aracı Kurumların Tedrici Tasfiyesi ve İflası, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. II, Ankara 2004.

Şenol, Ömer Faruk: Hukuki Açıdan Bankaların Tezgayüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, İstanbul 2017.

Tanör, Reha; Türk Sermaye Piyasası, C. I Taraflar, İstanbul 1999.

Tevetoğlu, Mete; Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedrici Tasfiye (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2005.

Turanboy, Asuman; "Yatırım Kuruluşları", 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu 6-7 Haziran 2013, Batider, Ankara 2017, s.83-100.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. B, Ankara 2005.

Yılmaz, Ejder; "Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi", Prof. Seza Reisoğlu, Batider, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 175-185.

MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

ÖZET

Mirasta denkleştirme, Türk Medeni Kanunu m. 669-675 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 669 hükmüne göre, "Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler". Bu hükme göre, yasal mirasçılardan bazılarına yapılan belirli nitelikteki kazandırmaların mirasbırakanın tasarruf edebileceği oranı aşmasa bile terekeye iade edilmesine, böylece mirasçılardan bazılarına gereken miras paylarına kavuşmalarına mirasta denkleştirme denir. Denkleştirmenin amacı, tenkisten farklı olarak mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının yasal sınıra döndürülmesi değildir. Buradaki amaç, mirasbırakanın yasal mirasçılardan bazıları lehine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların terekeye geri verilmesini sağlamaktır. Bu sebeple, yasal mirasçılardan bazıları mirasbırakandan elde ettiği kazanımları terekeye iade etmek zorundadır. Zira, tereke bu oranda azaldığı için diğer mirasçılar yasal miras paylarından daha azını almış olurlar. Bir mirasçının denkleştirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tamamen mirasbırakanın iradesine bırakılmıştır. TMK m. 669/2'de bu yönde bir karine söz konusudur. Bu hüküm uyarınca, kural olarak aksi açıkça belirtilmedikçe altsoy lehine yapılmış kazandırmalar denkleştirmeye tâbidir. Ancak, davalı tarafından aksi ispat edilirse denkleştirme talebi reddedilir. Altsoy dışındaki yasal mirasçılar için ise mirasbırakan tarafından aksi yönde bir iade borcu yüklenmedikçe onlar lehine yapılan kazandırmalar denkleştirmeye tâbi değildir. Para dışındaki mallara ilişkin denkleştirmede ise kanunda özel olarak düzenlenmiştir. TMK m. 673/1'e göre, "Denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anlamındaki değerine göre yapılır". Ayrıca, TMK m. 671/1 hükmünde, denkleştir-

* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: alperuyumaz@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8479-4642.

menin konusu paradan başka bir şey olduğunda kendisinden denkleştirme istenen denkleştirme yükümlüsü, bir seçim hakkına sahiptir. Denkleştirme yükümlüsü, isterse aldığı şeyi terekeye aynen iade eder ya da parasal değerini terekeye iade eder. TMK m. 673 hükmünde, seçim hakkının kullanılmasında denkleştirme konusu malın denkleştirmenin yapıldığı tarihteki değerinin esas alınacağını düzenlemiştir. Yani denkleştirme konusu malların denkleştirme karar tarihindeki değerleri esas alınmalıdır. TMK m.671/1 hükmünde, ayrıca iade yükümlüsünün terekeye ödeme yapmak yerine aldığı şeyin değerini, miras payına mahsup edebileceği de düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mirasta denkleştirme, denkleştirme oranı, denkleştirmenin gerçekleştirilmesi, iade yükümlüsü, iade alacaklısı

IMPLEMENTATION OF EQUALIZATION IN INHERITANCE

ABSTRACT

Equalization in inheritance is regulated under Art. 669-675 of the Turkish Civil Code. Pursuant to TCC Art. 669 "The legal heirs are obliged to each other to return to the estate the inter vivos gratuitous gains obtained from the inheritor in return for their inheritance shares, in order to ensure equalization". According to this provision, equalization is called in inheritance to return the gains of certain qualities made to some of the legal heirs to the estate, even if they do not exceed the rate that the heir can save, so that the heirs regain the inheritance shares they should receive. The purpose of equalization, unlike reduction, is not to return the gains of the heir that exceed the savings rate of the heir to the legal limit. The purpose here is to ensure that the gratuitous gains made by the heir in favor of some of the legal heirs are returned to the estate. For this reason, some of the legal heirs are obliged to return the gains obtained from the heir to the estate. This is because, since the estate is reduced by this amount, the other heirs will receive less than their legal inheritance share. Whether or not the heir has an obligation of equalization is left entirely to the will of the heir. There is a presumption in this respect under TCC Art. 669/2. Pursuant to this provision, as a rule, gains made in favor of descendants are subject to equalization, unless explicitly stated otherwise. However, if the defendant proves otherwise, the claim for equalization shall be rejected. For the legal heirs other than the descendants, the gains made in favor of them are not subject to equalization unless

the legator imposes a return obligation to the contrary. Equalization for non-monetary property is specifically regulated in the law. According to TCC Art. 673/1, "Equalization is made according to the value of the gain at the time of equalization". Furthermore, according to Art. 671/1, when the subject of the equalization is something other than money, the obligor of equalization has a right of choice. The obliged party may either return what he has taken to the estate or return its monetary value to the estate. Article 673 of the TCC stipulates that the value of the property subject to equalization on the date of equalization shall be taken as the basis for the exercise of the right of election. In other words, the value of the property subject to equalization on the date of the decision should be taken as basis. Art. 671/1 also stipulates that the obligee may set off the value of the thing taken against his inheritance share instead of making a payment to the estate.

Keywords: Equalization in inheritance, equalization rate, implementation of equalization, equalization obligor, equalization creditor

GİRİŞ

Kanunkoyucu, tenkis kurumunu getirmek suretiyle saklı paylı mirasçı olarak öngördüğü bazı mirasçıların saklı paylarını etkisiz kılmak amacıyla mirasbırakanın yaptığı bazı hukukî işlemleri bu payları zedeledikleri oradan etkisiz kılmış; aynı zamanda yasal mirasçılar lehine yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmaların, bunlar mirasbırakanın tasarruf oranını aşmasalar da terekeye iade edilmesini öngörmüştür. Türk Medenî Kanunu, ikinci kısmının üçüncü ayırımına *Mirasta Denkleştirme* adı vermek ve bu hususta detaylı hükümler (TMK m.669-675) sevk etmek suretiyle mirasta denkleştirme kurumunu düzenlemiştir. Önceki Medenî Kanun zamanında mirasta denkleştirme kurumu, Kanunun 603-610 hükümleri arasında *Mirasta iade* başlığı ile düzenlenmişti. Yapılan kanun değişikliği ile kurumun adı da dahil kuruma ilişkin pek çok husus değişmiştir. Buna rağmen mirasta denkleştirme, uygulamada hâlen mirasta iade olarak da bilinmektedir.

Denkleştirme, bazı yönlerden tenkise benzese de tenkisten farklı olarak burada amaç, mirasbırakanın yasal mirasçıları lehine sağlığında

yapmış olduğu bazı kazandırmaların belli şartların oluşması durumunda terekeye geri verilmesidir. Böylece, bu kazandırmalar toplam terekenin hesabında dikkate alınarak mirasçılar arasında dengeli bir miras paylaşımı yapılmasına hizmet edecektir. Ne var ki, kanundaki düzenleme gereği tenkis hesabı gibi denkleştirme hesabı da çoğu zaman karmaşık ve yorucu bir hesaplamayı gerektirmektedir. Uygulamada karşılaşılan denkleştirme hesaplamaları, miras hukukuna ilişkin pek çok uygulama kitabında yer verildiğinin aksine birkaç taşınmazdan oluşan yalın ve kolay bir hesaplama değildir.

Özellikle, taşınmazların hesabı, bunların önce mirasbırakanın ölüm tarihindeki değerlerinin sonra piyasada arz ettikleri güncel değerlerinin hesaplanmasını gerektiği gibi bu değerler taşınmazlar için yapılan keşif tarihi değerleri ile sınırlı kalmamaktadır. Kanunda, hesaplamada denkleştirme karar tarihi değerinin esas alınmasına ilişkin kural (TMK m. 673; TMK m. 564/2), bu yönde rapor hazırlayan bilirkişilerin muhtemel karar tarihini öngörerek keşif tarihinden başlayarak ileriye dönük tahmini bir hesaplama yapmak suretiyle miras hukuku nitelikli hesaplamalar bilirkişisine alternatif güncel değerler de sunmalarını gerektirmektedir.

Uygulamada, haklı olarak hâkimler tenkiste olduğu gibi denkleştirme hesabında da bilirkişilerden yardım almaktadır. Buna istinaden mahkemeler önce dosyayı değer tespiti için uzman bilirkişilere tevdi etmekte, değer tespitinden sonra ise dosya bu alanda uzman miras hukuku nitelikli hesaplama bilirkişilerine¹ hesaplama yapmak üzere teslim edilmek-

¹ Önceleri Yargıtay bazı kararlarında tenkis ve denkleştirme hesabı gibi hesaplamaların hâkimlik meslek bilgisi ile yapılması gerektiğini ve bu hususta bilirkişi incelemesi yapılmasının mümkün olmadığını, bu yönde bilirkişi atanmasının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa aykırı olduğunu içtihat etmiştir. Bkz., DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2022, s. 320; Yargıtay 2. HD., 18.12.1986, E. 1986/ 11256, K. 1986/ 1700 (YKD., S.11, 1986, s. 1613). Ancak, hâkimlerin iş yoğunluğu ve bu tür hesaplamaların normal hukuk bilgisi dışında ayrı bir uzmanlık gerektirmesi nazara alınarak ve Bilirkişilik Kanununa uygun olarak Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık alanlarına miras hukuku nitelikli hesaplamalar bilirkişiliği de eklenmiştir. Bkz., <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/30520231500351.pdf>, erişim tarihi: 03.03.2024. Bu düzenlemeler ışığında, denkleştirme hesabı için nitelikli hesaplama uzmanı bilirkişi atanması Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bilirkişilik Kanununa aykırı görülmemektedir.

tedir. Bu uygulamanın son derece yerinde olduğunu belirtmekle birlikte miras hukuku nitelikli hesaplama bilirkişilerinin hesaplamada esas alacağı bazı önemli hususlara aşağıda yer verilmiştir. Özellikle bu hesaplamalarda hukuka uygun sonuçlar elde etmek için malvarlığı değerlendirme uzmanı bilirkişilerin hesaplamalarında dikkat etmesi gereken hususlara ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

I. MİRASTA DENKLEŞTİRME KAVRAMI

Mirasbırakan sağlığında bazı mirasçılar arasında ayırım yaparak biri ya da birkaçına lehine karşılıksız kazandırmalarda bulunmuş olabilir. Bu durumda, lehine tasarruf yapılmayan mirasçılar diğerlerinden farklı olarak yalnızca tereke mevcudundan alacakları yasal miras payı ile yetinmek zorunda kalacaklardır. Özellikle, tereke mevcudunun fazla olmadığı durumlarda bazı mirasçıların diğerlerine nazaran terekeden ya çok az ya da hiçbir şey alamama durumu ortaya çıkabilir. Mirasbırakanın ölümünden sonra kendilerine bu türden karşılıksız kazandırma yapılan mirasçılarla diğer mirasçılar arasındaki ortaya çıkan bu haksız durum, kanunkoyucuyu bu hususta düzenlemeye yapmaya itmiştir. Kanunkoyucu, mirasbırakandan sağlığında karşılıksız kazandırma elde etmiş olan mirasçılarını miras paylaşımında adaleti sağlamak üzere² belirli şartlar altında terekeye iade etmek veya miras payına mahsup etmekle yükümlü kılmıştır³.

Mirasta denkleştirme, TMK m. 669-675 hükümleri arasında düzenleme altına alınmıştır. TMK m. 669/1 hükmüne göre, “Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler”. Bu hükme göre, yasal mirasçılardan bazılarında yapılan belirli nitelikteki kazandırmaların miras-

² Miras paylaşımı konusunda detaylı bilgi için bkz., ARAL, Fahrettin, Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.

³ DURAL/ ÖZ, s. 324; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 512; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023, s. 367; SE-ROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 569; ANTALYA, Gökhan/ SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2021, s. 537; ÇABRİ, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), 2. Baskı, İstanbul 2023, s. 377.

bırakanın tasarruf edebileceği oranı aşmasa bile terekeye iade edilmesine, böylece mirasçılarının alması gereken miras paylarına kavuşmalarına mirasta denkleştirme denir⁴.

Hükümden anlaşılacağı üzere, mirasta denkleştirme borcunun konusu, mirasbırakanın sağlığında bazı yasal mirasçılar lehine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalardır⁵. Bu kazandırmanın niteliği önemli değildir. Kazandırma aynî nitelik taşıyabileceği gibi alacak hakkı gibi kişisel hak niteliğinde de olabilir. Hatta, borçtan kurtarma gibi mirasçının pasiflerinin azaltılması niteliğinde de olabilir⁶. Örneğin mirasbırakan, oğlu Ali'nin kendisine olan borcu bakımından Ali'yi ibra etmişse ya da borca batık oğlu Ali'nin piyasaya olan tüm borçlarını ödeyerek onu borçtan kurtarmışsa bunlar da denkleştirmenin konusunu oluşturacaktır.

Denkleştirme borcunun olup olmadığı hususunda kanunkoyucu önceliği mirasbırakanın iradesine bırakmıştır. Eğer mirasbırakan yaptığı kazandırmanın terekeye iade edilip edilmeyeceği konusunda bir tasarrufta bulunmuşsa denkleştirmeye ilişkin uyuşmazlık buna göre çözülür⁷. Böyle bir iradenin olmaması ihtimalini nazara alan kanunkoyucu, kanunda konuya ilişkin olarak bazı karinelere de yer vermiştir. Bu yönde düzenleme yapan TMK m. 669/2 hükmüne göre, "Mirasbırakanın

⁴ DURAL/ ÖZ, s. 324; İMRE/ ERMAN, s. 513; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 537; AYAN, s. 367. Ayrıca bkz., GENÇCAN, Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 1467; TURAN BAŞARA, Gamze, *Miras Hukukunda Denkleştirme*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 6; AK ÇELİK, Hasret, "Miras Hukukunda Denkleştirme Davası", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 21, S. 44, 2022, s. 727; GÜLEŞ, Bedia, "Türk Miras Hukukunda Denkleştirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 134, 2018, s. 355-430; BÖREKÇİ, Murat Kaan, *Mirasta Denkleştirme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020, s. 2.

⁵ DURAL/ ÖZ, s. 337; İMRE/ ERMAN, s. 524; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 544; AYAN, s. 367.

⁶ DURAL/ ÖZ, s. 342; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 543; GENÇCAN, s. 1478; AYAN, s. 367; ÇABRİ, s. 429; GÜLEŞ, s. 397; GÜLSEVEN, Hüseyin Çağrı, "Altsoya Yapılan Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 21, S. 44, 2022, s. 815; YENER, Mehmet Deniz, "Miras Hukukunda Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2014, s. 34.

⁷ KÖPRÜLÜ, Bülent, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1985, s. 411-412; İMRE/ ERMAN, s. 519; AYAN, s. 367.

Çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir". Hükümde görüldüğu gibi, kanunkoyucu, denkleştirme borcu bakımından mirasçılar arasında ayrıma gitmiştir. Kanun gereği mirasbırakan tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, altsoy lehine yapılan karşılıksız kazandırmalar denkleştirmeye tâbi iken; altsoy dışında yasal mirasılar⁸ lehine yapılan karşılıksız kazandırmalar ise denkleştirmeye tâbi deđildir⁹.

Kanun, altsoyun denkleştirme kapsamında söz konusu olan iade borcu bakımından örnek niteliğinde bazı karşılıksız kazandırmaları söz olarak belirtmiştir. Bunlar, *eyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmaktır*. Bunlar dışında, mirasbırakanın altsoyuna sağladığı karşılıksız kazanımlar, alışılmışın dışında bir fazlalık arz etmediği sürece denkleştirme kapsamında olmayacaktır. O hâlde, denkleştirmeye tâbi tasarruflar, mirasbırakanın sağlığında ve terekesinden yapılmış olmak üzere çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalardır. Kanundaki bu sayım sınırlı sayıda deđildir¹⁰. Örneğin, bir baba mirasçıları olan üç oğlundan en büyüğüne, diğerleri küçük ve henüz eğitimleri devam ettiği için kuruluş sermayesi vermek suretiyle bir işyeri açmış, bu iş için malvarlığının yarısını harcamışsa, mirasın paylaşı-

⁸ Sağ kalan eş bakımından mirasta denkleştirme için bkz., BAYGIN, Cem/ ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, "Sağ Kalan Eş Açısından Mirasta Denkleştirme", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3-4, 2016, s. 65-89; GÜRPINAR, Damla, "Mirasbırakanın Sağlığında Altsoyuna Yaptığı Karşılıksız Kazandırmaların Denkleştirilmesinde Sağ Kalan Eşin Durumu", Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 4, 2017, s. 105-139. Ayrıca bkz., ERMAN, Hasan, Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı, İstanbul 1986.

⁹ İMRE/ ERMAN, s. 518; DURAL/ ÖZ, s. 327-328; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 546; AK ÇELİK, s. 731; GÜLSEVEN, s. 810.

¹⁰ AYDIN ÜNVER, s. 125; TURAN BAşARA, s. 64; GÜNAY, s. 210; YENER, s. 35; İNAL, Emrehan, "Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, İstanbul 2007, s. 275-298.

mında bu tasarruf denkleştirmeye tâbi olduğu için terekeye geri döndürülmelidir.

Öte yandan, mirasbırakanın sosyoekonomik durumu esas alınarak altsoyuna verdiği olağan hediyelerle evlenme sebebi ile altsoya gelenek ve görenekler gereğince verilen hediyeler denkleştirme borcu kapsamına girmez. Örneğin, ülkenin sayılı zenginlerinden birinin çocuğuna doğum gününde hediye ettiği otomobil¹¹ ya da anne babanın evlenen kızlarına düğünde taktıkları altınlar denkleştirmeye tâbi değildir. Aynı mantık çerçevesinde, TMK m. 674/1 hükmü gereğince, çocukların eğitim ve öğrenimi için yapılan giderler sebebiyle geri verme yükümlülüğü, mirasbırakanın aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe, ancak alışılmış ölçüleri aşan kısım için mevcuttur. Bu hükmün sözüne sadık kalındığında çocuklar dışındaki mirasçılar, örneğin torunlar için uygulanması mümkün değildir¹².

Altsoy dışındaki yasal mirasçılar için denkleştirme kapsamında iade yükümlülüğü kural olarak yoktur. Ancak, mirasbırakan bu yönde bir iradede bulunmuşsa artık onlar için de iade söz konusu olacaktır. Altsoy dışındaki yasal mirasçılar için kanunda bir ayırım yapılmadığı için iadenin kapsamına alınanların tamamı dahildir¹³.

¹¹ Yargıtay bir kararında mirasbırakanın mal varlığının çok yüksek olduğunu ve bu sebeple araç bedelinin tasarruf nisabı içerisinde kaldığını gerekçe göstererek denkleştirme talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bkz., Yargıtay 2. HD., 11.04.2013, E. 2012/11395 K. 2013/10152. Karara yönelik karşı oy yazısı ise şu şekildedir: "...Diğer yönden, mahkemece, mirasbırakanın mal varlığının çok yüksek olup araç bedelinin tasarruf nisabı içerisinde olduğu gerekçesinin, ancak tenkis davalarında değerlendirilebileceği, dava konusu otomobilin mutad hediye kabilinde sayılabileceği şeklindeki gerekçesinin de Türk Medeni Kanununun 669, 672 ve 675. maddeleri karşısında dikkate alınamayacağına anlaşılmasına göre, taraf delillerinin bu çerçevede değerlendirilerek Türk Medeni Kanununun 671. maddesi de dikkate alınarak mirasta denkleştirmeye karar verilmesi gerekirken, hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulduğumdan BOZULMASINI düşünüyorum ve değerli çoğunluğun ONAMA görüşüne katılmıyorum..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024). Aynı yönde GÜLSEVEN, s. 824-825; YENER, s. 41.

¹² İMRE/ ERMAN, s. 535; DURAL/ ÖZ, s. 345; GENÇCAN, s. 1484; GÜLEŞ, s. 403; GÜLSEVEN, s. 823.

¹³ AYAN, s. 368; GÜLEŞ, s. 387. Karşı görüş için bkz., KÖPRÜLÜ, s. 413.

Denkleştirmenin amacı, tenkisten farklı olarak mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının yasal sınıra çekilmesi değildir. Yani, denkleştirme tenkisten tamamen farklı bir amaca hizmet eder¹⁴. Denkleştirme, mirasbırakanın yasal mirasçılarından bazıları lehine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların terekeye geri dndürölmesi suretiyle bazı mirasçılar aleyhine ortaya çıkan dengesizliğin giderilmesini saęlar¹⁵. Yani denkleştirmede, tenkisten farklı olarak saklı payı zedeleyen işlemler bu oranda azaltılmaz. Denkleştirmede, yasal mirasçılardan bazıları vaktiyle mirasbırakandan elde ettiği çıkarı, bu yüzden terekenin değeri azaldığından, terekeye iade etmek zorundadır¹⁶. Denkleştirmede, denkleştirme konusu şey tümüyle terekeye iade edilir, tenkiste ise tasarruf oranını aşan kısım mirasbırakanın tasarruf oranına indirilir¹⁷.

Mirasta denkleştirme yükümlölüğünün bulunup bulunmadığı mirasçıların saklı payları ve tenkis hakları saklı kalmak üzere tamamen mirasbırakanın iradesine bırakılmıřtır¹⁸. Türk Medenî Kanunu, denkleştirmede iade borcu ile ilgili bazı irade karineleri getirmiştir (TMK m. 669/2, 672). Ancak bunlar adi karine olduğu için bunların aksini ispat

¹⁴ Ayrıca bkz., EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973; TURANBOY, K. Nuri, Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, İstanbul 2010; TURAN BAşARA, Gamze, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 7, S. 27, 2016, s. 365-407; UYAR, Talih, “Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müesseseler: Mirasta Tenkis-İptal ve İade”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1971, s. 406-419; AYDIN ÜNVER, Tülay, “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazanımları”, Prof. Dr. şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 111-146; DEMİR, Remzi, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası ile Mirasçıların Açabileceği Diğer Davaların Karşılaştırılması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2020, s. 341-364; TOKUR, Zeynep, Tenkis Davası, Ankara 2020; TEKDOğAN, Aydın, Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 5. Baskı, Ankara 2022.

¹⁵ AK ÇELİK, s. 728; BÖREKÇİ, s. 10; ÇABRİ, s. 383.

¹⁶ Bu sebeple, tenkis ve denkleştirme davası birlikte yürütülemez. Zira, bu iki talepten yalnız biri istenebilir. Bkz., İMRE/ ERMAN, s. 514. şüphesiz, terditli talep mümkündür. Davacı yönünden daha lehe olduğu için önce denkleştirme talep edilip bu mümkün değilse tenkis talep edilmelidir.

¹⁷ DURAL/ ÖZ, s. 325; İMRE/ ERMAN, s. 515-516; ANTALYA/ SAğLAM, s. 549; YENER, s. 29. Ayrıntılı bilgi için bkz., TURAN BAşARA, s. 31-40; GÜLEş, s. 370-37.

¹⁸ DURAL/ ÖZ, s. 326; AYDIN ÜNVER, s. 114; ÇABRİ, s. 405. Ayrıca bkz., PEKMEZ, Cüneyt, Denkleştirmeden Kurtulan Kazandırmaların Tenkisi (TMK m.565, b.1), İstanbul 2022.

etmek de mümkündür. Hüküm uyarınca, kural olarak aksi açıkça belirtilmedikçe altsoy lehine yapılmış kazandırmalar denkleştirmeye tâbidir. Elbette, lehine denkleştirme yapılan altsoy tarafından aksi ispat edilirse onun denkleştirme borcu söz konusu olmaz¹⁹. Bu da TMK m. 672 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, “Yapılan kazandırma miras payını aştığı takdirde mirasçı, mirasbırakanın bunu kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, bu fazlalık denkleştirmeye tâbi olmaz”.

II. DENKLEŞTİRMENİN ŞARTLARI

Denkleştirme sebebi ile iade yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için iki şart aranır. Bunlar, karşılıksız kazandırıcı işlemin yasal mirasçının miras payına mahsuben yapılmış olması ve işlemin mirasbırakanın sağlığında kendi malvarlığından yapılmasıdır²⁰. Denkleştirme borçlusu ya da alacaklısı olarak bir taraf sıfatı kazanabilmek için mirasbırakanın yasal mirasçısı olmak gerekir. Kural olarak, atanmış mirasçılar, vasiyet alacaklıları ve yasal mirasçılık sıfatı kaybetmiş kişiler denkleştirme talepleri bakımından alacaklı ya da borçlu olamaz²¹.

İlk şartta yer alan kazandırıcı işlemde kasıt, mirasbırakanın bir mirasçısına herhangi bir ivaz almaksızın bir malvarlığı menfaati sağlama-

¹⁹ Yargıtay 2. HD., 08.06.2010, E. 2010/3084 K. 2010/11268, “...Yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlama yükümlülüğü kazandırmadan yararlanan altsoya düşer. Davalı, yapılan kazandırmanın miras payına mahsuben olmadığını kanıtlayamamıştır. O halde davalıya yapılan bu kazandırma iadeye tabidir. Yapılan kazandırmanın miktarı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık olduğuna göre, mahkemece yapılacak iş, mirasbırakanın G.-D. (M.)’daki 10713 parsel numaralı taşınmazı sattığı Kasım 1990 tarihi itibarıyla bu taşınmazın sürüm değerinin tespit edilmesi, davalıya yapılan kazandırmanın taşınmazın satışından elde edilen para olduğu kabul edilerek belirlenen bu paranın ölüm tarihine kadar ulaştığı değer bu konuda uzman bilirkişiye hesaplatılması ve Türk Medeni Kanununun 671 ve 673. maddeleri çerçevesinde denkleştirmeye gidilmesi gerekirken, hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...” (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024).

²⁰ İMRE/ ERMAN, s. 524; AYAN, s. 369; TURAN BAŞARA, s. 43-44, 53; İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 568; ÇABRİ, s. 413; BAYGIN/ ÇAKIR, s. 68; GENÇCAN, s. 1468; GÜLEŞ, s. 380-383; GÜNAY, Erhan, “Mirasta Denkleştirme (İade) Davası”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 207-212, s. 208.

²¹ OĞUZMAN, M. KEMAL, Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1995, s. 328; DURAL/ ÖZ, s. 332, 333; AK ÇELİK, s. 728-729

sıdır²². Karşılıksız kazandırmanın tam karşılıksız veya kısmen karşılıksız olması mümkündür. Tam karşılıksız işlemlerin başında bağışlamalar gelir. Kısmen karşılıksız işlemler ise karma bağışlamalardır. Değerinden düşük bir satışın aslında karma bağışlama olup olmadığının tespiti için mirasbırakanın bağış iradesine sahip olması yani bu kasıtlı hareket etmesi şarttır. İsviçre Federal Mahkemesine göre, bağış iradesinin belirlenebilmesi için satılan şeyin gerçek değerinin tespiti için satışın yapıldığı zaman dilimi dikkate alınmalıdır²³. Mirasbırakanın yasal mirasçısını kırmayarak onun bu yöndeki talebini kabul etmesi durumunda da aynı sonuca varılabilir²⁴.

Öte yandan, denkleştirmeden söz edebilmek için mirasbırakanın hayatta iken yasal mirasçısına yapmış olduğu karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapılmış olması gerekir²⁵. Karşılıksız kazandırma, lehine yapıldığı mirasçının mirasçılığına ve miras hakkına ilişkin olmalıdır. Bu tasarruf hem değeri hem de konusu itibarıyla lehine işlem yapılan mirasçının miras hakkına dahil olarak hesaplanmalıdır²⁶.

Bunu ispatlamak zor olduğu için kanun, altsoy aleyhine karine getirmiş, altsoy lehine yapılmış olan karşılıksız kazandırmaları karineten denkleştirmeye tâbi tutmuştur. Bir diğer ifade ile Medenî Kanun, mirasbırakanın bu konudaki iradesinin açıkça ortaya konmadığı durumlarda altsoy ile diğer yasal mirasçılarının durumunu birbirinden ayırmıştır (TMK m. 669).

²² TURAN BAŞARA, s. 44; İMRE/ ERMAN, s. 524; DURAL/ ÖZ, s. 337; AYAN, s. 369; ÇABRİ, s. 414; YENER, s. 30.

²³ Bkz., BGE 55 II 163 (<https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=BGE-55-II-163>, erişim tarihi: 02.03.2024); İMRE/ ERMAN, s. 525.

²⁴ İMRE/ ERMAN, s. 525; DURAL/ ÖZ, s. 338.

²⁵ Yargıtay 2. HD., 09.04.2009, E. 2009/625 K. 2009/6776, "...Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler (TMK m. 669/1). Bu hükme göre, altsoy dışındaki yasal mirasçılarının mirasbırakandan elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaların denkleştirmeye (iadeye) tabi olması için, bunların miras payına mahsuben verildiğinin kanıtlanması gerekir. Davacı, mirasbırakanın 18.04.2005 tarihinde davalı (eşine) aktardığı paranın, miras payına mahsuben verildiğine ilişkin bir delil getirememiştir..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024).

²⁶ İMRE/ ERMAN, s. 526.

Bu şart altında denkleştirme ile benzer bir kavram olan muris muvazaası üzerinde de durmak gerekir. Muris muvazaasında muris, bir mirasçısı ile diğer mirasçıları aldatma kastıyla yapmış olduğu görünürdeki hukukî işlemle, aslında bağışlama olan iradesini gizlemekte, bu iradeyi satış gibi göstermektedir. Muris muvazaasında, görünürdeki işlem irade ile beyan arasındaki uyumsuzluktan, gizli işlem de taşınmazlara ilişkin²⁷ ise şekle aykırı olduğundan geçersiz olduğu için denkleştirmeden söz etmek mümkün değildir. Muris muvazaası ile denkleştirmenin karıştığı durumlarda, mirasbırakanın bağış iradesinin geçerli olup olmadığına bakmak gerekir. Bağışlamanın geçerli olduğu durumlarda denkleştirme, olmadığı durumlarda muris muvazaası söz konusu olacaktır. İrade geçerli ancak, denkleştirmenin şartları yoksa bu durumda, saklı paylı mirasçılar açısından tenkis talebi söz konusu olabilir²⁸.

İşlemin mirasbırakanın sağlığında kendi malvarlığından yapılması ise ikinci şarttır. Bu sebeple, yalnızca mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları mirasta denkleştirmenin kapsamında yer alır²⁹. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları mirasta denkleştirmenin kapsamına girmez³⁰. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları hakkında mirasın paylaşılmasına ilişkin hükümler ve özellikle TMK m. 647 hükmü uygulanır³¹.

²⁷ Bilindiği gibi, taşınırlara ilişkin muris muvazaasında taşınırların devri ilke olarak herhangi bir şekle tâbi olmadığından bağışlama işlemi geçerli kabul edilmelidir. Bu durumda, denkleştirmenin söz konusu olacağı ifade edilebilir.

²⁸ GÜNAY, s. 207.

²⁹ İMRE/ ERMAN, s. 525-526; DURAL/ ÖZ, s. 337; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 543; ÇABRİ, s. 416. Ayrıca bkz., TURAN BAŞARA, s. 96 vd.

³⁰ Yargıtay HGK., 12.10.1988, E. 1988/326, K. 1988/785, "...Ne var ki mirasta iade müessesesi ancak, miras bırakanın yasal mirasçısı yararına yaptığı ölüme bağlı olmayan teberrular hakkında uygulanır; miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları hakkında mirasta iade hükümleri uygulanmaz. Mahkemece, olayda söz konusu edilen hukuki tasarrufun niteliği dikkate alındığında mirasta iade hükümlerine göre uyumsuzluğun çözümü isabetsizdir. O halde, tenkis hükümlerine göre tarafların delilleri toplanıp incelenerek sonucu uyarınca karar verilmek üzere direnme kararı bozulmalıdır..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024).

³¹ TURAN BAŞARA, s. 26-27, 53; GÜLEŞ, s. 374. Hükme göre, "Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabilir. Bu kurallar, mirasbırakan tarafından kastedilmemiş olan bir

Ayrıca, mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu karşılıksız kazan-
dırıcı işlemi ifa etmiş olması da bu şart altında belirtilmesi gereken bir
diğer şarttır. Yani, karşılıksız kazandırma konusu olan işlemler ifa ile
tamamlanmış, işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri mirasbı-
rakanın sağlığında yasal mirasçının mülkiyetine geçirilmiş olmalıdır.
Şüphesiz, yasal mirasçı lehine sağlanan aynı haklar³² da denkleştirme
kapsamında yer alacaktır³³.

III. DENKLEŞTİRME HESABI

Denkleştirme konusu kazandırma para dışında bir mal varlığı değeri
ise, örneğin taşınmaz bir mal ise davalı tarafa TMK m. 671/1 hükmü ile
seçim hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre, denkleştirme borçlusu isterse
aldığı şeyi aynen terekeye iade eder; isterse denkleştirme konusunu
elinde tutarak taşınmazın değeri miras payından fazla ise miras payın-
dan fazla kısmın parasal değerini terekeye öder. Zira bu hakkın kulla-
nılması durumunda, iade borçlusu mirasçıya tanınmış pratikleştirilmiş
yasal bir takas imkânı söz konusudur. Uygulamada genellikle taşınmaz-
ların zaman içinde fazlaca değer kazanmalarından dolayı davalıların
ikinci hakkı yani mülkiyeti tercih ettikleri görülmektedir.

TMK m. 673 hükmünde, seçim hakkının kullanılmışsa denkleştirme
konusu malın denkleştirmenin yapıldığı tarihteki değerinin esas alınacağı
düzenlemiştir. Yani denkleştirme konusu malların denkleştirme karar ta-
rihindeki değerleri esas alınır (Kıyasen TMK m. 564/2). 743 sayılı önceki
Medeni Kanun zamanında hesaplama, mirasın açıldığı yani mirasbıraka-

eşitsizlik hâlinde payların denkleştirilmesi olanağı saklı kalmak kaydıyla, mirasçılar
için bağlayıcıdır. Aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın tereke
malını bir mirasçıya özgülemesi, vasiyet olmayıp sadece paylaşırma kuralı sayılır”.

³² Ayrıca bkz., POLATER, Salih, “İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi”, Haceti-
tepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 138-166.

³³ İMRE/ ERMAN, s. 526; TURAN BAŞARA, s. 45; Yargıtay 2. HD., 16.06.2008, E.
2008/9238 K. 2008/8753 “...Toplanan delillerle davalının üçüncü kişiden çıplak mül-
kiyeti devraldığı taşınmazın çıplak mülkiyet bedelinin mirasbırakan tarafından
ödendiği gerçekleşmiştir. Mirasbırakanın altsoy lehine yapmış olduğu sağlararası te-
berrular kural olarak miras payına mahsuben yapılmış sayılır ve iadeye tabidir. Da-
valı taşınmazın çıplak mülkiyet bedelinin iadeye tabi olmadığını ispat edememiş-
tir...” (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024).

nın öldüğü tarihteki değerler üzerinden yapılıyordu (EMK m. 607). Ancak eskiden beri ülkede yaşanan yüksek enflasyon sebebi ile hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuran bu hüküm 4721 sayılı kanun ile değiştirilmiştir.

TMK m. 564/2 hükmünün karşılığı olan 743 sayılı Medenî Kanun m. 506 hükmünde bu yönde bir düzenleme olmadığı için EMK m. 454/1 hükmünden hareketle tenkis konusu malın değerinin mirasbırakanın ölüm tarihindeki değeri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. Ancak, bu tercih ülkede yaşanan enflasyon ve uzun süren davalar sebebi ile davacı mirasçılar aleyhine sonuç doğurmaktaydı. Bunun sonucu olarak Yargıtay 11.11.1994, 4/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile dava konusu taşınmazların esas alınacak değeri bakımından davalıların seçim hakkını kullandığı tarihin dikkate alınması gerektiğini içtihat etmişti. Artık 4721 sayılı Medenî Kanun zamanında hem TMK m. 673 ile denkleştirmede hem de 564/2 hükmü ile tenkiste dava konusu taşınmazların mahkemenin hüküm vereceği tarihteki değerlerinin esas alınacağı yasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuş oldu.

Hüküm, bölünmez malların tenkisi için söz konusu olan TMK m. 564/2 hükmü ile uyumlu hâle getirilmiştir. Hüküm tenkis ile uyumlu hâle getirilmişse de burada tenkiste olandan daha isabetli bir düzenleme söz konusudur. Zira, tenkiste seçim hakkı sadece bölünmez nitelik taşıyan tereke mallarının için söz konusu iken denkleştirmedeki düzenleme denkleştirmeye tâbi tüm malvarlığı değerleri için söz konusudur.

Uygulamada para dışındaki tüm malvarlığı değerleri için denkleştirmenin, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılacağı kabul edilmektedir³⁴. Bu sebeple, tenkiste seçim hakkının yalnızca bö-

³⁴ BAŞARA, s. 235; Yargıtay 2. HD., 01.03.2007, E. 2007/1208 K. 2007/3048; 2. HD., 08.06.2010, E. 2010/3084 K. 2010/11268 "...O halde davalıya yapılan bu kazandırma iadeye tabidir. Yapılan kazandırmanın miktarı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık olduğuna göre, mahkemece yapılacak iş, mirasbırakanın G.-D. (M.)'daki 10713 parsel numaralı taşınmazı sattığı Kasım 1990 tarihi itibarıyla bu taşınmazın sürüm değerinin tespit edilmesi, davalıya yapılan kazandırmanın taşınmazın satışından elde edilen para olduğu kabul edilerek belirlenen bu paranın ölüm tarihine kadar ulaştığı değer bu konuda uzman bilirkişiye hesaplatılması ve Türk Medeni Kanununun 671 ve 673. maddeleri çerçevesinde denkleştirmeye gidilmesi gerekirken, hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 04.03.2024).

lünmeyen mallar için getirilmiş olması eleştirilebilir. Zira, yüksek enflasyon sebebi ile mirasbırakanın ölüm tarihinden bu tür davaların açılma zamanına kadar hatta tenkis davasında hüküm aşamasına gelinceye kadar geçen sürede, dava konusu malların değeri çok fazla artmaktadır. Bu sebeple, denkleştirmede olduğu gibi TMK m. 564 hükmünün bölünmez mallar dışında tüm malvarlığı değerleri için geçerli olacağına ilişkin bir hükmün getirilmesi isabetli olacaktır.

Denkleştirmede ise para dışındaki mallar için denkleştirme karar tarihi değerinin esas alınması son derece isabetli ise de asıl paranın enflasyon karşısında değer kaybettiği söz önüne alınarak paranın da denkleştirme anındaki değeri esas alınmalıdır³⁵.

Denkleştirmede hesaplama yöntemi şu şekildedir:

a) *Öncelikle iadesi gereken miktar terekeye eklenir.*

b) *İkinci olarak toplam tereke üzerinden miras paylaşımı yapılır.*

c) *Son olarak mülkiyet tercih edilmişse, denkleştirme borçlusu olan mirasçının miras payından fazlası belirlenir ve diğer mirasçılara miras paylarına göre ödenir³⁶.*

Buna göre, birinci işlem toplamadır. Terekedeki mevcut değerlere, kazandırma konusu malvarlıklarının değeri eklendiğinde toplam tereke bulunacaktır³⁷. Bu arada, terekenin pasifleri, özellikle pasiflerden cenaze giderleri ve defin masrafları terekeden düşülmelidir.

İkinci işlem paylaşırma işlemidir. Bu aşamada, her bir mirasçının miras payı belirlenecektir³⁸.

Son işlem çıkarma işlemidir. Bu aşamada, her bir mirasçının denkleştirme dikkate alınmadan aldığı miras payı ile denkleştirme dikkate alınarak aldığı miras payı arasındaki fark bulunur³⁹.

³⁵ AK ÇELİK, s. 747; ÇAPRI, s. 438.

³⁶ İMRE/ ERMAN, s. 532-534; DURAL/ ÖZ, s. 350; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 547; AYAN, s. 371.

³⁷ İMRE/ ERMAN, s. 532; ANTALYA/ SAĞLAM, s. 547.

³⁸ İMRE/ ERMAN, s. 532.

³⁹ İMRE/ ERMAN, s. 533; TURAN BAŞARA, s. 230 vd.; GÜNAY, s. 212. Yargıtay 2. HD., 17.12.2009, E. 2009/14753 K. 2009/21912 "...O halde ilk iş olarak, mirasbırakan

Örneğin, terekesi 1.200.000 TL olan ve üç mirasçısı bulunan bir baba, üç oğlundan büyüğüne 600.000 TL'lik işletmesini karşılıksız devretmişse, terekenin paylaşımı sırasında diğer mirasçılardan denkleştirme talebi geldiğinde iade borçlusunu büyük oğul, isterse işletmeyi terekeye iade eder ve paylaşmaya katılır. İsterse işletmeyi uhdesinde tutup yasal miras payından fazla olan kısmı, yani 200.000 TL'yi terekeye öder ve paylaşma dışı kalır.

Başka bir örnekte, mirasbırakanın mirasçısı olarak iki oğlu A ve B ile eşi E hayattadır. Mirasbırakanın malvarlığında bulunan ve güncel değeri, T1 (300.000 TL), T2 (600.000 TL), T3 (900.000) ve T4 (700.000 TL) olan taşınmazlarını oğlu A'ya sağlığında karşılıksız olarak devretmiştir. Terekeden bir şey alamayan B ve E'nin denkleştirme talebi söz konusu olduğunda, taşınmazların denkleştirme tarihi değerleri toplamı dikkate alınarak denkleştirme hesabı yapılacaktır. Taşınmazların değerleri toplamı, 2.500.000 TL'dir. Mülkiyet hakkını tercih eden A, taşınmazları muhafaza ederek E'ye miras payı olan 625.000 TL'yi ve B'ye aynı şekilde miras payı olan 937.500 TL'yi ödemek durumundadır. Başka bir senaryoda, mirasbırakanın A'ya T2 ve T3 taşınmazlarını, B'ye T1 ve E'ye T4 taşınmazlarını karşılıksız devredilmiş olsaydı, bu kazanımlar dikkate alınarak denkleştirme yapılacak, borçlular ve ödenecek rakamlar bulunacaktır. Bu durumda, miras payından daha azını alan B'nin denkleştirme talebi gündeme geldiğinde, B'nin alması gereken miras payı 937.500 olduğundan kurtarılması gereken miras payı, $937.500 - 300.000 = 637.500$ TL olur. B,

tarafından davalıya hibe edilen (96), (718) ve (373) parsel sayılı taşınmazların ölüm günündeki değerlerinin ve mirasbırakanın sağlığında üçüncü kişiye satıp bedellerini davalıya verdiği taşınmazların satış bedellerinin ölüm gününde ulaştığı değerlerin tespit edilmesi, tespit edilen bu değerlerin teberru dışında kalan (ortaklığı giderilen taşınmazlar da dahil olmak üzere) terekeye eklenerek, net tereke tutarının belirlenmesi, buna göre davalının yasal miras payının hesaplanması, ondan sonra davalıya yapılan kazandırmaların ölüm günündeki değerine bakılması, eğer bu değer, davalının miras payından az ise mahsuba gidilmesi, çok ise, miras bırakanın bu fazlalığın ona kalmasını istediğini davalı ispat ettiği takdirde, bu fazlalığın denkleştirmeye tabi tutulmaması (TMK m. 672), mirasbırakanın çıkan fazlalığının davalıya bırakılmasını istediği davalı tarafından ispat edilemezse, davalıya yapılan kazandırmaların değerinden davalının miras payını aşan bölümünün davacılar miras payları oranında dönmesi gerekir..." (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.03.2024).

bunun 75.000 TL'sini E'den ve 562.500 TL'sini A'dan talep etmelidir. TMK m. 669/2 hkm gereğince altsoyun aksine eşin kural olarak denkleştirme borcu olmamasına rağmen eşin denkleştirme borcunun olduğuna kanaat getirilirse hesaplama bu şekilde olur. Aksi halde, E ve E'ye yapılan kazandırma dikkate alınmadan hesaplama yapılmalıdır.

Esasında, miras hukuku ilkelerine göre, bu hesaplamalar mirasbırakanın öldüğü andaki malvarlığı değerleri esas alınarak yapılır. Ancak, Medeni Kanunun, "Denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılır" hkm gereği değer artış ya da azalmalarını dikkate almak gerekir. Buradaki iade borcu, denkleştirme borçlusunun mirasbırakanın ölüm tarihindeki iade borcunun, iadesi gereken malın iade edilmediği için zaman içinde değer artışı ile uyumlu olarak arttırılması (değer düşmüşse düşürülmesi) mantığına dayanır.

IV. DENKLEŞTİRMEDE SORUMLULUK

Denkleştirmede sorumluluk ile kastedilen, mirasbırakan tarafından yasal mirasçı lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın işlem anındaki değer i ile bu yönde bir talep ya da dava sonucunda iade borcu gündeme geldiği zamanki değer i arasında ortaya çıkan farktan ve bu karşılıksız kazandırmadan elde edilen gelir ve ona harcanan giderlerden sorumluluktur.

Denkleştirmede sorumluluk, TMK m. 673/2 hükümünde düzenlenmiştir. Hkme göre, "Yarar ve zarar i ile gelir ve giderler hakkında miraslar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır". Yani, denkleştirme konusu malvarlığına ilişkin yarar ve zarar, bundan elde edilen gelir ve buna harcanan giderler hakkında denkleştirme yükümlüsü i ile diğer miraslar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m. 77-82) uygulanacaktır⁴⁰.

⁴⁰ ÇAPRİ, s. 443; TURAN BAŞARA, s. 240-241; GENÇCAN, s. 1484. nceki Medenİ Kanun zamanında bu sorumluluk hakkında 743 sayılı Medenİ Kanunun 906-906 arasında yer alan zilyedin iade borcuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmişti. 4721 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemenin önceki düzenlemeye nazaran daha isabetli olduğu söylenebilir. Bkz., DURAL/ Z, s. 350.

Bu hükümlere göre, denkleştirme konusu malvarlığı değerinin, mirasın açılmasından önce iade yükümlüsü yasal mirasçının kusuru olmadıkça değeri azalmışsa ya da bu değer yok olmuşsa denkleştirme borçlusunu mirasçı bundan dolayı sorumlu olmaz. Yani o, mirasın açıldığı anda zilyetliğinde ne kalmışsa onu iade etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde, malvarlığının değeri artmışsa denkleştirme borçlusunu mirasçının iade borcu, bu artış oranında artmış olur. Ancak, bu artış denkleştirme borçlusunu mirasçının emek ve yaptığı harcamalar sonucunda artmışsa artık bu artıştan dolayı onu sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır⁴¹.

Denkleştirme borçlusunu mirasçının kusuru sebebi ile iade konusu malvarlığının değer kaybetmesi ya da malvarlığının yok olması durumunda sorumluluk, iade borçlusunu mirasçının iyiniyetli ya da kötünietli zenginleşen olması⁴² durumuna göre belirlenecektir (TBK m. 80). Buna göre, iade borçlusunu mirasçı iyiniyetli ise, yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri, geri verme isteminde bulunandan isteyebilir. O iyiniyetli değilse, zorunlu giderlerinin ve yararlı giderlerinden sadece geri verme zamanında mevcut olan değer artışının ödenmesini isteyebilir. İade borçlusunu mirasçı, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, diğer giderlerinin ödenmesini isteyemez. Ancak, kendisine karşılık önerilmezse, o şey ile birleştirdiği ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri geri vermeden önce ayırıp alabilir.

Örneğin, altsoyu, mirasbırakandan karşılıksız kazandırma yoluyla bir taşınmaz edinmiş ise, bu taşınmazın denkleştirme değeri, taşınmazın kazanma anındaki durumu nazara alınarak kazandırma anındaki rayiç değerlere göre belirlenecektir. Sonradan taşınmazın üzerindeki konutta var olan hasarların sebep olduğu kayıplar, yenileme ve tamir giderleri

⁴¹ DURAL/ ÖZ, s. 351; AK ÇELİK, s. 749.

⁴² Denkleştirme konusu kazandırmayı elde eden mirasçı, denkleştirme sebebi ile iade borcunun varlığını biliyor ya da onun bu borcu bilmesi gerekiyorsa kötünietli, bilmiyorsa ya da bunu bilmesi kendisinden beklenemeyecek ise iyiniyetli kabul edilecektir. Bu konuda başlangıçta iyiniyetli olan bir mirasçının sonradan iade borcunun varlığını öğrenmesi durumunda bu andan itibaren kötünietli kabul edileceği ifade edilmelidir. Bkz., TURAN BAŞARA, s. 241; AK ÇELİK, s. 748.

ya da taşınmazın kiraya verilmesinden elde edilen kira gelirleri, gerçekleştikleri anda lehine kazandırma yapılan mirasçının durumuna, iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre sebepsiz zenginleşme hükümleri esas alınarak belirlenecektir⁴³.

SONUÇ

Denkleştirme borçlusu mirasçının denkleştirme konusu tereke mallarını iadesi gündeme geldiğinde, onun TMK m. 671 hükmüne istinaden mülkiyet hakkını seçtiği durumlarda, TMK m. 673 gereğince denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılır. Yarar ve zarar ile gelir ve giderler hakkında mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Uygulamada, bu hususu bilmeyen ve yaptıkları işin doğası gereği hukukçu olmayan terekedeki malvarlıklarının kıymet takdirini yapan teknik bilirkişiler, denkleştirme konusu malın/ malların mirasbırakanın ölüm tarihi, keşif tarihi, davalı iade borçlusunun seçim hakkının kullandığı tarih değeri gibi hesaplamada kullanılmayacak değerleri belirleyerek rapor hazırlamaktadır. Bu gibi durumlarda, dosyanın yeninden teknik bilirkişilere tevdi ile dava konusu malların muhtemel denkleştirme karar tarihi değerlerinin belirlenmesi istenmelidir. Ancak, uygulamada bunun yapılmadığına ve bu değerleri esas alarak hesaplama yapan nitelikli hesaplama bilirkişilerinin raporlarına istinaden verilen kararlara rastlanmaktadır. Maalesef, bu tür hesaplamalar sonucunda verilen kararlar, uzun yıllar sonra üst yargı denetiminde bozulmakta; bu arada geçen zaman özellikle makul sürede yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Aslında, uzman bilirkişiler elinden çıkan raporlar esas alındığında çok uzun sürmeyecek bu tür davaların onlarca yıl devam ettiği görülmektedir. Bu sebeple, uygulamada miras hukuku nitelikli hesaplama bilirkişileri dışında değer hesabı yapan teknik bilirkişilerin bu tür davalardaki önemli hususları bilerek denkleştirme konusu malın/ malların muhtemel denkleştirme karar tarihi değerini hesaplamaları son derece önemlidir.

⁴³ DURAL/ ÖZ, s. 352; TURAN BAŞARA, s. 243.

Denkleştirme zamanı, mahkemenin hüküm kuracağı zaman kabul edilirse, rapor hazırlanırken ileride gerçekleşecek belirsiz bir tarih olan bu tarihi tahmin etmek zor olduğu için uygulamada bilirkişiler taşınmazın keşif tarihi değerini belirledikten sonra muhtemel karar tarihi değerini üçer veya altışar aylık periyodlarla ileriye dönük olarak hesaplamalıdır. Uygulamada geliştirilen bu hesaplama yönteminin isabetli olduğunu, ayrıca karar tarihine isabet etmesinin daha muhtemel olması sebebi ile üçer aylık periyodlarla ileriye doğru hesaplama yapma yönteminin daha doğru olduğunu belirtmek gerekir. Nitelikli hesaplama bilirkişileri de bu alternatif değerlerden muhtemel karar tarihine en yakın değeri esas alarak denkleştirme bedelini alternatif tarihlerle hesaplayabilecekleri için mahkeme karar verirken, karar tarihine en yakın değere göre yapılan hesaplamayı dikkate alabilecektir. Bu şekilde, kanun hükmüne uygun bir hüküm kurulması sağlanmış olacağı gibi mahkemece verilen kararın bahsedilen basit hesaplama yanlışlıkları sebebi ile uzun yıllar sonra bozulmasının da önüne geçilmiş olur.

KAYNAKÇA

- AK ÇELİK**, Hasret: “Miras Hukukunda Denkleştirme Davası”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 21, S. 44, 2022, s. 724-755.
- ANTALYA**, Gökhan/ **SAĞLAM**, İpek: Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2021.
- ARAL**, Fahrettin: Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.
- AYAN**, Mehmet: Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023.
- AYDIN ÜNVER**, Tülay: “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazanımları”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 111-146.
- BAYGIN**, Cem/ **ÇAKIR**, Aytuğ Ceyhun: “Sağ Kalan Eş Açısından Mirasta Denkleştirme”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3-4, 2016, s. 65-89.
- BAYRAMOĞLU**, Necati Şükrü: Türk Miras Hukukunda Denkleştirme, Ankara 2021.
- BERKİ**, Şakir: Miras Hukuku, Ankara 1975.
- BERKİ**, Şakir: “Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade”, Adalet Dergisi, S. 4, 1952, s. 480-497.
- BÖREKÇİ**, Murat Kaan: Mirasta Denkleştirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2020.
- ÇABRİ**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), 2. Baskı, İstanbul 2023.

- DEMİR**, Remzi: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuza Göre Açılan Tenkis Davası ile Mirasçıların Açabileceği Diğer Davaların Karşılaştırılması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2020, s. 341-364.
- DURAL**, Mustafa / **ÖZ**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2022.
- EDİS**, Seyfullah: “Birlikte Yařadėđı Ailesine Emeğini veya Gelirlerini Tahsis Eden Reşit ocuğun Tazminat Alacaėđı”, AÜHFD, C. 21, S. 1, 1964, s. 375-412.
- EREN**, Fikret: “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, S. 3-4, 1963, s. 340-358.
- EREN**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.
- ERMAN**, Hasan: Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı, İstanbul 1986.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.
- GÜLEŞ**, Bedia: “Türk Miras Hukukunda Denkleştirme”, Türkiye Barolar Birliėđi Dergisi, S. 134, 2018, s. 355-430.
- GÜLSEVEN**, Hüseyin ağrı: “Altsoya Yapılan Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 21, S. 44, 2022, s. 804-829.
- GÜNAY**, Erhan: Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, 2. Baskı, Ankara 2022.
- GÜNAY**, Erhan: “Mirasta Denkleştirme (İade) Davası”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 207-212.
- GÜRPINAR**, Damla: “Mirasbırakanın Sağlığında Altsoyuna Yaptıėđı Karşılıksız Kazandırmaların Denkleştirilmesinde Sağ Kalan Eşin Durumu”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 4, 2017, s. 105-139.
- HATEMİ**, Hüseyin: Miras Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2021.
- İMRE**, Zahit / **ERMAN**, Hasan: Miras Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018.
- İNAL**, Emrehan: “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, İstanbul 2007, s. 275-298.
- İNAN**, Ali Naim/ **ERTAŞ**, Şeref/ **ALBAŞ**, Hakan: Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019.
- KENDİR**, Merve: Mirasta Denkleştirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- KILIçOğLU**, Ahmet M.: Medeni Kanun’unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiėđi Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2014.
- KILIçOğLU**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021.
- KOCAYUSUFPAŐAOėLU**, Necip: Mirasta İade (Denkleştirme) ile İlgili Meseleler, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Ankara 1977, s. 117-138.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1985.

- OĞUZMAN**, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1995.
- ÖZTAN**, Bilge: Miras Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZTÜRKLER**, Cemal: Mirasta Denkleştirme, İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri, Ankara 2004.
- ÖZUĞUR**, Ali İhsan: Açıklamalı İçtihatlı Tenkis, Muvazaa, Mirasta İade Davaları, 5. Baskı, Ankara 2015.
- PEKMEZ**, Cüneyt: Denkleştirmeden Kurtulan Kazandırmaların Tenkisi (TMK m.565, b.1), İstanbul 2022.
- POLATER**, Salih: "İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 138-166.
- SARI**, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2021.
- SEROZAN**, Rona / **ENGİN**, Baki İlkey: Miras Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022.
- ŞENER**, Esat: "Miras Hukukunda İadenin Yeri ve Önemi", Yargıtay Dergisi, C. 2, S. 1, 1975, s. 11-38.
- TANDOĞAN**, Haluk: "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 1995, s. 268-284.
- TEKDOĞAN**, Aydın: Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 5. Baskı, Ankara 2022.
- TOKUR**, Zeynep: Tenkis Davası, Ankara 2020.
- TURAN BAŞARA**, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012.
- TURAN BAŞARA**, Gamze: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 7, S. 27, 2016, s. 365-407.
- TURANBOY**, K. Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, İstanbul 2010.
- UYAR**, Talih: "Uygulamada Tereddüt ve İhtilaf Konusu Olan Üç Müessesese: Mirasta Tenkis- İptal ve İade", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1971, s. 406-419.
- YENER**, Mehmet Deniz: "Miras Hukukunda Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2014, s. 27-46.

AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KİRAYA VERENİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN TBK M. 349/III HÜKMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN*

ÖZET

Eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince oturma ihtiyaçlarını karşılamak üzere kullandığı aile konutu, kira sözleşmesi ile sağlanabilir. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda, eşlerin korunması amacıyla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çerçevede, Türk Borçlar Kanunu m. 349/III hükmünde aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiraya verenin fesih bildirim ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu hükmün amacı, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshini engellemek için eşlerden her ikisine de gerekli tedbirleri alma imkânı tanımaktır. Ancak bu hüküm, uygulanma alanı, uygulanma şartları ve sonuçları bakımından eleştirilmektedir. Bu çalışmada, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinde kiraya verenin bildirim yükümlülüğünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 349/III hükmüne ilişkin bu eleştiriler üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda, bu hükmün uygulanma şartı olan kira sözleşmesine taraf olmayan eşin bildirim yoluyla sözleşmeye taraf olmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu m. 194/IV hükmü incelenmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 349/III hükmünün uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar açıklanmakta ve bu sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 349/III hükmü, aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde kiraya verenin feshe ilişkin bildirim yükümlülüğünü dü-

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: hayrunnisa.altin@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7959-7174.

zenleyen İsviçre Borçlar Kanunu m. 266n hükmünden uygulanma alanı ve şartları bakımından farklıdır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu m. 349/III hükmüne ilişkin tartışmalı hususlar, İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Kira Sözleşmesi, Bildirim Yükümlülüğü, Fesih, Birlikte Kira

AN EVALUATION ON ARTICLE 349/III OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS REGARDING THE LESSOR'S OBLIGATION TO NOTIFY IN THE TERMINATION OF THE LEASE AGREEMENT FOR THE FAMILY RESIDENCE

ABSTRACT

The family residence, which is used by the spouses to meet their accommodation needs during the marriage, may be provided by a lease agreement. In order to protect the spouses, the Turkish Civil Code No. 4721 and the Turkish Code of Obligations No. 6098 have special provisions regarding the termination of the lease agreement for the family residence. Within this framework, Turkish Code of Obligations stipulates the obligation of the lessor to notify the spouses separately of the termination notice and time limit for payment with a warning of termination. The purpose of this provision is to allow both spouses to take the necessary measures to prevent the termination of the lease agreement for the family residence. However, this provision is criticized in terms of its scope, conditions and consequences. This study analyzes the opinions on Article 349/III of the Turkish Code of Obligations. Within this framework, Article 194/IV of the Turkish Civil Code, which is the condition for the application of Article 349/III of the Turkish Code of Obligations and which regulates the spouse's becoming a party to the lease agreement through notification, is examined. The legal problems that may be encountered during the application of Article 349/III of the Turkish Code of Obligations are explained and it is intended to provide solutions to these problems. The controversial issues regarding Article 349/III of the Turkish Code of Obligations are studied in comparison with the Swiss law.

Keywords: Family Residence, Lease Agreement, Obligation to Notify, Termination, Joint Lease

GİRİŞ

Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince oturma ihtiyaçlarını karşılamak üzere sürekli olarak ortak yaşamlarının merkezi hâline getirdikleri konut olarak kullanılmaya elverişli yerdir¹. Aile konutu, eşlerden birinin veya her ikisinin geçerli bir ayni veya şahsi hakkına dayanarak sağlanmış olabilir². Eşlerin aile konutuna ilişkin tasarrufları, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 194 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 349 hükümleri ile sınırlandırılmıştır.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, evlilik birliği içerisinde eşlerin her ikisinin de söz sahibi olması gereken önemli bir konudur. Bu sebeple aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması hâlinde, kira sözleşmesinin feshi konusunda TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerinde özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, hem kira sözleşmesinde kiracı sıfatı taşıyan eşler için hem de kiraya verdiği konut aile konutu olarak kullanılan kiraya veren için yükümlülükler yer almaktadır.

TBK m. 349/III hükmünde aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiraya verenin fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı

-
- ¹ Aile konutunun tanımı için bkz. **WEBER**, Roger, Basler Kommentar, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, Zweite Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Achter Titel: Die Miete (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger / David Oser), 7. Auflage, Basel 2020, Art. 266m-266n OR, N. 2; **HIGI**, Peter / **WILDISEN**, Christoph, Zürcher Kommentar, Die Miete - Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2020, Art. 266n OR, N. 12; **MÜLLER**, Jürg P., SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 266l-266o OR, N. 24; **DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan / **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2023, N. 879; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 55; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 241; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281), İstanbul 2008, s. 66; **ERDEM**, Mehmet / **MAKARACI BAŞAK**, Aşlı, Aile Hukuku, Ankara 2022, s. 223, 224; **HULLIGER**, Urban / **HEINRICH**, Peter, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 266l-o, N. 5.
- ² **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 883; **GÜMÜŞ**, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 68; **ÖZLÜK**, Betül: "Aile Konutunun Kira Sözleşmesi İle Sağlanması Halinde Boşanmanın Sözleşmeye Etkisi", Kırıkkale Medeni Hukuk Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2024, s. 74; **ERDEM/MAKARACI BAŞAK**, s. 226.

bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu hüküm ile eşlerden her ikisinin de sözleşmenin feshine engel olabilmek için gerekli tedbirleri almasına imkân tanınması amaçlanmaktadır³. Ancak TBK m. 349/III hükmü, uygulanma alanı, uygulanma şartları ve sonuçları bakımından doktrinde eleştirilmektedir.

Bu çalışmada, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinde kiraya verenin bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 349/III hükmüne ilişkin değerlendirmelere yer verilmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak, bu hükmün uygulanma şartı olan TMK m. 194/IV üzerinde durulmaktadır. TBK m. 349/III hükmünün uygulanma alanı, uygulanma şartları ve sonuçlarına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar incelenmekte ve bu sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır. Bu hükme ilişkin olarak doktrinde eleştirilen temel hususlar, İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

I. EŞİN AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KIRA SÖZLEŞMESİNE BİLDİRİM YOLUYLA TARAF OLMASI

Eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olması, TMK m. 194/IV hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı olabilir. Bu durumda, sözleşmeye sonradan taraf olan eş, kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden diğer eş ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olur.

TMK m. 194/IV hükmünün uygulanabilmesi için eşlerin aile konutuna ilişkin olarak kurulan, geçerli ve devam eden bir kira sözleşmesinde birlikte kiracı sıfatını taşımamaları gerekir⁴. Konutun aile konutu niteli-

³ ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020, s. 370. İsviçre hukukunda İBK m. 266n hükmü bakımından bu yönde bkz. GIGER, Hans, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Bern 2020, Art. 266n OR, N. 13; MÜLLER, Art. 266l-266o OR, N. 48; WEBER, Art. 266m-266n OR, N. 6; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 725, 726.

⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 725; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 370; ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, Ankara 2021, N. 242.

ğini taşıması, eşlerden her ikisinin de kira sözleşmesinin tarafı olması için yeterli değildir. Bunun için kira sözleşmesine taraf olmayan eş, sözleşmeye taraf olmak amacıyla kiraya verene karşı⁵ tek taraflı ve yenilik doğuran hak niteliğinde bir irade beyanında bulunmalıdır⁶. Eşin sözleşmeye taraf olmak amacıyla kiraya verene yaptığı bildirim açık olmalıdır⁷. Bu çerçevede, eşin konutun aile konutu niteliğinde olduğuna yönelik bildirimleri sözleşmeye taraf olması için yeterli değildir⁸.

Eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmak amacıyla kiraya verene yaptığı bildirim, kural olarak şekle bağlı değildir⁹. Ancak doktrinde kira sözleşmesi için taraflarca bir şekil şartı öngörülmesi hâlinde eşin bildiriminin de bu şekle tabi olacağı ifade edilmektedir¹⁰. Kira sözleşmesine taraf olmak için bildirimde bulunan eşin dürüstlük kuralı uyarınca gerekiyorsa eş sıfatını kiraya verene ispat etmesi gerekmektedir¹¹.

TMK m. 194/IV uyarınca aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine bildirim yoluyla taraf olan eş, kiracı sıfatını kazanır. Bu durumda kira sözleşmesinde birden fazla kiracı bulunacağından birlikte kira söz konusu

⁵ Bu bildirimın ayrıca kira sözleşmesine taraf olan diğer eşe yöneltilmesine gerek yoktur; bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 724.

⁶ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 724; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 370; **ACAR**, Aile Konutu, N. 247; **ÖZLÜK**, s. 81.

⁷ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 902a.

⁸ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 902a. Aksi yönde bkz. Yargıtay 12. HD, T. 14.03.2017, E. 2016/12341, K. 2017/3837 (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr); Yargıtay 6. HD, T. 19.11.2009, E. 2009/6464, K. 2009/10160 (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 724; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 370; **ACAR**, Aile Konutu, N. 246; **DOĞAN**, Aile Konutu, s. 297.

¹⁰ **ACAR**, Aile Konutu, N. 246; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 724, 725. Sözleşmenin değiştirilmesinin sözleşmenin şekline tabi olduğu yönündeki TBK m. 13 hükmüne dayanarak bu sonuca ulaşan görüş için bkz. **ACAR**, Aile Konutu, N. 246. TBK m. 348 hükmüne kıyasen ve ispat kolaylığı sağlanması açısından aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eşin kira sözleşmesine taraf olmak için yazılı bildirimde bulunması gerektiği yönünde bkz. **AYDEMİR**, Efrail, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 239. Bildirimın yazılı yapılmasının ispat kolaylığı sağlaması açısından yerinde olacağı yönünde bkz. **DOĞAN**, Aile Konutu, s. 297.

¹¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s.725. Krş. **AYDEMİR**, s. 239.

olur¹². Sözleşmeye sonradan taraf olan eş, TMK m. 194/IV uyarınca kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler bakımından diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olur¹³. Eşin TMK m. 194/IV uyarınca aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmasının bir başka sonucu, kiraya verenin TBK m. 349/III uyarınca fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirme yükümlülüğünün ortaya çıkmasıdır¹⁴.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde kiraya verenin sözleşmenin feshine ilişkin bildirim yükümlülüğü, İsviçre hukukunda İBK m. 266n hükmünde yer almaktadır. Bu hükümde TBK m. 349/III'ten farklı olarak eşin bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olması şartı aranmamaktadır¹⁵. Nitekim İMK m. 169'da, eşlerden sadece birinin taraf olduğu aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine diğer eşin bildirim yoluyla taraf olmasına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır¹⁶.

¹² **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 726; **BAYRAM**, Aziz Erman: "Birlikte Kira", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 77, Sayı: 1, 2019, s. 105, 106; **AYDEMİR**, s. 238; **ACAR**, Aile Konutu, N. 248.

¹³ TMK m. 194/IV hükmü kanundan doğan teselsülün bir örneğidir; bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 725; **BAYRAM**, s. 132; **ACAR**, Aile Konutu, N. 250.

¹⁴ TBK m. 349/III hükmünün, eşin kira sözleşmesine bildirim yoluyla taraf olmasına ilişkin TMK m. 194/IV hükmünü tamamlayan bir hüküm olduğu yönünde bkz. **DOĞAN**, Kira Sözleşmesi, s. 318.

¹⁵ Eşin kira sözleşmesine bildirim yoluyla taraf olmasına ilişkin TMK m. 194/IV hükmünün eleştirisi için bkz. **GÜMÜŞ**, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 81; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 62; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 243; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 725, 726; **İNCEOĞLU**, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2014, Cilt II, s. 327, 337.

¹⁶ Eşlerin kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden müteselsil sorumlu olması, boşanmanın sonuçlarına ilişkin İMK m. 121/II uyarınca farklı bir durumda söz konusu olabilmektedir. İMK m. 121/I'de boşanma sonrasında diğer eşe mahkeme kararı ile kira sözleşmesinin devredilmesi imkânı düzenlenmektedir. İMK m. 121/II'de kiracı sıfatını devreden eşin sınırlı bir süre için kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden devralan eşle birlikte müteselsil sorumlu olacağına yer verilmektedir. İMK m. 121/I hükmündeki sözleşme devri, eşlerden ikisinin de kira sözleşmesine taraf olması sonucunu doğurmamaktadır. Doktrinde, TMK m. 194/IV hükmünün İMK m. 121/I ve İMK m. 121/II hükümlerinin bağlamından koparılarak Türk hukukunda kabul edilmesinin bir sonucu olduğu ifade edilmektedir; bkz. **GÜMÜŞ**, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 81; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 62. TMK m. 194/IV hükmü ile İMK m. 121/I ve m. 121/II hükümlerinin karşılaştırılması için bkz. **ACAR**, Aile Konutu, N. 244.

II. TBK M. 349/III UYARINCA KİRAYA VERENİN AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KİRA SÖZLEŞMESİNDE FESİH BİLDİRİMİ İLE FESİH İHTARINA BAĞLI BİR ÖDEME SÜRESİNİ EŞLERE AYRI AYRI BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Genel Olarak

TBK m. 349/III'e göre eşin bildirim yoluyla aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olması hâlinde, kiraya verenin fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirmesi gerekmektedir. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde kiraya verenin sözleşmenin feshi konusundaki bildirim yükümlülüğü İBK m. 266n hükmünde düzenlenmektedir. TBK m. 349/III hükmü, bu konudaki İBK m. 266n'den farklılıklar içermektedir. TBK m. 349/III, kiraya verenin bildirim yükümlülüğünün uygulanma alanı, uygulanma şartları ve sonuçları bakımından tartışmalıdır¹⁷.

B. TBK m. 349/III Hükümünün Uygulanma Alanı Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 349/I hükmünde "*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlar*" ifadesine yer verilmesi, bu hükmün uygulanma alanı konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Zira bu hükmün lafzı başta aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan ancak daha sonra aile konutu olarak kullanılan taşınmazlar bakımından bu hükmün uygulanmayacağı şeklinde anlaşılmaya müsaittir¹⁸. Ancak TBK m. 349/III hükmünün, aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde, konutun aile konutu olarak kullanıldığı süre boyunca uygulanması hükmün amacına daha

¹⁷ Bu konudaki eleştiriler için bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 62 vd.; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 240 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 725, 726; İNCEOĞLU, Cilt II, s. 327, 337. TBK m. 349/III hükmünün yerinde bir hüküm olduğu yönünde bkz. DOĞAN, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 512; BAŞARAN, Ece: "Borçlar Kanunu Tasarısı: Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu mu?", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 38, 2009, s. 65.

¹⁸ DOĞAN, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, s. 512.

uygundur. Bu hükmün uygulanabilmesi için kira sözleşmesinin aile konutunun sağlanması amacıyla kurulması gerekli değildir. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra konut aile konutu olarak kullanılmaya başlanmışsa da TBK m. 349/III uygulanır¹⁹.

Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince oturma ihtiyaçlarını karşılamak üzere sürekli olarak ortak yaşamlarının merkezi hâline getirdikleri konut olarak kullanımı mümkün olan yerdir²⁰. Aile konutu taşınır veya taşınmaz nitelikte olabilir²¹. TBK m. 349 hükmü “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” altında düzenlenmektedir. TBK m. 349/III hükmünün konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin bir hüküm olması, aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinin tamamı bakımından bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına yol açmaktadır.

Bir görüşe göre, aile konutu ile TBK hükümleri kapsamındaki konut kavramı her zaman birbiriyle örtüşmemektedir. Bu sebeple TBK m. 349 hükmünün maddi anlamda “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” kapsamında değil, “Genel Hükümler” kapsamında bir kural olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır²². Bu görüşe göre eşlerin bir taşınırı, mesela bir karavanı aile konutu olarak kiralamaları hâlinde, TBK kapsamında bir konut kirasından söz edilemez²³. Buna karşılık, doktrinde TBK m. 349 kapsamındaki aile konutu kavramının TMK m. 194’e göre tanımlanması ge-

¹⁹ ACAR, Aile Konutu, N. 221; ÖZAY, Osman Levent: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Tarafların Tahliye Yönelik Kararlaştırdıkları Bildirimlerin Hükümü”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2023, s. 208, 210. Aksi yönde bkz. ÖZTÜRK, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 1554.

²⁰ WEBER, Art. 266m-266n OR, N. 2; HIGI/WILDISEN, Art. 266n OR, N. 12; MÜLLER, Art. 266l-266o OR, N. 24; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 879; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 24; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 66; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 223, 224; HULLIGER/HEINRICH, Art. 266l-o, N. 5.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 879; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 241; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 66; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 224. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/2-447, K. 2011/556 (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası).

²² GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 241.

²³ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 55.

rektiğine ve bu iki hükmün birbiri ile örtüştüğüne yönelik bir görüş de bulunmaktadır²⁴.

Kanaatimizce, TBK m. 349/III hükmünün uygulanma alanı tespit edilirken öncelikle taşınır yapıların TBK hükümlerine göre “konut” niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Konut ve çatılı işyeri kiralarının uygulanma alanı TBK m. 339’da düzenlenmektedir. TBK m. 339/I/c.1’de, taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmamaktadır²⁵. Ancak niteliği gereği geçici kullanıma özgülenen taşınmazların altı ay veya altı aydan daha kısa süreyle kiraya verilmeleri hâlinde konut ve çatılı işyeri kiraları kapsamında olmayacağına ilişkin TBK m. 339/I/c.2 hükmü, bu hükümde geçen “taşınmaz” ifadesi sebebiyle konut ve çatılı işyeri kiralarının uygulanma alanını tartışmalı hâle getirmektedir²⁶. Bu tartışmada, çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanma alanı konusunda taşınırlar ve taşınmazlar arasında ayırım yapılmasının yerinde olmayacağı yönünde görüşler bulunduğu gibi²⁷, taşınırların bu hükümlerin kapsamına girmediği yönünde görüşler de bulunmaktadır²⁸. Kanaatimizce, TBK hükümlerine göre konut nitelendirmesinde yapının kullanım amacı esas alınmalıdır. Bu çerçevede, taşınır niteliğindeki yapılar da kişilerin barınma ihtiyaçlarını karşılıyorlarsa konut kapsamında değerlendirilmeli ve bu yapılara

²⁴ **ACAR**, Aile Konutu, N. 220. Bu görüş uyarınca, işyeri olarak kiralanan bir taşınmazın aile konutu olarak kullanılması hâlinde de TMK m. 194 hükmü uygulanır; bkz. **ACAR**, Aile Konutu, N. 221 dn. 196.

²⁵ Konut ve çatılı işyeri kiralarının uygulanma alanına ilişkin TBK m. 339/I/c.1 hükmü taşınır ve taşınmazlar arasında ayırım yapmaması yönünden Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) m. 1’den ayrılmaktadır. GKHK m. 1’de kanunun uygulanma alanı taşınmazlarla sınırlı tutulmuştur.

²⁶ Bu tartışma hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **ALTIN**, Hayrunnisa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 33 vd.

²⁷ **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 24 dn. 26; **GÖKYAYLA**, K. Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C: 8 Sayı: Özel Sayı - Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Cilt: 2, İzmir 2013, s. 1216; **İNCEOĞLU**, Cilt II, s. 11, 12; **BELEN**, Herdem: “Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Verenın Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 3, 2013, s. 114.

²⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 657; **ÖZDOĞAN**, Mustafa / **OYMAK**, Tuba: Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, 2014, s. 56, 57.

ilişkin kira sözleşmelerinde de kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsamındaki koruyucu düzenlemelerden faydalanabilmelidir. Buna göre, aile konutu niteliğindeki taşınır yapılara ilişkin kira sözleşmeleri de konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsamında ele alınmalıdır. Bu yönüyle, TBK m. 349 hükmünün “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlığı altında düzenlenmesinde bir sakınca yoktur²⁹. Buna karşılık, konut ve çatılı işyeri kiralalarının kapsamına ilişkin bu tartışmanın aile konutuna ilişkin uyuşmazlıklarda da ele alınmasının gerekmemesi ve TBK m. 349’a ilişkin her uyuşmazlıkta aile konutunun TBK anlamında konut niteliği taşıyıp taşımadığı sorunun gündeme gelmemesi için TBK m. 349/III hükmünün genel hükümlerde düzenlenmesi yerinde olacaktır³⁰.

TBK m. 349/III hükmünün uygulanma alanı konusunda tereddütlere yol açabilecek bir diğer husus bu hükmün lafzından kaynaklanmaktadır. Eşlerden birinin diğer eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshedemeyeceğine ilişkin TBK m. 349/I hükmünde kira sözleşmesinin konusu “aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlar” olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan, TBK m. 349/I, kira sözleşmesinin feshine ilişkin olarak benzer bir düzenleme içeren TMK m. 194/I hükmünden de ayrılmaktadır. Kanaatimizce, TBK m. 349/I’de taşınmazlara ilişkin bir sınırlandırma yapılması yerinde değildir. Bu hükmün uygulanma alanı taşınır veya taşınmaz niteliğinde olması fark etmeksizin aile konutu niteliğindeki yapıların tamamını kapsayacak şekilde düzenlenmelidir.

TBK m. 349/III hükmünde eleştirilen bir başka husus, kiraya verenin bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkindir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarının bildirim yoluyla sona ermesi başlığı altında düzenlenen TBK m. 349/III hükmünün lafzı, bildirim yükümlülüğünün kapsamını fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi ile sınırlandırmaktadır.

²⁹ TBK m. 339/I/c.2 hükmüne göre altı ay veya altı aydan daha kısa süreyle kurulan kira sözleşmeleri, konut ve çatılı işyeri kiralalarının kapsamının dışındadır. Diğer yandan, geçici olarak kullanılan konutlar aile konutu olarak nitelendirilememektedir. Bu sebeple, doktrinde, aile konutunun tanımının konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin bu şartla örtüştüğü ileri sürülmektedir; bkz. **ACAR**, Aile Konutu, N. 220.

³⁰ İsviçre hukukunda İBK m. 266n de kira sözleşmesinin genel hükümlerinde düzenlenmektedir.

Başka bir ifadeyle, bu hükmün kapsamının, kira sözleşmesinin bildirim yoluyla sona ermesi ve TBK m. 315 uyarınca kiracının temerrüdü sebebiyle sona erme hâlleriyle sınırlı olduğu düşünülebilir. Bu durum, sözleşmenin kiraya veren tarafından feshedilebileceği diğer ihtimallerde, kiraya verenin fesih beyanını eşlerden her ikisine de bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorununu gündeme getirmektedir³¹. Kanaatimizce, bu hükmün kiraya verenin fesih sebeplerinden herhangi birine dayalı olarak sözleşmeyi feshetmesi, kiracıya fesih bildirimini göndermesi veya TBK m. 315 uyarınca fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi vermesi hâlinde uygulanacağı kabul edilmelidir³². Zira bu hükmün amacı eşlerden her ikisinin de kira sözleşmesinin feshini engelleyebilmek için gereken tedbirleri almasına imkân tanımaktır. Bu hususta fesih sebepleri arasında bir ayırım yapılması yerinde değildir.

C. TBK m. 349/III Hükümünün Uygulanma Şartları Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 349/III hükümünün uygulanabilmesi için aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eşin TMK m. 194/IV uyarınca bildirim yoluyla sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Eşin bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olması, birlikte kira ilişkisini meydana getirir. Kiracının birden fazla olduğu birlikte kira ilişkisinde her iki eş de kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler bakımından kiraya verene karşı sorumlu olur³³. TMK m. 194/IV hükmünde kira sözleşmesine son-

³¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 726; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 63.

³² Bu yönde ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 726; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 63; ÖZLÜK, s. 80, 81. Krş. YAŞAR, Mert, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler (Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işintan, Mehtap İpek, Sedef Koç), Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2005, s. 190, 191. Aksi yönde bkz. KOÇ, Nevzat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 99, 100. İsviçre hukukunda İBK m. 266n hükmünde fesih sebepleri arasında bir ayırım yapılmadığı yönünde bkz. GIGER, Art. 266n OR, N. 14; HIGI/WILDISEN, Art. 266n OR, N. 30; MÜLLER, Art. 266l-266o OR, N. 44; WEBER, Art. 266m-266n OR, N. 7.

³³ BAYRAM, s. 106.

radan taraf olan eşin sorumluluğu, diğer eşle birlikte müteselsil sorumluluk olarak belirlenmiştir³⁴. Bu açıdan TMK m. 194/IV hükmü kanundan doğan teselsülün bir örneğidir³⁵.

Eşin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olması imkânını veren TMK m. 194/IV hükmü, doktrinde eleştirilen bir hükümdür. Buna göre TMK m. 194/I ve TBK m. 349/I hükümleri uyarınca aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshine rıza göstermeyerek engel olabilen eşin, kira sözleşmesine taraf olması ve bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden müteselsil olarak sorumlu olmayı talep etmesi uygulamada mümkün görünmemektedir³⁶. Zira eşin TMK m. 194/IV uyarınca sözleşmeye taraf olması, kendi menfaatine değildir. Bu hüküm, aslında kiraya veren lehine bir sonuç doğurmaktadır³⁷.

Doktrindeki bir görüşe göre, kiraya verenin bildirim yükümlülüğünün kabul edilebilmesi için TMK m. 194/IV hükmü uyarınca eşlerden birinin sözleşmeye sonradan taraf olması gerekli değildir. Kiraya verenin bildirim yükümlülüğü eşlerden sadece birinin sözleşmeye taraf olması hâlinde de uygulanmalıdır³⁸. Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından tercih edilebilir olsa da TBK m. 349/III hükmünün açık ifadesi karşısında bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir³⁹.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde kiraya verenin sözleşmenin feshine ilişkin bildirimleri her iki eşe de gönderme yükümlülüğü, İsviçre hukukunda İBK m. 266n hükmünde yer almakta ve kira sözleşmesine taraf olmayan eş için önemli bir koruma sağlamaktadır⁴⁰. Bu hükümde, Türk hukukundan farklı olarak eşlerden her ikisinin de kira sözleş-

³⁴ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 725; **BAYRAM**, s. 132.

³⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 725; **BAYRAM**, s. 132; **ACAR**, Aile Konutu, N. 250.

³⁶ **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 62. TMK m. 194/I hükmünün ölü doğduğu yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 81; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 62.

³⁷ **İNCEOĞLU**, Cilt II, s. 327, 337.

³⁸ **BAYRAM**, s. 146, 147.

³⁹ Bu yönde ayrıca bkz. **DOĞAN**, Aile Konutu, s. 297; **KOÇ**, s. 100 dn. 31.

⁴⁰ Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin menfaatinin korunmaya değer olduğu yönünde bkz. **GİGER**, Art. 266n OR, N. 11.

leşmesine taraf olması şartı aranmamaktadır. İBK m. 266n hükmüne göre aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine eşlerden sadece biri taraf olsa dahi kiraya verenin her iki eşe de fesih veya fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini bildirmesi gerekir⁴¹. İBK m. 266n hükmünün temel amaçlarından biri, kira sözleşmesine birlikte taraf olmayan eşler arasında şeffaflığın sağlanmasıdır⁴². Böylece kira sözleşmesine taraf olmayan eş, sözleşmenin feshini engelleme imkânını elde edebilir⁴³.

D. TBK m. 349/III Hükmünün Sonuçları Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 349/III hükmü uyarınca kiraya verenin fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı göndermesi yükümlülüğünün doğması için sözleşmeye taraf olmayan eşin TMK m. 194/IV hükmü çerçevesinde bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olması gerekmektedir. Bu durum, TBK m. 349/III hükmündeki bu düzenlemenin gerekli olup olmadığını tartışmalı hâle getirmektedir⁴⁴. Zira doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 349/III hükmünde düzenlenen bu yükümlülük aslında TMK m. 194/IV uyarınca kurulan birlikte kiranın bir sonucudur⁴⁵.

Gerçekten, kiracının birden fazla olduğu birlikte kirada kiraya verenin fesih beyanını kiracıların tamamına yöneltmesi gerekir⁴⁶. Buna göre, eşlerden her ikisinin de taraf olduğu kira sözleşmesinde kiraya verenin

⁴¹ HIGI/WILDISEN, Art. 266n OR, N. 18; GIGER, Art. 266n OR, N. 14; MÜLLER, Art. 266l-266o OR, N. 44.

⁴² GIGER, Art. 266n OR, N. 15.

⁴³ GIGER, Art. 266n OR, N. 13; MÜLLER, Art. 266l-266o OR, N. 48; WEBER, Art. 266m-266n OR, N. 6.

⁴⁴ TBK m. 349/III hükmünde yer alan kiraya verenin eşlere ayrı ayrı bildirimde bulunma yükümlülüğünün yararsız olduğu yönünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 725, 726.

⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 725, 726; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 62, 63; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 243.

⁴⁶ MÜLLER, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N. 36; ZIHLMANN, Peter, Das Mietrecht - Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. Auflage, Zürich 1995, s. 126; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 725, 726; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 62, 63; BAYRAM, s. 140.

fesih beyanını ve fesih bildirimini birlikte kira ilişkisi sebebiyle her iki eşe de göndermesi gerekir. Buna karşılık, birden fazla kiracının bulunduğu birlikte kirada, kiraya verenin TBK m. 315 kapsamındaki ödeme süresine ilişkin bildirim kiracıların tamamına göndermesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu konuda katıldığımız görüş, TBK m. 315 kapsamındaki ödeme süresine ilişkin bildirim kiracıların tamamına yöneltilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁷. Bir başka görüş ise, TBK m. 315 kapsamındaki ödeme süresine ilişkin bildirim kiracılardan birine gönderilmesinin yeterli olduğu, feshe yönelik ihtarın ise kiracıların tamamına yöneltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁸. TBK m. 349/III hükmü ile eşin bildirim yoluyla taraf olduğu aile konutuna ilişkin kira sözleşmeleri bakımından birlikte kiraya ilişkin bu tartışmanın bir öneminin olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim bu hükme göre, bu sözleşmelerde kiraya verenin ödeme süresini ve feshe yönelik uyarısını her iki eşe de ayrı ayrı göndermesi gerekir.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinde kiraya verenin bildirim yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 349/III hükmünde, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımına yer verilmemektedir⁴⁹. Kiraya verenin bu hüküm kapsamındaki bildirimleri her iki eşe de yapması hâlinde, feshin geçersiz olacağı kabul edilmelidir⁵⁰.

⁴⁷ **REUDT**, Daniel, SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 257d OR, N. 33; **GIGER**, Art. 257d OR, N. 51; **İNCEOĞLU**, Cilt I, s. 283; **ACAR**, Faruk, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 - 326), 3. Baskı, İstanbul 2016, TBK m. 315, N. 51. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD, T. 20.09.2017, E. 2017/4255, K. 2017/12316 (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr)

⁴⁸ **BAYRAM**, s. 142.

⁴⁹ İsviçre hukukunda, kiraya verenin İBK m. 266n hükmünde yer alan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı İBK m. 266o hükmünde düzenlenmektedir. İsviçre hukukunda İBK m. 266o hükmündeki geçersizliğin türüne ilişkin açıklamalar için bkz. **HIGI/WILDISEN**, Art. 266o OR, N. 6 vd.; **WEBER**, Art. 266o OR, N. 2 vd.; **MÜLLER**, Art. 266l-266o OR, N. 50 vd.

⁵⁰ **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 62, 63; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 726.

SONUÇ

Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince oturma ihtiyaçlarını karşılama amaçlarına hizmet eden ve sürekli olarak ortak yaşamlarının merkezi hâline getirdikleri taşınır veya taşınmazlardır. Aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlanması hâlinde, kira sözleşmesinin feshi eşlerin bilgilendirilmesi gereken önemli bir konudur. Bu çerçevede, TBK m. 349/III hükmünde kiraya verenın feshi ve fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini eşlere ayrı ayrı bildirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. TBK m. 349/III hükmü, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshini engellemek için eşlerden her ikisine de gerekli tedbirleri alma imkânı tanımayı ve aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi konusunda eşler arasında şeffaflığı sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak bu hüküm, uygulanma alanı, uygulanma şartları ve sonuçları bakımından haklı olarak eleştirilmektedir.

TBK m. 349/III hükmünün uygulanma alanı bakımından yöneltilen eleştirilerden ilki, bu hükümdeki aile konutu kavramının TBK hükümleri kapsamındaki konut kavramı ile örtüşüp örtüşmediği hususundadır. Bu eleştiriler, TBK m. 349 hükmünün uygulanma alanı ifade edilirken “*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlar*” ifadesine yer verilmesinden ve bu hükmün TBK sistematığında “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*” başlığı altında düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu hükmün aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinin tamamı bakımından uygulanması, aile konutunun ve buna bağlı olarak evlilik birliğinin korunması açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple, TBK m. 349/III hükmünde geçen “*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlar*” ifadesinin taşınır dâhil olmak üzere aile konutu niteliğindeki yerlerin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmesi yerinde olacaktır. Bunun yanında, bu hükmün “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*” yerine “*Genel Hükümler*” başlığı altında düzenlenmesi, TBK çerçevesinde konut kavramının kapsamına ilişkin yapılan tartışmaların bu hüküm bakımından da yapılmasına engel olacaktır.

TBK m. 349/I hükmünde “*aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlar*” ifadesine yer verilmesi, bu hükmün uygulanma alanı konusunda bir başka tereddüde daha yol açmaktadır. Bu ifade, bu hükmün aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan ancak daha sonra aile konutu olarak kullanılan taşınmazlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağını tartışmalı hâle getirmektedir. Kanaatimizce, bu hükmün hem aile konutu olarak kullanılmak amacıyla kiralanan taşınmazlar hem de kira sözleşmesinin kurulmasından sonra aile konutu olarak kullanılmaya başlanan taşınmazlar bakımından uygulanması gerekir.

TBK m. 349/III hükmüne yöneltilen en temel eleştiri, bu hükmün uygulanabilmesi için aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, TMK m. 194/IV uyarınca bildirim yoluyla kira sözleşmesine taraf olmasının gerekmesidir. TBK m. 349/III hükmünün uygulanması için aranan bu şart, iki açıdan eleştirilmektedir. İlk olarak, TMK m. 194/IV hükmü, kira sözleşmesine sonradan taraf olan eşin kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden müteselsil olarak sorumlu olmasına yol açmaktadır. Bu sebeple bu hüküm aslında eşleri değil kiraya vereni koruyan nitelikte bir hükümdür. Bunun yanında, TMK m. 194/IV uyarınca kira sözleşmesine taraf olmayan eşin bildirim yoluyla sözleşmeye taraf olması, birlikte kirayı doğurur. Kiraya verenin feshe ilişkin bildirimleri her iki eşe de yöneltilmesi, aslında birlikte kiranın bir sonucudur. Bu durum, kiraya verenin bildirim yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 349/III hükmünün gerekli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

İsviçre hukukunda aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinin feshinde kiraya verenin feshe ilişkin bildirimleri her iki eşe de gönderme yükümlülüğü İBK m. 266n hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükümde, kiraya verenin bildirim yükümlülüğü, eşlerden birinin veya her ikisinin sözleşmeye taraf olmasından bağımsız olarak öngörülmektedir. Başka bir ifadeyle, İBK m. 266n hükmü, eşlerden sadece birinin taraf olduğu kira sözleşmelerinde de sözleşmeye taraf olmayan eşin korumaktadır. İBK m. 266n sayesinde sözleşmeye taraf olmayan eş, feshi engelleme imkânını

elde etmekte, buna karşılık sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden müteselsil olarak sorumlu olmaya zorlanmamaktadır.

TBK m. 349/III hükmüne yöneltilen bir diğer eleştiri, bu hükmün lafzında kiraya verenın bildirim yükümlülüğünün kapsamının fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi olarak ifade edilmiş olmasıdır. Bu ifade, bu hükmün sadece kira sözleşmesinin bildirim yoluyla veya kiracının temerrüdü sebebiyle feshi hâllerinde uygulanacağı düşüncesine yol açmaktadır. Bu açıdan TBK m. 349/III'ün lafzı, İsviçre hukukunda fesih sebepleri arasında ayırım yapmayan İBK m. 266n hükmünden ayrılmaktadır. Ancak TBK m. 349/III hükmünün amacı dikkate alındığında fesih sebepleri arasında bir ayırım yapılması yerinde değildir. Bu sebeple bu hükmün, kiraya verenın sözleşmeyi feshetmesi, kiracıya fesih bildirimini göndermesi veya TBK m. 315 uyarınca fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresi vermesi hâlinde uygulanacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 - 326), 3. Baskı, İstanbul 2016.
- ACAR**, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, Ankara 2021.
- ALTIN**, Hayrunnisa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.
- AYDEMİR**, Efrail: Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- BAŞARAN**, Ece: "Borçlar Kanunu Tasarısı: Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu mu?", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 38, 2009, s. 55-69.
- BAYRAM**, Aziz Erman: "Birlikte Kira", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 77, Sayı: 1, 2019, s. 93-154.
- BELEN**, Herdem: "Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükmeler Uyarınca Kiraya Verenın Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 3, 2013, s. 106-137.
- DOĞAN**, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 501-519. (Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları)

- DOĞAN**, Murat: "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-4, 2002, s. 285-300. (Aile Konutu)
- DOĞAN**, Murat: Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Editör: M. Turgut Öz), Ankara 2023. (Kira Sözleşmesi)
- DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan / **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2023.
- ERDEM**, Mehmet / **MAKARACI BAŞAK**, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022.
- GIGER**, Hans: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Bern 2020.
- GÖKYAYLA**, K. Emre: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C: 8 Sayı: Özel Sayı - Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Cilt: 2, İzmir 2013, s. 1203-1251.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013. (Özel Hükümler)
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281), İstanbul 2008. (Evliliğin Genel Hükümleri)
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012. (Kira Sözleşmesi)
- HIGI**, Peter / **WILDISEN**, Christoph: Zürcher Kommentar, Die Miete - Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2020.
- HULLIGER**, Urban / **HEINRICH**, Peter: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2016.
- İNCEOĞLU**, M. Murat: Kira Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2014.
- KOÇ**, Nevzat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 69-107.
- MÜLLER**, Jürg P.: SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2018.
- ÖZAY**, Osman Levent: "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Tarafların Tahliye Yönelik Kararlaştırdıkları Bildirimlerin Hükümü", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2023, s. 202-216.
- ÖZDOĞAN**, Mustafa / **OYMAK**, Tuba: Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, 2014, s. 54-66.
- ÖZLÜK**, Betül: "Aile Konutunun Kira Sözleşmesi İle Sağlanması Halinde Boşanmanın Sözleşmeye Etkisi", Kırıkkale Medeni Hukuk Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2024, s. 69-95.

- ÖZTÜRK**, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 1549-1595.
- REUDT**, Daniel: SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht, 4. Auflage, Zürich - Basel - Genf 2018.
- WEBER**, Roger: Basler Kommentar, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, Zweite Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Achter Titel: Die Miete (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger / David Oser), 7. Auflage, Basel 2020.
- YAŞAR**, Mert: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler (Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu Morali, Pelin Çavuşoğlu İşintan, Mehtap İpek, Sedef Koç), Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2005.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükmeler Birinci Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2022.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020.
- ZIHLMANN**, Peter: Das Mietrecht - Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. Auflage, Zürich 1995.

II-27.3 SAYILI ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKLARI TEBLİĞ BAKIMINDAN “BİRLİKTE HAREKET ETME”*

Dr. Öğr. Üyesi Firdevs ARSLAN**

ÖZET

Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı, birçok yabancı ülke hukuku ve AB hukukunda uzun bir süredir düzenleme alanı bulmakla birlikte; Türk hukukunda SerPK 27. maddesi ile ilk kez düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, pay alım teklifi veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde elde edilen payların halka açık ortaklığın paya bağlı oy haklarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecek orana ya da daha fazlasına ulaşması durumunda bir hâkim ortak oluşmakta ve diğer pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı doğmaktadır. Azınlıkta kalan pay sahipleri açısından ise paylarının hâkim ortak tarafından adil bedel karşılığında satın alınmasını talep etme hakkı doğacaktır. O halde halka açık anonim ortaklıklarda çıkarma hakkının kullanılması ön şart olarak bir haklı sebebe bağlanmamış; herhangi bir şekilde elde edilen nitelikli oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olmak yeterli görülmüştür.

SerPK m. 27/4 hükmü bazı hususlara Kanun'da yer vermeyip, SPK'nın düzenleme alanına bırakmıştır. Bu kapsamda öncelikle SerPK m. 27'de yer alan çıkarma ve satma haklarına ilişkin usul ve esaslar 02.01.2014 tarihli ve 28870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-27.1 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği'nde düzenlenmiştir. Daha sonra SPK, II-27.1 sayılı Tebliği'ni

* Bu bildiri metni, yazarın “Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı” adlı doktora tezinden ulaştığı bazı sonuçların “5-7 Şubat 2022 3. Selçuk Hukuk Kongresi”ne katılanlara sözlü olarak arz edilmesi amacıyla, adı geçen esere değinilerek hazırlanmıştır.

** Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: fsavas@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3915-8062.

rürlükten kaldırmış ve 12.11.2014 tarihli ve 29173 sayılı Resmi Gazete’de II-27.2 sayılı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliğ” yayımlamıştır. Nihayet bu ikinci Tebliğ’in yerine SPK, SerPK’ da yapılan değişiklikler ve piyasadan gelen talepleri de dikkate alarak hazırladığı “II-27.3 sayılı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği” 31.12.2020 tarihli ve 31351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe koymuştur.

II-27.3 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği’nde çıkarma hakkının doğumu ve kullanım şartlarına ilişkin önemli değişikliklere yer verilmiştir. Üzerinde durulması gereken önemli değişikliklerden biri ise birlikte hareket eden kişiler tanımına ilişkindir. II-27.2 sayılı Tebliğ’ de birlikte hareket eden kişiler, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği’ndeki tanımı ile benzer şekilde, “Ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler” olarak tanımlanmaktaydı. Ancak değişiklikle birlikte, ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla bir anlaşmaya dayanarak iş birliği yapmak gerektiğine dair yaklaşım terk edilmiştir. II-27.3 sayılı Tebliğ’ de birlikte hareket eden kişiler kavramı yönetim kontrolü ölçütünden koparılarak, “çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek veya tüzel kişiler” şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Bu surette, birlikte hareket etmenin kabulü için, yönetim kontrolü elde etme amacı olmadan, çıkarma ve satma hakkının kullanılmasına imkân verecek pay alımlarının birlikte anlaşmak suretiyle birden çok kişi tarafından yapılması yeterli görülmüştür. Bu surette Tebliğimizde birlikte hareket etmenin pay sahipleri arasında pay alımlarına ilişkin bir iş birliğine indirgenmiş olması hususunun giderdiği aksaklıklar ve oluşturduğu muğlak noktalar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Çıkarma Hakkı, Satma Hakkı, Yönetim Kontrolü, Birlikte Hareket Etme

ABSTRACT

Although the rights of squeeze and sell-out in public joint stock companies has been regulated in many foreign and EU laws for a long time, it is regulated for the first time in Turkish law with Law No.6362 on Capital Market Law. Article 27. Pursuant to the aforementioned provision, in the event that the shares acquired through any means, including takeover bid or acting together, reach the ratio to be determined by the Capital Markets Board or more of the voting

rights attached to the shares of the publicly held corporation, a controlling shareholder is formed and the right to squeeze out other shareholders from the corporation arises. Minority shareholders will have the right to demand the purchase of their shares by the controlling shareholder at a fair price. Therefore, the exercise of the squeeze-out right in public joint stock companies is not conditioned on a just cause as a prerequisite; it is deemed sufficient to hold shares representing the qualified majority of votes obtained in any way.

Article 27/4 of the Capital Markets Law does not include some issues in the Law and leaves them to the regulation of the Capital Markets Board. In this context, first of all, the procedures and principles regarding the squeeze-out and sell-out rights under Article 27 of the Capital Markets Law are regulated in the Communiqué No. II-27.1 on the "Right to Squeeze and Sell-Out" published in the Official Gazette dated 02.01.2014 and numbered 28870. Subsequently, the Capital Markets Board repealed Communiqué No. II-27.1 and published on the "Right to Squeeze and Sell-Out" the Communiqué No. II-27.2 in the Official Gazette dated 12.11.2014 and numbered 29173. Finally, in place of this second Communiqué, the Capital Markets Board, taking into account the amendments made to the Capital Markets Law and the demands from the market, prepared the "Communiqué on the Right to Squeeze Out and Sell-Out" numbered II-27.3, which was published in the Official Gazette dated 31.12.2020 and numbered 31351.

Communiqué No. II-27.3 on the Right to Squeeze Out and Sell-Out has made significant improvements regarding the conditions for the emergence and exercise of the squeeze out right. One of the important changes that should be emphasized is the definition of persons acting in concert. In Communiqué No. II-27.2, persons acting in concert were defined as "natural or legal persons who cooperate on the basis of an express or implied, oral or written agreement for the purpose of obtaining control of the management of the company", similar to the definition in Communiqué No. II-26.1. However, with the revision, the approach that it is necessary to cooperate on the basis of an agreement in order to have management control of the company has been abandoned. In Communiqué No. II-27.3, the concept of persons acting in concert is detached from the management control criterion and redefined as "natural or legal persons who make share purchases that will give rise to the right to squeeze out and sell-out within the framework of an explicit or implicit, oral or written agreement". In Communiqué No. II-27.3, the concept of persons acting in concert has been detached from the management control criterion and redefined as "natural or legal

persons who make share purchases that will give rise to the right to squeeze out and sell-out within the framework of an explicit or implicit, oral or written agreement". In this way, for the acceptance of acting in concert, it is deemed sufficient for more than one person to make take over that will allow the exercise of the right to squeeze out and sell-out, without the aim of obtaining management control, through a joint agreement. In this way, the shortcomings and ambiguities created by the fact that acting in concert is reduced to a cooperation between shareholders regarding share purchases in our Communiqué will be emphasized.

Key Words: Capital Market Law, Squeeze out Right, Sell-out Right, Management Control, Acting in Concert.

GİRİŞ

AB hukukunda ve birçok yabancı ülke hukukunda uzun bir süredir belli bir pay oranına sahip olan hâkim ortağın azınlık pay sahiplerini ortaklıktan çıkarmasına ve belirli koşullarla azınlık pay sahiplerinin, paylarını hâkim ortağa satarak ortaklıktan çıkmasına imkân veren düzenlemelere yer verilmektedir. Türk anonim ortaklıklar hukuku bakımından yeni bir kurum olan çıkarma hakkı ise 6102 sayılı TTK bakımından ortaklıklar hukukuna ilişkin 208. maddesi ve birleşmeye ilişkin 141. maddesiyle tanınmaktadır.

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından ise ortaklıktan çıkarma ve satma hakları 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹ (SerPK) m. 27 ile ilk kez özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere sahip olunan payların halka açık ortaklığın oy haklarının Kurulca belirlenen orana ulaşması halinde, paya sahip olan bu kişiler bakımından azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı doğar. Bu kişiler, azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarının iptalini ve bunlar karşılığı çıkarılacak yeni payların kendilerine satılmasını ortaklıktan talep edebilirler.

¹ RG. T. 6.12.2012, S.28513.

SerPK m. 27/4 hükmü bazı hususlara Kanun’da yer vermeyip, SPK’nın düzenleme alanına bırakmıştır. Bu kapsam SerPK m. 27/4 uyarınca çıkarma ve satma hakkına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan Tebliğler ile düzenlenmektedir. Çıkarma ve satma hakkına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği yürürlükte olan Tebliğ, 31.12.2020 tarihli ve 31351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir “II-27.3 sayılı “Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği”dir. II-27.2 sayılı Tebliğ’in ilga edilip, II-27.3 sayılı Tebliğ’in yürürlüğe girmesi sonucu çıkarma ve satma hakkında usul ve esaslara ilişkin önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerden biri, çıkarma ve satma hakkının ortaya çıkmasına sebep olan ve Kanun ve Tebliğ düzenlemelerinde de yer alan “birlikte hareket etme” kavramıdır.

I. ORTAKLIKTAN ÇIKARMA VE SATMA HAKKI

A. Genel Olarak

SerPK m. 27 hükmüne kaynaklık eden AB Direktifi ve diğer üye ülkelerin çoğunluğunda ortaklıktan çıkarma hakkı, pay alım teklifine bağlı olarak düzenlenmiştir. Buna göre pay alım teklifi sonrasında belli bir pay oranına sahip olan hâkim ortakların ortaklığın yapısını değiştirme, halka kapalı hale getirme ve teklif sonrasında ortaya çıkan azınlık pay sahipleri ve çoğunluk arasında meydana gelen menfaat ihtilaflarına son vermek amacıyla ortaklıktan çıkarma hakkı düzenlenmiştir. Bunun hemen devamında ise ortaklıktan çıkarma hakkı ile eş zamanlı olarak ortaya çıkan satma hakkı sayesinde, pay alım teklifini kabul etmeyen ve azınlıkta kalan pay sahiplerine eşit koşullarla ortaklıktan çıkma konusunda bir kez daha şans tanıma imkânı verilmiştir².

Türk hukukunda, ortaklıktan çıkarma hakkının doğması ise sadece pay alım teklifine bağlanmamış, pay alım teklifi ile eşige ulaşılması durumunda da çıkarma hakkının doğacağı vurgulanmıştır. Zira Türk hukukunda çıkarma hakkını kullanabilmek için gerekli olan hâkimiyet oranına yalnızca pay alım tekliflerinin yapılması gerektiği düzenlensey-

² YEŞİLTEPE, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 90.

di, mevcut kontrolün artırılmasına yönelik yapılan pay alım teklifleri ya da kontrolün ele geçirilmesine yönelik olmayan alım tekliflerinin ardından çıkarma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktı³ Nitekim SerPK m. 27 uyarınca, pay alım teklifi veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde elde edilen payların halka açık ortaklığın paya bağlı oy haklarının Kurul tarafından belirlenecek orana ya da daha fazlasına ulaşması durumunda bir hâkim ortak oluşmakta ve diğer pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı doğmaktadır. Azınlıkta kalan pay sahipleri açısından ise paylarının hâkim ortak tarafından adil bedel karşılığında satın alınmasını talep etme hakkı doğmaktadır. Çıkarma hakkı ile bu kişiler azınlık pay sahiplerinin paylarının iptalini ve bunlar karşılığı çıkarılacak payların kendilerine satılmasını talep edebilmektedir.

Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının yasal dayanağını oluşturan SerPK m. 27'nin birinci fıkrasında çıkarma hakkının ortaya çıkma koşulları düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise çıkarma hakkının doğduğu durumlarda azınlıkta kalan pay sahipleri için satma hakkının koşulları belirlenmiştir. SerPK m. 27/4 uyarınca maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi Kurul'un yetkisine bırakılmıştır. Bu doğrultuda uygulamaya ilişkin usul ve esaslar II-27.3 sayılı sayılı Tebliğ ile düzenlenmiştir. Tebliğ düzenlemesine de bakıldığında, halka açık anonim ortaklıklarda çıkarma hakkının kullanılması bir ön şart olarak haklı sebebe bağlanmamış; herhangi bir şekilde elde edilen nitelikli oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olmak yeterli görülmüştür. O halde nitelikli oy çoğunluğuyla kastedilen oranın ne olduğunun üzerinde durulması gereklidir.

B. Çıkarma Hakkının Doğumu İçin Gerekli Şartlar

1. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Olunması

SerPK m. 3/1 (e) uyarınca halka açık ortaklık, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar olarak tanım-

³ **KESKİN**, Harun, Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 573.

lanmıştır. O halde tanım uyarınca bir ortaklığın halka açık sayılması için ya ortaklık paylarının fiilen halka arz edilmiş olması ya da payların halka arz edilmemesine rağmen kanunen gerekli şartın sağlanması durumunda halka arz edilmiş sayılması gereklidir. Bu hallerden biriyle halka açık anonim ortaklık niteliği kazanan ve halka açık ortaklık statüsünden çıkarılmamış olan ortaklıklar, SerPK m. 16-33 arasında yer alan halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olacaktır⁴ (SerPK m. 16/1).

SerPK m. 3/1 (f) uyarınca halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması yönünde çeşitli yollarla yapılan genel bir çağrışı ve bu çağrışı takiben gerçekleştirilen satışı ifade etmektedir. Halka arz sözlü ya da yazılı olarak çok sayıda belirsiz kişiye yapılmaktadır. Bu anlamda çağrışının yapıldığı mecranın bir önemi olmadığı gibi, çağrışının sadece belirli bir kişi ya da kişilere yöneltilmesi halka arz olarak kabul edilmez⁵.

SerPK’da bahsedilen söz konusu halka arz şekli fiili halka arz anlamına gelmekte ve halka arz neticesinde, ortaklık halka açıklık statüsüne geçmektedir⁶. Bununla birlikte Kanun fiili halka arzın yanı sıra ortak sayısına bakarak varsayımsal halka arz şeklini de kabul etmiştir. SerPK m. 16/1 uyarınca, payları borsada işlem gören ortaklıklar, kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar ve SerPK m. 16/3 uyarınca pay sahibi sayısı en az beş yüz olan kooperatiflerin veya kendisine ortak olan kooperatiflerin pay sahibi sayısı tek başına ya da toplam olarak en az beş yüz olan kooperatif birliklerinin veya kooperatif merkez birliklerinin yönetim kontrolüne sahip olduğu ve yıllık en az elli milyon Türk lirası satış hasılatı yapmış olan anonim ortaklıkların payları halka arz olun-

⁴ Halka açık ortaklık hak ve yükümlülüklerine tabi olmak her zaman SerPK ve Kanuna dayanılarak çıkarılan Tebliğ hükümlerine tabi olmak anlamına gelmez. Nitekim halka açıklık paya bağlı bir statü olup, pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının halka arzı, ihraççıyı halka açık hale getirmez. **MEMİŞ**, Tekin/ **TURAN**, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 55.

⁵ **ÜNAL**, Oğuz Kürşat: “Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 81; **MEMİŞ /TURAN**, s. 55.

⁶ **ADIGÜZEL**, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, 22; **PALAN-DUZ**, s. 88.

muş sayılacaktır. Bunun sonucu olarak da şartı sağlayan söz konusu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine tabi olacaktır.

Payları borsada işlem gören ortaklıklar halka açık statüsünü payların borsada işlem görmeye başlaması ile kazanır⁷. Bununla birlikte payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar bakımından durum farklıdır. Bu ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, Kurul, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alır (SerPK m. 16/2). Burada sözü edilen, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar pay sahibi sayısı beş yüzü geçen ortaklıklar olup, başvuru henüz yapılmamış olmasa da pay sahibi sayısının beş yüzü aşması ile birlikte halka açık statüsünü kendiliğinden kazanmaktadır. Söz konusu iki yıllık süre ise, pay sahibi sayısı en az beş yüz olan kooperatifler bakımından uygulanmayacaktır.

SerPK m. 33/4 hükmü uyarınca, pay sahibi sayısı sebebiyle halka açık sayılan ortaklıklardan paylarının borsada işlem görmesi zorunluluğundan kurtulmak istedikleri takdirde, pay sahibi tam sayısının en az üçte ikisinin olumlu oyu veya toplam oyların dörtte üçü ile alınacak bir genel kurul kararı ile bu Kanun kapsamından çıkabilmektedir. Bu halde payların tedavül kabiliyeti azaldığından, söz konusu karara olumlu oy kullanmayan pay sahipleri için ise 24 üncü madde uyarınca ayrılma hakkı tanınmıştır⁸.

2. Hâkimiyet Eşiği

SerPK m. 27 uyarınca düzenlenen çıkarma hakkı, hâkimiyet olgusuna dayanan bir hak olması sebebiyle, hâkim pay sahibine tanınmıştır. Be-

⁷ PALANDUZ, s. 88.

⁸ Her ne kadar kanun ifadesinde pay sayısı nedeniyle halka açık sayılan anonim şirketler kullanılsa da, Kanun kapsamına sadece pay sahibi sayısı beş yüzü geçen ortaklıklar girmelidir. Nitekim SerPK m. 16/3 uyarınca pay sahibi sayısı ile beş yüzü aşan kooperatiflerin hâkim olduğu şirketler halka açık sayılırken; ortaklığın değil kooperatifin pay sahibi sayısı esas alınmıştır. Bu nedenle halka açık sayılan ortaklık alacağı bir genel kurul kararıyla, halka açıklık statüsünden çıkamamalıdır. **ME-MİŞ/TURAN**, s. 59.

lirtmek gerekir ki; çıkarma hakkı bakımından hâkimiyet, şirketler topluluğu hukuku bağlamında hâkimiyet kavramından farklı bir anlama sahiptir. Çıkarma hakkı açısından hâkimiyet belirli bir oransal büyüklüğü, eşiği ifade etmek üzere kullanılmıştır⁹. Bu anlamda hakkın sahibi, halka açık bir anonim ortaklıkta nitelikli bir oy çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olan bir pay sahibidir. Söz konusu hükümde hâkim pay sahibinin ulaşması gerekli eşiğin Kurulca belirleneceği öngörülmüş ancak eşiğin yüzde olarak miktarının tespiti hususu Tebliğ hükümlerine bırakılmıştır¹⁰. Kurul bu yetkisini II-27.3 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinde kullanmıştır. Buna göre, halka açık bir anonim ortaklıkta oy haklarının %98’ini temsil eden paylara sahip olan bir pay sahibi hâkim ortak olacak ve çıkarma hakkını kullanabilecektir.

Kurul’un SerPK m. 27/1 düzenlenmesinin usul ve esaslarını belirleyen ve ilk Tebliğ olan II-27.1 sayılı Tebliğ’de eşik %95 olarak belirlenmiş, daha sonra Tebliğ’i yürürlükten kaldıran II-27.2 sayılı Tebliğ’in söz konusu maddelerinde eşik %98’e yükseltilmiştir. Ancak daha sonra bu Tebliğ’i de yürürlükten kaldırmaya hazırlanan II-27.3 sayılı Tebliğ Taslağı’nda eşiğin %95’e indirilmesinden bahsedilse de, nihayet yayınlanan II-27.3 sayılı Tebliğ’de eşik %98 olarak korunmuştur.

SerPK m. 27 ve çıkarma hakkı usul ve esaslarının düzenlendiği II-27.3 sayılı Tebliğ m. 4’te hangi işlem sonucu ve ne şekilde oluştuğuna bakılmaksızın Kurulca belirlenen hâkimiyet oranına, herhangi bir işlem sonucu ulaşılması yeterli öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olarak herhangi bir şekilde hâkimiyet oranına ulaşılması mümkündür. O halde çıkarma hakkının doğması ve kullanılması bakımından hâkim ortak sıfatının ne şekilde ve hangi işlem sonucunda doğduğu fark yaratmamaktadır.

C. Hâkim Ortak Sıfatını Sağlayan Hukuki İşlemlerin Yapılması

Yabancı hukuk sistemlerinde çıkarma ve satma hakkını incelediğimiz üzere AB Direktifi öncesi üye ülkelerin düzenlemelerinde çıkarma hakkı

⁹ KARABABA, Serdar, Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 218.

¹⁰ KARABABA, s. 203.

farklı koşullarda düzenlenmiştir. Zira bazı ülkelerde hâkimiyetin pay alım teklifinden bağlantısız olarak herhangi bir şekilde ortaya çıkması yeterli görülüş bazı ülkelerde ise pay alım teklifinin sonucu olarak ortaya çıkması aranmıştır¹¹.

Türk hukukuna bakıldığında ise, hâkimiyet eşiğine ulaşma bakımından gerekli olan hukuki işlemler konusunda esnek davranılmış ve düzenlemelerle eşiğe herhangi bir şekilde ulaşma imkânı verilmiştir. Zira Türkiye’de pay sahipliği geniş bir tabana yayılmamıştır, aksine yoğunlaşmış pay sahipliğinin hâkim olduğu bir sistem mevcuttur. Bu nedenle birçok üye devlette olduğu gibi Türkiye de AB Direktifi hükümlerinin ilerisine giderek çıkarma hakkını sadece pay alım teklifine bağlamamıştır¹². Nitekim iç hukuk bağlamında çıkarma hakkının düzenlendiği SerPK m. 27 ve çıkarma hakkı usul ve esaslarının düzenlendiği II-27.3 sayılı Tebliğ m. 4’te hangi işlem sonucu ve ne şekilde oluştuğuna bakılmaksızın Kurulca belirlenen hâkimiyet oranına, herhangi bir işlem sonucu ulaşılması yeterli öngörülmüştür.

II. ÇIKARMA HAKKININ “BİRLİKTE HAREKET EDEN KİŞİLER” TARAFINDAN KULLANILMASI

Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkını düzenleyen SerPK m. 27 ve II-27.3 sayılı Tebliğ m. 4/1 hükmünde, hakkın doğumu için gerekli olan hâkim ortak sıfatının elde edilmesini sağlayan işlemlerden biri olarak birlikte hareket etme açıkça ifade edilmektedir. Nitekim SerPK ifadesine bakıldığında, *“tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber...”* ibaresinden kontrolü sağlayan payları ve oy haklarını bir kişi tek başına iktisap etmiş olabileceği gibi birlikte hareket ettiği kişilerle edinebileceği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda birlikte hareket etmek suretiyle sahip olunan payların halka açık ortaklığın oy haklarının %98’ine ulaşılması

¹¹ ELST Christoph Van Der and STEEN Lientje Van Den, “Balancing The Interests Of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis Of Squeeze-Out and Sell-Outs Rights”, European Company and Financial Law Review, Cilt 6, Sayı 4, 2009, S. 392 http://hein.journals/ecomflr6&Id=415&Men_Tab=Srchresults. (Erişim Tarihi 14.02.2024).

¹² ELST/STEEN, s. 413.

durumunda, pay sahip olan bu kişiler bakımından hâkim ortak sıfatı ve bunun sonucu olarak da azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı elde edilecektir.

A. Pay Alım Teklifi Bakımından Birlikte Hareket Etme

Birlikte hareket etme ve birlikte hareket eden kişiler tanımlaması, esasen pay alım teklifine özgü bir tanımlamadır. Pay alım teklifi hukukunda birlikte hareket, hem pay iktisabını hem de yönetime ilişkin hakların kullanılmasını konu edinen anlaşmaları kapsamaktadır. Nitekim her iki durumda da amaç, ortaklığın yönetimini ele geçirmektir¹³. Bu doğrultuda özellikle yönetim kontrolü nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılması yükümü açısından birlikte hareket etme kavramı üzerinde durulmuştur. Nitekim SerPK m. 26/2 hükmünde “Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması... yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir” diyerek ifade edilmiştir. Yine II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliğ m. 11/1 hükmünde “tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenler, söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer ortakların paylarını satın almak üzere pay alım teklifinde bulunmak zorundadır” ifadesinden, yönetim kontrolünü sağlayan pay ve oy haklarının tek başına iktisap edebileceği gibi birlikte hareket etme suretiyle de iktisap edilebileceği anlaşılmaktadır.

“Birlikte hareket etme” kavramı, II-26.1 sayılı Tebliğ m. 4/1 (ç) uyarınca “Hedef ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirmek amacıyla teklifte bulunanla ya da bir teklifin başarılı bir şekilde sonuçlandırılmasını engellemek amacıyla hedef ortaklıkla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler” olarak ifade edilmiştir.

II-26.1 sayılı Tebliğ tanımına bakıldığında, birlikte hareket eden kişilerin varlığı için en az iki kişinin bir araya gelmesi gereklidir. Bunun ya-

¹³ KESKİN, s. 583.

nı sıra bir araya gelen kişilerde hedef ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirmeye yönelik amaç ve irade birliğinin olması gereklidir. O halde esas ölçüt, iki veya daha fazla tarafın kontrolün ele geçirilmesine yönelik aktif bir işbirliği iradesini taşımaları ve bu işbirliğini gerçekleştirmiş olmalarıdır. Bu doğrultuda yönetim kurulu seçiminde işbirliği yapılmış olması, bu hususta vekâlet toplanması ya da oy sözleşmesi yapılması, pay sahipleri arasında ortak karar alınması ya da yönetim kontrolü gücünün kullanımı ile ilgili konularda işbirliği yapılmasına yönelik esas sözleşme hükümlerinin ya da pay sahipliği anlaşmalarının varlığının birlikte hareket iradesini kanıtlayan olgular olarak kabul edilebilecektir¹⁴. Dolayısıyla söz konusu amaç dışında farklı amaçlarla bir araya gelen kişiler, pay alım teklifi hukukunda birlikte hareket eden kişiler olarak değerlendirilmeyecektir.

Tanım kapsamında değerlendirildiğinde, kişiler arasındaki işbirliğinin hedef ortaklığın yönetim kontrolünün ele geçirilmesine yönelik olması gerektiği anlaşılırken; anlaşmanın içeriğine dair bir hususa yer verilmediği anlaşılmaktadır. Tebliğ m. 11 lafzına bakıldığında “Gönüllü olarak yapılan pay alım teklifi, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenler..” ifadesinden, birlikte hareket etmenin konusunun pay iktisabı olduğu ve iş birliğinin pay iktisabına göre şekillendiği anlaşılmaktadır. Ancak SerPK m. 26/3 gereğince pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğu durumlar arasında “Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa bile, 23 üncü maddenin birinci fıkrasında Kurulca belirlenmesi öngörülen usul ve esaslar ile 29 uncu maddenin altıncı fıkrasındaki usul ve esaslara uyulmadan, bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri” de bulunmaktadır. Söz edilen özel yazılı anlaşmaların tipik bir örneğini ise oy sözleşmeleri oluşturmaktadır. Oy sözleşmeleri ise her

¹⁴ SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 4, S. 2, 2018, 263-325, <https://dergi-park.org.tr/tr/pub/tfm/issue/41027/495822> (Erişim Tarihi 14.02.2023).

durum da olmasa da çoğu zaman birlikte hareket etme olarak değerlendirilmektedir. Oy sözleşmeleri, pay sahiplerinin oy haklarını belli bir yöne kullanmaları, bir temsilci vasıtasıyla kullanmaları, kullanmamaları ya da kullanmada çekimser kalmaları taahhüdünü içeren sözleşmelerdir¹⁵. Bu anlamda oy sözleşmelerinin konusu oy hakkının başka bir kimseye devredilmesi değil; oyun bizzat pay sahibi tarafından taahhüt edildiği şekilde kullanılmasıdır¹⁶. Ancak yapılan oy sözleşmeleri belirli bir tarihte yapılacak genel kurul toplantısı için yahut belirli gündem maddelerinin oylanması için yapıldığında yönetim kontrolünün elde edilmesi söz konusu olmayacaktır¹⁷. Bu nedenle sadece aynı yönde oy kullanma birlikte hareket etme sayılmayıp devamlılık arz etmeyecektir. Bununla birlikte oy sözleşmelerinin zorunlu pay alım teklifini doğuran bir anlaşma sayılması sözleşmenin yönetim ve kontrolünü elde etmek ya da yönetime etki etmek amacı ile mümkün olabilecektir.

II-26.1 sayılı Tebliğ 4. maddesi, tarafların birlikte hareket ettiğini kabul etmek için kural olarak bir anlaşmanın varlığını aramaktadır. Bu anlaşma için ise belli bir şekil şartı aranmamaktadır. Nitekim anlaşma yazılı ya da sözlü olabileceği gibi açık veya zımni de yapılabilir¹⁸. Ancak tarafların aralarında anlaşmadan ve yönetim kontrolünü elde etme açısından aynı neticeye yönelik birlikte eylemde bulunmaları halinde, yönetim kontrolü fiilen elde edilse dahi, söz konusu kişiler birlikte hareket eden sıfatını kazanamadıkları için hukuken yönetim kontrolünü elde etmiş sayılmamakta ve zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü doğmamaktadır. Bunun yanı sıra anlaşmanın yazılı olmayıp sözlü şekilde yapıldığı halde ispat açısından zorluk çıkacağından, bir anlaşmanın varlığının aranması eleştiriye tabi tutulmaktadır¹⁹. Gerçekten de hükmün esas

¹⁵ **MOROĞLU**, Erdoğan, *Oy Sözleşmeleri*, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 4; **POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış Baskı*, İstanbul 2017, s. 46.

¹⁶ **MOROĞLU**, s. 5; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 46.

¹⁷ **MOROĞLU**, s. 5; **KARACAN**, Ali İhsan/**KARACAN**, Esra Erişir, *Pay Alım Teklifi*, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 319.

¹⁸ **SÖNMEZ**, s. 293.

¹⁹ **TÜRKYILMAZ**, İsmail. *Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu*, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 46.

amacı olan azınlık pay sahiplerinin korunması, birlikte hareket etmek için anlaşmanın aranması ile güçleşmektedir.

B. Çıkarma Hakkı Bakımından Birlikte Hareket Etme

Çıkarma hakkı bakımından birlikte hareket etme kavramı, Tebliğ değişikliği sonrası ve öncesi olmak üzere iki ayrı şekilde incelenmelidir. Nitekim II-27.3 sayılı Tebliğ yürürlüğe girdikten sonra birlikte hareket etme kavramında değişiklik olmuştur.

II-27.2 sayılı Tebliğ’de birlikte hareket eden kişileri ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olma amacıyla bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler olarak tanımlanmıştı. Bu doğrultuda II-27.2 sayılı Tebliğ’de birlikte hareket eden kişiler tanımı yapılırken yönetim kontrolü kavramından yola çıkılarak bir sonuca ulaşılmıştı. II-27.3 sayılı Tebliğ’de ise söz konusu tanım değiştirilmiş ve yönetim kontrolü kavramından bahsedilmemiştir. II-27.3 sayılı Tebliğ m. 3/1 (a) bendi uyarınca birlikte hareket eden kişiler, *“çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek ve/veya tüzel kişileri”* olarak ifade edilmektedir.

1. II-27.2 Sayılı Tebliğ Uyarınca “Birlikte Hareket Etme Kavramı”

Tebliğ değişikliğinden önce mülga II-27.2 sayılı Tebliğ döneminde, birlikte hareket eden kişiler tanımı, II-26.1 sayılı Tebliğ’deki tanım ile birebir örtüşmekteydi. Nitekim söz konusu tanım da yönetim kontrolü kavramı temel alınmış ve kişilerin bir araya gelirken yaptığı iş birliğinin amacı yönetim kontrolüne bağlanmıştı. Yönetim kontrolü kavramı da tıpkı SerPK’nın pay alım teklifi yükümlülüğüne dair 26. maddesindeki gibi tanımlanmıştı. II-27.2 sayılı Tebliğ bakımından birlikte hareket etme için gerekli olan yönetim kontrolü amacına değinmekte fayda bulunmaktadır.

a. Yönetim Kontrolü Amacı

Yönetim kontrolünün tanımına bakıldığında, II-26.1 sayılı Tebliğ m. 12 uyarınca *“Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sa-*

hip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelükler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması", yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. SerPK ve II-26.1 sayılı Tebliğ tarafından kabul edilen ve oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olma oranı hâkimiyet eşiği olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu durum, Kanun tarafından kabul edilen bir karine niteliğinde olup; düzenlemenin devamı uyarınca imtiyazlı payların mevcudiyeti kapsam dahilinde değerlendirilmeyecektir. Nitekim yönetimin seçilmesinde imtiyaz veren paylar var ise, pay ve oy oranının artık yönetim kontrolü açısından önemi kalmayacaktır. Zira bir ortaklığa ait oy haklarının %90'ına sahip olursa dahi, ortaklığın başka bir grubu yönetim kurulunun çoğunluğunu seçme ya da genel kurulda seçilmeleri için aday gösterme imtiyazına sahip ise, söz konusu oran da yönetim kontrolünü elde etme olanağı vermeyecektir. Nihayet pay alım teklifi zorunluluğu yönetim kontrolünün değişmesi koşulunu gerektirdiğinden, yüksek bir oy oranını elinde tutan pay sahiplerine bu hüküm uygulanamayacaktır²⁰.

SerPK ve II-26.1 sayılı Tebliğ tanımları uyarınca ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına ulaşmak amacıyla bir iş birliği çerçevesinde bir araya gelen pay sahipleri birlikte hareket etmiş sayılmaktadır. O halde, II-27.2 sayılı Tebliğ hükmü gereği mevcut kontrolü pekiştirmek amacıyla yapılan pay alımları, yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla yapılmadığında, birlikte hareket etme sayılmamaktaydı ve çıkarma hakkına imkân vermemekteydi. Başka bir deyişle ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına sahip olan bir pay sahibi, başka bir pay sahibi ile bir araya geldiğinde oluşan birliktelik, birlikte hareket etme kavramına vücut vermemekteydi²¹. Nitekim yönetim kontrolü amacını taşımayan hiçbir birliktelik, çıkarma hakkı için gerekli olan %98'lik bir oy hakkını oluştursa da, tanım gereği çıkarma hakkının kullanılmasına imkân vermemekteydi.

²⁰ KARACAN, s. 301; YEŞİLTEPE, s. 64.

²¹ KESKİN, s. 587.

b. İşbirliğin Uyumlu Eylem Birliği ve Sürekli Olması

II-27.2 sayılı Tebliğ uyarınca çıkarma hakkını kullanmak bakımından birden fazla pay sahibinin sırf azınlık pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma amacı ile bir araya gelmeleri ve işbirliği yapmaları görünüşte geçerli olsa da, hukuken geçerli bir hâkimiyetin varlığını sağlamayacaktı. Keza salt çıkarma hakkının kullanımı amacıyla kurulan işbirlikleri, II-27.2 sayılı Tebliğ m. 3/1 (a) doğrultusunda yapılan tanım gereğince açıkça yönetim kontrolünü ele geçirmek amacını aradığından hâkim ortak konumunu sağlamamaktadır²².

2. II-27.3 Sayılı Tebliğ Uyarınca “Birlikte Hareket Etme Kavramı”

II-27.3 Sayılı Tebliğ ile birlikte hareket eden kişiler tanımı değişikliğe uğramıştır. Yeni Tebliğ uyarınca birlikte hareket eden kişiler, “*çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek ve/veya tüzel kişiler*” olarak ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğumu için hakim ortak konumuna ulaşılması bakımından önem arz eden “*birlikte hareket etme*” nin gerçekleşmesi için yönetim kontrolünü sağlama amacından vazgeçilmiştir²³.

II-27.3 sayılı Tebliğ m. 3/1 (a) bendi uyarınca, birlikte hareket eden kişilerin varlığından bahsedebilmek için, birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğmasını sağlamak amacıyla pay alımlarını yapmak üzere hareket ediyor ve amaca ulaşabilmek adına bir anlaşmaya dayanarak iş birliği yapıyor olmaları gerekmektedir. Başka bir deyişle O halde, birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin, ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek olan %98’lik oranı sağlayan pay alımlarını yapmak üzere bir anlaşma çerçevesinde işbirliği içerisinde olması gerekir. Hâkim ortak ko-

²² **KARABABA**, s. 210; **YEŞİLTEPE**, s. 65; **PALANDUZ**, Seda, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, İstanbul 2009, s. 108.

²³ **HIZIR**, Serdar: “Sermaye Piyasası Mevzuatında Son Dönemde Kabul Edilen Düzenlemelerin Borsa Kotundan Çıkma Açısından Meydana Getirdiği Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi”, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk, Konya, 2021, s. 475-513.

numunun kazanılması açısından önem arz etmesi sebebiyle birlikte hareket etme ilişkisinin unsurlarının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

a. Çıkarma ve Satma Hakkını Ortaya Çıkaran Pay Alımları

Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğması bakımından gerekli olan %98 oranında oy hakkının elde edilerek hâkim ortak sıfatının kazanılmasının yollarından biri de birlikte hareket etmektir. Birlikte hareket etme yoluyla, ayrı ayrı hâkimiyet sağlamayan oranda oya sahip olan kişilerin birlikte hareket ederek hâkim konuma gelmesi mümkündür²⁴. Bir başka deyişle, bu işbirliğine dâhil kişilerin sahip olduğu toplam oy hakları ortaklığın oy haklarının %98'ine ulaşması halinde, çıkarma hakkı doğmaktadır. Bu doğrultuda birlikte hareket etmek üzere bir araya gelen kişilerin, işbirliği içerisine girme amacı önem arz etmektedir.

Değişiklikle beraber birlikte harekete vücut veren iş birliğinin amacı ancak pay alımı ya da pay alım teklifi yapmak ile sınırlandırılmış olmaktadır. Böylece çıkarma ve satma hakkının kullanımını işlevsel hale getirecek pay alımlarını yapmak üzere bir araya gelen kişiler ayrıca bir hâkimiyet oranı aranmadan doğrudan hakkı kullanabilecek şartı sağlamış olacaktır. Başka bir deyişle birlikte hareket etme suretiyle doğrudan ortaklığın oy haklarının %98'ine ulaşılmış olacağından, şekli birleşmeler ve amacın kötüye kullanılması mümkün olmayacak ve gerçek anlamda çıkarma hakkını sağlayacak pay alımları gerçekleşmiş olacaktır²⁵.

b. Anlaşmaya Dayalı İş Birliği

Birlikte hareket etmeyi oluşturan bir diğer koşul ise çıkarma ve satma hakkının kullanılmasına sebebiyet verecek pay alımları için açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayalı olarak yapılan iş birliğidir. Görüldüğü üzere bu anlaşmanın hangi şekilde yapıldığı önem arz etmemektedir.

²⁴ PALANDUZ, s. 108.

²⁵ ARSLAN, Firdevs: Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2023.

II-27.3 sayılı Tebliğ'de birlikte hareket eden kişilerin yaptığı anlaşmadan bahsederken, söz konusu anlaşmanın hukuki niteliğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir²⁶. O halde, hukuki niteliğin saptanmasında şirketler topluluğunda hâkimiyet kriterlerini belirleyen TTK m. 195 hükmünün gerekçesinden faydalanmak gerekir²⁷. Gerekçe uyarınca pay sahipleri sözleşmeleri ya da oy sözleşmeleri ile birden fazla pay sahibinin birlikte hâkimiyet kurmalarından söz etmektedir²⁸. Bu durumda pay sahiplerinin oy kullanma taahhüdünü güvence altına almak amacıyla bir adi ortaklık kurmaları da mümkün olduğundan, söz konusu ortaklığın hâkim ortak olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu noktada II-27.3 sayılı Tebliğ'deki yeni tanıma bakıldığında, birlikte hareket etme kavramı çıkarma hakkının kullanılması bakımından yalnızca pay iktisabı konusunda bir araya gelen kişileri ifade etmek amacıyla sınırlandırılmıştır. Hâlbuki değişiklik öncesi yapılan yanıtta yönetim kontrolünü sağlamak amacıyla oy sözleşmeleri yaparak bir araya gelen kişilerin, pay alımı yapmadan birlikte hareket eden kişiler olarak kabul edilmesi ve çıkarma hakkını kullanması mümkündür. Bu kapsamda yeni Tebliğ'de oy sözleşmeleri ile bir araya gelen pay sahiplerinin birlikte hareket eden olarak nitelendirilmesi ve çıkarma hakkını bu şekilde kullanması konusunda belirsizlikler ortaya çıkmıştır.

II-27.3 sayılı Tebliğ'deki tanımdan hareket edildiğinde, eski düzenlemeden farklı olarak, pay sahiplerinin yaptığı iş birliğinin konusuna yer verildiği görülmektedir. Tebliğ düzenlemesi uyarınca birlikte hareket etmenin maddi unsurunun pay iktisabı olduğu ve birlikte hareket eden kişilerin yalnızca pay iktisabı konusunda bir araya gelmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan herhangi bir pay alımı olmadan bir oy sözleşmesiyle bir araya gelen pay sahiplerinin ortaya çıkardığı birlikteliğin, çıkarma hakkı bakımından birlikte hareket etme kavramına vücut vermeyeceği söylenebilir²⁹.

²⁶ **KOLCUOĞLU**, Umut, Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 163; **YEŞİLTEPE**, s. 66.

²⁷ **KOLCUOĞLU**, s. 163; **KARABABA**, s. 211.

²⁸ TTK m. 195/1 Gerekçe.

²⁹ **KESKİN**, s. 592.

III. DEĞERLENDİRME

Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-27.3 sayılı Tebliğ'de yaptığı tanım değişikliğine bakıldığında, çıkarma hakkının sebepten soyut olarak düzenlenen bir hak olduğunu göz önüne alarak, hukuken aranan şartların gerçekleşmesi halinde, bu hakkı herhangi bir amacın varlığına bağlamak istemediği anlaşılmaktadır. Zira SerPK m. 27 uyarınca da ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğumu için gerekli olan hâkim ortak sıfatının herhangi bir yolla sağlanması mümkün olup, bunu sağlayan yollar bir şarta bağlanmamıştır.

Kurul'un birlikte hareket eden kavramında yaptığı değişiklik, çıkarma hakkının kullanımını yönetim kontrolü amacından bağımsız hale getirmeyi sağlaması bakımından olumlu olarak görülmelidir. Zira birlikte hareket etme suretiyle doğrudan ortaklığın oy haklarının %98'ine ulaşılmış olacağından, şekli birleşmeleri ve hakkın kötüye kullanımı mümkün olmayacak ve gerçek anlamda çıkarma hakkını sağlayacak pay alımları gerçekleşmiş olacaktır³⁰. Nitekim çıkarma hakkının öngörülme amaçlarından birinin, hâkim ortak sıfatını elinde bulunduran çoğunluk pay sahipleri ve azınlıkta kalan pay sahipleri arasında menfaat ihlallerini ortadan kaldırmak olduğu düşünüldüğünde, hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanma zorunluluğu da bu noktada devreye girmektedir.

Kurul'un değişiklikle varmak istediği amacın, sadece yönetim kontrolünü elde etmek isteyenlerin değil de, mevcut kontrol oranlarını artırmak isteyen pay sahiplerini de birlikte hareket eden kavramına dahil edilmesi ve çıkarma hakkını kullanmalarına izin verilmesi olması da mümkündür³¹. Nitekim kontrol bir kez elde edildikten sonra çıkarma hakkının kullanılmasını sağlayacak her bir pay alımı aslında mevcut kontrolü pekiştirmeye yönelik olmaktadır. Bu durum da yönetim kontrolünün elde edilmesi amacını barındırmadığından birlikte hareket eden kavramına dahil olmamaktadır. O halde söz konusu amacın kaldırılmasıyla birlikte mevcut kontrol oranlarını artırmak isteyenlerin de tanıma dahil edilmesi mümkün hale gelmelidir.

³⁰ YEŞİLTEPE, s. 66.

³¹ KESKİN, s. 589.

Ancak yapılan değişiklik neticesinde pay iktisabı konusunda bir iş birliği olmamakla beraber, oy sözleşmeleri çerçevesinde mevcut kontrol oranlarını artıran pay sahiplerinin birlikte hareket eden olarak kabul edilmemesi durumu ortaya çıkmaktadır. Ancak bilindiği üzere oy sözleşmeleri aracılığıyla yönetim kontrolünü ele geçiren ya da mevcut kontrolünü artıran pay sahipleri bakımından pay alım teklifi yükümlülüğü doğduğundan (SerPK m. 26/3), aynı kişiler için çıkarma hakkının doğması doğa bir sonuç olmalıdır.

Kurul'un yaptığı değişiklikle öngördüğü amacı, çıkarma hakkının doğumunu bir amacın varlığından arındırmak ise, birlikte hareket edenleri pay alımı hususunda bir iş birliğine mecbur bırakmaması gereklidir. Aksi durumda birlikte hareket ederek çıkarma hakkının kullanımı en aza inecektir. Bu nedenle Tebliğ'de birlikte hareket etme aracılığıyla çıkarma hakkının kullanımını etkin hale getirilebilecek düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gereklidir. Şu anki durumda, tanımın mevcut halinden yola çıkıldığında birlikte hareket eden olarak çıkarma hakkını kullanmak isteyen pay sahiplerinin, çıkarma ve satma haklarını doğuracak pay alımlarını daha önceden birbirinden bağımsız olarak gerçekleştirip sonradan bir iş birliği içerisine girmeleri ancak alternatif bir yöntem olabilir.

SONUÇ

SerPK m. 27 uyarınca çıkarma hakkı, II-27.3 sayılı Tebliğ'de öngörülen hâkimiyet eşiğine ulaşılmamasıyla birlikte doğmaktadır. Fakat hâkimiyet eşiğine ulaşılmadan önce, hâkim ortak sıfatının elde edilmesi için gerekli başka birtakım şartların da varlığına ihtiyaç vardır. Başka bir deyişle, eşiğe ulaşması söz konusu olan ortakların öncelikle bir halka açık anonim ortaklıkta pay sahibi olması gereklidir. Bundan sonra sahip olacağı paylarla hâkimiyet eşiğine ulaşması şartının varlığı tespit edilmelidir.

Hâkim ortak konumunun kazanılması için gerekli olan hukuki işlemler incelendiğinde, Türk hukukunda hâkimiyet eşiğine ulaşma bakımından gerekli olan hukuki işlemler konusunda diğer hukuk sistemlerine göre esnek davranılmış ve düzenlemelerle eşiğe herhangi bir şekilde ulaşma imkânı verilmiştir. Zira Türkiye'de pay sahipliği geniş bir tabana

yayılmamıştır; aksine, yoğunlaşmış pay sahipliğinin hâkim olduğu bir sistem mevcuttur. Bu nedenle birçok üye devlette olduğu gibi Türkiye de Direktif hükümlerinin ilerisine giderek çıkarma hakkını sadece pay alım teklifine bağlamamıştır. Nitekim iç hukuk bağlamında çıkarma hakkının düzenlendiği SerPK m. 27 ve çıkarma hakkının usul ve esaslarının düzenlendiği II-27.3 sayılı Tebliğ m. 4’te hangi işlem sonucu ve ne şekilde ortaya çıktığına bakılmaksızın Kurulca belirlenen hâkimiyet oranına herhangi bir işlem sonucu ulaşılması öngörülmüştür.

Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının düzenleyen SerPK m. 27 ve II-27.3 sayılı Tebliğ m. 4/1 hükmünde, hakkın doğumu için gerekli olan hâkim ortak sıfatının elde edilmesini sağlayan pay alım işlemlerinden birini olan birlikte hareket etme kavramıdır. II-27.2 sayılı Tebliğ’de birlikte hareket eden kişileri “*ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olma amacıyla sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler*” olarak ifade edilen tanım II-27.3 sayılı Tebliğ’de değişikliğe uğramıştır. Burada yönetim kontrolü kavramından bahsedilmemiş; II-27.3 sayılı Tebliğ m. 3/1 (a) hükmü uyarınca birlikte hareket eden kişiler, “*çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarını açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşma çerçevesinde yapan gerçek ve/veya tüzel kişileri*” olarak ifade edilmiştir.

Değişiklikle birlikte, çıkarma hakkının kullanılması bakımından bir araya gelen kişilerin yönetim kontrolünü sağlamak amacıyla bir araya gelmesi zorunlu bir unsur olmaktan çıkarılmıştır. Onun yerine çıkarma ve satma hakkına sebebiyet verecek pay alımların ya da pay alım sözleşmeleri çerçevesinde bir iş birliği aranmaktadır. Söz konusu pay alımlarının ise çıkarma ve satma hakkını sağlayacak oranda bir pay alımı olması gereklidir. Böylelikle şekli birleşmelerin önüne geçilmesi mümkün hale gelmiş olup, hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi sağlanmıştır. Bununla birlikte iş birliğinin maddi unsuru pay alımı temelinde olduğundan oy sözleşmeleri etrafında bir araya gelen kişiler, birlikte hareket etme kavramına dahil olamadığından çıkarma hakkını elde edemeyecektir. Bu ise birlikte hareket ederek çıkarma hakkının kullanılmasının en aza inmesine sebep olacaktır.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL**, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ARSLAN**, Firdevs: Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2023.
- ELST** Christoph Van Der and **STEEN** Lientje Van Den, Balancing The Interests Of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis Of Squeeze-Out and Sell-Outs Rights, European Company and Financial Law Review, Cilt 6, Sayı 4, 2009, S. 392 hein.Journals/Ecomflr6&İd=415&Men_Tab=Srchresults. (Erişim Tarihi 14.02.2024).
- HIZIR**, Serdar: "Sermaye Piyasası Mevzuatında Son Dönemde Kabul Edilen Düzenlemelerin Borsa Kotundan Çıkma Açısından Meydana Getirdiği Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk, Konya, 2021, s. 475-513.
- KARABABA**, Serdar: Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları, 1. Baskı, Ankara 2016.
- KARACAN**, Ali İhsan/ **KARACAN**, Esra Erişir: Pay Alım Teklifi, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- KESKİN**, Harun: Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- KOLCUOĞLU**, Umut: Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- MOROĞLU**, Erdoğan: Oy Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- PALANDUZ**, Seda: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, İstanbul 2009.
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış Bası, İstanbul 2017.
- SÖNMEZ**, Yusuf Ziyaeddin: "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 4, S. 2, 2018, 263-325, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/41027/495822> (Erişim Tarihi 14.02.2023).
- MEMİŞ**, Tekin/ **GÖKÇEN**, Turan: Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2020.
- TÜRKYILMAZ**, İsmail: Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- ÜNAL**, Oğuz Kürşat: "Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 81-113.
- YEŞİLTEPE**, Salih Önder: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı, 2. Baskı, Ankara 2015.

YARGITAY'IN E.2019/5, K. 2022/1 SAYILI VE 18.02.2022 TARİHLİ İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI ÇERÇEVESİNDE USÛL HUKUKU – MADDİ HUKUK SINIRLARI VE İLİŞKİSİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL*

ÖZET

Yargıtay'ın E.2019/5, K. 2022/1 sayılı 18.02.2022 tarihli içtihadı birleştirme kararı¹ ile vadesi gelmemiş alacaklar için açılmış davada, mahkemece ifa zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle davanın hukukî yarar yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmesine karar verilmiştir.

Söz konusu karar, medeni usûl hukuku teorisi ve pratiği açısından eleştiriyeye açıktır. Zira hukukî yarar, usûlî bir kurum olup, usûl hukuku prensip ve ilkeleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu anlamda hukukî yarar, yargı mercilerine yöneltilen taleplerin zorunlu olması ve talep edilen hukukî himayenin karşılanması yönünden elverişli olması ile sınırlı değerlendirilmelidir. Hukukî yarar bağlamında maddi hukuka ilişkin değerlendirme yapılması, hukukî yararın kapsamını belirsiz hâle getirme riski barındırmaktadır. Örneğin maddi hukuka ilişkin savunma sebepleri olarak itiraz veya defiler kapsamında ele alınması gereken diğer pek çok husus da, hukukî yarar yokluğuna gerekçe olarak sunulabilir. Oysaki hukukî yarar, bir dava şartı olarak işin esasına girilmesine engel teşkil eden, usûlî anlamda özel önem arz eden teknik bir kavramdır. Bu bakımdan, kural olarak ön inceleme aşamasında, henüz tahkikat başlamadan değerlendirilmeli ve eksikliği hâlinde öngörülen usûlden ret kararının verilmesi yönünde dikkate alınmalıdır. Henüz uyuşmazlığın esasına girilmesinin ve dolayısıyla incelenmesinin mümkün olmadığı bir yargılama aşamasında, uyuşmazlığın esası

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: bal.nurullah@gmail.com, nurullah.bal@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3477-5336.

¹ RG, T. 4.11.2022, S. 32003.

hakkında değerlendirmeyi gerektirerek kanaat oluşturulabilmesiye mümkün değildir. Diğer taraftan, vadesi gelmemiş alacaklar hakkında esastan ret kararı verilmesinin, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebileceğinden, daha sonradan dava açılmayacağı dolayısıyla hak kaybı olacağı endişesi düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki maddi anlamda kesin hüküm, zaman itibariyle, dava tarihindeki koşullar ve yargı sürecindeki gelişmelere istinaden ve fakat nihayetinde sadece karar tarihindeki durumlar üzerinde etki gösterir. Karardan sonra ortaya çıkabilecek hususların kesin hükmün etkisinde kalması, işin doğası ve mantık kuralları gereğince zaten mümkün değildir.

Bu çalışmada, anılan Yargıtay İBK, kısaca belirttiğimiz temel ve sunum çerçevesinde belirteceğimiz diğer hususlar ışığında, medeni usûl hukuku teorisi ve pratiği açısından ortaya çıkabilecek sorunlar çerçevesinde analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukukî yarar, dava şartı, usulden ret kararı, vade, medeni usûl hukuku

THOUGHTS ON THE BOUNDARIES AND RELATIONSHIP BETWEEN PROCEDURAL LAW AND SUBSTANTIVE LAW WITHIN THE FRAMEWORK OF THE SUPREME COURT'S UNIFIED DECISION NO. E.2019/5, K. 2022/1, DATED 18.02.2022

ABSTRACT

With the decision of Turkish Supreme Court's Unified Decision Case No. E. 2019/5, K. 2022/1, Dated 18.02.2022, it has been decided that the cases filed for undue receivables should be rejected on procedural ground due to the lack of legal benefit.

The decision in question is open to criticism in terms of procedural law theory and practice. Because the legal benefit is a procedural law term and must be considered in framework of procedural law principles. In this sense, legal benefit should be evaluated limited to the necessity of the requests directed to judicial authorities and their suitability to redress the requested legal protection. Making an evaluation regarding substantive law in the context of legal interest carries the risk of making the scope of legal benefit unclear. For example, many other issues that should be considered within the scope of objections or pleas as grounds of defense related to substantive law can also be presented as reasons for the lack of legal benefit. However, legal benefit is a technical concept that

poses an obstacle to getting into the merits of the case as a condition of a lawsuit and has special procedural importance. In this regard, as a rule, it should be evaluated at the preliminary examination stage, before the investigation begins, and in case of deficiency, it should be taken into consideration in order to make a rejection decision on procedural ground. However, at a trial stage where it is not yet possible to enter the merits of the dispute and therefore examine it, it is not possible to form an opinion by requiring evaluation on the merits of the dispute. On the other hand, there may be concerns that a rejection decision on the merits regarding unduedue receivables may constitute a final judgment in material terms, and thus a lawsuit cannot be filed later, thus resulting in a loss of rights. However, it should be noted that the final judgment in material terms has an effect in time, based on the conditions in the date of the case and the developments in judicial process, and ultimately only on the situations on the date of the decision. It is not possible for the issues that may arise after the decision to remain under the influence of the final decision, due to the nature of the matter and the rules of logic.

In this study, the Turkish Supreme Court's Unified Decision will be analyzed within the framework of the problems that may arise in terms of civil procedural law theory and practice, in the light of the basis we have briefly stated and other issues we will specify within the framework of the presentation.

Keywords: Legal benefit, case condition, reject on procedural ground, redemption date, civil procedure law.

1. GİRİŞ

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından, E. 2019/5, K. 2022/1 ve T. 18.02.2022 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla ifa zamanı (vadesi) gelmemiş alacaklara ilişkin açılan davada, ifa zamanının henüz gelmediği, dolayısıyla davanın açılmasında hukukî yarar mevcut olmadığından, dava şartı eksikliği nedeniyle usulden ret kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

İBK talebi, esasen vekâlet ücreti konusundaki karışıklıktan çıkmaktadır. Gerçekten de vadesi gelmemiş alacak talepli davalarda, Yargıtay - Hukuk Genel Kurulu ve daireler arasında, esastan mı usulden mi ret kararı verilmesi gerektiği tartışılmaktadır.

Söz konusu İBK çerçevesinde, ifa kavramına ilişkin detaylı açıklamalara yer verilmiş, bu bağlamda ifanın borcun amacı olduğu, her borcun ifa amacıyla oluşturulduğu belirtilerek ifanın özellikleri hakkında açıklamalar yapılmıştır. İfa kavramı çerçevesinde ifa zamanı, borçlar hukuku öğretisi ve ilgili mevzuat kapsamında süre ve vade şeklindeki temel ikili yaklaşım doğrultusunda açıklanmıştır. Nihayetinde vade kavramı hakkında detaylı açıklamalar yapılmıştır.

Vade bağlamında, alacağın ifasına ilişkin olarak vadenin taraflarca belirlenebileceği, eğer belirleme yapılmamışsa prensip olarak borcun doğumuyla birlikte alacağın talep edilebilir, diğer ifadeyle muaccel olacağına işaret edilmiştir. Ancak vade kurumunun teorik temelleri hakkında etraflıca değerlendirme yapılmamıştır.

Bununla birlikte borcun ifasının vadesinden önce talep edilmesinin, taraf menfaatleri bakımından uygun olmadığından hareketle, alacağın vadesinden önce ileri sürülmesinin hukukî yarar içermeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda dava şartları kavramına yer verilmiş, özellikleri belirtilmiş ve hukukî yarar açıklanmıştır. Ancak ne var ki söz konusu usûl hukuku kurumlarına ilişkin olarak, ne maddi hukuka dair alacak, borç, ifa ve vade gibi kavramlardaki gibi detaylı açıklama yapılıp değerlendirilmiş ne de maddi hukuk-usûl hukuku bağlantısı dikkate alınmıştır.

Oysaki söz konusu kararın gerek içeriği gerekse de sonucu, maddi hukuk ve usûl hukuku disiplinleri arasındaki bağlantıyı tam olarak dikkate alamadığından, her iki hukuk alanının sınırlarının belirsizleşmesine, dolayısıyla teorik ve pratik açıdan çeşitli sorunlara yol açabilecek potansiyeldedir. Şu hâlde ilgili İBK, değerlendirilmeye muhtaçtır.

2. YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU'NUN E. 2019/5, K. 2022/1 VE T. 18.02.2022 SAYILI İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

A. Maddi Hukuk Açısından

Maddi hukuk bağlamında ifade edilmesi gereken ilk husus, vade kavramının, dava şartı niteliği tartışmasız olan hukukî yarar kavramıyla

birlikte değerlendirilmesi hâlinde, maddi hukuk çerçevesindeki niteliği ile hüküm ve sonuçlarına uygun olmayan durumlara yol açmasıdır. Şöyle ki, bilindiği üzere vade, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 90 ve devamı hükümlerinde tarafların irade serbestisi² esas alınarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, taraflar edimlerinin ifasını prensip itibariyle serbestçe belirleyebilirler. Şayet belirleme yapılmamışsa, anılan tamamlayıcı mahiyetteki hükümler uygulanacaktır³. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümler, borç ilişkisi çerçevesinde tarafların aksini belirleme haklarının ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir.

Bu bilgiler ışığında vade kavramının hukukî yarar kapsamında ele alınması hâlinde, vadesi gelmemiş bir alacak için açılan davada, hâkimin, dava şartlarının kamu düzeni niteliğini, taraflarca aksinin kararlaştırılmayacağını, taraflarca ileri sürülmesine ihtiyaç duymadan ve dosyada mevcut olmadan dahi resen araştırma ilkesi çerçevesinde incelemesi gerekecek ve hukukî yarar dava şartı eksikliğinden dolayı usulden ret kararı vermesi gerekecektir. Bu noktada, dava şartlarının dosya üzerinden incelenmesine ilişkin temel prensip de dikkate alındığında bu husus ayrıca önem arz edecektir. Dahası, HMK m. 138 hükmünde esasen bu konuda karar vermeden önce gerekmesi hâlinde tarafları dinleyebileceğine dair düzenlemenin de pratikte etkisi olmayacaktır. Zira hukukî yarar dava şartının sonradan tamamlanamayacağı kabul edildiğinden, dolayısıyla tarafların dinlenmesi çerçevesinde vadesi gelmeden açılmış davada, davalının vadesi gelmemiş olsa bile yargılamanın yapılmasını sağlama gibi bir imkânı olamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, vade üzerinde az önce ifade edilen irade serbestisi kapsamında maddi hukuk çerçevesinde sonuç doğuracak şekilde yeniden belirleme, anlaşma yapılamayacaktır. Bu ise hiç kuşkusuz, tarafların irade serbestisine usûl hukukundan hareketle engel olmak anlamına gelmektedir.

² Borçlar hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 13. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 23 vd.

³ **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 968 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 310 vd.

Maddi hukuk çerçevesinde ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise vadenin taraflarca belirli bir tarih öngörülmezsizin, örneğin gerçekleşmesi öngörülen bir şarta veya taraflardan birisinin ek birtakım yükümlülükleri yerine getirmesine bağlandığı hâller⁴ bakımından, hukukî yarar eksikliği nedeniyle verilecek usulden ret kararının bu yöndeki belirlemeleri de bertaraf edecek olmasıdır. Gerçekten de bir üst paragrafta ifade edilen sonraki sürece ilişkin irade serbestisini ortadan kaldırmanın yanı sıra, daha önceden yapılmış olan belirlemelerin hüküm ve sonuçlarının dikkate alınmaması sonucuna da yol açacaktır. Zira aşağıda ayrıca ve detaylıca açıklanacağı üzere, ön inceleme aşamasında tarafların aralarındaki maddi vakıalara dair esas ilişkin bir değerlendirme ve tahkikat aşamasında yapılabilecek işlemlere ilişkin yargı faaliyeti gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu hususların incelenmesi de söz konusu olmadan, doğrudan usûlden ret kararı verilmesi sonucu, taraflar arasındaki söz konusu belirlemelerin dikkate alınmaması ve bu surette etki doğuramaması sonucuna yol açabilecektir.

B. Usûl Hukuku Açısından

Söz konusu Yargıtay İBK, usûl hukuku bağlamında da teorik ve pratik pek çok hata barındırdığı gibi birtakım yeni sorunlara da yol açabilecek mahiyettedir.

Bu bağlamda her şeyden önce hukukî yarar kavramına ilişkin sorunlar içermektedir. Zira hukukî yarar, teknik bir usûl hukuku kavramı olarak, davacının dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir menfaatinin bulunmasını ifade eder⁵ ve sübjektif hak iddiasının bulunması, söz konusu sübjektif hakkın korunmasına yönelik olarak yargı merciine başvurunun gerekli olması ve ilgili başvurunun nitelik itibariyle ihtiyaç duyulan korumayı sağlamaya matuf olması unsurlarından⁶

⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 314.

⁵ Hukuki yarar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 136 vd.

⁶ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 6. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 319-320; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel; Medenî Usûl Hukuku, 9. B.,

mürekkeptir. Şu hâlde hukukî yarar, sübjektif hak ihlâli iddiası bağlamında maddi hukuk çerçevesinde ele alınan maddi vakıalarla bağlantı içerisinde ise de anlam ve mahiyetini usûl hukuku çerçevesinde bulmaktadır.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki öğretide vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin yargı mercilerine yapılan başvurularda, hukukî yarar eksikliği nedeniyle usulden ret kararı verilmesi gerektiğine yönelik görüşler bulunmaktadır⁷. Ancak kanımızca bu görüşler ve konumuz bağlamında ilgili Yargıtay İBK bu bakımdan hatalıdır⁸. Zira hukukî yarar, az önce de ifade edildiği üzere sübjektif hak ihlâli iddiasının dayanağı olarak maddi olaylara ve bu çerçevede ilgili maddi olaylara karşılık maddi hukuka ilişkin soyut (koşul) vakıa iddiasına dayansa da anlam ve mahiyetini usûl hukuku bağlamında yargı mercii başvurularında ve bu başvuruların değerlendirilmesinde bulmaktadır. Nitekim hukukî yarar, bu yönüyle, modern usûl hukuku öğretisinde hemen hemen tartışmasız olarak maddi hukuktan bağımsız şekilde sübjektif nitelikte kabul edilen dava hakkını sınırlayan⁹ teknik bir usûl hukuku kavramı olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda da izah edildiği üzere maddi hukuka dair bir husus olduğu şüpheden uzak olan vade kavramının ve vadeye ilişkin hususların, hukukî yarar çerçevesinde ele alınması, doğru değildir.

Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 328 vd.; **TANRIVER**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, 4. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, 503 vd.

⁷ **TANRIVER**, s. 504; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 329; **PEKCANITEZ**, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 2, 15. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 948-949; **ÜSTÜNDAĞ**, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000 s. 283-284; **KURU**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. 2, 6. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 1368 vd.; **BUDAK**, Ali Cem/**YAĞCI**, Mustafa Okan: "Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması", Adalet Dergisi, 2023/1, S. 70, s. 17 – 46, s. 44 vd.

⁸ Söz konusu görüşlerin aksi yönde ve anılan Yargıtay İBK eleştirisi için bkz. **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 320; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, 11. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 216 vd., dn. 10; **ÖZEKES**, Muhammet/**BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer: "Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 81 (3), s. 861 – 909, s. 881 vd.

⁹ **HANAĞASI**, s. 37 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 265 vd.; **TANRIVER**, s. 503 vd.

Gerçekten de aksinin kabulü hâlinde, hukukî yarar kavramına maddi hukuka ilişkin her hususun dâhil edilebileceği sonucuna ve tehlikesine yol açılır ki bunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı izahıta vares- tedir. Söz gelimi, adi kefalette, asıl borçluya başvurmadan adi kefile yö- nelik olarak yargı mercilerine yapılan başvurularda, asıl borçluya baş- vurmada adi kefile gidilmesinde hukukî yararın bulunmayacağı, dola- yısıyla usûlden ret kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmasının mümkün olduğu ifade edilebilir. Keza karşılıklı borç doğuran sözleşme- lerde, aksi sözleşmede belirtilmeyen hâllerde, davacının edimini ifa et- meden davalıdan edimini ifa etmesine yönelik yapılan yargı merci baş- vurularında, davalının ödemezlik def'ini ileri sürmesi gerekliliği dikkate alınmaksızın, davacının kendi edimini ifa etmeden yönelttiği hukukî himaye talebinde hukukî yararın mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın usûlden reddine karar verilebileceği ifade edilebilir. Aynı şekilde zama- naşımına uğramış veya hak düşürücü sürenin dolduğu hâllerde de açı- lan davaların hukukî yarar yokluğu nedeniyle usûlden reddine karar verilmesine yol açılabilir. Hatta sözleşmenin geçersiz olduğu, borcun hiç doğmadığı veya borcu sona erdiren hâllerde dahi davacının dava aç- mada hukukî yararının olmadığı gerekçesiyle sonuca ulaşılma potansi- yeli ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin olarak hukukî yarar yokluğundan usûlden ret kararı verilmesi yönündeki kabul, hu- kukî yararın anlam ve mahiyetinin teknik usûl hukuku boyutundan uzaklaşarak maddi hukuka ilişkin hususlarla açıklanmasına ve bu çer- çeve de maddi hukuka dair her hususun, esasa ilişkin savunma sebepleri çerçevesinde ifade edilen itiraz veya def'i olup olmadığına bakılmaksı- zın, hukukî yarar kapsamında belirlenmesine yol açabilecektir. Bu sa- kınanın her şeyden önce yargı faaliyetinin özünü oluşturan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın maddi boyutu çerçevesinde vakıalara ve söz konusu vakıaların ispat araçları olarak delillere istinaden çözümlenme- sine¹⁰ aykırı olarak, her maddi hukuk sorununun basitçe altlama faaliye-

¹⁰ PEKCANITEZ, Hakan: Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 27 vd.

ti¹¹ yapılmaksızın hukukî yarar kapsamında değerlendirilerek çözümlenmesine yol açacağı açıktır. Bir diğer ifadeyle her maddi hukuka ilişkin hak mücadelesinin hukukî yararlarla birlikte açıklanarak kolaycılığa kaçılması na sebep olabilecektir¹².

Ayrıca medenî usûl hukukunun, maddi hukukta düzenlenen hukukî ilişkilere dair ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik amacı ve bu amaç doğrultusunda öngörülen usûl ve esaslardan ibaret kapsamının sınırlarının aşılmasına veya en iyi ihtimalle deyim yerindeyse amaç ve kapsamının belirsizleşmesine de yol açacaktır. Bir diğer ifadeyle usûl hukuku – maddi hukuk arasındaki sınırların ortadan kalkmasına, usûl hukukunun temel ilke ve esaslarının bertaraf edilmesine ve varlık sebebinin anlamsızlaşmasına neden olabilecektir. Söz konusu teorik sakıncanın abartılı olduğu ifade edilebilirse, diğer birtakım hususlara dair geçmişte benimsenen hatalı yaklaşımların yol açtığı kronik sorunlara ilişkin tecrübeler göstermektedir ki, söz konusu sakıncanın görmezden gelinmesinin teori ve uygulamada yol açabileceği benzer sorunlar dikkate alındığında hiç de abartılı olmadığını ifade etmek gerekir.

