

## Başlarken...

*Dünyadan ve Türkiye'den güncel hukuki gelişme ve haberlere yer verdiğimiz Hukuk Bültenimizin Mart ayısını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duyuyoruz.*

*Bültenimizde yer alan içerik yalnızca bilgi verme amaçlı olup, konulara ilişkin detaylı bilgiler için bizimle irtibata geçmenizden memnuniyet duyacağız.*

*Nisan sayımızda buluşmak dileğiyle...*

**Editörler:**  
**İpek Öztaş**  
**Eda Budak**

## Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılan Davalarda Zamanaşımı

HMK'nın 107 maddesi uyarınca belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda, dava tarihi itibarıyla zamanaşımı süresi kesilmektedir. Belirsiz alacak davasında, kısmi alacak davasından farklı olarak, dava sırasında belirli hale gelen alacağın davaya sokulmasına izin verildiğinden, geçici talep sonucuyla açılan belirsiz alacak davasında, ileride belirli hale gelecek olan alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmesi sonucu ortaya çıkar. [\(Sayfa 2\)](#)

## Erken Kapama Komisyonlarında "Arkası Yarın...!"

Bankaların "erken kapama komisyonu" adı ile ticari kredilere uyguladıkları "kredi erken kapama cezası" uzun yıllardır pek çok şirket bakımından oldukça zorlayıcı sonuçlara yol açan bir uygulamadır. Şimdiye kadar bankaların müşterilerine uyguladıkları komisyon oranları arasında bir tutarlık veya bankalar arasında bir uygulama birliği ortaya çıkmadığı gibi; bu hususu yargıya taşıyan pek banka müşterisi de Yargıtay'ın bir içtihat birliği sağlayamamış olması dolayısı ile olumsuz kararlarla karşılaşmıştır. [\(Sayfa 5\)](#)

## Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tahkim Sözleşmesinin/Şartının Geçerliliği

Tahkim, taraflar arasında doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların, ulusal mahkemeler yerine bağımsız ve tarafsız hakemlerin yargılaması ile çözümlendiği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Hakem uyuşmazlığı yargılama yoluyla çözer. Yani tahkim, özel bir yargı faaliyetidir ancak tahkim yargılaması devlet tarafından denetlenir. Hakem kararları kesin hüküm oluşturur ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilir. [\(Sayfa 15\)](#)

## Ceza Yargılamasında Mağdurun Zararının Giderilmesi

Klasik Ceza Hukuk teorisine göre, ceza yargılamasının devletin egemenlik yetkisi olarak kabul edildiğinden, işlenen suçun mağdurunun en baştan devlet olduğu ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için devletin yargılama hakkı olduğu kabul edilmiştir. Yeni ceza yargılamasına egemen olan görüş mağdurun yargılamanın her aşamada korunması ve uğradığı zararının giderilmesi için çeşitli düzenlemelere gidilmiştir. [\(Sayfa 3\)](#)

## Uluslararası Ticari Sözleşmeler Kapsamında Mücbir Sebep Ve Yeni Tip Koronavirüsün (Covid-19) Mücbir Sebep Niteliği

Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization, "WHO"), 30 Ocak 2020 tarihinde COVID-19 için "uluslararası kamu sağlığı acil durumu" ilan etti. COVID-19, günümüze kadar WHO tarafından ilan edilen altıncı uluslararası kamu sağlığı acil durumunu teşkil ediyor. COVID-19'dan önce WHO, domuz gribi (2009), çocuk felci (2014), zika (2016) ve ebola (2014 – 2019) hastalıkları için uluslararası kamu sağlığı acil durumu ilan etmişti. [\(Sayfa 10\)](#)

## Düzenleme Ortaklık Payı

Düzenleme Ortaklık Payının temel amacı, düzenleme alanındaki taşınmazların, imar mevzuatı ve imar planı hükümlerine uygun yapılanma imkanı sağlanması neticesinde, değer artışlarının olmasıdır. Bu değer artışı karşılığında, taşınmazların belli orandaki bir bölümü kamusal hizmetlere tahsisi için Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi kapsamında alınır. [\(Sayfa 18\)](#)

## Güncel Haberler

*Anayasa Mahkemesinden E-Tebligat Kararı! [\(Sayfa 9\)](#)*

*Gizli Alınan Ses Kaydı Delil Olarak Kullanılamaz! [\(Sayfa 9\)](#)*

*Sanığın Yokluğunda Verilen Karara Bozma! [\(Sayfa 9\)](#)*

## BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILAN DAVALARDA ZAMANAŞIMI

6100 sayılı Yasa'nın 107. maddesi aynen, "1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenebileceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. (2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2018 tarihli ve 2015/25693 E., 2018/4193 K. sayılı kararında "...Fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarına yönelik talepler bakımından, alacak iddiasının tanık anlatımlarına dayandırılması sebebiyle, kabul ihtimalinde hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda indirim yapılması gerekliliği söz konusu olduğundan ve hakimnin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, söz konusu alacaklar belirsizdir..."

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 2013/10344 esas sayılı ve 2013/28364 karar sayılı, 06.11.2013 tarihli kararı "... Mahkemece 31/05/2013 tarihli 1 nolu celsede alınan bir numaralı ara kararda aynen; "Davacı vekilinin davasının belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmesi sebebiyle cevap dilekçesi içeriği de nazara alınarak taleplerini belirlenebilir miktarlara arttırıp harcını ikmal etmesi için BİR HAFTALIK KESİN SÜRE verilmesine, aksi halde davanın açılmamış sayılacağına karar verileceğinin ihtarına (ihtarat yapıldı)." denmiştir. Yine mahkemece 01/08/2013 tarihli 2 nolu celsede "... davacı tarafa bu esaslara göre dava değerini belirlenebilir miktarlara kadar arttırıp harcını tamamlaması için usulüne uygun şekilde kesin süre tanınmış, harcın ikmal edilmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermek gerekmiştir." gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.



Objektif dava birleşmesi şeklinde açılan iş bu davada her talebin ayrı bir dava konusu olduğu, davanın her talep açısından eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davası olduğu ve davacının talep ettiği alacakların dava açıldığı anda belirlenebilir olmadığı açıkça anlaşılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle talep olunan alacaklarla ilgili olarak esasın bir karar verilmesi gerekirken mahkemece yanılıgılı bir değerlendirme ile;

"...davacı tarafa bu esaslara göre dava değerini belirlenebilir miktarlara kadar arttırıp harcını tamamlaması için usulüne uygun şekilde kesin süre tanınmış, harcın ikmal edilmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermek gerekmiştir." gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."

Görüldüğü üzere, HMK'nın 107 maddesi uyarınca belirsiz alacak davası olarak açılan davalarda, dava tarihi itibarıyla zamanaşımı süresi kesilmektedir. BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA, KISMÎ ALACAK DAVASINDAN FARKLI OLARAK, DAVA SIRASINDA BELİRLİ HALE GELEN ALACAĞIN DAVAYA SOKULMASINA İZİN VERİLDİĞİNDEN, GEÇİCİ TALEP SONUCUYLA AÇILAN BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA, İLERİDE BELİRLİ HALE GELECEK OLAN ALACAĞIN TAMAMI İÇİN ZAMANAŞIMI KESİLMESİ SONUCU ORTAYA ÇIKAR.

Asgari miktar belirtilerek açılan belirsiz alacak davasında mahkemece yapılan araştırma esnasında alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda dava-

cı, iddianın genişletilmesi yasağına ( m.141, 319 ) tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilir. Yapılan bu artırım zamanaşımına tabi değildir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2015 tarih ve 2015/4773 E ve 2015/9246 K. sayılı kararında; "Somut olayda; dava belirsiz alacak davası olarak açılmış olup miktar artırım dilekçesine karşı davalı tarafça ileri sürülen zamanaşımı savunmasının reddine karar verilmesi gerekirken zamanaşımı savunmasına itibar edilerek hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir"

Belirsiz alacak davası açıldığında; alacağın belirlenemeyen kısmı, yargılama sırasında belirlenir ise (örneğin bilirkişi raporu ile) bu durumda işçi alacağını belirlemek için bir dilekçe verir ve eksik harcı tamamlar. Alacağın belirlenmesi işlemine karşı yapılacak zamanaşımı savunması geçersiz olduğu açıkça kabul edilmiştir.

Detaylı Bilgi İçin;  
Avukat  
Gülden Mehmed Altın  
[g.altin@ozgunlaw.com](mailto:g.altin@ozgunlaw.com)

Kaynakça:

1. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2018 tarihli ve 2015/25693 E., 2018/4193 K.
2. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 06.11.2013 tarihli VE 2013/10344 esas sayılı ve 2013/28364 K.
3. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2015 tarih ve 2015/4773 E ve 2015/9246 K.

## CEZA YARGILAMASINDA MAĞDURUN ZARARININ GİDERİLMESİ



Klasik Ceza Hukuk teorisine göre, ceza yargılamasının devletin egemenlik yetkisi olarak kabul edildiğinden, işlenen suçun mağdurunun en baştan devlet olduğu ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için devletin yargılama hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Yeni ceza yargılamasına egemen olan görüş mağdurun yargılamanın her aşamada korunması ve uğradığı zararının giderilmesi için çeşitli düzenlemelere gidilmiştir.

Böylece suçtan ötürü zarara uğrayan mağdurun yargılama ile birlikte daha fazla zarar görmemesi amaçlanmıştır.

Suçun icra hareketleri mağdur üzerinde gerçekleştirilmektedir. Mağdur, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişidir. Suçtan doğrudan zarar gören mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişi olmasına rağmen, suçtan dolaylı olarak etkilenen kişi, yasanın Suçtan Zarar Gören Kişi olarak tanımlanmıştır.

Suçtan zarar gören kavramının, somut olaya göre anlamının farklılık arz edebileceği; genişleyip daralabileceği belirtilmiştir.

ÖZTÜRK'e göre, suçtan doğrudan doğruya zarar görme "dar" anlamda; dolayısıyla zarar görme ise "geniş" anlamda suçtan zarar görmeyi işaret etmektedir.

Suç mağduru ancak gerçek kişi olabilmesiyle rağmen, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir.

Belirli bir suçtan, bu suçun mağdurundan başka bir kimsenin de hukuken korunan bir hakkının ihlali nedeniyle zarara uğraması ve bu zararın tazminini isteme hakkının doğması mümkündür.

Dolayısıyla, suçun mağduru ile suçtan zarar gören kimse arasında fark vardır.

Örneğin, insan öldürme suçunun mağduru ölen kimse iken; suçtan zarar gören ölenin mirasçısıdır. Bu ayırımı önemli bir sonucu olarak, suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olmasına karşılık, suçtan zarar gören kimse sadece hukuk ilişkisinin tarafıdır ve bu nedenle iddiası yalnız hukuksal niteliklidir.

Fail, suç işlediği mağdura yönelik aynı zamanda medeni hukuk açısından, haksız fiil nedeni ile zarar veren borçludur.

Bu nedenle zarar giderimi, ancak haksız fiilin yöneltildiği kişinin zararının giderimi ile mümkündür.

Ceza hukuku, medeni ve borçlar hukukunda mutlak şekilde zararın meydana gelmesini kabul etmeyip, suçtan zarar görme ihtimalini yeterli görmüştür.

Doktrinde de, zarar tehlikesinin ortaya çıkması da yeterli görülmektedir.

Ancak zarar tehlikesi durumunda meydana gelen zarar olmadığından, giderim de mümkün değildir.

Türk Ceza Hukukunda zarar giderimi çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir;

-5237 Sayılı TCK,

-5271 Sayılı CMK,

-5275 Sayılı CGTİHK,

-5233 Sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun,

-5411 Sayılı Bankacılık Kanunundan Doğan Zararların Karşılanmasına İlişkin Düzenlemeler buna örnek gösterilebilir.

Mal varlığına karşı işlenen suçlarda, suç failinin işlediği suçtan ötürü pişmanlık duyması ve kendiliğinden mağdur zararının gidermesi halinde cezasından indirim yapılması düzenlemesi TCK'nın 168. maddesinde düzenlenmiştir.

Etkin Pişmanlık

MADDE 168. (8.7.2005 T. 5377 Sayılı Kanun'la değişik)

"(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hâllerde yarısına, ikinci fıkraya giren hâllerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır. “

Zarar giderimi, aynen geri verme ve ya uğranılan zararın tazmini sureti ile yapılabilecektir. Kısmen iade veya tazminde fail hakkında indirim yapılması, TCK'nın 168/4 maddesi gereği mağdurun rızasına bağlanmıştır.

