

SAHİBİ

(Yaşar Üniversitesi Rektörlüğü adına)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

**YAYIN KURULU BAŞKANI
(EDİTÖR)**

Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK

İNGİLİZCE EDİTÖR

Öğr. Gör. David BRODY

EDİTÖR YARDIMCILARI

Araş. Gör. Merve KANDIRALI

KARADAYI

Araş. Gör. Zeynep Aslı ÖZKAN

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN

ÖZKAN

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

Prof. Dr. İsmail KIRCA

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Prof. Dr. Yıldırım ULUER

Prof. Dr. Veliye YANLI

YAŞAR HUKUK DERGİSİ

CİLT 2 SAYI 2 ÖZEL SAYI 2020

SEMPOZYUM TEBLİĞ ÖZETLERİ ÖZEL SAYISI

İÇİNDEKİLER

TEBLİĞ ÖZETLERİ*

I. OTURUM (TİCARET HUKUKU)

BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN TACİRLERİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ.....6

Dr. Öğr. Üyesi Yaşar Can GÖKSOY

KOVID 19 (KORONAVİRÜS) NEDENİYLE İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN YENİ KOŞULLARA UYARLANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat KAYIŞ.....20

HAVA YOLUYLA YAPILAN ULUSLARARASI TAŞIMALARDA SAĞLIKLI BİR YOLCUYA KORONAVİRÜS (COVID- 19) BULAŞMASI HALİNDE TAŞIYICININ SORUMLULUĞU.....28

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN

* Tebliğ özetleri sempozyumdaki sıraya göre düzenlenmiştir.

TÜRK E- TİCARET VE LOJİSTİK SEKTÖRLERİNDE PANDEMİ SÜRECİNİN
ETKİLERİ ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME.....39

Dr. Nazım AKSOY

II. OTURUM (TİCARET HUKUKU)

COVID-19 SALGINININ ŞİRKETLER HUKUKUNDA YARATTIĞI SORUNLAR
VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....46

Dr. Öğr. Üyesi Murat GÜREL

COVID-19 SALGINI KARŞISINDA RİSKİN ERKEN SAPTANMASI
KOMİTESİNİN GÖREV VE SORUMLULUKLARININ YENİDEN
DEĞERLENDİRİLMESİ.....55

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR

RİZİKONUN GENELLİĞİ/ÖZELLİĞİ PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'UN
SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ65

Araş. Gör. Aktan ÖZKAN

COVID-19 SALGINI NEDENİYLE SİGORTA PRİMLERİNİN İNDİRİLMESİ VE
İADESİ SORUNU.....74

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YILDIRIM

III. OTURUM (CEZA HUKUKU)

COVID-19'LA BAĞLANTILI CEZA HUKUKU VE İNFAZ
HUKUKU SORUNLARI81

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

PANDEMİNİN CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN YARATTIĞI SORUNLAR VE
DİJİTALİZASYON88

Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK

COVID-19 PANDEMİSİNİN ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNA
OLASI ETKİLERİ94

Araş. Gör. Cansu KOÇ BAŞAR

I. OTURUM (TİCARET HUKUKU)

BASİRETİLİ İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (TTK M. 18) BAĞLAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN TACİRLERİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Yaşar Can GÖKSOY**

I. GİRİŞ VE KONUNUN TANITILMASI

COVID-19 pandemisi küresel ekonomi ve ticaret alanında daha önce eşi benzeri görülmemiş büyüklükte bir krize yol açmıştır. Dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemiz ticaret hayatında da pandeminin olumsuz etkileri yoğun bir şekilde kendisini hissettirmiş ve hissettirmeye devam etmektedir. Bu çerçevede, pandemi sebebiyle ticari işletmelerin iş hacminde meydana gelen azalmanın sebep olduğu gelir kaybının sonucu olarak, tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında pandemiden önce akdettikleri sözleşmeler uyarınca üstlendikleri edimleri mevcut haliyle ifa etmeleri son derece zorlaşmıştır.

Dolayısıyla, pandeminin tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında akdettikleri sözleşmelerden doğan yükümlülükler üzerinde hukuki açıdan bir etkisi olup olmadığının irdelenmesi ve eğer varsa bunun hukuki dayanaklarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu çalışmanın temel amacı, COVID-19 pandemisinin tacirlerin ticari faaliyetleri kapsamında akdettikleri sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin hukuki sonuçlarından tamamen ya da kısmen kurtulmalarını haklı kılan ya da onlara bu yükümlülüklerinin içerik ve şartlarında değişiklik yapılmasını talep hakkı tanıyan bir durum olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun, TTK m. 18/2 hükmünde yer alan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bağlamında tartışılmasıdır.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, dildencan@hotmail.com,
ORCID ID: 0000-0002-7408-0889.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirler açısından borçların ifasında objektif ve ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Bu haliyle, basiretli iş adamı ölçütü bir “kusur ölçütü” niteliğini taşır ve tacirin ticari faaliyetlerinde ihmal şeklinde ortaya çıkan kusurunun tespitinde dikkate alınır¹. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün tacirler için getirdiği objektif ve ağırlaştırılmış özen ölçütünün gereği olarak, tacir olmayan kişiler açısından kusur sayılmayacak davranışların tacirler açısından kusur olarak değerlendirilmesi mümkündür². Bu çerçevede, mücbir sebep ve beklenmeyen hal sayılan hallerin de tacirler açısından daha dar bir kapsamda belirlenmesi gerekir.

Bu bağlamda, COVID-19 pandemisinin geçici ifa imkansızlığından³ kaynaklanan borçlu temerrüdü (TBK m. 117) ve borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m. 112) durumlarında, borçlu tacirler açısından kusursuzluğun ispatlanması suretiyle tazminat borcundan kurtulmayı sağlayan bir mücbir sebep ya da beklenmeyen hal veya sözleşmenin mevcut şartlarda ifasını aşırı güçleştiren bir durumun ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etme ya da sözleşme dönme hakkını veren “öngörülmez” bir olay olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olamayacağı hususlarının, tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü dikkate alınarak tartışılması gerekmektedir.

¹**Gümüş, Mustafa Alper:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 1221-1240, s. 1222, 1225.

²**Tandoğan, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 419.

³Geçici ifa imkansızlığında, TBK m. 112 ya da 136 anlamında bir imkânsızlık değil, halen ifası mümkün olan bir borcun ifasında gecikme, yani temerrüt söz konusudur. Bu konuda bkz. **Özcelik, Ş. Barış:** Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, C. 63, S.3, 2014, Ss. 569-622, s. 584.

II. SÖZLEŞME SONRASI GEÇİCİ İFA İMKANSIZLIĞINDAN KAYNAKLANAN BORÇLU TEMERRÜDÜ (TBK M. 117-118), BORCUN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ (TBK M. 112) VE SÜREKLİ İFA İMKANSIZLIĞI (TBK M. 136) HALLERİNDE BORÇLU TACİRİN TEMERRÜT YA DA İFA ETMEMENİN SONUÇLARINDAN KURTULMA İMKÂN LARI KAPSAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâl line mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır⁴.

Diğer taraftan, beklenmeyen hal kavramı, sorumlu kişinin irade veya davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle kaçınılmaz surette ihlal edilmesine neden olan olayları ifade etmektedir⁵. Beklenmeyen halde kaçınılmazlık kavramı sadece borçlu yönünden olup nispi bir nitelik taşıdığı halde, mücbir sebepteki kaçınılmazlık borçlu da dâhil herkes yönünden mutlak bir niteliktedir⁶.

Pandeminin, çok sayıda insanı etkileyen güçlü ve yoğun bir salgın hastalık olması bakımından “mücbir sebep” sayılması, buna karşılık, daha dar bir insan topluluğunu etkileyen ve bu anlamda nispi bir etkiye sahip olan bulaşıcı hastalıkları ifade eden epideminin ise “beklenmeyen hal” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu çerçevede, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilen COVID-19 salgınının “mücbir sebep” sayılması gerekir.

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda, sözleşmede bir mücbir sebep şartına yer verilmiş ise, buna göre değerlendirme yapılması gerekir. Uygulamada sözleşmelere konulan mücbir sebep şartında genellikle mücbir

⁴Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 582.

⁵Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 177, Tandoğan, s. 464.

⁶Bu hususta Yargıtay HGK'nın E. 2015/10-2682 – K. 2019/986 sayılı ve 1.10.2019 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.

sebepler sayılan hallerin örnekseyici olarak sayıldığı görülmektedir. Mücbir sebep şartında sayılan örnekler arasında, “salgın hastalık”, “pandemi”, “epidemi” ya da “bulaşıcı hastalık” gibi COVID-19 pandemisini doğrudan doğruya kapsayan bir ifade yer alabileceği gibi, pandemi nedeniyle getirilen yasal ve idari kısıtlamaları kapsayacak şekilde “yetkili mercilerin kararları”, “idarenin tasarrufları”, “seyahat yasağı”, “sokağa çıkma yasağı”, “ithalat ve ihracat yasakları” ya da “karantina” gibi ifadelerle yer verilmesi de mümkündür⁷.

Diğer yandan, sözleşmede bir mücbir sebep şartının bulunmadığı yahut mücbir sebep şartında sayılan örnekler arasında COVID-19 pandemisi ya da sonuçlarını doğrudan veya dolaylı olarak kapsayan bir ifadenin bulunmadığı hallerde de COVID-19 pandemisinin mücbir sebep olarak nitelendirilmesi mümkündür. Mücbir sebep, illiyet bağımlı kesen bir sebep olduğundan, illiyet bağımlılığının yokluğunda sorumluluk doğması borçlar hukukunun temel ilkelerine göre mümkün değildir.

Yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmede bir mücbir sebep şartına yer verilmemiş olsa bile, mücbir sebebin varlığında borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bu kapsamda, COVID-19 pandemisi nedeniyle getirilen yasal ya da idari kısıtlamalar uygulamaya konulmasaydı bile, bulaşıcı virüsün tüm dünyada bıraktığı izler nedeniyle birçok ekonomik ve toplumsal faaliyetin yapılamayacağı dikkate alındığında, bizzat COVID-19 pandemisinin varlığının mücbir sebep niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. COVID-19 salgını, harici nitelikte kaçınılmaz bir olay olarak ülkemizde ve tüm dünyada ortaya çıktığı için, olağanüstü bir olay olarak nitelendirilmelidir⁸.

⁷Benzer örnekler için bkz. **Özçelik, Ş. Barış** (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes): Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, Covid-19 Salgını Hukuki Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 283-293, s. 291.

⁸İsviçre hukuku açısından bkz. **Müller, Heinrich Andreas**: Die Behandlung von Vertragsverhältnissen und von Vereinsmitgliedschaften im «Shutdown»/«Lockdown», CaS 2020, Ss. 214-227, s. 216. Salgının, insandan insana bulaştığı, geniş bir coğrafi alana yayıldığı ve bu konuda alınan önlemler ticaret hayatında kısıtlamalar getirdiği için mücbir sebep sayılacağı konusunda şüphe olmadığı yönünde bkz. **Oğuz, Arzu**: COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 166, 2020, Ss. 1275-1285, s. 1284.

Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekir ki, COVID-19 salgınının ülkemizde ve dünyada yarattığı etkilerin büyüklüğü dikkate alındığında, objektif olarak öngörülmezlik ve kaçınılmazlık nitelikleri mutlak olan bu mücbir sebep halinin, genel anlamda basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü öne sürülerek bertaraf edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, basiretli iş adamı kriterinden hareketle, COVID-19 salgınının tacirler açısından mücbir sebep sayılamayacağı yönünde genel bir değerlendirme yapılamaz⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1925 yılında verdiği bir kararda (BGE 51 II 190), davalı taşıyıcı tarafından demiryoluyla Romanya'ya taşınması taahhüt edilen, ancak sözleşmenin yapılmasından sonra Romanya'nın 1916 yılında savaşa girmesi ile birlikte taşıma sırasında kaybolan yükten dolayı davalı taşıyıcının sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmıştır. Federal Mahkemeye göre, Romanya'nın savaşa girişi beklenmeyen bir gelişme olmayıp, savaşa girme ihtimalinin çok öncesinden hesaba katılması mümkündür Ancak Federal Mahkeme buna ilaveten, söz konusu durumdan “savaş ilanının meydana getirdiği olayların da öngörülebilir olduğu” sonucunun çıkarılamayacağı ve dolayısıyla mücbir sebep savunmasının bu gerekçeyle reddedilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Çünkü savaşın çıkmasından sonra askeri operasyonların nerede ve nasıl gerçekleşeceğinin öngörülmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, savaş ilanından sonra Romanya'daki savaş alanında meydana gelen gelişmelerin öngörülebilir olmadığını kabul eden Federal Mahkeme, yükün konulduğu tren vagonunun kaybolmasının mücbir sebebe dayandığını kabul etmiş ve mücbir sebep konusunda bir hüküm içeren demiryolu taşımacılığına dair uluslararası anlaşmanın bu düzenlemesine istinaden davalı taşıyıcı aleyhine açılan tazminat davasını reddetmiştir.

Yukarıda belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi kararında mücbir sebep kavramı hakkında ortaya konulan esasların COVID-19 pandemisine uygulanması durumunda, pandemi tehlikesinin genel olarak bilinmesinin “öngörülebilir” olmak açısından yeterli olmadığını ve öngörülebilirlik açısından pandeminin etkilerini hissettirmeye başlamış olması gerektiğini kabul etmek gerekir¹⁰. Bu çerçevede, ülkemizde ilk vakanın 10 Mart tarihini 11 Mart'a bağlayan gece açıklandığı ve Dünya Sağlık Örgütü'nün de 11 Mart

⁹Aynı yönde bkz. **Sarıkaya, Sinan** (Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes): Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi, Covid-19 Salgını Hukuki Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 629-645, s. 642.

¹⁰Möller, s. 217.

2020 tarihinde COVID-19 salgınına pandemi ilan ettiği dikkate alındığında, ülkemiz açısından COVID-19 salgınının 11 Mart 2020 tarihine kadar sözleşme tarafları açısından genel anlamda öngörülebilir olmadığını kabul etmek mümkündür¹¹. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden hareketle, tacirler açısından farklı bir değerlendirme yapılması kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla, tacirler için de COVID-19 salgınının doğurduğu sonuçların 11 Mart 2020 tarihinde öngörülebilir hale geldiğini ve bu tarihten önce öngörülemez olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu tarihten sonra sözleşme yapan tacirin, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece, COVID-19 salgını ve salgın nedeniyle uygulanan yasal ya da idari kısıtlamaların riskini de üstlenmiş olduğu kabul edilmelidir¹².

Yukarıda belirtilen esaslara göre, tacir borçlunun COVID-19 salgınının kendisi açısından öngörülebilir hale geldiği tarihten önce akdettiği sözleşmelerden doğan borçlarının ifası COVID-19 salgını nedeniyle geçici olarak imkânsız hale gelmişse, TBK m. 117 uyarınca borçlu temerrüdü söz konusu olur, ancak gecikme borçlunun kusurundan kaynaklanmadığı için TBK m. 118 uyarınca tazminat yükümlülüğü doğmayacağı gibi, TBK m. 119 uyarınca borçlu beklenmeyen halden de sorumlu tutulamaz¹³. Diğer yandan, borçlu tacirin böyle bir sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinin, COVID-19 salgını ya da salgından dolayı uygulanan herhangi bir idari ya da yasal tedbirden kaynaklandığını ispatlaması durumunda, TBK m. 112 uyarınca kusursuzluk nedeniyle tazminat borcu söz konusu olmaz¹⁴.

Bu çerçevede, tacir borçlunun geçici ifa imkansızlığından kaynaklanan temerrüt hali ya da borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumu ile COVID-19 pandemisi arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispatlaması gerekir. Para borçları dışında kalan

¹¹Salgının ilk olarak ortaya çıktığı Çin’de devletin virüsün bulaşma riski konusunda dünya kamuoyunu yanıltıcı resmi açıklamalar yaptığı ileri sürüldüğü için, 2020 yılının Şubat ayında yapılan bir sözleşme açısından salgının bu denli hızlı yayılabileceğinin öngörülebilir olmadığı, buna karşılık 2020 yılı Mart ayının ortalarında salgın nedeniyle sokağa çıkma yasağı, seyahat kısıtlamaları ve ithalat-ihracat yasakları getirilebileceğinin öngörülebilir hale geldiği yönünde bkz. **Yücel, Özge**: COVID-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 166, 2020, Ss. 1189-1202, s. 1198.

¹²Mücbir sebebin öngörülebilir hale gelmesinden sonra yapılan sözleşmelerde borçlunun durumu açısından genel olarak bkz. **Özçelik**, Covid-19 Salgını, s. 285.

¹³**Özçelik**, Covid-19 Salgını, s. 286.

¹⁴Örneğin borçlunun COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinden başka bir yerde borcunu ifa etmesi durumunda, TBK m. 112 anlamında kusursuz olması nedeniyle tazminat borcu doğmayacaktır. Bkz. **Özçelik**, Covid-19 Salgını, s. 287

borçlar bakımından, COVID-19 salgını nedeniyle uygulanan idari veya yasal kısıtlamaların (sokağa çıkma yasağı, seyahat yasağı, bazı işyerlerinin kapanması gibi) ya da COVID-19 salgını nedeniyle ticari işletmenin maruz kaldığı ekonomik kayıplardan kaynaklanan üretim ya da pazarlama aksaklıklarının, söz konusu borçların zamanında ya da gereği gibi ifasına engel teşkil ettiği ispatlanmalıdır. Ticari işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde COVID-19 pandemisi nedeniyle meydana gelen küçülmenin ticari işletme üzerinde yarattığı ekonomik etkilerin m ücbir sebep olarak ileri sür ülebilmesi için, bu durumların somut sektörel ve mali verilerle ortaya konulması ve temerrüt ya da ifa etmeme halleri ile COVID-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkan bu durumlar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ispatlanmalıdır. Ayrıca, basiretli iş adamı kriterinin gereği olarak, tacirin COVID-19 salgınının ilgili sektörde yarattığı olumsuz etkilerden korunmak ya da bu etkileri hafifletmek amacıyla alabileceği tedbirler de dikkate alınmalıdır.

COVID-19 salgını ya da salgın nedeniyle alınan yasal ya da idari tedbirler nedeniyle, tacirin borcunu ifa etmemiş olmasında ya da borcun ifasında temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmesi durumunda, aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikme tazminatını ödemekten kurtulacağı gibi, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek talep edebileceği müspet zararları ya da sözleşmeden dönme durumunda talep edebileceği menfi zararları ödeme yükümlülüğü de olmayacaktır¹⁵.

Para borçlarının ifasında temerrüt durumunda, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile, borçlu temerrüdü meydana gelir ve TBK m. 120 uyarınca temerrüt faizi ödeme borcu doğar. Bu nedenle, para borcunun ifasında temerrüdün COVID-19 salgını nedeniyle meydana gelen mücbir sebepten ileri geldiği ispatlansa bile, borçlu TBK m. 120 hükmüne göre temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmayacaktır. Bunun aksinin, yani mücbir sebep durumunda temerrüt faizi ödenmeyeceğinin sözleşmede kararlaştırılması mümkündür¹⁶. Buna karşılık, TBK m. 122 uyarınca borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması durumunda temerrüt faizini aşan (aşkın) zararın istenmesi

¹⁵Yücel, s. 1195.

¹⁶Yücel, s. 1194.

mümkün olmadığından, temerrüdün COVID-19 salgınından kaynaklandığı ispatlandığı takdirde, borçlunun aşkın zararı ödeme yükümlülüğü yoktur¹⁷.

Öte yandan, TBK m. 182/2 uyarınca, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple asıl borcun ifası sonradan imkânsız hâle gelmişse, cezai şartın ödenmesinin talep edilemeyeceği belirtilmiş olup, sonradan imkansızlık hali için öngörülen bu hükmün, borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen temerrüt veya hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halleri için de geçerli olduğu kabul edilmek suretiyle, borca aykırılıkta borçlunun kusursuz olduğu hallerde cezai şart ödemekle yükümlü olmadığı görüşü doğrultusunda¹⁸, COVID-19 salgınından kaynaklanan mücbir sebep nedeniyle para borcunun ifasında temerrüde düşen borçlunun, sözleşme uyarınca gecikme durumunda ödenmesi kararlaştırılan cezai şartı da ödemekle yükümlü tutulamayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, COVID-19 salgınının ortaya çıkması nedeniyle devletin sözleşmenin ifasını engelleyecek bir yasal ya da idari tedbir alması durumunda ya da salgının yarattığı şartlardan dolayı sözleşmenin ifası imkânsız hale

¹⁷**Yücel**, s. 1194-1195.

¹⁸Cezai şart talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Cezai şart talep edilebilmesi için kusurun gerektiği görüşü için bkz. **Tunçomağ, Kenan**: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1963, s. 101 vd.; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 1616; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 348; **Kılıçoğlu, Ahmet M**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 812. Borçlunun kusuruyla ya da kusuru olmaksızın borca aykırı davranması durumunda cezai şart talep edilebileceği görüşü için bkz. **Aksoy, Hüseyin Can**: Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S. 2, 2018, Ss. 999-1018, s. 1014-1015; **Cansel, Erol/Özel, Çağlar**: Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel Sayı, 2013, Ss. 713-733, s. 726; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 1211. Bu çerçevede, borca aykırılıktan borçlunun kusuru olmasa bile sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olduğu görüşünün kabulü durumunda, borçlunun COVID-19 pandemisinden kaynaklanan mücbir sebebi ileri sürerek cezai şartı ödemekten kurtulması da mümkün olamayacaktır.

gelmişse, kusursuz sonraki sürekli imkânsızlık haline ilişkin TBK m. 136 uygulanır ve borç sona erer¹⁹. Esasen COVID-19 pandemisi geçici nitelikte olduğundan, kural olarak sürekli ifa imkansızlığı meydana getirmez. Buna karşılık, sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanının edimin içeriğine dahil olduğu ve bu zamanın geçmesinden sonra yapılacak eylemlerin artık sözleşmenin ifası olarak kabul edilemeyeceği mutlak kesin vadeli işlemlerde (belirli bir günde konser verilmesi ya da belirli bir günde belirli bir yerde olacak şekilde akdedilen yolcu taşıma sözleşmesi gibi) ya da sözleşmenin amacına ulaşmasının geçici bir engel nedeniyle şüpheli hale geldiği ve sözleşmenin herhangi bir tarafından bu engelin ortadan kalkmasına kadar sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemeyeceği hallerde (sözleşmenin kurulmasından sonra teslimi taahhüt edilen malın ülke dışına ihracını engelleyen bir adli ya da idari kararın ortaya çıkması nedeniyle malın alıcıya tesliminin şüpheli hale gelmesi gibi), sürekli imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekir²⁰.