Öte yandan işaret ettiğimiz sorunlu değerlendirme, usûl hukuku bağlamında pratik açıdan da hatalı olup ve çelişiklere yol açabilecektir. Şöyle ki, bilindiği üzere hukukî yarar, bir dava şartıdır (HMK m. 114/1, h). Dava şartları, usûl hukukuna ilişkin dava engelleri olup, kamu düzeninden addedilmekte ve varlığı veya -olumsuz dava şartları bakımından- yokluğu, yargılamanın her aşamasında, hükmün kesinleşmesine kadar hâkim tarafından resen veya taraflarca da her zaman ileri sürülerek dikkate alınır¹³. Bununla birlikte, usûl ekonomisi ilkesi gereğince, dava şartlarının yargılamanın başında, ön inceleme aşamasında, prensip olarak dosya üzerinden görülüp karara bağlanması gerekliliği düzenlenmiştir ki bu surette, dava şartı eksikliğine rağmen yargılamada tahki-

¹¹ Altılama faaliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ERDÖNMEZ**, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 795 vd.

¹² Aynı yönde bkz. **ÖZEKES/BORAN GÜNEYSU**, s. 897.

¹³ **YILMAZ**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1744 vd.

kat yapılıp gereksiz yere zaman ve emek kaybı ile masraf yapılmaması amaçlanmıştır. Şu hâlde dava şartları ve bu çerçevede hukukî yarar, davanın dilekçeler aşamasının akabinde, ön inceleme aşamasında henüz tahkikata girilmeden ve dolayısıyla esasa ilişkin herhangi bir işlem/yargı faaliyeti yapılmadan değerlendirilmeli ve eksikliğe istinaden usûlden ret kararı verilmelidir (HMK m. 138). Oysa ön inceleme aşaması tamamlanmadan, tahkikata geçilmesi ve esasa ilişkin işlem yapılması mümkün değildir (HMK m. 137/2). Bir başka ifadeyle ön inceleme aşaması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına yönelik değerlendirme yapılmasının imkân dâhilinde olmadığı bir yargılama kesitidir¹⁴. O hâlde, somutlaştıracak olursak, hukukî yarar kapsamında alacağın vadesinin gelip gelmediğine ilişkin maddi değerlendirme yapılamayacak bir aşamada, taraflar arasındaki maddi vakıaların incelenmesini zorunlu kılan bir yaklaşım, çelişkili bir uygulama olacaktır. Hele ki vadenin gerçekleşip gerçekleşmediği, taraflar arasındaki birtakım ek yükümlülüklerle veya gerçekleşmesi gereken birtakım şartlara bağlı tutulmuşsa, söz konusu ek edim yükümlülüklerinin veya şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmenin yapılması kaçınılmaz şekilde sorunlara yol açacaktır. O hâlde alacağın vadesinin gelip gelmediği meselesinin hukukî yarar kapsamında ele alınması, medenî usûl hukuku pratiği bağlamında da hatalı ve sorunlara yol açacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, alacağın vadesinin gelip gelmediği hususunun maddi hukuka dair olduğu, dolayısıyla hukukî yarar kapsamında değerlendirilerek usûlden ret kararı verilmesinin mümkün olmadığı, esastan ret kararı verilmesi gerekliliği kanısındayız. Ancak bu kanaatimize yönelik olarak, esastan ret kararı verilmesinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden hareketle, davacı alacaklının daha sonradan kesin hüküm engeliyle karşılaşabileceği, zira alacağın vadesi geldiğinde bu kez açılacak davanın kesin hükmün olmamasına ilişkin olumsuz dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle usûlden reddiyle sonuçlanacağı, dolayısıyla da davacının alacak tale-

¹⁴ ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. 2, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1297 vd.; YILMAZ, s. 1952 – 1953.

binin vadesi gelmesi hâlinde dahi reddedilerek alacak hakkından mahrum kalacağı düşüncesi ileri sürülebilir¹⁵. Belirtmek gerekir ki esastan ret kararı kuşkusuz esasa ilişkin nihai karar niteliğinde olduğundan, söz konusu endişeye dair olası düşüncede makul düzeyde haklılık payı olduğunu itiraf etmemiz gerekir. Bu bakımdan, vadesi gelmemiş alacaklara dair açılan davalarda, esastan ret kararı verilmesine ilişkin olarak ortaya çıkacak maddi anlamda kesin hükmün mahiyeti ve etkisinin ortaya konulması elzemdir.

Öğretide konuya ilişkin olarak hukukî yarar yokluğundan usûlden ret kararı verilmesi gerektiğinin aksine olan ender görüşler içerisinde, *Özekes/Boran Güneysu* tarafından, bu sakıncanın bertaraf edilmesi doğrultusunda “şimdilik ret kararı” ifadesiyle kararın mahiyetinin belirlenmesi gerektiği, Alman hukuku menşeli anılan kavramın Türk hukukuna yabancılığına istinaden yapılan açıklama çerçevesinde mahiyetinin usûlî nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶. Belirtmek gerekir ki vadesi gelmemiş alacağa ilişkin açılan dava hakkında esastan ret kararı verilmesi hâlinde ortaya çıkacak kesin hüküm etkisinin mahiyet itibarıyla “şimdilik ret kararı” niteliğinde olduğu fikri, haklı ve yerindedir. Ancak kararın niteliğinin maddi anlamda kesin hüküm endişesine karşı usûle ilişkin değerlendirilmesi, kanımızca gerekli değildir. Zira bilindiği üzere, dava, prensip itibarıyla dava tarihindeki maddi duruma istinaden hükme bağlanır. Bir başka ifadeyle, dava neticesinde verilen esasa ilişkin kararın maddi anlamda kesin hüküm etkisinin zaman itibarıyla kapsamı, prensip olarak dava tarihi itibarıyla ortaya çıkar¹⁷. Buna istisna olarak, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı çerçevesinde, ıslah veya karşı tarafın açık rızasıyla veya sonradan ortaya çıkan vakialarda olduğu gibi bu yasağın kapsamına hiç girmediğinden söz

¹⁵ Konuya ilişkin ayrıca bkz. *ÖZEKES/BORAN GÜNEYSU*, s. 893 vd.; *BUDAK/YAĞCI*, s. 40 vd.

¹⁶ *ÖZEKES/BORAN GÜNEYSU*, s. 895 vd.

¹⁷ *ATALI*, Murat: *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. 3, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2062. Kesin hükmün zaman itibarıyla sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *ÖZKAYA FERENDECİ*, H. Özden: “Kesin Hükmün Zaman İtibarıyla Sınırları”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 183 – 195, s. 185 vd.

konusu imkânlarla hiç başvurulmadan dava sürecinde gündeme gelen hususların da hükmün kapsamına dahil olması girer. Dolayısıyla, dava tarihinde vadesi gelmemiş olan bir alacak hakkında verilecek esastan ret kararı da, dava devam ederken vadenin gelmiş olması veya karşı tarafın bu hususu itiraz veya def'i¹⁸ olarak yargılamaya dâhil edip etmemesi ihtimalleri bir kenara bırakılacak olursa, dava tarihindeki vadenin gelmemiş olmasından ibaret olacaktır. Bu nedenle ortaya çıkacak maddi anlamda kesin hüküm etkisi, sadece dava tarihinde vadesi gelmeden ileri sürülen alacağı kapsayacak, daha sonraki tarihte vadenin gelmesiyle birlikte açılması gündeme gelecek olan dava bakımından zaten kesin hükmün var olduğu yönünde değerlendirilemeyecektir. Bu noktada ayrıca şu hususu da ifade etmek gerekir; bilindiği üzere kesin hükmün kapsamına esasen hüküm fıkrası girmekte ve hüküm fıkrası da, gerekçeye ilişkin ifadeler tekrar edilmeksizin yalın ve öz bir şekilde kurulmaktadır. Ancak, öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere kesin hükmün kapsamına, bazı hâllerde gerekçede yer alan hususlar da mantık kuralları gereğince dâhil kabul edilmektedir¹⁹. Şu hâlde hükmün gerekçesinde, vadenin dava tarihi itibarıyla gelmemiş olmasına istinaden ret kararı verildiğine yönelik ifadeler de kesin hükmün kapsamının belirlenmesinde dikkate alınabilecek, dolayısıyla vade dolduktan sonra açılacak ileriki bir davada, kesin hüküm engeliyle karşılaşılması yönünde değerlendirilemeyecektir. Sonuç olarak, vadesi gelmemiş alacak için açılan dava hakkında esastan ret kararı verilmesi hâlinde ortaya çıkacak kesin hüküm etkisi, işin niteliği gereği "şimdilik ret" sonucu doğuracak ise de söz konusu kararın usulî mahiyette olmasını gerektirecek bir yön bulunmadığı kanısındayız.

Vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin açılan davaların hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmesine yönelik anılan İBK kapsamında ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından son olarak ifade edilmesi gereken

¹⁸ Vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin açılan davalarda, vadenin hukukî yarar kapsamında ele alınmasının eleştirisi bağlamında vadenin gelmediği hususunun ileri sürülüş şekli bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **ÖZEKES/BORAN GÜNEYSU**, s. 882 vd.

¹⁹ **ATALI**, s. 2059.

bir diğer husus da konunun cebrî icra hukuku bağlamında icra memurunun alacağın vadesinin gelmediğini değerlendirip değerlendiremeyeceğidir. Şöyle ki bilindiği üzere cebrî icra hukuku, medenî usûl hukukundan daha katı şekilci anlayışla düzenlenmiş olup, alacaklının hangi hâllerde hangi usûl ve esaslar dairesinde takip başlatabileceği, borçlunun savunma imkânları gibi hususlar, cebrî icra hukukuna hâkim olan kanunilik, belirlilik, cebrî icra tedbirlerinin sınırlı sayıda olması gibi birtakım ilkeler²⁰ çerçevesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda icra memurunun yetkileri de prensip olarak bağlı yetki mahiyetindedir²¹. Bu bilgiler çerçevesinde cebrî icra memurunun, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip hâlleri bir kenara bırakılacak olursa, alacaklı tarafından sunulan takip talebi üzerine alacağın vadesini gözetemeyeceği, söz konusu hususun itiraz yoluyla borçlu tarafından ileri sürülmesi gerektiği yönünde usûl benimsenmiştir. Ancak öte yandan, bir yönüyle medenî usûl hukukunun devamı ve tamamlayıcısı yönünde mahiyet arz eden cebrî icra hukukunda, medenî usûl hukukunda kabul edilen dava şartlarının, niteliği uygun düştüğü ölçüde takip şartı olarak kabul edilmesi ve uygulanması öngörülmektedir²². Nitekim 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanında ilk itiraz olarak düzenlenen derdestlik hâlinin cebrî icra hukukunda da itiraz sebebi olarak dikkate alınmasına yönelik benimsenen anlayış ve uygulama, 6100 sayılı HMK'nın kabulüyle birlikte dava şartı hâline gelmesiyle, cebrî icra memurunun da derdestliği takip şartı olarak resen dikkate alması gerektiği yönünde benimsenmeye başlanmıştır²³. Buna paralel olarak, vadesi gelmemiş alacaklar bakımından, hukukî yarar kapsamında değerlendirme

²⁰ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 23 vd.

²¹ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 28 – 29.

²² HMK hükümlerinin icra ve iflâs hukuku uyumsuzluklarında uygulanabilirliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 1835 – 1866.

²³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 96. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs, s. 121.

yapılması ve dava şartı eksikliği nedeniyle usûlden ret kararı verilmesine yönelik İBK neticesinde, cebri icra takiplerinde alacağın vadesinin gelmediği hususunun icra memuru tarafından resen incelenmesi ve incelenmemesi veya yanlış değerlendirme yapılarak ödeme emri tebliğ edilmesi hâllerinin şikâyet sebebi olarak icra mahkemesi nezdinde ileri sürülmesi gerektiği yönünde uygulama benimsenmesi yönünde düşüncelerin oluşmasına yol açabilir²⁴. Oysaki İcra ve İflâs Kanunu kapsamında vadenin icra memuru tarafından gözetilmesi gereken hâller açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu yönde değerlendirmenin yerinde olmayacağı sonucuna kolaylıkla ulaşılabileceği ifade edilebilir. Ancak diğer hâllerde herhangi bir düzenleme yapılmamış, dahası alacağın vadesinin gelmediği hususunun borçlu tarafından itiraz sebebi olarak ileri sürülmesi gerektiği de açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu İBK ile tıpkı derdestlik bakımından az önce ifade edildiği üzere benzer bir yaklaşımın benimsenmesine yol açılması yine de kuvvetle muhtemeldir. Ancak son tahlilde önemle vurgulamak gerekir ki derdestlikten farklı olarak alacağın vadesinin gelip gelmediği hususu, kuşkusuz maddi hukuka ilişkin olup, bu bağlamda prensip olarak alacağın mevcut olup olmadığını dahi gözetemeyen icra memurunun, alacağın vadesinin gelip gelmediğini evleviyetle gözetememesi gerekir. Dolayısıyla İBK neticesinde derdestlikten farklı olarak, alacağın vadesinin gelmediği hususunun hukukî yarar takip şartı çerçevesinde ele alınmasının mümkün olmadığı, olamayacağı kanısındayız.

3. SONUÇ

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından, E. 2019/5, K. 2022/1 ve T. 18.02.2022 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla ifa zamanı (vadesi) gelmemiş alacaklara ilişkin açılan davada, ifa zamanının henüz gelmediği, dolayısıyla davanın açılmasında hukukî yarar mevcut olmadığından, dava şartı eksikliği nedeniyle usulden ret kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

²⁴ Aynı yönde bkz. ÖZEKES/BORAN GÜNEYSU, s. 899.

Söz konusu İBK çerçevesinde vade kavramına yönelik maddi hukuka ilişkin etraflıca değerlendirmeler yapılmış ise de usûl hukuku bağlamında dava şartları ve hukukî yarar kavramına dair genel ve yüzeysel değerlendirmeler dışında yeter düzeyde değerlendirme yapılmamış, tatmin edici gerekçe belirtilmemiştir. Dahası vadenin maddi hukuk niteliği göz önünde bulundurulmadan, hukukî yarar gibi teknik bir usûl hukuku kurumu kapsamında değerlendirilmesinin ve bu yönde ele alınarak dava şartı eksikliği nedeniyle usûlden ret kararı verilmesi yönünde içtihat benimsenmesinin yol açabileceği sakıncalar maalesef göz önünde bulundurulmamıştır.

Bu bağlamda, ilk olarak vadenin maddi hukuk niteliği göz önünde bulundurulduğunda, taraflar arasındaki irade serbestisi çerçevesinde belirlenebileceğine yönelik ilke bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun olarak, dava açılmasıyla kamu düzeninden ve resen incelenmesi gereken, tarafların iradelerinin rol oynamadığı dava şartları kapsamında hukukî yararlar birlikte ele alınması, bu açıdan maddi hukuka dair temel ilkeye aykırıdır. Dahası davalı tarafından esasa ilişkin savunma sebepleri kapsamında itiraz veya def'i olarak ileri sürülmemesine istinaden tarafların dava açıldıktan anlaşabilmeleri imkânını da bertaraf etmektedir.

Söz konusu İBK ile ortaya çıkan durum, daha çok usûl hukuku bağlamında sorunlara yol açabilecek mahiyettedir. Bu noktada ilk olarak maddi hukuk niteliği tartışmasız olan vadenin, hukukî yarar kapsamında değerlendirilmesi, hukukî yararın içeriğine diğer her türlü maddi hukuk kurumunun dâhil edilmesi, bu surette de esasen yargı faaliyetinin özünü oluşturan esasa ilişkin maddi vakıaların ispat araçları vasıtasıyla değerlendirilmesine yönelik yargı faaliyetinin hiç yapılmasına gerek kalmadan, davanın başında usûlden ret kararı verilmesi suretiyle kolaycılık teşkil edebilecek surette çözülmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bu sakınca, aynı zamanda usûl hukuku amaç ve kapsamının, maddi hukuk karşısındaki sınırlarını belirsizleştirecek şekilde aşılması veya ortadan kalkmasına yol açabilecek potansiyeldedir.

Söz konusu İBK ile usûl hukukuna dair teorik sakıncaların yanı sıra aynı zamanda pratik olarak da dava şartlarının ön inceleme aşamasında incelenmesi prensibi karşısında sorunlar doğuracaktır. Zira tahkikata geçilemeyen ve esasa ilişki değerlendirme yapılamayan bir aşamada, hukukî yarar dava şartına dair karar verebilmek adına maddi hukuka dair vakıa değerlendirmesi yapılmasını gerektirecek bir değerlendirmenin yapılması, mantık kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde çelişkili olacaktır.

Öte yandan pratik bağlamda ortaya çıkabilecek bir diğer sorun da cebrî icra hukukunda hukukî yarar dava şartının takip şartı olarak değerlendirilmesi ve bu bağlamda alacağın vadesinin gelip gelmediğinin icra memuru tarafından resen gözetilmesi gerektiği yönünde uygulamaya yol açabileceğidir. Nitekim benzer durum, derdestlik dava şartının takip şartı olarak ele alınmasında tecrübe edilmiştir. Ancak ne var ki alacağın mevcut olup olmadığını dahi gözetemeyecek icra memurunun, açıkça düzenlenen hâller dışında alacağın vadesini gözetmesi mümkün değildir. Bu bakımdan söz konusu İBK kapsamında bu yönde değerlendirme yapılamayacağı kanısındayız.

Sonuç olarak, değerlendirilen İBK kapsamında vadesi gelmemiş alacaklar hakkında açılan davaların hukukî yarar yokluğu nedeniyle dava şartı eksikliğine istinaden usûlden ret kararıyla sonuçlandırılmasının uygun olmadığı, esasa ilişkin bu husus çerçevesinde esastan ret kararı verilmesi gerektiği, verilecek esastan ret kararının kesin hüküm etkisinin “şimdilik ret” mahiyetinde olduğu ve içeriğinin dava tarihi itibarıyla alacağının vadesinin gelmemiş olduğuyla sınırlı olduğu, kesin hükmün zaman bakımından içeriği çerçevesinde, alacağın vadesi geldikten sonra ileride açılacak dava bakımından da kesin hüküm engeli oluşturacak şekilde değerlendirilemeyeceği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel; Medenî Usûl Hukuku, 9. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ATALI**, Murat: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 6. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- BUDAK**, Ali Cem/**YAĞCI**, Mustafa Okan: "Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması", Adalet Dergisi, 2023/1, S. 70, s. 17 – 46.
- ERDÖNMEZ**, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- HANAĞASI**, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- KURU**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. 2, 6. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 13. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ÖZKAYA FERENDECİ**, H. Özden: "Kesin Hükmün Zaman İtibarıyla Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 183 – 195.
- ÖZEKES**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ÖZEKES**, Muhammet/**BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer: "Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 81 (3), s. 861 – 909.
- PEKCANITEZ**, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, 11. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- TANRIVER**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, 4. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.
- YILMAZ**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- YILMAZ**, Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 1835-1866.

İŞYERİ HEKİMLERİNİN İŞÇİNİN SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİNDE HUKUKİ STATÜSÜ ve SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Kübra DEMİR*

ÖZET

Gerçek bir kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak bir başkasından ayırt etmeye yarayan kişisel veriler; genel nitelikli kişisel veriler ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere iki ayrı kategoride ele alınmaktadır. Özel nitelikli kişisel veriler; hassas veriler olarak nitelendirilmektedir ve Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nda (KVKK) sınırlı şekilde sayılmış verilerdir. Söz konusu verilerin işlenmesi kişilerin mağdur olması ya da ayrımcılığa uğramaları riskini daha fazla taşıdığından bu veriler daha özellikli şekilde korunmuşlardır. Sağlık verileri de bireyin özel nitelikli kişisel verilerindendir ve işlenmeleri belirli şartlarla sınırlandırılmıştır.

İçeriklerinin doğası gereği ilgili kişi açısından özel önem arz eden sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin verilerin diğer özel nitelikli verilerden daha farklı ve sınırlı işleme şartlarına tabi tutulduğu görülmektedir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla işlenebilir (KVKK md. 6/III).

İşleme şartlarının yanında sağlık verilerini işlemeye yetkili kişiler de KVKK kapsamında sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. "Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kimseler" sağlık verilerini işlemeye yetkili kişilerden birisidir. Söz konusu sınırlama açısından işverenler ve işyeri hekimleri ayrı ayrı değerlendirildiğinde her iki grupta bulunan kimselerin sağlık verilerini işleme yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasında tartışma bulunmaktadır. İşverenlerin sır sak-

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2073-5085.

lama yükümlülüğünün bulunmadığını savunan görüşler doğrultusunda işverenler bu sınırlamaya bağlı olarak sağlık verilerini işleyemeyecektir.

İşyeri hekimlerinin sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu göz önüne alındığında işyeri hekimlerinin sağlık verilerinin işlenmesinde hukukî rolünün ne olduğu saptanmaya çalışılacaktır ve işyeri hekimlerinin sır saklama yükümlülüğünün hukukî dayanakları incelenecektir. İşyeri hekimlerinin veri sorumlusu ya da veri işleyen olarak nitelendirilmesi sonucunda sağlık verilerinin işlenmesi hususunda işçiye yöneltilebilecek soruların sınırı ya da işyerinde uygulanabilecek çeşitli testlerin hukuka uygunluğu açıklanmaya çalışılacaktır. İşyeri hekimlerinin işçinin sağlığına ilişkin verileri işverenle paylaşma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve bu paylaşımın sınırlarının ne olduğu konusu da çalışma kapsamında incelenecek konulardandır. Açıklamalar neticesinde işyeri hekimlerinin işçinin sağlık verilerini hukuka aykırı işlemleri halinde hukukî sorumluluklarının ve cezaî sorumluluklarının ne olduğu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İşçinin sağlık verileri, özel nitelikli kişisel veriler, veri sorumlusu, veri işleyen, işyeri hekimi sorumluluğu.

LEGAL STATUS AND RESPONSIBILITY OF OCCUPATIONAL PHYSICIANS IN THE PROCESSING OF EMPLOYEE HEALTH DATA

ABSTRACT

Personal data that are used to distinguish a real person directly or indirectly from another person are considered in two separate categories as general personal data and special categories of personal data. Special categories of personal data are characterised as sensitive data and are listed in a limited manner in the Personal Data Protection Law. Since the processing of such data carries a higher risk of individuals being victimised or discriminated against, these data are protected in a more specific manner. Health data are also among the special categories of personal data and their processing is restricted under certain conditions.

It is seen that health and sexual life data, which are of special importance for the data subject due to the of their content, are subject to different and limited processing conditions than other special categories of

data. Data relating to health and sexual life can only be processed for the protection of public health, preventive medicine, medical diagnosis, treatment and care services, planning and management of health services and financing.

In addition to the processing conditions, the persons authorised to process health data are also listed in a restrictive manner within the scope of law. "Persons under the obligation to keep secrets" is one of the persons authorised to process health data. When employers and occupational physicians are evaluated separately in terms of the limitation in question, there is a debate as to whether the persons in both groups are authorised to process health data.

In line with the views that employers do not have a confidentiality obligation, employers will not be able to process health data based on this limitation. Considering that occupational physicians have a confidentiality obligation, the legal role of occupational physicians in the processing of health data will be tried to be determined and the legal basis of the confidentiality obligation of occupational physicians will be examined. As a result of the characterisation of workplace physicians as data controllers or data processors, the limitations of the questions that can be asked to the employee regarding the processing of health data or the legality of various tests that can be applied in the workplace will be tried to be explained. Whether occupational physicians have an obligation to share data on the health of the employee with the employer and what the limits of this sharing are are also among the issues to be examined within the scope of the study. As a result of the explanations, the legal and criminal responsibilities of the workplace physicians in case of unlawful processing of the employee's health data will be examined.

Keywords: Employee health data, sensitive personal data, data controller, data processor, responsibility of the occupational physicians.

GİRİŞ

Biyoteknolojik gelişmelerin insan doğasına ilişkin ulaştığı nokta ve bilişim teknolojilerinin insanın özel yaşamına olan etkisi düşünüldüğünde, insan onurunun bugüne değin karşılaşmadığı ve ulaşabileceği boyutlar açısından öngörülemeyen tehditle karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Bilim ve teknolojik gelişmelerin olumsuz etkilerinden zarar görme ihtimali olan ve insan onurunun korunması için ortaya çıkan haklar “dördüncü kuşak” haklar olarak nitelendirilmiştir.¹ Dördüncü kuşak hakların neler olduğu konusunda net bir sınır çizilmese de kişisel verilerin korunması hakkı bu haklar kategorisinde değerlendirilmektedir.²

Kişisel verilerin korunması hukuku 1970’li yıllardan itibaren oldukça hızlı bir şekilde pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemeye konu olmuştur.³ Kişisel verilerin korunması hukukunun en etkili düzenlemesi kuşkusuz 1995 yılında yürürlüğe giren 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi (95/46/EC sayılı AB Yönergesi) olmuştur. Ancak bu Yönerge’de bulunan temel ilkelerin geçerliliğini yitirmeye başlamasıyla beraber Avrupa Birliği’nin (AB) kişisel verilerin korunması açısından duruşunu güçlendirmesi ihtiyacı doğmuş ve bağlayıcılığı açısından Yönerge’den daha güçlü olan ve Avrupa Birliği’ne üye her bir Devlet açısından doğrudan uygulanabilir nitelikte olan Tüzük düzenlemesi hazırlanmış ve bu düzenleme kişisel verilerin korunması alanında büyük bir gelişme olarak

¹ Dördüncü kuşak hakların ne olduğu konusunda net bir ayırım olmasa da farklı olma hakkı, biyoetik haklar, siber uzay hakkı, su hakkı gibi haklar dile getirilmiştir. Kama Işık, Sezen. “Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış”, İstanbul: On İki levha, 2020, s, 22.

² Kama Işık, s, 121.

³ Bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesinde uyulacak temel ilkeler konusunda Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), 1980 yılında kabul edilen ve 2013 yılında güncellenen Kişisel Alanın Korunmasına ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler kapsamında devletlerin kişisel verilerin korunması hususunda çok farklı yaklaşımları olduğunu dikkate alınarak, hepsinin üzerinde uzlaşabilecekleri temel ilkeler belirlemiştir., Develioğlu, Hüseyin Murat. “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”, İstanbul: On İki Levha, 2017, s, 6.

kabul edilmiştir. 4 Mayıs 2016 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation), yürürlüğe girdiği 2018 yılından itibaren AB Yönergesi'nin uygulamasını sona erdirmiştir.⁴

Kişisel verilerin korunması hakkı, Türk Hukukunda 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK)⁵ ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Anayasanın 20. maddesine 2010 yılında eklenen fıkra ile kişisel verilerin korunması Anayasal güvence ile teminat altına alınmıştır (AY m. 20/3).⁶

Kişisel veri, 6698 sayılı Kanun'da "kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri" olarak tanımlanmıştır (m. 3/1-d). Kişisel veriler, bazı verilerin işlendiği takdirde daha fazla olumsuz sonuçlar doğurma riski taşıdığı gerekçesiyle genel nitelikli kişisel veriler ve özel nitelikli kişisel veriler olarak ayrılmıştır.⁷

Özel nitelikli kişisel veriler 6698 sayılı Kanunda sınırlı sayıda belirlenmiş ancak, Kanun'da özel nitelikli kişisel verilerin tanımına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun'da özel nitelikli kişisel veriler arasında yer alan verilerden birisi de sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerdir. Sağlık verileri; kişilerin iş güvenliğini, toplumdaki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Bu veriler; kişilerin sosyal hayatı ve psikolojik durumları hakkında da bilgi edinilmesini sağlayabilir.⁸

Esasen tüm kişisel verilerin işlenmesi için ilgili kişinin kural olarak açık rızası aranır. Bu açıdan kişisel verilerin işlenmesinin "izne bağlı yasak" olduğu ifade edilmiştir. Ancak özel nitelikli kişisel verilerin işlen-

⁴ Develioğlu, s. 12., EU General Data Protection Regulation (GDPR) – An Implementation and Compliance Guide, IT Governance Privacy Team, IT Governance Publishing, 2020, p. 12, 13., <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/> (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

⁵ RG. 7.4.2016, 29677.

⁶ 07.05.2010 tarihinde 5982 sayılı Kanununun 2. maddesiyle Anayasa'nın 20. maddesine eklenen fıkra ile kişisel veriler anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır.

⁷ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment, "İş Hukuku Dersleri", İstanbul: Beta 2023, s. 381.

⁸ Bulut, Metin. "Özel Bir Hukuksal Koruma Alanı ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 78, Sayı, 3, 2020, s. 110. 99-150.

mesi, genel nitelikli kişisel verilerden farklı şartlara tabi kılınmıştır.⁹ Bu çalışma kapsamında da sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin çalışma hayatında işlenmesi durumunda işyeri hekimlerinin veri işleme açısından hukuki statülerinin ve söz konusu özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarının ayrıntılı değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

“Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” kişisel veridir (6698 sayılı Kanun m. 3/1-d). Kişisel veriler Kanun’da yer alan tanımdan yola çıkılarak gerçek kişiye ait olan ve kişiyi belirleme veya belirlenebilir kılma işlevine sahip her türlü bilgi olarak ifade edilebilir. Öğretide “her türlü bilgi” ifadesi ile önemli olanın verinin kişiyle ilişkilendirilebilir olması veya onu tanımlayabilmesi olduğu belirtilmiştir.¹⁰

A. Özel Nitelikli Kişisel Veri

Hassas nitelikte olan ve daha özellikli bir şekilde korunmaları gereken veriler özel nitelikli kişisel verilerdir. Hassas kişisel veriler; özel nitelikli kişisel veriler olarak kavramsallaştırılmış ve ulusal ve uluslararası alanda hukuksal düzenlemelere konu olmuşlardır. Bu veri türleri için “ayrıcalıklı veri kategorisi” ifadesi kullanılmıştır.¹¹

Özel nitelikli kişisel veriler Kanun’da sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Düzenlemeye göre özel nitelikli kişisel veriler; “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” dir (6698 sayılı Kanun m.6/1).

⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Editör: Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul: Beta, 2017, s, 53.

¹⁰ Yiğit, Esra. “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul: Oniki Levha, 2023, s, 1-3.

¹¹ Bulut, s, 101., İş hukukunda kişisel verileri korumak amacıyla Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1996 yılında “İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu” kabul edilmiştir. Üye devlet için bağlayıcı olmayan bu Kod, devletlerin yasal düzenlemelerine yol gösterici niteliktedir.

Özel nitelikli kişisel veriler; Kanunda sınırlı sayıda belirlendiğinden, yorum yoluyla genişletilemezler. Dolayısıyla sayılanlar dışında bir veri, özel nitelikli kişisel veri olarak değerlendirilemez.¹² Öğretide 6698 sayılı Kanun'da özel nitelikli kişisel verilerin küresel hukuk düzenlemelerine uyumlu bir şekilde ve ayrıntılı sayılabilecek çeşitlilik içerisinde sayıldığı belirtilmiştir.¹³

1. Sağlığa İlişkin Kişisel Veriler

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerek ulusal belgelerde gerekse GDPR kapsamında özel nitelikli kişisel verilere yönelik herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak, GDPR kapsamında sağlık verileri tanımlanmış ve "sağlık koruma hizmetlerine ilişkin veriler de dahil olmak üzere kişinin sağlık durumu hakkındaki bilgileri ifşa eden onun fiziksel ya da ruhsal sağlığına ilişkin veriler" sağlığa ilişkin veriler şeklinde tanımlanmıştır (GDPR m. 4/15).

II. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kişisel verilerin elde edilmesinden, aktarılmasına kadar hatta aktarılmasından sonraki aşamaya kadar yapılan faaliyetler kişisel verilerin işlenmesidir.¹⁴

İş ilişkisinin kurulmasında ve iş ilişkisinin devamında işveren işçiye ait kişisel verilere ulaşır ve çoğu zaman kanuni bir yükümlülüğü yerine getirmek için bu verileri işler. Hatta öyle ki iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki süreçte dahi işçinin kişisel verileri işlenebileceği gibi işveren tarafından bu verilerin korunması gerekir.¹⁵

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹⁶ m.419 düzenlemesinde; "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili ve ya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir"

¹² Yiğit, s, 4.

¹³ Bulut, s, 109.

¹⁴ Yiğit, s, 4.

¹⁵ Özer Deniz, Miray. "İşçinin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12, Sayı: 45, 2021, s, 355.

¹⁶ RG. 4.2.2011, 27836.

ifadesiyle işverenin işçinin kişisel verilerini işlemede sınırları çizilmiştir. Öğretide madde lafzının her ne kadar KVKK'da yer alan terminolojiyle uygun olmasa da Kanunda belirtilen kişisel verilerin işlenmesi ilkeleri ile uyum içinde olduğu ifade edilmiştir.¹⁷

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında özel nitelikli verilerin işleme şartları düzenlenmiştir. Çalışma devam ederken 6698 sayılı Kanun'da yer alan ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi alanında yapılması planlanan birtakım değişiklikler 8. Yargı Paketi ile gündeme gelmiş, çalışmanın hazırlandığı süreçte ise söz konusu Kanun değişikliği Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Dolayısıyla işyeri hekimlerine dair bir değerlendirme yapmadan önce değişikliğin söz konusu olduğu yargı paketinde halihazırda yürürlükte olan 2 ve 3. fıkralarda ne tür değişiklikler yapılması planlandığından söz etmek gerekecektir.

A. 8. Yargı Paketiyle Getirilen Değişiklik

Çalışmanın devamında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ve çalışma özelinde sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesinden ve bu kapsam işyeri hekimlerinin statüsünden söz edilecektir. Ancak bir hususu açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Çalışmanın hazırlandığı dönemde 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yapılacak değişiklik 8. Yargı paketinde¹⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından görüşülmekteydi. Görüşmeler 20 Şubat Salı günü başlamış, hatta 02.03.2024 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu tarafından içerisinde 6698 sayılı Kanun'da gerçekleştirilecek değişikliğin de bulunduğu 8. Yargı Paketi kabul edilmiş ve değişiklik aynı tarihte Cumhurbaşkanına sunulmuştur.

Çalışmanın hazırlandığı dönemde henüz ilgili düzenleme yasalaşmadığından Kanun'un halihazırdaki durumuna göre değerlendirme ya-

¹⁷ Özer Deniz, s, 357.

¹⁸ 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanun/dfab4c12-e3cd-4d22-a085-018db209a74b> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

pılmıştır. Ancak yine de değişmesi gündemde olan hatta değişen düzenlemeler konunun esas bölümünü oluşturduğu için ilgili değişiklikleri belirtmekte fayda vardır. 8. Yargı Paketi'nde yer alan değişikliklerle oldukça tartışmalı olan 6. maddeye dair yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Söz konusu maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Halihazırda yer alan düzenlemede 2. fıkrada “*Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır*” ifadesi yer almaktaydı. Yani tüm kişisel verilerin işlenmesi açısından ilk etapta aranacak şart ayrıca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin özel düzenlemede bir kez daha belirtilmişti.

Güncel değişikliğin devamında 6. maddenin 3. fıkrası ise şu şekilde değiştirilmiştir;

“(3) *Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;*

a) *İlgili kişinin açık rızasının olması,*

b) *Kanunlarda açıkça öngörülmesi,*

c) *Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,*

ç) *İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,*

d) *Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,*

e) *Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,*

f) *İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,*

g) *Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve*

amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.”

Düzenlemenin yargı paketi çerçevesinde değişiklik getirilmeden önceki halinde 6. maddenin 3. fıkrası ise şu şekilde yer almaktaydı;

“(3) Birinci fıkrafta sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir” (m. 6/3).

Her iki fıkrayı karşılaştırarak ele aldığımızda değişiklikten önce 6. maddenin 3. fıkrasının sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesine yönelik getirilen özel bir düzenleme olduğu görülmektedir. Yalnızca fıkra kapsamında sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin hangi şartlar altında ve kimler tarafından işlenebileceği ele alınmıştı.

Değişiklikle beraber yeni haliyle 6. maddenin 2. fıkrası konumuna gelen düzenlemede özel nitelikli kişisel verilere dair herhangi bir ayırım yapılmadan bu verilerin işlenme şartları genel olarak ele alınmıştır. Yani düzenleme artık yalnızca sağlık ve cinsel hayata ilişkin verileri değil, ilk fıkrafta yer alan tüm özel nitelikli kişisel verileri kapsamaktadır.

Yeni düzenlemede (m.6/2) tüm verilerde olduğu gibi özel nitelikli kişisel verilerin de işlenmesinde ilk etapta aranması gereken “açık rıza” ile ilgili düzenleme (eski m.6/2) fıkranın “a” bendinde yer almıştır. Fıkranın devamında yer alan bentlerde ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarında hukuka uygunluk sebepleri sıralanmıştır. Dolayısıyla yeni düzenleme itibarıyla 6. maddenin ilk fıkrası özel nitelikli kişisel verileri sıralamakta devamında gelen fıkra ile özel nitelikli kişisel verilerin esasen işlenmesinin yasak olduğu ancak açık rıza ve diğer hukuka uygunluk sebepleri olduğu takdirde bu verilerin işlenmesinin de hukuka

uygun sayılacağı düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebepleri kapsamında eski düzenlemede olduğu gibi “sağlık ve cinsel hayata” ilişkin ayrıca belirtilen bir düzenleme yoktur. Ancak fıkranın “e” ve “f” bendinde iş hukukunu ilgilendiren aralarında sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin de değerlendirilebileceği özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları yer almıştır. Elbette diğer bentler de işçinin özel nitelikli kişisel verileri söz konusu olduğunda uygulama alanı bulacaktır ancak, çalışma özelinde özellikle işyeri hekimi tarafından işlenebilecek verilerden söz edileceğinden ilgili bentler (e, f) çalışmayla ilişkili görünmektedir.

6698 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin isabetli olduğu kuşkusuzdur. Düzenleme yürürlüğe girdiği ilk dönemde 6. maddenin 2 ve 3. fıkralarının iptaline yönelik Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılmış, Mahkeme ise söz konusu fıkraların hukuka aykırı olmadığını ileri sürerek açılan davayı reddetmiştir.¹⁹ Bu dönemde her iki fıkranın eleştirilen yanını sağlık verilerinin işlenmesinin oldukça sınırlı tutulması ve sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin açık rıza dışında yalnızca ilgili fıkrada bulunan hallerin ikisinin bir arada bulunması “sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler” ve “ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla” işlenebileceği düzenlenmişti.²⁰ Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme neticesinde ilgili fıkralar ile işlenecek verilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığını ifade etmiş ve böylelikle ölçülülük ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.²¹

Esasen yeni düzenleme ile eski düzenleme arasında kullanılan ifadeler bakımından çok farklı bir düzenleme olduğu görülmektedir. An-

¹⁹ AYM 28.09.2017, E: 2016/125, K: 2017/143, RG. 23.01.2018, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2017-143.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

²⁰ Ünal, Canan. “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, Editör: Tankut Centel, İstanbul: On İki Levha, 2018, s, 304, 305.

²¹ AYM 28.09.2017, E: 2016/125, K: 2017/143, RG. 23.01.2018, parag. 76-80, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2017-143.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

çak yeni düzenlemede özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebepleri sıralanırken sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler açısından eski düzenlemede olduğu gibi veriyi işleyebilecek kişiler ve verinin işlenebileceği haller bakımından sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla yeni düzenleme; sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin diğer bentlerde sayılan hukuka uygunluk sebepleri söz konusu olduğunda da işlenebileceği sonucuna varılmasını gerekli kılar.

Yeni düzenlemenin “e” bendinde; *“Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması”* eski m.6/3 düzenlemesinin tekrarı sayılacak nitelikte düzenleme olduğu görülmektedir. Yeni düzenleme ile yine sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerin kimler olabileceği noktasında bir açıklık getirilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda işverenin sır saklama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı tartışmaları güncelliğini koruyacaktır. İşyeri hekiminin ise çalışmanın devamında da belirtileceği üzere kendi Kanunlarından doğan sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır ve işçilerin sağlık verilerini işleyebilecek kimseler olduğu kabul edilmelidir.

Değişikliğin “f” bendinde ise; *“İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması”* durumlarında işçinin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada işçiye ait özel nitelikli verilere ilişkin herhangi bir ayırım yapmaksızın bent kapsamında sayılan hallerden birisi söz konusu olduğunda işverenin de artık sır saklama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı tartışmalarına girmeden işçinin sağlık ve cinsel hayatına ilişkin verilerini işleyebilmesi kabul edilecektir.

Özel nitelikli kişisel veriler Kanun düzenlemesinden de görüleceği üzere kural gereği ancak veri sahibinin rızası ile işlenebilir. Ancak sağlık ve cinsel hayata ilişkin konularda Kanun ile öngörülen durumlarda da

veri işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesi ise belirli şartlar altında ancak belirli kişiler tarafından gerçekleştirilebilir.²²

Çalışmanın devamında sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesi hususunda ele alınacak olan konular bugün itibarıyla hala yürürlükte bulunan 6698 sayılı Kanununun m. 6 düzenlemesinin 2. ve 3. fıkraları göz önüne alınarak yapılmıştır.

B. Sağlık ve Cinsel Hayata İlişkin Verilerin İşlenmesi

İşçinin sağlık durumunu ilgilendiren bilgiler isteyen başvuru formları, engellilik durumu ya da hamileliğine yönelik veriler, alkol ya da uyuşturucu madde kullanımıyla ilgili test sonuçları, hastalıkları, kullandığı ilaçlar, kan grubu, aşı bilgileri onun sağlık verilerini oluşturur. Bu bilgilerin kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, devralınması, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem sağlık verilerinin işlenmesi olarak nitelendirilir.²³

Sağlık verilerinin işlenmesi 6698 sayılı Kanunda oldukça sınırlı şartlarda öngörülmüştür. KVKK kapsamında sağlık verilerinin işlenmesi için tüm verilerin işlenmesinde esas olan hukuka uygunluk sebeplerinden “açık rıza” kavramına değinildikten sonra m.6/3 düzenlemesinde ilgili kişilerin açık rızası aranmaksızın ancak “kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ya da yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebileceği” ifade edilmiştir.

Bu kapsamda sağlık verilerinin işlenmesinde hukuka uygunluk sebeplerine değinmeden önce KVKK m. 6/3 düzenlemesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması hususunda Anayasa Mahkemesi’ne iptal talebi ile dava açılmış ancak Mahkeme, ret kararı vererek düzenlemenin hukuka uygun olduğunu “Dava konusu kuralla kişisel verilerin korunması hakkının, Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerinden kaynaklanan se-

²² Bozkurt Gümrükçüoğlu, s, 60.

²³ Ünal, s, 261.

beplerle ve maddede sayma yöntemiyle belirlenen amaçlarla sınırlandırıldığı anlaşılmakta” olduğu ifadeleri kullanılmıştır.²⁴ Yüksek Mahkeme’ye göre sözü edilen düzenleme ile kanun koyucu halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması veya önlenmesi yoluyla kamu sağlığının korunmasını; sağlık hizmetleri ile bu hizmetlerin finansmanının planlanması gibi durumları amaçlamıştır.²⁵

1. Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk

İşçinin sağlık ve cinsel hayatına ilişkin verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebepleri 6698 sayılı Kanunda oldukça sınırlı sayıda sayılmıştır.

Düzenlemeye göre; *“Sağlığa ilişkin kişisel veriler ancak kamu sağlığının korunması koruyucu hekimlik tıbbi teşhis tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”*

Kamu sağlığının korunması söz konusu olduğunda işçinin sağlık verileri açık rızası alınmadan işlenebilecektir. Kamu sağlığı, hastalığın ortaya çıkmasından itibaren bireyin tedavisine odaklanan klinik faaliyetlerden daha çok eğitim programlarının uygulanması, politikalar geliştirilmesi, hizmetleri yönetme ve araştırma yapma şeklinde problemlerin oluşmasını ve yenide ortaya çıkmasını önleme faaliyetleri olarak adlandırılabilir.²⁶

Koruyucu hekimlik, hastalığın herhangi aşamasında, ilerlemesini sınırlayan tüm önlemleri içerir. Koruyucu hekimliğin esas amacı bireyin korunmasından daha çok toplum sağlığının korunmasıdır. Çalışma hayatında işyeri hekimi yapacağı incelemeler ve tetkikler neticesinde işçi adayın sağlığının işe uygun olup olmadığını inceleyebilecek ve bu noktada işverene rapor verecektir. Esasen işyeri hekiminin sözü edilen faaliyeti koruyucu hekimliktir. İşyeri Hekimleri Yönetmeliği’nde de işyeri

²⁴ AYM 28.09.2017, E: 2016/125, K: 2017/143, RG. 23.01.2018, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2017-143.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

²⁵ Ünal, s, 304, 305.

²⁶ Koç, Fatma. “İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s, 150.

hekiminin görevlerinin yer aldığı düzenlemede “koruyucu hekimlik” görevine değinilmiştir (Yönetmelik m.9/2).

Tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla da sağlık verileri işçinin açık rızası alınmaksızın işlenebilecektir. Bu hizmetlerin bireyin doğrudan doğruya sağlık ve yaşam hakkı ile ilgili olduğu ve Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)²⁷ m.24/2 hükmü kapsamında “üstün nitelikte özel yarar” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan bireyin bedensel bütünlüğünün korunması amacıyla gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde bu üstün yararın varlığı kabul edilmelidir. Örneğin kişinin bilincinin yerinde olmadığı ya da akıl hastası olması ihtimallerinde rıza ehliyeti bulunmasa dahi bedensel bütünlüğü korumak amacıyla gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler de kişisel verilerin işlenebileceği kabul edilmelidir.²⁸

Sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi ileride meydana gelmesi muhtemel sağlık hizmeti ihtiyaçlarını belirleme ve bu ihtiyaçları finanse etme yollarını tespit ederek çeşitli önerilerde bulunma süreci olarak açıklanabilir. Bu amaçla gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri hukuka uygun kabul edilecektir.²⁹

2. Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Sır Saklama Yükümlülüğü Bulunan Kişiler

6698 sayılı Kanun’da sağlık verilerini işleyebilecek kimseler sır saklama yükümlülüğü bulunan kimseler ya da yetkili kurum ya da kuruluşlar olarak sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda işyeri hekimlerinin sır saklama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinden önce işyeri hekimlerinin hukukî statüsü kısaca açıklanacaktır.

a. İşyeri Hekimlerinin Hukukî Statüsü

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik³⁰ işyeri hekimini “iş sağlığı ve gü-

²⁷ RG. 8.12.2001, 24607.

²⁸ Koç, s, 156.

²⁹ Koç, s, 158.

³⁰ RG. 20.07.2013, 28713.

venliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim” olarak tanımlanmıştır.

İşyeri hekimleri işveren tarafından görevlendirilen ve yetkilendirilen kimselerdir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda³¹ ise işyeri hekimi “iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim” (m.3) olarak tanımlanmıştır. İşyeri hekiminin hukukî statüsü onun işverenle arasındaki ilişki göz önüne alınarak belirlenmelidir. Bilindiği üzere 4857 sayılı İş Kanunu’nda³² iş sözleşmesi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği diğer tarafın ise ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme (m.8) olarak tanımlanmıştır. İş sözleşmesinin zorunlu unsurları bu tanımdan hareketle iş görme, ücret ve bağımlılık unsurudur.³³ Bir kimse- nin işçi ya da kendi ad ve hesabına bağımsız çalışan olup olmadığının belirlenmesi için iş sözleşmesinin esaslı unsurlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Öğretide işyeri hekimlerinin “işçi” olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan görüşler; işyeri hekimliği hizmetinin, işverenin işyerinde ve onun iş organizasyonu içerisinde gerçekleştirildiğinden işveren ile işyeri hekimi arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.³⁴ İşyeri hekimliği hizmetinin temin edilme yolu işyeri hekiminin hukukî statüsünü belirlemede esas alınmalıdır. Bu açıdan işyeri hekimi eğer çalışan işçiler arasında seçilecekse işyeri hekiminin “işçi” olarak nitelendirilmesi gerekir. Ancak işveren, işyeri hekimliği görevini kendisi üstlenecekse artık işyeri hekimi “işveren” statüsünde değerlendirilecektir. İşyeri hekiminin ortak sağlık ve güvenlik birimleri (OSGB) aracılığıyla hizmet vermesi halinde ise yine “işçi” sıfatıyla değerlendirilmesi gerekir.³⁵

³¹ RG. 30.06.2012, 28339.

³² RG. 10.06.2003, 25134.

³³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s, 173 vd.

³⁴ Süzek, Sarper. “İş Hukuku”, İstanbul: Beta, 2021, s,

³⁵ Yamakoğlu, Efe. “İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi, 2015, s, 87, 88.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6. maddesi işyeri hekimlerine ilişkin düzenleme getirmiş ancak sözü edilen düzenlemede mesleğini serbestçe icra eden hekimler ile kendi ad ve hesabına çalışan hekimlerin işyeri hekimliği hizmeti verebilmeleri açısından bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Öğretide bir başka görüşe göre her ne kadar 6331 sayılı Kanun'da yer alan "çalışan" teriminin özel ya da kamu sektörü fark etmeksizin herkesi kapsadığı görülmekteyse de özel sektör çalışanları açısından bir işverene bağımlı olarak çalışmanın iş sözleşmesi ile çalışma olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. başka bir ifade ile işyeri hekimliği hizmetinin OSGB'lerden gerçekleştirilecek hizmet temini dışında işveren ve işyeri hekimi arasındaki ilişki işçi-işveren ilişkisidir, ancak mesleğini serbest bir şekilde icra eden bir hekimin işyeri hekimliği hizmeti vermesi halinde bu hizmet kapsamında geçirdiği sürelerin 5510 sayılı Kanunun³⁶ 4/1-a statüsünde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.³⁷ Yargıtay tarafından kabul edilen baskın görüşe göre ise işyeri hekimleri işçi niteliğini haizdir ve işçilere ait tüm hak ve yetkilere sahiptir.³⁸ İşyeri hekimi ile işveren arasında yapılan sözleşme kapsamında işverene ait görevleri kullanmasının bir kısmı ya da tamamı işyeri hekimine bırakılmışsa bu durumda işyeri hekimin işveren vekili sıfatını alacaktır. İşyeri hekiminin 6331 sayılı Kanun'da yer alan görev, yetki ve sorumlulukları da göz önüne alındığında işverenin kendisinin işyeri hekimliği yapmadığı bir işyerinde bir başkası işyerinde işyeri hekimliği görevini üstlenmişse bu durumda o kişi aynı zamanda işveren vekili³⁹ olarak değerlendirilecektir.⁴⁰ İşverenin kendisinin işyeri hekimli-

³⁶ RG. 16.6.2006, 26200.

³⁷ 1219 sayılı Kanunun m.12/2-c bendine göre mesleğini serbest olarak icra eden hekimler sigortalılık açısından esasen 5510 sayılı Kanunun m.4/1-b statüsünde sayılırlar., Kostak, Mustafa. İşyeri Hekimliğinin Sosyal Güvenlik Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi, Sosyal Güvence Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 21, 2022, s, 736. 724-743.

³⁸ Yargıtay 9. HD. 13.02.2007, E: 2006/32500 K: 2007/3291, Özdemir, Erdem. "Karar İncelemesi", *Çalışma ve Toplum*, <https://calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-5569-33ceb10a.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

³⁹ 4857 sayılı İş Kanunu'nda işveren vekili, "işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimse" olarak tanımlanmıştır.

⁴⁰ Birdal, Gonca. "İşverenin İşyerinde İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi Bulundurma Yükümlülüğü", İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s, 34.

ği görevini üstlenmesi halinde ise işyeri hekiminin işveren sıfatını alacağı hususu izahtan varestedir.

b. İşyeri Hekiminin Kişisel Verileri Koruma Kanunu Bakımından Hukukî Statüsü

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verileri işlenen kişileri ve bu verileri işleyen kişiler hakkında uygulanan bir düzenlemedir. Bu açıdan kişisel verilerin işlenmesi konusunda ilk akla gelenler kişisel verileri işlenen ilgili kişilerin (işçilerin) yanı sıra kişisel verilerin işlenmesinde esas rolü olan veri sorumluları ve veri işleyenlerdir.⁴¹

Veri sorumlusu 6698 sayılı Kanun'da; "kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır (m. 3/1-1).

İşyeri hekiminin veri sorumlusu mu yoksa veri işleyen sıfatıyla mı hareket ettiğinin belirlenmesi için Kanun'da yer alan tanımların dikkate alınması gerekir. Veri sorumluları belirlenirken şu hususlarda karar verme yetkisinin kimde olduğunun irdelenmesi gerekecektir. Kişisel verilerin toplanması ve bunun yöntemi, toplanacak kişisel verilerin türleri, toplanan verilerin hangi amaçla kullanılacağı, hangi kişilerin kişisel verilerinin toplanacağı, toplanan verilerin paylaşılıp paylaşılmayacağı, paylaşılacaksa kiminle paylaşılacağı ve verilerin ne kadar süreyle saklanacağına karar verme yetkisine sahip kişi veri sorumlusu olarak nitelendirilir.⁴² Bu açıdan işyeri hekiminin veri sorumlusu ya da veri işleyen sıfatını haiz olduğu nitelendirilirken söz konusu durumlar üzerinde bir yetkisi var mı buna bakılmalıdır.

İşyeri hekimlerinin işçinin sağlık ve cinsel hayatına ilişkin verilerini işleyebilmeleri için sır saklama yükümlülüklerinin bulunması gerekir. Esasen hekim ile hasta arasında var olan tedavi ilişkisi dolayısıyla hekimin hasta hakkında öğrendiği sırları saklama yükümlülüğü bulunmak-

⁴¹ Demirbaş, Ali. "Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri", İstanbul: On İki Levha, 2023, s, 17.

⁴² Demirbaş, s, 21.

tadır. Sözü edilen yükümlülük yeni geliştirilen bir kavram olmayıp, eskiden beri vardır. Hekimin, tedavi ettiği hastalar hakkında var olan sır saklama yükümlülüğü taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi böyle bir sözleşme bulunmasa dahi bu yükümlülük aynı zamanda kişilik haklarına saygı duymanın doğal bir sonucudur. Burada korunan menfaat yalnızca bireyin menfaati değil aynı zamanda ailenin ve toplumun da menfaatidir.⁴³

Anayasa Mahkemesi tarafından KVKK m. 6/3 düzenlemesinin iptali için açılan davada sır saklama yükümlülüğü bulunan kimseler “avukat, hekim ya da mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali durumunda hukukî ve cezaî sorumluluğu olan kişiler” olarak ifade edilmiştir.⁴⁴

Hekimin sır saklama yükümlülüğü mutlak bir yükümlülük değildir. Kanuni düzenlemelerde de bu durum mutlak bir kural olarak düzenlenmemiş bazı durumlarda sözü edilen yükümlülüğün istisnaları düzenlenmiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun⁴⁵ m.57 düzenlemesine göre bir kimsenin veba, frengi veya humma hastası gibi hastalıkları olduğunu öğrenen hekim, durumu yetkili mercilere bildirmelidir.⁴⁶ Sözü edilen durum işyerlerinde çalışan işçiler açısından da geçerlidir. Esasen burada işçinin bireysel olarak korunan değerlerinden daha çok üstün kamusal yarar ön plandadır. Ancak burada açıklığa kavuşturulması gereken bir husus bulunmaktadır. İşyeri hekimlerinin bulaşıcı hastalıklara dair bildirim yükümlülükleri, bu çerçevede kişisel verilerin işveren ile işçinin açık rızası aranmaksızın işlenmesine izin vermez. TBK m. 419 hükmü gereği işveren işçinin kişisel verilerini yalnızca “işçinin işe yakınlığı ve “iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olması” hallerinde gerçek-

⁴³ Büyükay, Yusuf. “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *AÜEHFD*, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, s, 383, 384.

⁴⁴ AYM 28.09.2017, E: 2016/125, K: 2017/143, RG. 23.01.2018, parag. 78, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2017-143.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

⁴⁵ RG. 6.5.1930, 1489.

⁴⁶ Büyükay, s, 395.

leştirebilir. Söz konusu durumlar sınırlı hallerdir. Ancak işverenin, işçinin bulaşıcı bir hastalığı olduğunu öğrenmesi durumunda bu durumu açık rıza aranmaksızın işyeri hekimiyle paylaşabilecektir. Burada TBK m.419 kapsamında yer alan “işçinin işe yatkınlığı” ve “iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olma” durumlarının işyeri hekimi tarafından değerlendirilmesi gerekir.⁴⁷

İşyeri hekiminin “veri işleyen” ya da “veri sorumlusu” olup olmadığının belirlenmesinde öğretilen çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre işyeri hekimi “veri işleyen” olarak değerlendirilmelidir.⁴⁸ Diğer bir görüşe göre işe “İşyeri Hekimleri Yönetmeliği”ne göre işyeri hekimleri, işverenler tarafından görevlendirildiğinden, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmektedir bu gerekçe ile işyeri hekimleri “veri işleyen”, işveren ise “veri sorumlusu” olarak değerlendirilmelidir.⁴⁹ İşyeri hekiminin işveren vekili statüsüne göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan başka bir görüşe göre ise işveren ad ve hesabına hareket ettikleri takdirde, işyeri hekiminin “veri sorumlusu” olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. 6698 sayılı Kanunda yer alan “veri sorumlusu” tanımı göz önüne alındığında da veri işleme amaç ve vasıtalarını belirleyen ve veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan kişi veri sorumlusu olarak nitelendirildiğinden işyeri hekimi, kişisel sağlık verilerinin işleme amacını ve vasıtalarını belirleyen ve veri kayıt sistemini kuran/yöneten kişi ise bu takdirde artık “veri sorumlusu” olarak nitelendirilmelidir.⁵⁰

Sonuç olarak işyeri hekimlerinin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu açıdan sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler olarak işçilerin kişisel verilerini işleyen sıfatını haiz olabilirler. Ancak işyeri hekimi işçinin kişisel verilerini işveren araçlarıyla ve onun amaç-

⁴⁷ Ünal, s, 308.

⁴⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s, 408.

⁴⁹ İmançlı, Canan. “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunamamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s, 78.

⁵⁰ Koç, s, 92-95.

ları doğrultusunda değil de kendi araç ve amaçları nedeniyle işliyorsa bu durumda artık işyeri hekimi veri sorumlusu olarak nitelendirilmelidir.

3. Kişisel Verileri Koruma Kurulu Tarafından Belirlenen Yeterli Önlemlerin Alınması

Özel nitelikli veriler hassas nitelikli verilerdir. Bu nedenle işlenmeleri halinde ortaya çıkabilecek maddi ve manevi zararın boyutu göz önüne alınarak sözü edilen verilerin işlenmesinde çeşitli önlemlerin alınması gerektiğinin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde KVKK tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması zorunluluğunun kaynağını kişisel veri koruma hukukuna dair pek çok düzenlemeden almaktadır. Örneğin kişisel verilerin işlenmesine dair “veri güvenliği ilkesi” ancak verilerin korunması hususunda yeterli önlemlerin alınması ve uygulanması ile kendisini gerçekleştirebilir.⁵¹

6698 sayılı Kanun gereği veri sorumlusunun esas yükümlülüklerinden birisi veri güvenliğini sağlamak üzere, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini önlemektir. Sözü edilen yükümlülük aynı şekilde kişisel verileri işleyenler açısından Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik⁵² kapsamında da düzenlenmiştir (m.18).

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Kararında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için alınması gereken önlemleri belirtmiştir. Bu önlemler; özel nitelikli kişisel veriler için güvenlik politikalarının belirlenmesi, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi esnasında yer alan çalışanların yetki, denetim ve görevlerine ilişkin sınırlamaların belirlenmesi, elektronik ve fiziksel ortamda işlenen özel nitelikli kişisel verilere ait ortam güvenliğinin sağlanması ve teknik ve idari tedbirler olacak şekilde düzenlenmiştir.⁵³

⁵¹ Erarslan Türkmen, Sevgi. “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s, 132, 133.

⁵² RG. 21.06.2019, 30808.

⁵³ Erarslan Türkmen, s, 133.

III. İŞYERİ HEKİMLERİ TARAFINDAN İŞÇİLERE UYGULANABİLECEK TESTLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İşyerlerinde işçilere özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından çeşitli testler yapıldığı görülmektedir. Bu testlerin amacı her ne kadar işyerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması olarak değerlendirilse de işveren ya da işyeri hekimi tarafından işçilere ya da işçi adaylarına yönelik yapılan testlerin sınırının ne olması gerektiği belirlenmelidir. Aksi halde yapılacak testler ile hem işçilerin özel yaşamlarına sınırsız bir müdahale gerçekleştirilerek Anayasa ile teminat altına alınmış hakların ihlali gündeme gelebilir hem de işçilerin ve işçi adaylarının verileri hukuka aykırı işlenmiş olur. Böyle bir durumda da yine hem Anayasal ile teminat altına alınmış hem de 6698 sayılı Kanun ile korunan kişisel veriler hukuka aykırı olarak ihlal edilerek, işçinin kişilik değerlerinin zarar görmesi gibi olumsuz sonuçlara neden olunabilir.

İşyerinde işçilere uygulanan testlerden birisini alkol ve uyuşturucu testleri oluşturmaktadır. 6331 sayılı Kanun'un m.28 düzenlemesinde işçinin işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ve işyerinde alkollü içki ya da uyuşturucu madde kullanması yasaklanmıştır. Bu düzenlemeden çıkan sonuca göre işçinin işyerine alkollü gelmesi yasak olmayıp yalnızca sarhoş veya uyuşturucu madde kullanmış olarak gelmesi yasaklanmıştır.⁵⁴ Alkol ve uyuşturucu testleri özünde özel yaşama müdahale içeren uygulamalardır. Yapılan testler kapsamında kişiden beden sıvısı gibi örnekler alınması gerektiğinden beden bütünlüğüne dolayısıyla özel yaşam hakkına yapılan müdahale söz konusudur.⁵⁵ Bunun dışında yapılacak testler ile işçilerin saklı kalmasını istedikleri ve

⁵⁴ Ancak işçinin işyeri dışında alkol alması ve bu şekilde işyerine gelmesi, alkol düzeyi işçiyi sarhoş edecek boyutta olmasa dahi haklı nedenle fesih sebebi oluşturmayacaksa da bu durum mutlak bir özgürlük olarak yorumlanmamalıdır. Alkolün etkisiyle işçinin bazı olumsuz davranışlar sergilemesi ve bu nedenle iş ilişkisinin olumsuz etkilenmesi haklı nedenle fesih sebebi sayılamayacak olsa dahi iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi sonucunu doğurabilecektir. Makas, Recep. "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Sicil*, Sayı: 47, 2022/I, s, 77.

⁵⁵ Sevimli, K. Ahmet. "İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi, 2006, s, 193.

özel yaşamları kapsamında değerlendirilecek sağlık verileri ile ilgili bilgilerin kendi rızaları dışında işlenmesi anlamına gelecektir. Sözü edilen durum ise özel nitelikli kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesidir.⁵⁶

İşçinin işyerinde alkol veya uyuşturucu madde kullanma yasağına aykırı davranması kural olarak işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını verir. İşyerinde işçilere uygulanacak alkol testleri kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak bazı durumlarda işyerinde Kanunlara aykırı olarak alkol veya uyuşturucu madde kullanan kişilerin iş sözleşmeleri feshedilmek istenebilir ve bu hususun ispat edilmesi noktasında işçilere yönelik birtakım testlerin uygulanması gerekebilir. Bu durumda işçinin alkol veya uyuşturucu madde testine tabi tutulması işveren için artık bir zorunluluktur. Kural olarak özel yaşamın gizliliğine müdahale olarak değerlendirilebilecek testler bu halde artık ölçülülük sınırına uymak kaydıyla hukuka aykırı olarak nitelendirilmemelidir.⁵⁷

İşyerinde gerçekleştirilecek alkol ve uyuşturucu testleri açısından genel kabul gören hukuka uygunluk sebebi iş sağlığı ve güvenliği kaynaklı risklerin en aza indirilmesidir. Özellikle bazı sektörlerde yapılan işler güvenlik açısından yüksek riskler taşıdığından burada çalışan işçilere alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılması hukuken uygun görülmektedir. Ancak burada da yine testin işyerindeki işgücünün tamamına değil yalnızca risk oluşturan görevlerdeki işçilere yapılmasına dikkat edilmelidir.⁵⁸ Öğretide başka bir görüşe göre ise gerek işe alım esnasında gerekse iş ilişkisinin devamı sürecinde gerçekleştirilecek uyuşturucu testlerinin TBK m. 419 hükmüyle bağdaşır hiçbir yönü bulunmamaktadır. Gerçekleştirilecek uyuşturucu testlerinin işçinin işe yatkınlığıyla ya da iş sözleşmesinin ifasını sağlamaya uygun ya da gerekli bir araç olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁹

⁵⁶ Sevimli, s, 194.

⁵⁷ Makas, s, 93.

⁵⁸ Sevimli, s, 198.

⁵⁹ Ünal, s, 291.

İşe giriş esnasında ya da iş ilişkisinin devamı süresince uygulanacak HIV/AIDS testlerinin ise hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. HIV virüsü⁶⁰, AIDS hastalığına yol açarak, vücudun bağışıklık sisteminin zayıflamasına neden olan bir hastalıktır. AIDS çoğu zaman ölümcül bir hastalık olsa da kişi AIDS belirtileri görülmeden uzun yıllar enfeksiyonlu bir şekilde yaşamını sürdürebilir. HIV virüsü taşıyan kişiler, çalışma verimlilikleri olumsuz olarak etkilenmeden uzun yıllar yaşamını sürdürebilirler ve çalışma hayatlarını devam ettirebilirler.⁶¹ Ancak bu virüsü taşıyan kişileri bu hastalığı bulaştırma riskini taşımaları işyerlerinde sağlık ve güvenlik açısından tehlikeli sonuçlara yol açabilir. İşçi adaylarına yönelik işe giriş esnasında yapılacak HIV testinin hukuka uygun olup olmadığı hususu öğretilmelidir. Bir kısım görüşe göre gerçekleştirilecek test sonucuna göre HIV virüsü taşıyan bir kişinin işe alınmaması esasen ayrımcılık oluşturur. Ancak bazı meslek grupları açısından bu testlerin yapılması da hukuka uygun bulunmalıdır. Bu durumlarda yine de işçinin test için açık rızasının alınması ve işveren ya da işyeri hekiminin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.⁶²

HIV/AIDS'in esasen işçiler açısından etkileri çok boyutlu olarak değerlendirilmelidir. Bu konuda özellikle ayrımcılık başta olmak üzere HIV nedeniyle çalışma hayatında karşılaşılan olumsuz etkilerden dolayı ILO tarafından HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı Başlıklı Uygulama Kodu hazırlanmıştır. Sözü edilen Kod'da HIV/AIDS salgını, kalkınma ve top-

⁶⁰ Human Immunodeficiency Virus (HIV) İnsan Bağışıklığı Yetmezliği virüsünün kısaltmasıdır. AIDS ise Acquired Immunodeficiency Syndrome Edinilmiş Bağışıklık Yetersizliği Sendromu'nun kısaltmasıdır. Tedavi edilmediği takdirde bağışıklık sistemini çökerten HIV insan vücuduna girmesiyle beraber kendisine hedef aldığı hücreleri kullanarak kopyalayıp, çoğaltmaktadır. HIV ve AIDS esasen aynı şeyler değildir. HIV virüsü enfekte olmuş ancak AIDS aşamasına gelmemiş kişiler HIV pozitif olarak değerlendirilir. HIV pozitif kişiler gerekli tıbbi tedaviyi gördüklerinde AIDS aşamasına gelmeden yaşamlarını sürdürebilirler., Aksu, Okan. "Ayrımcılığın Özel Bir Alanı Olan HIV Pozitif Kadınlar ve Çalışma Hayatı: Bir Netnografi Çalışması", *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi AUAd*, 3(4), 2017, s, 176 vd.

⁶¹ Sevimli, s, 204.

⁶² Erkanlı, Betül. "Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasında Hak ve Yükümlülükleri", Ankara: Adalet, 2015, s, 88.

lumsal ilerleme önündeki en büyük engellerden birisi olarak değerlendirilmiştir.⁶³

ILO tarafından hazırlanan Kod kapsamında HIV testinin, ilk işe alınma ya da iş sözleşmesinin sürmesinde ön koşul olarak kullanılmaması gerektiği belirtilmiştir. Çalışanlar için uygulanan işe başlanmasından önceki bir aşamada ya da düzenli aralıklarla gerçekleştirilen rutin uygunluk testlerinde zorunlu HIV testine yer verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴ HIV/AIDS ile yaşayan kişilere yönelik gerçekleştirilen ayrımcılık esasen bu hastalığın toplumda genel itibarıyla dışlanan belirli gruplarla ilişkilendirilmesi ve bir yönden bu gruplara özgü bir problem olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁵

Çalışma koşulları açısından işyerinde bulunan diğer kişilere bulaşma riskini azaltacak önlemlerin alınmasının ve denetimin mümkün olmadığı, diğer kişiler için risk teşkil eden durumların olması durumunda işe alım ve iş sözleşmesinin devamı esnasında bu yönde testler yapılabilmesinin mümkün olması gerektiği savunulmuştur.⁶⁶

İşyerlerinde özellikle işe alım süreçlerinde işçi adaylarına yönelik psikoteknik testlerin yapıldığı da görülmektedir. Esasen işverenlerin bu testlerle amacı; işçi adaylarının bilgi ve becerilerini ölçebilmek ve adayların işe uygun olup olmadıklarını tespit edebilmektir. Psikoteknik testler kapsamında; beceri ve yetenek testleri, bilgi ve kişilik testleri bulunmaktadır. Beceri ve yetenek testlerinin amacı, işyerinde uygulanmakta olan işin niteliği uyarınca işçi adaylarının beceri ve yeteneklerinin öl-

⁶³ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf (Erişim Tarihi: 02.03.2024)., HIV/AIDS'in toplum içerisinde yayılma hızı ile o toplumun insan hakları duyarlılığı arasında sıkı bir bağlantı olduğu ifade edilmiştir. "İnkâr, Damgalama ve Ayrımcılık Üçgeni" şeklinde değerlendirilen ve sosyal ayrımcılık davranışının da HIV/AIDS'in yayılmasında etkili olduğu ifade edilmiştir. Üstelik bu hastalığın kadınlar arasında erkeklerden daha hızlı bir şekilde yayılmasının toplumsal cinsiyet eşitsizliğine neden olduğu ileri sürülmüştür., Aksu, s, 175.

⁶⁴ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf, s, 22.

⁶⁵ Zorlu, Mihrican/Çalım, Selda İldan. "İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS", *Çalışma ve Toplum*, 2012/4, s, 174, 175.

⁶⁶ Sevimli, s, 211-214.

çülmesidir. Bilgi testleri ile işçi adayları ya da çalışanların bilgi seviyele-ri, kişilik testleri ile işçi adaylarının iş için karakter ve kişilik özellikleri-ne sahip bulunup bulunmadıkları test edilmektedir.⁶⁷ Alkol veya uyuş-turucu testleri işyerindeki tüm işçiler hakkında uygulanamaz. Yalnızca güvenlik gerekçeleri ile ve işin taşıdığı risk göz önüne alınarak bazı işçi-lere uygulanabilir. Aksinin kabulü halinde kolluk kuvvetlerine tanın-mayan bir yetkinin işveren ya da işyeri hekimine tanınması gibi bir du-rum ortaya çıkacaktır ki sözü edilen durum işçinin özel yaşamına mü-dahale anlamına gelir.⁶⁸

Uygulamada özellikle işçilerin psikolojik dayanıklılıklarını ölçmek amacıyla testler yapıldığı görülmektedir. Yapılan bu testler ile esasen ça-lışanların psikolojik verileri işlenmiş olmaktadır. İşverenin işletmesel menfaatleri gereği sözü edilen testleri yapması doğal karşılanabilirse de çalışanlara ait verilere erişimin kolay olmasından dolayı uygulanan test-lerin ve kullanılan yöntemlerin veri işleme amaçlarıyla bağlı, ölçülü ve sınırlı olup olmadığının sorgulanması gerekir. Bu kapsamda verileri iş-lenen işçilerden açık rıza alınmış olması, verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılması için yeterli olmayabilir. 6698 sayılı Kanunun m.4 dü-zenlemesi uyarınca kişisel veriler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uy-gun olarak işlenmelidir. Başka bir ifade ile kişisel verilerin işlenmenin amaçla bağlantılı, ölçülü ve sınırlı olması aranır. İşçi adaylarına yönelik gerçekleştirilecek testlerin yalnızca istihdam edilecek pozisyonun şartla-riyle sınırlı olması gerekir.⁶⁹

SONUÇ

8. yargı paketi ile getirilen değişikliklerden birini de öğretilerde eleştiri konusu olan 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesinde öngörülen sınırların kaldı-

⁶⁷ İnciroğlu, Lütfi. Çalışan Adayından Açık Rızası Alınmadan Kişilik Testi Yapılabilir Mi? <https://legal.com.tr/blog/genel/calisan-adayindan-acik-rizasi-alinmadan-kisilik-testi-yapilabilir-mi/> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

⁶⁸ Sevimli, 193 vd.

⁶⁹ İnciroğlu, s. 1.

rılması oluşturmaktadır. Sözü edilen değişiklik olmadan önce Kanun'un m.6/2 ve 3. fıkralarında yer alan düzenlemeler ile sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin yalnızca belirli alanlarla sınırlı olarak ve belirli kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmişti. Sözü edilen düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmışsa da Yüksek Mahkeme düzenlemelerin hukuka aykırı olmadığını ileri sürerek açılan davayı reddetmiştir. 8. Yargı Paketi ile getirilen değişiklikten önce sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin yalnızca sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kimseler tarafından işlenebileceği ve özel sebeplerle sınırlı olarak işlenebileceği öngörülmüştü. Bu kapsamda işyeri hekimleri işyerlerinde sağlık ve güvenlik risklerini ortadan kaldırmak amacıyla faaliyette bulunan ve genel olarak işveren vekili konumundaki kişilerdir. İşyeri hekimleri kendi kanunları gereği sır saklama yükümlülüğü bulunan kimselerdir. Dolayısıyla işçilerin sağlık ve cinsel hayatlarına ilişkin verileri işleyebilecekleri kabul edilmektedir. Bu noktada işyeri hekimlerinin kişisel verilerin korunması hukuku açısından hukukî statülerinin ne olduğu sorusu akla gelecektir. İşyeri hekimleri esasen işverenin amaçları ve onun belirleyeceği araçlarla kişisel verileri işlediklerinden veri sorumlusu olarak değil veri işleyen sıfatıyla değerlendirilmişlerdir. Ancak işyeri hekimleri veri işleme faaliyetini kendi araçları ve belirlemiş oldukları amaçlar etrafında gerçekleştirdiklerinde artık veri sorumlusu sıfatını haiz olacaklardır.

İşyeri hekimleri tarafından işyerinde gerçekleştirilecek testler de esasen kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir. Hekimlerin işyerlerinde sağlık ve güvenliği sağlamak amacıyla birtakım testler yapabileceği kabul edilse de yapılacak testler kapsamında işçinin kişilik değerlerinin korunmasındaki menfaatleri ve işverenin işletmesel güvenliğinin sağlanmasındaki menfaatleri arasındaki dengenin ölçülü bir şekilde kurulması aranır.

KAYNAKÇA

- Aksu, Okan: "Ayrımcılığın Özel Bir Alanı Olan HIV Pozitif Kadınlar ve Çalışma Hayatı: Bir Netnografi Çalışması", *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi AUAd*, 3(4), 2017, 174-186.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu", *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Editör: Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul: Beta, 2017, 19-103.
- Birdal, Gonca: "İşverenin İşyerinde İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi Bulundurma Yükümlülüğü", İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Bulut, Metin: "Özel Bir Hukuksal Koruma Alanı ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 78, Sayı, 3, 2020, 99-150.
- Büyükcay, Yusuf: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *AÜEHFD*, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, 383-396.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: "İş Hukuku Dersleri", İstanbul: Beta, 2023.
- Demirbaş, Ali: "Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri", İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Develioğlu, Hüseyin Murat: "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü", İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Erarslan Türkmen, Sevgi: "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erkanlı, Betül: "Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasında Hak ve Yükümlülükleri", Ankara: Adalet, 2015.
- EU General Data Protection Regulation (GDPR) – An Implementation and Compliance Guide, IT Governance Privacy Team, IT Governance Publishing, 2020.
- İmançlı, Canan: "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunamamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- İnciroğlu, Lütfi: "Çalışan Adayından Açık Rızası Alınmadan Kişilik Testi Yapılabilir Mi?" <https://legal.com.tr/blog/genel/calisan-adayindan-acik-rizasi-alinmadan-kisilik-testi-yapilabilir-mi/> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).
- Kama Işık, Sezen: "Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış", İstanbul: On İki levha, 2020.
- Koç, Fatma: "İş İlişkisinde Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Kostak, Mustafa: "İşyeri Hekimliğinin Sosyal Güvenlik Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi", *Sosyal Güvence Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 21, 2022, 724-743.

- Makas, Recep: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Alkol veya Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Davranması ve İş Sözleşmesinin Feshi”, *Sicil*, Sayı: 47, 2022/1, 76-97.
- Özer Deniz, Miray: “İşçinin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12, Sayı: 45, 2021, 355-378.
- Özdemir, Erdem: “Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum*, <https://calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-5569-33ceb10a.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).
- Sevimli, K. Ahmet: “İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi, 2006.
- Süzek, Sarper: “İş Hukuku”, İstanbul: Beta, 2021
- Ünal, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, Editör: Tankut Centel, İstanbul: On İki Levha, 2018, 261-319.
- Yamakoğlu, Efe: “İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi, 2015.
- Yiğit, Esra: “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması”, İkinci Bası, İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Zorlu, Mihrican/Çalım, Selda İldan: “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, *Çalışma ve Toplum*, 2012/4, 165-188.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf (Erişim Tarihi: 02.03.2024).
- <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/> (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

SESSİZ İSTİFAYA KARŞI İŞVERENİN HAKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi DURSUN ATEŞ*

ÖZET

COVID-19 pandemisiyle birlikte insanların sosyal ve çalışma hayatlarında köklü değişimler yaşanmıştır. Özellikle, pandemi dönemi boyunca hükümetler tarafından yapılan düzenlemeler ve sonrasında işletmelerin aldığı birtakım kararlar çalışma kültüründe önemli değişimlere neden olmuştur. Pandeminin etkileri ve ekonominin durumu, işçi sınıfından pek çok kişiyi hem kendi işyerindeki çalışma koşullarını hem de daha büyük ölçüde bu koşullarda çalışmaya değip değmeyeceğini sorgulamaya zorlamıştır. İş-yaşam dengesini sorgulayan işçilerden bir kısmı daha iyi koşullar için istifa etmiştir. Dünyada birçok ülkede yaşanan ve “büyük istifa” olarak adlandırılan bu durumun aksine, işçinin düşük kapasiteyle de olsa işvereniyle çalışmaya devam ettiği diğer bir durum olan “sessiz istifa” ortaya çıkmıştır.

Sessiz istifa kavramı, her ne kadar çok yeni gibi görünse de uzun zaman önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Sessiz istifa kavramı, öz itibarıyla “çalışanların (işçilerin) yapmakla görevli oldukları işleri sadece gerektiği kadar yapmaları” anlamına gelmektedir. En az çabayla çalışmaya devam eden çalışanlar sadece asgari düzeyde görevlerini yerine getirmektedirler. Yani sadece işin tanımında yer alan görevleri yapmakta ve onun ötesine geçmemekte, işini kurallarına uyarak yapmakla birlikte işi yavaşlatma, düşük performans sergileme, işle ilgisiz olma gibi davranışları dışı vurmaktadır. Bu durumda içsel bir işten ayrılış söz konusudur.

Sessiz istifa durumunda işçi işyerinde kalmaya devam ederken, işten ayrılma durumunda işyerinden ayrılmaktadır. İşçilerin bu tür davranışları sergilemelerinin nedenleri, gösterilen üstün çabanın karşılık bulamaması, hak ettiklerini düşündükleri ücreti alamamaları, fazla iş yükü ve yetersiz zaman, fiziksel

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet MYO Adalet Bölümü, e-posta: sevgi@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3259-9180.

ve ruhsal sağlık sıkıntılar yaşamaları, yönetici konumundaki kişilerin adil olmayan davranışları ve bütün bunların sonucunda iş ve özel yaşamları arasındaki dengeyi sağlayamamaları olabilir. İşten ayrılma durumunda performans tamamen ortadan kalkarken, sessiz istifa durumunda performans düşüşü olabilmekte; alınan önlemlerle de bu performans düşüklüğü durumu ortadan kaldırılabilmektedir.

Sessiz istifa eden işçi, işyerinde daha az sorumluluk alarak işi aksatmadan asgari düzeyde performans göstermektedir. Birçok durumda, işçileri iş sözleşmelerinin şartlarına uygun olarak hareket eden bir işverenin başvurabileceği çok az yol vardır. Öyle ki iş görme borcunu yerine getiren işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi beklenmez. Bununla birlikte, somut olayda işçinin ne ölçüde sessizce işten ayrıldığına bağlı olarak, işçinin iş sözleşmesini ihlal etmesi mümkündür. Özellikle işçilerin iş sözleşmelerinde yer verilen kayıtlar ve dürüstlük kuralları çerçevesinde iş görmesi gereklidir. Bu kapsamda işçinin sözleşme kapsamında gerekli görülen görevleri yerine getirmesi, fazla saatlerle çalışması ve bazı zorunlu ve acil hallerde ek olarak çalışması söz konusu olabilir.

Sessiz istifanın iş hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. İşçinin sessiz istifa kapsamında değerlendirilebilen davranışları iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı veya geçerli nedenle feshine yol açabilmektedir. Fesih dışında, işçinin davranışları disiplin cezası verilmesini gerektirebilmektedir. Ayrıca işçinin davranışları neticesinde işverenin zarar görme ihtimali de bulunmaktadır ki bu durumda zararın giderilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, sessiz istifa kavramını iş hukuku perspektifinden inceleyeceğiz. Öncelikle sessiz istifa kavramını ve sessiz istifaya yol açan nedenleri açıkladıktan sonra sessiz istifanın iş hukukuna yansımaları anlatılacaktır. Bu kapsamda, sadece sessiz istifa eden işçi karşısında işverenin sahip olduğu haklar değerlendirilecek ve bu hususta öneriler getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sessiz istifa, istifa, işten ayrılma, iş ilişkisi, fesih.

THE RIGHTS OF THE EMPLOYER AGAINST QUIET QUITTING

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has radically changed people's social and working lives. In particular, the regulations made by governments during the pandemic period and some of the decisions taken by businesses afterward have caused

significant changes in the working culture. The effects of the pandemic and the state of the economy have forced many working-class members to question the working conditions in their workplace and, to a greater extent, whether it is worth working under these conditions. Some of the employees who questioned their work-life balance resigned. In contrast to this situation, which is occurred in many countries around the world and known as the "great resignation", another situation has emerged called the "quiet quitting", in which the employee continues to work for the employer, albeit in a reduced capacity.