“Etkin Pişmanlık durumunda hakim maddede belirlenen oranda cezada indirim yapabilir. Bu konuda hakime etkin pişmanlığın samimiyetine ve zararın tazmin edilen miktarına göre, takdir yetkisi tanınmıştır.”



Bu suçlar sebebi ile fail hakkında indirim yapılması için öncelikle suçun tamamlanmış olması gerekir.

“Çünkü suç tamamlandıktan sonra, kişi pişmanlık gösterebilir. Fakat daha sonradan failin pişmanlık göstererek çıkan haksızlığın sonuçlarının giderilmesi mümkündür. İşte bu nedenle, maddede sayılan bazı suçlar için etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.”

“5237 sayılı TCK 168. Maddesi, yağma suçu için de bir etkin pişmanlık düzenlemesi getirmiştir. 756 sayılı TCK'nın 523. Maddesinin benzeridir fakat farklı bir hükümdür.”

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar için bu maddenin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Suçu tamamlandıktan ve yarar elde eden failin, etkin pişmanlık duyması halinde, hakkında soruşturmaya başlanmadan veya soruşturma sırasında mağdur zararı giderilmiş ise, hakkında TCK'nın 168/1. maddesine göre indirim yapılacaktır.

Fail, kovuşturma aşamasında hakkında karar verilmezden önce mağdur zararı giderilmiş ise, hakkında TCK'nın 168/2. maddesine göre indirim yapılacaktır.

Fail hakkında yapılan yargılama sonunda verilen hüküm istinaf veya temyiz yoluyla ile bozulmuş ise, verilen kararın ortadan kalkması ile dosya kovuşturma aşamasına geri döndüğünden bu aşamada da zarar giderilmiş ise fail bu madde hükümünden yararlanacaktır.

Detaylı Bilgi İçin;  
Stajyer Avukat  
Şükran Gizem Keskin  
[g.keskin@ozgunlaw.com](mailto:g.keskin@ozgunlaw.com)

Kaynakça:

1. Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin yayınevi, 2018
2. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.906
3. Öztürk , Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Kasm 2019, Seçkin Yayınları s. 223.
4. Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, C. 4, s.4808
5. Malkoç, İsmail, Açıklamalı- İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007, C.1 s.1135

**SUÇU TAMAMLANDIKTAN VE YARAR ELDE EDEN FAİLİN, ETKİN PİŞMANLIK DUYMASI HALİNDE, HAKKINDA SORUŞTURMAYA BAŞLANMADAN VEYA SORUŞTURMA SIRASINDA MAĞDUR ZARARI GİDERİLMİŞ İSE, HAKKINDA TCK'NIN 168/1. MADDESİNE GÖRE İNDİRİM YAPILACAKTIR.**

## ERKEN KAPAMA KOMİSYONLARINDA “ARKASI YARIN...!”



Bankaların “erken kapama komisyonu” adı ile ticari kredilere uyguladıkları “kredi erken kapama cezası” uzun yıllardır pek çok şirket bakımından oldukça zorlayıcı sonuçlara yol açan bir uygulamadır.

Şimdiye kadar bankaların müşterilerine uyguladıkları komisyon oranları arasında bir tutarlık veya bankalar arasında bir uygulama birliği ortaya çıkmadığı gibi; bu hususu yargıya taşıyan pek banka müşterisi de Yargıtay’ın bir içtihat birliği sağlayamamış olması dolayısı ile olumsuz kararlarla karşılaşmıştır.

Öyle ki, Yargıtay’ın ve İstinaf Mahkemelelerinin aynı hukuk dairelerinden, aynı dönem kapatılmış kredilere ilişkin görülen davalarda dahi farklı kararlar tesis etmiş olması, uzun bir süredir ticari kredi kullanan ve bu kredileri erken kapatan banka müşterilerini mağdur edecek şekilde banka uygulamalarının oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Tüketici kredilerinde ana para borcunun en fazla %2’si oranında komisyon ücreti tahsil olunabileceği şeklinde yerleşik içtihatlarının ise, ticari kredilerin Türk Ticaret Kanunu ile korunan “faiz serbestisi” kapsamında kalacağından bahisle ticari kredilere uygulanamayacağı sıklıkla dile getirilmiş ve bu nedenle pek çok işletme ana para borcunun % 15- %20’sine ulaşan oranlarda komisyon ödemek durumunda bırakılmıştır. Bu durumda özellikle finansal borçlarını yapılandırma çabasındaki küçük ve orta ölçekli iş yerleri bakımından zorlayıcı olmuştur.

10 Şubat 2020 tarih ve 31035 sayılı Resmî Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından “2020/4 Sayılı Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (“Tebliğ”) ile ilk kez bu hususta yasal bir düzenlemeye gidilerek, daha önce ticari krediler için olabildiğine açık bırakılan bu hususta kayda değer bir sınırlamaya gidilmiştir.

Bu yazımızda, bankalarca ticari kredilerin erken kapatılması nedeni ile tahsil edilen “erken kapama komisyonlarının” yerleşik uygulaması ve getirilen düzenlemeye ilişkin yorumlarımız sizlerle paylaşılacaktır. Genel olarak “Erken Kapama Komisyonu” Uygulaması ;

Erken kapama komisyonu, genel olarak, bankalarca müşterinin kredinin ödeme planı dışında toplu ödeme yapması sebebi ile bankanın “faiz gelirlerinin düşmesinden” dolayı yaşayacakları kaybın giderilmesine ilişkin bir “ceza” uygulaması olarak ifade edilebilir.

Esasında, erken kapama komisyonunu gerekli kılan amaç bankanın belirli bir ödeme planı içerisinde, belirli bir faiz oranı ile planlanarak müşteriye ödediği bedelleri, vadesinden önce tahsil etmiş olması nedeni ile, bu bedelleri bir başka müşterisine kullanırken yaşayacağı faiz kaybının giderilmesidir.

Yani , erken kapama komisyonunun temeli bir “faiz kaybının” var olup olmadığına dayanmaktadır.

Ne var ki, uygulamada müşterilerden “bankanın faiz kaybı olup olmadığına bakılmaksızın” tamamen tek taraflı olarak bankanın belirlediği oranlarda erken kapama komisyon ücreti tahsil edildiği bilinmektedir.

Esasında bu durum temelde bir “Borçlar Hukuku” sözleşmesi olan kredi sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan Genel İşlem Şartlarına uygunluğu bakımından oldukça tartışmalı bir konudur.

Keza Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ila 25. Maddeleri arasında düzenlenen Genel İşlem Koşulları “emredici” nitelikte hükümlerdir ve Kanuna göre Genel İşlem Koşullarının tabi olduğu geçerlilik kurları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve Genel İşlem Koşullarının yorumlanması gibi kanunların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.

Keza Genel İşlem Koşulları uyarınca; “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.

Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” (TBK 20. Madde).

## ERKEN KAPAMA KOMİSYONLARINDA “ARKASI YARIN...!”

Türk Borçlar Kanununun “Değiştirme yasağı” başlıklı 24. Maddesinde ise, “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacağı” hemen devamında ; “Sözleşmelere Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulmayacağı” düzenlemiştir.

Bu anlamda, uygulamada erken kapama anında belirlenen erken kapama komisyonunun sözleşmenin başında belirlenebilir olmama niteliği ve kredi alan bakımından sözleşme koşullarındaki “ağırlaştırıcı” etkisi değerlendirildiğinde, tüm bu durumlar Kanunun emredici hükümleri ile korunun Genel İşlem Koşulları ile bağdaşmadığı söylenebilecektir.

Ne var ki, Yargıtay’ın pek çok kararında tarafların tacir olması hali ticari krediler bakımından oldukça geniş ve müşteri açısından bağlayıcı biçimde yorumlanmış ve bu komisyon ücretlerinin Borçlar Kanunu genel işlem koşulları çerçevesinde yorumlanması sıklıkla göz ardı edilmiştir.

Keza, erken kapama komisyonlarının uzun yıllardır devam eden bir uygulama” olduğu, açılan davalarda dosyaların çoğunlukla sektörün içinde bu uygulamaya alışık “bankacı” bilirkişilerin incelemesine bırakılması da dava dosyalarında davacı müşteriler açısından bir dezavantaj olmuş ve bu komisyon ücretlerinin hukuki değerlendirilmesi yeteri kadar yapılamamıştır.

Unutulmamalıdır ki, kredi veren olarak müşteri karşısında daha güçlü konumda bulunan bankaların tüm yetkiyi tamamen kendi elinde tutabildiği hususları, çerçeve sözleşme niteliğinde karşımıza çıkan Genel Kredi Sözleşmelerine dercedebilmektedir.

Bu bağlamda 6098 sayılı Yasanın 20-25. Maddeleri arasında genel işlem koşullarını konu alan hüküm gerekçelerine bakıldığında da, sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan kredi kuruluşlarına karşı müşterinin zayıf konumunu güçlendirebilmek, menfaat dengesini sağlayabilmek bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Erken Kapama Komisyonları hakkında “yargıdaki” kafa karışıklığı

Erken kapama komisyon ücretlerinin hukuki değerlendirmesi yukarıdaki şekilde yapılabilecek olmakla birlikte bu konuda 10 Şubat tarihli Tebliğ öncesinde bir yasal düzenlemeye gidilmemiştir.

Bununla birlikte, bu konunun Tüketiciler Kredileri bakımından değerlendirilmesi ve yasallaşması ise çok daha önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yasal çerçeveye alınmıştır. Tüketicinin Korunması Kanunu’nun 37. Maddesi erken ödeme cezasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Erken ödeme başlıklı bu maddeye göre:

(1) Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabileceği gibi, konut finansmanı borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür.

(2) Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir.

Erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez.

Görüldüğü gibi erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçmeyeceği düzenlenmiş ve bu madde ile erken ödeme komisyonunun azami sınırı Kanun ile sabit hale getirilmiştir.



## ERKEN KAPAMA KOMİSYONLARINDA “ARKASI YARIN...!”

Tüketiciler bakımından geçerli olan bu durum Yargıtay’ın bazı kararlarında ticari kredilere de sirayet ettirilmiş ve verilen kararlarda azami %2 sınırı emsal alınarak uygulanmıştır. Keza Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.03.2013 tarih 2012/5789 E. 2013/5376 K. Sayılı ilamında;

“bankanın erken ödeme cezası oranının tek taraflı olarak belirleyeceği belirtilmiş ise de bu durumun TMK’nın 2 ve BK’nın 19-20 madde hükümleri uyarınca dürüstlük kuralına ve ekonomik kişilik haklarına uygun olması gerektiği uzun vadeli ve faizi sabit kredilerin banka için riskli olduğu dava konusu kredinin ise bu anlamda bankaya daha az riskli bulunduğu ticari ve tüketici kredilerine ilişkin emsal banka uygulamalarındaki rayiç oranlar dikkate alındığında %2 ‘lik konut kredisine paralel oranda alınacak erken ödeme komisyonu’nun makul ve hakkaniyete uygun olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 15.901,77 ‘nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine

karar verilmiş olup kararından da erken kapama komisyonu adı altında ancak %2 lik bir faiz oranının tahsil edilebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

Aynı şekilde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014/438 Esas 2014/2892 Karar sayılı 19.2.2014 tarihli kararında “Konut kredilerinde uygulanan % 2 erken ödeme komisyonunun ticari kredilerde de Medeni Kanunun 2. Maddesinde yer alan “dürüst davranma kuralı” uyarınca uygulanması gerekeceği” yönünde karar tesis ederek “konut kredilerinde bankanın talep edebileceği erken ödeme komisyonunun yasal olarak en fazla %2’ye kadar olup, ticari kredilerde böyle bir hüküm bulunmamasıyla birlikte bu oranın ticari kredilere MK’nın 2. maddesi gereği uygulanması gerektiği, davalı tarafından 2011 yılı için TCMB’ye bildirilen erken kapama komisyonu oranının da % 2 olduğu, buna rağmen davalı banka tarafından alınan %9,5 oranında erken kapama komisyonunun fahiş olduğu gerekçesiyle davanın kabulü” gerektiğine hükmetmiştir.

Ne var ki, aynı Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu hususta farklı yönlerde içtihatları mevcuttur. Örneğin Bu Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2012/1771 Esas 2013/15679 Karar sayılı ve 16/09/2013 tarihli kararında;

“Mahkemece diğer bankalardan aynı dönemde uygulanan erken ödeme komisyonu oranı sorulup buna göre bir uygulama yapılmak gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davacı yararına bozulmasına “ karar verilmiştir.