III. COVID-19 PANDEMİSİNİN TACİRİN AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ (TBK M. 138) NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN HAL VE ŞARTLARA UYARLANMASINI İSTEME YA DA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

COVID-19 salgını nedeniyle alınan önlemler sonucunda sözleşmenin ifası tamamen engellenmiş olmamakla beraber aşırı derecede güçleşmiş ise, TBK m. 138 uyarınca borçlunun henüz ifa etmediği ya da aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak ifa ettiği edimler bakımından sözleşmenin uyarlanmasını mahkemeden talep etmesi ya da uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönmesi mümkündür²¹.

Yargıtay kararlarında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği objektif özen ölçüsünün gereği olarak, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerektiği belirtilerek, devalüasyon ilan edilmesi sonucunda Türk parasının yabancı paralar karşısında değer kaybetmesinin tacirler açısından

¹⁹Oğuz, s. 1278

²⁰Özçelik, Hukuki İmkânsızlık, s. 584-585.

²¹Özçelik, Covid-19 Salgını, s. 287.

“öngörülmez” bir durum olmadığı ve tacirin bu gerekçeyle sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceği görüşü kabul görmektedir²².

Buna karşılık, COVID-19 salgınının ülkemizde ve dünyada ne kadar büyük ölçekte etkiler meydana getirdiği ve salgının çok kısa bir süre içerisinde olağanüstü gelişmelere yol açtığı dikkate alındığında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne rağmen COVID-19 salgınının tacirler açısından “öngörülmez” bir olay olarak kabul edilmesinin gerektiği ve sadece basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü gerekçe gösterilmek suretiyle, tacirin COVID-19 salgını nedeniyle meydana gelen aşırı ifa güçlüğünden dolayı TBK m. 138 hükmü uyarınca ileri sürebileceği sözleşmenin uyarlanması talebinin önüne geçilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, Yargıtay’ın devalüasyon nedeniyle yabancı paranın değerinde meydana gelen artışların basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak tacirler açısından “öngörülmez” bir olay olarak değerlendirilemeyeceği ve bu sebeple uyarılma talebine dayanak teşkil edemeyeceğine dair kararlarında benimsenen bu anlayışın, COVID-19 salgını nedeniyle ileri sürülen uyarılma taleplerine uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle, COVID-19 salgını tacirler için de “öngörülmez” bir olay olarak kabul edilmeli ve TBK m. 138 hükmündeki şartlar mevcutsa sadece uyarılma

²² “ Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra Kasım 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.

TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır ... “(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2003/13-332 E. – 2003/340 K. sayılı ve 7.5.2003 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com).

talep eden borçunun tacir sıfatına sahip olması uyarılama talebine engel teşkil etmemelidir.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2020 tarihli ve E. 1103 – K. 1008 sayılı kararında²³, restoran olarak faaliyet gösteren kiracı tarafından kira sözleşmesinin uyarlanması talebiyle açılan davada yerel mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin karara yönelik istinaf incelemesi kapsamında, COVID-19 salgınının TBK m. 138 anlamında bir olağanüstü durum olduğu ve kira sözleşmesinin uyarlanması talebine dayanak teşkil edebileceği vurgulanmıştır. Aslında kararda kira sözleşmesinin uyarlanması davasında ihtiyati tedbir verilip verilemeyeceği tartışılmış ise de COVID-19 salgını nedeniyle TBK m. 138 uyarınca uyarılama talep edilip edilemeyeceği ve bunun şartları hakkında esasa ilişkin önemli değerlendirmelere de yer verilmiştir. Kararda, tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne dair herhangi bir açıklama yer almamakla birlikte, uyarılama talep eden kiracının restoran işletmecisi olduğu ve sözleşmeye kira bedelinin aylık 23.000 TL. olduğu hususları karardan anlaşılacakla, muhtemelen tacir sıfatını haiz bir kiracının uyarılama talebi söz konusudur.

Aynı kararda, COVID-19 pandemisi nedeniyle uyarılama taleplerinde salgının etkilerinin sektörlere ve işin yapıldığı yere göre değerlendirilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması da, kanımızca isabetlidir. Böylelikle, pandeminin etkilerinin ilgili sektöre ve coğrafi bölgeye göre değerlendirilmesi suretiyle, aşırı ifa güçlüğünün somut bir şekilde ortaya konulmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Diğer taraftan, karardan anlaşıldığı üzere, karara konu olan davada davacının COVID-19 salgını nedeniyle iş hacminde meydana gelen düşüşe dayalı olarak uyarılama talep ettiği görülmekle, bu yön itibariyle talebin yerinde bulunması da önemlidir.

COVID-19 salgını nedeniyle sözleşmenin TBK m. 138 uyarınca uyarlanması, sözleşmede yer alan cezai şartın da uyarlanması sonucunu doğurmamakla birlikte, mahkemeden asıl borçla birlikte cezai şartın uyarlanmasının talep edilmesi de mümkünür²⁴. Diğer yandan, sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizi oranının yüksek

²³ Bu karar için bkz. www.e-uyar.com.

²⁴ Sarıkaya, s. 644.

olması durumunda, borçlunun temerrüt faizinin TBK m. 138 uyarınca değişen hal ve şartlara uyarlanmasını talep etmesi de olanaklıdır²⁵.

IV. TACİRİN COVID-19 PANDEMİSİNİ MÜCBİR SEBEP OLARAK İLERİ SÜRMESİ DURUMUNDA BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ NEDENİYLE DOĞAN YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, sözleşmede açıkça öngörülen borçlar dışında bazı yan edim yükümlülüklerinin doğumuna da neden olur. Örneğin basiretli iş adamı gibi hareket etmenin gereği olarak, yerine göre sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, satılan malı alıcıya göndermekle yükümlü olan satıcının malı sigorta ettirmesinin gerektiği söylenebilir²⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin belirli şartlar altında COVID-19 pandemisinin mücbir sebep olduğunu ileri sürmek suretiyle, temerrüt ya da ifa etmemenin hukuki sonuçlarından kurtulmasına ya da aşırı ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesine engel değildir. Buna karşılık, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne bağlı olarak, COVID-19 salgınının mücbir sebep olmasına dayanma tacir açısından bazı yan edim yükümlülüklerinin doğmasına neden olabilir. Bu yan edim yükümlülükleri, mücbir sebep savunmasını ileri süren tacirin dürüstlük kuralı gereği yerine getirmesi gereken yükümlülüklerdir.

Bu hususta, 1918-1920 yılları arasında yaşanan ve dünya tarihinin en büyük pandemisi olarak kabul edilen İspanyol gribi salgını döneminde ABD mahkemeleri tarafından verilen *Citrus Soap Co. v. Peet Bros. Manufacturing Co. (1918)* kararını²⁷ irdelemekte yarar vardır. Bu kararda, pandemi ışığında sözleşmede yer alan mücbir

²⁵Yücel, s. 1195.

²⁶Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019, s. 154.

²⁷ Bu konuda bkz. <https://courtingthelaw.com/2020/08/08/commentary/force-majeure-during-covid-19-spanish-flu-sars-and-swine-flu/> (Erişim Tarihi: 16.10.2020).

sebeup şartının hukuki değerdendirmesi yapılmıştır. Kasım 1918 tarihinde, Peet Bros firması Citrus Soap firmasından altı tondan fazla gliserin sipariş etmiştir. Citrus Soap gliserini taksitler halinde teslim etmeyi üstlenmiştir. Sözleşme uyarınca Citrus Soap'ın son varil gliserini 31 Aralık 1918 tarihinden önce teslimi gerekmektedir. Üç varil gliserin 31 Aralık tarihinden önce teslim edilmiştir. Buna karşılık, Kasım ve Aralık aylarında Citrus Soap'un fabrikasının bulunduğu San Diego şehrinde İspanyol gribinin baş g göstermesi nedeniyle, şehirde beş gün süre ile karantina ilan edilmiş ve bu durum Citrus Soap'un üretiminde aksamalara neden olduğundan mallar bir hafta geç teslim edilmiştir.

Mahkeme Peet Bros'un sözleşmede yer alan mücbir sebep şartı gereğince tazminat talep edemeyeceğine karar vermiştir. İstinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır. Kararda karantinanın, fabrikadaki üretim faaliyetlerini, sözleşmede yer alan mücbir sebep şartının uygulanmasını gerektirecek ölçüde etkilediği belirtilmiştir. Karantinadan birkaç gün sonra, Citrus Soap karantina nedeniyle gliserinin zamanında teslim edilmesinin mümkün olmayabileceğini Peet Bros'a yazılı olarak bildirmiştir. Mahkemeye göre, Citrus Soap muhtemel gecikme konusunda Peet Bros'a bilgi vermek ve gliserini son teslim tarihine mümkün olan en yakın sürede teslim etmek suretiyle iyi niyetli davranmıştır.

Bu kararda açıklanan esasların, TTK m. 18/II hükmünde yer alan tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü gereğince, günümüzde yaşanan COVID-19 salgını kapsamında Türk hukuku uyarınca da tacirler için benimsenmesi mümkündür. Bu kapsamda, COVID-19 salgını nedeniyle mücbir sebep iddiasında bulunan ve bu sebeple sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediğini ya da yerine getirmesinin son derece güçleştiğini ileri süren tacirin, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak, bu durumu ifa engelini ortaya çıkmasından sonra mümkün olan en kısa süre içinde karşı tarafa bildirme yükümlülüğünün olduğu ve bu yükümlülüğün zamanında yerine getirilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olacağını söylemek mümkündür. Bu çerçevede, sözleşme sonrası kusursuz sürekli imkânsızlık haline ilişkin TBK m. 136/3 hükmünde yer alan; "Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür." düzenlemesinin, kusursuz geçici ifa imkansızlığı nedeniyle borçlu temerrüdü ve sözleşmenin hiç ya da

gereği gibi ifa edilmemesi halleri için de geçerli olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu noktada, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle doğan yan edim yükümlülükleri kapsamında, mücbir sebebe dayanan temerrüt ya da ifa etmeme durumunun karşı tarafa mümkün olan en kısa zamanda bildirilmesinin gerektiği söylenebilir. Diğer yandan, söz konusu bildirimde, pandemiden kaynaklanan ifa engeli ortadan kalktığında borcun aynen ifa edileceğine dair niyetin açıklanması ve mümkünse temerrüt hallerinde borcun ne zaman ifa edilebileceğinin de belirtilmesinin, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden doğan yan edim yükümlülükleri kapsamında gerektiği değerlendirilmesi de yapılabilir.