Although it may seem very new, the concept of quiet quitting has been around for a long time. Quiet quitting means that "employees only do what they are tasked to do as much as necessary.". This concept suggests that employees who work with minimal effort do not take responsibility for their work but only fulfill their minimum duties to stay employed. In other words, no-one actually quits their job. This means that while they perform their job according to the rules, they may express behaviors such as slowing down, exhibiting low performance, and being uninterested in the work, resulting in internal turnover.

In the case of resignation, the employee leaves the workplace, whereas in the case of quiet quitting, the employee continues to work in the workplace. The reasons for quitting include inadequate wage, insufficient time, physical and mental health problems, and unfair treatment towards managers. As a result, they cannot balance their work and private lives. In case of resignation, performance may completely disappear, while in case of quiet quitting, there may be a decrease in performance, and this decrease in performance can be eliminated through measures taken.

The employee in the quiet quitting process takes less responsibility in the workplace and performs at a minimum level without disrupting the work. In many cases, there is likely to be little recourse for an employer whose employees are performing in accordance with the terms of their contracts of employment. As such, the employer is not expected to terminate the employment contract of the employee who fulfills his or her obligation to perform his or her duties. However, depending on the individual facts and the extent to which the employee has quiet quit in the concrete case, an employee may be in breach of the employment contract. In particular, it is necessary for employees to work within the framework of the inscription in the employment contracts and good faith. In this context, it may be possible for the employee to fulfil the duties de-

emed necessary within the scope of the contract, to work extra hours and to work additionally in some compulsory and urgent cases.

Quiet quitting has essential consequences in terms of labour law. As a matter of fact, the employee's behavior, which can be evaluated within the scope of quiet quitting, may lead to the employer's termination of the employment contract for justified or valid reasons. Apart from termination, an employee could face disciplinary action. The employee's behavior may also result in the employer being damaged, in which case the damage must be compensated.

In this study, we will examine the concept of quiet quitting from the perspective of labour law. We will first explain the concept of quiet quitting and the reasons that lead to quiet quitting. After that, the reflections of quiet quitting on labour law will be explained. In this context, only the rights of the employer against the quiet quitter employee will be evaluated and suggestions will be made in this regard.

Keywords: Quiet quitting, resignation, leave of employment, employment relationship, termination.

GİRİŞ

COVID-19 pandemisinin en çok etkilediği alanlardan birisi çalışma hayatıdır. Çalışma koşullarını olumsuz etkileyen pandemi, işsizliğe, iş güvencesizliğine, esnek çalışma düzenlemelerine neden olmuştur. Bu dönemde, işletmeler salgının hızının azaltılması ve çalışanlarının korunması için esnek çalışma yöntemlerine geçmişlerdir. Geleneksel çalışmanın yapıldığı işyerinin dışında gerçekleşen uzaktan çalışma yaygınlaşarak adeta zorunlu bir çalışma biçimi haline gelmiştir. Pandeminin kontrol altına alınmasından sonraki süreçte işverenler eski çalışma düzenine dönmek isterken çalışanların büyük bir kısmı eski çalışma koşullarını reddetme eğilimi göstermiştir.

Pandeminin etkileri ve ekonominin durumu, işçi sınıfından pek çok kişiyi hem kendi işyerindeki çalışma koşullarını hem de daha büyük ölçüde bu koşullarda çalışmaya değip değmeyeceğini sorgulamaya zorlamıştır. İş-yaşam dengesini sorgulayan işçilerden bir kısmı, işin onlar için her şey olmadığı düşüncesini benimsemiş ve geçici olarak işlerinden

ayrılmıştır. Nitekim pandeminin yarattığı travmanın etkisi altındaki işçiler için “çalışmak” anlamını kaybetmeye başlamıştır¹. Daha sonra işe dönmeleri istenen çalışanlar işlerini bırakmaya karar vermişlerdir. COVID-19 pandemisinin başlamasından neredeyse bir yıl sonra, 2021'in başlarından itibaren çok sayıda çalışanın gönüllü olarak işten ayrıldığı "büyük istifa" olgusu² ortaya çıkmıştır³. Dünyada birçok ülkede çalışanların işlerinden istifaları söz konusu olmuştur⁴.

İşlerinden ayrılmayanlar ise memnuniyetsizliklerini başka bir yolla ifade etmişlerdir: sessiz istifa. Pandeminin etkileriyle ortaya çıkan büyük istifa olgusunun ardından, iş-yaşam dengesinin sınırlarını savunan yeni bir eğilim yani sessiz istifa, bir sosyal medya platformu olan TikTok ara-

-
- ¹ 2021 yılında, pandeminin ardından ülkelerdeki yasakların kaldırılarak yeniden açılmaya başlaması ve birçok insanın uzaktan çalışma yerine işyerine dönmesiyle, haftanın beş günü işe gidip gelmek çalışanlara gereksiz ve masraflı gelmiştir. Bu kapsamda, işin kendisi, pandeminin yarattığı travmanın ışığında daha az anlamlı görünmüştür. HITCHINS, Scott: “Quiet Quitting is Dividing the Workforce. Here’s How to Bring Everyone Back Together”, September 29, 2022, <https://www.entrepreneur.com/leadership/quiet-quitting-is-taking-over-the-workforce-heres-how-to/434560>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024).
 - ² Büyük İstifa, Mart 2021'den bu yana çok sayıda çalışanın gönüllü olarak işlerini bırakmasını ifade etmektedir. Bu kavram, A&M Üniversitesi'nde yönetim doçenti olan Anthony Klotz tarafından ortaya atılan yeni bir terimdir. KLOTZ, Anthony C. /BOLINO, Mark C. : “When Quiet Quitting is Worse than the Real Thing”. Harvard Business Review, 2022, <https://hbr.org/2022/09/when-quiet-quitting-is-worse-than-the-real-thing> (Erişim Tarihi: 20.12.2023).
 - ³ SERENKO, Alexander.: “The Great Resignation: The Great Knowledge Exodus or the onset of the Great Knowledge Revolution?”, Journal of Knowledge Management, Vol. 27, No. 4, 2023, pp. 1042-1055, s.1043.
 - ⁴ ABD İşgücü İstatistikleri Bürosu'nun yaptığı bir araştırmaya göre, ABD'de 2021 yılında 47 milyondan fazla Amerikalı çalışan gönüllü olarak işlerinden ayrılmışlar yani istifa etmiştir. FULLER, Joseph/ KERR, William. “The Great Resignation didn’t Start with the Pandemic”, Harvard Business Review, Massachusetts, 2022, <https://hbr.org/2022/03/the-great-resignation-didnt-start-with-the-pandemic>, (Erişim Tarihi:28.02.2024). Sağlık sektörü, büyük istifa olgusundan en çok etkilenen sektörler arasında yer almaktadır. Örneğin, ABD'deki sağlık çalışanlarının %47'si 2025 yılına kadar işlerinden istifa etmeyi planlarken, hemşireler için bu oran %90'dır. GALANIS, Petros/ KATSIROUMPA, Aglaia /VRAKA, Irene/ KONSTANTAKOPOULOU, Olympia/ MOISOGLOU, Ioannis/GALLOS, Parisis/ KAITELIDOU, Daphne : “Quiet quitting among employees: a proposed cut-off score for the “Quiet Quitting” Scale”, 22 June 2023, PREPRINT (Version 1) available at Research Square [<https://doi.org/10.21203/rs.3.rs-3076541/v1>], p.1-13, s.2 (Erişim Tarihi: 30.12.2023).

cılığıyla⁵ gündeme gelmiştir. 2022 yılında, New York'ta yaşayan bir yazılım mühendisi ve aynı zamanda müzisyen olan bir TikTok kullanıcısı tarafından sosyal medya gündemine⁶ taşınan “Sessiz İstifa” kavramı dünya medyasının odak noktası olmuştur⁷. Zaiad Khan'ın 2022 tarihli viral TikTok videosunda bu kavramı paylaşmasından sonra, insanlar tarafından bir işi sessizce bırakmanın gerçekte ne anlama geldiği tartışılmıştır.

Sessiz istifa kavramı, her ne kadar literatürde çok yeni gibi görünse de uzun zaman önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Sessiz istifa⁸, öz itibarıyla çalışanların yapmakla görevli oldukları işleri sadece gerektiği kadar yapmaları anlamına gelmektedir. En az çabayla çalışmaya devam eden çalışanlar, işle ilgili sorumluluk almamakta, sadece asgari düzeyde görevlerini yerine getirmektedirler. Başka bir deyişle, çalışan işini kural-

⁵ LAWSON, Hannah: “The Loud Legal Troubles of “Quiet Quitting””, <https://www.bartier.com.au/insights/articles/the-loud-legal-troubles-of-quiet-quitting>, (Erişim Tarihi: 27.12.2023).

⁶ Sessiz istifa kavramının sosyal medyanın gündemine girişi, 119.000 abonesi olan bir kariyer koçu ve YouTuber olan Brian Creely adlı bir kullanıcı tarafından 2022 yılının Mart ayında yayınlanan bir TikTok videosundan kaynaklandığı söylenebilir. Creely, kıdemli muhabir Aki Ito tarafından yazılan bir Insider makalesini özetlemiştir. Söz konusu makalenin içeriğinde, “Uzun çalışma saatlerinden bıkan pek çok çalışan, sessizce işten ayrılmak yerine işlerini ağırdan almaya karar verdiği” yer alıyordu. Creely çekmiş olduğu videoya “Daha fazla insan işten ayrılmak yerine 'sessizce istifa ediyor” başlığını attı ve bu uygulamayı isteyken “geri çekilmek ve rahatlamak” olarak tanımladı. Video yaklaşık 100.000 beğeni ve 4.000'den fazla yorum aldı; bunların büyük çoğunluğu “en azını” yapmanın faydalarını anlatıyordu. MARSDEN, Harriet: “TikTok is Credited with Coining the Term 'Quiet Quitting.' Now it's Turned Against it.”, October 3, 2022, <https://www.businessinsider.com/tiktok-coined-the-term-quiet-quitting-now-its-turned-against-it-2022-9> (Erişim Tarihi: 27.12.2023).

⁷ Sessiz İstifa kavramının sosyal medyada viral hale gelmesi ise Zaiad Khan'ın 2022 yılının temmuz ayında paylaştığı video ile gerçekleşti. Video 3,5 milyon kez görüntülenmiş ve yaklaşık 500.000 beğeni almıştı. “Quietquitting” hashtag'i ise 159 milyon kez görüntülendi. New York'ta yaşayan bir yazılım mühendisi ve aynı zamanda müzisyen olan TikTok kullanıcısı (TikToker @zkchillin, @zaidleppelin) Khan, Temmuz ayında yayınladığı videoda “işinizi tamamen bırakmak değil, ancak görevin gerektirdiklerinden fazlası fikrini bırakmak” olarak tanımladı. Khan ayrıca ilgili videoda, “Hala görevlerinizi yerine getiriyorsunuz, ancak artık işin hayatınız olması gerektiği yönündeki koşuşturma kültürü zihniyetine artık katılmıyorsunuz - gerçek şu ki, öyle değil.” ifadelerine de yer vermişti. İlgili video için bkz. <https://www.tiktok.com/@zaidleppelin/video/7124414185282391342> (Erişim Tarihi: 27.12.2023). @

⁸ Bkz. 1. Sessiz İstifa Kavramı.

larına uyarak yapmakla birlikte işi yavaşlatma, düşük performans sergileme, işle ilgisiz olma gibi davranışları dışı vurmaktadır. Bu durumda içsel bir işten ayrılış⁹ söz konusudur. Sessiz istifada, çalışan fiilen işinden ayrılmayarak işte kalmaya devam etmekte, pasif bir çalışma gerçekleştirilmektedir. Gerçek bir işten ayrılış söz konusu değildir. Çalışanların bu şekilde davranmalarının altında birçok neden¹⁰ yatmaktadır. Bunlar; gösterilen üstün çabanın karşılık bulamaması, hak ettiklerini düşündükleri ücreti alamamaları, fazla iş yükü ve yetersiz zaman, fiziksel ve ruhsal sağlık sıkıntıları yaşamaları, yönetici konumundaki kişilerin adil olmayan davranışları olabilir. Bu tür durumlar iş ve özel yaşam arasındaki dengenin bozulmasına yol açar. Çalışanlar dengeyi sağlamak amacıyla sessiz istifa sürecine girebilirler. İşten ayrılmada iş ilişkisi sona ereceğinden performans tamamen ortadan kalkacaktır. Oysaki sessiz istifa durumunda performans düşüşü olabilmekte; alınan önlemlerle de bu performans düşüklüğü durumu ortadan kaldırılabilmektedir.

Sessiz istifanın iş ilişkisine yansımalarına ilişkin özellikle yönetim ve psikoloji gibi farklı bilim alanlarında çalışmalar yapılmakla birlikte hukuki boyutuna dair az sayıda çalışma bulunmaktadır. İş hukuku bakımından birçok önemli sonuçları olan sessiz istifayı işçi ve işveren ilişkisi kapsamında değerlendirmek gerekir.

İşçi, sessiz istifa sürecindeyken, işyerinde daha az sorumluluk alarak işi aksatmadan asgari düzeyde performans göstermektedir. İşçinin iş sözleşmesinin şartlarına uyması işverenin çözüm üretmesini zorlaştırmaktadır¹¹. Öyle ki iş görme borcunu yerine getiren işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi beklenmez. İşçi, iş görme borcunu ifa ederken, dürüstlük kurallarına ve işverenle aralarındaki güven ilişkisini uy-

⁹ Doktrinde, içsel istifa, "kişinin mesleki görevlerini yerine getirmekten uzaklaşması ve işe bağlılığını en aza indirmesi" şeklinde tanımlanmaktadır. SCHMITZ, Edgar/VORECK, Peter : Einsatz und Rückzug an Schulen. Engagement und Disengagement bei Lehrern, Schulleitern und Schülern. Wiesbaden: Springer Gabler, 2011, s.21f.

¹⁰ Bkz. II. Sessiz İstifanın Nedenleri ve Sessiz İstifa Eden İşçinin Tespiti.

¹¹ Çalışan sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirdiği sürece, iş hukuku kapsamındaki eylem alanı çok sınırlıdır." <https://www.basi.de/stille-kuendigung-was-das-arbeitsrecht-dazu-sagt/>, (Erişim Tarihi: 28.01.2023).

gun hareket etmeli ve kendisinden beklenen gayreti ve özeni göstermelidir. Bu kapsamda işçinin sözleşme kapsamında gerekli görülen görevleri yerine getirmesi, fazla saatlerle çalışması ve bazı zorunlu ve acil halde ek olarak çalışması söz konusu olabilir. Ayrıca işçi, iş sözleşmesinde yer verilen kayıtlara uygun davranmalıdır. İşin özen borcuna aykırı yerine getirilmesi durumunda eksik veya kötü ifaya yol açabilir. İşçinin davranışlarının veya yetersizliğinin hangi aşamada fesih nedeni olabileceği, işçinin ne ölçüde sessizce işten ayrıldığına bağlı olarak her somut olay bakımından değerlendirilmeli ve iş sözleşmesinin ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir.

Sessiz istifanın iş hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. İşçinin sessiz istifa kapsamında değerlendirilebilen davranışları iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı veya geçerli nedenle feshine yol açabilmektedir. Fesih dışında, işçinin davranışları disiplin cezası verilmesini gerektirebilmektedir. Ayrıca işçinin davranışları neticesinde işverenin zarar görme ihtimali de bulunmaktadır ki bu durumda zararın giderilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, öncelikle sessiz istifa kavramını ve sessiz istifaya yol açan nedenleri açıkladıktan sonra, sessiz istifanın iş hukukuna yansımaları anlatılacaktır. Bu kapsamda sadece sessiz istifa sürecindeki işçi karşısında işverenin sahip olduğu haklar değerlendirilecek ve bu hususta öneriler getirilecektir.

I. SESSİZ İSTİFA KAVRAMI

Sessiz istifa kavramı¹², öz itibarıyla çalışanların yapmakla görevli oldukları işleri sadece gerektiği kadar yapmaları anlamına gelmektedir. En az çabayla çalışmaya devam eden çalışanlar, işle ilgili sorumluluk almamakta, sadece asgari düzeyde görevlerini yerine getirmektedirler.

¹² Sessiz istifa, İngilizce "Quiet Quitting", Almanca "Stille Kündigung" olarak ifade edilmektedir. Almanya'da, sessiz istifa kavramından önce içsel olarak işten ayrılışı yani iç fesih olarak ifade eden "Innere Kündigung" kavramı kullanılmıştır. İçsel fesih ile sessiz istifanın farklı kavramlar olduğu hususunda bkz. KANNING, Uwe P.: "Quiet Quitting ist keine innere Kündigung", 14.03.2023 Kommentar https://www.haufe.de/personal/hr-management/das-wahre-definition-von-quiet-quitting_80_574924.html (27.02.2024).

Başka bir deyişle, çalışan işini kurallarına uyararak yapmakla birlikte işi yavaşlatma, düşük performans sergileme, işle ilgisiz olma gibi davranışları dışa vurmaktadır. Bu durumda içsel bir işten ayrılış söz konusudur.

Eski bir kavram olan sessiz istifa¹³, pandeminin etkisiyle çalışma hayatında yaşanan değişimle tekrar gündeme¹⁴ gelmiştir. 2022 yılının Temmuz ayında, New York'ta yaşayan bir yazılım mühendisi ve müzisyen olan bir TikTok kullanıcısı tarafından sosyal medyada paylaşılan *sessiz istifa* kavramı gündeme ilk sıradan yerleşmiştir¹⁵. Farklı ülkelerden milyonlarca insanın dikkatine çeken bu paylaşım desteklenerek bir akıma dönüşmüştür.

Her ne kadar literatürde çok yeni gibi görünse de uzun zaman önce ortaya çıkmış bir kavram olan sessiz istifanın Alman yönetim literatüründe kullanılan¹⁶ "içsel fesih/istifa" kavramının bir uzantısı olduğu

¹³ Bir görüşe göre, sessiz istifa kavramı, ekonomist Mark Boldger tarafından, 2009 yılında yapılmış olan Texas A&M Ekonomi Sempozyumu'nda, ortaya atıldığı için yeni değildir. Ancak pandemi sonrasında yaygınlığı artmış, büyük istifanın başlamasından bir yıl sonra, 2022 yılında popüler hale gelmiş. FORMICA, Sandro/ SFODERA, Fabiola. "The Great Resignation and Quiet Quitting Paradigm Shifts: An Overview of Current Situation and Future Research Directions", *Journal of Hospitality Marketing & Management*, 31:8, 2022, p. 899-907, s.900. Ayrıca bkz. YIKILMAZ, İbrahim: "Sessiz Bırakma: Kavramsal Bir Araştırma" Anadolu 10th International Conference on Social Science. 7 /4, 2022, (s.581-591), s.583.

¹⁴ Sessiz istifanın ortaya yeniden çıkışına ilişkin farklı haberler de vardır. Buna göre, sessiz istifa kavramı, 2021 yılında Çin'de teknoloji sektöründe çalışan 25 yaşında bir kişinin fazla çalışma saatlerinden dolayı hayatını kaybetmesi sonucunda (Haber için bkz. <https://www.theguardian.com/world/2022/feb/09/claims-that-overwork-killed-china-tech-worker-reignites-996-debate> (Erişim Tarihi: 01.03.2024)) sosyal medyada gündeme gelmiştir. Çalışma saatlerinin fazlalığına ilişkin çeşitli platformlarda gösterilen yoğun ilgi üzerine "Quiet Quitting" yani sessiz istifa kavramı yeniden ortaya çıkmıştır (YILDIZ, Sevcan/ ÖZMENEKŞE, Yasin Oğuz: "Kaçınılmaz Son: Sessiz İstifa", *Al Farabi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(4), 2022, (s. 14-24), s.15.).

¹⁵ DILL, Kathryn: "The Backlash Against Quiet Quitting Is Getting Loud", August 26, 2022, <https://kanebridgenews.com/the-backlash-against-quiet-quitting-is-getting-loud/>, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. NACHBAGAUER, Andreas/RIEDL, Gabriela: "Innere Kündigung", *Zeitschrift Führung und Organisation*, 1999/1, s.10-15, s.10 vd.; SCHEIBNER Nicole/ HAPKEMEYER Julia: "Innere Kündigung als Thema in der Organisationsentwicklung", *Organisationsberatung, Supervision, Coaching*, Wiesbaden: Springer 20/4, 2013, (s. 461-472), s.462. vd. Şirkete yönelik önceden var olan olumlu tutumlar minimuma iner ve mevcut motivasyon demotivasyona dönüşür.

söylenbilir. İçsel fesih/istifa terimi ilk kez 1982 yılında Höhn tarafından kullanılmıştır¹⁷. Höhn, kendi kendine emeklilik olarak da ifade ettiği *içsel feshi/ istifayı*, çalışan tarafından içsel olarak gerçekleştirilen bir erken emeklilik planı olarak açıklamaktadır¹⁸. Yazara göre içsel işten ayrılış, çalışanın bilinçli olarak gerekli kararları almaması, işe ilgisinin azalması ve en sonunda mesleki görevlerine ilişkin istekleri kabul etmemesidir. Bununla birlikte çalışan istihdamını korumakta ve iş ilişkisi devam etmektedir. Ancak çalışan, mümkün olduğu kadar az iş yapmakta, kabul edilebilir düzeyde pasif davranışlar göstermekte, işyerinin/işletmenin amaç ve hedeflerinden uzaklaşmış ve adanmışlık duygusunu yitirmiş durumdadır¹⁹. Yani kişi, mesleki görevlerini yerine getirmekten uzaklaşmış ve işe bağlılığını en aza indirmiştir²⁰. Buna göre çalışanın çok kısa bir süre içerisinde emekli olacakmış gibi hareket ettiği ve işyeriyle bağını kopardığı söylenebilir.

İçsel istifa/fesih kavramını resmi olarak tanımlayan Elsik; içsel istifa-nın/feshin, açıkça yapılan feshin aksine iş ilişkisini sona erdirmedeğini, çalışanların asgari olarak iş gördüklerini ve yasal olarak uygulanabilir

Şirket içinden istifa eden bir çalışan artık şirketle, hedefleriyle ve değerleriyle özdeşleşmez. Bu durum, çalışanın yıkıcı bir tutum geliştirdiği ve herhangi bir bağlılık, ilgi, adanmışlık ve sorumluluk duygusundan yoksun olduğu içsel bir inkâr tutumu olarak görülebilir. SCHÜLL Alexandra, Die Auswirkungen der Interdependenzen zwischen Einstellungen, Akzeptanz und Implementierung auf die Personalentwicklung im Unternehmen, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Fakultät für Psychologie, Pädagogik und Sportwissenschaft der Universität Regensburg, Januar 2018, s.109.

¹⁷ JEHLE, Peter/SCHMITZ, Edgar: "Innere Kündigung und vorzeitige Pensionierung von Lehrpersonen", In: Rothland, M. (eds) Belastung und Beanspruchung im Lehrerberuf. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007, (pp.160-184), s.161. 1982 tarihli "Frankfurter Allgemeine" adlı (Frankfurter Allgemeine Zeitung) gazetesinin internet sitesindeki arşivinden 16 Ocak 1982 tarihli sayıya ulaşılamadığından link verilememiştir).

¹⁸ HÖHN, Reinhard: Die innere Kündigung in der öffentlichen Verwaltung: Ursachen-Folgen-Gegenmaßnahmen, Stuttgart 1989, s.6.

¹⁹ HÖHN, Reinhard: Die innere Kündigung im Unternehmen - Ursachen, Folgen, Gegenmaßnahmen, Bad Harzburg, Verlag für Wissenschaft, Wirtschaft und Technik, 1983, s.17; aktaran TATLI, Murat : Etik İklimin İşe Angaje Olma ve Sessiz İstifa Üzerindeki Etkisinde Politik Becerilerin Rolü: Kamu Çalışanları Örneği, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi. Nevşehir 2023, s.38.

²⁰ SCHMITZ/VORECK, s. 30f.

asgari yaptırımları aşan seviyede görevlerini gerçekleştirmediklerini ifade etmektedir²¹. İç feshin bir psikolojik fesih olduğunu belirtenler²², iş ilişkilerinin sadece resmi yasal sözleşmelerle değil, aynı zamanda psikolojik sözleşmelerle²³ de düzenlendiğini belirtmektedirler. Nitekim, iş sözleşmesinin imzalanmasıyla, her iki tarafın da birbirlerinden dile getirilmemiş beklentilerinin olduğu psikolojik bir sözleşme de yaratılmaktadır. Bu beklentilerin karşılanmaması halinde, psikolojik sözleşmenin ihlali bir iç istifa ile sonuçlanabilir²⁴.

Yasal olarak yapılan feshin aksine, iç fesih yani psikolojik fesih, işçi ve işverenin oluşturdukları yazılı sözleşmede açıkça belirtilemeyen, ancak psikolojik iş sözleşmesinde sadece gayri resmi olarak yer alan görevlerin reddidir. Söz konusu görevler ve yükümlülükler arasında bağlılık²⁵, inisiyatif alma, adanmışlık ve sadakat gibi hususlar yer almakta-

²¹ ELSIK, Wolfgang: "Innere Kündigung", In: Dichtl, E./ Issing, O. (Hrsg.): Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 2, München 1994, s. 993, aktaran, JEHLE/SCHMITZ, s.160.

²² JEHLE/SCHMITZ, s.161.

²³ Psikolojik sözleşme, iş sözleşmesinden çok farklı ve içinde binlerce öge içeren, iş ilişkisinin taraflarının iş sürecinde birbirlerine vermeyi ve birbirlerinden almayı beledikleri, kişinin ve içinde bulunduğu organizasyonun arasında sözle ifade edilmeyen ve kapalı, psikolojik yönü bulunan bir anlaşmadır. KOTTER, John Paul (1973), "The Psychological Contract: Managing the Joining-up Process," California Management Review, Volume: 15, Issue:3, 1973, (s. 91-99), s.92, 97-98. Ayrıca bkz. ROUSSEAU, Denise M. (1989), "Psychological and Implied Contracts in Organizations", Employee Rights and Responsibilities, Vol. 2, 1989, (s.121-139), 130 vd. Psikolojik sözleşme, kişinin bir örgüte karşı öznel olarak deneyimlediği bağlılığını anlaşılır kılmayı amaçlayan psikolojik bir yapıdır. Psikolojik sözleşmenin temelinde, kişinin örgüte bir söz verdiği ve taahhütte bulunduğu ve örgütün bunları en azından örtülü olarak yaptığına olan inancı yatar. Sözleşmenin her iki tarafı da bu taahhütleri kabul eder. Bu durum, çalışanın kişi ile kuruluş arasındaki karşılıklı yükümlülüklerin farkında olmasını sağlar. BLICKLE, Gerhard: " Personalmarketing", In: Nerdinger, F.W., Blicke, G., Schaper, N., Arbeits- und Organisationspsychologie, 3., vollständig überarbeitete Auflage, Heidelberg 2014, (s. 223-24), s.231. Ayrıca bkz. SCHULL, s.108 vd. İlişkisel ve Etkileşimsel Sözleşme kavramları için bkz. SCHÜLL, s.79, dn.71.

²⁴ SCHMITZ/VORECK, s. 30f.

²⁵ İşe olan bağlılığı azalan çalışanlar işten kendilerini geri çekmektedirler. Doktrinde Kahn, bağlılığı, "insanların kendilerini fiziksel, bilişsel ve sosyal olarak ifade ettikleri ve işe adadıkları, organizasyon üyelerinin benliklerinin işle ilgili görevlerinde çalışacak durumda olmaları" olarak ifade etmektedir. Boş vermeyi (geri çekilme) ise, "çalışanların işle ilgili görevlerini yerine getirdikleri süre içinde kendilerinin fiziksel, bi-

dır²⁶. İçsel fesihte çalışan, işverenle arasındaki iş sözleşmesini değil, psikolojik sözleşmeyi sona erdirmektedir.

Sessiz istifa kavramı, içerik olarak içsel istifaya²⁷ benzetmekle birlikte aynı değildir. İçsel istifada çalışan, günlük işlerinde zorlanmakta, işine karşı memnuniyetsiz hissetmekte ve işinden ayrılmak, başka bir yerde çalışmak istemesine rağmen daha iyi bir alternatifi olmadığından istifa edememektedir. Ancak sessiz istifa sürecindeki çalışanların çoğu işten ayrılmaktan veya istifa etmekten uzaktırlar. Söz konusu çalışanlar, işlerinden mutsuz olmaktan ziyade, işlerinin artık hayatlarındaki en önemli şey olmadığını düşünmektedirler. İş sözleşmelerindeki görev tanımı kapsamında çalışmakta ne daha fazlası ne de daha azını yerine getirmektedirler²⁸. İçsel istifada, çalışanlar zihinsel olarak işlerinden vazgeçmişler, pasif ve agresif bir şekilde işlerini gereksiz görmekte, gerçekten istifa etmeye hazır olarak gizli bir çatışma içerisinde beklemektedirler.

İşsel veya duygusal olarak uzaklaşmaları ve reddetmeleri, benliklerinin işle ilgili görevlerinden ayrılması” olarak tanımlamıştır. Yazar, bağlılığı kopmuş çalışanın işe daha az ilgili olduğunu, düşünce ve duygularını bastırıldığını ve işine ve iş arkadaşlarına daha az bağlılık duyduğunu belirtmektedir. KAHN, William A.: “Psychological Conditions of Personal Engagement and Disengagement at Work”, *Academy of Management Journal*, 33/4, 1990, (pp.692–724), s.694, aktaran KEANE, Eilish: “Quiet Quitting: Navigating an Old Phenomenon in the New Normal”, *College of Science and Health Theses and Dissertations*. 486, DePaul University Chicago, Illinois 2023, s.4 https://via.library.depaul.edu/csh_etd/486 (Erişim Tarihi:28.02.2024).

²⁶ JEHLE/SCHMITZ, s.161, 162.

²⁷ İçsel istifanın beş aşaması vardır ve bu süreç genellikle birkaç ay hatta yıl sürer. Bu aşamalar; hayal kırıklığı (çalışan başarısızlıklar nedeniyle memnuniyetsizlik hisseder veya işverenin yönetim davranışından memnun değildir. Ayrıca, genellikle performans gösterme konusunda aşırı baskı veya kötü bir çalışma ortamı gibi nedenler vardır), performansın sınırlı olması (kişisel inisiyatif azalır ve iş yükü minimuma indirilir), istifa (gerçek anlamda işten ayrılma olmayıp çalışanın geri çekilmesi ve sadece sözleşmeye ve hukuki kurallara uygun performans göstermesi söz konudur), tam motivasyonsuzluk (çalışan pasif-agresif bir şekilde protesto etmeye başlar ve motivasyonu dibe vurur), işyerinden ayrılma (son adım ya iş değişikliği ya da istifadır) . <https://tietalent.com/de/blog/96/stille-kuendigung-was-ist-quiet-quitting-und-wie-kann-man-sie-verhindern> (Erişim Tarihi, 01.03.2024).

²⁸ KANNING, Quiet Quitting ist keine innere Kündigung, https://www.haufe.de/personal/hr-management/das-wahre-definition-von-quiet-quitting_80_574924.html; RILKE, Mandy : Phänomen „Quiet Quitting“: Wie steht’s um deine Motivation? <https://www.stepstone.de/magazin/artikel/quiet-quitting> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

Çalışan işi yavaşlatma, düşük performans sergileme²⁹, işe ilgisiz davranma gibi davranışlar sergilenmektedir³⁰. Sessiz istifada ise çalışanlar gerçekten işten ayrılmak istememekte, sadece önceliklerini farklı şekilde belirlemektedirler. Bu kapsamda, işyerinde fazla çalışmaktansa iyi bir iş-yaşam dengesine ve aile ve arkadaşlarla geçirilecek zamana öncelik vermeyi tercih ederler. Bununla birlikte her iki durumda da asgari düzeyde iş yapan çalışanların işverenlerine olan bağlılıkları ve görevlerinin tam anlamıyla yerine getirip getirmediği sorgulanabilir. Durumun tespiti açısından, performans seviyelerinin doğru bir şekilde ölçülmesi gerekir.

Sessiz istifa olgusu, dar kapsamda, bir çalışanın görevi kapsamında beklenen işi yaptığı, işinde asgari düzeyde çalışıp beklenenin ötesine geçmediği -ne daha fazla ne daha az- durumu ifade eder³¹. Bu süreç içerisindeki çalışanlar, kademeli olarak işe iştiraklerini azaltır veya işten geri çekilirler. Çatışmalardan kaçınmak için gerçekleştirilen davranışlar bütününden oluşur. Sessiz istifa sürecindeki çalışanın bağlılık ve sorumlulukları yerine getirmesinde kopuş söz konusudur. İşe ve işyerine karşı ilgisizlik, işin niteliği ve niceliğinde etkisizleşme, verimliliğin düşmesine neden olabilir.

Günümüz çalışma hayatının genç nesilleri olan özellikle Z kuşağı arasında yaygındır. Z kuşağı çalışanları için iş-yaşam dengesi öncelikli olduğundan tükenen kadar çalışmak yerine esnek çalışmak, özel yaşama iş yaşamından daha çok önem vermek gibi hususlar ön planda yer almaktadır. İş, yaşamın en önemli unsuru olmayıp iyi bir ücret veya terfi fırsatları, iyi bir iş-yaşam dengesi kadara önemli görülmemektedir. Hatta bu kuşak, iş seçerken bile kariyerden çok, işin ve işverenin kendi de-

²⁹ Çoğu durumda, performansta düşüşe hastalık günlerinde artış da eşlik eder. Çalışan artık eskisi gibi şirket için çalışmaya hazır değildir ve artık yaratıcı fikirlerle katkıda bulunmaz. SCHEIBNER, Nicole/HAPKEMEYER, Julia: "Innere Kündigung als Thema in der Organisationsentwicklung", In: Organisationsberatung, Supervision, Coaching, 20. Jg. H.4, 2013, (s. 461-472), s.466, Online im Internet: DOI: <https://doi.org/10.1007/s11613-013-0348-7> (Erişim Tarihi, 02.03.2024).

³⁰ JEHLE/ SCHMITZ, s.160.

³¹ SCHEYETT, Anna: "Quiet Quitting", *Social Work*, Volume 68, Issue 1, January 2023, (s. 5-7), s. 5; GALANIS et.al., s.2-3.

ğerleriyle uyuşup uyuşmadığı ve işin eğlenceli olup olmadığı sorularına odaklanmaktadır. Çalışmak için yaşamak değil, yaşamak için çalışmak mottosuyla hareket etmektedirler³².

Bütün bunlara göre, sessiz istifa, gerçek anlamıyla bir işten ayrılma/istifa anlamına gelmemekte, fiili istihdam ilişkisi devam etmektedir. Çalışan, aldığı ücret karşılığında işinin ne daha fazlasını ne de daha azını yapmaktadır. Çalışanın işyerinde daha az sorumluluk aldığı, fazla çalışma taleplerini reddetme eğiliminde olduğu, sadece görev tanımına ilişkin sorumluluklarını yani iş sözleşmesinin asgari mesleki gerekliliklerini yerine getirdiği, işyeri için asgari düzeyde performans gösterdiği bir sürecin içinde olduğu söylenebilir. Esasen burada *pasif çalışma* söz konusudur.

II. SESSİZ İSTİFANIN NEDENLERİ VE SESSİZ İSTİFA EDEN İŞÇİNİN TESPİTİ

Sessiz istifaya yol açan birçok neden vardır. Öncelikle bu nedenlerden en önemlileri kısaca açıklanacak ve daha sonra işçinin hangi davranışları nedeniyle sessiz istifa sürecinde olduğu veya olabileceğinin tespiti yapılacaktır. Böylelikle işverenin iş hukuku kapsamında kullanabileceği haklar açıklanacaktır. Nitekim işverenin iş ilişkisinin devamı için sessiz istifayı anlaması ve önlemesi önemli olmakla birlikte bu durum karşısında sahip olduğu haklar da bulunmaktadır.

A. Sessiz İstifanın Nedenleri

Sessiz istifanın nedenleri kısaca aşağıdaki başlıklar altında açıklanabilir:

İşverenin aşırı müdahalesi: Sessiz istifanın nedeni sadece çalışandan değil işverenden de kaynaklanabilir. İşverenin çalışandan taleplerinin artmasına rağmen karşılığını vermemesi, fazla çalışmanın istisna olmaksızın çıkması gibi nedenler sessizce istifaya yol açabilir³³. Özellikle, işverenin aşırı kontrolleri, işyerinde veya çalışma sisteminde çalışanın kabul etmek istemediği büyük değişiklikler de neden olarak gösterilebilir.

³² RILKE, Mandy: "Phänomen „Quiet Quitting“: Wie steht's um deine Motivation?" <https://www.stepstone.de/magazin/artikel/quiet-quitting> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

³³ KANNING, Quiet Quitting ist keine innere Kündigung, https://www.haufe.de/personal/hr-management/das-wahre-definition-von-quiet-quitting_80_574924.html.

İletişim eksikliği: İşverenler ile çalışanlar arasında işe ve işyerine ilişkin sorunlar, gelişmeler veya çözümler için diyalog kurulmaması çalışanın kendisini işten geri çekmesine neden olabilir³⁴.

İşyerinde takdir edilmemek: İşverenler, yöneticiler ve iş arkadaşları tarafından beğenilmemek, önem ve değerinin anlaşılmasının yanı sıra gerçekçi olmayan performans baskısı ve yerine getirilmesi mümkün olmayan beklentiler altında olmaları gibi hususlarla sessizce işi bırakmaya teşvik edilmek sessiz istifanın nedenleri arasındadır³⁵.

İşin anlamını yitirmesi: Çalışanların ille ilgili beklentilerinin karşılanmaması sonucunda yaptıkları işin anlamsız olduklarını düşünmeleri sessiz istifa sürecine girmelerini hızlandırır.

Ücret ve terfide adaletsizlik: Çalışanlar arasındaki hayal kırıklığının ciddi bir nedeni adil olmayan ücret ve hak ettikleri terfi fırsatlarının sağlanmamasıdır³⁶. Eğer bir iş ilerleme için hiçbir fırsat sunmuyorsa, hak edilen ücret veya ekleri vermiyorsa, çalışan sadece asgari görevlerini yerine getirmeyi terci edebilir. İlerleyen dönemde sessiz istifa sürecinden kaçınmak zor olacaktır.

Kötü çalışma ortamı: İşyerindeki çalışma ortamının iyi olması, yüksek düzeyde saygı, yardımseverlik, açık iletişim, rahat bir atmosfer ve farklı hiyerarşik seviyelerdeki çalışanlar arasında iş birliği gibi faktörleri içerir³⁷. Çalışma ortamının kötü olmasına neden olan durumlar neticesinde çalışan kendisini bu ortamdan uzaklaştırmak için sessiz istifa sürecine girebilir³⁸.

³⁴ YILDIZ/ÖZMENEKŞE, s.18.

³⁵ YILDIZ/ÖZMENEKŞE, s.18.

³⁶ ÖZTÜRK, E.sra/ ARIKAN, Özgür Uğur/ OCAK, Metin. "Understanding Quiet Quitting: Triggers, Antecedents, and Consequences", International Journal of Behavior, Sustainability and Management, 10(18), 2023, (s.57-799, s.71.

³⁷ <https://tietalent.com/de/blog/96/stille-kuendigung-was-ist-quiet-quitting-und-wie-kann-man-sie-verhindern>.

³⁸ AL, Begüm/SARI, Onur: "Sessiz İstifa: Örgütsel Davranış ve Hukuki Bakış Açılılarıyla Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt No.: 20, Sayı No.: 78, 2023, (s. 433-49), s.442.

İşyerinde yaşanan anlaşmazlıklar: Çalışanların iş arkadaşları veya yöneticilerle yaşadıkları anlaşmazlıklar işten kendilerini geri çekmelerine neden olabilir.

İşe bağlılığın azalması: Hiyerarşik veya otoriter yönetim tarzları çalışanlar tarafından olumsuz algılanır ve genellikle bağlılık üzerinde olumsuz bir etkiye yol açar.

İş-yaşam dengesinin sağlanamaması: COVID -19 pandemisiyle hızlanan evden çalışma eğilimi, artan dijitalleşme ve buna bağlı olarak sürekli ulaşılabilirlik, son yıllarda iş-yaşam dengesinin bozulmasına yol açmıştır. İş ve özel yaşamın birleşerek sınırların bulanıklaşması ve çalışanların kendilerini giderek daha fazla işleri üzerinden tanımlaması sürecin başlamasında etkilidir. Sessiz istifa sürecine girenler ise iş-yaşam ayırımına odaklanan çalışanlardır. Bu kişiler, işten sonra cep telefonlarını kapatırlar, arkadaşlarıyla akşam yemeklerinde işlerinden neredeyse hiç bahsetmezler ve hafta sonları iş e-postalarını kontrol etmezler. Sessiz istifa edenler, iş ve özel yaşamları arasında net bir çizgi çizerek ruh sağlıkları ile özgürlüklerine, daha yaşlı çalışanlardan çok daha fazla değer verirler³⁹.

B. Sessiz İstifa Eden İşçinin Tespiti

Sessiz istifanın tepki biçimi ise sözleşmenin yeniden düzenlenmesini isteme, işe adanmışlık duygusunda azalma, gerektiği kadar işi yapma ve işten kaçınma, işi yavaşlatma ve işten kaytarma şeklinde sıralanabilir. İşten ayrılma/istifa durumunda çalışan örgütten ayrılırken, sessiz istifa durumunda çalışan örgütte kalmaya devam eder. Hem işten ayrılma durumunda hem de sessiz istifa durumunda çalışan bilinçli bir şekilde karar vermektedir. Ancak işten ayrılmayla/ istifayla performans tamamen ortadan kalkarken, sessiz istifada performans düşüşü olabilmekte; alınan önlemlerle de bu performans düşüklüğü durumu ortadan kaldırılabilmektedir. Ayrıca çalışanlar sadece işlerini asgari düzeyde yürütmekle kendilerini sınırladıklarından işlerine karşı duygusal bir bağlılık da göstermezler. Bu durumda, çalışanların iş yaşamında esneklik, iş-

³⁹ RILKE, Mandy: Phänomen „Quiet Quitting“: Wie steht’s um deine Motivation? <https://www.stepstone.de/magazin/artikel/quiet-quitting> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

yaşam dengesi ve kişisel refah gibi faktörlere daha fazla önem verdikleri söylenebilir.

İş ilişkisinde, işçi, kendisinden beklenen asgari düzeyde işi yerine getiriyorsa, sözleşmesini ihlal etmiyor olabilir. Birçok durumda bu çalışma sessizce işi bırakmak anlamına gelmeyebilir. Öyleyse, işçinin sessiz istifa sürecinde olduğu kolay tespit edilebilen bir durum değildir. Bu sebeple işçinin davranışlarını ve durumunu bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. İşverenlerin sessiz istifa eden işçileri belirlemesine ilişkin aşağıda sayılan haller ve belirtiler yol gösterici olabilir⁴⁰:

- Asgari düzeyde çalışmak,
- İşe bağlılıkta azalma,
- Verimlilikte azalma,
- Hastalık günlerinin çoğalması,
- Sık sık işten şikâyet etme ve işi hafife almak,
- İş performansında ve motivasyonunda azalma veya eksiklik,
- Yeni fikirler üretmemek ve inisiyatif almamak,
- Planlama veya toplantılara katılmamak, ekip projelerine daha az katkı sağlamak,
- Fazla çalışma yapmamak,
- Ek görevleri üstlenmemek,

⁴⁰ KLOTZ, Anthony C. /BOLINO, Mark C.: "When Quiet Quitting is Worse than the Real Thing". Harvard Business Review, 2022, <https://hbr.org/2022/09/when-quiet-quitting-is-worse-than-the-real-thing> (Erişim Tarihi: 20.12.2023); SERENKO, Alexander: "The Human Capital Management Perspective on Quiet Quitting: Recommendations for Employees, Managers, and National Policymakers", Journal of Knowledge Management, April 2023, <https://www.studocu.com/vn/document/royal-melbourne-institute-of-technology-university-vietnam/pr-research/quiet-quitting-serenko-jkm/59628014>, <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JKM-10-2022-0792/full/html> CrossRefGoogle Scholar (Erişim Tarihi, 29.12.2023); Quiet Riot: What Employers Need to Know About Quiet Quitting, <https://www.blakes.com/insights/bulletins/2023/what-employers-need-to-know-about-quiet-quitting> (Erişim Tarihi: 17.12.2023); <https://howardemploymentlaw.ca/what-is-quietly-quitting-and-is-it-legal/>(Erişim Tarihi: 17.12.2023); <https://www.personalwirtschaft.de/news/personalentwicklung/wie-arbeitgeber-mit-der-kuendigungswelle-umgehen-koennen-149711>. Erişim Tarihi: 17.12.2023).

- Mesleki gelişim tekliflerini reddetmek,
- İşe geç gelmek veya erken ayrılmak,
- Çalışma saatlerinin dışında hiçbir şekilde iş yapmamak,
- Boş zamanlarında iş aramalarını/e-postaları görmezden gelmek,
- Ödeme yapılmayan görevleri/sorumlulukları reddetmek,
- İşine duygusal yatırım yapmamak,
- İş nedeniyle aile ve özel hayatı göz ardı etmemek,
- İşini yaparken tutku veya coşkuda eksilik,
- Yöneticilerle veya ekip arkadaşlarıyla yaşanan kopukluk olarak sayılabilir.

III. SESSİZ İSTİFA EDEN İŞÇİ⁴¹ KARŞISINDA İŞVERENİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Sessiz istifa, iş hukukuna yansımaları geniş kapsamlı olduğundan, konumuz itibariyle sadece işverenin hakları açıklanacaktır. İşçinin asgari düzeyde çalışarak ötesine geçmemesi sessiz istifa ettiği anlamına gelmez. Nitekim işçinin her zaman daha fazla iş yapması gibi bir zorunluluğu yoktur. Diğer taraftan işverenin, işçilerin özel yaşamlarına daha çok önem vermelerini engelleme hakkı bulunmamaktadır. Onlardan daha istekli olmalarını, daha çok zaman ve çaba harcamalarını beklemesi mümkün olmakla birlikte bu yasal bir gereklilik olmadığından herhangi bir yaptırım uygulayabilmesi söz konusu değildir. Ancak çalışma saatleri içerisinde, sadece işle ilgilenmesini ve gerekli durumlarda fazla çalışma yapılmasını isteme hakkına da sahiptir. Eğer işçi, çalışma saatlerinin büyük bir bölümünü kişisel işler veya diğer başka işler için harcarsa iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmiyor olabilir. Bu durumda işverenin işçiye disiplin cezası vermesi ve somut olayın özelliklerine göre iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Bununla birlikte, çalışma ortamına özgü daha esnek saatler, işçinin hafta sonları veya akşamları zamanı

⁴¹ Çalışmamızda bu başlığa kadar daha çok çalışan kavramını kullanmakla birlikte bu bölümde işçi ifadesi kullanılacaktır. Nitekim bu başlıkta işverenin sessiz istifa eden işçi karşısında hukuki haklarına yer verilecektir.

telafi ettiğini iddia edebileceğinden, iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmediğini kanıtlamayı zorlaştırabilir.

İşveren veya işveren vekillerinin işçiye bir takım yan veya ek işler verebilmesi mümkündür. Hukuka uygun bu taleplerin iş görme borcu kapsamında yerine getirilmesi beklenir. Eğer işçi, bu talebin önemli olmadığını ve unutulacağını düşünerek görmezden gelirse, emre itaatsizlik yani iş görme borcunun gereği gibi getirilmemesi söz konusu olabilir. Uyarı ve hatırlatmalara rağmen işçiden talep edilen işin veya görevlerin tekrar tekrar reddedilmesi iş sözleşmesinin işverence haklı feshine gerekçe olacaktır.

Sessiz istifa eden işçi, iş görme borcunu asgari düzeyde ifa etmektedir. İşçi açısı bakıldığında, görmekle yükümlü olduğu işi aldığı ücret karşılığında yerine getirmekte ve daha fazlası için çaba sarf etme gereği duymamaktadır. İşveren ise işçisinden daha fazlasını beklemekte ve iş sözleşmesinde yer almayan taleplerde bulunmaktadır. Bu durumda, işçinin, işinin veya mesleğinin tanımında olmayan bir işi yapmayı reddetme hakkının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Ancak yapılacak işe ilişkin bütün hususların ayrıntılı ve eksiksiz olarak iş sözleşmesinde yer alması beklenemez. İş ilişkisinin dinamik ve değişken yapısına uyum sağlamak gerekir. İşveren, yönetim hakkı kapsamında, işçinin iş görme borcunu somutlaştıran ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar verebilir. İşçinin görevi icabı yerine getirmesi beklenenler zaman içinde değişebileceği gibi dürüstlük kuralları gereği ifası beklenen yükümlülükleri de bulunmaktadır. Yani işçi, işveren tarafından hukuka uygun olarak verilen talimatlara uymakla yükümlü olup her görevin işin tanımında yer alması veya olağan olarak yerine getirdiği görevlerinin bir parçası olması beklenemez.

İş ilişkisinde en son beklenen bu ilişkinin sona ermesidir. İşverenin sessiz istifa eden işçisini tespit ettikten sonra iş ilişkisinin devamını sağlamaya yönelik önlemler⁴² alması icap eder. Bununla birlikte işverenin,

⁴² Sessizce işe bırakanlar karşısında iş ilişkisinin devamını isteyen işverenler için çözüm yolları vardır. Bunlar, kısaca, işçilerin performansları hakkında danışmanlık yapma ve performans planları hazırlama, ikramiyeler, zamlar ve terfiler yoluyla işçileri teşvik etme, en iyi performans gösterenlerin ödüllendirilmesi, işçilerle iletişimin artırılması

işçinin sessiz istifaya yol açan davranışları karşısında birtakım hakları da bulunmaktadır. Bu kapsamda işveren işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği gibi disiplin cezası uygulayarak sözleşmenin devamını sağlayabilir. Ayrıca işçinin davranışları bir zarara yol açmışsa, işverenin tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır.

A. Fesih Hakkı

Sessiz istifa eden işçi, kendisinden beklenen işi asgari düzeyde görmekte, yalnızca iş tanımıyla sınırlı kalmakta, ek işler yapmak ve fazla saatlerle çalışmak istememektedir. Konumuz itibariyle, sessiz istifa eden işçinin davranışlarının işveren açısından fesih nedeni olup olamayacağı, hangi nedene dayanarak hangi tür fesih yoluna başvuruabileceğini açıklamak gerekir.

Fesih, sözleşmenin taraflarından birisinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade açıklamasıdır. Sözleşme geleceğe yönelik olarak ve karşı tarafın kabulü gerekmeksizin ortadan kalkmaktadır. Bozucu yenilik doğuran hak olan fesih beyanının karşı tarafa ulaşması hüküm ve sonuçlarını doğurması için gereklidir⁴³. Fesih, koşulları, hüküm ve sonuçlarına göre, *bildirimli fesih (fesh-i ihbar, süreli fesih)* ve *bildirimsiz fesih (haklı sebeple/derhal süresiz fesih)* olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁴.

Bildirimsiz (Haklı nedenle) fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereğince iş ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın sözleşmeyi derhal feshetme yetkisi ve

masıdır. Eğer bu önlemlere rağmen işçinin performansı beklenenin altında kalıyorsa, işveren işçinin iş sözleşmesini feshedebilir. Ayrıca bkz. ZALLER, Anthony : "Potential Legal Responses Towards", September 16, 2022, <https://www.california-employmentlawreport.com/2022/09/potential-legal-responses-towards-quiet-quitters/>, (Erişim Tarihi: 28.12.2023).

⁴³ OĞUZMAN, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.41-42; EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.166-167; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36.Baskı, İstanbul 2023, s.476; SÜZEK, İş Hukuku, 21.Baskı, İstanbul 2021, s.539; SÜMER, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara 2022, s.98; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş : İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014, s. 793.

⁴⁴ SÜMER, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara 2022, s.99; SÜZEK, s.538.

ren bozucu yenilik doğuran bir hakır 45. Bildirimli fesih hakkı, belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla bildirim sürelerinin bitiminde sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir hakır46.

1. Fesih Nedenleri

Sessiz istifa bakımından iş görme borcu önemlidir. Feshe konu olabilecek nedenler bu borcun etrafında toplanır. Sessizce işten ayrılmayla ilişkilendirilen nedenler çok geniş kapsamlıdır. Bu nedenle kısaca iş görme borcunu ve buna aykırılık teşkil edecek durumları açıklamak gerekir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu iş görme borcudur ve iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte sözleşmede kararlaştırılan işi ifayla yükümlüdür. İşçi, iş görme borcunu, kanun veya sözleşme hükümlerine ve çalışma sürelerine uygun olarak ve işverenin talimatları doğrultusunda yerine getirmelidir47. İşçinin iş görme borcunu hiç ya da gerektiği gibi yerine getirmemesi sonucunda iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilir (İşK.m.25/II, g,h). Sessiz istifa eden işçinin iş görme borcu yerine getirmekle birlikte gerektiği gibi yerine getirmemesi söz konusu olabilir. Bu ihtimal, aşağıda "haklı nedenle fesih" başlığı altında açıklanacaktır.

İşçinin ifa edeceği iş, kural olarak iş sözleşmesiyle belirlenir. İş sözleşmesinin konusu herhangi bir işin görülmesi olduğundan herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. İşçi, aktif veya pasif bir davranışla iş görme borcunu yerine getirebilir48. İşin kapsamı ise emredici hukuk kuralları, toplu iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri ve uygulamalarıyla biçimlenir49. İşçinin görmekle yükümlü olduğu iş, somut olarak açıkla-

45 OĞUZMAN, s.35, 41; EKONOMİ, s.194; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, C.I, 3.B, İzmir 1998, s.314 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.793; SÜZEK, s.538; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 476.

46 SÜZEK, s.540; SÜMER, s.99

47 SÜMER, s.63, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.793.

48 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.303.

49 EYRENCİ, Öner /TAŞKENT, Savaş /ULUCAN, Devrim /BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2020, s. 116; SÜMER, s.71.

narak veya meslek türü belirtilerek tespit edilebilir. İşin bir meslek veya sanat olarak belirlenmesi halinde, işçi iş sözleşmesinde belirtilen meslek kapsamı içerisinde kalan, mesleki ve bölgesel örf ve adetler ile dürüstlük kuralları çerçevesinde kendisinden istenebilecek her işi yapmak zorundadır⁵⁰. İş sözleşmesiyle işçinin ifa edeceği iş açıkça belirlenmemişse, işveren yönetim hakkına dayanarak işi tespit eder. Bu durumda işçinin, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebilir ve iyiniyet kuralları çerçevesinde kendisinden istenebilecek işleri yapmakla yükümlüdür⁵¹. Ayrıca işçinin gördüğü işin gereği olarak bazı yan işlerin de yapılması gerektiğine ilişkin örf ve âdet varsa, işçiden bu yan işlerin yerine getirilmesi de talep edilebilir⁵². Bütün bunların yanı sıra işçinin göreceği işle bağlantısı olmamasına rağmen, birtakım ihtiyaçlar veya zorunlu hallerden dolayı, işçiden kendisinden beklenmeyen işleri görmesi de istenebilir. Sadakat borcunun gereği olan bu halde, işçiden ancak duruma uygun düşen işler istenebilir⁵³. Sessiz istifa eden işçinin, sadece görev tanımı kapsamında olan işleri yerine getirmesi, buna karşın kendisinden beklenen bazı ek işleri veya fazla çalışmayı reddetmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda, hiç ifa edilmeme, eksik veya yetersiz ifa söz konusu olabileceğinden, bu ihtimal “geçerli nedenle fesih” ile “haklı nedenle fesih başlıkları altında değerlendirilecektir.

İş görme borcu içerisinde yer alan ve onu tamamlayan bir diğer yükümlülük işçinin özen borcudur⁵⁴. İş ilişkisi süresince, işçi işi görürken, kendisinden beklenen tüm mesleki bilgi ve deneyimini, dikkat ve yeteneklerini kullanmakla yükümlüdür⁵⁵. Özen borcuna aykırılık halinde, asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcunun gereği gibi yerine getiri-

⁵⁰ EKONOMİ, s.116; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.582; SÜMER, s.71.

⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.582; EKONOMİ, s.116

⁵² EKONOMİ, s.116-117; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.583

⁵³ SÜMER, s.71.

⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım”, Yargıtay Dergisi, C.13, S.1-2, 1987, (s.114-122), s.116 vd. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.305.

⁵⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.305; SÜMER, s.73 -74; MAKAS, Recep, “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C. 16, S.4, 2012, (s. 149-180), s.151-152.

lemez ve asli borcun ihlali söz konusu olur⁵⁶. Özen borcunun içeriğinin somutlaştırılabilmesi için kapsamının belirlenmesi gerekir⁵⁷. Bu hususta TBK m.396 hükmünün ikinci fıkrası yol göstericidir. Anılan hükümde, işçinin, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmakla ve işin görülmesi için kendisine teslim edilen malzemeye özen göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu yükümlülükler, özen borcunun kapsamına dâhildir. Ancak, kapsam bunlarla sınırlı değildir. Kanun koyucu bu hüküm ile sadece örnekseyici bir düzenleme getirmiştir. İşçi sadece iş araç gereçlerini, malzemelerini, taşıtları vb. kullanırken değil; iş görme edimini yerine getirirken her konuda özenli davranmakla yükümlüdür. Özenli davranma yükümlülüğü sözleşmenin devamı sırasında her aşamada varlığını sürdürmektedir.

Özensiz ifa bir kötü ifa yaratabilir. Kötü ifa, özen borcuna yani iş görme borcuna aykırılık oluşturur. Sessiz istifa eden işçi, iş görme borcunu yerine getirmekle birlikte özensiz bir şekilde yerine getiriyor olabilir. Ayrıca işçinin özen borcuna aykırı davranışı neticesinde bir zarar doğma ihtimali de vardır. Söz konusu fesih nedeni, “haklı nedenle fesih” ve “tazminat” başlıkları altında açıklanacaktır.

2. Haklı Nedenle Fesih

İş ilişkisi, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişkidir. Taraflardan birisinin bu güveni sarsması durumunda, güveni sarsılan tarafın objektif iyiniyet kurallarına yani dürüstlük kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesi kendisinden beklenemez. Sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi haklı nedenin varlığını gösterir⁵⁸. İş Kanunu’nda haklı nedeninin tanımı yapılmadığından, han-

⁵⁶ SÜZEK, s.355; EYRENCİ/TAŞKENT /ULUCAN /BASKAN, s.118-119; EKONOMİ, s.121; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.585.

⁵⁷ EKONOMİ, s.116; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.586.

⁵⁸ EKONOMİ, s.196; SÜZEK, s.691; NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, s.74, Haziran 2016, (s. 551-569), s.554.

gi hâllerin haklı neden olacağı sınırlı ve sınırlayıcı değildir⁵⁹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 435/2'ye göre, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı neden sayılır.

Haklı nedenin bulunması, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Bu yüzden, lehine haklı nedeni bulunan taraf, bu hakkını kullanması gerekir⁶⁰. Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği, iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶¹.

İşverene belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme yetkisi veren nedenler İş Kanunu m.25'te hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci bendindeki fesih nedenleri, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. İşçinin davranışları, ağırlığına göre, işverene iş sözleşmesini geçerli ya da haklı nedenle feshetme yetkisi veren ortak nedenlerdir⁶². Haklı nedenle derhal fesihlerde, iş sözleşmesinin devamını çekilmez hâle getiren ve işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirme yetkisi veren işçi davranışları vardır. Bu feshin dayanağı ise objektif iyiniyet kurallarıdır⁶³. Sessiz istifa eden işçinin davranışlarını İşK. m. 25/II, h ve İşK.m.25/II, ı kapsamında olup olamayacağını sırasıyla değerlendirmek gerekir:

İşçinin iş görme borcu kapsamında ifayla yükümlü olduğu görevleri bulunmaktadır. İş Kanunu m.25/2'nin h bendinde "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" halinde işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Hükümden anlaşılacağı üzere, işçinin iş görme borcunu hiç ya da

⁵⁹ NARMANLIOĞLU, s.553.

⁶⁰ OĞUZMAN, s.36; NARMANLIOĞLU, İş Güvencesi, s. 553. EKONOMİ, s.116; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.797.

⁶¹ SÜZEK, s.691. OĞUZMAN, s.35; NARMANLIOĞLU, s.314.

⁶² İşçinin davranışının geçerli neden oluşturabilmesi için, haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte, bu davranışın iş yerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması icap eder. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 204.

⁶³ OĞUZMAN, s.42; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.796.

gereği gibi yerine getirmemesi, işçinin bu davranışının fesih nedeni olabilmesi için işverence hatırlatma yapılması yani uyarılması ve buna rağmen işçinin tutumunda ısrar etmesi gerekir⁶⁴. Sessiz istifa eden işçi, iş görme borcunu gereği gibi ifa etmiyor olabilir. Öyleyse işçinin işini gereği gibi ifa edip etmediği belirlenmelidir. Esasen işçinin uyarılara rağmen işini “eksik, kötü veya yetersiz” olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedeni, hatırlatıldığı halde “hiç yerine getirmemesi” haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Sessiz istifa eden işçinin iş görme borcunu hiç yerine getirmemeye ilişkin davranışı ise dolaylı bir şekilde ortaya çıkabilir. İşçi asgari düzeyde işini yerine getirirken, ondan beklenen bazı ek işlerin görevi kapsamında olmadığını düşünülebilir. Oysaki dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılması istenen işlerin kapsamı geniştir. Öyleyse, somut olayın özelliğine ve ağırlığına göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

İşçinin yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi, haklı nedenle fesih gerekçesi olarak düzenlenmiştir. İşverenin, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için, öncelikle işçinin yapmakla yükümlü olduğu işleri belirlemek gerekir. İşçinin, kanundan, toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden, genel iş koşullarından, işyeri iç yönetmeliklerinden, örf ve âdet kurallarından ve dürüstlük kurallarından doğacak tüm çalışma koşulları, işçinin iş görme borcuna ilişkin yükümlülükleri kapsamındadır⁶⁵. Ayrıca işçinin işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara da uyması gerekir.

İşverenin hatırlatmasına rağmen, işçinin yapmamakta ısrar ettiği işin, işçinin görev tanımı içinde olması gereklidir. Daha önce açıkladığımız üzere, işin sınırları geniş kapsamlıdır. Meslek kapsamı içerisinde kalan, mesleki ve bölgesel örf ve adetler ile dürüstlük kuralları çerçevesinde

⁶⁴ SÜMER, s.122.

⁶⁵ ODAMAN, Serkan: 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, (s.81-93) s.81; KAPLAN, Emine Tunçay: İşverenin Fesih Hakkı (Sınırları, Hüküm ve Sonuçları), Ankara 1987, s.158; EKONOMİ, s.195.

kendisinden beklenen işler, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebi-
len ve iyiniyet kuralları çerçevesinde kendisinden istenebilecek işleri,
işin gereği olarak bazı yan işler, işle bağlantısı olmamasına rağmen, bir-
takım ihtiyaçlar veya zorunlu hallerden dolayı, işçiden kendisinden bek-
lenmeyen işleri görmesi de istenebilir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından, işçinin yapmakla yükümlü oldu-
ğu görevleri yerine getirmemesi nedeniyle haklı nedenle feshedebilmesi
için, işverence, işçiye görevlerinin hatırlatılması yani uyarılması⁶⁶; buna
rağmen işçinin bu tutumunda ısrar etmesi⁶⁷ gereklidir⁶⁸. Ayrıca işçinin
görevini yerine getirmemesinin haklı bir nedeni de bulunmamalıdır.
Örneğin işçiden rızası olmaksızın hafta tatilinde çalışmasının istenmesi
haklı nedenle fesih gerekçesi olamaz⁶⁹. Öyleyse, işverenin, işçinin işyeri
dışındaki davranışlarına ve yaşam biçimine ilişkin konularda talimat
verme hakkı bulunmadığından bu talimatlara uymayan işçinin iş söz-
leşmesi haklı nedenle feshedilemez. Bununla birlikte, fazla çalışmaya
onay veren bir işçinin, daha sonra işverenin fazla çalışma yapılmasına
ilişkin talimatına, haklı bir nedeni olmaksızın uymayarak fazla çalışmayı
reddetmesi halinde iş görme borcuna aykırılık söz konusu olacaktır⁷⁰. Bu
durumda işveren, haklı bir nedeni olmadan, fazla çalışma yapılması ta-
limatına uymayan işçinin iş akdini, İş Kanunu m. 25/II-(h) uyarınca fes-
hetme hakkına sahiptir.

İşçinin görmekle yükümlü olduğu iş, iş sözleşmesinden açıkça dü-
zenlenebileceği gibi işverenin yönetim hakkı kapsamında da belirlenebi-
lir⁷¹. İşveren yönetim hakkı kapsamında işçilere iş görme borcunu so-

⁶⁶ İşçiye yapılacak hatırlatma sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Ancak, hatırlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükü işverenin üzerinde olduğundan, bu uyarının yazılı şekilde yapılması önerilmektedir. EKONOMİ, s.212; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.667; ODAMAN, s.82.

⁶⁷ İşçinin görevini bir defalık ihlal etmesi yeterli değildir. İhlalin, devamlı tekrarlanması gerekir.

⁶⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 244-245; KAPLAN, s.158-159.

⁶⁹ ODAMAN, s.87.

⁷⁰ NARMANLIOĞLU, Ünal: "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", Sicil İHD., 17, Mart 2010, (s.27-44), s. 31.

⁷¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 117.

mutlaştıran talimatlar verebileceği gibi işyerinde düzeni ve güvenliği sağlamak için işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar da verebilir⁷². Hukuka uygun olarak verilen özel ve genel talimatlara, işçi uymakla yükümlüdür⁷³. İşçinin talimatlara, işverenin hatırlatmasına rağmen uymaması halinde işveren, sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir (İşK.m.25/II, h).

Önemle belirtmek gerekir ki, işçinin özen borcunu ihlal etmesi durumunda, işveren tarafından özenle ifa yükümlülüğü hatırlatılmasına rağmen, işçi gerekli özeni göstermemeye devam ederse, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle derhal feshedebilmesi mümkündür⁷⁴.

Sessiz istifa eden işçi, genellikle işini isteksiz bir şekilde yapmakta olduğundan işle ilgili basit sıkıntıları bahane ederek işi yavaşlatabilir⁷⁵. İşçi, işini kendisinden beklenen özen yani bilgisi, deneyimi, yetenekleri ve dikkatiyle yapmalıdır. İşçinin kişisel özellikleri ve yapmakla yükümlü olduğu iş doğrusunda işi yavaşlatıp yavaşlatmadığı belirlenmelidir. Diğer taraftan sessiz istifa eden işçi, iş görme borcunu yerine getirmekle birlikte özverili bir şekilde çalışmamaktadır. Yani, sadece üstüne düşen görevleri asgari düzeyde yapmakta ve ek bir sorumluluk altına girmemektedir. Esasen, bu işçinin İşK.m.25/2, h gereği işten çıkarılması ihtimali oldukça düşüktür. Ancak, işçinin görmekle yükümlü olduğu işin kapsamı oldukça geniştir. Özellikle dürüstlük kuralları gereği, işçiden yapılması beklenen işlerin yapılmaması ve uyarılara rağmen direnilmesi mümkündür. Nitekim sessiz istifa eden işçinin, tipik davranışlarından bazıları arasında bir takım ek işleri yapmama⁷⁶, fazla çalışmayı reddet-

⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.91; TUNÇOMAĞ/CENDEL, 2018 s.100-101.

⁷³ SÜMER, s.76; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.91, 94.

⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.589.

⁷⁵ AL/SARI, s.464.

⁷⁶ İşveren veya işveren vekillerinin işçiden ekstra iş yapılmasını talep hakkı vardır. Söz konusu talepler hukuka aykırı olmadıkça, işçilerin bu talimatlara uyması beklenir. İşçinin talebi, "önemli olmadığı" varsayımıyla görmezden gelerek yapmaması itaatsizlik oluşturur. Eğer işçi, talep edilen iş veya görevleri uyarılara rağmen, tekrar tekrar reddederse, işveren açısından işten çıkarma gerekçesi oluşmuş olacaktır. <https://howardemploymentlaw.ca/what-is-quietly-quitting-and-is-it-legal/>, ET: 28.01.2023.

me eğilimi gibi işverene haklı nedenle fesih hakkı veren davranışlar bulunmaktadır. Her şeyden önce, işçiye hatırlatma yapılması ve işçinin ısrarla ondan bekleneni yapmaması gerekir. Özenle ifa yükümlülüğünün hatırlatılması ve buna rağmen işçinin özensiz davranışlarını sürdürmesi de bu kapsamdadır. Öyleyse, her somut olay bakımından ayrıntılı değerlendirme yapılarak haklı fesih hakkının varlığı tespit edilmelidir.

İş görme borcu özensiz ifa yoluyla ihlal edilebilir⁷⁷. Başka bir deyişle, özen borcunun ihlali durumunda, iş görme borcunun gereği gibi⁷⁸ ifa edilmemesi; yani kötü ifası⁷⁹ söze konu olur. İşçi tarafından üretilen malın veya hizmetin hatalı olması, işin görülmesi için gerekli makine, tesisat, araca ve gereçlerin özensiz kullanılarak zarar verilmesi, işçinin verimsiz çalışması gibi haller kötü ifa sayılır ki bu durumda borcun gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusudur⁸⁰.

İşçi iş görme borcunu özenle ifa etmeli ve işverene zarar vermemelidir. Özen borcunun ölçüsü her somut olayda işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur (TBK.m.400/2). Borçlar Kanunu'nda, İşçinin, yüklendiği işi özenle yapmakla ve işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmakla ve işin görülmesi için kendisine teslim edilen malzemeye özen göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (TBK.m.396/1, 2).

İş Kanunu'nda ise, işçinin özen borcuna aykırı olarak, kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla öde-

⁷⁷ BAYCIK, Gaye: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 30-31; SÜZEK, s.356. Ayrıntılı bilgi için bkz. KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012, s.13 vd.

⁷⁸ Borcu gereği gibi ifa etmemede, borçlu borcunu ifa etmiştir. Ancak, ifa borç ilişkisine ve ifada aranan unsurlara uygun değildir.

⁷⁹ Kötü ifa hakkında bkz. EKONOMİ, s. 122 vd.; BAYCIK, s.30 vd. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. B., İstanbul 2012, s.193 vd.

⁸⁰ SÜZEK, s.357.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.589.

yemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması halinde; işveren tarafından sözleşmesi derhal feshedilebilir (İşK.m.25/II, 1). Hükümde iki farklı neden birlikte düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, işçinin kendi kastı veya isteği ile iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi, diğeri ise işverene zarar vermesidir.

İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ihtimalinde, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için bir zarar doğması gerekmez. İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmüş olması gerekli ve yeterlidir⁸¹. İşçinin iş güvenliği önlemlerine kusurlu olarak aykırı davranması ve bunun sonucu olarak iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi gerekmele birlikte davranışının kasten veya ihmalen olması mümkündür. İşçi, kusurunun olmadığı hallerde sorumlu tutulamaz⁸². İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi işin niteliğine göre değişeceğinden tehlikeli işlerde basit bir ihtimalle iş güvenliği tehlikeye düşebilirken basit ve güvenli işlerde ağır bir sorumsuzluk iş güvenliğini tehlikeye sokabilir⁸³. İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi özen yükümlülüğünün de ihlalidir. İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü ve zararın doğmasına sebebiyet verdiğini ispat yükü işverendedir.

Belirtelim ki, işçi sadece kendisinin ifa ettiği işten dolayı iş güvenliğini tehlikeye düşürebileceği gibi kendi işi haricinde ama tüm işyerini etkileyecek güvenlik riskinden dolayı da sorumlu olacaktır. Sessiz istifa eden işçi, iş görme borcunu asgari düzeyde de olsa yerine getirdiğinden iş güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlar da bulunma ihtimali oldukça düşüktür. Nitekim işçi, sadece iş görme borcunu yerine getirip, görev tanımı dışında kalan fakat kendisinden yapması beklenen bir işi yapmamaktadır. Ancak işçi, görev tanımı dışında kalan ve ondan beklenmeyen bir işi yapmazsa veya işyerinde kendisini doğrudan ilgilendirmeyen olayları önemsemese ve bu iş güvenliğini tehlikeye düşüren,

⁸¹ OĞUZMAN, s.68; ÇELİK/CANIKLİPĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.668; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.858.

⁸² SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10.B., Ankara 2019, s.324; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 245.

⁸³ ARICI, Kadir: Türk İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2022, s.255.

işverene zarar veren bir hale gelirse, İşK.m.25/II, 1 kapsamında haklı nedenle fesih söz konusu olabilir⁸⁴. Bu nedenle her somut olayın özelliklerinin değerlendirilerek, işverene haklı nedenle fesih imkânı verip vermediği belirlenmelidir.

İkinci ihtimal olan işverene zarar verilmesinde ise, işçinin işverene kastı veya kusuruyla zarar vermesi/hasara uğratması söz konusudur. Zararın işçinin otuz günlük ücretiyle ödenemeyecek olması⁸⁵ ve bunun da işverence ispat edilmesi gerekir. İş Kanunu m. 25/II, 1 bendindeki düzenlemenin geniş yorumlanarak işçinin kötü iş görmesi sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçların, hatalı kayıtların tutulması, hatalı üretim yapılması, mal veya hizmetlerdeki hatalar, kalite ve verim düşmesinden ötürü de işçi sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Öyleyse, sessiz istifa eden işçinin, iş görme borcunu asgari düzeyde yerine getirmesinden dolayı kalite ve verim düşüyor, işyerinin amaçları gerçekleştirilemiyorsa, işveren bakımından haklı nedenle fesih nedeninin olduğu söylenebilir⁸⁷.

3. Geçerli Nedenle Fesih

Geçerli nedenler, ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde iş sözleşmesinin derhal sonlandırılmasını gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen, işyerinde çalışmaya devam edilmesi halinde işyerindeki normal işleyişi ve çalışma düzenini olumsuz yönde etkileyecek nedenlerdir⁸⁸. İş görme borcunun gereği gibi özenle yerine getirilmemesi, bazı hallerde geçerli neden oluşturabilir. İş Kanunu m. 25/II, h ve 1 bendi kapsamında haklı neden ağırlığına ulaşmayan bir özensiz ifa durumunda, iş sözleşmesinin İşK.m.18

⁸⁴ AL/SARI, s.472.

⁸⁵ İşçinin otuz günlük ücret tutarından az bir zarar meydana gelmesi halinde de işçinin özensiz davranışı nedeniyle, iş sözleşmesinin feshedilebileceği ve bunun ancak İş K. m.25/II, h bağlamında olabileceği belirtilmektedir. MAKAS, s.162.

⁸⁶ SENYEN KAPLAN, s.162-163.

⁸⁷ AL/SARI, s.470.

⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.983; CANİKLİOĞLU, Nurşen: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.B, İstanbul 2017, s. 69.

kapsamında geçerli nedenle feshi mümkündür. İşçinin özensiz davranışının işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermesi veya işin aksamasına yol açması durumunda, işveren işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir. Esasen burada, işçinin işini eksik, kötü veya yetersiz ifası söz konusudur⁸⁹.

Geçerli nedene bağlı olarak iş sözleşmesinin bildirimli feshi, sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından uygulanır. İş K. m.18/1 gereği otuz veya daha fazla işçi çalıştıran iş- yerlerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan, en az altı aylık kıdemi olan ve belirli konumdaki işveren vekili niteliği bulunmayan işçiler iş güvencesi kapsamındadır.

İş güvencesi kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli feshi, ancak geçerli nedenin bulunması halinde mümkündür. Ayrıca bu geçerli nedenlerin işyerinde olumsuzluklara yol açması da gereklidir⁹⁰. Geçerli nedenler; işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden)⁹¹ veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olmak üzere üç başlık altında toplanmıştır (İşKm.18/1). Sessiz istifa bağlamında işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler kapsam dışında kaldığından açıklanmayacaktır. Diğer nedenleri kısaca açıklamak gerekirse:

Kanunun gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin örneklerine yer verilmiştir: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak feshlerde emeklilik yaşının gelmiş olma halleridir.

⁸⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.309; EKONOMİ, s.10; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 118-119.

⁹⁰ İşçinin sosyal açıdan olumsuz davranışı, toplumsal veya etik açıdan olumsuz yaklaşımları üretimi veya iş ilişkisini etkilemiyorsa geçerli neden olarak nitelendirilemez. SÜMER, s.101; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.542; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.207, SENYEN KAPLAN, s.286.

⁹¹ İşçinin “yeterliliği” kelimesini, işçinin yeterli olmayışı, açıkça “yetersizliği” biçiminde anlamak gerekir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler de maddenin gerekçesinde gösterilmiştir. Buna göre, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, iş yerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, iş yerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak iş yerinde dolaşmak, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi hâller, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin örnekleridir.

İşçinin yetersizliği veya davranışının geçerli neden oluşturabilmesi için işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekir. İşçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler bu sayılanlarla sınırlı değildir⁹². Somut olayın özellikleri dikkate alınarak, işçinin yetersizliğinin veya davranışının geçerli fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

İşçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde işçinin kusurlu olması gerekmezken işçinin davranışı nedeniyle yapılacak geçerli nedenle fesihte işçinin kusurlu olması gerekir. Yani işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışı aranır⁹³. Söz konusu davranışlar, haklı neden ağırlığında olmayan, ama basit bir uyarıyla da geçiştirilemeyecek ağırlığa ulaşmış davranışlardır. İş ilişkisini olumsuz etkileyen bu davranışlar, iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden oluşturan kusurlu aykırılık halleridir⁹⁴.

⁹² İşçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle fesihlerde, olumsuz öngörü, son çare ilkesi ve menfaatlerin tartılması aşamalarını dikkate almak gerekir. CANIKLIOĞLU, s.98.

⁹³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.542; SÜZEK, s.605; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.987, 991.

⁹⁴ CANIKLIOĞLU, s.95.

Geçerli nedenle fesihlerde, işçinin verimi⁹⁵ ve davranışlarının işin işleyişini olumsuz etkilemesi sonucu işveren iş sözleşmesini işçinin savunmasını aldıktan sonra⁹⁶ feshedebilir⁹⁷. Ayrıca işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve feshin sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (İşK.m. 19/1). Buna karşı işçinin gösterilen geçerli nedenlerin gerçek olmadığını iddia ederek işe iade davası açabilir (İşK.m.20/1)⁹⁸.

Sessiz istifa bakımından geçerli fesih nedenleri değerlendirildiğinde, işçinin kendisiyle benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, düşük performans göstermesi, işe yoğunlaşmasının azalması, kendini yetiştirmemesi, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi hususlarını açıklamak gerekir.

Performans, işçinin iş görme edimi yerine getirirken harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, verim ise işçinin harcadığı emeğin sonucu üretimin miktarı ve düzeyini ifade etmektedir⁹⁹. İşçinin per-

⁹⁵ Kanunda yer alan "işçinin verimi" ifadesini "işçinin yeterliliği" olarak anlamak gerekir. GÜZEL, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi İstanbul 2001, (s.19-49), s.35-36. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.573.

⁹⁶ İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi, fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, nedenler açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.573.

⁹⁷ İş Kanunu m.19/' ye göre; "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."

⁹⁸ İş Kanunu m.20/1'e göre, "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir."

⁹⁹ KAR, Bektaş: "Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim", Sicil İHD., S.11, Eylül 2008, (s.13-42), s.36; SÜZEK, s.598; CENTEL, Tankut: İş

formans ve verim düşüklüğü¹⁰⁰, işçinin gerektiği gibi çalışmaması, işin gerektirdiği karar alma, inisiyatif gösterme gibi hususlarla ilgili ihtiyacı karşılayamama, çalışma temposunun azalması, kendini yetiştirme eksikliği, dikkatin azalması gibi nedenlerle kendisinden beklenen seviyede üretim gerçekleştirememesidir¹⁰¹. İşçinin performansı değerlendirilirken, performansı olumsuz etkilemekle birlikte işçinin kendisinin etkili olmadığı işteki yaşam kalitesi¹⁰² gibi durumların da ayrıca dikkate alınması gerekir¹⁰³.

İşçinin performansının ve verimliliğinin geçerli bir fesih nedeni olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunlu olup bu kriterlerin işyerine özgü olması, o işyerinde aynı işi yapan çalışanlara aynı kuralların uygulanması ve bu kriterler gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans değerlendirme kriterlerinin önceden saptanarak işçiye bildirilmesi de gereklidir¹⁰⁴. Geçerli bir fesih için işçinin performans düşüklüğünün sürekli olması ve feshin son çare olması ilkesine göre hareket edilmesi icap eder¹⁰⁵. Nitekim performans sorunları değişme ihtimali olan yetersizliklerdir¹⁰⁶.

Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020, s.91; CANIKLIOĞLU, s.78; TULUKCU, N. Binnur: İş Güvencesi, İşe İade, Ankara 2017, s.167, BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s.83-84; Y.9. HD, 14.04.2016, E.2015/29057, K. 2016/9446 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi. 28.02.2024).

¹⁰⁰ Performans düşüklüğünün belirlenmesinde işçinin hangi niteliklerinin dikkate alınması hususu bir sorundur. Centel, işçinin nitelikli bir eleman olması ve işe alınmadan bu niteliklerin göz önünde tutulması halinde sübjektif niteliklerinin dikkate alınması, nitelikli olmayan işçiler bakımından ise performans ölçümünde objektif (aynı veya benzer işte çalışma ortalama düzeydeki bir işçinin yeterliliği) esasların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. CENTEL, s.92. Aynı yönde bkz. CANIKLIOĞLU, s.79.

¹⁰¹ CANIKLIOĞLU, s.78-79.

¹⁰² Süzek, çok ağır iş yükü olan, çalışma sürelerini aşan, sürekli işçi alıp çıkaran, çok sık iş kazaları, meslek hastalıkları veya hukuka aykırı işten çıkarmaları gerçekleştiği, olumsuz psikolojik etki yaratan işyerlerinde yaşam kalitesinin düşük olacağını ve işçinin performans ve veriminin yüksek olmasının beklenemeyeceğini belirtilmiştir. SÜZEK, 598. Ayrıca bkz. GÜZEL, s.371 vd.

¹⁰³ KAR, s.36; BAYSAL, s.84.

¹⁰⁴ KAR, s. 36-37, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 203; SÜZEK, s.599-600; GÜZEL, s.356 vd....Ayrıca bkz. Y. 22. HD., 04.05.2015, E. 2015/12319, K.2015/15935 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi. 28.02.2024).