Keza son yıllarda verilen pek çok karar da bu yönde olmuş ve %2 lik azami sınır ticari krediler için dikkate alınmayarak “emsal bankalarca aynı türden kredilere uygulanan komisyon oranları”nın dava konusu edilen komisyon oranları karşılaştırılması neticesinde komisyon ücretinin “fahiş olup olmadığı” değerlendirilmiştir.



Ne var ki Yargıtay 11. Hukuk dairesi yakın zamanda bu konudaki görüşünü de değiştirerek

Davalı Bankanın erken kapama tarihi itibarı ile diğer müşterilerine kredi tahsis ederken uyguladığı faiz oranlarının dikkate alınarak karar verilmesi ve bu amaçla davalı bankaca dosyaya ibraz edilen kredi sözleşmeleri gözetilip (...) davalı bankanın uyguladığı komisyon oranının sözleşmeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerektiği

şeklinde karar vermiştir. (Yargıtay 11. H.D. 2018/749 E. 2019/6023 K. sayılı 01/10/2019 tarihli kararı)

Netice itibarı ile ortaya çıkan bu durum zaten belirsiz olan “erken kapama komisyonu” na ilişkin inceleme yöntemini daha da belirsiz hale getirmiştir.

Kaldı ki, bir dava içerisinde davalı sıfatıyla yer alan ve menfaati doğrudan etkilenen bankanın kullandığı kredi arasında “seçerek” dosyaya sunmuş olduğu emsal kredi sözleşmelerinin yargılama açısından “delil” olma niteliği de adil yargılanma hakkı bakımından da tartışmalı bir husustur.

Bununla birlikte halihazırda yerel mahkemelerde “diğer bankalardan alınan komisyon oranlarının emsal alınması” suretiyle verilen pek çok karar ile ilgili olarak onama kararı verilmeye de devam etmekte olup bu davalarla ilgili güncel durumun takip ve tespitini yapmak dahi neredeyse imkansız hale gelmiştir.

10 Şubat 2020 Tarihli Tebliğ Sonrası Durumun Değerlendirilmesi

10 Şubat 2020 tarih ve 31035 sayılı Resmi Gazete’de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından “2020/4 Sayılı Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (“Tebliğ”) yayımlanmıştır.

Merkez Bankasının internet sitesinde yapılan basın duyurusunda özetle;

Yapılan kapsamlı değerlendirmeler sonucunda; bankalarca ticari müşterilere sunulacak ürün veya hizmetler karşılığı alınabilecek ücretlerin tür ve niteliklerinin, azami miktar ya da oranlarının ve bunlara ilişkin standartların belirlenerek, tahsil edilen ücretlerin daha şeffaf, anlaşılır ve karşılaştırılabilir olmasını sağlamak üzere düzenleme yapılması uygun görüldüğü ve Tebliğin bu amaçla düzenlendiği belirtilmiştir.

Tebliğe göre, tebliğ ile sınırlanan ücretlere ilişkin tutarlar ve oranlar üst sınır niteliğinde olup, uygulanacak ücretler ve oranların rekabetçi piyasa şartları ve bankalar ile ticari müşteriler arasındaki ilişki çerçevesinde belirlenecektir.

Tebliğ’in işbu yazımını ilgilendirir en önemli maddesi ise “KAPAMA” başlıklı 11. Maddesidir.

Söz konusu madde aynen; MADDE 11 – (1) Kredinin bir ya da birden fazla taksit ödemesinin vadesinden

## ERKEN KAPAMA KOMİSYONLARINDA “ARKASI YARIN...!”

Söz konusu madde aynen; MADDE 11 –

(1) Kredinin bir ya da birden fazla taksit ödemesinin vadesinden önce yapılması veya kredi borcunun tamamının erken ödenmesi durumunda, banka ticari müşteriden erken ödeme ücreti talep edebilir.

(2) Ticari müşterinin vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunduğu veya kredi borcunun tamamını erken ödemediği hâllerde, banka erken ödenen miktara göre tahakkuk etmeyen tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirimleri yapmakla yükümlüdür.

(3) Ticari müşterinin kredinin tamamı için erken ödeme talebinde bulunması halinde bankalar bu talebi kabul etmek zorundadır. Ticari müşterilerden alınabilecek erken ödeme ücreti, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve ticari müşteriler tarafından bankaya erken ödenen tutarın, kalan vadesi yirmi dört ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi yirmi dört ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Faiz oranının değişken olarak belirlenmesi hâlinde bu müşterilerden erken ödeme ücreti talep edilemez. şekilde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere tebliğ ile erken kapama komisyonuna ilişkin kapsamlı bir uygulamaya gidilmiş ve ticari kredi müşterileri de “tüketiciler” ile benzer şekilde koruma altına alınmıştır.

Bu kapsamda Ticari müşterilerden alınabilecek erken ödeme ücretinin “gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve ticari müşteriler tarafından bankaya erken ödenen tutarın, kalan vadesi yirmi dört ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi yirmi dört ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemeyeceği” açıkça düzenlenmiştir.

İşte bu noktada asıl soru, söz konusu düzenlemenin halen çelişkili kararlara gebe bulunan uyumsuzluklarda nasıl uygulanacağı olmuştur.

10 Şubat tarihli Tebliğ’de , düzenlemenin yürürlük tarihinin 1 Mart 2020 tarihi olduğu belirtilmiş ise de bu hususta 29 Şubat 2020 tarihli tarihli 31054 Sayılı resmi gazetede yer alan 2020/5 sayılı Tebliğ ile değişikliğe gidilmiş ve Tebliğin, 1 ila 4 üncü, 15 inci, 20 nci ve 22 nci maddeleri 1/3/2020 tarihinde,

diğer hükümleri ise 1/4/2020 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte tebliğin “İntibak” başlıklı 22. Maddesinde ; “Tebliğ hükümlerinin Tebliğ yürürlük tarihinden önce kurulmuş sözleşmelere Tebliğin yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilecek işlemler bakımından da uygulanır” hükmü düzenlenmiştir.

Bu hükümden Tebliğin yönetmelik öncesi imzalanan tüm sözleşmelere uygulanabileceği açıkça söylenebilir. Ne var ki maddede yer alan tebliğin “yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilecek işlemler bakımından uygulanacağı” ifadesi nedeni ile yürürlük tarihi öncesinde tahsil edilen erken kapama komisyonlarının akıbeti yine açıklığa kavuşturulmamıştır.

Bununla birlikte, halihazırda erken kapama komisyon ücretlerinin Medeni Kanununun 2. Maddesi kapsamında tüketici kredilerine kıyasen uygulanması yönünde de pek çok Yargıtay kararı varken, yeni yapılan düzenlemenin devam etmekte olan yargılamalarda ne şekilde değerlendirileceği ayrı bir merak konusudur.

Özetle, yıllardır devam etmekte olan ticari kredilerde tahsil olunan “erken kapama komisyonlarının” sınırının ve bankanın uygulama serbestisinin ne olduğu sorunu, Tebliğ ile birlikte bundan sonrası için açıklığa kavuşturulmuş olsa da; devam etmekte olan uyumsuzlukların ne şekilde sonuçlanacağı sorusunun bir süre daha kesin olarak cevaplanamayacağı anlaşılmaktadır.

Detaylı Bilgi İçin;  
Avukat  
Semra Gürçal  
[semra@ozgunlaw.com](mailto:semra@ozgunlaw.com)



Kaynakça :

1. 10 Şubat 2020 Tarihli 31035 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan “Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (Sayı: 2020/4)
2. 20 Şubat 2020 Tarihli 31054 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan “Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (Sayı: 2020/4)’De Değişiklik
3. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.03.2013 tarih 2012/5789 E. 2013/5376 K. Sayılı ilamı
4. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014/438 Esas 2014/2892 Karar sayılı 19.2.2014 tarihli ilamı
5. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2012/1771 Esas 2013/15679 Karar sayılı ve 16/09/2013 tarihli ilamı
6. Yargıtay 11. H.D. 2018/749 E. 2019/6023 K. sayılı 01/10/2019 tarihli ilamı



## Gizli Alınan Ses Kaydı Delil Olarak Kullanılamaz!

Yargıtay, gizli şekilde alınan telefon kaydını dosyada delil olarak kullanan kişinin yasak kanıt niteliğindeki delili kullanamayacağına hükmetti.

Yüksek mahkemece ses kaydının yasak kanıt niteliğinde olduğu hususu, Yerel Mahkemece göz önünde bulundurulmadan yasak kayda dayanarak verilen hükmün bozulmasına karar verildi.

Bu karar ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 8. Maddesi gereği özel yaşamın gizliliği korunmuştur. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre özel yaşamın gizliliği ilkesine aykırı olarak elde edilen delillerin anılan sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir.

Ceza yargılamasında, hukuka aykırılıktan kasıt, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır.

Bu anlamıyla yasa dışılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu ise, özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir.

Kararın gerekçesinde; "Özel konuşmaları kaydedilen kişilerin en temel hakları ihlal edilmiştir. Çünkü Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamaz, 22. maddesinde ise haberleşmenin gizliliği esastır kuralı yer almaktadır.

Bu yol bir kez açılacak olursa, hukuk devletinin temel kurallarından birisi olan ve varlığını Anayasanın 2. maddesindeki 'hukuk devleti ilkesinden alan delil yasaklarına ilişkin kanun maddesi tüm etkisini yitirecektir. Usul

hukukumuzdaki ilkelerden olan "dürüst işlem ilkesi" de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir." denilerek hukuka aykırı olarak elde edilen delilin delil yasakları kapsamına girdiğine hükmetmiştir.

*Kaynakça: Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2017/21973 E. 2019/3037 K. 26.02.2019 tarihli ilamı*



## Saniğin Yokluğunda Verilen Karara Bozma!

Kovuşturma safhasında aslolan saniğin duruşmada hazır bulunması, "yüzyüzelik" ve "doğrudan doğruyalık" ilkelerinin uygulanmasıdır. Savunmanın esas olması nedeniyle, kişi hürriyeti ve güvenliğinin tedbiren veya cezaen kısıtlanması kararları, bireyin yokluğunda verilemez.

İstinaf Mahkemesi, verdiği yakın tarihli bir karar ile saniğe yokluğunda yargılamanın yapılacağına bildirilmemesine rağmen yokluğunda yargılama yapılarak karar verilmesinin kesin hukuka aykırılık olduğunu hükmetti.

Yerel Mahkeme tarafından saniğe çıkartılan duruşma gününü bildirir tebligatta; İcra ve İflas Kanunu 394. Maddesinin 5. bendi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195. Maddesi uyarınca "duruşma gün ve saatinde gelmediği takdirde yargılamanın yapılacağı ve yokluğunda bitirileceği" ihtarına yer verilmemiştir.

Söz konusu karara karşı istinaf kanun yoluna başvuran sanık tarafından yapılan istinaf incelemesi neticesinde; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi tarafından söz konusu ihtarın mutlaka yer alması gerektiğine hükmedilmiştir.

Zira, istinaf yoluna başvuran sanık tarafından Mahkemece kendisine çıkarılan tebligatta yalnızca "Mazeretiniz olmadığı halde duruşmaya gelmediğinizde zorla getirileceğiniz, hakkınızda yakalama kararı verilebileceği" ihtarının yer aldığı görülmüştür.

İstinaf Mahkemesi tarafından tebligatta, saniğin yokluğunda yargılamanın yapılacağı yönünde ihtarın bulunmamasına istinaden sanık yokken yargılama neticesinde tesis edilen hükmün kesin olarak bozulmasına karar verilmiştir. Bu karar ile birlikte yargılama hakkı bulunan saniğe bu hakkı kullanma olanağı sağlandığı görülmektedir.

*Kaynak: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi 15.01.2020 tarihli 2019/5258 E. 2020/48 K. sayılı karar*

## Anayasa Mahkemesinden E-Tbligat Kararı!

Anayasa Mahkemesi, e-tebligatın alıcısına ulaştığı tarihte yapılmış sayılacağına hükmetti. Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile gerekçeli nihai kararın tebligatının iletildiği tarihte okunduğunu kabul etmiştir.

4 Mart 2020 tarihli 31058 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2019/6266 E. sayılı 15.01.2020 karar tarihli ilamı uyarınca başvuru Anayasa Mahkemesi'nde açılmış olduğu davanın reddine karar verilmesi üzerine, ret kararı Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2018 tarihli ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

Yargıtay onama ilamı ise, başvuru avukatına elektronik tebligat yolu usulü ile tebliğ edilmiştir. Tebligat Kanunu ilgili hükümleri uyarınca, e-tebligat yolunun kullanıldığı gönderiler, muhatabın hesabına beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru süresinin işlemeye başlamasının kararın gerekçesinin öğrenilmesi ile başladığı ve öğrenmenin de tebliğ ile sağlandığı şeklinde gerekçe belirtilerek elektronik tebligatın alıcısına teslim edildiği tarihte -beşinci günün sonu beklenmeksizin- alıcının kararı öğrendiği şeklinde karar verilmiştir.