KOVID-19 (KORONAVİRÜSÜ) NEDENİYLE İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN YENİ KOŞULLARA UYARLANMASI

*Araş. Gör. Dr. Ferhat KAYIŞ**

I.KOVID-19'UN ETKİLERİ

Yaygın kullanımıyla ülkemizde koronavirüs olarak adlandırılan Kovid-19 salgını, tüm dünyayı etkisi altına almış salgın bir hastalıktır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi²⁸ ilan edilen Kovid-19 salgını, tüm dünya gibi ülkemizi de pek çok alanda etkilemiştir. Bu bağlamda hala devam etmekte olan bu salgın sürecinde okulların uzaktan eğitim-öğretime geçmesi, sokağa çıkma yasağı, işten çıkarma yasağı, kısa çalışma ödeneği, işyeri kiralarna ilişkin fesih ve tahliye yasağı, maske takma zorunluluğu gibi günlük hayatımızı ilgilendiren bir dizi tedbirler hayata geçirilmiştir. Bu açıdan az veya çok bu salgından herkesin bir yönüyle etkilendiğini söylemek yanlış bir tespit olmaz. Kovid-19 salgınının etkileri sadece bu sayılanlarla da sınırlı kalmamıştır. Nitekim bu salgın sürecinde üretim azalmış hatta birçok alanda durma noktasına gelmiş, bazı işyerleri kapanmak zorunda kalırken, pek çok kişi de işinden olmuştur.

Kovid-19'un yukarıda belirtilen genel etkileri dışında bir de kişiler arasındaki özel hukuk ilişkileri bakımından doğurduğu sonuçlar bulunmaktadır. Zira Kovid-19 nedeniyle uzaktan öğretime geçilmesiyle okudukları yerde kira sözleşmeleri devam eden öğrencilerin ailelerinin yanına dönmek zorunda kalması veya işyerleri geçici olarak

* Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ferhatkayis@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9970-6075.

²⁸ Pandemi, bir kıta hatta tüm dünya yüzeyi gibi çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıkların genel adıdır. Pandemi, [Eski Yunanca](#)'da tüm anlamına gelen παν (*pan*) ile insanlar anlamına gelen δῆμος (*demos*) kelimelerinden türetilmiştir. Bu hususta bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pandemi> (Erişim: 08.08.2020)

kapatılan ya da faaliyetleri önemli ölçüde durma noktasına gelen esnaf ve tacirlerin işyeri kiralarının işlemeye devam etmesi bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Kovid-19 salgını tüm bu etkilerinin yanında kişileri daha izole bir yaşam sürmeye sevk ederek, insanların kalabalık ortamlardan uzak durmasına sebep olmuştur. Bu durum, normalleşme olmasına rağmen çoğu işyerinin kapasitesinin çok çok altında iş yapmasına yol açmıştır. Hal böyle olunca işyerlerinde kira sözleşmesiyle faaliyet yürüten pek çok tacir ve esnaf, kar elde etmek bir yana işyerlerinin kapanmamasına ve günü kurtarmaya çalışmaktadır. Kovid-19'un en fazla etkilediği alanlardan biri, hiç şüphesiz ticari hayattır. Hele ki ticari faaliyetlerine kendilerine ait olmayan işyerlerinde sürdüren tacir ve esnaflar bakımından, pandeminin etkileri daha belirgin hissedilmektedir. Çünkü ticari faaliyetlerini başkalarına ait işyerlerinde kira karşılığı sürdüren tacir ve esnaflar, salgın nedeniyle durma noktasına gelen işleri yüzünden kira bedelini ödeyememe riski ile karşı karşıya kalmaktadır.

II.KOVİD-19 SALGINININ MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİ

Mücbir sebep, esas itibariyle fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldıran ve kişiyi sorumluluktan kurtaran olağanüstü haller olarak tanımlanabilir. Bir durumun mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, objektif olarak herkes bakımından öngörülmez ve kaçınılmaz olması gerekir. Gerçekten de deprem, savaş, salgın hastalık gibi önceden öngörülemeyen ve etkilerinden kaçınmanın mümkün olmadığı haller hukukumuzda mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da bir kararında bu hususa işaret ederek, “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır. Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi mücbir sebebin bir takım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep sebebiyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı

konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir” demek suretiyle mücbir sebebin özelliklerine değinmiştir²⁹. O halde salgın hastalık niteliğinde olan ve onun da ötesinde pandemi ilan edilen Kovid-19’un mücbir sebebin öngörülmezlik ve kaçınılmazlık unsurlarını taşıdığı aşikârdır. Gerçekten de bundan bir yıl önce hiç kimse, böyle bir hastalığın hayatımıza girerek yaşam standardımızı bu şekilde değiştirebileceğini tahmin edemezdi.

Mücbir sebebin haksız fiillerde zarar ile fiil arasındaki illiyet bağıını kesmesi dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldırması gibi etkisinin bulunması yanında, özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, edimin ifasını güçleştirmesi veya yerine getirilemez kıldığı durumlarda, söz konusu sözleşmenin sona erdirilmesinde haklı sebep teşkil ettiğini vurgulamak gerekir.

Bunun dışında mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü yarattığı taraf lehine sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı bahşetmektedir (TBK 138). Nitekim kaynağını dürüstlük kuralından alan ve yeni TBK ile açık bir yasal düzenlemeye kavuşan sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin en önemli istisnasını teşkil etmektedir. TBK 138’de “Aşırı İfa Güçlüğü” kenar başlığı altında düzenlenen Clausa Rebus Sic Stantibus ilkesi, sözleşmenin yapıldığı sırada bulunmayıp sonradan ortaya çıkan ve taraflarca öngörülmeleyen ya da öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü hallerin sözleşmeye etki etmesi dolayısıyla sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına olanak vermektedir. Kovid-19 salgını mücbir sebep özelliğinin yanında TBK 138 anlamında sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması bakımından taraflarca öngörülemeyen olağanüstü hallerden biri sayılabilir.

III.KOVİD-19 NEDENİYLE KİRA BEDELİNİ ÖDEYEMEYEN TACİR VE ESNAFLARIN BAŞVURABİLECEĞİ YOLLAR

Pandemi dolayısıyla işleri bozulan ve mevcut işyeri kiralarını ödeme güçlüğü çeken tacir ve esnaflar bakımından, temelde izlenecek iki yol bulunmaktadır. Birincisi, işletmelerine ait işyeri kira sözleşmelerini feshederek ya ticareti terk etmek ya da farklı bir yerde ticari faaliyetlerine devam etmektedir. Gerçekten de pandemi sürecinde

²⁹ Söz konusu kararın tamamı için bkz. HGK, 27.06.2018, 11-90/1259 (Kazancı İçtihat Bankası).

işyerlerinin kira bedelini ödeyemeyecek ölçüde işleri duran tacir veya esnaflar, öncelikle kendisinden kaynaklanmayan bu nedeni kira sözleşmesinin feshinde haklı sebep olarak ileri sürebilir. Haklı sebep, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeye bağlılığın taraflardan biri için çekilmez hale gelmesi ve sözleşmenin devamının o kimseden makul olarak beklenememesi olarak tarif edilebilir. Kovid-19 salgını da bu bağlamda kira sözleşmesinin feshi bakımından haklı sebep teşkil edebilir.

Tacir ve esnafların başvurabileceği ikinci bir yol da işyeri kira sözleşmelerinin yeni koşullara uyarlanmasını istemesidir. Nitekim pandemi sürecinde iş hacminin kendisinden kaynaklanmayan bir şekilde önemli ölçüde kaybetmenin rizikosunu tek taraflı olarak kiracı konumundaki tacir veya esnafa yıkmak, dürüstlük kuralına aykırı olur. Bu yüzden ahde vefa ilkesini bu durumda mutlak bir şekilde uygulamaya kalkmak, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Bu açıdan pandemi dolayısıyla işleri bozulan ve kira bedelini ödeme güçlüğü çeken tacir veya esnafın, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını gerek kiralayandan gerekse de mahkemeden talep etmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesinin kurulmasına da yardım edecektir. Kaldı ki genellikle işletmelerinde kira sözleşmesiyle faaliyet yürüten tacir ve esnaflar bakımından, sözleşmeyi feshetmek yerine yeni koşullara uyarlanmasını istemek daha cazip bir çözüm yolu olacaktır. Çünkü sözleşmeyi feshetmek, taciri çoğu zaman müşteri çevresinin kaybı rizikosuyla karşı karşıya bırakabilir. Müşteri çevresi ve dolayısıyla işletmenin konumu bazen ticari işletmeler yönünden en önemli mameleki unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda müşteri çevresini kaybetme, tacir açısından ticari faaliyetinin son bulmasına bile sebep olabilir. Bu yüzden pandemi nedeniyle kira borçlarını ödeyemeyen tacir ve esnaflar bakımından sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması, fesih suretiyle sona erdirilmesinden daha çok tercih edilebilecek bir seçenek olarak gözükmektedir.

IV.KOVID-19 BAĞLI İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN YENİ KOŞULLARA UYARLANMASI TALEBİ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Serbestçe belirlenen sözleşme (sinallagmatik sözleşmeler) hükümlerinin taraflar arasında edim-karşı edime ilişkin bir denge unsurunu barındırdığı kabul edilir. Bu ilke beraberinde tamamlayıcısı olan ahde vefa ilkesini (pacta sunt servanda)

getirmektedir. Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla taraflarca belirlenmiş sözleşme hükümlerine tarafların bağlı kalması beklenir. Ancak, bazen sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartlar ilerleyen zamanlarda öyle değişir ki artık borçludan edimini ifa etmesini beklemek, menfaat dengesine (dolayısıyla dürüstlük kuralına) aykırılık teşkil eder. Tam da bu noktada ahde vefa ilkesinin mutlak olarak uygulanması yerine, dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması ilkesi devreye girer. Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması, imkânsızlık söz konusu olmadığı müddetçe geçerliliğini sürdüren sözleşme ilişkisinin, imkânsızlık boyutuna ulaşmadan önce hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda (borçludan borcun ifasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği) da sona erebileceği veya değişikliğe uğrayabileceği esasına dayanır.

Yukarıda Kovid-19 salgını nedeniyle faaliyetine ara veren veya iş hacmi oldukça düşen işletmelerde, kira bedelinin ödenememesi nedeniyle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının önemli bir imkân olduğundan bahsetmiştik. Gerçekten de işyerini başka bir yere taşımak istemeyen kiracılar, eğer kiralayan ile anlaşamazlarsa, mahkemeden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteyebilirler. Çünkü sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasında, şartların değişmesi sebebiyle aşırı ifa güçlüğüne düşen taraftan borcun aynen ifasını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

TBK 138’de kanun koyucu, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme- yen ve öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü hallerde, borçlunun hâkimden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını istemesinin mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Bu düzenleme getirilmeden önce de, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması dürüstlük kuralı temelinde hukukumuzda uygulaması olan bir ilkeydi. TBK m. 138 kapsamında sözleşmenin yeni şartlara uyarlanabilmesi için, öncelikle sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörüle- meyen veya öngörülmesi beklenmeyen bir olağanüstü durumun ortaya çıkması gerekir. Özellikle sel, deprem, don, kuraklık ve salgın hastalık gibi doğa olayları beklenmedik olağanüstü durumların ilk akla gelen örnekleridir. Bu açıdan pandemi ilan edilen Kovid-19 salgını da TBK m. 138 çerçevesinde beklenmedik ve öngörüle- meyecek bir olağanüstü durum niteliğindedir.