¹⁰⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 207; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.536; SÜZEK, s.599. Ayrıca bkz. Y. 22. HD., 13.04.2016, E.2016/7831, K. 2016/10639 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi. 28.02.2024).

¹⁰⁶ Keyfi işten çıkarmaların yapılmaması gerekir. Eğer, ölçülülük ilkesi gereği fesihle ulaşılmak istenen sonuca sözleşmeyi sona erdirmeden başka yollarla ulaşmak müm-

İşçi ile işveren arasında, işçinin belirli bir zaman diliminde öngörülen performans hedeflerine ulaşması durumunda, prim veya ikramiye ödemesiyle teşvik edilmesini içeren hedef sözleşmeler yapılabilmektedir. İşte işçinin bu belirlenen hedeflere ulaşamaması halinde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilip edilemeyeceğini değerlendirmek gerekir¹⁰⁷. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, işçinin, aynı işi yapan ortalama bir işçiden beklenen, makul objektif kriterlerin üstünde bir performans göstermemesinin hedef iş sözleşmesinde geçerli bir fesih nedeni olarak kararlaştırılması İşK.m.18/I' deki emredici hükme aykırılık oluşturacaktır¹⁰⁸.

İşçinin davranışlarının fesih nedeni olabilmesi için kusurlu olması gerektiğini belirtmiştik. Eğer işçi, daha farklı davranabilecekken öyle davranmaz ve sözleşmeye aykırı eylemlerde bulunursa, davranışının kusurlu olarak kabulü gerekir¹⁰⁹. İşçinin davranışlarından ilişkin nedenler, işçinin sözleşmeye aykırı davranışlarından kaynaklanabilir. Sözleşmeye aykırı davranış, iş görme borcuna aykırılık teşkil edebileceği gibi yan borçlara aykırılık şeklinde de ortaya çıkabilir¹¹⁰. İşçinin bağlılığının yeterli olmaması ve görevini yerine getirmekteki yetersizliği fesih nedenleri arasındadır.

Esasen işçinin bağlılığa uymayan davranışları sadakat borcunun ihlal edilmesine yol açtığından bir haklı fesih nedeni oluşturur (İşK.m.25(II, e). Bununla birlikte işçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan, yetersiz bağlılık düzeyinde kalan, objektif olarak değerlendirildiğinde işverenin güvenini sarsacak nitelikteki davranışları geçerli fesih nedeni oluşturabilir¹¹¹. Sessiz istifa eden işçinin işverene karşı bağlılığının azaldığı gerçeği

künse yapılan feshin geçersiz sayılması mümkündür. SUBAŞI, İbrahim: "İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi", Sicil İHD., S.2 (7), 2007, (s. 42 – 55), s. 50. Ayrıca bkz. SÜZEK, s.623 vd.

¹⁰⁷ SÜZEK, s.601. Ayrıntılı bilgi için bkz. KABAKÇI, Mahmut: "İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, İstanbul 2016, (s.211-232), s.224 vd.; GÜZEL, s.384 vd.

¹⁰⁸ SÜZEK, s.602; KABAKÇI, s.220 vd.

¹⁰⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.542.

¹¹⁰ CANİKLİOĞLU, s.96.

¹¹¹ CENTEL, s.123; CANİKLİOĞLU, s.111; SÜZEK, s.609; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.549.

karşısında bu yöndeki davranışı neticesinde sözleşmesinin geçerli nedenle feshi mümkündür.

Sessiz istifa eden işçinin, normal şartlar altında işe geç kalması beklenmez. Nitekim işçi asgari düzeyde de olsa iş tanımına ve saatlerine uyarak çalışmaktadır. Ancak süreç içerisinde, işçinin kısa sürelerle de olsa işe geç kalması mümkündür. Somut olaya göre, sessiz istifa eden işçinin bu yönde bir davranış gerçekleştirmesi ihtimali de değerlendirilerek fesih nedeni olup olamayacağı belirlenebilir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedeni olarak gösterilmiştir. Haklı nedenle fesih başlığı altında, işçinin uyarılara rağmen, görevini hiç yerine getirmemesini derhal fesih nedeni olarak incelemiştik. İşçinin işini eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirmesi ise işverene sözleşmeyi geçerli nedenle feshetme hakkı verecektir¹¹². Ancak bu konuda işçinin işini eksik veya yetersiz yerine getirmesinin belirli bir ağırlığa ulaşması aranır. Bu ağırlığa ulaşan işçinin uyarılmasına rağmen söz konusu davranışları devam ediyor ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa, geçerli nedenin varlığının kabulü gerekir¹¹³. Sessiz istifa eden işçi, görevini asgari düzeyde yerine getirmekle birlikte özensiz, eksik veya yetersiz bir şekilde yerine getiriyor olabilir. Sessiz istifa eden işçinin işe olan ilgisi azaldığından süreç içerisinde eksik ve yetersiz iş görme ihtimali aratacaktır. Bu nedenle, somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir.

Sonuç olarak, sessiz istifada, işçi kendisiyle benzer iş görenlerden daha az verimli çalışmakta, performansı düşmekte, işe yoğunlaşması ve dikkati azalmakta, kendisini yetiştirmede isteksiz ve yetersizlik yaşamakta ve bütün bunlar işçinin mesleki yetersizliğine neden oluşturabilir. Bunun yanı sıra işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü ve yetersiz yapması, işverenin güvenini sarsacak davranışlarda bulunması da geçerli fesih nedeni yapılabilir. Öyleyse sessiz istifa, işverene iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetme imkânı veren olgular bütünüdür.

¹¹² SÜZEK, s.612.

¹¹³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.544.

Belirtelim ki feshin son çare olması ilkesi, geçerli bir fesih yapılabilmesi için gerekli koşullar oluşsa bile feshi önleyebilecek daha hafifi önlemlere başvurulmasını gerektirir¹¹⁴. Fesihle ulaşılmak istenen sonuca, ölçülülük ilkesi uyarınca, sözleşmenin devamını mümkün kılan başka önlemler varsa fesih geçerli olmayacaktır. Feshe alternatif daha elverişli ve hafif araçların varlığının araştırılarak bunlara öncelikle başvurulması icap eder¹¹⁵. Sessiz istifaya yol açan nedenlerin her somut olayda, işçinin kişisel özellikleri, işinin kapsamı ve işçiden beklenenler doğrultusunda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir.

B. Disiplin Cezası Verme Hakkı

İşçilerine talimatlar verebilme hakkına sahip olan işverenin vermiş olduğu bu talimatlara uyulup uyulmadığını denetlemesi¹¹⁶ yönetim hakkının bir uzantısı¹¹⁷ olarak ortaya çıkmaktadır. Bu denetleme sonucunda işçinin iş görme borcuna veya işyeri düzenine aykırı davranışlarını tespit eden işveren birtakım yaptırımlar uygulama gereği duyacaktır.¹¹⁸ İşveren, işin görülmesine ve işyerinde düzen ve güvenliği sağlamak için işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verebilir. Eğer işçi, hukuka uygun talimatlara uymazsa, işveren disiplin cezası verebilir¹¹⁹. İşçi, yapmakla yükümlü olduğu edimi kötü, eksik ve yetersiz ifa ederse ya da hiç ifa etmezse iş sözleşmesini yahut birtakım davranışları sonucu işyeri düzenini ve güvenliğini bozarsa itaat borcunu ihlal etmiş olur¹²⁰.

İş hukukundaki disiplin cezaları; uyarı, kınama, ücret kesintisi, terfi ettirilmeme, işin veya işyerinin değiştirilmesi, geçici işten uzaklaştırma,

¹¹⁴ SÜZEK, s.623; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CAMBOLAT/ÖZKARACA, s.561-562.

¹¹⁵ UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019, s.429.

¹¹⁶ GÜZEL, Ali, "İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük", İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.I, Ocak-Şubat, Ankara 2016, s.93-126, s.98.

¹¹⁷ GÜZEL, Yetki ve Özgürlük, s.97; ESENER, s.74; SÜMER, s.76.

¹¹⁸ DURSUN ATEŞ, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019, s.155.

¹¹⁹ İşverenin işyerinde güven ve düzenin sağlanması, işin gereği gibi yerine getirilmesi için kurallara aykırı davranan işçileri cezalandırma yani disiplin cezaları verebilme hususunda yetkili olabilmesi gerekir. İşçiye disiplin cezası verme yetkisi, işveren vekili veya disiplin kurullarınca kullanılabilir.

¹²⁰ DURSUN ATEŞ, s.159.

işten çıkarma¹²¹ şeklinde ortaya çıkmakta ve uygulanabilmesi için öncelikle geçerli bir hukuki dayanağının olması gerekmektedir¹²². Her şeyden önce işçinin disipline aykırı davranışı gerçekleştirmesi ve bu davranışta kusurlu¹²³ olması gerekir. Disiplin cezasının zorlayıcı niteliği, kusurun varlığını gerekli kılar¹²⁴. İşçinin mesleki veya fiziksel yetersizliğinin disiplin suçu kabul edilemez¹²⁵. Ayrıca işyerindeki disiplin cezaları belirlenirken kanuni sınırların aşılması ve disiplin suçu ile karşılığında verilecek cezanın arasında dengenin bulunması da önemlidir. İşçiye verilebilecek en ağır disiplin cezası işten çıkarma olmakla birlikte Kanunda öngörülmüş olan son verme hallerinden farklı bir nedenle işten çıkarmanın mümkün olmaması icap eder¹²⁶.

İşverenin işçiyi kusurlu birtakım davranışları sebebiyle işten çıkarma nedenleri ise İşK. m.18/1'de geçerli fesih nedenleri ile İşK. m. 25/2'de yer alan haklı sebeplerle derhal fesih nedenleri olarak belirtilmiştir¹²⁷. İşçiye disiplin cezası olarak verilebilecek en ağır ve nihai disiplin yaptırımını içeren düzenleme, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle işverenin haklı fesih hakkına ilişkin İşK. m.25/2'dir¹²⁸. İşverenin haklı sebeplere dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde işçinin herhangi bir tazminata alabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu hüküm nisbi emredici olduğundan işveren bu hakkını kullanmayarak işçiye da-

¹²¹ Disiplin cezalarının türleri konusunda geniş bilgi için bkz. BAŞBUĞ, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.147 vd.

¹²² SÜZEK, Sarper, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, (s.9-17), s.10; GÜZEL, s.96-97; BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.33 vd.; ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, (s.1255-1280), s.1257-1264, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 184; DURSUN ATEŞ, s.158.

¹²³ İşçiye verilecek disiplin cezasının işçinin kusuru ile orantılı olması gereklidir.

¹²⁴ SÜZEK, Sarper, "İş Hukuku Yaptırımları", İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s.170.

¹²⁵ ELBİR, Nazlı, Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. s. 53-55.

¹²⁶ DURSUN ATEŞ, s.161.

¹²⁷ SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.10.

¹²⁸ SÜZEK, Yaptırımlar, s.116; ÖZDEMİR, Disiplin Cezaları, s.1260.

ha hafif bir disiplin cezası uygulamak¹²⁹ suretiyle iş sözleşmesinin devamını mümkün kılabilmektedir.

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde bildirimli fesihlerde son çare ilkesine (ultima ratio) uyulması gerekmektedir. İşte bu ilke sonucunda, işverenin feshi önleyebilecek daha hafif önlemler alması gerekecek ve ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmenin sona ermesini engelleyen başka önlemler varsa, yapılmak istenen fesih geçersiz sayılacaktır. Öyleyse işçinin kusurunun ağırlığına göre daha hafif bir disiplin cezası verilmesi ihtimali varsa bu yönde karar alınması yerinde olacaktır. Başka bir deyişle, işçinin yapmış olduğu disipline aykırı fiili sonucunda başka bir şekilde cezalandırılması imkânı olmadığı durumlar için işten çıkarma yaptırımı uygulanacaktır¹³⁰. Esasen işten çıkarma yaptırımı hem hukuki yaptırım hem de disiplin cezası olarak her iki yaptırım türünü kapsamaktadır. İşçinin İşK. m.18/1'e göre kusurlu veya İşK. m.25/II'de sayılan ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları neticesinde, işveren iş sözleşmesini bildirimli veya bildirimsiz feshedebilmekte ve böylece hukuki bir yaptırım söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan bir disiplin cezası olarak da uygulayabilmektedir. Yani, bu halde, işverenin hukuki yaptırım uygulama yetkisi ile disiplin cezası verme hakkı aynı olaydan dolayı uyuşmaktadır¹³¹.

Disiplin cezalarının uygulanması hususunda yetkili olan işverenin bu hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına ve eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranması gerekir. İşveren, disiplin yetkisini, işçiler arasında haksız ayrımlar yaparak ve keyfi biçimde kullanmamalıdır¹³². Nitekim aynı şekilde ve aynı disipline aykırı fiili gerçekleştiren işçiler arasında ayırım yapılmaması işveren açısından hem bir borç hem de yükümlülüktür. İşveren, işyerindeki bütün işçilere disiplin yönetmeliği mevcut olduğu durumlarda aynı şekilde etki edecek biçimde uygulamalıdır. Aksi halde işverenin sorumluluğu söz konusu olur. Disiplin ceza-

¹²⁹ SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.12.

¹³⁰ ELBİR, s.52.

¹³¹ SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.15.

¹³² TUNCA, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.167.

larının temel amacı, işyerindeki düzeni ve barışı sağlamaktır. Dolayısıyla, işverenin, işçiye geçerli bir disiplin cezası uygulama yetkisi de bu cezanın kendi amacıyla sınırlı olmasına bağlıdır.

Sessiz istifa eden işçinin hukuka aykırı davranışları disiplin cezasına konu olabilir. Özellikle feshin mümkün olduğu hallerde işçiye disiplin cezası verilmesi iş ilişkisinin devamı ve barışçıl bir çalışma ortamının sağlanması için işyeri düzeni ve disiplini¹³³ son derece önemlidir.

C. Tazminat İsteme Hakkı

İş görme borcunun ihlali, iş sözleşmesi gereği yapılması gereken işin hiç ifa edilmemesi¹³⁴ veya gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa, özensiz ifa)¹³⁵ şeklinde meydana gelebilir. İş görme borcunun işverenin talimatlarına aykırı ve özensiz bir biçimde ifası kötü ifaya yol açabilir¹³⁶. Kötü ifa, edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olmayan bir biçimde, eksik ve yanlış olarak yerine getirilmesidir. Kötü ifada, ifa edilen edimin nitelikleri tam olmadığından, kötü ve/veya ayıplı olarak nitelendirilir. İş görme ediminin niteliği gösterilen özene göre belirlenir. Borçludan beklenen özenden ayrılma ya da sapma, nitelik eksikliği olarak değerlendirilir ve kötü ifa ortaya çıkar¹³⁷. Yani, iş görme borcunu kusurlu olarak hiç yerine getirmeyen veya özensiz bir biçimde yerine getiren işçi, işverene karşı verdiği zarardan sorumludur. Bu durumda işçi; tazminat, ücretinden yoksun kalma, disiplin cezası, ihbar tazminatı ve fesih yaptırımları¹³⁸ ile karşılaşmaktadır. Başka bir deyişle, işçinin, işverene vermiş

¹³³ DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme İstanbul 2007, s. 23-24; GÜZEL, Yetki ve Özgürlük, s.101.

¹³⁴ Borcun ifa edilmemesi, borçlunun, borç ilişkisi uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi yapmaması ya da gereği gibi yerine getirmemesidir. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 23.B., Ankara 2018. EREN, s.1053-1054; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. B., İstanbul 2012, s. 293.

¹³⁵ İş görme borcunun kötü ifası hakkında bkz. EKONOMİ, s. 122 vd. SÜZEK, s.356-357; BAYCIK, s.30 vd.

¹³⁶ SÜZEK, s.356; SENYEN KAPLAN, s.162.

¹³⁷ EREN, s. 1074-1075.

¹³⁸ SÜZEK, s.357; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s.308, 310.

olduğu zararı neticesinde, işveren iş sözleşmesini feshedebileceği gibi uğramış olduğu zararın giderilmesini de talep edebilir.

İşçinin özen borcunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde düzenlenmiştir¹³⁹. Daha önce açıkladığımız üzere, İş Kanunu'nun 25. maddesinin h ve ı bentlerinden işçinin özenle davranması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun'un 25. maddesinin ı bendine göre, işçinin hükümde belirtilen zarara sebebiyet vermemek için özenle davranması gerektiği açıktır. Kanun'un 25. maddesinin h bendine göre ise işi özenle ifa yükümlülüğü hatırlatıldığı halde, işini özenle yapmayan işçinin iş sözleşmesi, zararın miktarı İşK. m.25/2, ı bendinde belirtilen miktarı aşmasa bile, bu fıkra hükmüne göre işveren tarafından feshedilebilir¹⁴⁰.

İşçinin özensizliği veya eksik özen göstermesi kötü ifaya neden olabilir. Örneğin; işçinin yavaş çalışarak verimi düşürmesi, özensiz çalışarak kaliteyi düşürmesi, dikkatsiz bir şekilde çalıştığından hatalı mal veya hizmetin oluşması, iş görme edimini ifa ederken malzeme ve araçları özensiz kullanması özensiz yani kötü ifa olarak değerlendirilebilir¹⁴¹.

İş görme borcuna aykırı davranan işçinin, işverene zarar vermesi durumunda, zararı tazmin etme sorumluluğu TBK.m. 400'de düzenlenmiştir¹⁴². Hükme göre işçi, kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu-

¹³⁹ Hükme göre, "İşçi, yüklediği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür."

¹⁴⁰ Bu konuda bkz. EKONOMİ, s.122; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.589; BAYCIK, s.297 vd.

¹⁴¹ SENYEN KAPLAN, s.162; MAKAS, s.158.

¹⁴² Genel olarak sözleşmeye aykırılık durumunda tazminat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.112 hükmü gereği, işçi özensiz ifası nedeniyle verdiği zararı tazminle yükümlüdür. Ancak; kanun koyucu işçinin bu durumdaki tazminat yükümlülüğünü özel bir hükümlerle düzenlemiştir. TBK.m.400'e göre, "İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.". (TBK.m.400). Baycık, TBK m.400 hükmünün sadece özen borcuna aykırılık halinde değil; işçinin sadakat ve itaat yükümlülüğünün ihlalinde uygulama alanı bulacağını düşüncesindedir. BAYCIK, s.29 vd.

dur¹⁴³. İşçinin kusuru, kasten, ihmalen veya dikkatsizlikten kaynaklanabilir¹⁴⁴.

İşçinin göstermek zorunda olduğu özenin derecesinde işverenle arasındaki sözleşmesel ilişki, işin niteliği ve işçinin durumu (işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken işçinin genel ve mesleki bilgisi, yeteneği gibi objektif ve kişisel becerisi, dayanaklılığı, yatkınlığı, dikkati gibi subjektif vb.) dikkate alınmaktadır¹⁴⁵. İşin ifasında işçiden beklenen özen, objektif ve sübjektif ölçütler dikkate alınarak belirlenmektedir. Nitekim işyerinde çalışan vasıflı ile vasıfsız işçi veya deneyimli ve işe yeni başlayan işçi gibi işçiler arasında karşılaştırma yapılırken kendilerinden beklenen özen aynı olamayacağı için işçinin iş görme borcunu yerine getirirken göstermesi gereken özen her somut olay ve işçinin niteliklerine göre değerlendirilmelidir¹⁴⁶.

Sessiz istifa eden işçinin TBK.m.400 hükmü doğrultusunda sorumlu tutulabilme ihtimali oldukça düşüktür¹⁴⁷. İşçinin sessiz istifa sürecinde üstüne düşen görevleri yerine getirmekte, işten çıkarılmayacak asgari düzeyde işini ifa etmektedir. Dolayısıyla işverene bilerek ve isteyerek zarar vermesi zordur. Ancak işçinin kusuru sadece kasdi davranışlarıyla gerçekleşmez. Nitekim işçinin ihmali ve dikkatsiz davranışı de zararı oluşmasına neden olabilir. Özellikle sessiz istifa eden işçinin, kendi görevi dışındaki olaylara kayıtsız kalması durumunda işyerinde gerçekleşen olay neticesinde işveren zarara uğrarsa, işçinin TBK.m.400 gereği sorumluluğu doğacaktır. Bu nedenle her somut olayda, işin özellikleri ve işçinin yetenek ve nitelikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

¹⁴³ Bu yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına göre, "...İşçinin verdiği zararın tazmini için ise öncelikle bir zarar meydana gelmeli ve uğranılan zarar işçinin kusurundan kaynaklanmalıdır. Yani işçi verdiği zarara kasıtlı bir hareketle sebep olmasa dahi en azından kusurunun bulunmasının gerektiği kuşkusuzdur..." YHGK, 04.07.2018, E.2015/1745, K. 2018/1320 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi. 26.02.2024).

¹⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.858.

¹⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.586 NARMANLIOĞLU s.204-205.

¹⁴⁶ SÜMER, s.72; EKONOMİ, s.123; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.311; BAYCIK, Sorumluluk, s.123.

¹⁴⁷ Ayrıca bkz. AL/SARI, s.483.

SONUÇ

Sessiz istifa eden işçinin, iş görme borcunun ihlaline neden olabilecek davranışlarını, asgari düzeyde ve ortalamanın altında performans gösterme olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz. Asgari düzeyde performans gösterme; işçinin temel görevlerini yerine getirmek için gereken asgari düzeyde çalışması halinde ortaya çıkar. İşçi pasif çalışması söz konusudur. Örneğin, sessiz istifa sürecindeki işçinin, zorunlu olarak çalışması gereken süreden daha erken veya geç başlayamaması ve bitirmemesi, doğrudan tanımlanmayan ek görevleri reddetmesi veya bir görevi zamanında tamamlamak için gerekli olsa bile çalışma saatleri dışında herhangi bir işi yapmaktan kaçınması asgari düzeyde çalışma anlamına gelir. Ortalamanın altında iş görme ise işçinin görevleri kapsamında gerekenden daha azını yaptığı durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda işçi, açıkça işten ayrılmak yerine sadece konumunu korumak için çalışır ve sonunda işten çıkarılana kadar ücretini almaya devam eder. İşçinin esas amacı, hizmet süresini olabildiğince uzatmaktır. Böylece işten kendisi ayrılmayacak ve eğer iş ilişkisi sona erecekse bunu işveren tazminatlarını ödeyerek gerçekleştirecektir. Esasen bu halde, sessiz istifaya aşan davranışlar söz konusudur.

İşverenin, işçinin sessiz istifaya yol açan davranışları karşısında birtakım hakları bulunmaktadır. Bu kapsamda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği gibi disiplin cezası uygulayarak sözleşmenin devamını sağlayabilir. Ayrıca işçinin davranışları bir zarara yol açmışsa, işverenin tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır.

Sessiz istifa karşısında işverene sözleşmeyi haklı veya geçerli nedenle feshetme imkânı veren nedenlerin her somut olayda ayrıntılı değerlendirilmesini gerektirir. İşçinin sessiz istifa sürecinde, iş görme borcunu yerine getiriyor oluşu durumu zorlaştırmaktadır. Bu yüzden, öncelikle, işçinin nitelikleri ve ondan beklenenle, işverenin isteklerinin yerine getirilip getirilmediği belirlenmelidir. İşçinin performans veya veriminin düşmesi, inisiyatif kullanmaması, iş görme edimini özensiz yerine getirmesi her zaman feshe imkân vermez. İş hukukuna hâkim olan işçinin

korunması gereği sessiz istifa eden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini, çoğu durumda mümkün kılmaz. Sessiz istifa nedeniyle, sözleşmenin geçerli nedenle feshi ise daha olasıdır. Bununla birlikte, geçerli nedenle yapılacak fesihlerde, işçinin savunması alınacağından ve son çare ilkesi uygulanacağından iş ilişkisi devam edebilir.

İşçinin sessiz istifaya neden olan davranışları neticesinde disiplin cezası verilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda iş ilişkisinin devamı sağlanmış olur. Diğer taraftan, işçi sessiz istifa nedeniyle işverene zarar vermiş olabilir. Zararın işçiden istenebilmesi için işçinin fiiliyle, işverenin zararı arasında illiyet bağı bulunmalı ve işçinin de kusuru olmalıdır.

Sessiz istifa, sadece sessiz istifa eylemini gerçekleştiren işçiyi değil diğer işçileri ve işyerini de etkileyerek üretkenliğin ve verimin azalmasına yol açabilir. İşverenin hukuki haklarını kullanması işyerinde olumsuzluklara neden olabilir. İşyerinde işçileri ve işveren arasında anlaşmazlıkların ortaya çıkmasa, nitelikli işçilerin yokluğu, işçilik alacakları işvereni zor durumda bırakabilir. Bu nedenle, sessiz istifanın oluşumuna izin verilmemesi veya bu sürecin başlaması halinde gerekli önlemlerin alınması uyumsuzlukların ortadan kaldırılması için son derece önemlidir.

Sessiz istifa sürecine girmiş bulunan işçinin tespiti kolay değildir. İşçi, özel hayatına da zaman ayırarak iş-yaşam dengesini sağlayabilmek için, işyerinde sadece asgari düzeyde işini yaparken ek görevleri veya fazla çalışmayı kabul etmeme eğilimindedir. İşini yalnızca iş tanımıyla sınırlayan, gereksinimlerin ötesine geçmeyen davranışlar içerisinde olan işçinin bu sürece girdiği söylenebilir. Bu yüzden, öncelikle, asgari düzeyde iş yapan işçilerin, işverenlerine olan bağlılıkları ve görevlerinin tam anlamıyla yerine getirip getirmediği sorgulanabilir. Durumun tespiti açısından, performans seviyelerinin doğru bir şekilde ölçülmesi gerekir. Bazıları için bu, performans yönetimi sürecine tabi tutulmamak için kabul edilebilir asgari düzeyde iş yapmak anlamına gelebilir. Diğerleri içinse, görünürde bir düşüş olmayabilir. Nitekim işçi, zamanında gelip zamanında ayrılarak, her gün tam bir ara dinlenmesi kullanarak ve akşamları veya hafta sonları iş e-postalarını kontrol etmeyerek iş sözleşme-

sinin şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalıyor olabilir. Bu anlamda, bir işveren için işin gereğinden daha fazlasının yapılmaması söz konusudur. Bununla birlikte, çoğunlukla, sessiz istifa, nihayetinde yasal olarak bağlayıcı bir işten çıkarmaya yol açar. İşçiler, çalışma koşullarının iyileştirilmesiyle sessiz istifayı bırakabilirler.

Sessiz istifa durumunda işverenin yasal hakları bulunmakla birlikte bunu kullanması her zaman kolay olmayabilir. Nitekim sessiz istifa eden işçinin tespiti çok boyutlu bir değerlendirmeyi gerektirir. Sessiz istifaya neden olan durumlar incelendiğinde çoğunun önlenabilir olduğu söylenebilir. Sessiz istifa eden işçi esasen işten ayrılmayı en son çare olarak görmektedir. İş ilişkisinin devamı sadece işçi bakımından değil işveren bakımından da önemlidir. Özellikle nitelikli işçilerin sessiz istifa sürecine girmeleri ve daha işten ayrılmaları işveren açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir.

Sessiz istifanın engellenebilmesi için öncelikle işverenin işçilerine değer vermesi ve onlarla diyalog kurması gerekir. Daha sonra, iyi ve şeffaf bir çalışma kültürünün oluşturulması, iş-yaşam dengesinin korunması, adil ücret ve terfi imkanlarının sağlanması, iş ve görev tanımlarını yeni koşullara göre yenilenmesi ve kapsamının çerçevelenmesi, performans kriterlerinin belirlenmesi, teknolojik gelişmeler doğrultusunda yeni stratejiler belirlenmesi, yönetim becerilerinin geliştirilmesi hususlarında gerekenler yapılmalıdır. İş ilişkisinin devamının sağlanması huzurlu ve üretken bir çalışma ortamı için gereklidir.

KAYNAKÇA

- AL, Begüm/SARI, Onur: "Sessiz İstifa: Örgütsel Davranış ve Hukuki Bakış Açılıyla Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt No.: 20, Sayı No.: 78, 2023, (s. 433-49).
- ARICI, Kadir: Türk İş Hukuku- Ferdi İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2022.
- BAŞBUĞ, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999.
- BAYCIK, Gaye: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015.
- BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.

- BLICKLE, Gerhard: "Personalmarketing", In: Nerdinger, F.W., Blickle, G., Schaper, N., Arbeits- und Organisationspsychologie, 3., vollständig überarbeitete Auflage, Heidelberg 2014, (s. 223-24).
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1.B, İstanbul 2017.
- CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36.Baskı, İstanbul 2023.
- DILL, Kathryn: "The Backlash Against Quiet Quitting Is Getting Loud", August 26, 2022, <https://kanebridgenews.com/the-backlash-against-quiet-quitting-is-getting-loud/>, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme İstanbul 2007.
- DURDUN ATEŞ, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984.
- ELBİR, Nazlı, Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23.B., Ankara 2018.
- EYRENCİ, Öner /TAŞKENT, Savaş /ULUCAN, Devrim /BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2020.
- FORMICA, Sandro/ SFODERA, Fabiola. " The Great Resignation and Quiet Quitting Paradigm Shifts: An Overview of Current Situation and Future Research Directions", Journal of Hospitality Marketing & Management, 31:8, 2022, p. 899-907.
- FULLER, Joseph/ KERR, William. "The Great Resignation didn't Start with the Pandemic", Harvard Business Review, Massachusetts, 2022, <https://hbr.org/2022/03/the-great-resignation-didnt-start-with-the-pandemic>, (Erişim Tarihi:28.02.2024).
- GALANIS, Petros/ KATSIROUMPA, Aglaia /VRAKA, Irene/ KONSTANTAKOPOULOU, Olympia/ MOISOGLOU, Ioannis/GALLOS, Parris/ KAITELIDOU, Daphne: "Quiet quitting among employees: a proposed cut-off score for the "Quiet Quitting" Scale", 22 June 2023, PREPRINT (Version 1) available at Research Square [<https://doi.org/10.21203/rs.3.rs-3076541/v1>], p.1-13, s.2 (Erişim Tarihi: 30.12.2023).
- GÜZEL, Ali: "İş Güvencesine İlikin temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi İstanbul 2001, s.19-49.

- GÜZEL, Ali, "İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük", İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.I, Ocak-Şubat, Ankara 2016, s.93-126 (Yetki ve Özgürlük).
- HITCHINS, Scott: "Quiet Quitting is Dividing the Workforce. Here's How to Bring Everyone Back Together", Eylül 29, 2022, <https://www.entrepreneur.com/leadership/quiet-quitting-is-taking-over-the-workforce-heres-how-to/434560>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024).
- HÖHN, Reinhard : Die innere Kündigung in der öffentlichen Verwaltung: Ursachen-Folgen-Gegenmaßnahmen, Stuttgart 1989.
- JEHLE, Peter/SCHMITZ, Edgar:" Innere Kündigung und vorzeitige Pensionierung von Lehrpersonen", In: Rothland, M. (eds) Belastung und Beanspruchung im Lehrerberuf. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007, https://doi.org/10.1007/978-3-531-90500-6_9, (pp.160-184).
- KANNING, Uwe P.: "Quiet Quitting ist keine innere Kündigung", 14.03.2023 Kommentar https://www.haufe.de/personal/hr-management/das-wahre-definition-von-quiet-quitting_80_574924.html (27.02.2024).
- KABAKCI, Mahmut: "İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, İstanbul 2016, s.211-232.
- KABAKCI, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012 (Yetersiz İş Görme).
- KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı (Sınırları, Hüküm ve Sonuçları), Ankara 1987.
- KAR, Bektaş: "Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim", Sicil İHD., S.11, Eylül 2008, s.13-42.
- KEANE, Eilish: "Quiet Quitting: Navigating an Old Phenomenon in the New Normal", College of Science and Health Theses and Dissertations. 486, DePaul University Chicago, Illinois 2023, https://via.library.depaul.edu/csh_etd/486 (Erişim Tarihi:28.02.2024).
- KLOTZ, Anthony C. /BOLINO, Mark C.: "When Quiet Quitting is Worse than the Real Thing". Harvard Business Review, 2022, <https://hbr.org/2022/09/when-quiet-quitting-is-worse-than-the-real-thing> (Erişim Tarihi: 20.12.2023).
- KOTTER, John Paul (1973), "The Psychological Contract: Managing the Joining-up Process," California Management Review, Volume: 15, Issue:3, 1973, (s. 91-99).
- LAWSON, Hannah: "The Loud Legal Troubles of "Quiet Quitting"", <https://www.bartier.com.au/insights/articles/the-loud-legal-troubles-of-quiet-quitting>, (Erişim Tarihi: 27.12.2023).
- MAKAS, Recep, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", GÜHFD, C. 16, S.4, 2012, (s. 149-180).

- MARSDEN, Harriet: "TikTok is Credited with Coining the Term 'Quiet Quitting.' Now it's Turned Against it.", October 3, 2022, <https://www.businessinsider.com/tiktok-coined-the-term-quiet-quitting-now-its-turned-against-it-2022-9> (Erişim Tarihi: 27.12.2023).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım", *Yargıtay Dergisi*, C.13, S.1-2, 1987, (s.114-122).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku* 6.B., Ankara 2014.
- NACHBAGAUER, Andreas/RIEDL, Gabriela: "Innere Kündigung", *Zeitschrift Führung und Organisation*, 1999/1, s.10-15.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: "Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, s.74, Haziran 2016, s. 551-569.(İş Güvencesi).
- NARMANLIOĞLU, Ünal: "İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", *Sicil İHD.*, 17, Mart 2010, s.27-44. (Fazla Çalışma)
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*, C.I, 3.B, İzmir 1998.
- ODAMAN, Serkan: 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları, *TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004*, s.81-93.
- OĞUZMAN, M.Kemal: *Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Aktinin Feshi*, İstanbul 1955.
- OĞUZMAN, M.Kemal / ÖZ Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 10. B., İstanbul 2012.
- ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, s. 1255- 1280.
- ÖZTÜRK, E.sra/ ARIKAN, Özgür Uğur/ OCAK, Metin. "Understanding Quiet Quitting: Triggers, Antecedents, and Consequences", *International Journal of Behavior, Sustainability and Management*, 10(18), 2023, (s.57-799, s.71).
- RILKE, Mandy : Phänomen „Quiet Quitting“: Wie steht's um deine Motivation? <https://www.stepstone.de/magazin/artikel/quiet-quitting> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).
- SCHEIBNER Nicole/ HAPKEMEYER Julia: "Innere Kündigung als Thema in der Organisationsentwicklung", *Organisationsberatung, Supervision, Coaching*, Wiesbaden: Springer, 20/4, 2013, s. 461-472.

- SCHMITZ, Edgar/VORECK, Peter: Einsatz und Rückzug an Schulen. Engagement und Disengagement bei Lehrern, Schulleitern und Schülern. Wiesbaden: Springer Gabler, 2011, s.21f.
- SCHEYETT, Anna: "Quiet Quitting", *Social Work*, Volume 68, Issue 1, January 2023, s. 5-7.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10.B., Ankara 2019.
- SERENKO, Alexander.: "The Great Resignation: The Great Knowledge Exodus or the onset of the Great Knowledge Revolution?", *Journal of Knowledge Management*, Vol. 27, No. 4, 2023, pp. 1042-1055.
- SUBAŞI, İbrahim: "İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi", *Sicil İHD.*, S.2 (7), 2007, s. 42 – 55.
- SÜMER, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara 2022.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
- SÜZEK, Sarper, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/1, s.9-17. (Disiplin Cezaları)
- SÜZEK, Sarper, "İş Hukuku Yaptırımları", *İş Hukuku Dergisi*, Nisan-Haziran 1993. (Yaptırımlar)
- TATLI, Murat: Etik İklimin İşe Angaje Olma ve Sessiz İstifa Üzerindeki Etkisinde Politik Becerilerin Rolü: Kamu Çalışanları Örneği, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi. Nevşehir 2023.
- TULUKCU, N. Binnur: İş Güvencesi, İş İade, Ankara 2017.
- TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019.
- YILDIZ, Sevcan/ÖZMENEKŞE, Yasin Oğuz: "Kaçınılmaz Son: Sessiz İstifa", *Al Farabi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(4), 2022, (s. 14-24).
- <https://www.tiktok.com/@zaidleppelin/video/7124414185282391342> (Erişim Tarihi: 27.12.2023).

SİNEMA OYUNCULARININ ADİL BEDEL ALMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE ÖZELLİKLE FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU MADDE 52 İLE MADDE 80/5'İN ELEŞTİRİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK*

ÖZET

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 52 nci maddesinde mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve devredilmek istenen hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, mezkûr hükümde devir sözleşmeleri ile lisans sözleşmeleri aynı şekil şartına tabi kılınmıştır. Anılan Kanun'un 80 inci maddesi kapsamında sinema eseri oyuncuları icracı sanatçı niteliği taşımaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 80/5'te, icracı sanatçıların mali haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme akdetmek sureti ile yapımcıya devredebilecekleri hükme bağlanmıştır. Şüphesiz ki film yapımcıları, sinema oyuncularına kıyasla ekonomik açıdan güçlü konumdadırlar. Bu bağlamda, film yapımcıları sermaye gücünü kullanarak sinema oyuncularından tüm mali hakları sözleşme aşamasında devralmakta ve bunun karşılığında sinema oyuncularına yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere ücret ödemektedirler. Bununla beraber, bir kez çekilen filmin televizyon kanallarına, internet platformlarına satışı tekrar tekrar yapılmakta ve yapımcılar yeniden gösterimlerden önemli gelir elde etmektedirler. Sinema oyuncuları ise mali haklarını ilk başta devretmek zorunda kaldıklarından yıllara sâri olan bu gelirlerden hiçbir pay alamamaktadırlar. Bu uygulama, sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan sinema oyuncularının mağduriyetine yol açmaktadır. Zira sinema oyuncularını yapımcılara karşı koruyan herhangi bir hükmün Kanunda yer almadığı görülmektedir. Bu bağlamda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Fikri Mülkiyet Hukuku Ana Bilim Dalı | Asst. Prof., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Private Law, Intellectual Property Law Department, e-posta: barisguzubuyuk@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5362-2757.

Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının kadük olması nedeniyle söz konusu sorunlar güncelliğini korumaktadır. Bu çalışmanın temel amacı Kanun'un muhtelif hükümlerinde sinema oyuncularının mağduriyetine yol açan hükümleri analiz etmek ve gerekli görülen noktalarda ise çözüm önerilerinde bulunmaktır. Bu amaç doğrultusunda, çalışma tam anlamıyla bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmamasına rağmen, sinema oyuncularının yeniden satıştan adil bedel alma hakkına ilişkin olarak 2019/790 sayılı Avrupa Birliği Direktifinden yararlanılmıştır. Çalışmada ilk olarak, icracı sanatçı kavramının açıklaması yapılarak sinema oyuncularının icracı sanatçılar arasındaki konumu ortaya konulacak, sonrasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan ve sinema oyuncuları ile sinema yapımcıları arasındaki güç dengesizliğini derinleştiren hükümlere değinilecek ve son olarak gerekli görülen noktalarda çözüm önerileri yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Bedel, Sinema Eserleri, Sinema Oyuncuları, Film Yapımcıları, Yeniden Satış

EVALUATIONS ON THE RIGHT OF FILM ACTORS TO RECEIVE FAIR REMUNERATION AND CRITICISM OF ARTICLE 52 AND ARTICLE 80/5 OF THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

ABSTRACT

Article 52 of the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (FSEK) stipulates that agreements and disposals regarding economic rights must be in writing and the rights to be transferred must be indicated separately. However, the aforementioned provision subjects transfer agreements and license agreements to the same form requirement. Within the scope of Article 80 of the aforementioned Law, actors of audio visual works qualify as performing artists. Article 80/5 of the FSEK stipulates that performing artists may transfer their economic rights to the producer in return for an appropriate fee. Film producers are in an economically stronger position compared to movie actors. In this context, film producers use their capital power to take over all economic rights from movie actors at the contractual stage and in return, they pay movie actors only a one-off fee. In addition, once a movie is shot, it is repeatedly sold to television channels and internet platforms, and producers earn significant revenues

from reruns. Movie actors, on the other hand, do not receive a share of these revenues over the years as they have to transfer their economic rights in the first place. This practice leads to the disadvantage of film actors, who constitute the weaker party of the contract. This is because there is no provision in the Law that protects movie actors against producers. In this context, the aforementioned problems are still current as the Draft Law on the Amendment of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 has lapsed. The main purpose of this study is to analyze the provisions of various provisions of the Law, which lead to the victimization of film actors and to propose solutions where deemed necessary. For this purpose, although the study is not a comparative law study, the European Union Directive No. 2019/790 on the right of movie actors to receive fair remuneration from resale has been utilized. In the study, firstly, the concept of performing artist will be introduced and the position of movie actors among performing artists will be revealed, then the provisions in the Law on Intellectual and Artistic Works that deepen the power imbalance between movie actors and movie producers will be mentioned, and finally, solution suggestions will be made where necessary.

Keywords: Fair Price, Cinema Works, Cinema Actors, Film Producers, Resale

GİRİŞ

Sinema sektörünün güçlenmesi, bu sektörde yer alan paydaşlar arasındaki eşitsizliklerin asgari düzeye indirilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bununla beraber, sinema oyuncuları ile film yapımcıları arasında belirgin bir güç dengesizliği bulunmaktadır. Taraflar arasındaki bu güç dengesizliği FSEK'in muhtelif hükümleri yüzünden daha derin hale gelmektedir. Uygulamada sinema oyuncuları, tüm mali haklarını süresiz olarak film yapımcılarına devretmek zorunda kalmakta; film yapımcıları ise bu haklar karşılığında sinema oyuncularına bir defaya mahsus bir bedel ödemektedir. Film yapımcıları yıllar içerisinde farklı platformlara yapılan yeniden satışlardan önemli gelir elde etmelerine rağmen; bu gelirin küçük bir kısmını dahi sinema oyuncularıyla paylaşmamaktadırlar. FSEK'te film yapımcılarını buna zorlayacak herhangi bir hüküm de bu-

lanmamaktadır. Bu durum, sinema oyuncularının ekonomik açıdan önemli mağduriyetler yaşamasına neden olmaktadır.

Film yapımcıları ile sinema oyuncuları arasındaki bu eşitsizliğin giderilmesi için FSEK'te değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, FSEK'te icracı sanatçıların adil bedel alma haklarını öngören bir düzenleme yapılması; sinema oyuncularının uygulamada yaşadığı sorunlara çözüm getirilmesi bakımından önemlidir. Nitekim 2019/790 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi için adil bedel alma hakkının öngörülmüş olması da bu çalışmada ileri sürülen öneriyi desteklemektedir.

Bu çalışmanın temel amacı başta FSEK m. 80/5 olmak üzere Kanun'un muhtelif hükümlerinde sinema oyuncularının mağduriyetine yol açan hükümleri analiz etmek ve gerekli görülen noktalarda ise çözüm önerilerinde bulunmaktır. Çalışmada öncelikle, icracı sanatçı kavramı tanımlanarak sinema oyuncularının icracı sanatçılar arasındaki konumu ortaya konulacak, sonrasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan ve sinema oyuncuları ile sinema yapımcıları arasındaki güç dengesizliğini derinleştiren hükümlere değinilecek ve nihayetinde gerekli görülen noktalarda çözüm önerileri yapılacaktır.

I. KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

A. Sinema Eseri Sahipleri

İcracı sanatçıları ve icracı sanatçılar arasında yer alan sinema eseri sahiplerini tanımlamadan önce sinema eseri sahibi kavramını tanımlamamız gerekmektedir. Ancak öncesinde sinema eseri nedir sorusunu cevaplandırmalıyız. FSEK m. 5'te sinema eserleri "*her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*" şeklinde tanımlanmıştır. Burada sinema eseri ile ifade edilen fikri ürün mutlaka sinema salonlarında gösterilen uzun metrajlı sinema filmi olarak anlaşılmalıdır. Kanundaki ifade dizileri, kısa filmleri ve sair gösterimleri kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahiptir.

Eser sahipleriyle ilgili olarak ise FSEK m. 8/1'de "*eserin sahibi, onu meydana getirendir*" şeklinde bir tanımlama yer almaktadır. Bu tanımlama sinema eseri sahiplerini de kapsamaktadır. Bununla beraber, sinema eserlerinde birden fazla eser sahibi bulunmaktadır. Gerçekten, sinema eserlerinde eser sahipleri yönetmenden özgün müzik bestecisine kadar uzanan geniş bir yelpazede yer almaktadır.

FSEK m. 8/3 sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarının eserin birlikte sahibi olduklarını hükme bağlamıştır. Buradaki birliktelik, Kanundan kaynaklanan zorunlu bir birlikteliktir. Ayrıca, animasyon olarak adlandırılan ve canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde az evvel sayılan süjelere ek olarak animatör de eserin birlikte sahipleri arasında sayılmıştır (FSEK m. 8/3).

B. İcracı Sanatçı Kavramı ve Sinema Oyuncuları

İcracı sanatçılara FSEK m. 80/1'de değinilmiştir. Mezkûr hükümde '*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar...*' ifadesine yer verilmiştir. İcracı sanatçılara değinilmiştir dememizin temel nedeni, bu tanımın FSEK'in tanımlar kısmında yer almamasıdır.

Eğer bir tanım yapılmak istenseydi bunun tanımlar kısmı içerisinde yer alması daha isabetli olurdu. Ayrıca, FSEK m. 80'de esasen icracı sanatçı kavramı tanımlanmamış, icracı sanatçıların hakları belirtilirken icracı sanatçıları tanımlamaya yönelik ifadelere yer verilmiştir. Buradan hareketle FSEK'te icracı sanatçı kavramının tanımlandığı sonucuna ulaşmak isabetli olmayacaktır. Bununla beraber, icracı sanatçılara ilişkin bir tanımın Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliğinde¹ tanımlandığını görmekteyiz. Yönetmeliğin, tanımlar başlığı taşıyan 4/b maddesinde icracı sanatçı "*Sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncuları, ses sanatçılarını, müzisyenleri ve dansçıları vb. diğer kişileri*" ifade

¹ R.G. 16.11.1997 T., 23172 S.

etmektedir. İcracı sanatçı kavramının Kanunda değil, yönetmelikte tanımlanması normlar hiyerarşisi bakımından da isabetli olmamıştır.

Sinema oyuncularının sinema eseri sahibi olmadıkları öncesinde de-ğindiğimiz FSEK m. 8/3 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Bununla beraber, sinema oyuncularının Komşu Haklar Yönetmeliği m. 4/b'de yer alan "...çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular" ifadesinden hareketle icracı sanatçı olduklarını net bir biçimde ifade etmemiz mümkündür.

II. UYGULAMADAKİ DURUM VE SEÇİLİ FSEK HÜKÜMLERİNİN ELEŞTİRİSİ

A. Uygulamadaki Durum

Sermaye getiren ve risk üstlenen tarafın getirdiği sermaye ve üstlendiği riskle doğru orantılı biçimde kazanç elde etmesi ticaretin yazılı olmayan kuralları arasındadır. Bu kural, film yapımcıları için de geçerlidir. Gerçekten, film yapımcısı bir filmin yapımına karar verirken belli bir riski üstlenmektedir. Çekilen sinema filmi veya dizi izleyici tarafından yeterince beğenilmeyebilir ve yapımcı hedeflenen gelire ulaşamayabilir. Bu tür yapımların, farklı platformlara satılması da son derece güçtür.

Buna karşın sinema oyuncuları herhangi bir risk üstlenmemiş ve çoğu kez ücretlerini daha ilk baştan sözleşme aşamasında almış olmaktadır. Yapımcının yapımını üstlendiği sinema filminin yeterli izlenme sayısına ulaşamaması onun iflasına dahi neden olabilir. Bu bağlamda, yapımcıların sinema eserlerinden elde edilen gelirden tabiri caiz ise aslan payını almaları ticari hayatın bir gereği ve aldıkları büyük finansal riskin bir karşılığıdır. Buna karşın, film yapımcıları uygulamada aslan payı almanın çok ötesinde ve yıllara sâri olan gelirler elde etmektedirler. Özellikle halk tarafından beğenilen yapımların yıllar içerisinde tekrar tekrar farklı kanallara ve platformlara satılması uygulamada yaygın görülen bir durumdur. Sinema oyuncularıyla film yapımcıları arasındaki eşitsizlik Kemal Sunal filmlerinde adeta ete kemiğe bürünmüştür². Ger-

² KÜÇÜKKAYA, Hande Gül: "Sinema Eserlerinde Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", C. 8, S. Özel, 2013, s. 1948.

çekten, Kemal Sunal gibi büyük aktörlerin oynadığı kült haline gelmiş filmler; defalarca farklı kanal ve platformlarda gösterime konu olmakta ve yapımcılar bu tür yapımlar üzerinden çok büyük gelirler elde etmektedirler.

B. Seçili FSEK Hükümlerinin Eleştirisi

1. FSEK m. 52'nin Eleştirisi

FSEK m. 52, *“mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”* hükmüne amirdir. Bu bağlamda mali haklara dair tüm sözleşme ve tasarrufları için yazılı şekil geçerlilik şartı için yeterli kabul edilmiştir. Mali haklara dair sözleşmeler devir borcu doğurabilir³. Öğreti ve uygulamada bu sözleşmeler uygulamada *“telif hakkı devir sözleşmesi”* şeklinde⁴ ifade edilmektedir⁵. Devir sözleşmelerinde mali hak/haklar hak sahibinin (devralan) mamelekinden çıkararak devralanın mamelekine girmektedir⁶.

Mali hakların değil, bu hakların kullanım haklarının da devri söz konusu olabilir. Bu husus, FSEK m. 48/2'de *“Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir. (Ruhsat)”* şeklinde ifade edilmiştir. Esasen, mali hakların kullanım hakkının devrini konu alan sözleşmeler lisans sözleşmeleridir. Kanunda lisans ifadesi yerine ruhsat ifadesi kullanılmıştır⁷. Ancak, bu ifadeyi lisans şeklinde anlamak isabetli olacaktır⁸. Lisans sözleşmeleri de kendi içerisinde münhasır lisans ve basit lisans şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlamda, FSEK m. 56/1 *“ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse*

³ Bu konuda bkz. **ATEŞ**, Mustafa: Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, 2. B., Seçkin, Ankara 2023, s. 126-127.

⁴ Bu yönde kullanım için bkz. **EVRENSEL**, Alperen: Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 155.

⁵ **ATEŞ**, s. 127.

⁶ **TÜYSÜZ**, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 69 / **ATEŞ**, s. 127.

⁷ Kanunun 1952 tarihli olması nedeniyle Kanun hükümleri yer yer eski Türkçe ifadeler içermektedir. *“Ruhsat”* ifadesi de bu kullanımlardan birine örnek teşkil etmektedir.

⁸ Benzer yönde bkz. **AYDINCIK**, Şirin: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arın, İstanbul 2006, s. 46-48 / **ATEŞ**, s. 132.

(basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat) tır" hükmünü amirdir.

FSEK m. 52 hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere Kanun koyucu mali haklara ilişkin sözleşmelerin tümünü (devir, münhasır lisans, basit lisans ayrımı yapılmadan) aynı şekil şartına tabi tutmuştur. Mali haklara ilişkin sözleşmelerin tamamının aynı şekil şartına tabi kılınması kanaatimizce isabetli değildir. Zira Kanun FSEK m. 48'de mali hakların süresiz devrine cevaz vermektedir. Mali hakların süresiz biçimde devredilmesi halinde devreden hak sahibi artık mali haklarını kullanamayacaktır. Sözleşmenin zayıf tarafını korumak adına en azından süresiz yapılan devirlerde daha sıkı bir şekil şartının aranması isabetli olurdu. Zira her ne kadar şekil serbestisi temel kural olsa da⁹, şeklin " *tarafları düşünmeye sevk etmesi*" işlevi tarafların düşüncesiz ve acele biçimde karar almalarına mani olmaktadır¹⁰. Bu bağlamda, hiç değilse mali hakların süresiz devrini öngören sözleşmelerin daha ağır bir şekil şartına bağlanmalarının sözleşmenin zayıf tarafının korunması bakımından isabetli olacağı kanaatindeyiz.

2. FSEK m. 80/5 ile FSEK m. 48 Hükümlerinin Eleştirisi

FSEK m. 80/5'te ise icracı sanatçıların mali haklarını uygun bir bedel karşılığı sözleşme ile yapımcıya devredebilecekleri ifade edilmektedir. Bu bağlamda, FSEK 80/5 hükmü tek başına değerlendirildiğinde; eleştirilecek önemli bir husus olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla beraber, FSEK m. 80/5, FSEK m. 48 ile birlikte değerlendirmeye tabi tutulduğunda sinema oyuncularının film yapımcıları karşısında ne kadar güçsüz durumda oldukları net bir biçimde anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, FSEK m. 48/1 "*Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler*" hükmüne amirdir.

O halde, her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; yapımcıların sinema oyuncularından mali haklarını bir kereye mahsus olarak yapacak

⁹ EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, m. 1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 26, N. 7.

¹⁰ EREN/ DÖNMEZ, Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, s. 504, N. 15.

ları ödeme karşılığında süresiz olarak devralmalarının FSEK'e uygun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun anlamı, sözleşmenin zaten zayıf tarafını¹¹ oluşturan sinema oyuncularının Kanun eliyle yapımcılar karşısında daha da zayıf bir duruma düşürülmüş olmasıdır. Esasen önceden de ifade ettiğimiz üzere uygulamadaki durum tam olarak bu şekilde cereyan etmektedir.

Kanaatimizce Kanun'da yapılacak bir değişiklikle ya icracı sanatçıların mali haklarını süresiz olarak devredebilmelerinin önüne geçilmeli ya da sonraki kullanımlar için icracı sanatçılara adil bir bedel ödenmelidir. Avrupa Birliği, Direktifle ikinci yolu tercih etmiştir. Bizce de bu yolun tercih edilmesi daha isabetlidir. Zira yapımcılar, eser sahipleri ve icracı sanatçılardan tüm mali hakları devralmadan ticari risk taşıyan yapım işine girmek istemeyeceklerdir. Bu nedenle, süresiz devir mümkün kılınmalı ve fakat bu şekilde mali hak devri yapan icracı sanatçılar da adil bedel uygulamasıyla korunmalıdır.

III. ADİL BEDEL ALMA HAKKI (FAIR REMUNERATION RIGHT)

Adil bedel alma hakkı kavramı FSEK'te öngörülmemiştir. Türk hukuk öğretisinde yapılan çalışmalarda da en azından tespit edebildiğimiz kadarıyla bu hak net bir biçimde tanımlanmış değildir. Eser sahiplerinin ve icracı sanatçıların kiralama hakkı bakımından adil bedel¹² alma hakkına sahip oldukları feragat edilmez bir hak olarak ilk kez 2006/115 sayılı Direktifte düzenlenmiştir¹³. Ancak mezkûr Direktifte öngörülen adil

¹¹ Nitekim Direktifin dibace kısmında da bir sözleşmeyle mali haklarını ya da bunları kullanma yetkisini devreden eser sahipleri ve icracı sanatçıların sözleşme ilişkisinin zayıf tarafını teşkil ettikleri ve bu nedenle adil bedel müessesisiyle korunmaları gerektiği yönünde açıklamalar yapılmıştır. Bkz. 2019/790 sayılı Direktif, (72) no.lu dibace, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj> (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

¹² Direktife ilişkin olarak yapılan bir çeviride bedel yerine "ücret" ifadesi kullanılmıştır. Bu yönde kullanım için bkz. **KÜÇÜKALİ**, Canan: "2006/115/EC AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ DİREKTİFİ 12 Aralık 2006 Tarihli Fikri Mülkiyet Alanında Kiralama Hakkı, Ödünç Verme Hakkı ve Telif Hakları ile Bağlantılı Haklara İlişkin 2006/115/AT sayılı Direktif", S. 38, Y. 19, s. (155-169).

¹³ Adil bedel alma hakkı, 2006/115 sayılı Direktif'in 5/1. maddesinde kiralama hakkına münhasır olarak uygun bedel şeklinde düzenlenmiştir. Hükümün İngilizcesi şu şekildedir: "Where an author or performer has transferred or assigned his rental right concerning

bedel alma hakkı, yalnızca kiralama hakkıyla sınırlı olarak öngörülmüştür. Bununla beraber, 2019/790 sayılı Direktifte eser sahipleri ve icracı sanatçılar bakımından öngörülen adil bedel alma hakkı onların münhasır haklarına (*exclusive rights*) ilişkin olarak düzenlenmiştir.

2019/790 sayılı Direktif'te eser sahipleri ve icracı sanatçıların adil bedel alma haklarına ilişkin temel ilkeler ortaya konulmuş ve fakat adil bedel kavramına ilişkin bir tanım yapılmamıştır¹⁴. Bu bağlamda, 2019/790 sayılı Direktif'in 18/1'inci maddesinde Üye Devletlerin, eser sahiplerinin ve icracıların, eserlerinin kullanılmasına ilişkin münhasır haklarını lisansladığı veya devrettiği durumlarda, uygun ve orantılı ücret alma hakkına sahip olmalarını sağlamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

Kadük hale gelen, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısında adil bedel yerine uygun bedel kavramı kullanılmış¹⁵, bununla beraber adil bedelin ne olduğu tanımlanmamıştı. Bu bağlamda, sinema eseri oyuncularının adil bedel almak hakkına ilişkin olarak taslağın 80/A/3 maddesi "*icracı sanatçı ile film yapımcısı arasında yapım sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe icracı sanatçı; yayın, yeniden iletim ve erişime sunma haklarını film yapımcısına devretmiş sayılır. Bu halde yahut anılan hakların yapımcı veya bir başkasına devri ya da kullanım salahiyetinin verilmesi durumunda dahi icracı sanatçı, filmin hukuka uygun bir şekilde ilk gösteriminden itibaren üç yıl geçtikten sonra filmleri yayınlayan, yeniden ileten ve erişime sunarlardan uygun bedel talep hakkına sahiptir. Bu hak, devir ve feragat konu edilemez ve sadece meslek birlikleri aracılığıyla takip edilebilir.*" hükmünü içermekteydi.

a phonogram or an original or copy of a film to a phonogram or film producer, that author or performer shall retain the right to obtain an equitable remuneration for the rental."
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0115>
 (Erişim Tarihi: 3.03.2024).

¹⁴ Bu çalışmada, Direktifte ortaya konulan temel ilkelerden hareketle kavramı tanımlamaya çalışacağız.

¹⁵ Tasarı metni için bkz. <https://www.egililawoffice.com/wp-content/uploads/2017/07/5846-SAYILI-FIKIR-VE-SANAT-ESERLERI-KANUNUNDA-DEGISIKLIK-YAPILMASINA-ILISKIN-KANUN-TASARISI.pdf>, Erişim Tarihi: 28.02.2024.

2019/790 sayılı AB Direktifinde olduğu gibi, tasarıda da adil bedel kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Mezkûr kavramın tanımlanmamasının nedeni kanaatimizce bu hususta kanun koyucuların bilinçli susmalarından kaynaklanmaktadır. Bununla beraber, FSEK'te yapılacak bir değişiklikte tıpkı 2019/790 sayılı Direktif'te olduğu gibi adil bedel alma hakkına ilişkin temel prensiplerin ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda en azından mezkûr Direktif'te olduğu gibi, adil bedel alma hakkının uygun ve orantılı olması gerektiğinin, adil bedel hakkına ilişkin hükme eklenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu yönde bir düzenleme, yalnızca adil bedel alma hakkının yorumlanması bakımından değil; aynı zamanda adil bedel alma hakkını somutlaştıracak ikincil düzenlemelerin hazırlanması bakımından da yol gösterici olacaktır.

SONUÇ

Sinema yapımlarında film yapımcıları sinema oyuncularından mali hakları belli bir bedel karşılığında süresiz olarak devralmaktadır. Bununla beraber, sinema eserlerinin yıllar içerisinde çeşitli mecralara yeniden satışından icracı sanatçılar hiçbir gelir elde edememektedirler. Sermaye koyan ve riski üstlenen sinema yapımcılarının en fazla geliri alan süje olmaları anlaşılabilir bir durumdur. Ancak bu uygulama sözleşmenin zaten güçsüz olan tarafını oluşturan sinema eseri sahipleriyle; sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan film yapımcıları arasındaki güç dengesizliğini oldukça derinleştirmektedir. Bu uygulamaya Kanun eliyle cezas verilmesi ise Kanunun hak sahiplerini koruma amacına ters düşmektedir.

Sözleşmenin zayıf tarafını korumak hakkaniyetin bir gereğidir. Bu bağlamda, taraflar arasında uçurum haline gelen güç dengesizliğinin yeniden tesisinin temini amacıyla öncelikle FSEK m. 52'de değişiklik yapılarak, süresiz biçimde yapılan mali hak devirlerinin tabi olduğu şekil şartı ağırlaştırılmalıdır. Zira lisans sözleşmeleriyle süresiz mali hak devri öngören sözleşmelerin aynı şekil şartına tabi tutulmaları isabetli değildir.

Yapımcıların yatırım yapmak konusunda daha istekli olmalarının sağlanması bakımından sinema oyuncularından tüm mali hakları devralmalarına izin verilmelidir. Buna karşın, sinema oyuncuları lehine adil bedel alma hakkı tanınarak sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan sinema oyuncularının hakları korunmalıdır.

Adil bedel alma hakkına ilişkin olarak Kanunda yapılacak değişiklikte adil bedel alma hakkına ilişkin temel ilkeler belirlenmeli; Kanunda öngörülen ilkelere uygun biçimde çıkarılacak ikincil düzenlemelerle adil bedel alma hakkı somutlaştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ATEŞ**, Mustafa: Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- AYDINCIK**, Şirin: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arkan Yayınları, İstanbul 2006.
- EREN**, Fikret / **DÖNMEZ**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, m. 1-48, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- EVRENSEL**, Alperen: Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.
- KÜÇÜKALİ**, Canan: "2006/115/EC AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ DİREKTİFİ 12 Aralık 2006 Tarihli Fikri Mülkiyet Alanında Kiralama Hakkı, Ödünç Verme Hakkı ve Telif Hakları ile Bağlantılı Haklara İlişkin 2006/115/AT sayılı Direktif", S. 38, Y. 19, s. 155-169.
- KÜÇÜKKAYA**, Hande Gül: "Sinema Eserlerinde Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", C. 8, S. Özel, 2013, s. 1931-1956.
- TÜYSÜZ**, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Tasarı metni: <https://www.egililawoffice.com/wp-content/uploads/2017/07/5846-SAYILI-FIKIR-VE-SANAT-ESERLERI-KANUNUNDA-DEGISIKLIK-YAPILMASINA-ILISKIN-KANUN-TASARISI.pdf>, Erişim Tarihi: 28.02.2024.
- 2006/115 sayılı Direktif metni: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0115>, Erişim Tarihi: 3.03.2024.
- 2019/790 sayılı Direktif metni: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>, Erişim Tarihi: 28.02.2024.

**KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE ORTAKLIK
PAYININ NİTELİĞİ VE YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİNİN
02.05.2023 TARİH, 2022/5348 ESAS, 2023/1558
KARAR SAYILI KARARINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ**

Dr. Öğr. Üyesi Emine ÖZDAMAR*

ÖZET

Kooperatifler, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını emek ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli, tüzelkişiliği bulunan ortaklıklardır.

Kooperatiflerin amacı, ticari işletmelerin aksine gelir elde etmek değil, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını sağlayıp korumaktır. Bu amaca ulaşmak için karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet yöntemleri kullanılır.

Her kooperatif ortağının en az bir kooperatif payı taahhüt etmesi ve pay bedelini kooperatife ödemesi gerekir. Ödenen bedellerin toplamı kooperatifin sermayesini oluşturur. Örnek ana sözleşme m. 21, m. 23/6 ve m. 61 gereği de ortağın ödeme yükümlülüğü söz konusudur.

Sermaye bazı kooperatifler için oldukça büyük bir önemi haiz olmakla birlikte, yapı kooperatifleri gibi bazı kooperatifler bakımında sembolik bir değer taşımaktadır¹. Bu tür kooperatiflerde ortaklarca ödenen sermaye payı (ortaklık payı); ortağın kooperatife ödemesi gereken konut taksitleri, arsa payı ödemeleri ve ara ödemelerin karşısında oldukça düşük kalmakta ve hatta önemini kaybetmektedir. Konut yapı kooperatiflerinde ortaklar, taahhüt ettikleri ve kooperatife ödedikleri ortaklık payı bedellerinden başka, kooperatif amaçlarının ger-

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: eozdamar@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5527-7689.

¹ KAÇAK, Nazif, **Konut Yapı Kooperatifleri**, Seçkin YAYINCILIK, Ankara 2004, s.49.

çekleşmesini sağlamak için genel kurulca kararlaştırılacak miktarlarda arsa, altyapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini de ödemek zorundadırlar.

Bu anlamda kooperatif ortaklıklarında ortaklık payı diğer ticaret ortaklıklarındaki ortaklık payına nazaran hem niteliği hem de sahibine sağladığı haklar bakımından birtakım farklılıklar arz eder.

1163 sayılı Kanununun 98'inci maddesi uyarınca Kooperatifler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim ortaklıklara ait hükümler uygulanır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi konu ile ilgili yakın tarihli bir kararında; "davacının talebi kooperatif üyesi olarak adına tahsis edilen konutun tapu iptal ve tescili istemine ilişkin olup, 1163 sayılı Kanun'un 98'inci maddesi uyarınca bu konuda hüküm bulunmayan hallerde TTK'daki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır. TTK'nın 329'uncu maddesinde, belli istisnalar haricinde şirketin kendi hisse senetlerini temellük edemeyeceği öngörülmüş, buna paralel olarak TTK'nın 405/2 maddesinde ise "Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına müteallik hakları mahfuzdur" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, anonim şirket ortağı ödediği sermaye miktarı için şirketten alacaklı olmaz. Zira, ortakların payları için yapılan ödemeler ortaklığın sermayesini oluşturur. Sermaye payı ise ortaklığa verilmiş bir borç olmadığından ortaklığın iflası halinde ortaklar kural olarak iflas alacaklısı olamazlar." şeklinde karar vermiştir.

Anonim şirketlere ilişkin hükümler, kooperatiflere ilişkin hükümlere nazaran daha ayrıntılı, sistemli bir bütünlüğe sahip olan ve uygulama geleneği oluşmuş hükümler olduğundan kooperatifleri hâkimiyetleri altına alabilecek özelliktedir. Bu sebeplerle kooperatiflerin niteliği ile bağdaşmayan anonim ortaklık hükümlerinin kooperatiflere doğrudan uygulanmaması gerekmektedir.

Konut yapı kooperatiflerinde ortakların kooperatife yaptıkları tüm ödemeler ortaklık payı olarak nitelendirilemeyeceği gibi arsa, altyapı, inşaat gider taksitleri olarak yapılan ödemelerin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Ortaklık payı ile diğer ödemelerin ayırılması ve ferdileştirme kapsamında değerlendirilmesi gereken ödemelere sermayenin iadesi yasağına ilişkin anonim ortaklık hükümleri uygulanmamalıdır.

Bu çalışmada çalışmamıza konu Yargıtay kararı; konut yapı kooperatifleri bakımından ortaklık payının niteliği dikkate alınarak irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif ortaklığı, Konut yapı kooperatifi, Sermaye, Ortaklık payı, Sermayenin iadesi yasağı.

**WITHIN THE SCOPE OF THE NATURE OF PARTNERSHIP SHARES
IN RESIDENTIAL BUILDING CO-OPERATIVES AND A CRITICAL
VIEW OF THE DECISION OF THE 6TH CIVIL DEPARTMENT OF
THE SUPREME COURT DATED 02.05.2023, 2022/5348 MAIN,
DECISION NUMBERED 2023/1558**

ABSTRACT

Cooperatives are partnerships with legal entities, with variable partners and variable capital, established by real and legal persons in order to provide and protect certain economic interests of their partners, especially their professional or livelihood needs, through mutual aid, solidarity and guarantee through their labor and financial contributions.

The purpose of cooperatives is not to generate income like commercial enterprises, but to provide and protect certain economic interests of their members and especially their professional or livelihood needs. To achieve this goal, mutual aid, solidarity and bail methods are used.

Each cooperative partner must buy at least one cooperative share and pay the price to the cooperative. All fees paid constitute the capital of the cooperative. In accordance with articles 21, 23/6 and 61 of the sample articles of association, the partner has a payment obligation.

Although capital is important for some cooperatives, it has a symbolic value in some cooperatives such as building cooperatives. Partnership share received from partners in such cooperatives; The land share that the partner must pay remains lower than the housing installments and interim payments and even loses its importance. In residential building cooperatives, partners must pay land, infrastructure, construction and similar expense installments in amounts to be decided by the general assembly in order to ensure the realization of the cooperative's objectives, in addition to the partnership share fees they have committed and paid.

In this sense, the partnership share in cooperative partnerships has some differences compared to the partnership share in other commercial partnerships, both in terms of its nature and the rights it provides to its owner.

In a recent decision of the 6th Civil Department of the Supreme Court of Appeals on the subject; "The plaintiff's request relates to the request for title deed

cancellation and registration of the house allocated to his name as a member of the cooperative, and in accordance with Article 98 of Law No. 1163, in cases where there is no provision in this law, the provisions of the TCC regarding joint stock companies are applied. Article 329 of the TCC stipulates that the company cannot take over its own shares, except for certain exceptions, and in parallel with this, Article 405/2 of the TCC provides that "Shareholders cannot demand back what they have given to the company as capital; their rights regarding the liquidation share are reserved." Therefore, the joint stock company partner is not a creditor from the company for the amount of capital he paid. Because the payments made for the partners' shares constitute the capital of the partnership. Since capital share is not a debt given to the partnership, partners cannot, as a rule, become bankruptcy creditors in case of bankruptcy of the partnership."

Since the provisions regarding joint stock companies are more detailed and systematic than the provisions regarding cooperatives and have gained the habit of implementation, they are able to dominate cooperatives. For these reasons, joint stock partnership provisions that are incompatible with the nature of cooperatives should not be directly applied to cooperatives.

In residential building cooperatives, not all payments made by the partners to the cooperative can be considered as partnership shares, and in our opinion, it is not appropriate to consider the payments made as land, infrastructure and construction expense installments within the scope of the ban on return of capital. Joint stock partnership provisions regarding the prohibition of return of capital should not be applied to payments that should be distinguished from partnership shares and other payments and evaluated within the scope of individualization.

Key Words: Cooperative partnership, Housing building cooperative, Capital, Partnership share, Prohibition on return of capital.

GİRİŞ

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin incelemeye konu 02.05.2023 T., 2022/5348 E., 2023/1558 K. Sayılı kararında² özetle; 1163 sayılı Kooperatifler Kanun' un 98 inci maddesi uyarınca KK da hüküm bulunmayan

² Y. 6. HD. 02.05.2023 T., 2022/5348 E., 2023/1558 K. Sayılı Kararı, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>, ET. 10.01.2024.

hallerde Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim şirketlere ait hükümlerin uygulanacağı, TTK md. 329 da, belli istisnalar haricinde şirketin kendi hisse senetlerini temellük edemeyeceğinin öngörüldüğü, buna paralel olarak TTK md 405/2 de ise "Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına müteallik hakları mahfuzdur" hükmüne yer verildiği, bu nedenle, anonim şirket ortağının ödediği sermaye miktarı için şirketten alacaklı olamayacağı, zira, ortakların payları için yapılan ödemelerin şirketin sermayesini oluşturduğu ve sermaye payının şirkete verilmiş bir borç olmadığından şirketin iflası halinde ortakların kural olarak iflas alacaklısı olamayacağı; diğer bir anlatımla, ortakların ödedikleri sermaye borcunu iflas masasına alacaklı olarak kaydettiremeyecekleri, ancak, pay cetveline göre paylaşım yapıldıktan sonra ve İİK md. 196 uyarınca faiz ödemelerinden sonra masada para kalması halinde pay sahiplerine ödeme yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. 6. Hukuk Dairesi tarafından açıklanan gerekçelerle Bölge Adliye Mahkemesince davacının alacağını masaya kaydettiremeyeceği dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken kooperatif ortağının taşınmaz bedelinin tahsili talebi, 1163 sayılı KK. md. 98 yollamasıyla, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK md. 379 ve 480/3 kapsamında bir alacak olmadığı halde, iflas masasına kaydı mümkün alacak olarak kabulü ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve karar bu nedenle bozulmuştur.

İnceleme konusu karar kapsamında, kooperatiflerin tacir niteliği, konut yapı kooperatiflerinde ortaklık payı ve ortaklık payı dışındaki ödemelerin hukuki niteliği, sermayenin iadesi yasağının kooperatifler bakımından uygulanabilirliği ve konut yapı kooperatiflerinde ortaklık payı dışındaki ödemelerin sermayenin iadesi yasağı kapsamında olup olmadığı ele alınacaktır.

I. KOOPERATİFLERİN TACİR NİTELİĞİ

Kooperatiflerin amacı, ticari işletmelerin aksine gelir elde etmek değil, ortaklarının belirli³ ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya

³ "Belirli" kelimesi ile kooperatifin çalışma konularına işaret edilmekte ve ihtiyaçların meslek ve geçim alanlarına ilişkin olabileceği söylenmekle beraber, alanlarda herhangi

geçimlerine ait ihtiyaçlarını sağlayıp korumaktır. Bu amaca ulaşmak için karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet yöntemleri kullanılır⁴. Kooperatifin amacı ticari değil ancak ekonomiktir⁵.

Karşılıklı yardım, karşılıklı özveriler, sınırlanmalar, yoksun kalmalar ile ortakların birbirlerine yardımcı olmaları anlamını taşır ve kooperatifin felsefi ve ahlaki temelini oluşturur. Yardımın maddi nitelik taşıması, aynı cinsten olması şart olmadığı gibi, çoğu kez eşdeğerliliği de gerekli değildir⁶. Dayanışma güçlüklerin birlikte aşılması için manevi ve maddi anlamda birlikte olmak demek iken karşılıklı kefalet ise hukuki güvence sağlanmasında yardımlaşmayı ifade eder. Birbirlerine kefil olanlar, kredi sorununun güvencesini birbirlerine kefil olarak sağlarlar⁷.

Kooperatifin amacı bireyin ekonomisini geliştirmektir. Ekonominin geliştirilmesi birey çapındadır ama geniş kapsamlı ve çok yönlüdür. Bireyin günlük yaşamı için gerekli yiyecek ve giyeceği iyi fiyatla sağlayabilmesi, sağlık şartlarına uygun bir eve sahip olabilmesi, mesleği ile ilgili araçları kolaylıkla elde edip kullanabilmesi bu yolla kazancını artırması gerçekleştirilecek olursa ekonomisi gelişmiş olur⁸.

Kooperatifler, TTK' da ticaret şirketleri arasında sayılmıştır. Ancak kooperatiflerin tacir niteliğini haiz olup olmadıkları hala net bir sonuca ulaşmamış, tartışmalı bir husustur⁹.

6762 sayılı ETK döneminde de bu husus tartışmalı olup yargı kararlarında da bu hususta birlik yoktu¹⁰. Kooperatiflerin tacir niteliğini haiz

bir sınırlamaya gidilmemektedir., TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.948.

⁴ ŞİMŞEK, Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, Yonca Matbaası, Ankara 1981, s.16; ERÇİN, Ferhat, **Türk Hukukunda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri**, D&R Yayınları, İstanbul 2004, s.86-89.

⁵ Bu ekonomik amaç kooperatif ile ilgili olmayıp doğrudan doğruya ortaklara yönelmiştir., TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.948.

⁶ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.949.

⁷ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.949.

⁸ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.946.

⁹ TOPALOĞLU, Mustafa, "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", **YÜHFD**, C. XVIII, S. 2, s. 645.

¹⁰ KIRCA, İsmail, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?", **BATİDER**, c. XXXIII, S.2, s. 8 vd.

olmadığına hükmeden kararların ve doktrindeki görüşlerin bir kısmı, KK' da kooperatifin tanımına ilişkin md 1 de kooperatifin niteliğine ilişkin teşekkül ifadesinin kullanılmasından yola çıkmaktaydı. Ancak eTK döneminde de aksi yönde görüşler bulunmaktaydı¹¹.

6102 sayılı TTK döneminde ise, 5146 sayılı Kanun ile KK' da yapılan değişiklik sonucunda kooperatiflerin niteliğine ilişkin teşekkül yerine ortaklık ifadesi tercih edilmiştir. TTK' da da kooperatifler, ETK md. 136 hükmünde olduğu gibi ticaret şirketleri arasında sayılmıştır (TTK md. 124 (1)). TTK döneminde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda kooperatiflerin niteliği yapı kooperatifleri açısından ele alınarak ve kooperatiflerin tacir niteliğini haiz olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹². KK' da kooperatifin niteliği hususunda yapılan değişiklik ve TTK md. 124 hükmünde kooperatiflerin hala ticaret şirketi olarak sayılması, kooperatiflerin tacir olarak değerlendirilmesi gerektiğini işaret etmektedir¹³. KK md. 98 hükmü ile Kanun'da düzenlenme bulunmayan hususlarda TTK' nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin uygulanacağına öngörülmesi de bu görüşü desteklemektedir¹⁴. Sonuç itibariyle kooperatifler, ticaret şirketlerinden farklı olarak kazanç elde etme ve bunu paylaşma amacı taşımasa da ekonomik bir amaç gütmektedirler¹⁵.

Yargıtay'ın konuya ilişkin 12.11.2021 T. ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı' nda¹⁶ özetle "1163 sayılı Kooperatifler Kanunu' nun 1. maddesinde kooperatif tüzel kişiliğinin niteliğinin "ortaklık/şirket", şeklinde belirlendiği; kooperatiflerin 1163 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer aldığı üzere bazı ekonomik yararlar etrafında bir araya gelen gerçek/tüzel kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliğe sahip bir şirket/ortaklık olarak tanımlanabileceği; 1163 sayılı Koope-

¹¹ KIRCA, s. 12.

¹² KIRCA, s. 15-16.

¹³ BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s.1; KIRCA, s. 19 vd.

¹⁴ BAHTİYAR, s. 2.

¹⁵ BAHTİYAR, s. 1.

¹⁶ YİBGK, 12.11.2021 T., 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>, ET. 10.01.2024.

ratifler Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca bu Kanun'da yer alan hususlardan ileri gelen hukuk davalarının, tarafların tacir niteliğini haiz olup olmadıklarından bağımsız olarak ticarî dava sayılacağı; TTK' nın 4. maddesinde yer alan ve mutlak ticarî dava olarak nitelendirilen davaların kapsamına 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu' nda düzenlenen hususlardan ileri gelen davaların da dahil olduğu; TTK md. 16/1 hükmü ile ticaret şirketlerinin tacir sayıldığı; TTK md. 124/1 hükmü uyarınca da ticaret şirketlerinin kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu, bu kapsamda TTK md. 125 uyarınca tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin Kanun'un 16/1. maddesi gereğince tüzel kişiliği ticaret siciline tescil kazandıkları ve bu suretle tacir sıfatına da sahip oldukları; bu hususun 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 7. maddesinde de düzenlendiği; kooperatiflerin ticaret siciline tescille birlikte tüzel kişilik kazanacakları; gerçek kişilerin tacir niteliğini düzenleyen TTK md. 12/1'deki koşulların ticaret şirketleri açısından aranmayacağı; ticaret şirketlerinin tacir niteliğini haiz olması yönünden tek koşulun, TTK md. 124/1'de belirtilen ticaret şirketlerinden biri olarak tüzel kişiliğe sahip olmaları olduğu; her bir ticaret şirketinin, başkaca bir koşul aranmadan tacir sıfatını kazanacağı; diğer bir deyişle, ticaret şirketlerinin tacir niteliğini kazanması bakımından TTK md. 124/1'de sayılan şirket türlerinden birine uyularak tüzel kişilik kazanması dışında, gerçek kişi tacirlere özgü" bir koşul olan ticari bir işletmenin işletilmesi koşulunun aranmayacağı" ifade edilmektedir.

II. KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE ORTAKLIK PAYI VE ORTAKLIK OAYI DIŞINDAKİ ÖDEMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kooperatifler belirgin özelliklerinden biri değişir ortaklı olmasıdır. Kooperatiflerde ne pay yeri ne de ortak sabittir. "Açık kapı ilkesi"¹⁷ benimsenmiş olduğundan; kooperatiflerde ortak sayısı değişebilmekte ve

¹⁷ Kooperatiflerin amacı ortakların girişi ve çıkışı açısından ona bir özellik verir. Kooperatiflerin kapısı, ekonomilerini geliştirmek isteyenlere, sağlama ve korunmaya gereksinim duyanlara kapatılmaz. Kooperatifler belli sayıda kişilerin bir araya gelip kar elde etmek amacı ile sermayelerini birleştirdikleri bir kurum değildir., TEKNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.960.

kooperatife giren ve kooperatiften çıkan ortaklara bağlı olarak kooperatifin sermaye miktarı da değişmektedir. Kooperatifin sermayesi her giren ortak ile kendiliğinden artar, çıkan ortakla da kendiliğinden azalır¹⁸.

Kooperatiflerin sermayesi payların toplamından oluşur. Sermaye pay tutarlarına bölünmüştür¹⁹. Anonim ve limited şirketlerden farklı olarak kooperatiflerde sermaye, sabit değil değişken bir niteliği haizdir²⁰. Sermaye miktarı sınırlandırılarak kooperatif kurulamaz. Kooperatiflerde giriş ve çıkışın serbest olması sebebiyle ortak sayısına paralel bir şekilde sermaye miktarı da değişmektedir. Bu özellik ana sözleşmede ortaklar için belirli bir sayının saptanmasını da geçersiz kılar²¹.

Sermaye bazı kooperatifler için oldukça büyük bir önemi haiz olmakla birlikte, yapı kooperatifleri gibi bazı kooperatifler bakımında sembolik bir değer taşımaktadır²². Bu tür kooperatiflerde ortaklarca ödenen sermaye payı (ortaklık payı); ortağın kooperatife ödemesi gereken konut taksitleri, arsa payı ödemeleri ve ara ödemelerin karşısında oldukça düşük kalmakta ve hatta önemini kaybetmektedir²³.

Kooperatiflerde ortak sıfatı, kurucular tarafından kooperatifin kurulması anında aslen kazanılmakta, kooperatifin kuruluşundan sonra ortak olarak kooperatife girmek isteyenlerin ise yönetim kuruluna başvurusu gerekmektedir. Ortak olmak isteyen bu kişiler kooperatif ana sözleşmesi hükümlerini bütün hak ve borçlarıyla beraber kabul ettiklerini belirten bir yazı ile kooperatif yönetim kuruluna başvurmalıdır (KK md. 8/I). Başvuru yazılı yapılmalıdır. Kooperatifin ortaklarına kişisel bir sorumluluk veya ek ödemeler yüklemesi halinde başvuruda bu yükümlülüklerin kabul edildiğinin de açıkça belirtilmesi gerekir²⁴.