Tüm bu gerekçelerle, bireysel başvuru konusu yargılama sürecine ilişkin nihai karardan 15.01.2019 tarihinde haberdar olduğu anlaşılan başvuru otuz günlük bireysel başvuru süresinden sonra gerçekleştirdiği bireysel başvurusunun süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna oybirliği ile karar verilmiştir.

Yani, ilgili usul kuralları uyarınca, sürenin münhasıran tebliğden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edildiği uygulamaların aksine bireysel başvuru yolunda başvuru süresinin öğrenme esasına bağlanılmıştır.

*Kaynak: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200304.pdf>*

## ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA MÜCBİR SEBEP VE YENİ TİP KORONAVİRÜSÜN (COVID-19) MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİ



Bildiğimiz üzere, Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıktığı tespit edilen yeni tip koronavirüs (COVID-19), yayılma hızı ve taşıdığı hayati risk sebebiyle son üç ayda global bir mücadele haline geldi. Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization, "WHO"), 30 Ocak 2020 tarihinde COVID-19 için "uluslararası kamu sağlığı acil durumu" ilan etti. COVID-19, günümüze kadar WHO tarafından ilan edilen altıncı uluslararası kamu sağlığı acil durumunu teşkil ediyor. COVID-19'dan önce WHO, domuz gribi (2009), çocuk felci (2014), zika (2016) ve ebola (2014 – 2019) hastalıkları için uluslararası kamu sağlığı acil durumu ilan etmişti.

2020 yılının Mart ayı itibarıyla, COVID-19'a yakalanan kişi sayısı 95 bini, hayatını kaybedenlerin sayısı ise 3 bin 200'ü aşmış bulunuyor. Koronavirüsün en çok can aldığı ülkelere bakıldığında, coğrafi farklılığa şaşırmamak elde değil. 80.600 vaka bulunan Çin'den sonra, 3870 vaka ve 148 ölüm ile İtalya başta gelirken, 3515 vaka ve 107 ölüm ile İran üçüncü sırada. Dünyanın geri kalanında vaka ve ölüm sayısı artarken, ticari, ekonomik ve sosyo – kültürel hayat da virüsün etkileriyle sarsılmış bulunuyor.

UNESCO, COVID-19 sebebiyle 290 milyon aşkın öğrencinin eğitiminin aksadığını duyurdu. İç pazardan sorumlu Avrupa Komiseri Thierry Breton ilk vakadan buyana AB ülkelerinin turizm sektöründeki aylık kaybın 1 milyar Euro'ya çıktığını; Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (IATA) ise koronavirüs salgınının hava yolu şirketlerine 2020'deki maliyetininin 113 milyar doları bulabileceğini açıkladı. Fransa ve İtalya başta olmak üzere çoğu ülkede

4.000 kişiyi aşan toplu etkinlikler geçici süreyle yasaklanırken, dünyanın en büyük turizm fuarı olan Berlin Uluslararası Turizm Borsası (ITB) Fuarı da iptal edildi.

İran'da toplu ibadet süresi 10 dakikaya indirilirken, Suudi Arabistan'da da yeni tip koronavirüs salgını sebebiyle umre ve Mescid-i Nebevi ziyaretleri geçici olarak askıya alındı.

COVID-19 ticari hayatı nasıl etkiledi? Oxford Economics, koronavirüsün küresel ekonomide 1,1 trilyon dolar kayba yol açabileceği yönünde tahminlerde bulunuyor. Dünyanın en büyük mal ve hizmet sağlayıcısı Çin'de üretimin Mart 2020 itibarıyla normaldeki seviyenin %30'una kadar düşmüş olması bile tek başına bu tahmini doğrular nitelikte. Bununla birlikte COVID-19'un hızla yayılmaya devam etmesi, ülkelerin Çin başta olmak üzere dışa bağımlılığı azaltmaya yönelik stratejileri, farklı sektörlerde kamu sağlığı ve ekonomiyi korumaya yönelik olarak ulusal boyutta alınan önlemler tedarik zincirinde taşların yerinden oynayacağını açıkça ortaya koyuyor.

Özellikle turizm, perakende ve uzun ömürlü mal pazarı koronavirüsten ilk vurulan sektörlerde başta gelmekte.

Peki, COVID-19, uluslararası ticari sözleşmelerdeki yerini nasıl bulacak?

Bu noktada acı bir gerçeği gözler önüne sermek gerekiyor ki, pek çok şirket ve maalesef ki hukuk danışmanları tarafından, tüm ticari şartları ince elenip sık dokunularak hazırlanan sözleşmelerin son

birkaç maddesi arasına tabir-i caizse adeta birer "kalıp" gibi sıkıştırılan ve üzerinde ikinci bir müzakere gereği dahi duyulmayan "mücbir sebep" maddesi, tam da bu noktada çok el yakacak gibi görünüyor.

Tarafların bir sözleşme akdederken, ileride bir mücbir sebep durumunun meydana gelebileceğini göz önünde bulundurmamaları, çoğu zaman karşılıklı olarak bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getireceklerine olan inançları (Pacta Sunt Servanda – ahde vefa) ya da böyle bir durumda hukukun bir şekilde bu mücbir sebebe hakkaniyetli bir çözümü de beraberinde getireceğine duydukları inançtır.

Ancak tarafların böyle bir durumda göz önünde bulundurmadıkları husus, farklı hukuk sistemlerinde mücbir sebebin farklı tanımlanabileceği ve mücbir sebebe bağlanan sonuçların da farklı olabileceğidir. Bu bakımdan uluslararası ticari sözleşmelerde mücbir sebep maddesinin, uygulanacak hukuk göz önünde bulundurulmadan düzenlenmesi durumunda, adeta bir tekerleme gibi "...yangın, deprem, sel, savaş, sıkıyönetim..." şeklinde sırayla sayma yöntemiyle sıkıştırılan maddenin hiç de amaçlanan şekilde hüküm doğurmayacağı görülebilecektir.

Bu noktada, öncelikle mücbir sebebin ne olduğu ve unsurlarının ne olduğu üzerinde durulması gerekmektedir. Mücbir sebebin farklı hukuk sistemlerinde ufak farklılıklarla tanımlanması, uygulamada büyük farklılıklara yol açabilmektedir.

## ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA MÜCBİR SEBEP VE YENİ TİP KORONAVİRÜSÜN (COVID-19) MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİ

### Mücbir Sebep Nedir?

En temel ifadeyle mücbir sebep (vis maior = en büyük kuvvet), borçlunun borcunu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dış olaydır.

Mücbir sebepte, borcun ihlalinden kaçamama durumu, herkes için söz konusu olan nitelikte bir olaydır. Roma hukukunda daha çok doğa olaylarının vukuu bulmasıyla yerini bulan vis maior, hiçkimsenin alacağı tedbirlerle önleyebileceği bir durum değildir. (Naturae vis maxima: Doğa gücü büyük güçtür.)

Türk hukukunda mücbir sebep kavramı yer edinmiş olmakla birlikte, mücbir sebebin kanuni tanımı yapılmamış ve doktrine bırakılmıştır. Türk Borçlar Kanunu madde 112 uyarınca, borçlunun borcu ifa edemesinin kendisine isnat edilemeyecek bir olaydan kaynaklandığını ispat etmesi durumunda zarar tazmini ile sorumlu olmayacağına ilişkin düzenleme, “beklenmedik olay” ve “mücbir sebep” ayrımının açıkça doktrine bırakıldığını göstermektedir.

Yazımızın temel konusu olmadığından ve çok geniş bir tartışma konusu olması sebebiyle “beklenmedik hal” ve “mücbir sebep” ayrımına ilişkin açıklamalar yer vermemekle birlikte, kısaca değinmek gerekirse “beklenmedik hal” (“frustration”), borçlunun kaçınmayacağı ve öngöremeyeceği şekilde borcun ifasını yerine getirememesine sebep olan olaydır. Çoğu hukuk sisteminde, mücbir sebebin bir “dış” olay olduğu görüşü hakimken, “beklenmedik halde” bu kaçınılmaz olay, borçludan/işletmeden tamamen bağımsız bir olay olmayabilecek ya da bağımsız olmakla birlikte politik, ekonomik veya siyasi bir sebepten meydana geldiği için ticari sözleşmeler bakımından aynı ağırlıkta bir “öngörülemezlik” ya da “imkansızlık” teşkil etmeyecek ve sözleşmenin sona ermesiyle değil değişen şartlara uyarlanmasıyla sonuçlanabilecektir.

Daha genel ve modern ifadesiyle mücbir sebep (“force majeure”), bir sözleşmeden doğan borcun ifasını imkansız kılan, ciddi oranda engelleyen ya da edimin ifasından karşı tarafın elde edeceği menfaati azaltan ve sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayan ya da müm-

künse bile böyle bir durumda katlanılması çok ağır şartlar yaratacak olan durumdur. Yargıtay uygulamasında da mücbir sebepten söz edilebilmesi için, meydana gelen olayın önceden tahmin edilememesi, borçlunun sorumluluğunu gerektirmemesi, önlenemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını imkansız hale getirmesi gerekir. (HGK 17.10.1980 1978/11-773 E. 1980/2310 K.) Genel anlamda doktrinde, mücbir sebep kavramını karşılamak amacıyla Fransız hukukunda kullanılan “Force Majeure” ifadesi kullanılmaktadır. Fransız, Türk ve İsviçre hukukunda mücbir sebep kavramı birbirine benzer olup, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesi için aranan unsurlar “öngörülemez”, “karşı konulamama”, “borçlu dışında gerçekleşme” ve “ifayı imkansız hale getirme” olarak belirtilmektedir.

Özellikle ticari alım satım sözleşmelerinde ekonomik imkansızlıklar tacirler bakımından “öngörülemez” olarak nitelendirilmekle birlikte, mücbir sebebin Alman hukukundaki karşılığı (“Höhere Gewalt”) ekonomik imkansızlıkları da karşılamaktadır.

Uluslararası ticarete, tarafların ekonomik ve politik riskler başta olmak üzere pek çok global boyutta riski göze alarak bir ticari ilişki kurdukları ve ticari ilişkinin geleceğini öngörebildikleri kabul edilir. Taraflar, daha önceki yıllara ait veriler ve geleceğe yönelik olarak, global ekonomi, piyasa durumu, siyasi ilişkiler ve diğer pek çok faktörü göz önünde bulundurarak asgari ve azami kar - zararlarını hesaplarlar. Bunun sonucunda bu barem içerisinde kalan kar da zarar da “beklenen” ölçüde ve alınan risk dahilindedir.

Ticari sözleşmenin ayakta tutulması ve objektif bir imkansızlık meydana gelmediği sürece de sona erdirilmeyerek değişen koşullara uyarlanması esası, hem ulusal hem de uluslararası ticaretin esası haline gelmiştir.

Mücbir sebep maddesi esasında, satıcı – borçlu – yükümlü lehine olan bir düzenlemedir. Zira satıcı tarafın değişen ve öngörülemeyen dış koşullarla satın alınan mali tedarik etmesinin imkansız hale gelebilmesi mümkün iken, alıcı tarafından bu malın karşılığı paranın ödenmesi, ekono-

mik bir buhran dışında sık sık karşılaşılacak bir durum değildir. Zira aciz hali, iflas, maddi güçlükler mücbir sebep teşkil etmez. Ancak alıcı tarafın tüm alım gücünü derinden sarsan bir yangın ya da doğal afet sonucunda bu aciz halinin vukuu bulmasında durum değişebilecek tir.

Mücbir Sebep Maddesinin Kaleme Alınması

Taraflar, mücbir sebep maddesini kaleme alırken çoğu zaman mücbir sebebe hangi tarafın başvurabileceğini, risk ve koruma dağılımının ne şekilde olacağını, tarafların mücbir sebep durumunda herhangi bir yükümlülüğü olup olmadığını, mücbir sebebin hangi risk ve zararları kapsayacağını sağlıklı bir şekilde düzenlememektedirler.

Zira satıcı için mücbir sebep teşkil edecek bir hal, alıcı için mücbir sebep teşkil etmeyecektir; oysa taraflar mücbir sebep maddesini çoğu zaman karşılıklı düzenlemektedir.