Uyarlama bakımından ikinci olarak, ortaya çıkan bu olağanüstü durumun sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olması gerekmektedir. Bu

şart bakımından ise, Kovid-19 salgını ve bu salgın neticesinde alınan tedbirler, kural olarak işleri durma noktasına gelen işyeri kiracıları bakımından uyarılmanın bu şartını gerçekleştirmektedir. Kural olarak dememizin nedeni, iş hacmi ve cirosunda pandemi dolayısıyla önemli bir düşüş olmayan veya belli bir düşüşe rağmen kira borcunu ödemedeki güçlük çekmeyen işyeri kiracıları bakımından ifanın dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde borçlu aleyhine değiştiğinden bahsedilemeyecek olmasıdır. Bu bağlamda TBK 138 çerçevesinde uyarılma talep eden esnaf veya tacirin mali durumunun doğru bir şekilde tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu açıdan uyarılma taleplerinde bilirkişi aracılığıyla pandemi öncesi ve sonrası gelir-gider tablosunun ortaya konması, tacir olan kiracıların defterlerinin incelenmesi, faaliyete ara verilmişse bunun ne kadar sürdüğünün ya da günlük kâr marjının ne kadar düştüğünün tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla Kovid-19 salgınının tek başına uyarılma talebinin kabulü için yeterli olmadığını altını çizmek gerekir.

Kira sözleşmelerinin uyarlanması uygulamada iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki kira tespiti, ikincisi kira bedelinin uyarlanması davasıdır. Kira tespit davaları, yeni döneme ait kira bedelinin belirlenmesi için açılan bir dava iken; kira bedelinin uyarlanması davası, genellikle uzun süreli kira sözleşmelerinde şartların esaslı ve öngörülemez bir şekilde değişmesi ve bu değişikliğin edimler arasındaki dengeyi bozması durumunda açılan bir davadır.

Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasında hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde özellikle her iki tarafın menfaatini gözeterek ve tarafların mali durumunu dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır. Hâkim tarafından sözleşmeye müdahale, dar anlamda sadece edimin konusunun yükseltilmesi, düşürülmesi, ifa yeri ve zamanının değiştirilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi geniş anlamda hâkimin sözleşmenin tamamlanması, yorumlanması, değişen koşullara uyarlanması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Uyarılmanın nasıl yapılacağı hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır (TMK m. 4). Fakat hâkimin koyduğu kural, sözleşmenin bütününe uygun olmalı, sözleşmenin geneli ve niteliğiyle ters düşmemelidir. Bu bağlamda Kovid-19 salgını nedeniyle önüne gelen uyarılma talebinde hâkim, örneğin salgın ortadan kalkıncaya kadar kira bedelinin

belli oranda düşürülmesine veya iratlar halinde daha geniş bir vadeye yayılarak ödenmesine karar verebilir.

V. BASİRETLİ TACİR GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÖZLEŞMENİN YENİ ŞARTLARA UYARLANMASI TALEBİNE ETKİSİ

Kira sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanması bakımından tacir sıfatına sahip kişilerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep edip edemeyeceği de gündeme gelebilir. TTK m. 18/2 uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre tacir olan kimseler, işletmesiyle ilgili faaliyetlerde öngörülü, tedbirli ve bir tacirden beklenen düzeyde özenli hareket etmek zorundadır. Aksi takdirde tacirler, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmenin sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Bu çerçevede örneğin tacirler, ticari faaliyetleriyle ilgili sözleşmelerde tecrübesizliğini veya deneyimsizliğini ileri sürerek TBK m. 28'deki aşırı yararlanma (gabin) hükümlerine başvuramaz. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü tacirlere ticari iş ve işlemlerinde tedbirli, özenli ve öngörülü bir şekilde hareket etme ölçüsü getirmektedir. Bu bağlamda yine tacir olan kimselerin sırf bu yükümlülüğü dolayısıyla aşırı olan cezai şartın indirilmesini isteme (TBK m. 182/3) hakları bulunmamaktadır (TTK m. 22/1).

Kovid-19 salgını mücbir sebep niteliğinde olduğundan, mücbir sebebin öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurları tacirler için de geçerlidir. Dolayısıyla tacir olan kimselerin önüne “Bu salgını öngörüp ona göre tedbirlerini alsaydım” şeklinde bir savunuyu getirilemez. Doktrinde taraflardan biri tacir ise, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gerekçe gösterilerek, onların olağanüstü olayları öngöremediği iddialarının dinlenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşe belki ekonomik kriz gibi ticari hayatı yakından ilgilendiren ve her tacirin az çok ekonomik hayatı takip etmesi ve ona göre önlemlerini alması gerektiği belirtilerek kısmen katılmak mümkün olabilir.

Yargıtay sözleşmenin uyarlanmasında, tarafların tacir olup olmamasına göre öngörülemezliği farklı değerlendirmelere tabi tutmuştur. Tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğünden hareket eden Yargıtay, tacirler için uyarlamayı sıkı şartlara bağlamaktadır. Kuşkusuz tacirler, diğer kişilere nazaran sözleşme ilişkilerinde daha tecrübelidir, ayrıca

daha fazla dikkat ve özen göstermelidirler. Fakat salt sözleşme tarafının tacir olması, uyarılama isteyememesi bakımından tek ölçüt olmamalıdır. Bunun yanında tacirin içinde bulunduğu durum, karar verme aşaması ve durumun gerekleri de göz önüne alınmalıdır. Bu çerçevede Yargıtay, sözleşme ilişkisinde ekonomik güce sahip olan tarafın daha fazla riski üstlenmesi gerektiğinden bahisle, örneğin yayın sözleşmesinde yayın bedeline ilişkin uyarılama talep eden yayımcının talebini sözleşmenin güçlü tarafını oluşturmasından ötürü reddedilmiştir. Bir başka kararında Yargıtay, ülkedeki ekonomik istikrarsızlığın tacir tarafından öngörülemezlik bir durum olmadığını vurgulayarak uyarılamanın öngörülmezlik unsurunun gerçekleşmediğini içtihat etmiştir.

Fakat kanaatimizce bir tacirin ekonomik krizi öngörememesi ile Kovid-19 gibi salgın bir hastalığı öngörememesi arasında ciddi bir fark bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle başlı başına mücbir sebep teşkil eden bir olay olan Kovid-19 salgını, ekonomik kriz gibi tacir tarafından öngörülebilmesinin beklenebileceği bir durum değildir. Bu yüzden taraflardan birinin tacir olduğu durumlarda, uyarılama bakımından olağanüstü olayları öngöremediği iddialarının dinlenemeyeceğini peşin olarak kabul etmek isabetli değildir. Zaten mücbir sebebin unsurlarından öngörülmezlik ve kaçınılmazlık, sadece borç ilişkisinin tarafları için değil herkes bakımından ortaya çıkan bir neticedir. Bu yüzden Yargıtay'ın ekonomik kriz bakımından basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne yaptığı atfın, salgın hastalık olan Kovid-19 açısından geçerli olmadığı düşüncesindeyiz.

**HAVA YOLUYLA YAPILAN ULUSLARARASI TAŞIMALARDA
SAĞLIKLI BİR YOLCUYA KORONAVİRÜS (COVID-19) BULAŞMASI
HALİNDE TAŞIYICININ SORUMLULUĞU**

*Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN **

Bilindiği üzere, 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19 Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Hastalığın yayılımını engellemek amacıyla hem ulusal hem de küresel ölçekte çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu kapsamda seyahat kısıtlamaları getirilmiş ve hem yurtiçi hem de yurtdışı uçuşlar durdurulmuştur. Salgının kontrol altına alınmasıyla seyahat kısıtlamaları kaldırılmış, yurtiçi ve yurtdışı uçuşlara yeniden izin verilmiştir.

31079 sayılı ve 25 Mart 2020 tarihli Resmî Gazete’de Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-Yolcu)’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlanmış ve ilgili yönetmeliğe geçici birinci madde eklenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında, “*COVID-19 salgını nedeniyle 5/2/2020 tarihinden itibaren uçuşun iptal edilmesi durumunda, bu iptaller sebebiyle uçuşu icra eden veya etme taahhüdünde bulunan hava taşıma işletmesi 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hükümlerden uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ay sonuna kadar muaftır*” denmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “*COVID-19 salgını nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcunun, hava taşıma işletmesinin boş koltuk durumuna bağlı olarak istediği bir tarih için biletle değişiklik yapma veya bileti açığa alma hakkı vardır. Yolcu, açığa alınıp kullanılmayan biletin iadesini uçuş yasakları kalktıktan sonraki iki ayın sonrasında hava taşıma işletmesinden alabilir*” ifadesine yer verilmiştir.

*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tubabirinciuzun@gmail.com , [ORCID ID: 0000-0002-0185-0619](https://orcid.org/0000-0002-0185-0619).

Görüldüğü üzere, geçici birinci maddeyle yolcu hakları bir süreliğine askıya alınmıştır. Zira Covid-19 salgını nedeniyle taşıyıcının muaf tutulduğu maddeler; yolcunun tazminat hakkı (md. 8), geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkı (md. 9) ve hizmet hakkı (md. 10) ile ilgilidir. Her ne kadar geçici birinci maddeyle yolcu hakları bir süreliğine askıya alınmış olsa da ilgili yönetmeliğin 13. maddesinde de belirtildiği üzere, “*Yolcuların diğer kanun ve düzenlemelerden doğan tazminat talep etme hakları saklıdır*”. Bu noktada özellikle 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu önemlidir. İlgili yönetmeliğe eklenen geçici birinci madde, yolcunun 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu uyarınca taşıyıcıdan tazminat talep etmesine engel değildir.

Uluslararası hava taşımalarına ilişkin düzenlemeleri tek bir belgede toplamayı amaçlayan 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu 4 Kasım 2003’te yürürlüğe girmiştir. Bu konvansiyona taraf devlet sayısı 137’dir³⁰. Taraf devletlerden biri de Türkiye’dir. Türkiye bakımından bu konvansiyon, 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir³¹. 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu’nun uygulanabilmesi için her şeyden önce taraflar arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır. Taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin bulunması, bu konvansiyonun uygulanabilmesi için yeterli değildir; bununla birlikte taraflar arasında kurulan sözleşmenin uluslararası nitelikte olması gerekir³². Ayrıca taşıma işi hava aracı ile yapılmalıdır. Konvansiyonun uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, taşımanın ücret karşılığında yapılmasıdır. Son olarak taşımanın konusu yolcu, bagaj veya yük taşıması olmalıdır.

³⁰Erişim Tarihi: 13.05.2020, http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mt199_EN.pdf.