¹⁸ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.950.

¹⁹ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950.

²⁰ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950.

²¹ Ortak sayısının belirlenememesi, ortak sıfatının kazanılmasının bazı şartlara bağlanamaması anlamına gelmez. Ana sözleşme ile ortak olabilmenin şartlarını öngörülebilir., TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950.

²² KAÇAK, Nazif, **Konut Yapı Kooperatifleri**, Seçkin YAYINCILIK, Ankara 2004, s.49.

²³ CAN, Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C.11, S.1-2, s. 73.

²⁴ TOPALOĞLU, s. 652.

Ortak olmak talebiyle kooperatife başvuran kişileri kabul yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulunun, ortak olmak talebiyle başvuran kişilerin ana sözleşmede yer alan ortaklık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını incelemesi gerekir (KK md. 8/II). KK da yönetim kurulunun kabul beyanının şekline dair herhangi bir hüküm öngörülmemekte ancak kabul beyanının başvuran kişiye bildirmesi kuralına yer verilmektedir²⁵. Kabul beyanının örtülü olması da mümkündür²⁶. Başvuruya ilişkin olumlu bir karar alınmasa veya karar başvurana tebliğ edilmese de başvurudan sonra başvuran ile kooperatif arasında bir hukuki ilişki başlamışsa başvuran kişinin kooperatife zımnen ortak olarak kabul edildiği çıkarımı yapılması mümkündür²⁷.

Ortak sayısı bazı kooperatiflerin niteliği nedeni ile sınırlandırılabilir²⁸. Yapı kooperatiflerinde yönetim kurulu ortak olmak talebiyle yapılan başvuruları kabul etme konusunda serbestliğe sahip değildir. Kanunda yapı kooperatiflerinde ortak sayısının genel kurul tarafından belirleneceği öngörüldüğünden yönetim kurulu kararlaştırılan sayıyı aşacak şekilde kooperatife ortak kabul edemez²⁹. (KK. md. 8/III)

KK. md. 19' da «ortaklık payları, başlığı altında tüzel kişi ortaklığın ana unsuru sermayeyi oluşturması bakımından «kooperatife giren her şahıstan en az bir ortaklık payı alınması» zorunluluğu getirilmiştir. Kooperatif ortaklık payının kural olarak para borcu taahhüdü şeklinde olacağı öngörülmüştür. Ancak ana sözleşme ile aynı nitelikte sermaye konması kabul edilebilir. (KK. md.20)

Daha evvel de bahsedildiği üzere, konut yapı kooperatifi ve daha birçok kooperatifte sermaye unsuru önemini kaybetmiştir. Kooperatifler kazanç paylaşma amacı ile kurulmazlar. Ancak, ekonomik menfaatin

²⁵ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 615.

²⁶ Y. 11. HD., 11.5.1988, E.1641/K.3240, ERİŞ, Gönen, **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 280-281.

²⁷ COŞKUN, Mahmut, **Kooperatifler Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 125-126.

²⁸ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.961.

²⁹ Yapı kooperatiflerinde arsa ve kat olanakları sınırlı olduğu için kanun koyucu böyle bir sınırlamayı emredici olarak düzenlemiştir., TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.961.

temin edilebilmesi yine de ekonomik bir birikime ihtiyaç olduğunu gösterir ve böyle bir birikim olmadan kooperatifin amacının gerçekleşmesi mümkün olmaz³⁰. KK ekonomik birikimin önemini öngörerek sermayeyi kooperatif ve diğer ticaret şirketlerinin asli unsuru kabul ederek düzenlemelerini bu doğrultuda yapmıştır³¹.

Ancak özellikle konut yapı kooperatiflerinde gelişme farklı yönde olmuştur. Konut yapı kooperatiflerinde KK md. 19 hükmü ile bir pay bedelinin en az 100 TL olması ve en çok 5.000 pay taahhüt edilebilmesi zorunluluğu karşısında, ortaklar tarafından genellikle birden fazla pay taahhüt edilmektedir. Örneğin, yük ortaklı ve bir pay ile 5.000.000 TL sermayeli konut yapı kooperatifinin, her biri yaklaşık 5.000.000 TL' ye mal olacak konutların yapımının tamamlaması mümkün değildir. Bu halde daha kuruluşta, KK md. 63 hükmü doğrultusunda kooperatifin aczi gündeme gelecektir. Çünkü söz konusu hüküm bilançoya göre gelir gider farkına dayalı olarak kooperatif mevcudunun borçlarını artık karşılamayacağını ifade ediyorsa iflas sonucu dağılma koşullarını düzenlemektedir³².

Konut yapı kooperatiflerinde sermayenin fonksiyonel olmaması neticesinde kooperatifin amacı ortaklık payı dışındaki ödemeler ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır³³. Ortaklık payı dışındaki ödemeler de kooperatif ortağının ortaklığının bir parçasını oluşturur³⁴. Kooperatif ortaklığı sadece bay bedellerini değil, aynı zamanda ortağın kooperatife yatırdığı ortaklık payı dışındaki ödemeleri de kapsar. Nitekim kooperatif-

³⁰ ÖZMEN, E. Saba, "Kooperatifler Kanunu Değişikliği ve Yeni Örnek Anasözleşmeler Karşısında Türk Borçlar ve Ticaret Hukuku Açısından Konut Yapı Kooperatiflerinde Ortaklık Payı Dışındaki Ödemelerin Hukuki Niteliği İle Bu Borçlarda Temerrüdün Hüküm ve Sonuçları", **TBB Dergisi**, Y. 1990, S. 4, s. 524.

³¹ ÖZMEN, s. 524.

³² ÖZMEN, S. 524-525.

³³ ÖZMEN, s. 525.

³⁴ Kooperatiflerde kooperatif ortaklığı ile ortaklık payı birbirinden farklı kavramlardır. Kooperatif ortaklığı bir ortağın kooperatifte sahip olduğu ortaklık mevkiinin adıdır ve ortağın sahip olduğu ortaklık paylarının tümünden ve ortağın ödediği ortaklık payı dışındaki ödemelerin sağladığı haklardan oluşur ve bir bütün teşkil eder., TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 954.

lerde amacı elde etmek için kendisinden yararlanan araç sermaye değil, karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalettir³⁵.

Ortaklık payı dışındaki ödemeler kanundan doğmaktadır. Bu nedenle ortaklık payı dışındaki ödemeler için ek ödeme yükümlülüklerinde olduğu gibi ana sözleşme ile kararlaştırılması şartı olması gerektiği ileri sürülemez. Çünkü ek ödeme yükümlülükleri bakımından ana sözleşme ile kararlaştırılmış olma şartı bizzat kanun tarafından öngörülmüştür³⁶.

Ortaklık payı dışındaki ödemelerin niteliği irdelendiğinde ise çeşitli şekillerde ortaya çıktıkları görülür. Çeşitli isimlerle adlandırılmakla beraber sermaye payı olarak değerlendirilmeyen “giriş aidatı” veya “kayıt ücreti” adı altında kooperatife giriş esnasında ortaklardan belirli bir miktar para talep edilmekte ve toplanmaktadır³⁷.

Bu ödeme genellikle, kooperatifin kuruluştaki önemli güçlükleri geride bırakarak amacına ulaşmak için önemli bir aşama kaydetmesi nedeniyle gündeme gelmektedir. Böylece, kurucular ve ilk ortaklar bakımından söz konusu olmayan bu ödeme, kooperatife daha sonra ortak olmak isteyen kişilerin kooperatife girmeleri esnasında gündeme gelmektedir. Genel kurulca belirlenen giriş aidatının ödenmesi koşuluyla kooperatife yeni ortak kabul edilebileceği yönünde karar alınabilir³⁸. Geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte bu bedelin mevcut ortakların (ortaklık payı, ortaklık payı dışındaki ödemeler ve ek ödeme yükümlülüğü) yapmış olduğu ödemelerin nominal değeri ile değil rayiç değeri (gerçek değer) hesaplanmak suretiyle ödenmesi gerekir³⁹.

Konut yapı kooperatiflerinde ortaklardan çoğunlukla periyodik olarak belirli miktarda aidat toplanmaktadır. Bu konuda KK da yer alan düzenlemelerin yetersiz olması uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıklar dikkate alınarak isabetli bir şekilde konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşmesinde ortaklık payı dışındaki ödemelerle ilgili düzenlemelere yer verilmiş-

³⁵ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950.

³⁶ ÖZMEN, s. 525.

³⁷ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950 vd.

³⁸ ÖZMEN, s. 526.

³⁹ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 950 vd.

tir. Buna göre, örnek ana sözleşmeye «ortaklar, taahhüt ve tediye ettikleri ortaklık payı bedelleri dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak miktarlardaki, arsa, alt yapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorundadırlar» hükmü konulmuştur (m. 21). Görüldüğü gibi, çeşitli amaçlarla toplanması mümkün olan bu ödemelerin taksitle ödeneceği belirtilmiştir. Düzenleme genel hükümler karşısında değerlendirilecek olursa bir nevi borcunun parça parça ödenmesinin taksit oluşturacağı söylenebilir⁴⁰.

Ortaklık payı dışındaki ödemeler bakımından genel bir değerlendirme yapmak gerekirse bu ödemeler gerektiğinde ani edim niteliğinde bir defada yerine getirilecek şekilde belirlenebileceği gibi düzenli veya düzensiz aralıklı edim niteliğimde de belirlenebilir⁴¹.

III. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ KOOPARATİFLER BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. Sermayenin İadesi Yasağı

Anonim şirketler sermaye şirketi niteliğini haiz olmasından dolayı borçları nedeniyle alacaklılarına karşı tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur. (TTK md. 329/1) Şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilmek için başvurabilecekleri yegâne kaynak şirket malvarlığıdır. Bu nedenle TTK ile sermayenin korunması ilkesi kapsamında birçok hüküm öngörülmüştür. Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasını yasaklayan TTK md. 358, sermayenin pay sahiplerine iadesini yasaklayan TTK md. 480/3 ve sermaye için faiz ödenmesini yasaklayan TTK md. 509/1 hükümleri anonim şirketlerde sermayeyi korumaya ilişkin hükümlerdir⁴². Söz konusu hükümlerde amaç, şirkete sermaye olarak getirilen kaynakların şirket içerisinde kalmasını (korunmasını) sağlamaktır⁴³.

⁴⁰ ÖZMEN, s. 527.

⁴¹ ÖZMEN, s. 527-528.

⁴² PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 277.

⁴³ ATAMULU, İsmail; YÜCE, Aydın Alber, "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlanması", **TFM**, Y. 2021, S. 7, s.214. (213-237)

Anonim şirketlerde sermayenin korunması temel ilkelerden biridir. Şirket alacaklılarının alacakları bakımından sahip oldukları yegâne güvence şirket malvarlığı olduğu gibi şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli kaynak da sermaye ile sağlanır. Sermayenin pay sahiplerine iadesi, sermayenin zayıflamasına neden olacağı için yasaktır. Pay sahipleri de şirkete sermaye olarak getirdikleri tutarları geri isteyemezler. Ayrıca bu tutarlar için faiz de ödenemez. Hatta pay sahiplerinin şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye borçlarını ödeyebilmek için muvazaalı olarak, görünürde bir işlem ile finanse edilmeleri dahi sermayenin iadesi anlamına gelir⁴⁴.

Yasal koşullar oluşmadan pay sahiplerinin şirkete borçlanması, ödenmiş sermayenin iadesi veya getirilen sermaye için faiz ödenmesi, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli kaynaklar üzerinde şirketin tasarruf imkânını azaltır ya da ortadan kaldırır.

Anonim şirket pay sahiplerinin şirkete getirmeyi taahhüt edip de ödedikleri sermaye paylarının, pay sahiplerine geri verilmemesine ilişkin yasak, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye payını ifa borcundan kurtarılamayacağı prensibinin (ibra yasağı) yansımasıdır. Çünkü her anonim şirket en az belirli bir tutarda sermayeyi pay sahiplerinden almak ve işletme konusunu gerçekleştirmek için bu sermayeyi korumak zorundadır⁴⁵. Şirketin pay sahiplerini sermaye borcundan kurtarması ise sermayenin korunması ilkesinin ihlâlidir. Ödenmiş sermayenin pay sahiplerine iadesi de de söz konusu ihlâlin bir örneğidir.

Sermayenin pay sahiplerine iadesini yasaklayan TTK m. 480/3 hükümüne göre, pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemez. Pay sahipleri şirkete nakit ya da ayın vermiş olabilir. Madde metninde verilenlerin niteliği bakımından bir ayırım öngörülmemiştir. Bu nedenle nakit ya da ayın niteliğine bakılmaksızın pay sahiplerince şirkete verilen sermaye payının iadesi yasaktır. Bu yasak iki taraflıdır.

⁴⁴ ERYİĞİT, Harun, **6102 Sayılı TTK Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık**, İstanbul 2020, s. 150 vd.

⁴⁵ DOĞAN, Beşir Fatih, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", **TBB Dergisi**, Y. 2005, S.56, C. 18, s. 48.

Bir yandan pay sahibinin ödediği tutarların iadesini talep etmesi; diğer yandan şirketin bu tutarların iadesi sonucunu doğuracak işlemler yapması yasaklanmıştır⁴⁶.

TTK md. 480/3 hükmü emredici niteliktedir: “Pay sahipleri, sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler”. Yasak şirket varlığını devam ettirdiği sürece geçerlidir. Şirketin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda ise pay sahiplerinin tasfiye payı hakları bulunmaktadır. Ayrıca TTK md. 391/1-b ve md. 447/1-c hükümlerinde sermayenin korunması ilkesine aykırı kararların batıl olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

B. Sermayenin İadesi Yasağının Kooperatiflerde Uygulanabilirliği

KK md 98 de “Bu Kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu’ ndaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir.

TTK md. 124’te de kanun koyucu kooperatifleri bir şahıs veya sermaye şirketi olarak nitelendirmemiştir. Böyle bir nitelendirme yapmak olanaksızdır. Zira kooperatifler ne şahıs ne de sermaye şirkettir, kooperatifler; emek, sermaye, dayanışma ve kefalet unsurlarının birleşimi olan kendine özgü şirketlerdir. TTK md. 124 ün 1. ve 2. fıkraları çelişkilidir. Kooperatifler limited, anonim, komandit ve kollektif şirketler arasında sayılmış ancak şahıs veya sermaye şirketleri arasında sayılmamıştır. Ancak bu durum kooperatiflerin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde belirleyici bir kriter değildir. KK md. 98 nedeniyle, kooperatiflerin de anonim şirketler gibi sermaye şirketi olduğu dahi düşünülebilir. Kooperatiflerin kendine özgü bir şirket türü olarak şahıs veya sermaye şirketleri arasında sayılmaması ticaret şirketi niteliğini etkilememektedir⁴⁷.

Sosyal amaçlarla kurulan kooperatifler zayıf sermaye yapısına sahiptirler⁴⁸ ve kanaatimizce anonim şirketler bakımından TTK da yer alan

⁴⁶ ATAMULU/YÜCE, s. 214- 215.

⁴⁷ KIRCA, s. 22-23.

⁴⁸ AYDIN, Sema; KAPLAN, Hasan Ali, “Yargıtay’ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, **NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2022, S.1, s. 205. (193-216)

sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin doğrudan kooperatiflere uygulanması kooperatiflerin amaçlarına uygun düşmeyecektir.

Bununla birlikte anonim şirketlere ilişkin hükümler, kooperatiflere ilişkin hükümlere nazaran daha ayrıntılı, sistemli bir bütünlüğe sahip olan ve uygulama geleneği oluşmuş hükümler olduğundan kooperatifleri hâkimiyetleri altına alabilecek özelliktedir. Bu sebeplerle kooperatiflerin niteliği ile bağdaşmayan anonim şirket hükümlerinin kooperatiflere doğrudan uygulanmaması gerekmektedir⁴⁹.

Bu kapsamda sermayenin korunmasına ilişkin anonim şirketlere ait sermayenin iadesi yasağı hükümlerinin de doğrudan kooperatiflere uygulanması kooperatiflerin amacı ile bağdaşmayacaktır.

C. Konut Yapı Kooperatiflerinde Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler Sermayenin İadesi Yasağı Kapsamında mıdır?

Konut yapı kooperatifleri ortaklarının konut edinme ihtiyacını sağlamak amacıyla kurulmaktadır⁵⁰. Bu kooperatiflerin her bir ortağı da bu amacı gerçekleştirmek için gereken aracı, karşılıklı yardımlaşmasıyla, dayanışmasıyla sağlamaktadır⁵¹. Daha evvel bahsedildiği üzere konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşmesinde ortaklık payı dışındaki ödemelerle ilgili olarak ortakların taahhüt ve tediye ettikleri ortaklık payı bedelleri dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak miktarlardaki, arsa, altyapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorunda olduğu hükmüne yer verilmiştir⁵².

Konut yapı kooperatiflerinde ortakların kooperatife yaptıkları tüm ödemeler ortaklık payı olarak nitelendirilemeyeceği gibi arsa, altyapı, inşaat gider taksitleri olarak yapılan ödemelerin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Or-

⁴⁹ DERYAL, Yahya, (KARAHAN, Sami, Editör), **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 827.

⁵⁰ KAÇAK, s. 33.

⁵¹ POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin), **Ortaklıklar Hukuku**, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 590.

⁵² ÖZMEN, s. 527.

taklık payı ile diğer ödemelerin ayırdedilmesi ve ferdileştirme kapsamında değerlendirilmesi gereken ödemelere sermayenin iadesi yasasına ilişkin anonim şirket hükümlerinin uygulanmaması gerekir.

Ortaklarının konut edinme ihtiyacını sağlamak amacıyla kurulan konut yapı kooperatifi ile ortağı arasında kurulan hukuki ilişki, ortağa, bu hukuki ilişkiden doğan yükümlülüğün ifa edilmesini talep etme yetkisi verir⁵³. Kooperatifler içe dönük bir kişi birliğidir. Amacı kendi ortaklarının ekonomilerini geliştirmektir. Bu nedenle kooperatif tüzel kişiliği üçüncü kişilerle değil kendi ortakları ile işlem yapar. Bu kural kooperatifin niteliğinin doğal sonucudur. Bu bakımdan kooperatiflerin istisnalar haricinde ortak olmayanlarla işlem yapması yasaktır⁵⁴.

Kooperatiflerin çalışma konularını gerçekleştirebilmek ve amacını elde etmek için yapmaya zorunlu olduğu işlemler (arsaların, tesislerin, makinelerin alınması, yerlerin kiralanması, taşıma anlaşmaları yapılması...) üçüncü kişilerle yapılır ancak ortak dışı işlem değildir⁵⁵. Ortak dışı işlem, ortaklarla yapılan ve ortakların ekonomilerinin gelişmesine, yani sağlama ve korumaya yönelmiş işlemlerin, ortak olmayanlarla yapılması demektir. İstisnai olarak ortak dışı işlemlere de izin verilir ve hatta bu işlemlerde zorunluluk vardır. Önemli olan ölçüyü aşmamak ve kâr amacına yönelmemektedir⁵⁶.

KK md. 23 uyarınca *"ortaklar bu kanunun kabul ettiği esaslar dahilinde hak ve vecibelerde eşittir."* Bu ilke ortaklarla ilgili her konuda kooperatif ile ortaklık ilişkisi açısından göz önünde bulundurulması gereken temel bir ilke olarak görülmektedir.

Kooperatifin diğer ortaklara konutlarını teslim ederek adlarına tescilin sağlanması için gerekli işlemleri yapması ancak aynı şartlarda bulunan ve tüm ödemelerini eksiksiz yerine getirmiş olan ortaklardan bir

⁵³ ARIDEMİR, Arzu Genç, "Konut Yapı Kooperatiflerinin Bağımsız Bölümlerinin Zilyetliğini ve Mülkiyetini Devretme Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğunun Belirlenmesinde Eşitlik İlkesinin İşlevlerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *YÜHFD*, C. XVIII, Y. 2012, S. 2, s. 779. (765-780)

⁵⁴ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 952.

⁵⁵ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 952.

⁵⁶ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 952-953.

veya birkaçına konutlarını teslim etmemesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca ortaklara teslim edilmesi gerekirken teslim edilmeyen konutların kooperatife dolayısıyla iflas masasına ait bir malvarlığı olarak kabul edilmesi halinde, kooperatif dolayısıyla da kooperatifin diğer ortakları haksız menfaat temin etmiş olacaklardır. Zira kooperatifin malvarlığı olarak kabul edilen (tüm ödemelerini eksiksiz yerine getirmiş ortağa teslim edilmeyen) konutun satış bedeli ile kooperatifin borçları ödenebilecek ya da bu bedel tasfiye sonucunda ortaklara dağıtılabilecektir.

Kanaatimizce sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümler kooperatifler bakımından doğrudan uygulanmamalı, uygulanması gerektiği kabul edilse bile konut yapı kooperatiflerinde ortaklık payı ve ortaklık payı dışındaki ödemeler bu yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

SONUÇ

Konut yapı kooperatiflerinde sermayenin fonksiyonel olmaması neticesinde kooperatifin amacı ortaklık payı dışındaki ödemeler ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır⁵⁷. Ortaklık payı dışındaki ödemeler de kooperatif ortağının ortaklığının bir parçasını oluşturur⁵⁸. Kooperatif ortaklığı sadece bay bedellerini değil, aynı zamanda ortağın kooperatife yatırdığı ortaklık payı dışındaki ödemeleri de kapsar. Nitekim kooperatiflerde amacı elde etmek için kendisinden yararlanan araç sermaye değil, karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalettir.

Bu kooperatiflerde ortaklardan çoğunlukla periyodik olarak belirli miktarda aidat toplanmaktadır. Bu konuda KK da yer alan düzenlemelerin yetersiz olması uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıklar dikkate alınarak isabetli bir şekilde konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşmesinde ortaklık payı dışındaki ödemelerle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, örnek ana sözleşmeye «ortaklar, taahhüt ve tediye et-

⁵⁷ ÖZMEN, s. 525.

⁵⁸ Kooperatiflerde kooperatif ortaklığı ile ortaklık payı birbirinden farklı kavramlardır. Kooperatif ortaklığı bir ortağın kooperatifte sahip olduğu ortaklık mevkiinin adıdır ve ortağın sahip olduğu ortaklık paylarının tümünden ve ortağın ödediği ortaklık payı dışındaki ödemelerin sağladığı haklardan oluşur ve bir bütün teşkil eder., TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s. 954.

tikleri ortaklık payı bedelleri dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak miktarlardaki, arsa, alt yapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorundadırlar» hükmü konulmuştur (m. 21).

KK md 98 de “Bu Kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu’ndaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir.

Ancak konut yapı kooperatiflerinde ortakların kooperatife yaptıkları tüm ödemeler ortaklık payı olarak nitelendirilemeyeceği gibi arsa, alt yapı, inşaat gider taksitleri olarak yapılan ödemelerin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ortaklık payı ile diğer ödemelerin ayırılması ve ferdileştirme kapsamında değerlendirilmesi gereken ödemelere sermayenin iadesi yasağına ilişkin anonim şirket hükümlerinin uygulanmaması gerekir.

KAYNAKÇA

- ARIDEMİR, Arzu Genç, “Konut Yapı Kooperatiflerinin Bağımsız Bölümlerinin Zilyetliğini ve Mülkiyetini Devretme Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğunun Belirlenmesinde Eşitlik İlkesinin İşlevlerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, C. XVIII, Y. 2012, S. 2, (s. 765-780).
- ATAMULU, İsmail; YÜCE, Aydın Alber, “Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlanması”, **TFM**, Y. 2021, S. 7, (s. 21-237).
- AYDIN, Sema; KAPLAN, Hasan Ali, “Yargıtay’ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, **NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2022, S.1, (s. 193-216).
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- CAN, Mustafa Erdem, “Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C.11, S.1-2, (s. 71 -95).
- COŞKUN, Mahmut, **Kooperatifler Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- DERYAL, Yahya, (KARAHAN, Sami, Editör), **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2012.
- DOĞAN, Beşir Fatih, “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, **TBB Dergisi**, Y. 2005, S.56, C. 18.

- ERÇİN, Ferhat, **Türk Hukukunda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri**, D&R Yayınları, İstanbul 2004.
- ERİŞ, Gönen, **Uygulamalı Kooperatifler Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998.
- ERYİĞİT, Harun, **6102 Sayılı TTK Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KAÇAK, Nazif, **Konut Yapı Kooperatifleri**, Seçkin YAYINCILIK, Ankara 2004.
- KIRCA, İsmail, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?", **BATİDER**, c. XXXIII, S.2, (s. 5-25).
- ÖZMEN, E. Saba, "Kooperatifler Kanunu Değişikliği ve Yeni Örnek Anasözleşmeler Karşısında Türk Borçlar ve Ticaret Hukuku Açısından Konut Yapı Kooperatiflerinde Ortaklık Payı Dışındaki Ödemelerin Hukuki Niteliği İle Bu Borçlarda Temerrüdün Hüküm ve Sonuçları", **TBB Dergisi**, Y. 1990, S. 4, (s. 515-542).
- POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin), **Ortaklıklar Hukuku**, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ŞİMŞEK, Edip, **Kooperatif Ortaklıklar**, Yonca Matbaası, Ankara 1981.
- TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- TOPALOĞLU, Mustafa, "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", **YÜHFD**, C. XVIII, S. 2, (s. 645-665).

SİGORTA HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YÖNTEMİYLE ÇÖZÜMÜ

Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM*

ÖZET

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden biri sigorta tahkimidir. Sözleşme hukukunun konusu olması nedeniyle sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar temel olarak adli yargı sisteminde ele alınmaktadır. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması gibi nedenler, adli yargıya taşınan uyuşmazlıklarda sigortalıların mağduriyetine neden olabilmektedir. Zararın telafisi uzun zaman aldığından, mevcut durum sigortanın var olma amacına da aykırılık teşkil etmektedir. Sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin tüm bu sorunlar karşısında kanun koyucu birçok hukuk sisteminde var olan, uyuşmazlıkların etkin, hızlı ve daha düşük maliyetle çözüme kavuşturulmasını hedefleyen alternatif çözüm yollarından birisi olarak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu kapsamında tahkim müessesesini düzenlemiştir. Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi hükmüyle Türkiye Sigorta ve Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulan tahkim komisyonuna başvuru olarak çözüme kavuşturulabileceği düzenlemiştir. Buna ek olarak, Sigortacılık Kanunu'nun 30.maddesine istinaden Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan "Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik" ile de bu sisteme ait hususlar düzenleme altına alınmıştır.

Sigorta davalarının bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kurulmuş Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesi, davaların hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlanmasına büyük katkı sağlamakta ve başvuranlar açısından önemli avantajları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle tahkim yargılamasının etkinliğinin güçlendirilmesi, hem yargılama sistemi hem de taraf menfaatleri açısından son derece önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda sigorta tahkim sis-

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ilknuruluk@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5419-8302.

teminin işleyişine ilişkin değerlendirme yaptıktan sonra uygulamada karşılaşılan sorunlar belirtilip çözüm yolları anlatılacaktır.

Anahtar kelimeler: Sigorta Tahkim, Sigorta Tahkim Yargılama Usulü, Sigorta Hakemi, Sigorta Tahkim Komisyonu, Tahkim Usulü.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR DISPUTES ARISING FROM INSURANCE CONTRACTS

ABSTRACT

One of the methods is insurance arbitration. Being a subject of contract law because disputes arising out of insurance contracts are mainly judicial in nature. judicial system. However, specialization in the field of insurance lack of courts, the judicial process is time-consuming and costly such as the fact that, in disputes brought to the judicial jurisdiction, the insured may cause victimization. As it takes a long time to recover the damage, The current situation also contradicts the purpose of the existence of insurance.

In the face of all these problems related to insurance disputes, the legislator has the legal system is a system that is designed to resolve disputes efficiently, quickly and at a lower cost. as one of the alternative remedies aiming to resolve Law No. 5684 regulates arbitration under the Insurance Law.

Pursuant to Article 30 of the Insurance Law, Turkey Insurance and Reinsurance and the arbitration commission established within the Association of Pension Companies can be resolved by recourse to the courts. In addition to this, By the Undersecretariat of Treasury pursuant to Article 30 of the Insurance Law "Regulation on Arbitration in Insurance", which was enacted by the "Regulation on Arbitration in Insurance". issues have been regulated. Insurance litigation as an alternative dispute resolution method the Insurance Arbitration Commission, which has been established, to ensure that cases are handled in a fast and efficient manner. contribute greatly to the finalization of the case and are important for the applicants. advantages. For this reason, arbitration proceedings strengthening the efficiency of the judicial system and the interests of the parties is of utmost importance. For this reason, in our study, insurance after making an assessment of the functioning of the arbitration system in practice problems encountered and solutions will be explained.

Key Words: Insurance Arbitration, Insurance Arbitration Procedure, Insurance Arbitrator, Insurance Arbitration Commission, Arbitration Procedure

GİRİŞ

Sigorta uyuşmazlıklarında dava yolunun yanı sıra önemli bir diğer çözüm yolu da sigorta tahkim sistemidir. 14.06.2007 tarihli, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) ile pozitif hukukumuzda girmiş bulunan Sigorta Tahkim Sistemi, 14 Şubat 2008 tarihinde faaliyete geçmiş ve 12.08.2009 tarihi itibarıyla da uyuşmazlık başvurularını kabul etmeye başlamıştır.

Sözleşme hukukunun konusu olması nedeniyle sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar temel olarak adli yargı sisteminde ele alınmaktadır. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması gibi etkenler, adli yargıya taşınan uyuşmazlıklarda sigortalıların mağduriyetine neden olabilmektedir. Zararın telafisi uzun zaman aldığından, mevcut durum sigortanın var olma amacına da aykırılık teşkil etmektedir. Sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin tüm bu sorunlar karşısında kanun koyucu birçok hukuk sisteminde var olan, uyuşmazlıkların etkin, hızlı ve daha düşük maliyetle çözüme kavuşturulmasını hedefleyen alternatif çözüm yollarından birisi olarak Sigortacılık Kanunu kapsamında tahkim müessesesini düzenlemiştir.

Sigorta tahkime ilişkin genel düzenleme 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 30 hükmü ile tek madde altında yapılmış olup Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile sistemin ayrıntıları düzenlenmiştir. Sigortacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ise Hukuk (Usulü) Muhakemeleri Kanunu sigortacılıktaki tahkim hakkında da uygulanır. (S.K.m.30/23)

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta akdinden veya Güvence Hesabı'ndan faydalanan kişiler ile hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur. Bu çerçevede, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi adli yargıda dava açabileceği gibi, ihtiyarî arabuluculuğa, ihtiyarî tahkime, tüketici sorunları hakem heyetine ya da Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmak hususunda seçimlik hakka sahiptir. Ancak uyuşmaz-

lığın mahkemeye veya tüketici sorunları hakem heyetine intikal etmesi hâlinde artık Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yapılamayacaktır.

Sigorta davalarının bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kurulmuş Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesi, davaların hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlanmasına büyük katkı sağlamakta ve başvuranlar açısından önemli avantajları beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda sigorta tahkim sisteminin işleyişine ilişkin değerlendirme yaptıktan sonra uygulamada karşılaşılan sorunlar belirtilip çözüm yolları anlatılacaktır.

I. GENEL OLARAK SİGORTACILIKTA TAHKİM DÜZENLEMESİ

Tahkim bir çeşit alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Yargı erkinin yavaşladığı zamanlarda, insanlar mevcut uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla çeşitli yollar aramışlardır. Bu arayışın sonucunda tahkim kurumu meydana gelmiş ve günümüze kadar da varlığını sürdürmüştür¹. Yani hakkı bir başkası tarafından ihlal edilenlerin bu haklarına kavuşabilmelerinin hukuki açıdan tek yolu devlet mahkemelerinde bir dava ikame etmek değildir. Uyuşmazlığa düşen kişiler tahkim kurumuna giderek de hakemler önünde, aynı hakimler gibi, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesini sağlayabilirler².

ahkim kavramının tanımı konusunda ise çeşitli yorumlar mevcuttur. Bu tanımlardan ilki şu şekildedir: "Bir hak sebebiyle uyuşmazlığa düşmüş tarafların, uyuşmazlığın çözümünü karşılıklı anlaşmak yoluyla özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu kişi veya kişilerce tetkik edilerek karara bağlanmasına tahkim denir"³. Bir başka tanıma göre: "Taraflar arasında çıkmış veya çıkabilecek belirli bir uyuşmazlığın, devlet yargısı dışında, taraflarca seçilmiş özel kişiler vasıtasıyla kesin karara bağlanmasını ifade eder"⁴.

¹ Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s.2.

² Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Ankara 1997, s.28 vd, Görgün, Levent Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/ Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018, s.765-766.

³ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014, s.771.

⁴ Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.17.

Tahkim, hukuki yapısı, unsurları, örgütlenme biçimi açılarından çeşitli tasniflemelere ve düzenlemelere tabi kılınmıştır. Gerek taraflar gerekse uyuşmazlık konusu itibarıyla, belli bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalan ve herhangi bir yabancı hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan tahkim türü olan ulusal (iç) tahkim, hukukumuzda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hükümlerine tabidir⁵. Milletlerarası ticari ilişkilerle ve milletlerarası hukuk düzenlemeleriyle ilgili olan ve içinde yabancılik unsurunu barındıran uluslararası (milletlerarası) tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) düzenlenmiştir. Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen tahkim sistemine göre yabancılik unsuru içerip içermediği önem arz etmeksizin tüm sigorta sözleşmeleri için başvurulur⁶.

Ülkemizde ise sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen sigorta şirketi arasındaki sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için, 03.06.2007 tarihi itibarıyla 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle sigorta tahkim uygulaması Türk Hukuk Sistemine girmiştir. 5684 sayılı Kanunun 30. maddesinde düzenlenen "Sigortacılıkta Tahkim" sistemi ile sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim yoluyla çözülebilmektedir. Buna ek olarak, kanunun 30.maddesine istinaden Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan "Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik" (STİY) ile de bu sisteme ait bazı hususlar düzenleme altına alınmıştır. Türkiye'de Sigorta Tahkim Komisyonu 2009 yılı ilk yarısında kurulmuş, 2009 yılının ikinci yarısında başvuru almaya başlamıştır.

Sigortacılıkta tahkim usulünü; "Sigortacılık Kanunu kapsamında sigorta ettiren, sigortalı, sigortadan menfaat sağlayan kişiler ve sigorta ettirerek riski/rizikoyu üstlenen sigortacılar arasındaki uyuşmazlıkların

⁵ Karadaş, İzzet, Ulusal Tahkim, Ankara 2013, s. 35.

⁶ Bu hususta doktrinde, sonraki özel kanun niteliğindeki Sigortacılık Kanunu m. 30 hükmünün, yabancı unsurlu meseleler bakımından hariç tutulmadığı, bu nedenle MTK'nın uygulanmasının gerektiği hâllerde de, yani yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda da anılan hükmün geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz: Kabukçuoğlu Özer, Dilek, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s. 496-497.

çözümü için oluşturulan alternatif bir çözüm yöntemi" olarak tanımlayabiliriz⁷.

Sigorta tahkim usulünün bilinen tahkim yargılamasından farkı yoktur. Sigortacılıkta tahkimi diğer tahkim uygulamalarından ayıran en temel özellik, kurumsal yapısıdır. Sigortacılıkta tahkim müessesesini "genel tahkimin sigortacılık için özelleştirilmiş şekli" olarak nitelendirmek mümkündür. Sigorta tahkim usulü, ülkemizde ihtiyaridir. Zorunlu değildir. Sigortacılıkta tahkim müessesesinde her ne kadar sigorta şirketlerinin sisteme üye olması bakımından ve yine başvuruçuların bu yolu seçmesi bakımından ihtiyarilikten bahsedilebilecekse de ilgili mevzuat gereği zorunlu tutulan sigortalar bakımından sigortacı kuruluşların sisteme üye olmasına bakılmaksızın yalnızca başvuruçunun iradesi ile bu yola başvurulabilecektir. (S.K. 30/1)

Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm bulunmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. Yani sigorta sözleşmesinde tahkim şartı bulunmasına gerek yoktur (STİYm.15)⁸.

Uyuşmazlığın Komisyona intikali için uyuşmazlık yaşanan sigorta kuruluşunun kural olarak tahkim sistemine üye olması ve uyuşmazlıkta üyelik tarihinden sonra ortaya çıkması gerekir. Başvurunun komisyona yönlendirildiği hallerde, listeye dahil olan sigorta kuruluşu, sigorta tahkim sözleşmesinde tahkime ilişkin özel bir hüküm bulunmasa dahi, uyuşmazlığın mahkemelerde görülmesi itirazında bulunamaz.

II. SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU

Sigorta Tahkim sistemi, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde teşkilatlanan "Sigorta Tahkim Komisyonu" tarafından yürütülmektedir. Tahkim sisteminin sağlıklı işleyebilmesi ve sigortalıların

⁷ Kayıhan, Şaban/ Bağcı Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 273.

⁸ Kayıhan, Şaban/ Bağcı Ömer, s. 273.

bu sistemin tarafsızlığına güvenmelerini sağlamak amacıyla sigorta hakemliği müessesesi tasarlanmış ve belirli niteliği haiz kişilerin, Tahkim Komisyonu'na başvurarak hakem listesine kaydolmaları sağlanmıştır. Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü için tahkim komisyonuna yapılacak başvuruda, belirli usul ve esaslar çerçevesinde, komisyonca hakem listesinden bir hakem atanır ve uyuşmazlık bu bağımsız ve tarafsız hakem tarafından çözülür. Şu an yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki tahkim gibi Sigorta Tahkimi de ihtiyari tahkim türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁹.

Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilmek için ilk olarak uyuşmazlık yaşanan sigorta şirketine başvurulması ve başvuranın talebinin kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlandığının belgelenmesi gerekmektedir. Tahkim sisteminin fuzuli kullanılmasını engellemek amacıyla başvuruda bulunan sigortalı veya sigorta ettirenden cüzi bir ücret alınmaktadır. (SK 30/13)

Sigorta Tahkim Komisyonu, tahkim komisyonu başkanlığı ile komisyon müdür ve müdür yardımcılarını, büro müdür ve müdür yardımcılarını, raportörler ve diğer çalışanlardan oluşur. Müdür ve müdür yardımcılarını tahkim komisyonu başkanlığı tarafından atanmaktadır. Müdür ve yardımcılarının görevden alınması da atanmasında olduğu gibi komisyon başkanlığı tarafından yapılmaktadır (SK.m.30/5). Tahkim komisyonunun merkezi İstanbul'da olup, komisyon başkanlığında Hazine Müsteşarlığı'ndan bir temsilci, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nden iki temsilci, bir tüketici derneği temsilcisi, Hazine Müsteşarlığına belirlenecek bir akademisyen hukukçu bulunur. Komisyon başkanlığında görev yapan üyeler iki yıl için seçilirler. Bu üyelerin 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3.maddesinin 2. fıkrasının a bendinin dördüncü alt metninde yer alan suçlar nedeniyle hüküm giymemiş, konkordato ilan ve iflas etmemiş olmaları gerekir. (STİY5/4)

STİY m. 6'ya göre, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun görevleri;

⁹ Özdamar, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2 2013, s.833-835.

1.Sigorta Tahkim Komisyonu'nun en önemli görevi kuruluş amacı olan; tahkim sisteminin adil, tarafsız ve tekin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almaktır.

2.Uyuşmazlığın çözümü için sigorta hakemi seçer, gerektiğinde hakem heyeti oluşturulmasının doğru biçimde gerçekleşmesini sağlayacak mekanizmaları kurar ve bunun denetimini sağlar.

3.Sigorta hakem başvurularını değerlendirerek uygun görülenlerin kabulü için durumu müsteşarlığa bildirir ve hakem listesini tutarak, hakem ücretlerini öder.

4.Komisyon müdür ve müdür yardımcılarını atamak, bütçeyi hazırlayarak Birliğe sunmak.

5.Bilgi işlem alt yapısını hazırlamak, gerekli görülen yerlerde büro açmak ve kanun müsteşarlıkça verilen diğer görevleri yapmak.

III. RAPORTÖRLER

Bir sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın Sigorta Tahkim Komisyonu'nda çözülmesi için başvuru yapılması durumunda, başvuru konusu uyuşmazlığa ilişkin ön inceleme yapan kişiye sigorta raportörü denmektedir (STİY.m.4/g).

Sigorta Raportörü, dosya üzerinde "ön inceleme" yapar ancak bu ön inceleme HMK'daki ön incelemeden farklı olup, bir yargılama süreci değildir. Raportör, uyuşmazlık konusu dosya komisyona gelmeden önce; sigorta şirketine başvurulup vurulmadığını, yöntemince başvurulmuş ise uyuşmazlık konusunun ne olduğunu, aynı konuda mahkemeye dava açılıp açılmadığını, uyuşmazlığın Tüketici Hakem Heyeti'ne götürülüp götürülmediğini ilgilinin beyanını esas alarak tespit eder. Dosyada uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan belge ve bilgi eksikliği varsa, bunu taraflara bildirir. Raportörlerce yapılan ön inceleme neticesinde uyuşmazlığın Komisyon nezdinde çözümlenmeyeceğinin anlaşılması veya raportör tarafından dosyanın incelemeye alınmasından önce başvurunun geri çekilmesi hallerinde başvuru tarafından yatırılmış olan başvuru ücretinin yüzde doksanı kendisine iade edilmektedir. Raportör-

ler ön incelemelerini on beş gün içinde tamamlamak zorundadırlar ve tarafların beyanı ile bağılıdırlar. Resen araştırma yetkileri yoktur. Sadece usul incelemesi yaparlar¹⁰.

Raportörler tarafından çözümlenemeyen başvurular sigorta hakemlerine iletilmektedir (SK.m.30/15). Yine Sigortacılık Kanunu'nun 30/7. Maddesine göre uyuşmazlıklar, hayat ve hayat dışı sigorta gruplarının yalnız birinde görev yapmakta olan sigorta hakemleri ve raportörler tarafından çözülür (SK.m.30/7). Sigortacılık Kanunu'nda raportörlerin yargılamadaki görevleri bu şekilde belirtilmiştir. Ancak Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te ise raportörlere kanundaki düzenleme ile karşılaştırıldığında son derece uyumsuz ve kanundakinden farklı görevler de verilmiştir (STİY.m.16/2-6). Bu durum uygulamada ciddi sorunlar yaratmış, raportörlerin kararlarına karşı itiraz mercinin bulunmaması da bazı durumlarda raportörleri hakemlerden daha yetkili hale getirir kararlar verilmesine sebep olmuştur¹¹.

IV. HAKEM VE İTİRAZ HAKEM HEYETİ ATAMALARI

5684 sayılı SK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. Maddesinin "o" bendinde sigorta hakemini; "Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları çözen kişiyi" ifade eder şeklinde tanımlamıştır.

Sigorta tahkim sisteminde uyuşmazlıklar sigorta hakemleri aracılığıyla çözümlenmektedir. Hakemler, hayat ve hayat dışı sigorta gruplarından sadece birinde görev yapabilir (STİY m. 30/7). Hakemler uyuşmazlığın taraflarından ziyade Komisyon Başkanlığı tarafından ve önceden hazırlanmış listeden seçilmek suretiyle belirlenmektedir (STİY m. 30/15).

Sigorta hakemi olmak bakımından aranan şartları sağlayan ve yasaklılık halleri mevcut bulunmayan kişiler bu hususları belgelemek ve Kurum tarafından yapılan sınavda başarılı olmaları üzerine Komisyona

¹⁰ Kayıhan/Bağcı, s.276.

¹¹ Karayazgan, Ahmet, Sigorta Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Çözüm Yolları, Sigorta Davaları, Ankara 2018, s.1635.

başvuracaklardır (STİY m. 13). Sigorta Hakemi tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır. SK'da sigorta hakemlerinin tarafsız olma zorunlulukları m. 30/19 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Sigorta şirketlerinin, reasürans şirketlerinin, sigortacılık yapan diğer kuruluşların, sigorta eksperlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile tüm bu kuruluşlarda mesleki faaliyette bulunanlar ve sigorta eksperleri, sigorta acenteleri ve brokerler sigorta hakemliği yapamaz.

Kanun koyucu sigorta hakemlerinin isimlerinin Komisyon nezdinde tutulacak bir listede kayıt altına alınmasını düzenlemiştir. Hakemlerin uyuşmazlıkları atanması da yine bu listeden gerçekleştirilecek olup anılan liste başka bir ifade ile sigorta hakemleri sicili gibi olacaktır. Kanun koyucu da bu durumu göz önünde bulundurarak SK m. 30/11 hükmünde sigorta hakemlerinin listeden geçici ve kalıcı olarak silinebilecekleri halleri düzenleme cihetine gitmiştir. Gerçekten mezkûr hükümde; sigorta hakemleri bakımından aranan niteliklerin kaybedilmiş olması ya da tarafsızlık ilkesinin aksine davranışlarda bulunulduğunun tespiti halinde sigorta hakemlerinin listeden sürekli olarak silineceği, bir yıl içinde kendisine tevdi edilen dosyaları en çok üç defa zamanında neticelendirmemiş ise bir yıl listeden silineceği hususları düzenlenmiştir.

Hakemler kural olarak kendilerine verilen işleri reddedemeyeceklerdir. Fakat yalnızca mücbir sebeplerin varlığı veya umulmayan hallerde hakem kendisine verilen işi reddetme hakkını haizdir. Buna karşın taraflar SK madde 30/15 hükmünün yollaması ile HMK'nın 36. maddesi hükmünde yer alan hâkimin reddi sebeplerine dayanarak hakemi reddedebileceklerdir. Yine aynı nedenler, Yönetmelik m. 17 hükmünde de sayılmıştır. Ayrıca Yönetmeliğin m. 18 hükmünde ise hakemin yasaklılık halleri başka bir deyişle hakemin çekinmesi halleri düzenlenmiştir.

Hakemler de aynı hakimler gibi bir yargılama faaliyetini icra etmeleri sebebiyle hakimler gibi bağımsız ve tarafsız olmak zorundadırlar. Bu durumun sağlanabilmesi amacıyla hakemlerin reddi ve yasaklılığı ile hakemlerin sır saklama yükümlülüğü gibi bir kısım düzenlemelere hali-

hazırda yer verilmiş olmasına karşın hakimlere sağlanan hakimlik teminatı gibi düzenlemelere ise hakemler bakımından yer verilmemiştir. Bu durumun bir sonucu olarak ise uygulamada çeşitli nedenlerle hakemler aleyhine doğrudan savcılığa suç duyurusunda bulunulabildiği gibi yine tazminat davaları da açılabilmektedir.

V. TAHKİM SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

A. Genel Olarak Başvuru

Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurunun ne şekilde yapılacağı Yönetmelik madde 16/1 hükmü kapsamında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde öncelikle başvurunun Sigorta Tahkim Komisyonunun merkezine yapılacağı belirtildikten sonra başvurucunun ikametgâhının bulunduğu ya da rizikonun olduğu yerdeki büroya da başvuru yapılabileceği belirtilmiştir. Şu an ülkemizde açılmış herhangi bir büro bulunmadığından dolayı başvurular ancak doğrudan Komisyon'un merkezine yapılmaktadır.

Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru yapılması için kurumun İstanbul'da bulunan merkezine gidilmesine gerek olmaması ve bürolara da başvuru yapılabilecek olduğu hususu belirtilmiş olmasına karşın uygulamada gerekli evrakın posta yoluyla ya da bizzat teslim şeklinde Sigorta Tahkim Komisyonunun merkezine gönderildiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki yeni bir uygulama olarak artık Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılacak başvuruların Komisyon internet sitesinde yer alan "Online Başvuru Yap" bölümü üzerinden yapılabilmesinin önü açılmış olup yine Komisyonun internet sitesinde bulunan "İtiraz Başvurusu Yap" bölümünden ise hakem kararlarına karşı itiraz hakem heyetine başvurma imkânı vardır.

Komisyonu (tahkim yoluna) gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren 15 iş günü içinde (Karayolları Trafik Kanunu m. 97 uyarınca yapıl-

ması zorunlu bulunan Zorunlu mali mesuliyet sigortası Trafik Sigortalalarında on beş gün) yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir. (S.K.30/13).

Tahkim için, Komisyonun merkezine, başvuru yapan kişinin ikametgâhının bulunduğu ya da rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya veya Komisyonun elektronik ortamından başvurulabilir. Uyuşmazlık başvurularında; Komisyonun internet sayfasında¹² yayımlanan güncel başvuru formu, uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgeler, başvuru ücreti ile tebliğat giderinin yatırıldığına dair belgelerin yer alması gerekir. (STİY 16/1)

B. Sigorta Uyuşmazlık Hakeminin Görevlendirilmesi

Raportörün ön inceleme raporunu vermesinden sonra, Hakem, Komisyon tarafından sıra usulüne göre belirlenir. Bu usulde hakemlerin uzmanlık alanları esas alınır. Atanan hakem veya hakemler, uyuşmazlığın taraflarına derhal bildirilir. (STİY16/9).

Tarafların açık ve yazılı muvaffakati ile uzatılmadığı sürece, hakemler görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. (Mülga ikinci ve üçüncü cümle: RG-24/7/2013-28717)(4) (...) (Ek cümle:RG-7/6/2023-32214) Mücbir nedenler, umulmayan haller ve Hakem Listesinden silinme halinde sonuçlanmayan başvurular için yeni hakem görevlendirmesi yapılması durumunda, yeni görevlendirilen sigorta hakemi görevlendirildiği tarihten itibaren en geç dört ay içinde, itiraz hakemi iki ay içinde karar vermeye mecburdur. (S.K. 30/16. STİY 16/10)

Sigortacılık Kanunu m. 30/15 ile hakemlerin, sadece kendilerine verilen belgeler üzerinden karar verir. SİY 16/12' ye göre; Hakem, çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakemler hakkındaki yasaklılık ve ret sebebiyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanır. Hakem, kararını Komisyon müdürüne tevdi eder. (SK.30/16)

¹² <http://www.sigortatahkim.org.tr>.

C. Sigorta Tahkim Sisteminde Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Sigortacılıkta tahkim sisteminde, hakem kararlarına karşı itiraz ve itiraz üzerine verilen hakem kararlarına karşı da temyiz olmak üzere iki aşamalı bir kanun yolu öngörülmüştür. Sigortacılıkta tahkim yolunun kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu yukarıda belirtilmiş olup buna paralel olarak sigorta hakemlerince verilen kararlara karşı HMK'da düzenlenen iç tahkim yolundan daha farklı birtakım kanun yolları öngörülmüştür. Gerçekten de HMK m. 439/1 hükmünde hakem kararları bakımından gidilebilecek olan tek kanun yolunun iptal davası olduğu ifade edilmiş olmasına karşın SK m. 30/12 hükmünde sigorta hakemlerince verilen kararlara karşı itiraz ve temyiz kanun yollarına başvurulabileceği düzenlenmiştir.

1. İtiraz Yolu

SK m. 30/12 hükmünden de anlaşılacağı üzere, itiraz kanun yoluna başvurulabilmesi bakımından gerekli olan ilk şart uyuşmazlık tutarının on beş bin TL ve üzerinde olmasıdır. Ayrıca yine Komisyon tarafından ilgiliye kararın bildirilmesinin ardından on gün içinde itiraz kanun yoluna başvurulması gerekmektedir. Yine söz konusu itiraz yoluna başvurulması bakımından itiraz başvuru ücretinin yatırılması da şarttır.

Sigorta hakemleri tarafından verilmiş olan ve itiraz şartlarını taşıyan bir karar bakımından itiraz yoluna başvurulması halinde ve itiraz yetkili tarafından yapılacak olan incelemenin ardından uyuşmazlığın Komisyonca incelenebileceğinin tespitinin ardından Kanunun amir hükmü gereğince Komisyon tarafından itiraza bakması için hakem heyeti teşekül ettirilecektir.

İtiraz hakem heyetinde yapılacak yargılamanın süresi SK m. 30/12 hükmünde iki ay olarak tespit edilmiş olup yine bu sürede işin heyete tevdi ile başlayacaktır. Yine sigortacılıkta tahkim hakem kararlarında olduğu gibi itiraz hakem heyeti de kararlarını Sigorta Tahkim Komisyonu Müdürüne gönderecek ve Komisyon Müdürü tarafından söz konusu

karar üç iş günü içerisinde taraflara tebliğ edilecektir. Ayrıca atanacak olan söz konusu hakem heyeti üç kişiden oluşacaktır¹³.

2. Temyiz Yolu

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde yapılan tahkim yargılamasının ardından hakemlerce verilmiş olan kararların denetlenebilmesi amacıyla bu kararlara karşı temyiz yolu açık bırakılmıştır. Ancak itiraz hakem heyetince verilecek olan her karara karşı temyiz yoluna da başvurulamayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken şart, itiraz hakem heyetlerince karar verilen uyuşmazlığın değerinin iki yüz otuz sekiz yedi yüz otuz TL'nin üzerinde olması gerekmektedir. 6456 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle temyiz sınırının belirlenmesinde talep miktarı dikkate alınmaktadır.

SK'nın m. 30/12 hükmü nezdinde hangi hallerde ve hangi uyuşmazlıklar bakımından temyiz kanun yolunun açık olduğu belirtilmiş olmasına karşın temyiz başvurusuna ilişkin herhangi özel bir süre belirtilmemiştir. Ancak mezkûr kanunun yine m. 30/12 hükmünün son cümlesi ve m. 30/23 hükümleri uyarınca HMK'daki hükümlere gidilerek temyize başvuru süresi tespit edilecek olup HMK'nın ilgili hükmü olan 361. maddesinde ise bu süre iki hafta olarak belirlenmiştir.

Yukarıda anıldığı üzere, sigortacılıkta tahkim sisteminde verilmiş olan itiraz hakem heyeti kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilmesi için uyuşmazlığa konu miktarın yüz yedi bin TL'nin üzerinde olması gerekmektedir ancak kanun koyucu tarafından SK m. 30/12 hükmünde bu durumun istisnası olarak dört hale yer verilmiştir. Mezkûr dört hal ise Kanunda; hakem tarafından verilen kararın tahkim süresinin aşılmasından sonra verilmiş olması, hakem kararının talep edilmemiş bir hususta olması, hakemlerce yetkileri aşılarak karar vermeye hakkı olmayan konuda karar verilmesi ve taraflarca iddia edilmiş olan hususlar hakkında bir karar verilmemiş olması şeklinde sayılmıştır. Ayrıca Kanun metninde söz konusu hallerden birinin dahi gerçekleşmiş olması hallerinde her halükarda temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

¹³ Kayıhan/Bağcı, s.280.

Kanun koyucu SK m. 30/12 hükmünün son cümlesinde sigortacılıkta tahkim sisteminde temyizcinin usulüne ilişkin olarak HMK'nın temyizce ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu sebeple, HMK m. 369/1 hükmü uyarınca Yargıtay taraflarca getirilmiş olan temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kanuna açıkça aykırı olan hususlarda da re'sen inceleme yapabilecektir. Bunun yanı sıra Yargıtay tarafından verilmiş olan bozma kararlarına karşı hakemlerin direnme yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile Yargıtay tarafından verilen karar kesin olup hakemler bu karara uymak zorundadır.

Bu hususta yargı kararları bakımından da farklılıklar tezahür etmiştir. Bilhassa Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra Yargıtay daireleri arasında, itiraz hakem heyeti kararlarının istinaf kanun yoluna mı yoksa temyiz kanun yoluna mı tabi olacağı konusunda görüş birliği sağlanamamıştır. Ancak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 19.06.2020 tarihli, E. 2019/4, K. 2020/1 kararı kapsamında, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi ile kurulan Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra itiraz üzerine verilen kararlarının temyiz kanun yoluna tabi olduğu hüküm altına alınarak tartışmalara son verilmiştir.

VI. UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

Hakemlerin, sadece dosya üzerinden karar vereceklerine dair hükmün lafzına bakıp, hakemin bilgi ve belge temin etmeden uyuşmazlığı reddetmesi, kanunun amacıyla ve ruhuyla bağdaşmayacaktır. Uygulamada da hakemlerin, dosyada bir eksiklik bulunduğunda taraflardan, eksikliğin tamamlanmasını istediği, kusur, sorumluluk, tazminat hesaplamaları ile ilgili yeterli belge yoksa bunlar için rapor aldığı görülmektedir.

Sigorta Tahkimde Hakemleri denetleyen bir sistem yoktur. Hakemlerin hatalı uygulamalarına yönelik şikâyetlerde Sigorta Tahkim Komisyonu hakemi denetleme yetkilerinin olmadığını belirtmektedir. Bu durumda uygulamada birliğin sağlanmasına engel olmakta, özellikle miktar yönünden kesin kararlarda hiçbir denetim söz konusu olmamakta-

dır. Hakemlerin denetlenmemesi sonucunda, bazı hakemler karar verme sürelerinin son aylarında aktif şekilde uyuşmazlığı çözmeye başlamakta, sonuç olarak da alınan bilirkişi raporuna haklı itirazlar dahi süre dolmaması amacıyla reddedilerek usul ve yasaya aykırı kesin kararlar verilebilmektedir.

Tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir (SİTY 16/13). Yargıtay kararı ile de net bir şekilde uygulama birliği oluşmasına rağmen uygulamada hakemlerin kısmen kabul ve red kararlarında 1/5 vekalet ücreti uygulamasını hiç uygulamadıkları, tüm taraflara uyguladıkları ya da sadece sigorta şirketine uyguladıkları sayısız kararları vardır. Miktar yönünden itiraz edilemeyen kararlar ne yazık ki hatalı şekilde kesinleşmektedir.

Hakem tarafından 4 ay da sonlandırılması gereken süreç, bazen son 1 ay da hızlandırılmış şekilde sonlandırılmaya çalışılmakta, geç alınan bilirkişi raporuna itiraz etmeniz halinde hakem talebinizi reddetmekte ve ıslah için 2 iş günü süre vererek, hatalı rapor ile karar vermektedir.

SK.m.30/12.fıkrasına göre 15.000 TL ve 238.730 TL'nin altındaki hakem kararları ile hakem kurulu kararlarına itiraz edilmemesi halinde, bunların sırf parasal sınırın altında kaldıkları için kesin karar niteliği almalarına ilişkin düzenlemeyi son derece yanlış bulmaktayız. Yargı denetiminden geçmemiş hakem kararlarının kesin hüküm etkisi konumuna getirilmeleri, yargısal temel haklarla bağdaşmaz.

Sigorta tahkim komisyonuna başvuruların çoğunun ölüm ve yaralanma nedeniyle tazminat istemleri olduğu, sigorta şirketlerinin ya istemi reddetmeleri ya da hiç yanıt vermemeleri veya yetersiz ödeme yapmaları yüzünden tahkime başvurulduğunda hakemler için yapacak pek çok iş vardır. Hakemlerin belgeler üzerinden karar vermeleri asla mümkün değildir.

Örneğin çoğu kez trafik kazasından hemen sonra savcılık soruşturma dosyası henüz tamamlanmadan veya ceza davası açılmadan başvurul-

duğu için, kusur oranlarını kesin saptanması gereği duyularak kusur birlikişisine gidilecek, konu beden gücü kaybı ise ve sağlık kurulu raporu yeterli değilse yeni sakatlık raporunun alınması sağlanacak, raporlar arasında çelişki varsa hakem hastane sağlık kurulundan rapor isteyecek... vb. birçok işlem yapıp karara varmak gerekecektir.

SONUÇ

Sigortacılıkta tahkim sisteminin hukuk sistemimize girmesi ile birlikte sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla bir yol daha ülkemize kazandırılmıştır. Tahkim sisteminin uyuşmazlıkların hızlı, gizlilik içerisinde, daha az maliyetle ve uzman kişilerce çözülmesine imkân veren yapısı kullanılarak bu faydaların sigorta hukuku alanında da kullanılmasının önü açılmıştır. Bu sistem ile çözümlenen uyuşmazlıkların sayısı her geçen gün artmakta ve bu durum sigortalıların alacaklarına devlet mahkemelerine kıyasla çok daha hızlı erişmelerini sağlamanın yanı sıra devlet mahkemelerinin iş yükünü de azaltmaktadır.

Çalışmamızda Sigorta Tahkim Usulü, Türk Hukuk Sistemine girişini açıklanmaya çalışılmış olup, genel olarak Sigorta Tahkim Yargılama usulü ve kanun yollarına değinilip, uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan bahsedilmiştir.

Sigortacılıkta tahkim sisteminin hem taraflar bakımından hem de sigortacılık sistemine duyulacak olan güven bakımından faydaları yadsınamaz bir gerçek olmakla beraber sistemin problemleri ve sisteme ilişkin çelişkili düzenlemeler de göz ardı edilemeyecek boyuttadır. Sistemin her geçen gün artan popülaritesi de dikkate alındığı takdirde, sistemin sağlıklı bir şekilde işlemeye devam etmesi ve beklenen faydaları sağlayabilmesi bakımından değinilen sorunların çözülmesi gerekmektedir. Anılan problemlerin giderilmesinin ardından ise sisteme duyulan güvenin artmasını müteakip sisteme başvurular da artacak olup sistem kendisinden beklenen faydayı sağlayabilecektir. Bunun yanı sıra ihtiyari bir sistem olmasına karşın sisteme yapılan başvuruların her geçen gün artarak ciddi sayılara ulaşması da sistemin başarılı olduğunu ve kamuoyu-

nun ihtiyaçlarına cevap verdiğini göstermektedir. Hâlihazırda oturmaya başlamış ve başarısını ispatlamış böylesi bir sistemin, yalnızca sigortacılık alanı ile sınırlı kalmayıp özellikle ihtisas mahkemeleri bulunmayan bankacılık ve yatırımcılık gibi alanlar ile hızlı bir biçimde çözümlenmesi gereken tüketici uyuşmazlıkları gibi alanlarda da kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde artıran sigorta davalarının, bir alternatif uyuşmazlık yolu olarak kurulmuş Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesi, davaların hızlı ve etkin bir şekilde sonuçlanmasına büyük katkı sağlamakta ve başvurular açısından önemli avantajları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle tahkim yargılamasının etkinliğinin güçlendirilmesi, hem yargılama sistemi hem de taraf menfaatleri açısından son derece önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Ankara 1997.
- Görgün, Levent Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/ Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.
- Kabukçuoğlu Özer, Dilek, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.
- Karadaş, İzzet, Ulusal Tahkim, Ankara 2013.
- Karayazgan, Ahmet, Sigorta Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Çözüm Yolları, Sigorta Davaları, Ankara 2018.
- Kayıhan, Şaban/ Bağcı Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- Özdamar, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2 2013.
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.
- Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2014.

İSVİÇRE VAKIF HUKUKU VE GÜNCEL GELİŞMELER*

Arş. Gör. Dr. Haydar Bayram ÖZEDÖNER**

ÖZET

İsviçre medenî hukuk sisteminde vakıf, normal olarak, belirli bir amaç için malvarlığının vakfedilmesiyle kurulan tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu bu amaç kamu yararına olmalıdır. Vakfedenin özerk bir iradeye sahip olması (yani hukukî ehliyete sahip olması) şeklindeki temel medenî hukuk gerekliliğinin yanı sıra, bir vakıf senedinin iki unsuru mutlaka bulundurması gerekir. İlki, maddî unsur olarak bağıştır (malvarlığı) ve ikincisi sübjektif unsur olarak amaçtır. Bağış, bir vakfı dernekler ve savunuculuk grupları (advocacy groups) gibi kâr amacı gütmeyen sektördeki (veya sivil toplumdaki) diğer kurumlardan ayıran unsurdur.

Vakıf, tüzel kişiler sisteminde özel bir konuma sahiptir. Bir kurucu tarafından belirli bir malvarlığı, belirli bir amaç için özgülenir. Bu özgüleme ile malvarlığı, önceki malikinin hâkimiyet alanında çıkar ve bağımsız bir tüzel kişiliğe ait olarak sonsuza kadar soyutlanır. Sonuç olarak özgülenen malvarlığı, sahibi ve üyesi olmayan bir tüzel kişiliğe ait olur, bağımsız özel amaçlı bir varlık hâline gelir. Kurumsal yapılar içerisinde, kamu hukukuna tâbi olanların aksine, özel hukuka tâbi bir kurumdur (ZGB m. 52). Vakıf, vakfedenin vasiyetini yerine getiren ve genellikle hak sahiplerine ödeme yaparak (veya bir şekilde faydalı olarak) vakfın amacını gerçekleştiren organlar tarafından yönetilir. Vakfın amacı herkese yönelik hayırsever bir faaliyet olabileceği gibi, daha özel nitelikte de olabilir.

Günümüzdeki vakıf kurumunun, esas olarak, hukukî dogmaya dayanan “kurgusal teori”yi kullanarak, tüzel kişi kavramını inşa eden Friedrich Carl von Savigny tarafından tasarlandığı söylenebilir. Hukukun gerçek kişilere tanıdığı

* Bu çalışma, yazarın, “*Vakıf Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğu*” isimli doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: bayramaslan@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9759-9029.

görünümü Savigny, kişi ve eşya birliklerine taşımış ve onlara bu yapıları verecek sunî bir hukukî görünüm kazandırmıştır. Tabii ki, özel hukuk sisteminde böyle bir konsept meydana getirmek sadece devletin görev alanında ve yetkisindedir. Savigny tüzel kişilik konseptinin fikir babası veya yaratıcısı olarak anılmaktadır. Devlet tarafından bağımsız bir kişilik olarak tanınma, bu birliklerin hukukî işlemlerinden devletin bilgisi olmasını sağlamıştır. Bununla birlikte, bu kendine özgü ve temelde ölümsüz varlıkların, devletin kontrolü altında ve bir sisteme bağlı olarak yaşamalarının önünü açmıştır. Kişi birliklerinin oluşturduğu kurumlardan farklı olarak, vakıf kendine özgü bir tüzel kişiliktir ve Mühlenbruch'un etkisiyle “belirli bir amaca adanmış malvarlıklarının özü” olarak tanımlanabilir.

İsviçre vakıf hukukunun kökeni 01.01.1900'de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'na (BGB) dayanır. Vakıfların ilk düzenlendiği yer İsviçre Medeni Kanunu'dur (ZGB). 1907'de hazırlanmış ve 01.01.1912'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Aradan geçen zaman süresince, İsviçre vakıf hukukunda neredeyse hiçbir değişiklik olmamıştır.

İsviçre vakıf hukuku genel olarak değerlendirildiğinde, liberal ve dengeli olarak tanımlanabilir. Ayrıca 100 yılı aşkın bir süredir kendini kanıtlamış olan temelde klasik (geleneksel) bir vakıf modeline sahip olduğu iddia edebilir. Ancak uluslararası ilişkilerin gelişmesi ve devletlerin arasındaki ilişkilerin güçlenmesi, özellikle de giderek artan sınır ötesi vakıf faaliyetleri, yüz yıllık köklü İsviçre vakıf hukukunu da değişmeye zorlamaktadır. Bu gelişmelere ayak uydurmak ve diğer ülkelerle rekabet edebilmek için, İsviçre vakıf hukuk sisteminin yavaş yavaş ancak sürekli olarak değiştiği gözlemlenmektedir. Değişmeyecek olan şey ise, vakıfların bir kurum olarak kâr amacı gütmeyen (ve/veya kontrollü şekilde özel amaçları bulunan) tüzel kişilikler olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre Hukuku, İsviçre Vakıf Hukuku, Vakıf Hukuku, Güncel Gelişmeler, Vakıf Kurulu

SWISS FOUNDATION LAW AND CURRENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT

In the Swiss civil law system, a foundation is normally defined as a legal entity established by dedicating assets for a specific purpose. This purpose must be in the public interest. In addition to the basic civil law requirement that the donor has an autonomous will (i.e., legal capacity), a foundation deed must

contain two elements. The first is the donation (assets) as the material element and the second is the purpose as the subjective element. Endowment is what distinguishes a foundation from other institutions in the nonprofit sector (or civil society), such as associations and advocacy groups.

The foundation has a special position in the legal entities system. A certain asset is allocated by a founder for a certain purpose. With this allocation, the asset ceases to be within the domain of the previous owner and is isolated forever as belonging to an independent legal entity. As a result, the allocated asset belongs to a legal entity that has no owner or member and becomes an independent special purpose entity. Among institutional structures, it is an institution subject to private law, unlike those subject to public law (ZGB art. 52). The foundation is managed by bodies that carry out the will of the founder and achieve the purpose of the foundation, usually by making payments (or benefiting them in some way) to the beneficiaries. The purpose of the foundation may be a charitable activity for everyone, or it may be more specific.

It can be said that today's foundation institution was essentially designed by Friedrich Carl von Savigny, who constructed the concept of legal person using the "speculative theory" based on legal dogma. Savigny transferred the appearance that the law gives to real persons to associations of persons and things, and gave them an artificial legal appearance by giving them these structures. Of course, creating such a concept in the private law system is only within the jurisdiction and authority of the state. Savigny is credited as the originator or originator of the legal entity concept. Recognition by the state as an independent entity ensured that the state was aware of the legal transactions of these unions. However, it paved the way for these distinctive and essentially immortal beings to live under the control of the state and dependent on a system. Unlike institutions formed by associations of individuals, a foundation is a unique legal entity and, under the influence of Mühlenbruch, can be defined as "the essence of assets dedicated to a specific purpose".

The origin of Swiss foundation law dates back to the German Civil Code (BGB), which came into force on 01.01.1900. The first place where foundations are regulated is the Swiss Civil Code (ZGB). It was prepared in 1907 and came into force as of 01.01.1912. During the intervening time, there has been almost no change in Swiss foundation law.

When considered in general, Swiss foundation law can be described as liberal and balanced. It can also claim to have a fundamentally classical (traditional) foundation model that has proven itself for over 100 years. However, the development of international relations and the strengthening of relations between states, especially the ever-increasing cross-border foundation activities, are forcing the century-old, well-established Swiss foundation law to change. In order to keep up with these developments and compete with other countries, it is observed that the Swiss foundation legal system is changing slowly but constantly. What will not change is that foundations, as institutions, are non-profit legal entities (and/or have specific controlled purposes).

Key Words: Swiss Law, Swiss Foundation Law, Foundation Law, Developments, Foundation Board

GİRİŞ

Vakıf kurumu ülkemizde ve dünyada önemli bir işleve sahiptir. Ticarî olmayan ve ihtiyaç sahibi kişilere yardım amacı güden bu kurum, esas olarak bir kamu hizmeti görmektedir. Kamu hizmeti işlevi kural olarak kamusal bir faaliyettir fakat hayırsever kişilerin ihtiyaç sahibi kişilere yardımcı olmak istemesi bu kurumun doğmasının ve gelişmesinin önünü açmıştır. Osmanlı devletinde vakıf kurumu, kamu hizmetlerinin görülmesinde kilit bir role sahipti ve Türkiye Cumhuriyeti'nde belli başlı değişikliklerle birlikte bu kurum rolünü devam ettirmektedir.

İsviçre vakıfları Türkiye'de olduğu kadar kilit bir role sahip olmamasına rağmen, son yirmi yılda bu konuda bir politika değişikliğine gidilmiştir. Özellikle ülkenin, uluslararası camiada tarafsız tutumu ve her ülkeyle olan olumlu ilişkileri, ülkedeki vakıf kurumunun gelişmesinin önünü açmıştır. İsviçre'nin bankacılık sektöründeki başarısı da bu tutumundan kaynaklanmaktadır. Benzer motivasyonlardan hareketle, yapılan ve yapılacak olan değişikliklerle birlikte İsviçre vakıflarının tüm dünyada öne çıkan bir kurum hâline gelmesi amaçlanmaktadır.

İsviçre vakıf hukukunun ve bu alandaki güncel gelişmelerin iyi anlaşılması, ülkemizdeki vakıf kurumunun geliştirilmesinin önünü açabile-

cektir. İsviçre'ye nazaran ülkemizde vakıf kurumu çok daha köklüdür. Vakıf hukukunda doğru politikaların benimsenmesi ve mevzuatta birtakım değişikliklerin yapılmasıyla tüm dünyada vakıflarımız öne çıkabilir. Bu bakımdan, İsviçre vakıf hukukunun ve bu alandaki gelişmelerin analiz edilmesi ve incelenmesi gerekmektedir.

I. İSVİÇRE VAKIF HUKUKUNUN TEMELLERİ

İsviçre medenî hukuk sisteminde vakıf, belirli bir amaç için malvarlığının vakfedilmesiyle kurulan tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır¹. Söz konusu bu amaç kamu yararına olmalıdır. Vakfedenin özerk bir iradeye sahip olması (yani hukukî ehliyete sahip olması) şeklindeki temel medenî hukuk gerekliliğinin yanı sıra, bir vakıf senedinin iki unsuru mutlaka bulundurması gerekir. İlki, maddî unsur olarak bağıştır (malvarlığı) ve ikincisi sübjektif unsur olarak amaçtır. Bağış, bir vakfı, dernekler ve savunuculuk grupları (*advocacy groups*) gibi kâr amacı gütmeyen sektördeki² (veya sivil toplumdaki³) diğer kurumlardan⁴ ayıran unsurdur⁵.

¹ ZGB m. 80 hükmünün bu yönde olduğu açıktır, "bir vakıf, varlıkların belirli bir amaç için bağışlanmasıyla kurulur".

² Bu tasnifin kaynağı, mal varlığına dayalı kurumlar olarak vakıflar (*Universitas Rerum*) ile üyeliğe dayalı kurumlar olarak dernekler (*Universitas Personarum*) arasında ayırım yapan Roma hukukudur, bkz. **PREWITT**, Kenneth, "Foundations", *The Non-profit Sector: A Research Handbook*, Powell, W. & Steinberg, R. (ed.), New Haven: Yale University Press, 2006, s. 355.

³ Sivil toplum kavramı; aile, devlet ve piyasa (*market*) arasında bir bağ kurmaya çalışan, kamu yararına çalışan toplulukları (birlikleri) tanımlamak için kullanılır. Vatandaşlık kavramından hareketle, sivil toplum kavramı klasik liberalizm döneminden bu yana filozoflar tarafından tanımlanmıştır, bkz. **ANHEIER**, K. Helmut/**LIST**, Regina A., *A Dictionary of Civil Society, Philanthropy and the Non-profit Sector*, London/New York, 2005, s. 54.

⁴ Bu kurumlar birlikte "üçüncü sektör" olarak bilinen yapının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu terim Amitai Etzioni tarafından ortaya atılmış ve daha sonra Uluslararası Üçüncü Sektör Araştırmaları Derneği (ISTR) tarafından birleştirici bir etiket olarak benimsenmiştir. Bu terim, bu sektörün piyasadan (birinci sektör) ve devletten (ikinci sektör) bağımsız olarak ortaya çıktığı gerçeğini vurgulamaktadır. Anheier ve diğerleri "üçüncü sektör" teriminin yerini "üçüncü sistem" in aldığını öne sürmektedir. Bu son ifade, ne devlet kurumları ne de kâr amacı güden firmalar olan bir dizi kuruluşu tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu terim, kayıt dışı ekonominin unsurlarını da içerdiği için üçüncü sektörden daha geniş kabul edilmektedir. **ANHEIER/LIST**, s. 3 vd.

Vakıf, tüzel kişiler sisteminde özel bir konuma sahiptir. Bir kurucu tarafından belirli bir malvarlığı, belirli bir amaç için özgülenir. Bu özgüleme ile malvarlığı, önceki malikinin hâkimiyet alanında çıkar ve bağımsız bir tüzel kişiliğe ait olarak sonsuza kadar soyutlanır. Sonuç olarak özgülenen malvarlığı, sahibi ve üyesi olmayan bir tüzel kişiliğe ait olur, bağımsız özel amaçlı bir varlık hâline gelir. Kurumsal yapılar içerisinde, kamu hukukuna tâbi olanların aksine, özel hukuka tâbi bir kurumdur (ZGB m. 52). Vakıf, vakfedenin vasiyetini yerine getiren ve genellikle hak sahiplerine ödeme yaparak (veya bir şekilde faydalı olarak) vakfın amacını gerçekleştiren organlar tarafından yönetilir. Vakfın amacı herkese yönelik hayırsever bir faaliyet olabileceği gibi, daha özel nitelikte de olabilir⁶.

Günümüzdeki vakıf kurumunun, esas olarak, hukukî dogmaya dayanan “*kurgusal teori*”yi kullanarak, tüzel kişi kavramını inşa eden Friedrich Carl von Savigny tarafından tasarlandığı söylenebilir⁷. Hukukun gerçek kişilere tanıdığı görünümü Savigny, kişi ve eşya birliklerine taşımış ve onlara bu yapıları vererek sunî bir hukukî görünüm kazandırmıştır⁸. Tabii ki, özel hukuk sisteminde böyle bir konsept meydana getirmek sadece devletin görev alanında ve yetkisindedir. Savigny tüzel kişilik konseptinin fikir babası veya yaratıcısı olarak anılmaktadır⁹. Devlet tarafından bağımsız bir kişilik olarak tanınma, bu birliklerin hukukî işlemlerinden devletin bilgisi olmasını sağlamıştır. Bununla birlikte, bu kendine özgü ve temelde ölümsüz varlıkların, devletin kontrolü altında

⁵ **ARRIVILLAGA**, Lucas R/Von **SCHNURBEIN**, Georg, “*The Swiss Legal Framework on Foundations and Its Principles About Transparency*”, *International Journal of Not-for-Profit Law*, C. 16, S. 1, 2014, s. 32.

⁶ **JAKOB**, Dominique, “*Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz*”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 132, H. 1, 2013, s. 191.

⁷ **Von SAVIGNY**, Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin, 1840, s. 243 vd. Vakıf hukukunun temellerinin atılmasında ve geliştirilmesinde Savigny’in önemiyle ilgili araştırma için bkz. **LIERMANN**, Hans, *Handbuch des Stiftungsrechts*, Bd. 1, *Geschichte des Stiftungsrechts*, Tübingen, 1963, s. 237 vd.

⁸ **LINGELBACH**, Gerhard, “*Stiftungen und Stiftungsrecht – ein historischer Überblick*”, in: **WERNER**, Olaf/**SAENGER**, Ingo. (Hrsg.), *Die Stiftung. Recht, Steuern, Wirtschaft*, Berlin, 2008, § 2, N. 36 vd.

⁹ **LINGELBACH**, § 2, N. 36.

ve bir sisteme bağlı olarak yaşamalarının önünü açmıştır¹⁰. Kişi birliklerinin oluşturduğu kurumlardan farklı olarak, vakıf kendine özgü bir tüzel kişiliktir ve Mühlenbruch'un etkisiyle¹¹ “*belirli bir amaca adanmış malvarlıklarının özü*” olarak tanımlanabilir.

İsviçre vakıf hukukunun kökeni 01.01.1900'de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'na (BGB) dayanır. Vakıfların ilk düzenlendiği yer İsviçre Medeni Kanunu'dur (ZGB). 1907'de hazırlanmış ve 01.01.1912'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Aradan geçen zaman süresince, İsviçre vakıf hukukunda nerdeyse hiçbir değişiklik olmamıştır¹².

İsviçre vakıf hukuku genel olarak değerlendirildiğinde, liberal ve dengeli olarak tanımlanabilir. Ayrıca 100 yılı aşkın bir süredir kendini kanıtlamış olan temelde klasik (geleneksel) bir vakıf modeline sahip olduğu iddia edilebilir. Ancak uluslararası ilişkilerin gelişmesi ve devletlerin arasındaki ilişkilerin güçlenmesi, özellikle de giderek artan sınır ötesi vakıf faaliyetleri, yüz yıllık köklü İsviçre vakıf hukukunu da değiştirmeye zorlamaktadır. Bu gelişmelere ayak uydurmak ve diğer ülkelerle rekabet edebilmek için, İsviçre vakıf hukuk sisteminin yavaş yavaş ancak sürekli olarak¹³ değiştiği gözlemlenmektedir. Değişmeyecek olan

¹⁰ HÜTTEMANN, Rainer/RAWERT, Peter/STAUDINGERS, Julius Von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Berlin, 2011, §§ 80 BGB, N. 54f; SCHULZE, Reiner, “Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte”, in: HOPT, Klaus J./REUTER, Dieter. (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Köln, 2001, s. 55 vd.

¹¹ MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle, 1828, s. 77.

¹² Alman vakıf hukukunda olduğu gibi İsviçre vakıf hukukunda da federal düzeyde bir vakıf kanunu bulunmamaktadır. Özellikle İsviçre'de vakıfların, uluslararası düzeyde bir çekim merkezi hâline getirilmesi için gayret gösterilmektedir. Bu sebeple sivil toplum kuruluşları tarafından federal düzeyde bir vakıf kanunu çıkartılması için çalışmalar yapılmaktadır, bkz. SPRECHER, Thomas/EGGER, Philipp/Von SCHNURBEIN, Georg, Swiss Foundation Code, Bern, 2021, https://www.swissfoundations.ch/wp-content/uploads/2022/02/SFC_2021_DE.pdf. Ayrıca bkz. ARRIVILLAGA/Von SCHNURBEIN, s. 44 vd.

¹³ JAKOB, Dominique, “Internationales Stiftungsrecht”, in: CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von/RICHTER, Andreas. (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, München, 2013, § 11, N. 29.

şey ise, vakıfların bir kurum olarak kâr amacı gütmeyen (ve/veya kontrollü şekilde özel amaçları bulunan) tüzel kişilikler olmasıdır¹⁴.

II. İSVİÇRE VAKIFLARININ TÜRLERİ VE VAKIF HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

Üst başlıkta belirtilmiş olan tüm bu gelişmeler bir arada değerlendirildiğinde; İsviçre'nin dünya çapında, vakıflar için bir merkez olarak kabul edildiği iddiasının hayalperest bir söylem olmadığı açıktır¹⁵. 01.01.2021 tarihi itibarıyla İsviçre'de 17.500 vakfın kamu siciline kayıtlı olduğu görülmektedir¹⁶. Tartışmalar daha da detaylandırıldığında, gelişen İsviçre vakıf sektörünün gerçekte ne olduğunun oldukça belirsiz olması genellikle bir sürpriz olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni, liberal İsviçre hukuk sisteminin vakıfların amacına karşı ilke olarak tarafsız olması ve bu nedenle birden fazla vakıf türünü kapsamamasıdır. Çoğunlukla İsviçre vakıfları hayır amaçlı¹⁷ olsa da (2020 sonunda yaklaşık 13.500 hayır amaçlı vakıf mevcuttu¹⁸), vakıf sektörü; işletme vakıfları¹⁹,

¹⁴ **JAKOB**, s. 196-197.