Mücbir sebep maddelerinde en sık görülen sakatlık, doğrudan bir “olayın” mücbir sebep olarak düzenlenmesidir. Oysa böyle bir düzenleme, uluslararası bir ticari mal alım satım sözleşmesinde hüküm doğurmayacaktır. Zira mücbir sebep somut bir olay değil, somut bir olayın bir taraf nezdinde yarattığı sonuçtur. Yani salt bir yangın ya da çığ felaketi, Elazığ’da bulunan bir alüminyum tedarikçisinin Bakü’deki alıcısına olan tedarik yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Ancak bu çığ sonucu şirketin üretimi durmuş ve makul olmayan bir süre boyunca da durmaya devam edecek ise bu doğal afetin bir mücbir sebep teşkil ettiği söylenebilecektir.

Bir diğer husus, birbirinden farklı neticelenen mücbir sebeplerin aynı nihai sonuca mı yol açacağıdır. Ticari sözleşmenin ayakta kalması esası gereği, öncelikli olarak sözleşmenin değişen koşula uyarlanması gündeme gelebilir. Aynı örnekten ilerlemek gerekirse, doğal afetin gerçekleşmesinden iki ay sonra satıcı ürünü tedarik edebilecek ise ve bu sürenin sonunda, alıcının bu sözleşme ile elde etmeyi beklediği menfaat ortadan kalkmayacak ise sözleşme sona ermeye-

bilecek, değişen koşullara uyarlanarak herhangi bir tazminat ödenmeksizin gecikmeli şekilde ifa edilebilecektir.

Bununla birlikte, sözleşme serbestisi gereği, bazı mücbir sebep hallerinde ya da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması durumunda tarafların karşılıklı anlaşması ile belirli bir bedel tazminat ödenmesi kararlaştırılabilir. Elbette böyle bir durumda, uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırılık olmaması gerekir.

Örneğin, Türk hukukunda da, sözleşme serbestisi gereği taraflar mücbir sebep sonucunda sözleşmenin hiçbir şekilde sona ermeyeceğini, gecikmeli de olsa ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Ancak bu hüküm, Türk kanunlarının emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Zira ilgili tarafın sözleşmeyi ifa etmesi onu çok ağır şartlar altına sokuyor ve hakkaniyete aykırı bir sonu doğuruyor bu maddenin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na aykırı olması sebebiyle hükümsüz olduğu ileri sürülebilir.

Bir başka husus, mücbir sebebi bildirim yükümlülüğü olup olmamasıdır. Tarafların kaç gün içerisinde mücbir sebebi bildirmeleri gerekmektedir? Aksi takdirde geç doğan zararlardan, bu yükümlülüğü ihmal eden taraf sorumlu olacak mıdır? Ticari alım satımların uzun bir zincirin peşi sıra gelen birer halkası olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu hususun da denli önemli olduğu anlaşılabilir. Değnilmesi gereken ve belki de mücbir sebebin niteliği bakımından çelişki yaratabilecek bir diğer husus, tarafların "mücbir sebep durumunda bu durumun sebep olduğu zararları minimuma indirme", "mücbir sebebin doğurduğu zararların artmaması için makul çabayı gösterme" yükümlülüğüdür. Genelde, mücbir sebep maddesinde böyle bir clause'a yer verildiği takdirde, bu clause'u akabinde takip eden bir "aksi takdirde doğacak ekstra zararlara katlanma" ifadesi de beraberinde gelmektedir. Bu clause, kimi zaman "mücbir sebebin meydana gelmesi için makul çaba sarf etme" ifadesi ile karıştırılmaktadır.

Oysa, mücbir sebepten kaçınılabilmesi zaten mümkün ise ortada bir "mücbir sebepten" bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Mücbir sebep maddesinin kaleme alınma yönteminde en hassas ve belki de önemli nokta ise, mücbir sebebin ne şekilde ifade edildiğidir.

En temel ve en sık karşılaştığımız yöntem, mücbir sebep teşkil edebilecek tüm olayların tek tek sayıldığı yöntemdir. Sayılan mücbir sebep hallerinin ortaya çıkması durumunda taraflara güvenli bir saha sağlayan bu yöntem, özellikle mahkemelerin "birebir uygulama" yöntemi bakımından aslında sanıldığı kadar güvenli bir yöntem değildir. Zira tarafların karşılaşılabilecekleri her bir durumu öngörüp sözleşmede belirtmeleri mümkün değildir. Örneğin sözleşmede belirtilenin "birebir aynı olmayan" bir durumun meydana gelmesi halinde mahkemelerce bu durumun mücbir sebep "teşkil etmediğine" hüküm verilmesi, en sık "savaş" ifadesinin bulunması ancak "bombalanma", "füzelenme" vb. durumlarının belirtilmemesi sonucunda bu durumların mücbir sebep teşkil etmemesi şeklinde gerçekleşmiştir.

Zira şu an geldiğimiz noktaya bakıldığında, SARS'tan bu yana mücbir sebep maddelerinde "salgın hastalık" ibaresine rastlamayalı uzun zaman oluyor. Coğrafi bakımdan da değerlendirildiğinde, Doğu Asya ve Afrika ülkeleri dışında salgın hastalık ("epidemics") clause'unun istisnasız yer alan bir mücbir sebep olarak kabul gördüğünü söylemek güç.

Tek tek belirtme yönteminde, hukuki düzenlemelerin ve resmi makam ve merci kararlarının bu kapsamda tutulup tutulmadığının belirtilmesi de sık sık atlanmaktadır. Belirtmek yerinde olacaktır ki, vergisel yükümlülüklerde meydana gelen alışlageldik farklılıkların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Yine, değerlendirme oranında istinaden yıllık olarak meydana gelen bir ödeme artışı da bu kapsamda değildir. Resmi makamlarca verilen kararların mücbir sebep teşkil etmesi ise, ancak ilgili tarafın kendisine yüklenen her türlü yükümlülüğü usulünce yerine getirmesine rağmen kendisinden bağımsız bir otoritenin kararı sebebiyle borcunu ifa edememesi durumunda gündeme gelebilecektir.

Mücbir sebebin sözleşmede tanımlanarak belirtilmesi yönteminde ise a) olay, b) olayın tarafların kontrolü dışında gerçekleşmiş olması, c) bu olayın tarafların başlangıçta kararlaştırdıkları borcu ciddi

şekilde değiştirmesi, d) olayın objektif olarak/en azından borçlu tarafından öngörülememesi şeklinde unsurlar belirtilmekte ve bu özellikleri taşıyan her olay mücbir sebep olarak değerlendirilebilmektedir.

Zira Türk hukukunda da bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği değerlendirilirken o olayın meydana geliş şartları ve yarattığı sonuçlar dikkate alınmaktadır.

CISG (Vienna Satım Anlaşması – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) Kapsamında Mücbir Sebep Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, aslında CISG'de de mücbir sebep bu terminoloji altında düzenlenmemiştir. CISG'in Sorumluluktan Kurtulma başlıklı 79. Maddesi aşağıdaki gibidir:

(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenmeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.

(2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükümünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

(3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

(4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

(5) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.

Görüldüğü üzere, CISG kapsamında mücbir sebep için, borçlunun denetimi dışında oluşan bir engel olmalı, sözleşmenin yapıldığı tarihte makul olarak öngörülemez ve bu engelin üstesinden gelmek makul olarak mümkün olmamalıdır.

CISG'in mücbir sebep düzenlemesinin diğer hukuk sistemlerinden en büyük ve belki de önemli farkı, borcu ifa etmeye engel teşkil eden hususun, sözleşmenin akdedildiği tarihte var olması durumunda bile, taraflarca bilinmiyorsa bu durumun mücbir sebep olarak sayılabilesidir. Diğer bir deyişle, baştaki imkansızlık, o sırada öngörülemez ise yine de mücbir sebep sayılmaktadır. Zira baştaki imkansızlık Anglo-Amerikan hukukunda hata sebebiyle sözleşmenin geçersizliği ile sonuçlanmakta; Kita Avrupası'nda ise sözleşmenin mutlak butlanla batıl olması sonucunu doğurmaktadır.

CISG'deki bir diğer ayırım, 79. Maddenin, bünyesinde hem mücbir sebep, hem beklenmedik hal hem de aşırı ifa güçlüğü durumlarının her birini bünyesinde barındırıyor oluşudur. Zira maddede, borcun yerine getirilmesinde mutlak bir imkansızlıktan söz edilmemiş, "makul olarak mümkün olmama" şeklinde ifade edilmiştir.

CISG'in 79. Maddesi başta olmak üzere tüm sözleşmenin "ticaretin ayakta kalması ve devamlılığı" esasına göre yorumlanması gerekir. Sözleşmenin akdedilmesi, uluslararası ticari mal alım ve satımlarında uygulanacak usul, hukuk ve esasların yeknesaklaştırılması ve mümkün mertebe farklılıkların yol açtığı imkansızlıkları ortadan kaldırmaktır. Bu bakımdan, mücbir sebep maddesi yorumlanırken, öncelik, "makul" olduğu ölçüde, "değişen şartlara uyarılma" amaçlandığı unutulmamalı, ardından, "sona erdirmeye" yoluna başvurulmalıdır.

Vurgulanmalıdır ki, CISG, yükümlülüğün ifasını ancak "engel" teşkil eden bir "olay"ın engelleyebileceğini belirtmektedir. Herhangi bir şekilde, taraflardan birinin sübjektif olarak içerisinde bulunduğu durumun değişmesi mücbir sebep olarak kabul edilmemektedir. Keza yine, salt bir yangın ya da savaş mücbir sebep olarak kabul edilemeyecek olup, bu durumların ilgili tarafın yükümlülüğünü ifa etmesine engel teşkil etmesi durumunda 79. Maddenin ilk fıkrası kapsamında değerlendirilebilecektir.

CISG düzenlemesinde altı çizilmesi gereken bir diğer nokta "borçlunun denetimi dışındaki engel" ifadesidir. Dikkat edilmelidir ki, "borçludan kaynaklanan bir sebep" denilmemektedir. Borçlunun denetim, yönetim, yetki ve talimat alanında gerçekleştirilecek her türlü durum, borçlunun "denetim alanında" gerçekleşmiş olacaktır.

Düzenlemedeki "makul olarak öngörülemez" ifadesi ile, mutlak bir öngörülemez kastedilmemekte, sorumluluk alanı, ilgili ticari faaliyetleri gerçekleştiren makul bir kişinin öngörme sınırları içerisinde bırakılmaktadır.

Nasıl ki düzenlemede "öngörülemez" unsuru makul ölçüde aranmaktadır, "engellenememe" unsuru da yine makul ölçüde aranmakta ve mutlak bir karşı koyulamazlık kastedilmemektedir. Aksi takdirde günümüz teknolojisi ile geldiğimiz noktada "karşı koyulamazlık" da, "öngörülemez" de gerçekleşmesi imkansız iki unsur haline gelecek ve taraflar, geliştirilmiş her türlü imkandan yararlanarak her koşulu öngörme ve önleme yükümlülüğü altında bırakılacaktır.

Ancak buradan, hiçbir şekilde borçlunun, söz konusu "dış engeli" engelleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Borçlunun, borcunu yerine getirmek amacıyla yapacağı işlemler ve harcamalar, makul ölçüde olmalı, borçlu, basiretli ve güvenilir bir tacir olarak elinden gelen makul çabayı göstermiş ancak borcunu yerine getirmesinin önündeki engeli kaldıramamış olacaktır.

CISG'in 6. Maddesi uyarınca, taraflar, CISG kapsamındaki mücbir sebep maddesini tüm lafzıyla uygulayabileceği gibi, farklı bir mücbir sebep maddesi de kararlaştırabilmektedirler. Ancak bu durum, tarafların kararlaştıracakları maddenin mutlak surette geçerli olacağı anlamına gelmemekte; madde, kanunun emredici hükümleri ile kamu düzenine aykırı olduğu takdirde ilgili hüküm yine geçerli olmayacaktır.

COVID-19 Şu Aşamada Mücbir Sebep Teşkil Edebilir mi?

Geldiğimiz noktada, haftalarca süren karantinalar uygulanmakta, kimi şehirlere giriş çıkışlar yasaklanmakta hatta kimi ülkelere kara ve hava sahası ulaşımı durdurulmaktadır. Hükümetlerin getirdiği

kısıtlamaların, bir sözleşmenin yürütülmesi için gerçekten öngörülemez ve aşılmaz bir engel oluşturup oluşturmadığını ve dolayısıyla mücbir sebep olarak sayılıp sayılmadığının irdelenmesi gerekecektir.