³¹28 Mayıs 1999’da Türkiye tarafından imzalanan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi, 02.04.2009 tarih ve 5866 sayılı Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanmıştır. Onay belgeleri, depoziter ICAO’ya 25.01.2011 tarihinde tevdi edilmiştir. Onay belgelerinin tevdiini takip eden 60. günde yani 26.03.2011 tarihinde, Türkiye bakımından Montreal Konvansiyonu, yürürlüğe girmiştir.

³²**Sözer, Bülent:** “Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. IX, S. 2, 1977, s. 369; **Ülgen, Hüseyin:** Hava Taşıma Sözleşmesi, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1987, s.18; **Kırman, Ahmet:** Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s.40; **Gençtürk, Muharrem:** Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.65; **Dempsey, Paul Stephen/Milde, Michael:** International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999, 1st Edition, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, Montreal 2005, s.68-69; **Giemulla, Elmar/ Schmid, Ronald/Müller-Rostin, Wolf/Dettling-Ott, Regula/ Margo, Rod:** Montreal Convention, 1st Edition, Kluwer Law International, 2006, Alphen aan den Rijn, Chapter I-General Provisions, parag.4.

1999 tarihli Montreal Konvansiyonu uyarınca, taşıyıcı; yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumludur³³. Bunun dışında taşıyıcı, bagaj veya yükün ziyayı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan da sorumludur. Bu durum taşıyıcının yolcuyu sağ salim götürme borcunu ihlal etmesinden kaynaklanır. Çünkü taşıyıcı ile yolcu arasında kurulan taşıma sözleşmesi ile taşıyıcı, yolcuyu kararlaştırılan varma yerine sağ salim götürme borcu altına girer³⁴. Taşıyıcının yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zararın bir kaza sonucunda ve bu kazanın da yolcunun hava aracı içinde bulunduğu veya hava aracına bindiği veya hava aracından indiği sırada meydana gelmesi gerekir (Montreal Konvansiyonu md.17). Burada ifade edilmek istenen, yolcunun taşıyıcının fiili egemenliği altında bulunduğu süredir. Bu süre, yolcu ile taşıyıcı arasında kurulan taşıma sözleşmesinin ifası kapsamında, yolcunun taşıyıcının talimatı doğrultusunda hareket etmek zorunda kaldığı zaman dilimi olarak tanımlanabilir³⁵.

Yukarıda da belirtildiği üzere salgının kontrol altına alınmasıyla seyahat kısıtlamaları kaldırılmış, yurtiçi ve yurtdışı uçuşlara yeniden izin verilmiştir. Her ne kadar koronavirüs (Covid-19) salgını kontrol altına alınmış olsa da hastalığın yayılımı devam etmektedir. Bu durum sağlıklı bir yolcunun bu hastalığa yakalanmasına hatta ölümüne sebep olabilir. Acaba böyle bir durumda 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu uyarınca taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilir mi? Bu sorunun cevabı sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşmasının kaza olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ile ilgilidir. Zira 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'nun 17. maddesi uyarınca, taşıyıcının, yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zararın bir kaza sonucunda ve bu kazanın da yolcunun hava aracı içinde bulunduğu veya hava aracına bindiği ya da hava aracından indiği sırada meydana gelmesi gerekir.

³³Ülgen, s.160–161; Kırman, s.59.

³⁴Ülgen, s.160–161; Kırman, s.59.

³⁵S özer, B ülent: “Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI, S. 1, 2001, s. 175.

1999 tarihli Montreal Konvansiyonu'nda, kaza kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde³⁶ kaza, sözleşme kurulurken öngörülemeyen ve borcun ihlaline sebep olan olay olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte bir olayın kaza olarak nitelendirilebilmesi için olağan dışı (*unusual*) ve beklenmedik (*unexpected*) olması aranmaktadır³⁷.

1985 yılında, hava basıncı değişikliği nedeniyle işitme kaybına uğrayan bir yolcu tarafından açılan tazminat davasında, ilk derece mahkemesi, dava konusu olayın kaza niteliğinde olmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir. Üst derece mahkemesi ise, uluslararası konvansiyonların havayoluyla yapılan taşıma işine ait risklerin ve hava araçlarına ilişkin tehlikelerin tümünü kapsayacak bir biçimde taşıyıcının sorumluluğunun düzenlenmesi amacıyla yönelik olarak hazırlandığını ve bu yönde tarihi gelişim gösterdiğini de dikkate alarak, olayın kaza olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında değerlendirmenin esnek bir biçimde yapılması gerektiğini belirtmiş ve dava konusu olayı hava taşımacılığının karakteristik riskleri kapsamında ele alarak olayın kaza niteliği taşıdığı sonucuna ulaşmıştır³⁸. Uygulamada, *Saks Kararı* olarak da bilinen ve birçok atıf alan bu karar, kaza kavramını geniş bir biçimde yorumlaması ve bir olayın kaza olarak nitelendirilebilmesi için olayın hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında yer alması gerektiği hususuna dikkat çekmesi nedeniyle, son derece önemli bir karardır.

Hava taşımacılığının karakteristik risklerine de değinilmelidir. Hava taşımacılığının karakteristik riskleri dendiğinde, hava taşımacılığına ve hava aracının işletilmesine özgü riskler anlaşılmalıdır. Kötü hava şartları, hava aracının türbülansa girmesi, hava aracının mecburi iniş yapması³⁹, hava aracının askeri hava araçları tarafından saldırıya uğraması⁴⁰, havacılık kurallarına uyulmaması⁴¹, hava aracı sistemlerinde meydana gelen arızalar, hava taşımacılığının karakteristik risklerine örnek olarak gösterilebilir. Ancak hava

³⁶**Tandoğan, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.460 vd.

³⁷**Ülgen,** s.162; **Kırman,** s.62.

³⁸Valerie Hermen Saks v. Air France, 470 U.S.392, 105 S.Ct. 1338 1985 (**Kırman,** s.62; **Dempsey/Milde,** s.136).

³⁹Kalish v. TWA, New York City, Civil Court, Queen's County, 19 January 1977, 14 Avi 17936 (**Kırman,** s.66).

⁴⁰Korean Airlines v. G. Entiope, Cour De Cassation De France, 15.12.1981 (**Kırman,** s.66).

⁴¹Husain v. Olympic Airways, 541 U.S.1007, 157 L. Ed. 2d 1146, 124 S.Ct. 1221 2003 (**Dempsey/Milde,** s.151).

taşımacılığının karakteristik riskleri bunlardan ibaret değildir. Havacılık kurallarına uyulmaması⁴² da hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında yer alır.

1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (Şikago Konvansiyonu)'nin 14. maddesi bu konu bakımından oldukça önemlidir. Türkiye de bu sözleşmeye taraf olan devletlerdendir⁴³. İlgili maddenin konusu hastalıkların yayılmasını önlemektir. Madde aşağıda belirtildiği gibidir:

“Akit Devletlerden her biri kolera, salgın halinde tifüs, çiçek, sarı humma, veba... ve zaman zaman tasrihini kararlaştıracakları diğer sari hastalıkların hava seyrüseferi yoluyla yayılmasını önlemek için müessir tedbirler almayı taahhüt eder ve bu maksatla Akit Devletler hava nakil vasıtalarına kabili tatbik olan sıhhi tedbirlere müteallik beynelmilel nizamlarla alakalı makamlarla sıkı istişarede bulunurlar. Bu gibi istişareler bu mevzua müteallik olmak üzere mevcut olup Akit Devletlerin de imza etmiş bulunabilecekleri beynelmilel konvansiyonların tatbikine engel teşkil etmez”.

Bu maddeden, taraf devletlerin salgın ve bulaşıcı hastalıkların havayoluyla yayılmasını önlemek için etkili tedbirler almayı üstlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bu konu bakımından Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Sağlık Tüzüğü (*International Health Regulation*) de önemlidir. Bu tüzüğün 14. maddesi uyarınca Dünya Sağlık Örgütü uluslararası organizasyonlar işbirliği içinde hareket etmektedir. Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ile Uluslararası Hava Taşımacılığı Kurumu (IATA) da bu organizasyonlar arasında yer almaktadır. Bu tüzükte hem hava araçları hem de yolcular ile ilgili özel hükümler bulunmaktadır. Örneğin tüzüğün 32. maddesinde, karantinaya alınmış yolculara yeterli yiyecek ve su verilmesi, kalacak uygun yer ve giysi temin edilmesi, yolcunun eşyasının korunması, uygun tıbbi işlemlerin gerçekleştirilmesi, mümkün olduğu takdirde

⁴²Husain v. Olympic Airways, 541 U.S.1007, 157 L. Ed. 2d 1146, 124 S.Ct. 1221 2003 (**Dempsey/Milde**, s.151).

⁴³Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'nin onaylanmasına dair kanun 12.06.1945 tarihli ve 6029 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

anlayabilecekleri bir dilde gerekli iletişim yollarının sağlanması için taraf devletlerin gerekli düzenlemeleri yapacağı hükme bağlanmıştır.

Tüzüğün 38. maddesi ise Hava Taşıtı Genel Beyannamesi'nin sağlık bölümü ile ilgilidir. Bu maddenin birinci ve fıkrası aşağıda belirtildiği gibidir:

“1. Hava taşıtının pilotu veya pilotun temsilcisi elinden geldiği ölçüde, Taraf Devletin talep etmediği durumlar haricinde, uçuş sırasında veya bir Taraf Devlet ülkesinde iniş yapılan ilk havaalanında, Ek-9'da belirtilen örneğe uygun olarak hazırlanan Hava Taşıtı Genel Beyannamesinin sağlık kısmını doldurup havaalanının yetkili makamına teslim edecektir.

2. Hava taşıtının kumandasındaki pilot veya pilotun temsilcisi, uluslararası yolculuk sırasında hava taşıtındaki sağlık koşulları ve hava taşıtına uygulanan herhangi bir sağlık önlemi hakkında Taraf Devletin talep ettiği bilgileri iletacaktır”.

Bu beyanname, hava aracında bulunan hasta yolcunun bildirilmesi için kullanılmaktadır. Son olarak, Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2015 yılında yayınlanan Havayolu Taşımacılığında Halk Sağlığı Olaylarının Yönetimi Rehberi (*Handbook for the Management of Public Health Events in Air Transport*) de önemlidir. Bu rehber, Ebola virüsü ve MERS hastalığı (Orta Doğu solunum sendromu) dikkate alınarak güncellenmiştir. Görüldüğü üzere salgın ve bulaşıcı hastalıkların havayoluyla yayılmasını önlemek amacıyla birçok kural getirilmiştir.

O halde, havayoluyla yapılan taşımalarda koronavirüsün (Covid-19) bulaşmasını, yayılmasını önlemeye yönelik olarak getirilen kurallar da havacılık kurallarındandır. Havacılık kurallarına uyulmaması, bu kuralların ihlal edilmesi⁴⁴ ise hava taşımacılığının karakteristik risklerindedir. Buna göre havacılık kurallarına uyulmaması nedeniyle sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşması kaza olarak nitelendirilebilir.

⁴⁴Husain v. Olympic Airways, 541 U.S.1007, 157 L. Ed. 2d 1146, 124 S.Ct. 1221 2003 (**Dempsey/Milde**, s.151).