¹⁵ Bu konuda yapılan bir çalışmaya göre, İsviçre, 13.000 hayır kurumu ile uluslararası bir liderdir. Kişi başına düşen vakıf sayısı ABD ve Almanya'dan altı kat daha fazladır. Vakıf sektörü, NPO, hukuk ve finansal hizmetler sektörlerinden profesyonel uzmanlığa erişime sahiptir. Siyasi kurumlar ve toplum genel olarak vakıflara büyük güven duymaktadır. Sektörün bir özelliği de dinamizmdir; tüm hayırsever vakıfların neredeyse %70'i son 30 yılda kurulmuştur. Araştırma için bkz. **SPRECHER/EGGER/Von SCHNURBEIN**, s. 10.

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/statistiken/2021_01_01_eingetr_Rechtseinheiten_Rechtsform.pdf.

¹⁷ "Charitable" kavramı kullanılmaktadır, bazen bu kavram yerine "kâr amacı gütmeyen organizasyon" diğer bir deyişle "non-profit-organisation" (NPO) kavramları da kullanılabilir, bkz. **HARABI**, Najib, "Der Beitrag von Profit- und Nonprofit-Organisationen zum technischen Fortschritt: Ergebnisse aus der Schweiz", Munich Personal RePEc Archive, 1999, No. 4495.

¹⁸ **GUGGI**, Katharina/**JAKOB**, Julia/**JAKOB**, Dominique/**Von SCHNURBEIN**, Georg, Der Schweizer Stiftungsreport, 2021, s. 6.

¹⁹ Henüz bir kavram birliğine varılmamış olsa da, ticarî işletme işleten vakıfları "holding foundations" olarak nitelendiren yazarlar vardır. İsviçre hukukunda bu vakıf türünün detaylı bir şekilde anlatıldığı çalışma için bkz. **BOTTGE**, Delphine, Holding Foundations in Switzerland, Geneva, 2022, s. 19 vd.

aile vakıfları, dinî vakıflar, emeklilik fonu vakıfları gibi diğer türlerin geniş bir çeşitliliğinden oluşmaktadır²⁰.

Bu çeşitli vakıf türleri, eldeki çıkarlar ve riskler göz önünde bulundularak farklılaştırılmış ve incelikli bir düzenleyici yaklaşım gerektirse de, İsviçre vakıf hukukunun temel kanunî dayanağı İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 80-89. maddeleridir. Tüm vakıf türleri bu maddelerde düzenlenen hükümlere tâbidir. Bu hükümlerin izin verdiği doğrultuda kurulan vakıflara yönelik, İsviçre hukuk sisteminin ve siyasî otoritesinin benimsemiş olduğu tam bir tarafsızlık duruşu vardır. ZGB'deki düzenleme ve benimsenen bu ilke²¹, İsviçre vakıf hukukunun temel taşıını oluşturmakta ve İsviçre'nin vakıf sektörünün başarısının önemli bir nedeni olarak öne çıkmaktadır²².

İsviçre'de “*klasik vakıf*” ya da “*geleneksel vakıf*” terimi, aile vakıfları²³, dinî vakıflar veya emeklilik fonu olarak faaliyet gösteren vakıflar dışın-

²⁰ BRUGGER, Lukas/JAKOB, Dominique, “*Swiss Foundation Law—Tightrope act between freedom and regulation*”, *Trusts & Trustees*, C. 28, S. 6, 2022, s. 596. Öğretideki farklı bir tasnife göre, İsviçre vakıf hukukunda üç ana vakıf türü bulunmaktadır: hayırsever vakıflar olarak da bilinen ve esas olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenen geleneksel (klasik) vakıflar; diğer ikisi ise, ZGB'de özel olarak düzenlenmeyen aile ve dinî vakıflardır. Bu üç vakıf türünün haricinde diğer özel kanunî rejimler altında düzenlenen, çalışanlar için emeklilik planlarından oluşan vakıflar gibi vakıf türleri de mevcuttur. Bunlara ek olarak, ZGB tarafından “*düzenlenmemiş*” olsa da içti-hatta tanınmış gibi görünen işletme vakıfları da bulunmaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. WÜRMLI, Martin, “*Das gemeinnützige Unternehmen*”, *Pratique Juridique Actuelle*, PJA/AJP, 2010, s. 901. Bu makaleyle ilgili olarak ayrıca, net kârının tamamını kamu yararı amacıyla kullanan bir şirketin vergi muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunu ele almaktadır. Yazar, bu tür bir muafiyetten yana olduğunu beyan etmektedir; ona göre bu muafiyet, böyle bir şirketin benimsediği özgeci/diğerkâm süreç nedeniyle haklıdır. Bu çözüm, “*kamu menfaatine yönelmiş birliklerin*” desteklenmesine yardımcı olmakta ve böylece uzun vadeli, sürdürülebilir projelere yönelik faaliyetleri teşvik etmektedir.

²¹ Bu ilkedeki farklı olarak öğretide, şu ilkelerin de önemli olduğu düşünülmektedir; verimlilik (*wirksamkeit*), kontrol ve denge (*checks and balances*), şeffaflık (*transparenz*) ve sosyal sorumluluk (*gesellschaftliche verantwortung*), bkz. SPRECHER/EGGER/Von SCHNURBEIN, s. 20 vd. Ayrıca şeffaflık ilkesi üzerine detaylı bir çalışma için bkz. ARRIVILLAGA/Von SCHNURBEIN, s. 30 vd.

²² BRUGGER/JAKOB, s. 596.

²³ İsviçre öğretisindeki bir yazara göre, son yıllarda İsviçre aile vakıfları hiçbir cazibesi olmayan bir kurum hâline gelmiştir. Öncelikle, ZGB m. 335/1, bir aile vakfının amaç-

da kalan ve İsviçre kanunlarının belirli normlar öngördüğü her türlü vakfı kapsamaktadır. Geleneksel vakıflar ise genellikle; hayır vakıfları, işletme vakıfları, sanat vakıflarından oluşmaktadır. Fakat bu sayılanların haricinde klasik vakıf olarak geçen, özel vakıflar veya son zamanlarda kripto varlıklar, blok zincirler vb. ile bağlantılı vakıflar ("*kripto vakıfları*" olarak adlandırılır) da vardır²⁴.

III. İSVİÇRE VAKIF HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER

İsviçre vakıf hukuku, yaklaşık yüzyıl boyunca değişmeden kalmıştır. Fakat son 15 yılda inanılmaz bir hızla reformlar yapılmaya başlanmıştır. Öncelikle 01.01.2006'dan beri yürürlükte olan, 08.10.2004 tarihli federal kanun²⁵ ile vakıf hukukunun kapsamlı bir revizyonu yapılmıştır²⁶. Bir diğer değişiklik ise, 16.12.2005 tarihli federal kanunun²⁷ 01.01.2008'te yürürlüğe girip şirketler hukuku reformunu gerçekleştirmesi ile sağlanmıştır. Bu kanun düzenlemesiyle, özellikle denetim kanunu (01.01.2012'den itibaren geçerli olmak üzere revize edilmiştir²⁸), ticaret sicili kanunu, defter tutma gereklilikleri ve kayıtlı ofis ve isim haklarına ilişkin küçük değişiklikler yapılmış ve bunlar da vakıflar üzerinde epey etkili olmuştur. 01.07.2004'ten beri yürürlükte olan 03.10.2003 tarihli birleşme kanu-

larını eğitim, ekipman, destek veya benzer amaçlar için masrafları karşılamakla sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihadı, aile vakıflarının olası kullanımını kısıtlamış, aile vakfının yararlanucularına salt "*bakım*" veya "*yararlanma*" için koşulsuz dağıtımların yasak olduğunu ve bu nedenle böyle bir aile vakfının geçersiz sayıldığı kararını vermiştir. Yazara göre, öğreti ve uygulama on yıllardır bu yaklaşımın serbestleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Aile vakıflarının 01.01.2016 ile 31.12.2020 tarihleri arasında kamu siciline kaydolmaları gerektiğinden, aile vakıfları için tüm hukukî koşullar daha da zorlu hale gelmiştir. Aile vakıfları zamanında kayıt yaptırmadıkları takdirde tüzel kişiliklerini korumakta, ancak vakıf ve organları idari para cezalarına çarptırılabilir, bkz. **BRUGGER/JAKOB**, s. 600. Yazarın bahsettiği mahkeme kararları için bkz. BGE 135 III 614; BGE 127 III 337; BGE 93 II 439. BVerwG, B-510/2020, T. 23.11.2021.

²⁴ **BRUGGER/JAKOB**, s. 597.

²⁵ AS 2005 4545.

²⁶ Revizyon hakkında değerlendirmeler için bkz. **JAKOB**, Dominique, "*Das neue Stiftungsrecht der Schweiz*", *Recht der internationalen Wirtschaft*, H. 9, 2005, s. 669-671.

²⁷ AS 2007 4791.

²⁸ Revize edilen kısım için bkz. **JAKOB**, Dominique/**STUDEN**, Goran/**UHL**, Matthias, *Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen*, 2011, (Bern 2012), s. 9-43.

nu²⁹ (*fusionsgesetz*) da vakıfları etkileyen başka bir düzenlemedir. Vakıf hukukundaki değişikliklerin o tarihten itibaren sürekli hâle geldiği bir gerçektir³⁰.

Tüm bu değişikliklere rağmen³¹, vakıf kurumu İsviçre'de olağanüstü bir önem kazanmıştır. İsviçre, liberal vakıf yasası ve güvenli siyasî ve ekonomik yapıları nedeniyle uzun zamandır bir "*vakıf cenneti*"³² olarak bilinirken, kâr amacı gütmeyen vakıflar son yıllarda gerçek bir patlama yaşamış ve bu da günde ortalama bir ila iki vakıf kurulmasına ve uluslararası karşılaştırmada etkileyici rakamlara yansımıştır³³. Bununla birlikte aile vakıfları ticaret siciline kaydedilmesi gerekmediğinden (ZGB m. 52/2), nihaî olarak güvenilir rakamlara ulaşılamamaktadır³⁴.

Vakıfların bu kadar yaygınlaşmasının öngörülemeyen sonuçları da olabilmektedir. Örneğin, OECD'ye bağlı hükümetler arası bir organ olan Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF)³⁵, Şubat 2012'de yayınlanan raporunun, mali sistemlerin kötüye kullanılmasıyla mücadeleyle ilişkin "*tav-*

²⁹ AS 2004 2617.

³⁰ **JAKOB**, s. 192.

³¹ Gerek vakıf mevzuatındaki hızlı değişimler gerekse vergi muafiyeti gibi hususların suiistimal edilmesi, özellikle yabancı yatırımları çekmek için verilen tavizler öğretilerde sert bir şekilde eleştirilmektedir, bkz. **FERBER**, Michael, "*Wer reich stirbt, stirbt in Schande*", Schweizer Stiftungen auf der Spur von Warren Buffett sowie Bill und Melinda Gates, Neue Zürcher Zeitung, 16.06.2012, s. 43.

³² **EGGER**, Philipp, (Hrsg.), "*Stiftungsparadies Schweiz. Zahlen, Fakten und Visionen*", Schriftenreihe Foundation Governance, Bd. 1, Basel, 2004. Kullanılan bu kavram üzerine eleştiriler de gelmiştir, bkz. **SPRECHER**, Thomas, "*Anstiftung zum Geben*", Schweizer Monat 1001, November 2012, s. 45 vd.

³³ 1990'dan bu yana İsviçre'deki vakıf sayıları ve diğer veriler için bkz. **ECKHARDT**, Beate/**JAKOB**, Dominique/**SCHNURBEIN**, Georg von, Der Schweizer Stiftungsreport, 2012, s. 8 vd; **ECKHARDT**, Beate/**JAKOB**, Dominique/**SCHNURBEIN**, Georg von, Der Schweizer Stiftungsreport, 2013, s. 6 vd; ayrıca bkz. **VEZ**, Parisima. in: **PICHONNAZ**, Pascal/FOËX, Bénédicte. (ed.), Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-359 CC, Basel 2010, Intro. art. 80 - 89bis CC para. 4.

³⁴ Ayrıca, İsviçre Yüksek Federal Mahkemesi'nin katı içtihadına göre, "*İsviçre tarzı*" aile vakıflarının sadece sınırlı bir faydası vardır, bkz. **JAKOB**, s. 329 vd. Yeni aile vakıfları neredeyse hiç kurulmamakta ve mevcut aile vakıfları da sorunlarla karşılaşmaktadır, **JAKOB**, Dominique, Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel, 2012, Art. 335 ZGB, N. 1 vd; **JAKOB**, Dominique, "*Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends*", Schweizerische Juristen-Zeitung, 2008, s. 533 vd, s. 539.

³⁵ Financial Action Task Force.

siyeler"inin gözden geçirilmiş versiyonunda, kâr amacı gütmeyen kuruluşların, vakıfların ve tröstlerin özel kırılganlığına işaret etmektedir. Buna göre, vakıflar, korumadaki bazı eksiklikler nedeniyle terör örgütleri tarafından artan bir istismar riskine maruz kalmaktadır. Bu nedenle FATF, örneğin bilgi ve muhasebe yükümlülüklerinin genişletilmesi ve genel denetim yetkilerinin güçlendirilmesi yoluyla kâr amacı gütmeyen sektörün daha güçlü bir şekilde düzenlenmesini ve kontrol edilmesini tavsiye etmektedir³⁶. FATF tavsiyeleri sadece esnek (*soft*) hukuk kuralları³⁷ niteliğinde olsa da, İsviçreli kanun koyucuların harekete geçmesi uzun sürmemiş ve 27.02.2013 tarihinde Federal Konsey iki istişare taslağı ile yanıt vermiştir³⁸. "*Mali Eylem Görev Gücü'nün 2012 Gözden Geçirilmiş Tavsiyelerinin Uygulanmasına İlişkin Federal Yasa*" taslağı, tüzel kişiliklerin şeffaflığının artırılmasını öngörmektedir. Tüzel kişilik kazanmak için tüm vakıfların ticaret siciline kaydedilmesi gerekecektir. Bunun, mevcut yasal durumda kayıt yaptırımları gerekmeyen dini vakıflar ve aile vakıfları³⁹ için ciddi sonuçları olacaktır⁴⁰. İkinci istişare taslağı, Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine ilişkin Kanun'da yapılacak değişikliklerle ilgili olup, bu değişikliklerle mali araçlara yönelik yükümlülüklerin artırılması öngörülmektedir⁴¹.

³⁶ Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanı ve Yayılmasıyla Mücadeleye İlişkin Uluslararası Standartlar. FATF Tavsiyeleri, Şubat 2012, s. 54 vd. Rapor için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/recommendations>.

³⁷ Öğretide bu kavram için "*bağlayıcı olmayan hukuk kuralları*" terimi de kullanılmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. DOST, Süleyman, "*Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk Kuralları*", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 173-174, 2019, s. 35 vd.

³⁸ Her iki tasarıya da <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=47934> adresinden ulaşılabilir, ayrıca Federal Konsey'in 27 Şubat 2013 tarihli basın açıklamasına da bakınız.

³⁹ JAKOB, s. 333 vd.

⁴⁰ Böylece, bu tür vakıfların ZGB m. 52/2'deki henüz tescile tabi olmayan tüzel kişilikler listesinden çıkarılması amaçlanmaktadır. Bu konudaki geçiş hükmü (yeni madde 6b f. 2 SchlT ZGB) şu şekildedir: "*...değişikliği yürürlüğe girdiğinde ticaret siciline kayıtlı olmayan dini vakıflar ve aile vakıfları için (ZGB m. 52/2), uyum süresi iki yıldır*". Bu vakıflar, iki yıllık sürenin bitiminden sonra ticaret siciline henüz kaydedilmemişlerse, artık tüzel kişilik olarak tanınmazlar. Detaylı bilgi için bkz. JAKOB, s. 195, dn. 27.

⁴¹ JAKOB, s. 195 vd. Yazar aynı zamanda başka bir değişikliği de öne çıkarmaktadır: Uluslararası vergi hukuku alanındaki gelişmelerin de vakıfların üzerine gölge dü-

Son olarak, 17.12.2021 tarihinde, İsviçre vakıf hukukunda daha fazla liberalleşme getirecek bir reform kabul edildi⁴². Yeni kanun düzenlemesi⁴³, 2014 yılında bir uzman grubunun raporuyla başlayan uzun bir siyasi müzakere sürecinin sonucunda ortaya çıkmıştır. Taslağın öncelikli amacı vakıfların esnekliğini arttırmaktır. Bununla birlikte taslak farklı konuları da içermektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda vakfeden, vakfın amacını değiştirme hakkını saklı tutabilmektedir. Taslakta yapılan değişikliklerle birlikte vakfeden, vakfın organizasyonunu ve yapısını değiştirme yetkisini de saklı tutma hakkına sahip olacaktır. Bu hakların vakıf senedinde saklı tutulması gerekmektedir. Bununla birlikte vakfın kuruluşundan ya da vakfın amacında veya organizasyonunda yapılan son değişiklikten itibaren on yıl sonra kullanılabilir olacaktır. Bu hak, vakfedenin talebi üzerine veya vakfedenin ölüme bağlı tasarrufuna dayanarak kullanılabilir (yeni ZGB m. 86a/1). Vakfın amacını veya yapısını değiştirme hakkı ne miras bırakılabilir ne de devredilebilir (yeni ZGB m. 86a/3). Vakıf birden fazla kişi tarafından kurulmuşsa, bu hak sadece müşterere-

şürdüğü görülmektedir. ABD'de 2010 yılında yürürlüğe giren Yabancı Hesaplar Vergi Uyum Yasası (FATCA), dünya çapında bir hareketlilik yarattı. Bu durum, Şubat 2013'te İsviçre ile ABD arasında yeni bir anlaşmanın imzalanmasına yol açtı ve bu anlaşma 2014 yılından itibaren İsviçre finans kurumları ile Amerikan vergi makamları (Internal Revenue Service, IRS) arasında daha kolay bilgi alışverişini sağlayacaktır. İsviçre finans merkezinin, diğer hususların yanı sıra kara para aklamayı önlemeye yönelik diğer tüm düzenleyici tedbirleri, vakıf sektörü üzerindeki etkileri bakımından ancak yavaş yavaş kabul görmektedir. Bu gelişmeler İsviçre öğretisinde tartışılmaktadır, konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BOLLI**, Robin, "Auswirkungen von FATCA auf Schweizer Privatbanken", Der Schweizer Treuhänder, 2011, s. 632 vd; **BROTZER**, Thomas/**KÜTTEL**, Lukas, "FATCA für Pensionskassen? – Neue Herausforderungen", Der Schweizer Treuhänder, 2011, s. 426 vd; **BLUMER**, Jeanine/**KAPALLE**, Urs, "US Foreign Account Tax Compliance Act – Ab 2013 neue weltweit anwendbare Melde- und Quellensteuerregeln für Investoren im US-Kapitalmarkt", Der Schweizer Treuhänder, 2010, s. 731 vd.

⁴² Parlamento Girişimi 14.470: "Schweizer Stiftungsstandort Stärkung", Eyaletler Konseyi'nin 22 Şubat 2021 tarihli raporu, BBl 2021 485 ve İsviçre Federal Konseyi'nin 12 Mayıs 2021 tarihli mesajı, BBl 2021 1169, bkz. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20140470&k=PdAffairId:20140470>.

⁴³ BBl 2021 486, bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/486/de>.

ken kullanılabilir (yeni ZGB m. 86a/4). Bu değişiklikler gibi birçok önemli değişiklik yapılmıştır⁴⁴.

IV. İSVİÇRE VAKIF HUKUKUNDA DENETİM VE DİĞER HUSUSLAR

Tüm geleneksel (klasik) İsviçre vakıfları bir (belediye, kanton veya federal) denetim makamı tarafından denetlenir (ZGB m. 84/1)⁴⁵ ve denetim makamının görevi, vakfın varlıklarının senette belirtilen amaç için kullanılmasını sağlamaktır (ZGB m. 84/2). ZGB m. 84/2'nin denetim makamına şikayette bulunma imkânını sui generis bir çözüm yolu olarak zımnen içerdiği kabul edilmektedir⁴⁶. Ancak, en yüksek İsviçre Mahkemelerinin bazı tartışmalı kararları nedeniyle⁴⁷, sadece usûle iliş-

⁴⁴ Diğer değişikliklerden bazıları şöyledir; hâlihazırda, denetim makamı, iyi nedenlerle gerekli görülmesi ve üçüncü tarafların haklarının etkilenmemesi hâlinde vakıf senedinde küçük değişiklikler yapabilmektedir. Şu andan itibaren, nispeten yüksek bir ölçüt olan “iyi nedenlerle gerekli” (*triftigen sachlichen Gründen als geboten*) eşiği değiştirilecek ve bu küçük değişikliklere “makul/objektif gerekçelerle haklı görünmeleri” (*sachlichen Gründen als gerechtfertigt*) hâlinde izin verilecektir (yeni ZGB m. 86b). Bir diğeri ise şöyledir; ZGB m. 85 ve 86b gereğince vakıf senedinde yapılacak değişiklikler yetkili federal veya kanton ya da denetim makamı tarafından karara bağlanır ve ayrıca değişikliklerin kamuya açıklanmasına gerek yoktur (yeni ZGB m. 86c). Mevcut ZGB’de 86c maddesi bulunmamaktadır, bu sebeple yeni bir düzenlemedir.

⁴⁵ 08.10.2004 tarihinde yapılan ve 01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle ZGB m. 84/1’e, kantonların, kendi komünlerine ait vakıfları kanton denetim makamına tâbi tutabilecekleri hükmü eklenmiştir.

⁴⁶ Vakıfların denetimine ilişkin ayrıca, 08.10.2004 tarihinde yapılan ve 01.01.2006 tarihinde yürürlüğe giren ZGB m. 84a ve 84b hükümleri de bulunmaktadır. Fakat kanun koyucu bu düzenlemeleri de tekrar değiştirmiştir. 19.06.2020’de alınan karar doğrultusunda, 01.01.2023 yılında yürürlüğe giren düzenlemeye göre bu maddelerin güncel hâli şöyledir: ZGB m. 84a, 1- Yakın bir iflas veya aşırı borçlanma durumunda, vakfın en üst organı denetim makamını derhal bilgilendirir. 2- Denetçiler vakfın iflas ettiğini veya aşırı borçlu olduğunu tespit ederse, denetim makamını bilgilendirir. 3- Denetim makamı vakfın üst organından gerekli tedbirleri almasını talep eder. Yönetim organının harekete geçmemesi hâlinde ise, denetim makamı gerekli tedbirleri alır veya mahkemeye bildirimde bulunur. 4- Anonim Ortaklık Kanununun (*Aktienrechts*) aşırı borçluluğun tespitine ve gayrimenkullerin ve iştiraklerin yeniden değerlendirilmesine ilişkin hükümleri aynen uygulanır.

ZGB m. 84b: En yüksek vakıf organı, kendisine ve Borçlar Kanunu’nun (*OR*) 734a/2 anlamında herhangi bir yönetime doğrudan veya dolaylı olarak ödenen toplam ücret miktarını denetim makamına yıllık olarak ayrı ayrı açıklamalıdır.

⁴⁷ Mahkeme kararları için bkz. Federal Yüksek Mahkeme (Federal Supreme Court) 5A_97/2018, T. 10.09.2018, (1/4 BGE 144 III 433); Danıştay (Federal Administrative Court) B-1932/2017, T. 06.11.2018.

kin ön koşullar değil, aynı zamanda kimin temyiz hakkına sahip olduğu sorusu da tartışma konusu hâline gelmiştir. Vakfa karşı doğrudan hak talebinde bulunan yararlanıcılar şikâyette bulunma hakkına sahipken, vakıf yönetim kurulunun mevcut ve eski üyeleri veya diğer ilgili kişilerin bu hakkı henüz belirsizdir⁴⁸. Uzun süren tartışmalar sonunda, ZGB m. 84/3 şu şekilde düzenlenmiştir: “*Vakıf yönetiminin kanuna ve vakıf senedine uygun olmasını sağlamakta menfaati olan vakfın lehtarları veya alacaklıları, kurucu, sonraki kurucu ve vakıf yönetim kurulunun eski ve mevcut üyeleri, vakıf organlarının fiil ve ihmâllerine karşı denetim makamına şikayette bulunabilirler*”⁴⁹. Revize edilen kanunun bu yeni hükümleri 01.01.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁰.

İsviçre Federal Vakıflar Denetleme Kurulu⁵¹ ulusal denetleme makamıdır. Kantonların ve belediyelerin de kendi vakıf denetleme kurulları vardır. Birçok kantonal denetim kurulu birleşerek bölgesel vakıf koncordatoları oluşturmuştur. Bir denetim makamının sorumluluğu, vakfın amacına ve faaliyet gösterdiği alana dayanmaktadır. Uygulamada özellikle aşağıdaki kurallar geçerlidir⁵²:

- İsviçre genelinde, sınır ötesinde veya diğer ülkelerde faaliyet gösteren vakıflar veya İsviçre çapında veya uluslararası öneme sahip vakıflar her zaman federal denetime tabidir.

- Bir vakfın faaliyetleri birden fazla kantonu kapsıyorsa, ancak amacı federal düzenlemeyi önermiyorsa, vakfın yasal ikametgahının bulunduğu (kantonlar arası) makam sorumludur. Bu tür vakıflar söz konusu olduğunda, yasal ikametgahın, vakfın dinamik gelişimine en elverişli düzen-

⁴⁸ BRUGGER/JAKOB, s. 598-599.

⁴⁹ Öğretide bu düzenleme de eleştirilmiştir. Yazarlar düzenlemenin iki açıdan yanlış yönlendirici olduğunu düşünmektedirler: ilgili kişilerin sayımının çok dar ve saf “*menfaat*” ölçütünün de çok geniş olduğunu belirtmektedirler. Ayrıca yeni düzenlemenin pratikte nasıl uygulanacağını görmek gerektiğini de ifade etmektedirler, bkz. BRUGGER/JAKOB, s. 599.

⁵⁰ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2022/452/de>.

⁵¹ “*Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht*” olarak isimlendirilmiştir ve akademik çalışmalarda “*ESA*” kısaltması kullanılabilir, bkz. <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/eidgenossische-stiftungsaufsicht.html>.

⁵² SPRECHER/EGGER/Von SCHNURBEIN, s. 44.

leyici uygulamaya sahip kantona yerleştirilmesi tavsiye edilir. Farklılıklar özellikle hizmet sunma istekliliği ve liberal tutumlar açısından belirgindir.

- Bir vakfın, belediyelerin veya ilçelerin denetimine tâbi tutulması genellikle tavsiye edilmez, çünkü bu alanla ilgili uzmanlık seviyesinin evrensel olduğu söylenebilir, bu standartın yakalanması zordur.

Bir vakfın denetimini belirlerken yetkililer tarafından kullanılan takdir yetkisinin bir parçası olarak, belirli bir şirket veya kurumla (üniversite, okul, ev vb.) yerel bağlantılar, diğer özel koşullar ve pratik hususlar da dikkate alınır.

İsviçre vakıflarının yerleşim yeri konusunda geniş bir özgürlük alanları vardır. Vakfeden, vakıf senedinde veya vakıf yönetim organı bir kararında, vakfın yasal ikametgâhının, vakfedenin veya vakıf yönetim organının üyelerinin nerede yaşadığına bakılmaksızın İsviçre içinde herhangi bir yerde bulunacağını belirtebilir. Vakfın yasal ikametgâhı ile fiilî idaresinin aynı yerde olması gerekmez. Bir vakıf genellikle destek faaliyetlerinin odaklandığı yerde yasal ikametgâhına sahip olmalıdır. Bununla birlikte, yasal ikametgâhının konumu, özellikle diğer ülkelerdeki destek faaliyetleriyle ilgili olarak, faaliyetleri üzerinde herhangi bir coğrafi kısıtlama getirmez. Vakıf senedinde engellenmediği sürece, bir vakıf yasal ikametgâhını istediği zaman değiştirebilir⁵³.

Bir vakıf yalnızca yönetim kurulunun yönetimi altında faaliyet gösterir. Yönetim kurulunun temel görevi vakfedenin iradesini (vakıf senedine yansıyan) yerine getirmektir. Bu anlamda, vakfedenin iradesi, vakıf tescil edilmeden önce otorite karşısında ve hatta bazen vergi makamları karşısında bir tür hukukî nitelik kazanır. Ancak vakıfların normalde vakfedenin yaşamından sonra da varlıklarını sürdürmeleri beklendiğinden, kurucunun iradesini uygulama hakkına kimin sahip olduğunu belirleme görevi basit değildir. Elbette, bir dereceye kadar kamu otoritesinin bir vakfın işlevlerini denetleme hakkı vardır. Ancak bir vakıf kurulduktan sonra, devletin denetleyici gözetimi zorunlu değildir⁵⁴. Aynı za-

⁵³ SPRECHER/EGGER/Von SCHNURBEIN, s. 44.

⁵⁴ ARRIVILLAGA/Von SCHNURBEIN, s. 37.

manda, eğer hükümet kendi yetki alanı içinde kayıtlı vakıflar üzerinde agresif bir denetim politikası uygulayacak olursa, vakfın bağımsız statüsünü savunmak için büyük olasılıkla güçlük arz edecektir ve tepkiyle karşılaşılacaktır. Tüzel kişiliğe sahip tüm ekonomik aktörler için ortak olan standart muhasebe kurallarının ötesinde, vakıflar yasal olarak düzenleyici otoriteye bilgi vermek zorunda değildir. Bu anlamda, vakfedenin iradesi hukukî bir nitelik taşısa ve tüzel kişilik statüsü bu iradenin yerine getirilmesi için bir çerçevenin var olmasını sağlasa da, vakıf malvarlığının devlet kurumlarınca sistematik bir şekilde ele alınmasını sağlayacak bir mevzuatın bulunmadığı söylenebilir. Ayrıca, kamu makamlarının vakıflar aracılığıyla aktarılan malvarlıklarını daha yakından incelemeye tâbi tuttuğu durumlarda bile, bu normalde vakıfların yönetim faaliyetlerine ışık tutmak, yardımcı olmak için değil, vergi kaçakçılığı gibi dürüst olmayan faaliyetleri tespit etmek için yapılmaktadır⁵⁵. Başlangıçtaki vakfetmenin yanı sıra, vakıflar hediye ve bağışlarla beslenmektedir. Dolayısıyla bu fonların sadece nereden geldiğini değil, nereye gittiğini de takip etmek mantıklı olacaktır⁵⁶.

V. GENEL OLARAK İSVİÇRE HUKUKUNDA VAKIF YÖNETİM ORGANINA İLİŞKİN DÜZENLEME

İsviçre Medenî Kanunu'nun vakıf yönetim organına ilişkin düzenlemesi Alman hukukundan farklıdır. Bu konuda ilk dikkat çeken husus, vakfın düzenlenmiş olduğu ZGB m. 80-89 hükümlerinde, yönetim organının hak ve yükümlülüklerinin doğrudan düzenlenmemiş olmasıdır. Türk hukukunda olduğu gibi, "tüzel kişiler" genel başlığında (ZGB m. 52-59), organların kusurlarından dolayı şahsî sorumlulukları olduğu hükme bağlanmıştır (ZGB m. 55/3).

Vakfın organlarının ve vakfın işleyişinin, vakıf senedinde belirleneceği ZGB m. 83'te hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede vakfın organları

⁵⁵ ARRIVILLAGA/Von SCHNURBEIN, s. 37.

⁵⁶ Örneğin İspanya'da, bağış yapmak isteyenler için bir rehber olarak STK'ların şeffaflığını takip eden bir vakıf bulunmaktadır. Bakınız: <http://www.fundacionlealtad.org/Web/home>.

ve organların arasındaki ilişki belirlenecektir. Vakfın işleyişinin bu çerçevede belirlenmesinden dolayı, diğer hükümlerde doğrudan vakıf yönetim organından bahsedilmemiş, bunun yerine “vakfın en üst organı”⁵⁷ kavramı tercih edilmiştir.

Türk hukukundan ve Alman hukukundan farklı olarak, ZGB m. 83b hükmü ile vakıflar için iç denetim (*Revisionsstelle*) zorunluluğu getirilmiştir⁵⁸. ZGB m. 83b/2'ye göre ise, bazı vakıfların bu zorunluluktan muaf tutulabileceği öngörülmüştür. Bir vakfın iç denetçi atama zorunluluğu bulunmamasına ise Denetim Makamı (*Aufsichtbehörde*) karar verebilecektir. Ayrıca muafiyet şartları Federal Konsey (*Bundesrat*) tarafından belirlenecektir. Böylelikle vakfın yönetim organının hukukî sorumluluğu, iç denetçi ile paylaşılmış ve dolayısıyla hafifletilmiştir. ZGB m. 87/2 ise dinî vakıfları ve aile vakıflarını bu zorunluluktan muaf tutmuştur⁵⁹.

İsviçre Medeni Kanunu m. 83a uyarınca, bir işletmeye sahip olan vakıfların, muhasebe ve yıllık mali tabloların açıklanmasıyla ilgili şirketler hukuku hükümlerine uyma zorunlulukları vardır⁶⁰. Bu yükümlülük vakfın en üst organının yükümlülüğüdür. Dolayısıyla yükümlülüğün

⁵⁷ ZGB'de bu kavram, “*das oberste Stiftungsorgan*” olarak kullanılmaktadır, bkz. ZGB m. 83a, 83b, 84a, 84b, 85, 86. Halbuki, dernekler düzenlemesinde yönetim kurulu anlamına gelen “*Vorstand*” kavramına sık sık yer verilmiştir, bkz. ZGB m. 61. Ayrıca dernekler hukukunda organların sorumluluğu da düzenlenmiştir, bkz. ZGB m. 69 vd.

⁵⁸ 8 Ekim 2004 tarihli Federal Kanun'un 1. maddesi ile eklenmiştir (AS 2005 4545; BBl 2003 8153 8191). 1 Ocak 2008'den beri yürürlüğe girmiş olan, 16 Aralık 2005 tarihli Federal Kanun'un (Limited Şirketler Kanunu ve Hisse Senetleri, Kooperatifler, Ticaret Sicili ve Şirketler Kanunu'nda değişiklikler) 1 no'lu eki uyarınca hüküm revize edilmiştir (AS 2007 4791; BBl 2002 3148, 2004 3969). Yapılan reformun ortak noktasının, dernek ve vakıfların denetimini halka açık limited şirketler hukukuna entegre etmek olduğuna dair görüş için bkz. JAKOB, Dominique, “*Vereins- und Stiftungsrecht 2008 – Länderbericht Schweiz*”, Non Profit Law Yearbook 2008, München, 2009, s. 205 vd.

⁵⁹ Ayrıca bu iki vakıf türü, ZGB m. 87/1'e göre, Denetim Makamı'nın gözetiminden de muafırlar. İsviçre vakıf hukukunda bu iki vakıf türünün müstesna bir yeri ve istisnaî olan bir hukukî statüsü vardır.

⁶⁰ HANDSCHIN, Lukas/WIDMER, Daniel, “*Spezifische Probleme der Revision von Stiftungen*”, Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Basel, 2011, s. 152. Yazarlara göre maddede atf yapılan ilgili hükümler, ZGB m. 662-697h hükümleridir.

yönetim organı için öngörüldüğü söylenebilir. Şirketler hukuku hükümlerine yapılan başka atıflar da vardır. Örneğin, ZGB m. 83b/3 uyarınca, vakıflar için özel hükümler bulunmadığı sürece halka açık limited şirketlerin denetçilerine ilişkin hükümler aynen uygulanır. Buradan hareketle, vakfın denetçilerinin ve yöneticilerinin hukukî sorumluluğu belirlenirken, şirketlerin yönetim kurulları için öngörülen hükümlerin belli bir ölçekte dikkate alınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

İsviçre vakıf hukuku sistematığının genel olarak Türk vakıf hukuku sistematığından farklı olmadığı gözlemlenmektedir. Bu durum özellikle 1912'den 2004 yılına kadar olan bir asırlık süreç için doğrudan geçerlidir. Ülkemizin bu süreç için öne çıkan özelliği, Osmanlı devletinden itibaren mevcut köklü vakıflara sahip olmasından hareketle, vakıflara özel bir mevzuatın hazırlanma zorunluluğundan kaynaklanmıştır. İsviçre hukuk sisteminde henüz vakıflara özel bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır ancak son yıllarda bu konuda ciddi mesafe kat edilmiştir.

İsviçre, 2004 yılından itibaren belirli kurumlara ve vakıflara ilişkin değişiklikler yapmaya başlamıştır. Uluslararası ilişkilerin güçlenmesi, iktisat alanındaki değişiklikler, teknolojinin genişlemesi ve internet kullanımının yaygınlaşması İsviçre'yi değişiklik yapmaya zorlamıştır. Bu çerçevede, bankacılık sektöründeki güvene, eşitlik ve tarafsızlığa dayanan başarılarını, vakıf kurumu için de uygulamayı hedeflemektedirler. Kanaatimizce bu husus, NGO denilen ve hükümete/devlete bağlı olmayan kuruluşların, uluslararası camiada tarafsız devlet statüsünde olan İsviçre için; merkezlerinin ve tabiiyetlerinin İsviçre'ye bağlı olarak kurulmasıyla faaliyetlerini bu sayede rahatça sürdürebileceklerine ikna ederek mümkün olacaktır. Böylelikle diğer ülke vatandaşları, kendi devletlerinin baskısından kurtulabilmek için İsviçre'de vakıf kurmayı tercih edebilecektir. Bu husus son yirmi yılda yapılan değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır. Örneğin, vakfın merkezi ve şubelerine ilişkin, vakfedenin vakıf üzerindeki haklarının genişletilmesine ilişkin değişiklikler buna işaret etmektedir. Ayrıca denetim makamlarının vakıf üzerindeki kontrolüne iliş-

kin değişiklikleri de bu çerçevede analiz etmek gerekir. Son olarak vakıf gibi kurumlar aracılığıyla para aklamaya ve benzer faaliyetlere ilişkin önlemler alınmasına dair husus sadece tasarı niteliğinde kalmıő ve vakıf mevzuatına katı şekilde bire bir yansımamıőtır. Çünkü bu tür değişiklikler amaçlanan büyümenin önüne geçebilecektir.

İsviçre vakıflara ilişkin kanun hazırlıklarına hız vermiştir. Yakın zamanda Vakıf Kanunu tasarıları hazırlanmış ve tartışılması için kamuoyunun bilgisine sunulmuştur. Bu gelişmelerle birlikte birkaç yıl içinde vakıflara ilişkin kanunun yürürlüğe gireceğini söylemek zordur. Çünkü İsviçre vakıflarına ilişkin hedeflenen amaç için fikir birliğine varılmış olmadığı kanaatindeyiz. Buna sebep olan hususlardan biri de, İsviçre vatandaşları için özel bir öneme sahip olan aile ve dinî vakıflarla ilgili nasıl bir düzenleme yapılacağıının kararlaştırılmış olmamasıdır. Bu sebeplerle tartışmaların uzun yıllar devam edeceği düşünülmektedir. Ülkemiz açısından ise bu değişikliklerin iyi analiz edilmesi ve uygun olduğu ölçüde Türk vakıf hukukuna yansıtılması bakımından önemlidir. Böylelikle, eğer istenilirse, tüm dünyada öne çıkan vakıf kurumlarına sahip olabilmemiz mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- ANHEIER**, K. Helmut/**LIST**, Regina A.: *A Dictionary of Civil Society, Philanthropy and the Non-profit Sector*, London/New York, 2005.
- ARRIVILLAGA**, Lucas R/**Von SCHNURBEIN**, Georg: *“The Swiss Legal Framework on Foundations and Its Principles About Transparency”*, *International Journal of Not-for-Profit Law*, C. 16, S. 1, 2014, s. 30-58.
- BLUMER**, Jeanine/**KAPALLE**, Urs: *“US Foreign Account Tax Compliance Act – Ab 2013 neue weltweit anwendbare Melde- und Quellensteuerregeln für Investoren im US-Kapitalmarkt”*, *Der Schweizer Treuhänder*, 2010, s. 731-738.
- BOLLI**, Robin: *“Auswirkungen von FATCA auf Schweizer Privatbanken”*, *Der Schweizer Treuhänder*, 2011, s. 632-636.
- BOTTGE**, Delphine: *Holding Foundations in Switzerland*, Geneva, 2022.
- BROTZER**, Thomas/**KÜTTEL**, Lukas: *“FATCA für Pensionskassen? – Neue Herausforderungen”*, *Der Schweizer Treuhänder*, 2011, s. 426-429.
- BRUGGER**, Lukas/**JAKOB**, Dominique: *“Swiss Foundation Law—Tightrope act between freedom and regulation”*, *Trusts & Trustees*, C. 28, S. 6, 2022, s. 596–602.

- DOST**, Süleyman: *“Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk Kuralları”*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 173-174, 2019, s. 35-74.
- ECKHARDT**, Beate/**JAKOB**, Dominique/**SCHNURBEIN**, Georg von: Der Schweizer Stiftungsreport, 2012.
- ECKHARDT**, Beate/**JAKOB**, Dominique/**SCHNURBEIN**, Georg von: Der Schweizer Stiftungsreport, 2013.
- EGGER**, Philipp: (Hrsg.), *“Stiftungsparadies Schweiz. Zahlen, Fakten und Visionen”*, Schriftenreihe Foundation Governance, Bd. 1, Basel, 2004.
- FERBER**, Michael: *“Wer reich stirbt, stirbt in Schande”*, Neue Zürcher Zeitung, 16.06.2012, s. 43.
- GUGGI**, Katharina/**JAKOB**, Julia/**JAKOB**, Dominique/**Von SCHNURBEIN**, Georg: Der Schweizer Stiftungsreport, 2021.
- HANDSCHIN**, Lukas/**WIDMER**, Daniel: *“Spezifische Probleme der Revision von Stiftungen”*, Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Basel, 2011, s. 149-180.
- HARABI**, Najib: *“Der Beitrag von Profit- und Nonprofit-Organisationen zum technischen Fortschritt: Ergebnisse aus der Schweiz”*, Munich Personal RePEc Archive, 1999, No. 4495.
- HÜTTEMANN**, Rainer/**RAWERT**, Peter/**STAUDINGER**, Julius Von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Berlin, 2011.
- JAKOB**, Dominique: *“Das neue Stiftungsrecht der Schweiz”*, Recht der internationalen Wirtschaft, H. 9, 2005, (Neue) s. 669-684.
- JAKOB**, Dominique: *“Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends”*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 2008, (Europa), s. 533-542.
- JAKOB**, Dominique: *“Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz”*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 132, H. 1, 2013, s. 185-340.
- JAKOB**, Dominique: *“Internationales Stiftungsrecht”*, in: CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von/**RICHTER**, Andreas. (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, München, 2013, (International).
- JAKOB**, Dominique: Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel, 2012, (KuKo).
- JAKOB**, Dominique: *“Vereins- und Stiftungsrecht 2008 – Länderbericht Schweiz”*, Non Profit Law Yearbook, München, 2009, s. 205-210.
- JAKOB**, Dominique/**STUDEN**, Goran/**UHL**, Matthias: Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen, 2011, (Bern 2012).
- LIERMANN**, Hans: Handbuch des Stiftungsrechts, Bd. 1, Geschichte des Stiftungsrechts, Tübingen, 1963, s. 237 vd.

- LINGELBACH**, Gerhard: *“Stiftungen und Stiftungsrecht – ein historischer Überblick”*, in: WERNER, Olaf/SAENGER, Ingo. (Hrsg.), *Die Stiftung. Recht, Steuern, Wirtschaft*, Berlin, 2008, s. 23-41.
- MÜHLENBRUCH**, Christian Friedrich: *Rechtliche Beurtheilung des Städel’schen Beerbungsfalles*, Halle, 1828.
- PREWITT**, Kenneth: *“Foundations”*, *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, Powell, W. & Steinberg, R. (ed.), New Haven: Yale University Press, 2006, s. 355-377.
- SCHULZE**, Reiner: *“Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte”*, in: HOPT, Klaus J./ REUTER, Dieter. (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln, 2001, s. 55-66.
- SPRECHER**, Thomas: *“Anstiftung zum Geben”*, Schweizer Monat 1001, 2012.
- SPRECHER**, Thomas/EGGER, Philipp/Von **SCHNURBEIN**, Georg. *Swiss Foundation Code*, Bern, 2021.
- VEZ**, Parisima, In: PICHONNAZ, Pascal/FOËX, Bénédict. (ed.), *Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-359 CC*, Basel, 2010.
- Von SAVIGNY**, Friedrich Carl: *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin, 1840.
- WÜRMLI**, Martin: *“Das gemeinnützige Unternehmen”*, *Pratique Juridique Actuelle*, PJA/AJP, 2010, s. 901 vd.

İŞ HUKUKU BOYUTUYLA SESSİZ İSTİFA (QUIET QUITTING)

Arş. Gör. Hasan Alparslan AYAN*

ÖZET

Çalışma yaşamına ilişkin birçok yeni kavram ilk kez sosyal medya içerisinde ortaya çıkıp, sonrasında toplumda yer edinmektedir. Bu eğilimlerden bazıları kavram haline gelebilmekte, etkisi zaman içerisinde azalsa bile literatürde kendisine yer bulabilmektedir. Bunlara örnek gösterilebilecek ve iş hukuku boyutuyla ele alınabilecek kavramlardan birisi de "Quiet Quitting"; Türkçeye ait deyişle "Sessiz İstifa"dır.

Bir anlamıyla sessiz istifa, işçinin kendisini yıpratmadan ve fazla çalışmayı reddederek, görülecek işin iş sözleşmesine uygun biçimde ifasıdır. İşçi, yapması gerektiği kadar çalışmakta ancak daha fazlasını yapmamaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilmeden, işin yoğunluğunun azaltılmaya çalışıldığı davranışlardır. İlk bakışta bu, iş hukukuna uygun bir çalışmadır. Ancak fazla çalışmanın önceden öngörülmesi yahut görülecek işin açık tanımının yokuşu, işçinin sessiz istifasının sonuçlarını etkiler.

Diğer anlamıyla sessiz istifa, işçinin iradi olarak düşük performans göstermesidir. Bu durumda iş sözleşmesinin ihlaline yaklaşan bir çalışma şekli ortaya çıkacaktır. İşçi işsiz kalma riskini üstlenmek istememekte, fakat bu durumu açıkça dile getirmeden performansını düşük tutmaktadır. Sessiz istifanın hukuksal sonuçları, iş ilişkisinde işçinin performansının önemine bağlıdır. Dolayısıyla performans ölçüm kriterleri içerisinde, sessiz istifa ölçüğünün de dahil edilmesi gerekir.

Bazı durumlarda sessiz istifanın giderek kolektif bir anlam kazanması söz konusu olabilir. Bu noktada sessiz istifa kavramını toplu iş hukuku açısından

* Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: alparslanayan@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9991-9492.

ayrıca ele almak gerekir. Sessiz istifa işvereni protesto eden bir özellik kazandığında, aşırı kurallı çalışma olgusu çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Aşırı kurallı çalışma, işçiler tarafından kullanılacak toplu eylem araçlarından birisidir. Talimatlara ve iç yönetmeliklere titizlikle uyulması, iş süreçlerinin geciktirilmesi, işi kolaylaştırıcı önlemlerin alınmaması ve iş akışında önemli düzeyde aksamaya neden olunması anlamına gelir. Böylelikle açıkça iş bırakma eyleminden kaçınılmasına rağmen grev benzeri bir etki doğurmak amaçlanır. Aşırı kurallı çalışma bu anlamıyla, sessiz istifa davranışının kolektif kullanım biçimi olarak görülebilir.

Sessiz istifa olgusunun altında birçok sebebin bulunduğu belirtilmiştir. Bu sebeplerden birisi de işçinin iş-yaşam dengesinin bozulmasıdır. İş-yaşam dengesi, işçinin işyerindeki çalışma koşulları üzerindeki asgari kontrolüdür. İşçi hem özel yaşamında hem de iş ilişkisinde ayrı ayrı tatmin sağlayabildiğinde bu denge sağlanmış olur. Buna karşılık giderek işçiyi işyerinde sessiz istifaya sürükleyecek bir durum, işyerinde iş-yaşam dengesinin bozulmasıdır.

Sonuçta sessiz istifa kavramı sosyal medyada ortaya çıkmış bir davranış modeli ve çalışma biçimi olsa da, iş hukuku bağlamında bazı sonuçlar doğuracağı açıktır. Özellikle fazla çalışma, iş sözleşmesinde işçinin görev tanımı ve performansının önemi, iş-yaşam dengesinin sağlanması ve aşırı kurallı çalışma açısından kavramın kolektif düzeyde tekrar ele alınması, iş hukuku literatürüne fayda sağlayabilecektir. Sonuçta bu çalışma, sessiz istifa kavramının iş hukuku açısından değerlendirmesini yapmaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sessiz İstifa, Düşük Performans, Aşırı Kurallı Çalışma, İş ve Yaşam Dengesi, İş Sözleşmesinin İhlali

"QUIET QUITTING" IN THE ASPECT OF LABOR LAW

ABSTRACT

Many concepts related to working life, emerge for the first time in social media and then become part of the society. Some of these can become concepts and find a place in the literature, even if the effect diminishes over time. One of the concepts that can be shown as an example and can be handled with the aspect of labor law is "Quiet Quitting"; or in Turkish "sessiz istifa".

Quiet Quitting is the performance of the work to be performed in accordance with the employment contract, without wearing the employee out and by re-

fusing to overwork. The employee works as much as he should but no more. These are behaviors in which the intensity of the work is tried to be reduced without violating contractual obligations. At first glance, this work is in accordance with labor law. However, the anticipation of overwork or the absence of a clear description of the work to be performed affects the consequences of the employee's quiet quitting.

In other words, quiet quitting is the voluntary underperformance of the employee. In this case, a way of working that approaches a violation of the employment contract will emerge. The legal consequences of quiet quitting depend on the importance of the employee's performance in the employment relationship. Therefore, the quiet quitting scale should also be included in the performance measurement criteria.

In some cases, quiet quitting may acquire a collective meaning. When the quiet quitting gains the characteristic of protesting against the employer, it is possible to evaluate it within the framework of the phenomenon of work-to-rule. In this meaning, work-to-rule can be seen as a collective form of quiet quitting behavior.

It is stated that there are many reasons under the phenomenon of quiet quitting. One of these reasons is the deterioration of the employee's work-life balance. Work-life balance is the control of the employee over the working conditions at the workplace. This balance is achieved when the employee is able to achieve satisfaction in both his private life and work relationship.

Although the concept of quiet quitting is a behavioral model and a way of working that has emerged on social media, it is clear that it will have some consequences in the context of labor law. Especially in terms of overwork, the importance of the employee's job description and performance in the employment contract, ensuring work-life balance and the concept of quiet quitting at the collective level may benefit the labor law literature. In conclusion, this study attempts to evaluate the concept of quiet quitting in the aspect of labor law.

Key Words: Quiet Quitting, Low Performance, Work-to-rule, Work and Life Balance, Violation of Employment Contract

GİRİŞ

Çalışma yaşamı, toplumsal yaşam ile birlikte tarih içerisinde gelişmektedir. Günümüz ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak sosyal medya, bu gelişim sürecine eşlik etmektedir. Nitekim birçok kavram sosyal medya içerisinde ortaya çıkıp, sonrasında toplumda ve giderek çalışma yaşamında yer edinmektedir. Bunlara örnek gösterilebilecek ve iş hukuku boyutuyla ele alınabilecek kavramlardan birisi de “Quiet Quitting”; Türkçeye ait bir deyişle “sessiz istifa”dır.

Quiet Quitting, diğer bir deyişle sessiz istifa, iş hukukunda ele alınan bir kavram değildir. Günümüzde giderek yaygınlaşan bu kavram, çoğu zaman iş hukukunun uygulama alanında bulunan işyeri personel kaynaklarının yönetimini ilgilendirmektedir¹. Ancak personel kaynaklarının yönetimin de mutlaka iş hukuku kurallarına bağlı olduğu düşünüldü-

¹ Genel olarak sessiz istifa kavramı ve bunun işyeri personel kaynakları yönetimi bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. **GÜLER**, Mukaddes: “Çalışma Kültüründe Yeni Bir Kavram: Sessiz İstifa”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 32, S. 1, 2023, s. 248; **YILDIZ**, Sevcan/**ÖZMENEKŞE**, Yasin Oğuz: “Kaçınılmaz Son: Sessiz İstifa”, Al-Farabi International Journal on Social Sciences, C. 7, S. 4, 2022, s. 15; **DEMİRKAYA**, Harun/**YILDIZ**, Burcu/**ERENER ÖZALÇIN**, Semra/**ÖZTÜRK**, Hakan: “İnsan Kaynaklarında Sessizliğin Yankıları: Örgütlerde Sessiz İstifa Fenomeninin Anatomisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İnsan Kaynakları Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, 2023, s. 70 vd.; **ÖRÜCÜ**, Edip/**HASIRCI**, İtr: “Örgütlerde Hiyerarşi Kültürü ve Lider-Üye Etkileşiminin Sessiz İstifa Davranışı Üzerindeki Etkisi”, Doğu Üniversitesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2024, s. 277; **Avcı**, Nuri: “Örgütsel Sizinizm, Örgütsel Sessizlik, İşte Sözde Var Olma ve Sessiz İstifa Arasındaki İlişkiler: İstanbul Maltepe Belediyesi Örneği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 14, S. 39, 2023, s. 970; **ÇALIŞKAN**, Kadir: “Sessiz İstifa: Sonun Başlangıcı mı Yeniden Diriliş mi?”, Journal of Organizational Behavior Review, C. 5, S. 2, 2023, s. 191; **ARAR**, Tayfun/**ÇETİNER**, Nurcan/ **YURDAKUL**, Gülşen: “Quiet Quitting: Building a Comprehensive Theoretical Framework”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 15, S. 28, 2023, s. 123; **ÇİMEN**, Arife İclal/**YILMAZ**, Tuncay: “Sessiz İstifa Ne Kadar Sessiz”, Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1, 2023, s. 27; **KARAŞİN**, Yusuf/**ÖZTIRAK**, Mesut: “Sessiz İstifa Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 4, 2023, s. 1445; **ÖZTÜRK**, Esra/**ARIKAN**, Özgür Uğur/**OCAK**, Metin: “Understanding Quiet Quitting: Triggers, Antecedents and Consequences”, International Journal of Behavior, Sustainability and Management, C. 10, S. 18, 2023, s. 58; **KOBAK**, Özge: Sessiz İstifa Kavramına İlişkin Bir Model Önerisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023, s. 13 vd.

ğünde, işçinin sessiz istifası olarak adlandırılabilir ve çalışma biçiminin hukuksal sonuçlarının olabileceği açıktır. Bununla birlikte sessiz istifa olgusunun işyeri verimliliğini etkileyebileceği belirlendiğinde, işverenin alabileceği tedbirlerin ve müdahalelerin, iş hukuku kuralları çerçevesinde biçimleneceği söylenebilir.

İş hukuku bakış açısıyla sessiz istifa olgusuna çeşitli konulardan yaklaşılabılır. Bu bakış açılarından birincisi, işçinin fazla çalışmayı reddedip reddedemeyeceği noktasındadır. Çünkü sessiz istifada bulunan işçi, normal çalışma süresinin dışına çıkmamakta, bu şekilde kendisini yıpratmadan çalışmak istemekte ve verimliliğini düşük tutmaktadır.

İkinci olarak işçi, sadece görev tanımına giren işleri ifa etmekte, bunun dışında kalan işleri ise yapmaktan kaçınmaktadır. Böyle bir çalışma, iş hukukunun genel kurallarına uygun bir çalışma olsa da, işçinin görev tanımının nasıl belirleneceği yahut görev tanımının soyut biçimde belirlendiği durumlarda, iş sözleşmesinin ihlal edilip edilmediğinin nasıl tespit edileceği önem taşımaktadır.

Üçüncü olarak sessiz istifa davranışında bulunan işçi çoğu zaman düşük performans göstermekte, performans kriteri ise iş hukukunun içerisinde değerlendirilmektedir. Nitekim işçinin düşük performansı, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine konu olabilmekte; işyerinde bir performans ölçüm sisteminin uygulanmasına dayanak oluşturabilmektedir. Bu noktada performans ölçüm sisteminin uygulanması esnasında sessiz istifa ölçeğinin kullanılabilmesi mümkündür.

Dördüncü olarak sessiz istifa bireysel davranışlara dayanmaktadır. Ancak bireysel davranışların kolektif biçimde katlanarak ortaya çıkması da mümkündür. Bu bakımdan sessiz istifa olgusunun işvereni protesto eden bir düzeye ulaşması durumunda, söz konusu olgunun *kanaatimizce* toplu eylemler içerisinde değerlendirilmesi; diğer bir deyişle sessiz istifaların giderek aşırı kurallı biçimde çalışmaya dönüşmesinden bahsedilebilecektir. Aşırı kurallı çalışmanın ise kolektif iş hukuku kuralları ve işçinin temel hakları bakımından ele alınması gerekir.

Çalışma yaşamında, işçiyi sessiz istifaya sürükleyecek birçok sebebin bulunduğu belirtilmiştir. Bunlar içerisinde iş hukukunu en çok ilgilendiren unsur, işçinin iş ilişkisinde iş ve yaşam dengesinin bozulmasıdır. Özellikle çalışma süresinin dışında, işçinin ulaşılama hakkına işverenin saygı göstermemesi sessiz istifa olgusunu işyerine taşımaktadır. Bu bakımdan işyeri verimliliğinin artırılması, iş ilişkisinde iş ve yaşam dengesinin başarı ile sağlanabilmesi ile gerçekleşebilir².

Bu açıklamalar ışığında görülmektedir ki, her ne kadar sessiz istifa olgusu bir sosyal medya kavramı olarak ortaya çıkmış olsa da, iş hukukunun geleneksel konuları ile ilişkilidir. Böyle bir davranış biçiminin özünde yatan sebep işveren tarafından anlaşılamadığı taktirde, bunun iş sözleşmesinin feshine yol açabilmesi mümkündür. Diğer taraftan, sessiz istifanın işyerinde tespiti mümkün olmadığında, giderek işyerinin veriminin düşeceği de açıktır. Sessiz istifa olgusunun işçinin temel hakları ile de bağlantısının olduğu düşünüldüğünde, bu konunun iş hukuku açısından ele alınması isabetli olacaktır. Bu bağlamda öncelikle sessiz istifa kavramının çerçevesi ortaya konulacak, sonrasında ise iş hukuku bakımından bazı sonuçları ele alınacaktır.

I. Sessiz İstifa (Quiet Quitting) Kavramının Çerçevesi

A. Kavramın Ortaya Çıkışı

Sessiz istifa olgusunun toplumda ve çalışma yaşamında yaygınlaşması, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ve sosyal medya aracılığıyla gerçekleşmiş olsa da, kavramın ortaya çıkışı daha eskiye dayanmaktadır. Sessiz istifa olgusunun sosyal yaşamda ve bir işverene bağımlı çalışanlar arasında yaygınlaşması ise şüphesiz sosyal medya ile olmuştur. Özellikle 25 Temmuz 2022 yılında bir sosyal medya kullanıcısının yaptı-

² İş hukukunda iş ve yaşam dengesi kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. DOĞAN, Sevil, İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 19. Bu bakımdan iş ve yaşam dengesi, işçilerin iş ile yaşam alanı arasındaki dengenin, yine işçinin önceliklerine uygun biçimde dengelenmesini ve bunu sağlamaya yönelik politikaların etkin hale getirilmesini tanımlamaktadır. Bkz. DOĞAN, s. 19-20.

ğı paylaşım büyük etki doğurmuş ve söz konusu kavramı çalışma yaşamı içerisine dahil etmiştir³.

Toplumunu geniş ölçekte etkileyen olaylar, yeni kavramların ortaya çıkışına ön hazırlık yaparlar. Covid-19 Pandemisi ve sonrasında çalışma ilişkilerinde yaşanan gelişmeler sessiz istifa kavramının ortaya çıkışını hızlandırmıştır⁴. Nitekim Aralık 2019 tarihi itibarıyla ortaya çıkan ve dünyayı etkileyen Pandemi sonrasında çalışma yaşamı da dönüşüme uğramış, hem işçiler hem de işverenler esnek çalışma biçimleri başta olmak üzere diğer yeniliklere adapte olmaya çalışırken, işten ayrılışların da arttığı gözlemlenmiştir⁵. Bunun sonrasında ise ekonomik daralma kendisini göstermiş ve işsizlik sorunu yaratılmıştır. Toplumun bağımlı çalışan kesimi ise işsiz kalma riskini üstlenmeden ve Pandemi sonrasında gündeme gelen temel haklarının bilincinde olarak işyerindeki konumunu sorgulamaya başlamışlardır. Bu durum neticede diğer sonuçlarının yanı sıra sessiz istifa olgusunu da gündeme taşımıştır.

Günümüzde ise Quiet Quitting, diğer bir deyişle sessiz istifa kavramının toplumsal yaşamın ve çalışma ilişkilerinin içerisine nüfuz etmiş olduğu söylenebilir. Ancak konunun kapsayıcı özelliğinin ortaya konulabilmesi için kavramın açıklayıcı bir tanımının yapılması gerekir.

³ Pandemi döneminin bitişinden sonra sessiz istifa kavramının sosyal medyada yaygınlaşmasının, “zaidleppelin” isimli sosyal medya kullanıcısının bir paylaşımından sonra katlanarak arttığı ifade edilmiştir. Sosyal medya kullanıcısı bu paylaşımında işyeri kültürünü eleştirmiş ve kişisel değerinin işyerinde ortaya koyacağı verimlilik ile ölçülemeyeceğini vurgulamıştır. Söz konusu edilen sosyal medya paylaşımı için bkz. <https://www.tiktok.com/@zaidleppelin/video/7124414185282391342>, (Erişim Tarihi: 11.01.2024). Bu konuda ayrıca bkz. **GÜLER**, s. 249. Sessiz istifa kavramının ortaya çıkışında yatan düşüncenin izlerinin, daha eski tarihli akımlarda da görmek mümkündür. Örneğin Çin’de yaygınlaşmış olan “Tang Ping - lying flat” akımı da çalışma sürelerini eleştirerek, fazla çalışma ve işyerinde aşırı başarıya yönelik toplumsal baskıların kişisel olarak reddedilmesini tanımlamıştır. Bu konuda bkz. **GÜLER**, s. 249. Sessiz istifa kavramı ve iş ilişkisine yeni katılan Z kuşağı arasındaki ilişki için bkz. **KOBAK**, s. 3-4.

⁴ **GÜLER**, s. 248; **KOBAK**, s. 1.

⁵ Sosyal politikalar bağlamında Pandemi sonrasında yaşanan işten ayrılışların artması hakkında bkz. **GÜLER**, s. 248.

B. Tanım

Quiet Quitting, İngilizcede “Quiet – sessiz” ve “Quit(ting) – bırakmak, çıkmak, istifa etmek, işten ayrılmak” anlamlarında yaygın bir kullanımı bulunmaktadır. Alman hukukunda “Dienst nach Vorschrift” kavramıyla karşılanmaktadır⁶. Türk literatüründe ise sessiz istifa olarak çevrilmiş ve genel olarak da böyle kullanılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki çalışma yaşamında sessiz istifa kavramı, işçinin bir davranışını ve çalışma biçimini tanımlamaktadır. Diğer bir deyişle kavramın içerisindeki geçen istifa sözcüğü, hukuksal anlamda işçi tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshini karşılamamaktadır⁷. İstifa sözcüğü burada, işçinin psikolojik temelde işten uzaklaşması, vazgeçmesi ve giderek işe bağlılığını kaybetmesi olarak anlaşılmalıdır⁸. Bu sebeple sessiz istifa kavramı yerine, sessiz ayrılış veya sessiz vazgeçiş gibi terimlerin de kullanıldığı görülmektedir⁹. Ancak bu noktada biz de çalışmamızda kavramın genel kullanım biçimini, yani sessiz istifa sözcüğünü tercih etmiş bulunmaktayız.

Sessiz istifa kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre sessiz istifa, işçinin görev tanımında yer alan işleri yapması ve bunun ötesine geçmemesi anlamına gelmektedir¹⁰. Diğer bir tanıma göre ise işçinin iş ilişkisinde daha az sorumluluk almak istemesini ve işten vazgeçişini ifade etmektedir¹¹. Başka bir tanım ise işçilerin görev tanımlarında belirtilen çerçevenin dışına çıkmamaları, yalnızca gerektiği kadar çalış-

⁶ Kavramın Alman hukuku bakımından kullanımı için bkz. **IWW Institut**, AA 2022, s. 211 (juris); **KLEİN**, Niklas: “Trendthema ‘Quiet Hiring’– eine Einordnung in den arbeitsrechtlichen Kontext”, ArbRAktuell 2023, s. 329.

⁷ **DEMİRKAYA/YILDIZ/ERENER ÖZALÇIN/ÖZTÜRK**, s. 71; **ARAR/ÇETİNER/YURDAKUL**, s. 123.

⁸ İşçinin işyerinde ve giderek işe olan bağlılığını kaybetmesi, işçinin işyerinin amaçlarına bağlılık ile hizmet etmekten uzaklaşması, işveren lehine özverili davranmaması, işçinin kendisini işyerine adamaması ve buna yönelik tutumlar geliştirmesi anlamına gelir. Bu konuda ve özellikle tükenmişlik hakkında bkz. **KOBAK**, s. 5 ve s. 7. Ayrıca bkz. **ARAR/ÇETİNER/YURDAKUL**, s. 126.

⁹ **AVCI**, s. 973.

¹⁰ **KLEİN**, s. 329; **GÜLER**, s. 249; **KOBAK**, s. 14.

¹¹ **YILDIZ/ÖZMENEKŞE**, s. 15.

maları, haklarını ise sessizce aramaları ve vazgeçmeye yönelmeleri şeklindedir¹².

Gerçekten iş hukuku bakımından da işçinin sessiz istifasını tanımlamak mümkündür. *Kanaatimizce* bu açıdan bakıldığında kavram, işçinin iş sözleşmesinde belirtilmiş (veya belirtilmemiş olsa da işverenin yönetim hakkı kapsamında belirleyeceği) görev tanımının dışına çıkmadan çalışması, giderek işverenin fazla çalışma taleplerini reddettiği; ayrıca düşük performans göstererek işe devam ettiği ve iş-yaşam dengesini bozucu uygulamaları kabul etmediği tutum ve davranışları ifade etmektedir. Eğer iş hukuku boyutuyla sessiz istifa kavramını ele almak gerekirse, konuya bu açılardan yaklaşmak isabetli olacaktır.

C. İşyeri ve İşçiler Üzerindeki Etkisi

Sessiz istifanın, hem böyle bir davranışı ve çalışma biçimini benimseyen işçi açısından hem de işyeri ve işyerindeki diğer çalışanlar üzerinde birtakım etkileri bulunmaktadır¹³. İşçiler üzerinde doğabilecek önemli olumsuz etkilerden birisi, iş tatmininin azalması ile işçinin performansının giderek daha düşük düzeye inmesidir.

Sessiz istifa durumunun sağlıklı bir psikolojiye sahip işçilerde görül-meyeceğinden hareketle, söz konusu durumun diğer bir olumsuz etkisi, işçinin psikososyal iyilik hali üzerinde olmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün "sağlıklı işyeri/çalışma ortamı" tanımında olduğu gibi, işyerinin oluşturan unsurlardan birisi de insan faktörü olup, işçilerin psikososyal risklerden -stresten- uzak olması ve yaşam tarzları ile uyumlu uygulamaların işyerinde bulunması gerekmektedir¹⁴.

¹² **ÖRÜCÜ/HASIRCI**, s. 278. Literatürde başka tanımlamalar da yapılmıştır. Örneğin bir yazara göre sessiz istifa, iş hukuku mevzuatına aykırı olarak işverenlerin uzun çalışma süresi ve fazla çalışma taleplerini reddetmesi, esnek çalışma biçimlerinin olumlu yanları ile birlikte çalışanların geleneksel çalışma biçimlerine sessiz tepkileridir. Bkz. **AVCI**, s. 973. Ayrıca sessiz istifa, işçilerin kendilerini özellikle psikososyal risklerden koruma içgüdüsüyle işyerilerindeki rollerden ayrılma durumları; yine çalışma ortamı ile kendisi arasında psikolojik mesafe koyma girişimi olarak da açıklanmıştır. Bu konuda bkz. **ÇALIŞKAN**, s. 192.

¹³ **KOBAK**, s. 1-2.

¹⁴ **DOĞAN**, s. 23.

Sessiz istifa olgusunun işçiler üzerindeki olumsuz etkisinin yanında bazı olumlu etkileri de bulunmaktadır. Örneğin sessiz istifada bulunan işçi, başta ulaşılamama hakkı olmak üzere Pandemi sonrasında ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde iş ilişkisinde giderek önemi artan temel hakları noktasında bilinçlenmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle iş ilişkisinde işçinin iş ve yaşam dengesinin işverence sağlanması, işçinin sessiz istifa durumunu ortadan kaldıracaktır¹⁵.

Bunlarla birlikte sessiz istifanın işyerinde bazı olumsuzluklara neden olabileceği belirtilmiştir¹⁶. Örneğin performansını düşük tutan işçi, işyerindeki diğer işçileri de bu yönde etkileyerek işyerinin genel verimliliğini düşürmesi söz konusu olabilir. Ayrıca böyle bir davranış ve çalışma biçimi nedeniyle işyerinde çatışmalar ortaya çıkabilir ve giderek işyeri barışı bozulabilir¹⁷.

II. İş Hukuku Bakımından Sessiz İstifanın Sonuçları

İş hukuku bakımından sessiz istifanın sonuçlarını dört başlık altında toplayabiliriz. Bunlardan üç tanesi bireysel iş hukuku bakımından işçinin görev tanımına girmeyen işleri yapmayı reddetmesi, işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınması ve işçinin düşük performans göstermesidir. Kolektif iş hukuku bakımından ise sessiz istifanın sonuçlarını, işçilerin toplu biçimde işi yavaşlatmaları ve aşırı kurallı çalışmaları bakımından ele almak gerekir¹⁸.

İşçinin sessiz istifa davranışı ve çalışma biçimi, işveren açısından arzu edilen bir durum değildir. İşyerinin genel verimliliğini doğrudan etkile-

¹⁵ Nitekim işçilerin sessiz istifaya başvurmalarının en büyük nedenlerinden birisi, daha iyi bir iş ve yaşam dengesini sağlamak istemeleri ve işten kaynaklanan stresi düşürmek veya bunlarla mücadele etmenin yeni yollarını bulmayı arzu etmeleridir. Bu konuda bkz. **GÜLER**, s. 250.

¹⁶ Sessiz istifanın işyeri ve işçiler bakımından etkisi için **KOBAK**, s. 22.

¹⁷ Sessiz istifa davranışına ve çalışma biçimine sahip bir işçinin bundan kaynaklanan isteksizliğinin, giderek işyerindeki diğer çalışanların iş yükünü artırdığı ve ahengi bozduğu belirtilmiştir. Bu konuda bkz. **DEMİRKAYA/YILDIZ/ENERER ÖZALÇIN/ÖZTÜRK**, s. 71.

¹⁸ Sessiz istifa kavramının Alman iş hukuku açısından ele alınması için bkz. **FUHLROTT**, Michael: "Quiet Quitting: Vertragserfüllung oder Pflichtverletzung?", *Arb-RAktuell*, 2022, s. 579 vd.; **IWW Institut**, AA 2022, s. 211 (juris).

yecek bir unsur olarak kabul edilebilir. Bu nedenle iş hukuku bakımından sessiz istifanın sonuçlarına yönelik müdahalenin yolları da belirtilmelidir. İş hukuku bakımından sessiz istifaya yönelik müdahaleler, bireysel iş hukuku bakımından işçinin görev tanımındaki belirsizliğin giderilmesi, ücrete ilişkin hedef anlaşmaların yapılması ve iş ilişkisinde iş yaşam dengesinin sağlanmasıdır. Kolektif iş hukuku açısından ise işçilerin toplu biçimde işi yavaşlatmaları ve aşırı kurallı çalışmaları noktasında ölçülülük denetiminin gerçekleştirilmesi icap eder.

A. İşçinin Görev Tanımına Girmeyen İşleri Yapmayı Reddetmesi ve Görev Tanımındaki Bu Belirsizliğin Giderilmesi

Esas itibarıyla işçinin yapmakla yükümlü olduğu işin türü, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve iş mevzuatı kurallarına göre belirlenir¹⁹. İşçinin görev tanımı iş sözleşmesinde açık ve somut biçimde belirli bir iş olarak tespit edilmiş ise, işçinin iş görme borcu somut bir biçimde kararlaştırılmış olan bu iş türünü kapsar²⁰. İşçinin görev tanımı, işyerindeki bir bölüme atıf ile belirlenmiş olabilir (örn. depo sorumlusu). Bu halde işveren, işyerinin niteliklerine göre yönetim hakkının sınırları içerisinde talimatlar verebilir. Eğer işçinin görev tanımı, bir meslek olarak ortaya konulmuş ise, işveren o mesleğin kapsamına giren her türlü işin görülmesini talep edebilir. Ancak işveren o mesleğin örf ve adetini göz önünde bulundurmalıdır²¹. Eğer işçinin görev tanımı, vasıfsız işlerde olduğu gibi *genel* biçimde belirlenmiş ise, işçi dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenebilecek işi yapmakla yükümlüdür. İşçiye kendi ücret grubuna, yeteneğine ve niteliklerine uygun her çeşit iş verilebilir²².

İşçinin görev tanımı ne kadar geniş belirlenirse işverenin yönetim hakkı da bu orantıda genişlemekte, bu durum ise işçinin görev tanımının belirsizleşmesine ve giderek sessiz istifasına neden olabilmektedir.

¹⁹ SÜMER, Halûk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 141; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 231.

²⁰ SENYEN KAPLAN, s. 231.

²¹ SÜMER, s. 141.

²² SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 355.

Açıkça sözleşmede belirtilmemiş olsa da işçinin görev tanımı içerisine yan işleri (sekreterin ziyaretçileri karşılaması, not tutması gibi) yapmak da girmektedir. Yan iş yapmak zorunda olan işçinin sessiz istifa davranışı içerisinde bulunarak gerçekleştireceği itirazı iş sözleşmesine aykırı olur. Buna karşılık yan işlerin yapılması işçiden istenirken sınır TMK m. 2 dürüstlük kuralıdır. İşverenin işçiden görmesini istediği işin iş sözleşmesi ile kararlaştırılan işlerden olup olmadığı belirlenirken dürüstlük kuralı, yorum esasları ve geleneklere göre uygun işler dikkate alınmalıdır²³. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olan yan işlerin işçi tarafından reddedilmesi mümkündür.

İşçinin görev tanımındaki belirsizlik, sözleşmede boşluk bulunan hallerde, işverenin yönetim hakkı ile giderilebilir²⁴. TBK m. 399 gereğince işveren, işin görülmesi (yürütümü) ile ilgili genel düzenlemeler yapabilir veya işçiye iş görme borcunun tamamlayıcı özel talimatlar verebilir. Ancak işçinin görev tanımının işverenin yönetim hakkı ile belirlenmesi bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırların aşılmış olması halinde işçinin sessiz istifası hukuka uygun olur²⁵.

Buna göre işverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesi ile belirtilen amaç çerçevesinde ölçülülük ilkesi ile sınırlıdır. Yönetim hakkı kullanılırken, ayırım yasaklarına ve eşitlik ilkesine uygun davranılmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, yönetim hakkı için de geçerlidir ve bu nedenle

²³ ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 304.

²⁴ İş hukuku açısından yönetim hakkı için bkz. DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 29 vd.; ÖZTÜRK, Berna, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 26 vd.; SÜMER, s. 141.

²⁵ Alman hukukunda ise işverenin yönetim hakkı ve bu hak ile bağlantılı olarak işçinin görev tanımının belirlenmesi, İşletme Düzeni Kanunu (GewO) m. 106'da düzenlenmiştir. Buna göre faaliyetin içeriği sözleşmede ne kadar yoğun tanımlanmış ise işverenin yönetim hakkı daha dar kabul edilecek, işçiye başka bir görevin verilmesi, işin niteliği ve sosyal şeklinin değişip değişmediği ile ölçülecektir. İşveren, işçiye yeni bir görevin verilmesi sırasında hizmet yükümlülüklerinin eş değerde olup olmadığına dikkat etmelidir. Burada faaliyetin iş sözleşmesinde nasıl tanımlandığından daha çok, faaliyetin gerçek fonksiyonu önemlidir. Bu açıklamaların Türk hukuku bakımından da benimsenmesi mümkündür. Bu konuda bkz. DURSUN ATEŞ, s. 35.

objektif iyi niyet kuralına (dürüstlük ilkesine) uygun kullanılmalıdır²⁶. Ayrıca işçi, fikri ve teknik bakımdan uzmanlaştıkça (doktor ve mühendis gibi), işverenin işin yürütümüne ilişkin talimatlar verebilme olanağı azalır. Fakat işçinin niteliği ve uzmanlığı gereği bağımlılık unsuru zayıflasa da hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmaz. Bu nedenle işverenin işin yürütümüne ilişkin yönetimi varlığını korur.

İşçinin görev tanımındaki belirsizliğin giderilmesinin, iş hukuku bakımından işçinin işinin esaslı biçimde değiştirilmesi anlamına geldiğinde, işçinin değişikliğe itiraz etmesi yahut değişikliğe uymayarak sessiz istifa davranışını gerçekleştirmesi hukuka uygundur. Eğer işveren, işçinin işini esaslı bir biçimde değiştirir, iş sözleşmesiyle belirlenenden farklı bir iş veririrse yahut vasıfsız bir işçiyi başka bir işte daha ağır çalışma koşullarında çalıştırmak isterse, bu müdahale çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir ve değişiklik feshi hükümleri (İşK m. 22) uygulanır²⁷.

Ancak iş sözleşmesinde işçi, çalışma koşullarında değişikliği saklı tutma kayıtları konusunda önceden bilgilendirilmiş ve rıza göstererek onları kabul etmiş ise, sözleşme özgürlüğü gereğince işveren ihtiyaç duyduğu değişikliği yapabilir. Burada işverenin genişletilmiş yönetim hakkının varlığından bahsedilir²⁸. İşveren bu hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmalı; bu tür kayıtların genel iş koşulu olması halinde ise TBK m. 21 vd. gereğince içerik denetimine tabi tutulmalıdır²⁹.

²⁶ İşverenin yönetim hakkının sınırları hakkında bkz. **DURSUN ATEŞ**, s. 419. İşverenin eşit işlem yapma borcu konusunda bkz. **SÜMER**, s. 101 vd.; **SENYEN KAPLAN**, s. 344.

²⁷ **SÜZEK**, s. 355; **SÜMER**, s. 143-144. Buna göre esaslı bir değişiklik için işçiye yazılı olarak değişiklik teklifinde bulunulmalı, işçinin de *altı iş günü* içerisinde bu değişikliği yazılı olarak kabul etmesi gerekir. İşçi tarafından kabul edilmeyen değişiklik işçiyi bağlamamaktadır. Çalışma koşullarında değişiklik için bkz. **DURSUN ATEŞ**, s. 228 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **ÖZTÜRK**, s. 540; **SENYEN KAPLAN**, s. 441.

²⁸ Genişletilmiş yönetim hakkı konusunda bkz. **DURSUN ATEŞ**, s. 272 vd. İş sözleşmesinde değişiklik kayıtları hakkında bkz. **ÖZTÜRK**, s. 562 vd.

²⁹ **YILDIZ**, Gaye Burcu: "İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Centel, Tankut (editör), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 26 vd.

Sessiz istifa olgusunun önemli bir diğer özelliği, daha fazla sorumluluk almaktan kaçınılmasıdır³⁰. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, işverenin işçinin ücretinde artışa giderek daha nitelikli ama daha çok sorumluluğa sahip bir işin işçiye verilip verilemeyeceğidir. Yüksek değerde bir işin verilmesine karşılık, işçinin çalışma koşullarının ağırlaşacağı bu gibi hallerde işçinin açık onayı gerekmektedir. Eğer işçiye daha çok sorumluluğa sahip bir iş verilmek isteniyorsa, işçinin eğitimi, bilgisi, deneyimi ve iş-yaşam dengesi gözetilmeli, bunlarından yanında ücretinin de artırılması icap etmektedir³¹. Aksi taktirde işçinin sessiz istifa ya yönelik davranış gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir.

İşçinin görev tanımının işverenin yönetim hakkı ile belirlenmesi durumunda, işçilerin sessiz istifa davranışını ortadan kaldırmak amacıyla işçinin yönetime katılması sağlanabilir. İşyerinde oluşturulacak bir çalışma konseyinin, işverenin yönetim hakkı ile işçilerin görev tanımlarını belirleme yetkisine ek bir sınır getirilmesi mümkündür. Böylelikle iş sözleşmesi ile oldukça geniş belirlenmiş görev tanımlarının somutlaştırılması gibi sosyal konulara ilişkin müdahaleler, işçilerin yönetime katılmaları ile birlikte iş birliği içerisinde gerçekleştirilebilir³².

İşçinin sessiz istifası, görev tanımının belirlenmiş olduğu hallerde iş görme borcunun ihlaline sebep olabilir. Sessiz istifa davranışında bulunan işçinin, iş görme borcunu ifa etmekle birlikte borcunu kötü (özensiz) ifa etmesinde durum böyledir. TBK m. 396/I gereğince işçi yüklendiği işi özenle yapmak zorundadır. Özenle ifa borcu yan edim yükümlülüğü olup bunun ihlali, asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcunun ihlali anlamına gelir. Bu borç işçinin kendisinden beklenen dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni yeteneklerini gerektiği şekilde kullanmasıdır. İş görme borcu yerine getirilirken gösterilmesi gereken özen, somut olayın özelliğine ve her işçinin durumuna göre saptanır³³.

³⁰ FUHLROTT, s. 579.

³¹ FUHLROTT, s. 581.

³² İşverenin yönetim hakkının işçilerin yönetime katılma hakkıyla sınırlandırılması yaklaşımı konusunda bkz. ÖZTÜRK, s. 17. Sessiz istifa karşısında işverenin söz konusu işçiler ile diyalog arayışı girmesi gerektiği hakkında bkz. FUHLROTT, s. 581.

³³ SENYEN KAPLAN, s. 233-234. İşçinin özen borcunun kapsamı için bkz. EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 387.

İşveren işçiden kendi kapasitesini aşan bir özen borcunu talep edemez. İşçinin bundan sorumlu tutulması uygun olmaz. İşveren iş görme borcuna ilişkin talimatlar verirken işçinin niteliklerini göz ardı edemez³⁴. Dolayısıyla bu noktada gerçekleştirilen sessiz istifa davranışı hukuka uygun olur. Eğer işverenin bir zararı ortaya çıkmış ise işçinin işveren tarafından bilinen ve bilinmesi gereken özellikleri örneğin bilgisi, tecrübesi, yetenekleri bağlamında ve TBK m. 400 gereğince sorumluluğu doğar³⁵. Ayrıca işçinin özen borcunu ihlal etmesi, İŞK m. 25/II-h bendi uyarınca, yapmakla ödevli olduğu görevin kendisine hatırlatılmasına rağmen bunu yapmamakta ısrar etmesi halinde, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı sebeple derhal sona erdirilebilir³⁶.