Diğer yandan, virüsün yayılmasını önlemek maksadıyla alınan önlemler sadece hükümet tarafından alınan önlemlerle sınırlı kalmamakta, özel kuruluşlarca da önlem ve kısıtlamalara gidilmektedir. Üretim fabrikaları ve satış mağazalarının geçici süreyle kapatılması, kargo gönderilecek veya kargo teslim alınacak bazı ülkelerin yasaklanması sonucunda mal ve hizmet satım sözleşmelerinde ifa kısmen ve/veya gecikmeli olarak gerçekleştirilecek ya da hiç gerçekleştirilebilecektir.

Hiç şüphe yok ki, doğurduğu etkiler bakımından COVID-19, ifayı imkansızlaştıracak potansiyel bir engel barındırmakta ve maalesef ki – henüz, olağan koşullar altında – taraflarca önlenmesi mümkün değildir. Peki taraflardan biri, koronavirüsü ileri sürerek sözleşmeyi tazminatsız fesih hakkına sahip olacak mıdır?

En azından şimdilik, koronavirüsün tek başına taraflara otomatik olarak tazminatsız fesih hakkı sağlayan bir durum teşkil etmediğini belirtelim. Zira aksinin kabulü, hiç şüphesiz unsurları değerlendirilmeksizin bir olayın tek başına mücbir sebebin tüm sonuçlarını doğurması gibi hukuk dışı bir sonuç doğuracaktır.

Bu bakımdan somut olayın objektif koşullarının değerlendirilmesi gerekecektir.

Çin Uluslararası Ticaretin Teşviki Konseyi, koronavirüsü, Çin sözleşme tarafları için mücbir sebep olarak ilan etti ve 2020 Şubat ayı itibarıyla Çinli şirketlere mücbir sebep sertifikaları vermeye başladı. Bu mücbir sebep sertifikalarının PRC ("People's Republic of China") yasası uyarınca kabul edilen mücbir sebep ilkeleri bağlamında etkinliği belirsiz ve henüz denenmedi. Bu sertifikalar, bir tarafın PRC kapsamındaki bir anlaşmazlığa karşı COVID-19 salgınının mücbir sebep olduğunu iddia etmesine yardımcı olabilir, ancak bu sertifikayla birlikte yine de tarafların PRC yasası uyarınca mücbir sebebin unsurlarının ve gerçekleşme şartlarının meydana geldiğini göstermesi

gerekecektir. Bu tür sertifikaların, PRC dışındaki mahkemeler ve tahkim mahkemelerinde aynı geçerlilik gücüne sahip olmaması muhtemeldir. En azından şu anki durumda, PRC dışındaki mahkemeler ve hakemler nezdinde bu sertifikaların ancak bir “olay” teşkil edeceği, bunun dışında CISG’deki mücbir sebep tanımında belirttiğimiz diğer üç unsurun da meydana gelip gelmediğinin mevcut kanıtlar ve uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilerek bir kaanate varılacağı tahmin ediliyor.

Peki bu durumda neler yapılabilir?

Gelinen noktada, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması gerekliliği doğmuştur. Virüsün aynı hızda ticari sözleşmelere de bulaştığı iddia edilerek etkilenmemiş olan şirketlerce de sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi hukuka aykırı bir sonuç doğuracaktır. Bunun yerine, uyarlanabilir ve esnek çözüm yöntemleri üretilmelidir.

Geleceğe yönelik olarak alınabilecek bir önlem, sözleşmelere konulan mücbir sebep maddelerinin tanımlama bazlı olarak kaleme alınması ve mümkün mertebe - hukuka aykırı olmayacak ölçüde- koruyucu şekilde düzenlenmesidir. Bir an için INCOTERMS kurallarının yeterli olacağı düşünülebilse bile, bunlar yalnızca teslimat sevk ve şartları, fiyat değişkenlerini belirlemek bakımından ihtiyacı karşılayacak, ancak tarafların, hastalığın ilerlediği boyutta karşılaşılabileceği diğer risklerin önlenmesi ya da en azından minimize edilmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Mücbir sebep maddesinin, farklı hukuk sistemlerinde farklı yorumlanmaya ve farklı sonuçlar doğurmaya kapalı olduğundan emin olunması gerekir. Zira yalnızca sözleşmeyi devam ettirmek isteyen değil, sona erdirmek zorunda kalan taraf durumuna da düşülebilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan maddenin, ileride güç duruma düşürebilecek bir zarar tazmin yükümlülüğü barındırmadığından emin olunması sağlıklı olacaktır.

Sözleşmenin COVID-19 veya benzer bir gelecekteki etkinliği kapsayacak şekilde bir mücbir sebep maddesi bulunduğundan emin olunmalıdır. Maddenin geniş ve ucu açık bir tanımlama şeklinde mi yoksa sınırlı sayıda ve kapalı mücbir sebep olayları listesi mi olduğunun tespit edilmesi, buna göre gerekli düzenlemelerin yapılması gerekir. (Örneğin, “Epidemic” ve “Pandemic” ayrımı; “Epidemic” küçük ve bölgesel boyutta bir salgın hastalık anla-

mına gelirken “Pandemic” küresel boyutta salgınları ifade etmektedir.)

Uygulanacak hukuka göre sözleşmedeki mücbir sebep maddesinin nasıl uygulanacağı ve mücbir sebebin bu hukuka göre unsurları ve sonuçları kontrol edilmelidir. Mücbir sebep olayını bildirmek için açık hüküm bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Bu bildirim en geç ne zaman yapılması gerektiği belirtilmelidir. Zira mücbir sebep iddia ve bildirimlerinin zamanında yapılmaması da sözleşmeyi ihlal etme tehlikesine yol açacaktır.

Mücbir sebep iddia eden tarafın, mücbir sebep olayının etkilerini hafifletmesini talep edilebilir. Böyle bir durumda tarafın sübjektif durumu göz önünde bulundurulurken “makul” hafifletme çabalarının tespit edilmesi gerekebilecektir.

Devamlılığı her iki tarafın da ticari çıkarlarına hizmet eden uzun vadeli ticari ilişkilerin dış etkenlerle sona erdirilmek zorunda kalınması sürecin sonunda fazlasıyla yıpratıcı olacaktır. Bunun yerine, hukuki zeminden ayrılmamakla birlikte daha yaratıcı çözümler üretilmesi yoluna başvurulabilir. Örneğin, sözleşmenin kriz sonuna kadar dondurulması, belirlenecek sürenin sonuna kadar sona ermediği takdirde kendiliğinden sona ermesi gibi bir hüküm de belirlenebilecektir.

Böyle bir askıya alma süresi boyunca tüm yükümlülüklerin askıya alınması gerekir gerekmediğini veya ödeme gibi belirli yükümlülüklerin herhangi bir durumda devam edip etmeyeceği değerlendirilmeli ve açıkça belirtilmelidir.

Hukuk seçimi yerine tahkim şartı seçilirse, ilgili tahkim kurumunun tahkim kurallarının “acil tahkim prosedürlerini” (“acil durum hakemleri”) sağladığından emin olunması yerinde olacaktır.

Hastalıklardan etkilenen hükümetlerin aşırı radikal ve korumacı politikalarına hazırlıklı olunmalı ve her ne kadar alışıldık olmasa da, mücbir sebep maddesinin yalnızca ticari ilişkiye ilişkin hukuki regülasyonları değil, politik ve siyasi radikal adım ve stratejileri de kapsadığından emin olunması yerinde olacaktır.

Bu “kaçınılmaz” salgın - umalım ki geçici süre ile - küresel tedarik zincirlerini şimdiden bozmuş ve denizaşırı sözleşme tarafları için büyük boyutta zorluklar doğurmuştur. Gerekli esnek ve koruyucu hukuki

altyapının düzenlenmesi ile sözleşmeler bu kaçınılmaz halin ağır ekonomik sonuçlarını nispeten hafifletebilecektir. Yine de sayısal verilere dayanılarak yapılan araştırma ve tahminler, 2020’nin ilk üç ayında yaşananların, çözülmesi yıllar alabilecek bir kaybın habercisi olduğunu gösteriyor.

Detaylı Bilgi İçin;  
Avukat  
Burcu Seven  
[b.seven@ozgunlaw.com](mailto:b.seven@ozgunlaw.com)

Kaynakça:

1. Yrd. Doç Dr. F. İtr BİNGÖL, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep
2. Ercüment Erdem, Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli BM sözleşmesinin Uygulama Alanı
3. Convention on Contracts for the International Sale of Goods
4. UNCITRAL Sekreterlik Şerhi, Art. 79
5. The Legal Consequences of COVID-19 on Your Contracts: Force Majeure in Different Jurisdictions and Industries, and Some Practical Guidance, Christopher Tung
6. Financial Times - Breaking contracts over coronavirus is harder than it sounds
7. Contract non-compliance and the coronavirus: Is this a case of force majeure?, Guus Lemmen and Lenno van Donk
8. HUDSON, A.H. Exemptions and Impossibility Under the Vienna Convention; Force Majeure and Frustration of Contract
9. Joern RIMKE, Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Special Regard to the CISG and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’ Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods
10. Coronavirus and Distress - Do Your Contracts’ Force Majeure Clauses Cover You, Harm You, Mitigate Your Distress, Exacerbate Your Distress, or Warrant a Complete Overhaul? Bryan Cave Leighton Paisner LLP

## YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN/ŞARTININ GEÇERLİLİĞİ



Tahkim, taraflar arasında doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların, ulusal mahkemeler yerine bağımsız ve tarafsız hakemlerin yargılaması ile çözümlendiği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Hakem uyuşmazlığı yargılama yoluyla çözer. Yani tahkim, özel bir yargı faaliyetidir ancak tahkim yargılaması devlet tarafından denetlenir. Hakem kararları kesin hüküm oluşturur ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilir.

Taraflar aralarında bir tahkim sözleşmesi yaparak veya yaptıkları sözleşmeye bir tahkim şartı (klozu) ekleyerek uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkimi belirleyebilirler. Uygulamada daha çok, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi yoluyla düzenlenmektedir.

Tahkim anlaşması, yalnızca tahkime elverişli konularda yapılabilir. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya ikisi tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise tahkime elverişli değildir ( HMK m. 408). Bu hususlar dışındaki konular kanunda aksine hüküm olmadıkça tahkime elverişlidir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslar düzenlenmekteyken, bu Kanun'un uygulama alanı dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri geçerlidir. Nitekim HMK m.407'de, Milletlerarası Tahkim Kanun'un tanımladığı yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

MTK'nın m.4/f. 1'de "... uyuşmazlıkların ... tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır." Şeklinde ifade edilen hükmü, HMK m.412/f.1 hükmünde ise "... uyuşmazlıkların ... çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır." ifadesi ile yer almıştır. Her iki hükümden de anlaşılacağı üzere, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime, başka bir ifadeyle hakem yahut hakem heyetine götürmek istedikleri hususundaki iradelerini ortaya koymaları gerekecektir. Dolayısıyla tarafların tahkim iradesi, karşılıklı olarak açık ve kesin bir şekilde ifade edilmelidir.

### a.)Tahkim İradesinin Karşılıklı Olması

Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, tarafların tahkim iradelerinin mevcut bulunması gerekir. Ortak tahkim iradesi, tahkim anlaşmasının esaslı unsurudur. Her iki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmeler de olduğu gibi, tahkim sözleşmesinin de geçerliliği karşılıklı ve ortak irade beyanının bulunmasına bağlıdır. Bu husus genel bir hukuk kaidesi olup, tahkime özgü olarak aranan bir şart değildir.

Dolayısıyla yazımızın devamında, tahkim iradesinin açık ve kesinliği ayrıntılı olarak irdelenecektir.

### b.) Tahkim İradesinin Açık ve Kesin Olması

Tahkim anlaşmasında uyuşmazlık açıkça belirlenmelidir. Taraflar hangi uyuşmazlık hakkında tahkime gideceklerini önceden belirlemiş olmalıdırlar. Uyuşmazlığın konusu belli değilse, bu tür tahkim anlaşmaları geçerli değildir. Ancak taraflar arasında akdedilen sözleşmeye eklenecek; "İşbu sözleşme ile ilgili olarak doğacak tüm uyuşmazlıklar tahkim ile çözümlenecektir" şeklindeki bir ibare ile uyuşmazlıkların

konusu sözleşme ile kısıtlanarak, belirli bir hale getirilmiş olacaktır.

Tahkim sözleşmesinde veya şartında, tarafların tahkim iradesi kesin olmalı ve hiçbir tereddüde yer bırakmamalıdır. Devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıran bu sözleşmelere karşı Yargıtay bakış açısı çok nettir. Yargıtay, tahkimin istisnai bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu belirterek, taraflar arasındaki tahkim iradesinin mutlak olmasını aramaktadır.