Koronavirüs (Covid-19) semptomları bakımından yolcuların kontrol edilmeden hava aracına alınması, uyulması gereken kurallar ile ilgili yolculara gerekli bilginin verilmemesi, sosyal mesafe kuralına uyulmaması, uçuşa katılan yolculardan ya da mürettebattan birinde veya birkaçında koronavirüs (Covid-19) tespit edilmesi halinde bu durumun diğer yolculardan saklanması, uçuş esnasında semptom gösteren yolcunun izole edilmemesi, uçuşa katılan yolculardan birinde veya birkaçında koronavirüs (Covid-19) tespit edilmesi halinde hava aracının dezenfekte edilmemesi, kabinin uygun havalandırma sistemine sahip olmaması havacılık kurallarının ihlali olarak değerlendirilebilir.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından koronavirüs ün (Covid-19) pandemi ilan edildiği ve sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşmasının artık olağan dışı ve beklenmedik bir olay olmadığı gerekçesiyle bu durumun kaza olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki burada yolcu bakımından olağan dışı ve beklenmedik olan olay havacılık kurallarına uyulmaması, bu kurallar ihlal edilerek gerekli tedbirlerin alınmamasıdır.

Bu noktada 31 Temmuz 2019 tarihli *Labbadia v. Alitalia*⁴⁵ kararı önemlidir. Bu kararda, kaza kavramı üzerinde durulmuştur. Karara konu olay, 5 Şubat 2015 tarihinde meydana gelmiştir. Davacı 5 Şubat 2015 tarihinde uçakla Londra'dan Milano'ya gitmiş, uçaktan inerken merdivenden düşmüş ve yaralanmıştır. Bunun üzerine davacı ameliyat olmuş ve bir süre hastanede yatmıştır. Davacı; uçaktan inerken arka kapıyı kullandığını, dışarıda kar yağdığını, merdiven basamaklarının metalden olduğunu, merdivenin üzerinde kanopi bulunmadığını, basamakların kar ve buzla kaplı olduğunu ileri sürmüştü ve taşıyıcıdan tazminat talep etmiştir. Bu kararda, *Saks Kararı*⁴⁶ olarak da bilinen mahkeme kararına atıf yapılarak kazadan bahsedilebilmesi için, zarara sebep olan olayın yolcunun dışında gelişen (*external*), olağan dışı (*unusual*) ve beklenmedik (*unexpected*) olması ya da hava aracının normal işletiminden ziyade uygunsuz (*untoward*) işletiminden kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir (28 no.lu paragraf). Kararda, yağmurlu ve karlı

⁴⁵Labbadia v. Alitalia (2019) EWHC 2103 (QB).

⁴⁶Valerie Hermen Saks v. Air France, 470 U.S.392, 105 S.Ct. 1338 1985 (Kırman, s.62; Dempsey/Milde, s.136).

havada kanopi bulunmayan merdiven kullanılmasının davacı yolcu bakımından olağan dışı ve beklenmedik olduğu belirtilmiştir (42 no.lu paragraf).

Davacı yolcunun düşerek yaralanmasına doğrudan havaalanı personelinin ihmalinin sebep olduğu; olağan dışı ve beklenmedik bu olayın davacı yolcu dışında geliştiği; uygun merdiven kullanılmamasının hava aracının normal işletimi olarak değerlendirilemeyeceği; konvansiyonun 17. maddesi uyarınca yolcunun uğradığı zarardan taşıyıcının sorumlu olduğuna karar verilmiştir (45 no.lu paragraf).

Şubat ayında yağmur ya da kar yağması olağandır. Yağış olması halinde gerekli tedbirlerin alınmamış olması olağan dışı ve beklenmediktir. Mahkemenin de olayı bu şekilde değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Kararda merdivenlerin yerleştirilmesine ilişkin kurallara da değinildiği görülmektedir. Apron operasyonları kılavuzuna göre, merdivenlerin yerleştirilmesinden önce operatör tarafından kanopilerin, geçitlerin ve korkulukların güvenli konuma getirilmesi; basamaklarda kar, buz ve çöp gibi tehlike arz eden şeylerin bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi ve bir anormallik tespit edilmesi halinde yolcuların inişine izin verilmeden önce bunların kaldırılması gerektiğine kararda dikkat çekilmiştir. Dava konusu olayın kaza olup olmadığı tartışılırken mahkeme tarafından havacılık kurallarının dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşmasının kaza olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmasında da benzer bir durum söz konusudur.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından koronavirüs ün (Covid-19) pandemi ilan edildiği ve Dünya Sağlık Örgütü'nün Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Uluslararası Hava Taşımacılığı Kurumu (IATA) ile işbirliği içinde olduğu dikkate alındığında, havacılık kurallarına uyulmaması ve bu kurallar ihlal edilerek gerekli tedbirlerin alınmaması olağan dışı ve beklenmediktir. Ayrıca böyle bir durum hava aracının normal işletimiyle de bağdaşmaz. Sonuç olarak, havacılık kurallarına uyulmaması nedeniyle sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşması kaza olarak nitelendirilebilir ve taşıyıcının sorumluluğu gündeme gelebilir.

Unutulmamalıdır ki kaza ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı, yolcuya düşer. Yolcunun kaza ile zarar arasındaki illiyet bağını ispat edemediği durumlarda, taşıyıcının sorumluluğundan bahsedilemez⁴⁷.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus kendisine koronavirüs (Covid-19) bulaşmasından korkan sağlıklı yolcunun taşıyıcıdan manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağıdır. Yaralanmaya bağlı olarak ortaya çıkan manevi zararın taşıyıcının sorumluluğu kapsamında olduğuna şüphe yoktur⁴⁸. O halde havacılık kurallarına uyulmaması nedeniyle sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya biniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşması halinde meydana gelen manevi zarar da taşıyıcının sorumluluğu kapsamındadır.

Meydana gelen bir kazada yaralanma olmaksızın yalnızca yolcunun ruhsal durumunda meydana gelen bozulmanın örneğin bunalım, şok, tedirginlik veya korku hallerinin taşıyıcının yolcunun ölmesi veya yaralanması durumunda sorumluluğunu düzenleyen 17. madde kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Baskın görüş ve mahkeme kararları⁴⁹ bedensel zarardan bağımsız olarak yolcunun manevi tazminat talebinde bulunamayacağı yönündedir. Ancak 30 Ağustos 2017 tarihli *Doe v. Etihad Airways*⁵⁰ kararı manevi tazminat bakımından taşıyıcının sorumluluğunun kapsamını genişleten bir karardır.

Karara konu olayda davacı yolcu Abu Dabi'den Chicago'ya giderken önünde bulunan koltuğun arka cebine elini sokmuş ve davacı yolcunun eline koltuk arka cebinde bulunan bir enjeksiyonun iğnesi batmıştır. Bu olayın devamında hastalık kapmış olabileceği korku ve endişesiyle davacı yolcu birçok test yaptırmış, bu testler negatif çıkmıştır. Davacı yolcu, bu olay nedeniyle HIV de dahil olmak üzere birçok hastalığa

⁴⁷Morris v. El Al and Boeing, US District Court (SDNY), 15 Avi 17, 241 (Giemulla/Schmid/Müller-Rostin/Dettling-Ott, s.21-Article 17, parag. 48, dn.151).

⁴⁸Kırman, s.86.

⁴⁹Ehrlich v. Am. Airlines, 360 F.3d 366, 400, 2d Cir. 2004; Sobol v. Cont'l Airlines, No. 05 CV 8992 (LBS), 2006 WL 2742051, at 1, 4, S.D.N.Y. Sept. 26, 2006; Kruger v. United Airlines, Inc., 481 F. Supp. 2d 1005, 1007, 1009, N.D. Cal 2007; Booker v. BWIA W. Indies Airways Ltd., No. 06-CV-2146 (RER), 2007 WL 1351927, at 4, E.D.N.Y. May 8, 2007 (Cunnigham, McKay: "The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover for Mental Injuries?", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 41, No. 4, 2008, s.1081, dn.285).

⁵⁰ *Doe v. Etihad Airways*, P.J.S.C., 870 F.3d 406 (6th Cir. 2017).

maruz kalma korkusu yaşadığını ileri sürerek taşıyıcıdan manevi tazminat talep etmiştir. Bu karara göre, Montreal Konvansiyonu'nun 17. maddesi uyarınca manevi tazminat talep edilebilmesi için, manevi zararın yani acı, elem ve ızdırabın doğrudan ilgili bedensel zarardan kaynaklanmasına gerek yoktur, manevi zararın kaza ile ilişkilendirilebilmesi yeterlidir.

Uçuş esnasında yolcunun elini önünde bulunan koltuğun arka cebine soktuğunu, koltuk arka cebinde kullanılmış nemli bir maskenin bulunduğunu ve yolcunun bu maskeye dokunduğunu varsayalım. Acaba böyle bir durumda kendisine koronavirüs (covid-19) bulaşmasından korkan sağlıklı yolcu taşıyıcıdan manevi tazminat talep edebilir mi? *Doe v. Etihad Airways*⁵¹ kararı dikkate alındığında, yolcunun testi negatif çıksa dahi taşıyıcıdan manevi tazminat talep edebileceği söylenebilir. Zira koltuk arka cebinde kullanılmış nemli bir maskenin bulunması kaza olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de böyle bir olay, yolcu için olağan dışı ve beklenmediktir. Ayrıca ilgili karara göre, taşıyıcıdan manevi tazminat talep edilebilmesi için, manevi zararın yani acı, elem ve ızdırabın doğrudan ilgili bedensel zarardan kaynaklanmasına gerek yoktur, manevi zararın kaza ile ilişkilendirilebilmesi yeterlidir. Böyle bir olayın gerçekleşmesi halinde belki de yolcu, şüpheli vaka olarak işlem görecektir, teste tabi tutulacak ve karantinaya alınacaktır. Şüphesiz bütün bu işlemler yolcu bakımından acı, elem ve ıstıraba sebep olur.