B. İşçinin Fazla Çalışma Yapmaktan Kaçınması

İşçinin sessiz istifasının bir diğer sonucu, işçinin giderek fazla çalışmaktan kaçınmasıdır³⁷. Bu durumda işverenin çalışma sürelerinin düzenlenmesinde yönetim hakkı ile işçinin serbest zamanını düzenleme hakkı arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır³⁸. İşverenin fazla çalışma talebi, bir noktada, işçinin özel yaşamından fedakârlık etmesi anlamına gelmektedir. Bunlarla birlikte iş sözleşmesinin temel unsurlarından birisi olan bağımlılık, çalışma süreleri ile bir bütündür. İşçi iş görme borcunu ifa etmesi sürecinde işverenin emir ve talimatlarına bağlıdır ve bu bağımlılık, işçinin işverenin talimatlarına uygun olarak ve onun denetiminde fazla çalışmasını gerektirebilir³⁹.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin (FÇY) 3. maddesine göre çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. Çalışma süresi, işçinin iş görme borcunun ifası amacıyla işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar geçen ve işçi tarafından fiilen çalışılan veya çalışılmayan tüm süreler biçiminde tanımlanabilir⁴⁰. İŞK m. 41'e

³⁴ SÜZEK, s. 355-356.

³⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 311.

³⁶ SENYEN KAPLAN, s. 234 ve s. 471; SÜZEK, s. 356.

³⁷ FUHLROTT, s. 579; IWW Institut, AA 2022, s. 211 (juris).

³⁸ ÖZTÜRK, s. 466.

³⁹ DURSUN ATEŞ, s. 353.

⁴⁰ SÜZEK, s. 799; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 461.

göre fazla çalışma, haftalık 45 saati aşan çalışmaları ifade eder. Çalışma sürelerine ilişkin azami sınırın bazı nedenlerle ve şartlar dahilinde aşılabileceği, İşK m. 41 vd. maddelerinde hüküm altına alınmıştır⁴¹.

Her ne kadar sessiz istifada bulunan işçi, fazla çalışma talebini reddetmek yönünde eğilim gösterse de, mevzuat gereği fazla çalışmaların koşulları gerçekleştiğinde işçi fazla çalışmak zorundadır. Olağan nedenler fazla çalışma, İşK m. 41 gereğince, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenler gerçekleştirilebilir⁴².

Öncelikle işverenin isteğine dayanan, ve işçinin fazla çalışmasına yönelik talebin oluşması gerekir. İşveren, kanuni sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla bu isteğini, talimat vererek ortaya çıkarabilir. Bu noktada kanaatimizce işçinin sessiz istifasını önleyebilecek bir husus, olağan nedenlerle fazla çalışmanın makul bir süre öncesinde işçiye bildirilmesidir. Her ne kadar bu konuda yasal bir düzenleme olmasa da, işçinin serbest zamanından edeceği feragati önceden planlayabilmesi ve iş-yaşam dengesinin sağlanması açısından önem arz eder. Dolayısıyla işveren işletmesel kararını fazla çalışma için kullanacaksa, dürüstlük kuralı gereğince makul bir süre önceden işçiye başlama ve bitiş tarihi ile içeriğini bildirmelidir.

Eğer işveren tek taraflı kararıyla fazla çalışma talep etmiş ise işçi bu talebi reddedebilir. Çünkü İşK m. 41/VII gereğince fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayı gerekir⁴³. Bu onay FÇY m. 9/II gereğince iş sözleşmesinin yapılması sırasında yahut böyle bir ihtiyaç ortaya çıktığı zaman alınabilir. Eğer işçi onay vermiş ancak bu onayı geri almak istiyorsa, otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirerek onayını geri alabilir. İşçi fazla çalışma onayını vermiş olmasından sonra, işverenin emir ve talimatlarına uyarak fazla çalışma yükümlülüğüne sahiptir. Bu nedenle onaya rağmen işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınması, iş görme borcuna aykırı davranış sayılır ve bu kusurlu davranışı neticesinde iş söz-

⁴¹ Fazla çalışma ve çeşitleri hakkında bkz. DURSUN ATEŞ, s. 353 vd.; ÖZTÜRK, s. 476.

⁴² SÜMER, s. 408; ÖZTÜRK, s. 476; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 482.

⁴³ SÜZEK, s. 836; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 780.

leşmesinin işveren tarafından İŞK m. 25/II-h uyarınca haklı nedenle fes-
hi mümkündür⁴⁴.

İşçi onay vermiş olsa bile bazı hallerde fazla çalışma yapmak zorunda değildir. Örneğin sağlık durumunun elverişsiz olması yahut fazla çalışmayı engelleyecek başka bir sebebin bulunduğu hallerde işçi, bu durumu işverene ispatlamak koşuluyla fazla çalışma yapmaktan kaçınabilir. Buna rağmen işverenin işçiyi fazla çalışma için zorlaması hukuka aykırıdır. Bu halde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, günde 11 saatlik bir çalışma yapan işçinin de günlük azami süre çalışma süresini doldurduğu için fazla çalışma yapma zorunluluğu yoktur⁴⁵.

C. İşçinin Düşük Performans Göstermesi ve Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaların Yapılması

Sessiz istifada bulunan işçinin durumu, iş hukuku bakımından mesleki yetersizlik hali oluşturabilir⁴⁶. Mesleki yetersizlik, işçinin iş görme borcunu ifa ederken yeterli olmamasıdır⁴⁷. Bu durum iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshine (yaptırım karakterli yanıt seçeneğine) yol açabilir⁴⁸. Yargıtay'a göre *"yeterlilik, görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eder. Mesleki yetersizlik sebebiyle iş ilişkisinin sona erdirilebilmesi için iş görme borcunun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun, iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir"*⁴⁹.

İş Kanununa göre işçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli ve daha düşük performansla çalışması geçerli fesih sebebidir⁵⁰. Performans düşüklüğü, işçinin verimliliğinin düşük ol-

⁴⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 780; SÜMER, s. 413.

⁴⁵ EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 469; SÜMER, s. 414; SÜZEK, s. 828.

⁴⁶ FUHLROTT, s. 579; IWW Institut, AA 2022, s. 211 (juris).

⁴⁷ İş Hukukunda mesleki yetersizlik kavramı için bkz. SÜMER, s. 217.

⁴⁸ FUHLROTT, s. 581.

⁴⁹ Karar için bkz. Y. 22. HD., 17.03.2014 T., 1123/6205, (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.02.2024).

⁵⁰ SENYEN KAPLAN, s. 409; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 670. Alman hukuku açısından bkz. FUHLROTT, s. 580.

duğunu gösterir. Sessiz istifada bulunan işçi, iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesini düşürmekte, iş hacmini azaltmaktadır. Bu ise işçinin verimsiz çalıştığı anlamına gelir. Bu yüzden verimi düşük olan işçinin performansının da düşük olduğu söylenebilir⁵¹.

İşçinin performansının düşüklüğü ile ilgili sebeplerden birisi, işyerinde yaşam kalitesinin düşüklüğüdür. Gerçekten sessiz istifa olgusuna yönelik araştırmalar incelendiğinde, işyerinde yaşam kalitesinin düşüklüğünün, işçinin sessiz istifası ile sonuçlanabildiğini göstermektedir. Yaşam kalitesinin düşük olduğu, örneğin çok ağır iş yükü ve çalışma süreleri altında çalışılan işyerlerinde olumsuz psikolojik etki yaratılmış olacağından, böyle bir işyerinde işçinin performansının yüksek olması beklenemez. İşteki yaşam kalitesi, performansın ön koşulu olmaktadır. Dolayısıyla işçinin sessiz istifasının ve bu durumun işyerinin genel verimliliği üzerindeki olumsuz etkisi ortadan kaldırılmak isteniyorsa, işteki yaşam kalitesini doğrudan etkileyen olumlu çalışma koşullarının sağlanması gerekir. Bunun için de tüm iş hukuku ilke ve normlarının, iş hukukunun amaçlarına uygun şekilde yaşama geçirilmesi gerekir⁵².

İşçinin sessiz istifasının ve giderek performansını bilinçli düşürdüğüünün ispatı işveren üzerindedir⁵³. Buna karşılık işçi de ortalamanın altındaki performansının neden düşük olduğunu (işyeri koşulları, yaş yahut hastalık gibi) açıklamalıdır. İşverenin böyle bir durumu ispat etmek için kullanabileceği araç, objektif ölçütlere -işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olduğu- performans değerlendirme sistemleridir⁵⁴. İşyerinde performans değerlendirme sistemi oluşturma ve bu sistemi işçilere uygulama yetkisi, işverenin yönetim hakkından kaynaklanmaktadır. Bu noktada kanaatimizce, «sessiz istifa ölçeğinin» performans değerlendirme sistemine dahil edilmesi mümkündür.

Yargıtay, işyerinde kullanılabilecek performans değerlendirme sistemlerinin özelliklerini belirlemiştir: “*Bunların işyerine özgü olmaları, iş-*

⁵¹ SÜZEK, s. 598.

⁵² SÜZEK, s. 598-599.

⁵³ SÜZEK, s. 599; FUHLROTT, s. 580.

⁵⁴ SÜMER, s. 227; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 535-536.

letmenin yapısını gözetmeleri, önceden saptanmış ve işçiye tebliğ edilmiş gerçekçi ve makul hedefleri içermeleri gerekmektedir”⁵⁵. Federal İş Mahkemesi de “işçinin performansını kasıtlı olarak engellemesinin, tıpkı düşük performans gösterenlerde olduğu gibi ispat edilmesinin” altını çizmektedir⁵⁶.

Performansında sürekli düşüş yaşanan işçiye bu durum, ölçülülük ilkesi gereğince ihtar edilmeli, işçinin performansının neden düşük olduğu sorulmalı, daha sonraki süreçte kendisinden ne beklendiği ve beklenen hedeflerin neler olduğu açıklanmalıdır⁵⁷. Aksi taktirde işçi her ne kadar sessiz istifa davranışı içerisinde olsa da, işverence bu nedenle gerçekleştirilecek fesih geçerli bir sebebe dayanmayacaktır.

İşçinin sessiz istifası sonucu düşük performans göstermesinin altında yatan psikolojik sebeplerden birisi, verimliliğini artırması halinde bunun maddi karşılığını göremeyecek olmasına yönelik inancıdır. Bu sebeple işyerinin genel verimliliğinin düşmesinden zarar görecektir işverenin, kanaatimizce iş hukuku çerçevesinde başvurabileceği çözümlerden birisi, işçiler ile ücrete ilişkin hedef sözleşmelerinin yapılmasıdır (teşvik karakterli yanıt seçeneği)⁵⁸. Nitekim işçi ile işveren arasında, işçinin belirli bir zaman diliminde öngörülen performans hedeflerine ulaşması halinde fazladan ücret (hedef bonusu) ödemesiyle teşvik edilmesini konu (hedef) sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu anlamıyla ücrete ilişkin hedef sözleşmeler, işletmenin verimliliğinde artış sağlamayı, işçi için motivasyon sağlayıcı (takdir/teşvik eden ve sessiz istifayı ortadan kaldıran) bir araç oluşturmayı, iş görme borcunun ifasına yönelik kontrolü gerçekleştirmeyi ve işçiyi performansına göre ödüllendirmeyi mümkün kılmaktadır⁵⁹.

⁵⁵ Karar için bkz. Y. 9. HD., 09.03.2009 T., 20570/6142, (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.02.2024).

⁵⁶ Karar için bkz. **FUHLROTT**, s. 580.

⁵⁷ **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s. 671; **SÜMER**, s. 227; **FUHLROTT**, s. 580.

⁵⁸ İş hukukunda ücrete ilişkin hedef sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **GÜNEŞ**, Volkan, İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2021, s. 29 vd.; **SÜZEK**, s. 601 vd. Sessiz istifaya karşı işverenin teşvik karakterli müdahale yolları hakkında bkz. **FUHLROTT**, s. 581.

⁵⁹ **GÜNEŞ**, s. 15. Performansı karşısında işçiyi ödüllendirmenin sessiz istifayı ortadan kaldıran özelliği için bkz. **IWW Institut**, AA 2022, s. 211 (juris).

İşçinin, hedefe ulaşmak için gerçekleştirdiği performansın karşılıksız bırakılmayacağına yönelik güveni korunmaya değer olduğundan, ücrete ilişkin hedef sözleşmelerin yapılması öncelikle işçinin lehinedir (teşvik karakterli yanıt seçeneği). Sonrasında işveren açısından, işçinin potansiyeline aykırı düşük performansla çalıştığı tespitini zor olduğundan, ücrete ilişkin hedef sözleşmeler ile işçinin düşük performans ile çalışıp çalışmadığı belirlenebilir. Ancak ücrete ilişkin hedef sözleşmeler yapılırken, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılmasına ve işçi aleyhine aşırı yararlanmaya (gabine) neden olunmamasına dikkat edilmelidir. Burada katılımcı hedef belirleme yöntemi tercih edilmeli; eğer işveren hedefleri tek taraflı belirleyecek ise takdir yetkisini kötüye kullanmama- lı, görev tanımı içerisinde bulunmayan ek görevler vermemeli, zorlayıcı olsalar dahi hedefler ulaşılamaz olmamalı ve nihayet eşit işlem borcuna uygun belirleme yapılmalıdır⁶⁰.

Bu noktada sözleşmede kararlaştırılan hedefe ulaşamaması halinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi tartışılabilir. Burada işçi hedefe ulaşmak için çaba göstermekle yükümlüdür. Yargıtay, işçinin işverence bilinen kapasitesine göre yorum yapmaktadır. *“Eğer işçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise, ancak bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa (örneğin sessiz istifa davranışının bulunuyorsa) geçerli fesih hakkı gündeme gelebilecektir”*⁶¹. Alman Federal İş Mahkemesi içtihadına göre de *“işçi iş sözleşmesi gereğince yapması gerekeni yapmalı ve bunu elinden geldiğince iyi gerçekleştirmelidir. İşçinin ifa yükümlülüğü bireysel performansla dayanmaktadır. Ancak bu, işçinin kendi performansını keyfi olarak belirleyebileceği anlamına gelmez. Daha ziyade belirleyici olan, işçinin karşılaştırılabilir diğer çalışanlar temelinde, işveren için meşru olarak ortaya çıkan performans beklentisini karşılayıp karşılayamadığıdır”*⁶². Gerçekten de işçinin hedeflere ulaşamamış olması, tek başına fes-

⁶⁰ İş hukukunda ücrete ilişkin hedef sözleşmeler bakımında katılımcı hedef belirleme yöntemi için bkz. GÜNEŞ, s. 247-248.

⁶¹ Karar için bkz. Y. 9. HD., 28.04.2008, 33486/10632, (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.02.2024).

⁶² Federal İş Mahkemesi kararları için bkz. BAG, BeckRS 2004, s. 40998; LAG Köln, BeckRS 2022, s. 16757. Ayrıca bu konuda bkz. FUHLROTT, s. 580.

hi geçerli kılmaz. Ancak işçinin hedeflere ulaşmak için kapasitesine uygun gerekli çabayı göstermiyor oluşu, önemli ölçüde bir performans düşüklüğü anlamına geleceğinden, işçinin işe uygunluğunun eksikliğinin bir göstergesi olarak kullanılabilir⁶³.

D. İş İlişkisinde İş-Yaşam Dengesinin Sağlanması

İşçinin iş-yaşam dengesinin sağlanması, sosyal yaşam içerisinde işçinin iş yaşamı dışında meydana gelen durumları düzenleyen politikaların ortaya konulması anlamına gelmektedir⁶⁴. İşçinin iş-yaşam dengesinin sağlanmasında, öncelikle aile yaşamının korunması noktasına odaklanılmakla birlikte, bu dengenin aslında işçinin özel yaşam alanına ait bütün durumları ve faaliyetleri kapsadığı söylenebilir⁶⁵. Sessiz istifa olgusunun araştırıldığı çalışmalarda, bu tür bir davranış ve çalışma biçimini ortaya çıkaran sebeplerden birisi olarak, çalışanın iş ilişkisinde iş-yaşam dengesinin bozulması gösterilmiştir.

İş ilişkisinde işçinin iş ve yaşam dengesinin uyumlaştırılmasında kullanılacak araçlar içerisinde işçinin izin hakları (analık izni, babalık izni, ebeveyn izni, süt izni ve bakım izni) sayılmakta⁶⁶; bunlarla birlikte esnek çalışma yöntemleri de söz konusu uyumlaştırma için kullanılabilir⁶⁷. İş ve yaşam dengesinin sağlanmasında uygulanabilecek esnek çalışma türlerinden birisi olan tele çalışma, özellikle ulaşılamama/bağlantıyı koparma hakkı ile ele alındığında, işçinin sessiz istifasının önlenmesi açısından önem arz etmektedir⁶⁸. Çünkü iş görme borcu tele çalışma modeli ile ifa edildiğinde, işyeri baskısının azaldığı ve daha az strese, daha yüksek iş tatminine ve iş-yaşam uyumuna sahip olundu-

⁶³ GÜNEŞ, s. 252; SÜZEK, s. 602; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 671; FUHLROTT, s. 580.

⁶⁴ DOĞAN, s. 19. İş ilişkisinde aile dostu politikalar kavramı için bkz. TUNÇ, Yusuf Erdem, Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 63.

⁶⁵ İşçinin işyeri dışındaki özel yaşamı konusunda bkz. DURSUN ATEŞ, s. 628.

⁶⁶ İş-yaşam dengesinin sağlanması konusunda çocuğun doğumu ile bağlantılı izin hakları hakkında bkz. DOĞAN, s. 113 vd. İşverenin yönetim hakkı kapsamında dinlenme sürelerini belirleme yetkisi için bkz. DURSUN ATEŞ, s. 391 vd.; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 523 vd.

⁶⁷ TUNÇ, s. 80 vd.

⁶⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 235.

ğu ifade edilmektedir. Buna karşılık bu model çalışma saatlerinin üzerinde fazla çalışma ile sonuçlandırıldığında, iş-yaşam dengesi bakımından tam tersi bir durum da yaşanmaktadır⁶⁹.

Her ne kadar tele çalışma işçinin özel yaşamını organize edebilme imkânı yaratsa da, hem sessiz istifa olgusunun önlenmesi hem de tele çalışmanın çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki sınırı bulanık hale getirmemesi için, hukuki alt yapısının söz konusu olumsuz etkiyi bertaraf edecek şekilde dizayn edilmesini gerektirmektedir. Bunun için yabancı hukukta olduğu gibi bir yandan tele çalışmayı teşvik eden diğer yandan da işçinin korunmasını sağlayan bir yaklaşım benimsenmelidir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından ulaşılamama hakkının pozitif düzenlemeye kavuşturulması isabetli olacaktır. İhtiyaç duyulan pozitif düzenleme yapıncaya kadar, işçi ile işverenin dijital iletişim araçlarını seçme ve bunların bağlantısını koparma seçenekleri konusunda pazarlık yapabilecekleri kabul edilmeli, buna ilişkin özel hükümler iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerine konulmalıdır.

E. İşçilerin Kolektif Sessiz İstifa Davranışı ve Toplu Eylem Hakkında Ölçülülük Denetimi

Kural olarak sessiz istifa kavramı, işçinin bireysel davranışını konu almaktadır. Ancak böyle bir davranışın giderek kolektif boyut kazanması da mümkündür⁷⁰. Sessiz istifa davranışının ve çalışma biçiminin, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla işvereni (mesleki amaçla) baskı altına almak amacıyla toplu biçimde kullanılması halinde bu olgunun kolektif biçimi ortaya çıkar. Bu anlamıyla sessiz istifa kanaatimizce, atipik iş mücadelesi araçlarından işi yavaşlatma ve işin aşırı titizlikle yahut aşırı kurallı ifa edilmesi biçimlerinde kendisini gösterir⁷¹.

⁶⁹ Tele çalışma ile iş-aile yaşamı uyumu hakkında bkz. DOĞAN, s. 271.

⁷⁰ Sessiz istifa kavramını Alman kolektif iş hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz. FUHLROTT, s. 579.

⁷¹ Grev tanımı kapsamında olmayan grev benzeri toplu eylemler ve özellikle iş yavaşlatma, işin aşırı titizlikle yapılması ve diğer verim düşürme eylemleri için bkz. SAYGINER, Büşra Cansu, Türk İş Hukukunda Toplu Eylem Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 250.

Bir mücadele aracı olarak işi yavaşlatmada, grevden farklı olarak işin tamamen bırakılması söz konusu olmamakta ancak iş olağan yürütümünden daha yavaş biçimde görülmektedir. İşin aşırı titizlikle yahut aşırı kurallı ifa edilmesi ise kasıtlı olarak işyeri kurallarının abartılı biçimde uygulanması ve işin aşırı titizlikle görülmesi biçiminde ortaya çıkan eylemlerdir (Work to Rule)⁷².

Bu tür eylemler iyi bir organizasyonu ve işle ilgili mevzuatın titiz biçimde incelenmesini gerektirir. Çalışma temposu yavaşlatılmakta ve olağan üretim kalitesinin altına düşülmektedir⁷³. İş görme borcunun yavaşlatılmış bir şekilde (sessizce) ifade edilmesiyle karakterize edilir. İş yavaşlatma ve işin aşırı titizlikle yahut kurallı ifade edilmesinde, işçi iş görme borcunu iş sözleşmesinde üstlendiği biçimde yerine getirmekte, fakat işin görülmesi süresi uzatılarak işveren üzerinde baskı yaratılmaya çalışılmaktadır⁷⁴. Burada, sessiz istifa davranışının işvereni protesto eden özellik kazanmasından bahsedilebilir.

Türk hukukunda bu tür eylemler, 2822 sayılı Kanun döneminde direniş olarak nitelendirilip grev kavramının dışında tutulmuş ve kanun dışı grevin yaptırımlarına tabi kılınmıştır. Yargıtay vermiş olduğu eski kararlarında, bu tür eylemlerin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve kanun dışı grev yahut iş görme borcunun ihlali olarak nitelendirmiştir. 6356 sayılı Kanunda ise bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bu tür eylemlerin toplu eylem hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmaya açmıştır⁷⁵.

Öğretideki bir kısım görüşler, bu tür eylemlerin kanun dışı grev olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, ancak bu davranışların bireysel iş hukuku çerçevesinde iş görme borcunun veya sadakat borcu-

⁷² Kolektif iş hukuku bağlamında atipik (yadsınan) mücadele araçları içerisinde işi yavaşlatma ve işin aşırı titizlikle yahut aşırı kurallı ifa edilmesi hakkında bkz. **DULAY YANGIN**, Dilek, İş Mücadelesine Hâkim Olan Temel İlkeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 288 vd.

⁷³ **SAYGINER**, s. 252.

⁷⁴ **FUHLROTT**, s. 578; **SAYGINER**, s. 253.

⁷⁵ Bu konudaki genel tartışmalar için bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 1110.

nun ihlaline; ayrıca disiplin cezası ve iş sözleşmesinin feshi gibi sonuçlara bağlanacağını ifade etmiştir⁷⁶. Diğer yandan bizim de öğretide katılmış olduğumuz görüşe göre, 6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanundan farklı olarak bu eylem türünün kanundışı grevin yaptırımına tabi olacağı açıkça düzenlenmemiş ve grevde olduğu gibi işin tamamen bırakılması unsuru da söz konusu olmadığından kanundışı grev nitelendirilmesi doğru olmayacaktır.

Sonuçta mesleki amaç güden bu tür eylemler toplu eylem hakkı kapsamında mütalaa edilmeli; gerek süre gerekse yürütümü bakımından ölçülülük ilkesine uygun olarak, işyerinin düzenini ve disiplinini aksatmayacak ve eyleme katılmayan işçilerin çalışmasına mâni olmayacak biçimde barışçıl olarak yürütülen eylemler hukuka uygun kabul edilmelidir⁷⁷. Ölçülülük ilkesine uygun olmayan, örneğin işçilerin amaçlarının çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek olmayıp işvereni salt kaosa sürüklemek biçiminde ortaya çıkan işi yavaşlatma yahut verimi düşürme eylemleri ise, bireysel iş hukuku kuralları çerçevesinde iş görme borcunun ihlali olarak nitelendirilmeli ve disiplin yaptırımı yahut iş sözleşmesinin feshi gibi yaptırımlar kullanılabilenlidir.

SONUÇ

Sessiz istifa kavramı her ne kadar sosyal medya ile ortaya çıkmış ise de sosyal yaşamda bir karşılığı bulunmakta ve çalışma yaşamında iş hukuku ile ilgili bazı sonuçlara neden olmaktadır.

Bu sonuçlardan birincisine göre, sessiz istifa kavramının işçinin görev tanımına giren işleri yapması ancak bunun dışında kalan işleri reddetmesi anlamına geldiği düşünüldüğünde, kural olarak bu durumun iş hukukuna uygun bir çalışma biçimi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak nasıl ki işveren çalışandan kararlaştırılandan daha fazlasını yapmasını bekle-

⁷⁶ Öğretide ileri sürülen görüşler hakkında bkz. **DULAY YANGIN**, s. 291.

⁷⁷ İş mücadelesi araçlarının uygulanmasında ölçülülük ilkesi için bkz. **DULAY YANGIN**, s. 67. Toplu eylem hakkının kullanılmasının yargısal denetiminde ölçülülük ve buna ilişkin denetiminin aşamalarını oluşturan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık alt ilkeleri konusunda bkz. **UGAN ÇATALKAYA**, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 444 vd.

yemezse, işveren de sözleşmeyle borçlanılandan daha fazlasını yapmak zorunda değildir. Bu nedenle işçinin görev tanımının iş sözleşmesi yahut işverenin yönetim hakkına uygun olarak belirlendiği hallerde, işçinin bu görevleri yerine getirmemesi, iş görme borcunun ihlali anlamına gelecek ve işçinin sorumluluğunu doğuracaktır.

Fazla çalışmalar açısından ise, sessiz istifa davranışında bulunan işçinin fazla çalışma yapmak yönünde rızasının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

İşçinin sessiz istifası sürecinde performansını bilinçli düşük tutması halinde bu durumun iş sözleşmesini ihlali anlamına gelmesi mümkündür. Ancak bunun için sessiz istifa ölçeğinin dahil edilmiş olduğu hukuka uygun performans değerlendirme sisteminin uygulanması gerekmektedir. Aksi halde işverenin performans düşüklüğünü ispatlaması zordur. Sessiz istifa çerçevesinde düşük performans gösteren işçilere yönelik hukuka uygun müdahale yöntemi teşvik karakterli yanıt seçenekleri olmalıdır. Bunlar içerisinde ücrete ilişkin hedef sözleşmelerinin yapılması gerektiği vurgulanabilir.

İş-yaşam dengesinin bozulması ve özel yaşam alanına yönelik müdahalelerin artması, işçinin sessiz istifasının sebeplerinden bir diğeridir. Bu durumu önlemek adına, özellikle tele çalışma gibi esnek çalışma yöntemlerinin uygulandığı hallerde, ulaşılamama hakkı gibi temel hakları korumaya yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir.

Son olarak sessiz istifanın işvereni baskı altına alma hedefine yöneldiği hallerde, bu kavramın kolektif kullanım biçimi ortaya çıkmaktadır. Özellikle işi yavaşlatma ve işin aşırı titizlikle yahut aşırı kurallı ifa edildiği hallerde, bu tür hareketlerin toplu eylem içerisinde olduğu kabul edilmeli ve ölçülülük ilkesi aşılmadığı sürece hukuka uygun kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARAR**, Tayfun/**ÇETİNER**, Nurcan/ **YURDAKUL**, Gülşen: “Quiet Quitting: Building a Comprehensive Theoretical Framework”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 15, S. 28, 2023, s. 122-138.
- AVCI**, Nuri: “Örgütsel Sinizm, Örgütsel Sessizlik, İşte Sözde Var Olma ve Sessiz İstifa Arasındaki İlişkiler: İstanbul Maltepe Belediyesi Örneği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 14, S. 39, 2023, s. 968-989.
- ÇALIŞKAN**, Kadir: “Sessiz İstifa: Sonun Başlangıcı mı Yeniden Diriliş mi?”, Journal of Organizational Behavior Review, C. 5, S. 2, 2023, s. 190-204.
- ÇELİK**, Nuri/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat/**ÖZKARACA**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- ÇİMEN**, Arife İclal/**YILMAZ**, Tuncay, “Sessiz İstifa Ne Kadar Sessiz”, Sakarya Üniversitesi İşletme Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1, 2023, s. 27-33.
- DEMİRKAYA**, Harun/**YILDIZ**, Burcu/**ERENER ÖZALÇIN**, Semra/**ÖZTÜRK**, Hakan: “İnsan Kaynaklarında Sessizliğin Yankıları: Örgütlerde Sessiz İstifa Fenomeninin Anatomisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İnsan Kaynakları Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, 2023, s. 69-88.
- DOĞAN**, Sevil: İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- DULAY YANGIN**, Dilek: İş Mücadelesine Hâkim Olan Temel İlkeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- DURŞUN ATEŞ**, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- EKMEKÇİ**, Ömer/**YİĞİT**, Esra: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- FUHLROTT**, Michael: “Quiet Quitting: Vertragserfüllung oder Pflichtverletzung?”, ArbRAktuell, 2022, s. 579-581.
- GÜLER**, Mukaddes: “Çalışma Kültüründe Yeni Bir Kavram: Sessiz İstifa”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 32, S. 1, 2023, s. 247-261.
- GÜNEŞ**, Volkan: İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2021.
- KARAŞİN**, Yusuf/**ÖZTIRAK**, Mesut: “Sessiz İstifa Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 4, 2023, s. 1443-1460.
- KLEİN**, Niklas: “Trendthema ‘Quiet Hiring’– eine Einordnung in den arbeitsrechtlichen Kontext”, ArbRAktuell 2023, s. 329-331.
- KOBAK**, Özge: Sessiz İstifa Kavramına İlişkin Bir Model Önerisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2023.

- ÖRÜCÜ**, Edip/**HASIRCI**, İtr: “Örgütlerde Hiyerarşi Kültürü ve Lider-Üye Etkileşiminin Sessiz İstifa Davranışı Üzerindeki Etkisi”, *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 2024, s. 275-291.
- ÖZTÜRK**, Berna: *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ÖZTÜRK**, Esra/**ARIKAN**, Özgür Uğur/**OCAK**, Metin: “Understanding Quiet Quitting: Triggers, Antecedents and Consequences”, *International Journal of Behavior, Sustainability and Management*, C. 10, S. 18, 2023, s. 58-79.
- SAYGINER**, Büşra Cansu: *Türk İş Hukukunda Toplu Eylem Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- SENYEN KAPLAN**, Emine Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SÜZEK**, Sarper: *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- TUNÇ**, Yusuf Erdem: *Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- UGAN ÇATALKAYA**, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- YILDIZ**, Sevcan/**ÖZMENEKŞE**, Yasin Oğuz: “Kaçınılmaz Son: Sessiz İstifa”, *Al-Farabi International Journal on Social Sciences*, C. 7, S. 4, 2022, s. 14-24.
- YILDIZ**, Gaye Burcu: “İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, Centel, Tankut (editör), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016

TAHKİMDE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ

Arş. Gör. Bengi SARGIN*

ÖZET

Taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargılaması dışında, taraflarca seçilen hakemlerce çözülmesine ve karara bağlanmasına tahkim adı verilmektedir. Tahkimde, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık, devlet mahkemele-ri yerine bir ya da birden fazla hakemlerden oluşan kişilerce, tarafları bağlayıcı bir kararla çözülmektedir.

Tahkim yargılamasına, kural olarak, taraflar kendi iradeleriyle başvurmak-tadırlar. Taraf iradelerinin tahkime başvurma şeklinde olduğuna dair en önemli kanıt, tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim sözleşmesidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 412/1'e göre; "*Tahkim sözleşmesi, ta-rafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*". Benzer bir tanım, 4686 sayılı Millet-lerarası Tahkim Kanunu'nda da yer almaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 4/1'e göre; "*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yap-tıkları anlaşmadır.*".

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesine yönelik tarafların karşılık-lı ve birbirine uygun irade beyanları, tahkim sözleşmesinin kurucu unsurların-dandır. HMK m. 412/2 ve MTK m. 4/1'e göre, tahkim sözleşmesi taraflar ara-sındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılır. Yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır.

* Arş. Gör., Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: bengi.sargin@yobu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6708-630X.

Tarafların devlet yargısı yerine tahkim yoluna başvurusunun birçok nedeni bulunmaktadır. Bunlar arasında, hakemlerin ilgili konuya dair uzmanlık düzeyinde bilgiyi haiz olmaları, devlet yargılamasına nazaran uyuşmazlığın daha kısa sürede ve daha ekonomik bir biçimde çözümlenmesi yer almaktadır. Ayrıca sürecin gizli bir biçimde yürütülebilmesi de tarafların tahkim yoluna başvurusunun en önemli nedenlerinden bir tanesidir.

İrade özgürlüğü prensibinin bir tezahür biçimi olan tahkim kurumu, günümüzde sıklıkla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Uygulamaya bakıldığında, uluslararası ticaretin hız kazanmasıyla birlikte doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde hem dünyada hem de ülkemizde ciddi bir artış görülmektedir.

Türkiye, tahkim kurumuna yabancı bir ülke değildir. Kurumsal olarak, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) 1979 tarihinden beri hizmet vermektedir. Aynı şekilde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Barolar Birliği tarafından kurulan tahkim merkezlerinde uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenebilmektedir. Bu alanda, kanun koyucu tarafından da son yıllarda çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin en başında gelen 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur.

Tahkime yönelik artan bu talep, tahkim yargılaması ile ilgili çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Günümüzde, tahkim uygulamasında taraf olarak çok anonim şirketler ile karşılaşmaktadır. Zira anonim şirketler, uluslararası ticaretin en önemli aktörlerinden bir tanesidir. Ancak uygulamada, tahkim yargılamasında anonim şirketleri kimin / hangi organın temsil edeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır. Öğretide, bu konuya ilişkin herhangi bir monografik çalışma henüz bulunmamaktadır.

Yapılan bu çalışma ile öncelikle, uygulamada sıklıkla karşılaşılan, tahkimde anonim şirketleri kimlerin temsil edebileceği sorusuna cevap aranacaktır. Bununla birlikte, başta temsil yetkisinin devri olmak üzere çeşitli ihtimaller bakımından da konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkimde Anonim Şirketlerin Temsili, Anonim Şirketlerin Temsili, Tahkimde Taraf Temsili, Anonim Şirket, Tahkim.

REPRESENTATION OF JOINT-STOCK COMPANIES IN ARBITRATION

ABSTRACT

Arbitration is the process of settling and adjudicating disputes that have arisen or may arise between the parties by arbitrators selected by the parties, outside of civil jurisdiction. In arbitration, a dispute arising out of private law and freely disposed of by the parties is resolved by one or more arbitrators instead of the state courts, with a decision binding on the parties.

As a rule, the parties voluntarily submit to arbitration proceedings. The most important evidence of the parties' will is the arbitration agreement concluded between the parties. According to Article 412/1 of the Civil Procedure Code (CPC) No. 6100; *"An arbitration agreement is an agreement between the parties to submit to an arbitrator or arbitral tribunal the resolution of all or part of the disputes that have arisen or may arise out of a contractual or non-contractual legal relationship."* A similar definition is provided in the International Arbitration Code No. 4686. According to Article 4/1 of the International Arbitration Code (IAC); *"An arbitration agreement is an agreement between the parties to settle through arbitration all or certain disputes that have arisen or that may arise from an existing legal relationship, whether contractual or not."*

The mutual and consentaneous declarations of will of the parties to resolve a dispute through arbitration are constitutive elements of an arbitration agreement. Pursuant to Art. 412/2 of the CPC and Art. 4/1 of the IAC, an arbitration agreement may be concluded as a clause of the contract between the parties or as a separate contract. The requirement of written form the condition for validity.

There are many reasons for parties to resort to arbitration instead of state proceedings. Among these reasons are the arbitrators' specialized knowledge of the relevant subject matter and the fact that the dispute can be resolved in a shorter time and in a more economical manner compared to state proceedings. In addition, the confidentiality of the process is one of the most important reasons for the parties to resort to arbitration.

Arbitration, which is a manifestation of the principle of freedom of will, is a frequently used dispute resolution method today. In practice, with the acceleration of international trade, there has been a significant increase in the settlement of disputes through arbitration both all over the world and in homeland.

Türkiye is no stranger to arbitration. Institutionally, the Istanbul Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center (ITOTAM) has been in service since 1979. Likewise, arbitration centers established by the Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities and Union of Turkish Bar Associations can resolve disputes through arbitration. In recent years, various regulations have been made by the legislator in this field. The Istanbul Arbitration Center was established with the Istanbul Arbitration Center Code No. 6570.

This increasing demand for arbitration has brought along various problems related to arbitration proceedings. Nowadays, joint stock companies are the most common parties to arbitration practice. This is because joint stock companies are one of the most important actors in international trade. However, in practice, there are hesitations as to who / which body will represent joint stock companies in arbitration proceedings. In the doctrine, there is no monographic study on this issue yet.

With this study, first of all, an answer will be sought to the question of who can represent joint stock companies in arbitration, which is frequently encountered in practice. In addition, the issue will also be clarified in terms of various possibilities, particularly the delegation of representation authority.

Keywords: Representation of Joint Stock Companies in Arbitration, Representation of Joint Stock Companies, Party Representation in Arbitration, Joint Stock Company, Arbitration.

GİRİŞ

Taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargılaması dışında, taraflarca seçilen hakemlerce çözülmesine ve karara bağlanmasına tahkim adı verilmektedir¹. Tahkimde, özel hukuktan kay-

¹ **ŞANLI**, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 324-325; **ŞANLI**, Cemal/ **ESEN**, Emre/ **ATAMAN-FİĞANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 644; **NOMER**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017, s. 554; **NOMER**, Ergin: Milletlerarası Usûl Hukuku (Milletlerarası Usûl), 2. Bası, İstanbul 2018, s. 232; **ÇELİKEL**, Aysel/ **ERDEM**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul 2020, s. 810; **DOĞAN**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 163; **HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 7; **PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 583; **PEKCANI-**

naklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyumsuzluk, devlet mahkemeleri yerine bir ya da birden fazla hakemlerden oluşan kişilerce, tarafları bağlayıcı bir kararla çözülmektedir².

Tarafların devlet yargısı yerine tahkim yoluna başvurmasının birçok nedeni bulunmaktadır. Bunların en başında, devlet yargılamasına nazaran uyumsuzluğun daha kısa sürede ve daha ekonomik bir biçimde çözümlenmesi yer almaktadır³. Adalet Bakanlığı'nın en son yayımladığı istatistiklere⁴ göre, hukuk mahkemelerinde 2020 yılında 195.822, 2021 yılında 699.785 ve 2022 yılında ise 1.624.557 dosya karara bağlanmıştır⁵. Bir milyondan fazla dosyanın karara bağlandığı 2022 yılında, ilk derecedeki hukuk mahkemelerinde 1.948.064 dosya gelecek yıla devredilmiştir⁶. Henüz 2023 yılı istatistikleri yayımlanmadığı için sayı bilinmemektedir. Ancak her yıl meydana gelen dosya sayısındaki artış göz önünde bulundurulduğunda, 2023 yılında dosya sayısının daha da fazla olacağı kesin bir şekilde ifade edilebilir. Bu yoğunluk beraberinde uzun yargılama sürelerini getirmektedir. Bu nedenle tahkim, devlet yargılamasına nazaran daha kısa sürede sonuçlanması ve daha ekonomik olması sebebiyle son yıllarda daha da öne çıkmaktadır.

Tahkim yoluna başvurulmasının diğer bir sebebi, hakemlerin ilgili konuya dair uzmanlık düzeyinde bilgiyi haiz olmalarıdır⁷. Hukuk mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin, iş yoğunluğu sebebiyle alanların-

TEZ, Hakan/ YEŞİLİRMAK, Ali: Pekcanıtez Usûl- Medenî Usûl Hukuku, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2593; TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama ve Usûl Hukuku Kuralları, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2020, s. 445.

² ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 725; AYDEMİR, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 5; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 3; NOMER, Milletlerarası Usûl, s. 234-235.

³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 801-802.

⁴ Bkz. ADALET BAKANLIĞI ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, ADALET İSTATİSTİKLERİ, Justice Statistics 2022, Ankara 2023 (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2024).

⁵ ADALET İSTATİSTİKLERİ, s. 100.

⁶ ADALET İSTATİSTİKLERİ, s. 97.

⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 801-802.

da uzmanlaşmaları pek mümkün gözükmemektedir. Ancak tahkimde, konuyla dair uzmanlar hakem olarak seçilebilmektedir.

Bütün bunlara ek olarak, sürecin gizli bir biçimde yürütülebilmesi de tarafların tahkim yoluna başvurmasının en önemli nedenlerinden bir tanesidir. Özellikle *sûrat* ve *emniyet* gibi iki ilkenin hâkim olduğu ticaret hayatında, gizlilik daha da önem kazanmaktadır. Bu nedenle özellikle ticarî uyuşmazlıklarda tahkim, daha da önem kazanmaktadır.

İrade özgürlüğü prensibinin bir tezahür biçimi olan tahkim kurumu, günümüzde sıklıkla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁸. Uygulamaya bakıldığında, uluslararası ticaretin hız kazanmasıyla birlikte doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde hem dünyada hem de ülkemizde ciddi bir artış görülmektedir⁹.

Türkiye, tahkim kurumuna yabancı bir ülke değildir. Kurumsal olarak, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) 1979 tarihinden beri hizmet vermektedir¹⁰. Aynı şekilde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği¹¹ ile Türkiye Barolar Birliği¹² tarafından kurulan tahkim merkezlerinde uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenebilmektedir. Bu alanda, kanun koyucu tarafından da son yıllarda çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin en başında gelen 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu¹³ ile İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur.

Tahkime yönelik artan bu talep, tahkim yargılaması ile ilgili çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Günümüzde, tahkim uygulamasında taraf olarak en çok anonim şirketler ile karşılaşılmaktadır¹⁴. Zira anonim şirketler, uluslararası ticaretin en önemli aktörlerinden bir tanesidir. Ancak uygulamada, tahkim yargılamasında anonim şirketleri kimin / han-

⁸ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 726.

⁹ AYOĞLU, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s. 1.

¹⁰ <https://www.itotam.com/Hakkimizda.aspx> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

¹¹ <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.php> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

¹² <https://tahkim.barobirlik.org.tr/Hakkimizda> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

¹³ RG Tarih: 29.11.2014, Sayı: 29190.

¹⁴ AYOĞLU, s. 1.

gi organın temsil edeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır. Öğretide, bu konuya ilişkin herhangi bir monografik çalışma henüz bulunmamaktadır.

Bu çalışma ile öncelikle, uygulamada sıklıkla karşılaşılan, tahkimde anonim şirketleri kimlerin temsil edebileceği sorusuna cevap verilecektir. Bununla birlikte, başta temsil yetkisinin devri olmak üzere çeşitli ihtimaller bakımından da konu açıklığa kavuşturulacaktır.

I. TAHKİM VE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. Tahkim

Tahkim, taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek bir uyuşmazlığın, devlet yargılaması haricinde, taraflarca seçilen ve hakem adı verilen kişi(ler)ce çözümlenerek tarafları bağlayıcı şekilde karara bağlanma faaliyeti¹⁵. Diğer bir deyişle tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın, taraf iradesiyle; devlet mahkemeleri yerine, hakem(ler)ce tarafları bağlayan bir kararla çözümlenmesidir¹⁶.

Tahkim yargılamasına kural olarak taraf iradeleri sonucunda başvurulmaktadır¹⁷. Taraf iradelerinin tahkime başvurma yönünde olduğunu gösteren en önemli hukukî işlem, tahkim sözleşmesidir¹⁸. 6100 sayılı

¹⁵ ŞANLI, s. 324-325; ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 644; NOMER, s. 554; NOMER, Milletlerarası Usûl, s. 232; ÇELİKEL/ERDEM, s. 810; DOĞAN, s. 163; HUYSAL, s. 7; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 583; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 2593; TEKİNALP, s. 445.

¹⁶ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 725; AYDEMİR, s. 5; AKINCI, s. 3; NOMER, Milletlerarası Usûl, s. 234-235.

¹⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 726. Her ne kadar kural bu olsa da, istisnai olarak bazı hâllerde zorunlu tahkim söz konusu olmaktadır. Zorunlu tahkimin söz konusu olduğu hâllerde, taraflar arasında imzalanmış bir tahkim anlaşmasının varlığına bakılmaksızın önceden belirlenmiş hakemlerce uyuşmazlıklar çözümlenmektedir. Kanun koyucu hangi hâllerde zorunlu tahkimin uygulanacağını belirlemiştir. Örneğin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 51 kapsamında toplu iş uyuşmazlıkları için Yüksek Hakem Kuruluna başvurulması gerekmektedir. AYDEMİR, s. 9-10.

¹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 802; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 2594.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)¹⁹ 412/1. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesi *"Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* Benzer bir tanım, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK)²⁰ da yer almaktadır. MTK m. 4/1'e göre; *"Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."*

Tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin bir klozu/şartı olarak düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilmektedir (HMK m. 412/2)²¹. Bir diğer önemli husus, tahkim sözleşmesinin şekli şartına dair olup, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir (HMK m. 412/3).

Tarafların tahkime başvurmaları altında yatan en önemli sebepler şunlardır: hakemlerin ilgili konu hakkındaki uzman bilgisi, uyuşmazlığın devlet yargılamasına nazaran daha kısa sürede çözüme ulaşacak olmasıdır²².

Devlet yargılaması ile tahkim yargılaması arasındaki farklılıklar şunlardır²³:

- Devlet yargılamasında, uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkimlerin ve mahkemelerin, bağımsız yapıyı haiz olmaları nedeniyle taraflarca seçilmesi mümkün değildir. Tahkim yargılamasında ise taraf iradeleri ön planda olup hakemler, taraflarca seçilmektedir.
- Devlet yargılamasında hâkimler, gücünü kanunlardan almakta olup millet adına karar vermektedir. Tahkim yargılamasında ise, hakem-

¹⁹ RG Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

²⁰ RG Tarih: 05.07.2001, Sayı: 24453.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYOĞLU**, s. 11-75.

²² **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 801-802; **AYOĞLU**, s. 2.

²³ **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 725.

lerin uyuşmazlığı çözme konusundaki yetkisi, tahkim sözleşmesinden gelmektedir.

- Devlet yargılamasında, yargılama usulünün taraflarca belirlenmesi veya seçilmesi mümkün değil iken; tahkim yargılamasında mümkündür.
- Devlet yargılamasında, uyuşmazlığın çözümünde uygulaması gereken maddî hukuk kuralları önceden belirli olup, hâkimler bu maddî hukuk kurallarını uygulamakla yükümlüdür. Ancak, tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümünde gerekli olan maddî hukuk kuralları taraflarca belirlenebileceği gibi, hakemlerin de hak ve nesafete göre karar vermesi hususunda anlaşma yapılması mümkündür²⁴.

Tahkim sözleşmesi geçerli ise artık devlet mahkemelerinde bu uyuşmazlık görülemeyeceğinden, diğer bir deyişle devlet mahkemeleri tahkim sözleşmeleri ile bertaraf edildiğinden, tarafların genel mahkemede dava açması mümkün değildir²⁵. Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen devlet mahkemelerinde dava açılması durumunda ise tahkim ilk itirazı söz konusu olmaktadır. “Tahkim itirazı” başlıklı HMK m. 413 “(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümünü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. (2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.” hükmünü haizdir.

B. Anonim Şirketlerin Temsili

Anonim şirketlerin, yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere iki zorunlu organı bulunmaktadır²⁶. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun

²⁴ ŞANLI, s. 320-324; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 726-726; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 583-584; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s. 2599-2600.

²⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 734.

²⁶ HİRŞ, Ernest: Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1948, s. 287, 304; TEKİL, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998, s. 141; İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1974, s. 82; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, 6552 Sayılı

(TTK)²⁷ 365. maddesi uyarınca anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunmaktadır.

Yönetim kurulunun görev ve yetkileri, TTK'da düzenlenmiş olup TTK m. 374'e göre; "Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir."

TTK m. 375'te ise yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Mezkûr maddeye göre; "Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır:

a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.

b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi.

c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması.

d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.

e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.

g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması." (Vurgular, yazar tarafından eklenmiştir).

Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na Eklenen Fıkralarla Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Ankara 2015, s. 693; ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, s. 94; ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013, s. 43.

²⁷ RG Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846.

II. TAHKİMDE ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ

A. Yönetim Kurulu

Anonim şirketlerin taraf oldukları davalarda şirketi kural olarak yönetim kurulu temsil eder²⁸. Bu husus, TTK m. 365'te yer alan, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından temsil edileceği kuralının bir sonucudur. Bir anonim şirketin taraf olduğu davayı takip etmek isteyen şirketin yönetim kurulu, bu hususu davada ispat etmelidir²⁹. Bu esaslar tahkim yargılamasında da geçerlidir.

Yönetim kurulunun, şirketi nasıl temsil edeceğinin de burada açıklanması gerekir. Zira bu husus, uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan bir tanesidir. Yönetim kurulunun temsil yetkisini çift imza ile kullanacağına ilişkin TTK m. 370 hükmü, burada da uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükme göre; *“Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.”*. Esas sözleşmede aksi öngörülmediği veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmadığı sürece, iki yönetim kurulu üyesi birlikte şirketi temsil edecektir. Esas sözleşmede aksi öngörülmüşse veya yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa, anonim şirket tahkim yargılamasında tek kişi tarafından temsil edilecektir.

“Çift imza” ile *“birlikte imza”* kurallarının birbirinden farklı olduğu hatırlatılmalıdır. *“Çift imza”* kuralı, anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisini kullanma biçimidir. *“Birlikte imza”* ise temsil yetkisini sı nırlandırma biçimidir³⁰.

Şirketin genel kurul tarafından temsil edilip edilemeyeceği sorusunun da cevaplanması gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki, temsil yetkisi TTK m 365'te açıkça yönetim kuruluna verilmiştir. Genel kurulun yetkileri TTK m. 408'de düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu sisteminde, ge-

²⁸ HİRŞ, s. 304-305; KAVASOĞLU, Abdurrahman: Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 319; TEKİL, s. 147, 169 vd.; İMREGÜN, s. 149, 169; PULAŞLI, s. 972; ANSAY, s. 92, 112; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 375, 398.

²⁹ HİRŞ, s. 304-305; KAVASOĞLU, s. 319; İMREGÜN, s. 169; ANSAY, s. 121.

³⁰ HİRŞ, s. 305; TEKİL, s. 169; İMREGÜN, s. 169-170; ANSAY, s. 113.

nel kurulun temsil yetkisi bulunmadığından, tahkim yargılamasında genel kurul anonim şirketi temsil edemez.

Burada konuyla bağlantılı olarak iki ihtimalin de değerlendirilmesi gerekir. İlk ihtimal, genel kurulun, tahkim yargılamasında anonim şirketi kendisinin temsil edeceği yönünde bir karar alması ihtimalidir. Bu durumda, alınan karar anonim şirketin temel yapısını bozan bir karar niteliğindedir. Zira Türk Ticaret Kanunu sisteminde, organlar arasında görevler ayrılığı ilkesi hâkim olup yönetim kurulu yönetim ve temsil organı olarak tasarlanmıştır³¹. TTK m. 447 uyarınca, anonim şirketin temel yapısını bozan kararlar batıldır. Bu nedenle, genel kurulun böyle bir kararlar şirketi tahkimde temsili mümkün değildir. Eğer batıl bir karara dayanarak şirket tahkimde temsil edilmişse, bu karar şirketi bağlamaz.

İkinci ihtimal ise yönetim kurulu tarafından, tahkim yargılamasında genel kurulun anonim şirketi temsil edeceği yönünde karar alınması ihtimalidir. TTK m. 391 uyarınca, anonim şirketin temel yapısına uymayan yönetim kurulu kararları batıldır. Bu nedenle, bu ihtimalde de genel kurulun şirketi tahkimde temsili mümkün değildir. Eğer böyle bir batıl karara dayanılarak şirket tahkim yargılamasında temsil edilmişse, bu karar şirketi bağlamaz.

B. Yetki Devri

TTK m. 370/2'ye göre; *“Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.”* Bu durumda, anonim şirket tahkim yargılamasında bu kişiler tarafından temsil edilebilir. Ancak belirtilmelidir ki, yönetim kurulunun yetkilendirdiği bu kişilerin, bu hususu usulüne uygun olarak alınmış bir yönetim kurulu kararı ile ispat etmeleri gerekir³².

Burada şu soruya da cevap verilmelidir: Acaba yetki devri halinde, yönetim kurulu hâlâ şirketi temsile yetkili midir? Yönetim kurulunun

³¹ HİRŞ, s. 305; TEKİL, s. 141-142; İMREGÜN, s. 169; PULAŞLI, s. 1041; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 44.

³² KAVASOĞLU, s. 319; İMREGÜN, s. 170; PULAŞLI, s. 1013; ANSAY, s. 121.

TTK m. 370/2'de belirtildiği şekilde temsil yetkisini devretmesi, kendisinin temsil yetkisini kaldırmayacağından bu soruya olumlu cevap verilmelidir. TTK m. 370/2'de belirtildiği şekilde temsil yetkisini devretse dahi yönetim kurulu tahkim yargılamasında şirketi temsil edebilir.

C. İradi Temsil

Anonim şirketin, bir avukat tarafından temsili de mümkündür. Bu husus 113 sayılı Avukatlık Kanunu³³ m. 35'in bir sonucudur. Avukatlık Kanunu m. 35/1'e göre; *"Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir."* Ancak avukat, yönetim kurulu tarafından vekil olarak görevlendirildiğini vekâletnamesiyle tevsik etmelidir³⁴.

Ç. Ticari Temsilci

TTK m. 368'e göre; *"Yönetim kurulu, ticarî mümessil ve ticarî vekiller atayabilirler"*. Ticarî temsilcinin tanımı TBK m. 547/1'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; *"Ticarî temsilci, işletme sahibinin, ticarî işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticarî temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir."* TBK m. 548/1'e göre; *"Ticarî temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır."* Bu çerçevede ticarî temsilci, anonim şirketi hem davada hem de tahkim yargılamasında temsile yetkilidir. Bu durum, ticarî vekilin temsil yetkisine ilişkin TBK m. 551/2 hükmünün karşıt anlamından (*mefhumu muhalif*) da anlaşılmaktadır³⁵. TBK m. 551/2'ye göre; ticarî vekil, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez. Ticarî temsilci de ise böyle bir sınırlama yer almamaktadır. Bu husus da ticarî temsilcinin hem davada hem de

³³ RG Tarih: 07.04.1969, Sayı: 13168.

³⁴ KAVASOĞLU, s. 319.

³⁵ TEKİL, s. 205-206.

tahkim yargılamasında anonim şirketi temsil edebileceği hususunu teyit etmektedir.

D. Temsil Kayyımı

Anonim şirketlere, Türk Medenî Kanunu hükümleri uyarınca bir temsil kayyım atanması da mümkündür. TMK m. 426'ya göre; "*Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar:*

1. *Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,*

2. *Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,*

3. *Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa."* (Vurgular, yazar tarafından yapılmıştır.).

TMK m. 426'da temsil kayyımının vesayet makamı tarafından atanacağı belirtilmektedir. TMK m. 397/2'ye göre, vesayet makamı sulh hukuk mahkemesidir. Ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması, anonim şirketlere kayyım atanmasının ticari dava niteliğinde olduğu ve bu nedenle asliye ticaret mahkemesi tarafından atanması gerektiği yönündedir.

Anonim şirketlerde temsil kayyımı, özellikle yönetim kurulu tarafından şirkete karşı açılan davalarda gündeme gelmektedir. Örneğin yönetim kurulu tarafından (TTK m. 446/1-c) açılan bir genel kurul kararının iptali davasında (TTK m. 445), şirket mahkeme tarafından atanan bir temsil kayyımı ile temsil olunur.

Tahkim yargılamasında da anonim şirketin temsil kayyımı tarafından temsili mümkündür.

E. Tasfiye Memurları

TTK m. 539/3'e göre; "... Tasfiye hâlindeki şirketi tasfiye ile ilgili konularda mahkemelerde ve dış ilişkide tasfiye memurları temsil eder.". Bu hüküm, tahkim yargılamasında da uygulama alanı bulur. Tasfiye ile ilgili konu-

larda tahkim yargılamasında, anonim şirketi tasfiye memurları temsil eder³⁶.

TTK m. 559/3'e göre; "*Tasfiye memurları birden fazla ise, aksi genel kurul kararında veya esas sözleşmede öngörülmemişse, şirketin bağlanabilmesi için imzaya yetkili iki tasfiye memurunun şirket unvanı altında imza atması gereklidir...*". Bu hükümden hareketle, çift imza kuralının kural olarak tasfiye memurları için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu durumun istisnası aksi yönde bir genel kurul kararı alınması veya esas sözleşmede böyle bir kuralın öngörülmesidir. Bu esaslar, tahkim yargılamasında anonim şirketin tasfiye memurları tarafından temsil edilmesi halinde de geçerlidir.

F. İmza Yetkilileri

Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri TTK m. 375'te düzenlenmiştir. Bu görev ve yetkiler arasında, TTK m. 375/1-d'de "*imza yetkisini haiz bulunanların*" atanması da sayılmaktadır³⁷. Bu hükümden anlaşılması gereken, TTK m. 367 ve m. 370 çerçevesinde yetki devri ile TTK m. 368 çerçevesinde ticarî mümessil ve ticarî vekiller dışındaki imzaya yetkili kişilerdir. Bu kişilerin şirketi dava ve tahkim yargılamasında temsil yetkisi bulunmamaktadır. Bu yolla, şirketi tahkim yargılamasında temsile yetkili bir kişinin atanması da Avukatlık Kanunu m. 35 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle şirketin, TTK m. 375/1-d kapsamındaki *imza yetkisini haiz bulunanlar* tarafından tahkim yargılamasında temsili mümkün değildir.

SONUÇ

Taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargılaması dışında, taraflarca seçilen hakemlerce çözülmesine ve karara bağlanmasına tahkim adı verilmektedir. Başka bir ifade ile tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri yerine bir ya da birden fazla

³⁶ İMREGÜN, s. 169; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 399.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Veliye: "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından Mı Atanabilir?" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LLXI, S. 2, 2013, s. 439-448.

hakemlerden oluşan kişilerce, tarafları bağlayıcı bir kararla çözüldüğü bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

Tahkim yargılamasına kural olarak taraf iradeleri sonucunda başvurulmaktadır. Taraf iradelerini yansıtan en önemli unsur, tahkim sözleşmesinin varlığıdır. Tahkim sözleşmesi ile birlikte taraflar, uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözeceklerine dair iradelerini açık ve net bir şekilde ortaya koyarlar. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeye eklenecek bir şart veya ayrı bir sözleşme olarak, yazılı şekilde yapılmaktadır.

Tarafların tahkim yargılamasına başvurmaları altında çeşitli nedenler yatmaktadır. Bu nedenlerden bazıları şunlardır: hakemlerin ilgili konu hakkındaki uzman bilgileri, uyuşmazlığın devlet yargılamasına kıyasen daha kısa sürede ve ekonomik biçimde çözüme ulaşacak olması, tahkim sürecinin gizli yürütülmesi.

Uluslararası ticaretin hız kazanması ile birlikte doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde hem dünyada hem de ülkemizde ciddi bir artış görülmektedir. Başka bir ifade ile tahkim, günümüzde sıklıkla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Kurumsal olarak İTOTAM, İSTAC, TOBB ve TBB Tahkim Merkezlerinin kurulması ve uyuşmazlıkların bu kurumlarda çözümlenmesi, Türkiye'nin tahkim kurumuna yabancı bir ülke olmadığını göstermektedir.

Uluslararası ticaretin hız kazanması ile birlikte uyuşmazlıkların artışı da ciddi bir artış görülmektedir. Tahkime yönelik artan talebin varlığı, beraberinde muhtelif sorunları da getirmiştir. Günümüzde, tahkim uygulamasında taraf olarak uluslararası ticaretin en önemli aktörlerinden biri olan anonim şirketler ile karşılaşıldığı görülmektedir. Ancak uygulamada, anonim şirketlerin tahkim yargılamasında kimin/ hangi organ tarafından temsil edileceği noktasında endişeler bulunmaktadır.

Türk hukukunda anonim şirketlerin, yönetim kurulu ve genel kurul olmak üzere iki zorunlu organı bulunmaktadır. TTK m. 365 uyarınca anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve temsil olunmaktadır. Kural olarak, anonim şirketlerin taraf olduğu davalarda şirket yönetim kurulunca temsil olunmaktadır. Bu esaslar, tahkim yargılamasında da geçerlidir.

Yönetim kurulu, şirketi temsil ederken temsil yetkisini TTK m. 370 uyarınca çift imza ile kullanacaktır. Esas sözleşmede aksi öngörülmediği ya da yönetim kurulu tek kişiden oluşmadığı sürece, iki yönetim kurulu üyesi birlikte şirketi temsil edecektir. Esas sözleşmede aksi öngörülmuşse veya yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa, anonim şirket tahkim yargılamasında tek kişi tarafından temsil edilecektir.

Ayrıca şunu da ifade etmek gerekir ki, “çift imza” ile “birlikte imza” kurallarının birbirinden farklıdır. Şöyle ki, “çift imza” kuralı, anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisini kullanma biçimi iken; “birlikte imza” ise temsil yetkisinin sınırlandırılması biçimidir.

TTK m 365’te şirketin yönetim kurulunca temsil olacağı açıkça düzenlenmiştir. Keza, genel kurulun yetkileri de TTK m. 408’de düzenlenmiştir. Mezkûr maddeler değerlendirildiğinde, şirketin genel kurul tarafından tahkim yargılamasında temsil edilmesi mümkün değildir. Genel kurulun, tahkim yargılamasında anonim şirketi kendisinin temsil edeceği yönünde bir karar alması da mümkün olmayıp bu karar TTK m. 447 uyarınca batıldır. Zira yönetim kurulu ile genel kurul arasında görev ayrılığı ilkesi hâkim olup temsil yetkisi açıkça yönetim kuruluna verilmiştir. Bir başka ihtimal olarak tahkim yargılamasında genel kurulun anonim şirketi temsil edeceği yönünde alınan yönetim kurulu kararları da TTK m. 391 uyarınca batıldır.

TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulunun temsil yetkisini bir ya da daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Bu durumda anonim şirket, usulüne uygun alınmış yönetim kurulu kararı ile ispat edildiği sürece bu kişilerce tahkim yargılamasında temsil olunabilir. Yetki devrinin varlığı hâlinde de, yönetim kurulunun anonim şirketi temsil yetkisi ortadan kalkmadığından yine yönetim kurulu tahkim yargılamasında şirketi temsil edebilir.

Bir başka ihtimal de anonim şirketin tahkim yargılamasında bir avukat tarafından temsil edilmesidir. Avukatlık Kanunu m. 35’te bu durum düzenlenmiş olup, yönetim kurulunca vekil olarak görevlendirildiğine dair hususun vekâletnamede yer alması durumunda avukat, anonim şirketi temsil edebilmektedir.

Bir diğerk ihtimal ise, ticarî temsilcinin ve ticarî vekilin anonim Şirketi tahkim yargılamasında temsil edip edemeyeceğidir. Ticarî temsilci, anonim Şirketi hem davada hem de tahkim yargılamasında temsile yetkili iken; ticarî vekil temsil edemez.

Yine, tahkim yargılamasında da anonim Şirketin temsil kayyımı tarafından temsili mümkündür. Yalnızca tasfiye ile ilgili konularda tahkim yargılamasında, anonim Şirketi tasfiye memurları temsil eder. Son olarak, ticarî mümessil ve ticarî vekiller dışındaki imzaya yetkili kişilerin (imza yetkilileri) anonim Şirketi dava ve tahkim yargılamasında temsil yetkisi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2016.
- ANSAY**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982.
- ATALI**, Murat/ **ERMENEK**, İbrahim/ **ERDOĞAN**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020.
- AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- AYOĞLU**, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018.
- ÇELİKEL**, Aysel/ **ERDEM**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul 2020.
- DOĞAN**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2020.
- HİRŞ**, Ernest: Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1948.
- HUYSAL**, Burak: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- İMREGÜN**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1974.
- KAVASOĞLU**, Abdurrahman: Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- NOMER**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017.
- NOMER**, Ergin: Milletlerarası Usûl Hukuku (Milletlerarası Usûl), 2. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ**, Hakan/ **YEŐİLIRMAK**, Ali: Pekcanitez Usûl- Medenî Usûl Hukuku, Cilt 3, 15. Bası, İstanbul 2017.

- PULAŞLI**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, 6552 Sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na Eklenen Fıkralarla Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Ankara 2015.
- ŞANLI**, Cemal/ **ESEN**, Emre/ **ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, İstanbul 2019.
- ŞANLI**, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul 2019.
- TEKİL**, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998.
- TEKİNALP**, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama ve Usûl Hukuku Kuralları, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2020.
- ÜÇİŞİK**, Güzin/ **ÇELİK**, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013.
- YANLI**, Veliye: "Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LLXI, S. 2, 2013, s. 439-448.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

- ADALET BAKANLIĞI ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, ADALET İSTATİSTİKLERİ**, Justice Statistics 2022, Ankara 2023 (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2024).
- <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.php> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).
- <https://www.itotam.com/Hakkimizda.aspx> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).
- <https://tahkim.barobirlik.org.tr/Hakkimizda> (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

THE RIGHT TO PRIVACY

Abdullina Leila MARSOVNA*, **Samsybayeva Erkezhan DĪDAROVNA****
and Nurpeissov Roman VALEREVIĀH***

Personal life consists of those aspects of private life that a person, by virtue of his freedom, does not want to make available to others. This right reflects the natural desire of every person to have their own world of intimate and business interests hidden from the eyes of the others. "Private life can be defined as a physical and spiritual area that is controlled by the individual himself, i.e. free from external guiding influences, including legal regulation."

According to G.S. Sapargaliev, the sphere of private life includes personal and family secrets, the sphere of delicate and intimate aspects of a person's existence, the sphere of everyday and other human relations with the outside world that are not related to the performance of official duties [1, pp.86-91]. A more precise definition of the sphere of private life is given by K.K. Aitkhozhin. In his opinion, the sphere of private life is the freedom of privacy and reflection, the secrecy of personal deposits and savings, correspondence, telephone conversations, mail and other messages [2].

The inviolability of private life means that without the consent and permission of a person, no one has the right to interfere in his life, limit his marital, friendly, kindred and other manifestations of individual activity.

* Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of The Department of Civil Law Disciplines at Kunaev University.

** Master of Legal Sciences of The Department of Civil Law Disciplines at Kunaev University.

*** Doctor of Jurisprudence University of Michigan, Senior Lecturer at The Department of Civil Law Disciplines at Kunaev University.

There are also definitions linking a person's private life with the state. According to S.K. Zhetpisov, this is a sphere of private human relations, free from state interference, which is formed in the process of the emergence and development of human rights, ideas of the rule of law and civil society. This definition seems to be narrower, since it does not provide for the possibility that interference in private life may occur not only on the part of the state. In this regard, the concept of "inviolability of a person's private life" should be defined as an area free from outside interference [3].

Thus, the sphere of a person's private life is a person's vital activity in a special sphere of family, household, personal, intimate relations, access to which is closed to outsiders. This is the possibility of free privacy, reflection, entering into contacts with other people or abstaining from such contacts; the secret of the home, personal records, correspondence, mail and other messages, the content of telephone and other negotiations, the secret of deposits.

As you can see, private life has many manifestations and in this regard, attempts have been made in legal science to systematize them. Thus, according to the classification proposed by L.O. Krasavchikova, there are the following aspects of private life: intimate, household, family, property, cultural, organizational, sanitary-hygienic, wellness, communication [4, pp.15-16]. I.L. Petrukhin, based on the general concept of private life, considered its individual secrets: the secret of postal-telegraphic messages and other shipments; secrecy of telephone and other negotiations; inviolability of the home; attorney-client privilege; medical secrecy; banking and commercial secrets; other personal secrets of citizens [5, p.15].

G.V. Antipova, based on the concept of I.L. Petrukhin, considers someone else's life from the perspective of two approaches. In her opinion, from the position of a formal legal approach, the secret of private life consists of: the secret of correspondence, the secret of telephone conversations, the secret of telegraphic and other messages, the inviolability of

the home; from the position of a general social approach, the secrets of private life are considered more broadly and include: attorney-client privilege, medical secrecy, banking secrecy, secret of adoption and other types of secrets [6, p.115].

The state's recognition of privacy means that the state "recognizes the value of a person, his lifestyle, thoughts, reputation, etc." [7, p.18]. Thus, the Constitution of the Russian Federation in paragraph 1 of Article 23, the Constitution of Kazakhstan in paragraph 1 of Article 18 enshrine: "Everyone has the right to privacy, personal and family secrets ...". Having considered the proposed classifications and based on the norms of the constitutions of the CIS countries regulating the right to privacy, it can be concluded that in all cases issues of privacy, personal and family secrets are raised. Based on this, we propose the following classification of a person's private life: privacy of personal life and privacy of family secrets. In legal science, it has been suggested that inviolability and secrecy are similar concepts, and the above-mentioned authors proceed from this. However, we consider it necessary to consider the concepts of "inviolability" and "secrecy" as integral parts of the right to privacy. The right to privacy means that no one can interfere with an individual's private life. This right is protected through a system of guarantees established by the constitutions of States. For example:

1) prohibition of arbitrary interference in the private life of everyone (Article 28 of the Constitution of Belarus, Article 32 of the Constitution of Ukraine, Article 27 of the Constitution of Uzbekistan). It should be noted that in 1968 the UN Human Rights Committee interpreted the concepts of "unlawful interference" and "arbitrary interference" in private life. The term "unlawful interference" means that interference with privacy is generally unacceptable unless it is provided for by law. "Arbitrary interference" is interference in a person's private life, permitted by law, but consistent with the provisions, goals and objectives of the International Covenant on Civil and Political Rights and justified in any case. Legitimate interference in private life allows us to establish a balance

between the rights of an individual and the interests of society in cases of contradictions between them. Legitimate interference is allowed by international law and constitutions, therefore it is considered in the form of reservations to the general prohibition [8, p.48].

2) prohibition to collect, store, use and disseminate information about a person's private life without his consent (Article 20 of the Constitution of Armenia, Article 32 of the Constitution of Ukraine, paragraph 1 of Article 24 of the Constitution of the Russian Federation). This guarantee seems to limit the constitutional right of everyone to freely seek and disseminate information, but in fact there is no contradiction between them. The key element of the whole structure is the consent or disagreement of a person to disseminate information about him. Naturally, for example, a politician, an artist, a scientist will not object to an interview with a journalist, during which information is collected for the publication of an article in the press. But it is quite another matter when a journalist collects information, and even compromising, without the knowledge of the person he is interested in and publishes an article without his consent. In this case, the Constitution is violated. This guarantee prohibits government and commercial organizations from collecting and even storing dossiers with compromising materials.

3) prohibition to apply any normative legal acts affecting human rights, freedoms and duties without their official publication for general reference (Article 5 of the Constitution of Turkmenistan);

4) the right of everyone to refuse to testify against himself, his spouse and close relatives (Article 42 of the Constitution of Armenia, paragraph 2 of Article 29 of the Constitution of Moldova, etc.) At the same time, the Constitution of Moldova stipulates that the law may provide for other cases of exemption from the obligation to testify.

5) the right of everyone to have their rights protected by law from crimes and abuses of power;

6) the obligation of state authorities and local self-government bodies, their officials to provide everyone with the opportunity to familiarize

themselves with documents and materials affecting their rights and freedoms, unless otherwise provided by law (paragraph 2 of Article 24 of the Constitution of the Russian Federation, paragraph 3 of Article 18 of the Republic of Kazakhstan, Article 34 of the Constitution of Azerbaijan). According to this norm, public authorities and local self-government bodies and their officials are obliged to provide everyone with the opportunity to familiarize themselves with documents and materials directly affecting their rights and freedoms, unless otherwise provided by law. Consequently, any person has the right to apply to a state, public or private institution, for example, to obtain information about environmental safety in the area of residence or about the availability of a salary fund at the enterprise.

7) the permissibility of restricting the right to privacy only on the basis of a court decision or in cases expressly established by law (paragraph 5 of Article 16 of the Constitution of Kyrgyzstan, paragraph 2 of Article 18 of the Constitution of Kazakhstan, paragraph 2 of Article 23 of the Russian Federation). It is noteworthy that the Constitution of Moldova in Article 29 provides for specific restrictions that may be allowed in the law. These are the execution of an arrest warrant or a court decision; the elimination of a danger threatening the life, physical integrity or property of a person; the prevention of the spread of epidemics.

Unfortunately, the procedure for the implementation of guarantees and the procedure for the application of judicial control by the legislation of the CIS countries have not yet been developed (this applies to all guarantees of the right to privacy), as a result of which constitutional norms seem to hang in the air: judicial control introduced in some states is not yet in effect due to the absence of law, and the old prosecutorial order in them rejected.

In general, the list of guarantees allows us to comprehensively characterize the institution of protection of the right to privacy. At the same time, the right to inviolability of the home remains outside the scope of our analysis.

In essence, it is an integral part of the right to privacy, which is also an indispensable element of personal freedom and human dignity.

"My house is my fortress" is a saying that asserts the right of a person to do whatever he pleases in his house or apartment. No one has the right to enter a dwelling against the will of the persons living in it, except in cases established by law or on the basis of a court decision. The right to protection of a dwelling is possessed by persons who are its owners, legal tenants or living under a lease agreement. At the same time, the place of temporary residence of a person is also recognized as a dwelling - a hotel, a boarding house, a hostel, a pension. The inviolability extends to personal belongings and papers, which excludes illegal searches and seizure of documents. But people who have the right to move into a dwelling can do so - such actions do not violate its inviolability even in cases of disagreement of the rest of the residents.

The Constitution of the Russian Federation (Article 25) establishes a ban on entry into a dwelling against the will of persons living in it. Under certain circumstances, in unforeseen emergency circumstances and in the protection of law and order, it is possible to enter a dwelling against the will of the persons living in it.

The procedure for conducting searches and seizures during the investigation of a criminal case is regulated in detail by the criminal procedure codes of the CIS countries. A search is understood as an investigative action, which consists in the search and seizure of objects or documents of evidentiary value in the case. A search can also be carried out to find wanted persons, as well as corpses. Seizure is an investigative action consisting in the seizure of objects, documents, money and other valuables from persons where, according to available data, they are located, if it is not necessary to search for them. The results of a search or other investigative action carried out in violation of the law have no legal force, and their use to substantiate the charge is not allowed [9].

Thus, it is possible to enter a dwelling against the will of the persons living in it, but only in two cases: firstly, on the basis of a court decision;

secondly, in cases established by law. For example, in the Russian Federation, in accordance with the CPC, an investigator is endowed with the appropriate right in connection with the seizure, search, seizure of property, inspection on the basis of a reasoned decision of the investigator, followed by notification of the judge and prosecutor.

Violation of the right to inviolability of a home can be considered not only an illegally conducted search or seizure, but also illegal entry, check-in, eviction without the consent of the persons living in it. In order to restore the violated right to inviolability of the home, a person may demand: to leave the premises; to compensate for damage due to illegal entry; to recognize the contract for the provision of residential premises in which persons already legally reside as invalid. We believe that a person whose right to inviolability of their home has been violated should be able to claim compensation for moral damage. Moral harm, in the case of illegal entry into a home, can be expressed in the form of humiliation, fear, etc.

The right to inviolability of the dwelling means that no one has the right to enter the dwelling without a legitimate reason, as well as to remain in it against the will of the owners of the dwelling or the persons living in it. The current legislation regulates the cases when this is allowed, and the range of authorized bodies. Guarantees against illegal intrusion and searches by law enforcement agencies are the main content of the inviolability of the home, because all other cases are, in fact, ordinary crimes (theft, robbery, etc.). Victims of illegal intrusion have the right to apply to the court to demand compensation for damages and punishment of guilty officials. Violation of the inviolability of the home is a crime. But, of course, under certain circumstances, for example, to solve a crime, it becomes necessary to enter a home against the will of those living in it. However, this can only be done on the basis of a law or a court decision. The laws in this case are the CPC, the laws on operational investigative activities, and the police.

The court must consider materials on entry into the home for operational investigative purposes immediately. The right to enter residential premises used for individual and business activities is granted to employees of the tax (financial) police, which they are obliged to inform the prosecutor within 24 hours.

Also, according to the legislation on the police in the Russian Federation, employees of internal affairs bodies have the right to enter residential premises and inspect them (this is not a search) when pursuing persons suspected of committing a crime, or if there is sufficient data to believe that a crime has been committed or is being committed in this room or an accident has occurred, as well as to ensure personal and public safety security, but in all these cases it is required to notify the prosecutor within 24 hours.

The right to freedom of private life is a kind of personal sovereignty, meaning the inviolability of his "habitat" [10, p. 172]. At the same time, it must be borne in mind that the abuse of privacy can be antisocial and illegal. But at the same time, it should be assumed that interference in private life in order to identify illegal actions of a citizen should occur only on the basis of the law if there are valid, legally defined grounds for accusing this person of criminal acts, i.e. when a criminal case is initiated. Outside of this, private life is inviolable.

The institute of the right to privacy includes, in addition to the above-mentioned various guarantees, human rights to personal and family secrets, that is, the establishment of the secrecy of correspondence, telephone conversations, postal, telegraphic and other communications. The secret of private life consists of those aspects of a person's personal life that, due to his freedom, he does not want to make available to others. At the same time, it means that the secret in this case does not at all cover up some kind of antisocial or illegal activity. It reflects the natural desire of every person to have their own world of intimate and business interests, hidden from prying eyes.

For example, the Constitution of the Russian Federation specifically establishes in Articles 23, 24 the human right to personal and family secrets. No one can be required to provide information regarding the origin or business activity of relatives, intimate relationships, sources of the family's financial condition, etc. Everyone has the right to secrecy of correspondence, telephone conversations, postal, telegraphic and other communications. Therefore, it is prohibited to open letters and other mail, eavesdropping on telephone conversations. The criminal codes of the CIS countries classify the violation of the secrecy of correspondence, telephone conversations and telegraphic messages of citizens as a criminal offense. The search, seizure, seizure of correspondence and its seizure in postal and telegraphic institutions may be carried out only on the grounds and in accordance with the procedure established by law. The procedure for wiretapping is also strictly regulated by law. All these restrictions on the right to secrecy are allowed only on the basis of a court decision, which is designed to exclude arbitrariness and abuse by officials of human rights bodies.

In order to close the sources of possible information that is undesirable for a person, the law prohibits violating professional secrecy about a person's personal life, which is possessed by doctors, judges, investigators, notaries. The secret of confession is specially protected - a priest is not criminally liable for failure to report a crime.

According to the law, official and commercial secrets are protected when information has actual or potential value due to its unknown to third parties, there is no free access to it on a legitimate basis, and the owner of the information takes measures to protect its confidentiality. Consequently, the right to determine the amount of information constituting a secret belongs to the person himself, and what cannot be the subject of secrecy is determined only by law and other legal acts. Official and commercial secrets are protected by law, and anyone who illegally obtains information is obliged to compensate for the losses caused. For example, paragraph 2 of Article 18 of the Constitution of the Republic of

Kazakhstan, unlike all CIS countries, except for the right to privacy of correspondence, messages and other items, enshrines the right of everyone to privacy of personal deposits and savings. At the same time, it cannot be denied that the banking legislation of the CIS countries contains norms on the depositor's right to deposit secrecy, which banks are obliged to guarantee. Disclosure of information, if not permitted by law, leads to the responsibility of the relevant officials [12]. These guarantees are of great importance for protecting the private interests of citizens in the context of the development of a market economy, an increase in the number of private enterprises, institutions and banks. At the same time, the legislation of many countries stipulates the possibility of exceptions in order to combat violations of the law. For example, banking and commercial secrets are not an obstacle for the Prosecutor's office, internal affairs, counterintelligence, tax police to obtain information and documents on financial and economic activities, deposits and transactions on accounts of individuals and legal entities involved in the offense in accordance with the procedure established by them. It follows from the constitutional norm that certain documents and materials are not subject to disclosure. Here we are talking about state secrets and other forms of secrecy, but only if this is provided for by law and other relevant legal acts.

The legislation provides for various forms of liability for unjustified intrusion into the privacy of citizens, for disclosing the secrets of correspondence, postal, telegraphic, and telephone messages. Only in cases established by law – in connection with the investigation of criminal cases and with the appropriate permission – correspondence can be seized, seized from postal and telegraphic institutions, wiretapping and recording of telephone conversations.

Thus, the right to privacy is defined as the sovereignty of human life recognized and guaranteed by the Constitution, which is not subject to control by society and the State, except in cases provided for by law.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- Сапаргалиев Г.С. Комментарий Конституции Республики Казахстан. - Алматы, 1998. - С.86-91.
- Конституционное право Республики Казахстан: Учебник /Сост. А.Т. Ащеулов. - Алматы, 2001. - 247с.
- Жетписов С.К. Право на неприкосновенность частной жизни и его судебная защита в Республике Казахстан. Автореф...канд. юрид. наук: 12.00.11. - Алматы, 2007. -27с.
- Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. - М., 1983.- С.15, 16.
- Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. - М.: Юрид. лит., 1989. - С.15.
- Антипова Г.В. Система личных прав человека: конституционно-правовой аспект. - М., 2003. - С. 9,14, 31, 92.
- Каримова А.Д. Право на неприкосновенность частной жизни в контексте конституционных прав и свобод человека и гражданина //Право и государство. - 2003. - №2. - С.18.
- Грудцына Л. Права человека: история и современность //Адвокат. - 2002. - №6. - С.48.
- Уголовное право: Часть Общая. Часть Особенная. Учебник /Под общ. ред. Л.Д. Гаухмана, Л.М. Колодкина и др. - М.: Юриспруденция, 1999. - 784с.
- Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации: Учебник. - М.,1996. - 511с.
- Петросян М. Что такое неприкосновенность частной жизни? - М., 1999.- С. 49.
- Закон Республики Казахстан «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» от 31 августа 1995 г. //Официальный сайт Министерства юстиции РК: www.mingust.kz.