"...Davanın hakemde görülmesi istisnai bir dava yoludur. Bu nedenle tahkim şartının kesin olması gerekir. Tarafların kabul ettiği ve yukarıda anılan hakem şartı kesin nitelikte değildir." (Yargıtay 15 HD. 1992/3004 E. , 1992/3710 K. , 08.07.1992 )

Yargıtay 12 Nisan 2006 tarihli başka bir kararında ise " Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır.

Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir."

Yine Yargıtay kararları ile paralel bir şekilde Yargıtay Onursal Daire Başkanı İzzet Karadaş'ın;

“... uyuşmazlıkların çözümünde kural, yargılamanın devlet mahkemelerinde yapılmasıdır. Tahkim ise ihtiyaridir. Tarafların bu konuda açık iradeleri yoksa uyuşmazlığın hakemde görülmesi mümkün olmaz.”

şeklindeki görüşü, Yargıtay tarafından tahkimin istisnai bir yol olduğunun düşünüldüğünü açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının Yargıtay nezdinde geçerli sayılabilmesi için, tahkim iradesinin mutlak ve hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde sözleşmede mevcut bulunması gerekir. Yargıtay’ın tahkim iradesinin açık ve kesin olması hususunda ölçüsü ise; tahkim sözleşmesinde/şartında, tahkim iradesinin hiçbir şüpheye yer vermeye ölçüde ortaya konması, hatta mahkeme ibaresinin hiçbir suretle yer almamasıdır.

Yani taraflar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğini kararlaştırmış olsa da, uyuşmazlığın bir şekilde tahkimde çözümlenecek olması halinde mahkemelerin yetkili olacağını belirtilmesi de, Yargıtay tarafından tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığına karar verilmesine neden olmaktadır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemenin tahkim itirazı öne sürülmesi karşısında görevsizliğe hükmettiği bir kararını bozmuştur. Karar şu şekildedir;

Yargıtay’ın tahkim iradesinin açık ve kesin olması hususunda ölçüsü ise; tahkim sözleşmesinde/şartında, tahkim iradesinin hiçbir şüpheye yer vermeye ölçüde ortaya konması, hatta mahkeme ibaresinin hiçbir suretle yer almamasıdır.

Yani taraflar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğini kararlaştırmış olsa da, uyuşmazlığın bir şekilde tahkimde çözümlenecek olması halinde mahkemelerin yetkili olacağını belirtilmesi de, Yargıtay tarafından tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığına karar verilmesine neden olmaktadır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemenin tahkim itirazı öne sürülmesi karşısında görevsizliğe hükmettiği bir kararını bozmuştur. Karar şu şekildedir;

“Eğer anlaşmazlık 10 gün içerisinde çözülmezse F. firmasının tayin edeceği iki inşaat mühendisi ve bir hukukçudan ibaret bir hakem heyeti tarafından hazırlanacak raporla sorunun çözümüne gidilir. Eğer



anlaşmazlık çözülmezse taraflar Ankara Mahkeme ve İcra dairelerine başvurarak haklarını arayabilirler.” düzenlemesine yer verilmiştir. Sözleşmenin bu hükmü açık ve kesin bir tahkim iradesini içermediğinden taraflar arasında geçerli tahkim şartı bulunduğu kabul edilemez ve uyuşmazlık tahkim yoluyla çözümlenemez. Uyuşmazlığın çözüm yeri mahkemedir.

O halde mahkemece yapılacak iş; sözleşmedeki tahkim şartı geçersiz olduğundan tahkim ilk itirazını reddederek sıradaki itiraz olan mahkemenin yetkisine yönelik itirazı inceleyip karara bağlamak, yetki itirazının reddi halinde ise işin esasına girerek sonucuna uygun karar vermektir. Mahkemece geçersiz tahkim şartına dayanılarak görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

Bu bozma kararı, Yargıtay’ın tahkimi alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoluyla değil de, istisnai bir yol olarak görmesinin doğal sonucudur. Ancak son yıllarda ülkemizde tahkim kurumlarının sayısının artışı ve mevcut kurumların daha aktif hale gelmesi ile, ulusal düzeydeki uyuşmazlıklarda, tarafların tahkim yolunu seçtiği uyuşmazlıkların sayısı da büyük artış göstermiştir.

Bu sebeple son dönemlerde Yargıtay’ın önüne, tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin olarak gelen uyuşmazlık sayısında da yaşanan artış, Yargıtay’ın tarafların tahkim iradelerini ayakta tutma yolunda daha fazla çaba göstermesine neden olmaya başlamıştır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, geçmiş tarihli Yargıtay kararlarında, tahkim sözleşmelerinde mahkeme ibaresinin yer almasının dahi, tahkim iradesini sakatladığına karar verilirken, son dönemde bu görüşün yavaşça terk edilmeye başlandığına dair kararlar da verilmektedir.

Örneğin; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 12.12.2019 tarihli bir kararında, istinaf mahkemesinin tahkim anlaşmasını Yargıtay’ın önceki kararlarına dayanarak geçersiz saymasını doğru bulmamıştır.

“Olayda öncelikle çözümlenmesi gereken konu sözleşmedeki tahkim şartının geçerli bulunup bulunmadığı konusudur. Gerçekten de Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçeli kararında belirtildiği gibi tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir.

Uyuşmazlıkların öncelikli olarak hakemlerce, olmazsa mahkemelerce çözüme bağlanacağı kararlaştırılan tahkim sözleşmeleri veya şartları açık ve kesin tahkim iradesini içermediğinden geçerli sayılamaz. Somut olayda 20.08.2007 tarihli asıl sözleşmede 12.maddede; “..... uyuşmazlıkların halinde iş bu sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar

... Ticaret Odasının tahkim kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözüme bağlanmayı taraflar kabul ederler” hükmü kabul edilmiş, 14.10.2010 tarihli düzenleme şeklinde ek sözleşmede ise XIV. Maddesin de tahkime ilişkin hüküm “ ..... çözümlenemeyen uyuşmazlıkların halinde ... Ticaret Odası Tahkim kuralları çerçevesinde... Ticaret Odasının Tahkim Kurullarının görevli ve yetkili oldukları, ... tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamadığı halde, ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğunu, taraflar gayri kabili rücu kabul, beyan ve taahhüt ederler” şeklinde düzenlenmiştir.

Görülebileceği gibi ek sözleşmedeki düzenleme de tahkim iradesinden açıkça vazgeçilmemiş, istisnai olarak İTO tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamaması halinde ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Bu nedenle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli olduğunun kabulü gerekeceğinden mahkemece davacının bu sebebe dayalı iptâl talebinin reddi ile diğer sebeplere dayanan iptâl taleplerine ilişkin iddialarının incelenmesi gerekirken davanın kabulü ile hakem kararının iptaline karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir.”



Ancak Yargıtay bu benzeri kararları ile gelmeye başladığı nokta ile doktrindeki birçok görüş arasında hala büyük fark bulunmaktadır.

Doktrindeki çeşitli görüşlerde, tarafların tahkim ve mahkemelere yönelik iradelerini alternatifli bir şekilde yansıttıkları sözleşmelerin dahi tahkim iradesini sakatlamayacağı belirtilmektedir. Bu görüşler uyarınca, örneğin;

Tarafların, uyuşmazlığın tahkim ile çözümlenmesini istemediği durumda, İstanbul Mahkemeleri'ne de başvuru yapılabileceğine ilişkin alternatifli tahkim anlaşması sözleşmedeki tahkim iradesini sakatlamaz. Alangoya'ya göre tahkim ile resmi yargının birlikte ya da ayrı ayrı yetkilendirildiği tahkim anlaşmaları geçerlidir. Seçimlik haklardan biri kullanıldığı takdirde uyuşmazlık çözüm yoluna ilişkin belirsizlik ortadan kalkacaktır.

Ancak Yargıtay'ın ise konuya bakış açısının henüz bu denli açık olduğunu söylememiz ise mümkün değildir.

Yazımızın son kısmında ise, gittikçe daha çok tercih edilmeye başlanan kurumsal tahkim merkezlerinin, tahkim sözleşmesi/şartında belirlenmesi hususuna da değinmek gerekmektedir.

Kurumsal tahkim, yüksek güvenirliliğe erişmiş kurumlar bünyesinde gerçekleştirildiği için, uyuşmazlığın çözümü sürecinde tarafların yargılamaya olan bağlılığını artırarak, taraflar nezdinde verilecek kararların tarafsızlığı hususunda soru işaretlerini giderilecektir. Ayrıca bu kurumların, yargılama sürecine ilişkin somut kuralları, profesyonel hakem kadroları da tarafların kurumsal tahkimi tercihindeki faktörlerdendir.

Ancak kurumsal tahkim merkezlerinin aldıkları ücretlerle, tahkim yolunun en önemli avantajlarından biri olan yargılama masraflarının düşük olması etmenini ortadan kaldırdıkları da söylenebilecektir. Her ne kadar kurumsal tahkim yolunda yargılama giderlerinin ad hoc tahkime oranla yüksek olduğu ortada olsa da, yargılamaya duyulacak güven ve mahkemelere oranla çok daha hızlı bir yargılama süreci yaşanması nedeniyle tercih edilmektedir.

Türkiye'deki kurumsal tahkim merkezlerine İTOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi) tahkimi, İSTAC (İstanbul Tahkim Merkezi) tahkimi, TOBB (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) tahkimi ve Sigorta Tahkim Komisyonu tahkimi örnek olarak verilebilir.

Her ne kadar son dönemde bu tutum yumuşamaya başlamışsa da; Yargıtay'ın Tarafların tahkim iradelerinin açık ve kesin olması kapsamındaki katı tutumu dikkate alındığında, kurumsal tahkim yolunun seçileceği hallerde tarafların hangi tahkim kurumunu seçtiklerinin açıkça belirtilmesi çok önemlidir.

Aksi takdirde tahkim kurumlarının kendi kuralları gereğince görevli olup olmadıklarının kararını verecek olmaları, ciddi usuli problemler doğurarak yargılamanın uzamasına, hatta Yargıtay'ın tarafların tahkim iradesinin yokluğuna karar verilmesine dahi neden olabilecektir. Zira doktrinde, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlık hakkında karar verecek hakem veya hakem heyeti (hakem mahkemesi) açıkça belli veya belirlenebilir değilse, tahkim sözleşmesi geçerli olmayacağını belirten görüşler de mevcuttur.

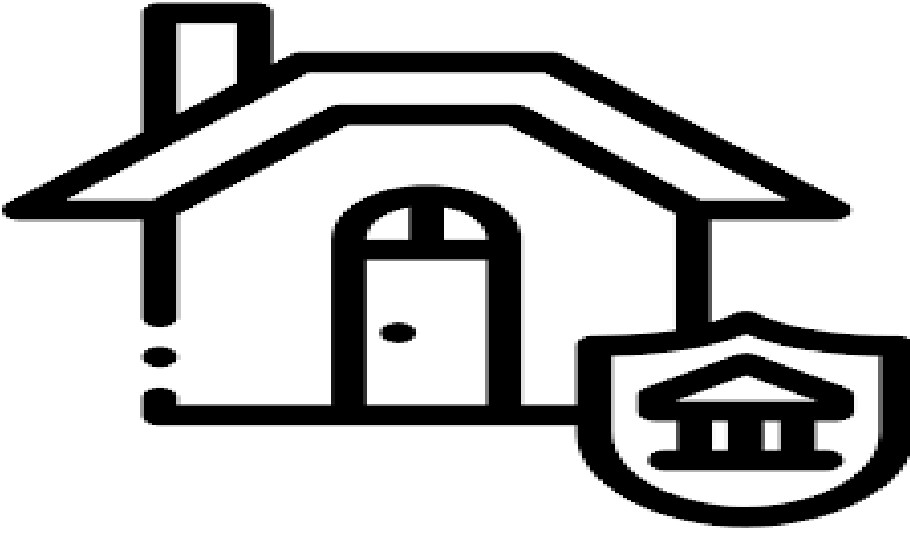
Detaylı Bilgi İçin;  
Stajyer Avukat  
Serdar Darama  
[s.darama@ozgunlaw.com](mailto:s.darama@ozgunlaw.com)

Kaynakça:

1. Pekcanitez, Medeni Usul Hukuk, Cilt III.
2. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku
3. Aydemir, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi
4. Karadaş, İzzet, 6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim
5. Nesli Şen Özçelik, Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt. 36
6. Yargıtay 15. HD 2019/2824 E. , 2019/5139 K. 12.12.2019 T.
7. Yargıtay 15 HD. 1992/3004 E. , 1992/3710 K. , 08.07.1992 T
8. Yargıtay 15. HD. 2013/1574 E., 2013/2445 ve 09.04.2013 T.
9. GOTTWALD, s.285, kn.12; SCHWAB/WALTER, s.19, kn. 1a.) Fatih Aydemir, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, s.161, p.1

**UYUŞMAZLIĞIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜLECEĞİNİ KARARLAŞTIRMIS OLSA DA, UYUŞMAZLIĞIN BİR ŞEKİLDE TAHKİMDE ÇÖZÜMLENEMEYECEK OLMASI HALİNDE MAHKEMELERİN YETKİLİ OLACAĞININ BELİRTİLMESİ DE, YARGITAY TARAFINDAN TAHKİM İRADESİNİN AÇIK VE KESİN OLMADIĞINA KARAR VERİLMESİNE NEDEN OLMAKTADIR.**

## DÜZENLEME ORTAKLIK PAYI



### A. Hukuki Niteliği ve Kullanım Amacı

Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin (ç) bendinde, Düzenleme Ortaklık Payı, "Düzenleme alanındaki ve bölgedeki yaşayanların kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet ve kamu hizmet alanlarını elde etmek ve/veya düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında; düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsaların, düzenlemeden önceki yüzölçümlerinden, imar planındaki kullanım kararlarına göre yüzde kırk beşe (% 45) kadar düşülebilen miktardır." olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikteki tanımdan da anlaşılacağı üzere, Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi, imar planındaki kullanım kararı esas alınarak arazi ve arsaların %45'ine kadar olan kısmını düzenlemeye tabi tutabilir.

Kamu gücünün kullanılmasıyla şekillenen %45'e varan Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi yapılırken taşınmaz maliklerinin, hissedarlarının veya hak sahiplerinin istek ve rızaları olup olmadığına bakılmaz.

Düzenleme Ortaklık Payının temel amacı, düzenleme alanındaki taşınmazların, imar mevzuatı ve imar planı hükümlerine uygun yapılanma imkanı sağlanması neticesinde, değer artışlarının olmasıdır.

Bu değer artışı karşılığında, taşınmazların belli orandaki bir bölümü kamusal hizmetlere tahsisi için Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi kapsamında alınır.

Bu sayede, Düzenlemeye giren arsa ve arazilerden Düzenleme Ortaklık Payı alan, kamu hizmeti alanı ayırmakla yükümlü olan idare, Düzenleme Ortaklık Payı imar uygulaması aracılığıyla, bu yükümlülüğünü maliyeti çok düşük bir şekilde yerine getirir.

### B. Düzenleme Ortaklık Payının Kullanılacağı Umumi Hizmet Alanları

Düzenleme Ortaklık Paylarının, idare tarafından, düzenlemeye uğrayan taşınmazlardan alınması akabinde kullanılabileceği kamu hizmeti alanları ise örnek yolu ile 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında belirtilmiştir.

Bu hükme göre, Düzenleme Ortaklık Payları, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, resmî kurum alanı, mezarlık alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları gibi umumi hizmet alanlarının ayrılmasında kullanılacak ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamayacaktır.

3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında sayılan alanlar, örnek yolu ile sayıldığından, hükümde bulunmayan, ancak genel anlamda o bölge halkı için faydalı olduğu düşünülen, düzenleme alanının içinde bulunduğu bölgenin ortak ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla, başka umumi hizmet tesisleri için de Düzenleme Ortaklık Payı olarak alınan miktarın kullanılabilmesi mümkündür.

### C. Hukuka Uygunluk Şartları

İdarenin Düzenli Ortaklık Payı kesintisi alabilmesi için mevzuatta belirlenen şartların sağlanması ve idari işlem olan Düzenli Ortaklık Payı işleminin, idari işlemlere ilişkin konu, amaç sebep, yetki şekil ve usul unsurlarının hukuka uygun olması gerekmektedir.

Öncelikli olarak, Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi alınacak taşınmaza ilişkin olarak onaylanmış bir imar planının mevcut olması ve İmar Kanununun 18'inci maddesi uygulaması gereğince arazi ve arsa düzenlenmesinin karşılığı olarak yapılması gerekmektedir.

Düzenleme Ortaklık Payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırk beşini geçemez.

Şayet Düzenleme Ortaklık Payı Oranı, % 45'in üstüne çıktığı takdirde, yani düzenleme sahasında umumi hizmetlere ayrılan miktarların düzenlemeye giren alan toplamının %45'inden daha fazla olması halinde, azami sınır olan % 45'e indirilmelidir.

Düzenleme Ortaklık Payı kesintisine uğrayan alanlar, mevzuatta örnek yoluyla sayılan ve bölgenin ortak ihtiyacı doğrultusunda ayrılması gereken umumi hizmet alanlarına ayrılır ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz.

Düzenleme Ortaklık Payı olarak alınan alanların kamunun özel malı haline getirilmesi ve kamusal faaliyetleri içerisinde yer almakla birlikte, imar planlama ve parselasyonla doğrudan ilgisi bulunmayan idari faaliyetlerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak da kullanılması yasaktır.

Bunun yanı sıra, Düzenleme Ortaklık Payı olarak alınan taşınmazların Kanunda yer alan kullanım amacı doğrultusunda kullanılması gereğinin ortadan kalkması üzerine düzenleme karşılığı kamuya terk eden eski maliklerine bedeli karşılığı da verilmesi mümkündür.

Düzenleme Ortaklık Payı alan idare, bu payı alırken, düzenleme alanının içinde bulunduğu bölgenin ortak ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla almalıdır. Burada “düzenleme alanının içinde bulunduğu bölgenin ortak ihtiyaçları” kavramı önemlidir. Şayet ülke düzeyinde ya da düzenleme alanının bulunduğu bölgeden daha büyük bir bölgeye hitap eden umumi hizmet alanı, düzenleme alanının bulunduğu bölgenin ortak ihtiyacına hitap etmediğinden Düzenleme Ortaklık Payı alınmamalıdır.

“Dava konusu olayda da planlarda gösterilen spor alanının semt spor alanı olması halinde düzenleme ortaklık payından karşılanması, bölgesel bir spor alanı ve tüm kente hizmet verecek bir kamu tesis alanı olması halinde ise kamu ortaklık payı ile oluşturulması gerektiği sonucuna ulaşıldığından, spor alanının niteliği araştırılarak irdelenmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.”(Danıştay Kararı - 6. D., E. 2002/6584 K. 2004/2274 T. 14.4.2004)

3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, her parselden yalnız bir defa Düzenleme Ortaklık Payı alınması esastır. İstisna olarak yine aynı fıkra uyarınca, toplamda yine %45’lik azami sınırı aşmamak ve imar planı kararı ile yapılacak koşullarda ve nüfusta artış olması hâlinde, artış olan parsellerden, uygulama sonucunda oluşan değerinin önceki değerinden az olmaması kaydıyla, tamamlama kesintisi yapılabilir.

İdare tarafından Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi alınabilmesi için, düzenlemeye tabi tutulması nedeniyle değer artışı meydana gelmelidir. Aksi takdirde yapılacak kesinti idarenin mal edinme usulü haline gelecek ve bu müdahale mülkiyet hakkını ihlal edecektir.

Düzenleme Ortaklık Payı olarak kesilen alanlar, düzenlemeye giren taşınmazların maliklerinin yararlanabileceği umumi hizmetlerin gerektirdiği tesisler için kullanılmaktadır. Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi gereğince, düzenlemeye tabi tüm parsellerden yüzölçümleri oranında eşit ve dengeli olarak alınmalıdır.

Ancak, farklı düzenleme alanlarının her birinden farklı oranlarda Düzenleme Ortaklık Payı alınması mümkündür ve bu husus Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Düzenleme Ortaklık Payını alacak idare, düzenleme alanında düzenlemeyi yapan idaredir. Belediye ve mücavir alanlar dahilinde, belediyeler düzenleme işlemini yapıp Düzenleme Ortaklık Payını alırlar. Belediye ve mücavir alan dışında ise düzenleme işlemini yapıp Düzenleme Ortaklık Payını valilikler alabilirler.

İdare, Düzenli Ortaklık Payı kesintisi yaparken mevzuatta belirlenen şartlara uymadığı takdirde veya idari işlem olan, Düzenleme Ortaklık Payının yetki, amaç, konu, sebep veya şekil unsurlarından birinin eksik olması halinde, hukuka aykırı hale gelen Düzenleme Ortaklık Payı kesintisi işlemi hakkında, idare mahkemesinde iptal davası açılması neticesinde Düzenli Ortaklık Payı kesintisi işlemi iptal edilmelidir.

Stajyer Avukat  
Sezer Emre

[s.emre@ozgunlaw.com](mailto:s.emre@ozgunlaw.com)

Kaynakça:

1. İmar Hukuku, Prof. Dr. Nusret İlker Çolak, XII Levha Yayınları, Ekim 2010
2. Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, Doç. Dr. Tahir Muratoğlu, Seçkin Yayınları, 2019
3. İmar Hukukunda Planlama Süreci ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri, Ömer Köroğlu, Onikilevha Yayınları, 2016
4. Düzenleme Ortaklık Payı- Kamu Ortaklık Payı İlişkisi, Dr. Öğr. Üyesi Aynur Hasoğlu, Terazi Hukuk Dergisi, 2019
5. İmar Hukuku Cilt-1, Prof. Dr. Halil Kalabalık, Seçkin Yayınları, Eylül 2012
6. 3194 sayılı İmar Kanunu
7. 31047 sayılı Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik

**DÜZENLEME ORTAKLIK  
PAYI ALIRKEN, DÜZEN-  
LEME ALANININ İÇİNDE  
BULUNDUĞU BÖLGENİN  
ORTAK İHTİYAÇLARININ  
KARŞILANMASI AMACIY-  
LA ALMALIDIR.**



Avukat Dr. Özgün Öztunç tarafından 2001 yılında kurulan ve 2015 yılında Legal500 listesinde yer alan Özgün Hukuk Bürosu'nun, 10 avukat, 3 stajyer avukat, 1 yeminli mütercim tercüman, 1 muhasebe, 1 yönetici asistanı ve 5 destek personel olmak üzere yirminin üzerinde personeli bulunmaktadır.

Alanında uzman avukatlardan oluşan ekibi ile faaliyet gösteren Özgün Hukuk Bürosu, ulusal ve çok uluslu şirketlere hizmet vermektedir. Bu kapsamda, müvekkillerin ihtiyaçlarına olabilecek en kısa zamanda cevap verebilecek organizasyon yapısı kurulmuş olup, temel prensip müvekkillerin kıdemli avukat kadrosuyla her zaman iletişim kurulabilmesi ve her konuda bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır.

Bankacılık ve finans, eğitim, sağlık, otomotiv, kimya ve savunma, teknoloji, enerji, maden, inşaat ve gayrimenkul sektörleri başta olmak üzere değişik iş ve ticaret sektörlerinde faaliyet gösteren kurumsal müvekkillere ve sivil toplum kuruluşlarına hizmet veren Özgün Hukuk, tüm müvekkilleri ile bir iş ortağı titizliği ile çalışmayı prensip edinmiştir.

Özgün Hukuk Bürosu, Türkiye'nin önde gelen finans kurum ve kuruluşlarına, şirketlere ve şahıslara Türkiye'de ve yurtdışında alacak tahsilatı konusunda hukuki hizmet sağlamaktadır. Bu kapsamda yurtdışına kaçırılan malvarlıklarının mal varlığı araştırması yapılarak tespit edilmesi ve alacağın bu yolla tahsil edilmesi hususunda hukuki hizmet verilmektedir.

Özgün Hukuk Bürosu alacak tahsilatı konusunda dünya çapında bir organizasyon olan "European Collectors Association (ECA)" üyesi olup, gerek Türkiye'de gerekse yurtdışında alacak tahsilatı konusunda müvekkillerine hukuki hizmet sunmaktadır. Ayrıca, İngiltere, Belçika, Fransa, İspanya ve İtalya'dan avukatlar tarafından Kasım, 1988'de kurulan ve Avrupa'nın ilk birleşik uluslararası hukuk uygulaması olan PLG International Lawyers'ın tek Türk üye hukuk bürosudur.

*Sülün Sok. No:8 34330 1.Levent Beşiktaş / TURKEY  
Phone : +90 212 356 3210(pbx) / +90 212 325 2307(pbx)  
Fax : +90 212 356 3213  
E-mail : [info@ozgunlaw.com](mailto:info@ozgunlaw.com)  
İnternet sitesi: [www.ozgunlaw.com](http://www.ozgunlaw.com)*

***Bizi Takip Edin!***