Sonuç olarak, 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu uyarınca, taşıyıcının yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zararın bir kaza sonucunda ve bu kazanın da yolcunun hava aracı içinde bulunduğu veya hava aracına bindiği veya hava aracından indiği sırada meydana gelmesi gerekir. Bir olayın kaza olarak nitelendirilebilmesi için de olayın hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında yer alması gerekir. Havacılık kurallarına uyulmaması da hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında yer alır. Salgın ve bulaşıcı hastalıkların havayoluyla yayılmasını önlemek amacıyla birçok kural getirilmiştir. Havayoluyla yapılan taşımalarda koronavirüsün (Covid-19) bulaşmasını, yayılmasını önlemeye yönelik olarak getirilen kurallar da havacılık kurallarındandır. Havacılık kurallarına uyulmaması, bu kuralların ihlal edilmesi ise hava taşımacılığının karakteristik risklerindedir. Buna göre

⁵¹ *Doe v. Etihad Airways*, P.J.S.C., 870 F.3d 406 (6th Cir. 2017).

havacılık kurallarına uyulmaması nedeniyle sağlıklı bir yolcuya hava aracında veya iniş ya da iniş işlemleri sırasında koronavirüs (Covid-19) bulaşması kaza olarak nitelendirilebilir ve taşıyıcının sorumluluğu gündeme gelebilir; meydana gelen zararın giderilmesi talebiyle maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

TÜRK E-TİCARET VE LOJİSTİK SEKTÖRLERİNDE PANDEMİ SÜRECİNİN ETKİLERİ ÜZERİNE HUKUKİ BİR DEĞERLENDİRME

*Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY**

Malum olduğu üzere tüm dünyayı esir alan ve belirsizliği hala devam eden Koronavirüs (COVID-19) salgınının henüz tam olarak ülke mevzuatlarına etkilerinin gösterildiği söylenemez. Oysa genel bir tabloya bakıldığında bu tarz virüslerin ortaya çıkışları ve küresel anlamdaki etkileri ülkelerin ekonomi, sosyal, sağlık, hukuk ve neredeyse her alan ve sektörlerinde hissedilmektedir. İnsanların bağışıklıklarının yaz aylarında üst düzeyde olmalarına karşın virüsün hala bu denli yaygın olması özellikle de son bahar ve kış aylarında daha ciddi sonuçları beraberinde getireceğini tahmin etmek güç değildir. Ülke ekonomisini baştan sona etkileyen bu virüs sebebiyle yaşanan işçi çıkarmaları, dükkân kapatmaları gibi krize sebep olabilecek davranışlar için devletin söz konusu salgını daha ciddi bir şekilde ele alarak gerekirse mevzuattaki yenilikler ve ilgili destek programları ile özellikle de KOBİ vasfındaki işletmelerin ayakta durabilmelerine yardımcı olması gerekir. Bu bağlamda, sağlık ve ekonomik tedbirlerin sağlam zeminde yürütülebilmesini teminen kanuni bir takım düzenlemelerin de güncellenerek ticari ilişkilerin ayakta tutulması hedeflenmelidir. Bunun için ise küresel salgına sebep teşkil eden COVID-19 virüsünün toplumsal ilişkiler açısından hastalığın seyri ve özellikleri dikkate alınarak teknolojinin nimetlerinden yararlanılmak suretiyle devlet tarafından tedbirler sıkılaştırılmalıdır. Örneğin pandemi süreci ile birlikte uzaktan eğitime geçilmesi, alışverişlerin marketlerin sanal ortamlarından yapılması gibi e-ticarete destek verilmesi, başta sağlık ekipmanlarının ve ilaç sektörünün gümrük işletmelerinin sadeleştirilmesi ve bunun gibi benzer tedbirlerin diğer sektörler açısından da düşünülerek hayata geçirilmesi öncelikli yapılması gereken işlemler arasında nitelendirilebilir. Dolayısıyla tıpkı Avrupa Birliği (AB) ülkeleri, Rusya, Çin vs. ülkelerde alınan tedbirlere benzer çalışmaların Türkiye açısından da değerlendirilerek ele alınması gerekebilecektir.

*Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, naksoy@mehmetakif.edu.tr, [ORCID ID: 0000-0002-1835-7476](https://orcid.org/0000-0002-1835-7476).

COVID-19 pandemisi sadece tüketicilerin değil, aynı zamanda bölgesel ve küresel çapta “pazar oyuncularının” pozisyonlarında da değişikliklere sebep olmuştur. Tüm dünya çapında ülkeler tarafından alınan izolasyon tedbirleri kapsamında gümrüklerin kapatılması ile iç pazarlara çekilme sonucunda uluslararası ticari işlem mübadelelerinin işleyişinde ciddi bir sorun yaşandığı gözlemlenmiştir. Dolayısıyla bu durum nihai kullanıcılar olan tüketicilere de yansımıştır. Bununla birlikte, bu durumdan en çok etkilenen lojistik şirketleri olmuştur. Zira, örneğin gümrük kapılarının kapatılması, dolar kurunun yükselmesi, alışveriş merkezlerinin kapatılması, insanların izolasyonu, mal ve hizmet taleplerindeki düşüş, işten çıkarmalar, insanlardaki korku ve panik psikolojisi sonucunda büyük çaptaki yüklemelerin akışlarının ciddi oranda düşmesine sebep olmuştur.

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilen COVID-19 salgınının başladığı Çin Halk Cumhuriyeti’ne (ÇHC) bir göz atalım. Her ne kadar ÇHC’nde artık Avrupa’ya kadar uzanan taşımacılık eski haline dönme girişimlerine başlamış olduğu söylenebilirse de havayolu, demiryolu, karayolu taşımacılığının tamamı zarar görmüştür. Lojistik şirketleri kırılğan alanlara, örneğin ülke içi karayolu ile taşımacılık yerine demir yolu taşımacılığına geçme gibi ekstrem koşullar uygulayarak alternatif taşıma yolları arayışlarına girmişlerdir. Zira karayolu taşımacılığında otomotiv sanayinin kendisi yedek parça ve toplama fabrikaların işleyişinin durma noktasına gelmesi sebebiyle zarar görmekte idi. Çin’de demiryolu taşımacılığı sayesinde anti-epidemi ilaçları ile medikal yüklerin taşınması sağlanmıştır. Ağırlaştırılmış tam mesai şeklinde yürütülen demiryolu taşımacılığı sayesinde Rusya ve Asya ülkeleri başta olmak üzere ÇHC Mayıs 2020 sonuna doğru toparlamaya başlamıştır. Bununla birlikte toplama sürecinde Çin gümrük birimlerinin de aktif rollerinin katkıları olmuştur. Özellikle de anti-epidemi ilaçların ve medikal yüklerin taşınması, ayrıca ham madde ve yedek parça gibi yüklerin gümrük birimlerince tescil süreçlerinde “yeşil koridorlar” oluşturularak “önce geçir- sonra gümrük işlemlerini uygula” rejimi ile toplama süreci hızlandırılmıştır.

Avrupa Birliğinde (AB) lojistikte pandemi sürecinde aksamalar olmakla birlikte yük taşımacılığı konusunda belirli sınırlamalar getirilmesine karşın, herhangi bir durdurulma vs. olmamıştır. Bununla birlikte müşteri ve talep konusunda ciddi azalma

yaşanmıştır. Bunun gibi Avrupa içinde ve uluslararası alanda yük taşımacılığında ciddi azalmalar görülmüş, nüfus izolasyonu sonucunda yollar boş kalmıştır. Hafta sonları yük taşıtlarının taşımacılığının yasaklayan tedbirler kaldırılmıştır. Uzmanlara göre Avrupa pazarındaki yük taşımacılığı en az % 40 oranında düşüşle sonlanacaktır. Bu konuda Avrupa Birliği (AB) üye ülkelerden özellikle Almanya, Letonya ve İtalya çeşitli tedbirler kapsamında pandemi sürecinde vergi tarifelerini düşürmüştür. Bunun yanı sıra pandemi sürecinde mücbir sebeplere dayandırılarak tarafların sözleşmelerini sona erdirilmesi durumlarında (dönme veya fesihlerde), ilgili yerel birimlerden (Letonya'da örneğin bu birim Sanayi ve Ticaret Odası olmaktadır) mücbir sebebe dayandırılarak ifanın engelleneceğini belgelemesi durumunda artık her hangi bir yargı sürecine ihtiyaç kalmadan borç ilişkilerinin sona erdirilebileceği yönünde yasal yenilikler getirilmiştir. Son olarak ise Avrupa ülkeleri arasındaki vergi vs. matrahlar düşürülmüştür.

Rusya Federasyonu (RF) lojistikte pandemi sürecinde çok iyi durumda olduğu söylenemez. Uzmanlara göre 2020 Mayıs ayına kadar Rusya taşımacılığında 230 milyar Rus Ruble'si tutarında zararın olduğu, bunun büyük oranın ise havayolu taşımacılığında yaşandığı ve neredeyse bu taşımacılık türünün durma noktasına geldiğini söylemektedirler. Depolar pandemi sürecinde yüklerin gelmemesinden dolayı boş durmaktadırlar. Benzer bir zorluklar demir ve karayolu taşımacılığında da yaşandığı söylenebilir. Yine uzmanlara göre taşımacılık sektöründe en az hasar şüphesiz ki demir yolu taşımacılığında olmuştur. AB ile olan ithalat ve ihracatlarında yine de düşme gözlemlenmektedir. Şöyle ki, Rusya pandemiden dolayı AB ile olan ticaretinde 507 milyar Rus Ruble'si tutarında zarara uğramış bu rakamın neredeyse yarısına yakın oran ise 230 milyar Rus Ruble'si tutarı sadece taşımacılık sektörünün zararını oluşturmaktadır. Rusya'nın coğrafi olarak AB ve ÇHC ile arada olmasından dolayı kara ve deniz yolu taşımacılığının da günde güne zayıflamasından dolayı, Rus hükümeti şirketlerin faaliyetlerinin sürdürebilmelerine destek olmak amacıyla vergi tatilleri, kredi ertelenmeleri, banka sübvansiyonları, kira ödemelerinin geçici ertelenmesi gibi ek tedbirler almaktadır.

Dünya çapında neredeyse her bir ülkeye yayılan COVID-19 salgınının Türkiye'deki ilk resmi tespit edilmiş vakası Sağlık Bakanlığı tarafından 10 Mart 2020'de duyurulmuştur. İlk vakanın akabinde Türkiye Cumhuriyeti (TC) Milli Eğitim Bakanlığı,

Millî Savunma Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Türk Hava Yolları vb. ilgili tüm kurum ve kuruluşların kararı ile okulların uzaktan eğitim şeklinde yapılması, cemaatle namaza ara verilmesi, askerî kışlalarda tüm celp, sevk ve terhis işlemlerinin bir ay boyunca ertelenmesi, tutuklu ve acil işler ile zaman aşımı davaları dışındaki tüm duruşma, müzakere ve keşiflerin 15 Haziran'a kadar durdurulması, havayolu şirketleri tüm yurt dışı ve yurt içi uçuşlarını ikinci bir duyuruya kadar sonlandırılması yönünde vb. tedbirler almıştır. Bununla birlikte, bazı illerde sokağa çıkma yasağı, belirli yaş kriterlerinin süreli sokağa çıkma izinleri, maske takma zorunluluğu gibi idari tedbirler de peyderpey alınmıştır. Ayrıca salgının cezaevlerine sıçramasının engellenmesi, kamu düzeninin bozulması riskinin bertaraf edilebilmesini teminen cezaevlerindeki doluluğu azaltmayı amaçlayan infaz indirimini öngören yasanın mecliste kabul edilerek 90 bine yakın mahkûm ve tutuklunun tahliye edilmesi de kayda değer diğer tedbirlerdendir. Son olarak yüzlerce köy, mahalle ve kasaba COVID-19 tedbirleri kapsamında karantinaya alınmıştır. COVID-19 pandemik krizi gerek dünya genelinde gerekse de ülkemizde insanların tüketim alışkanlıklarını değiştirdiğini ileri sürebiliriz. Zira önceki yıllara kıyasla tüketicilerin resmi makamların “evde kal” çağrısı üzerine ve idari yaptırımların da göz önünde bulundurulmasını da hesaba katarak evlerinde kalmaya gayret etmiştir. Bunun sonucu olarak ise tüketiciler birçok ülkede (Çin hariç) görüldüğü üzere, özellikle de Türkiye’de e- ticarete 15 Mart 2020 tarihinden itibaren ani bir sıçrayış yaşanmış ve bu durum 14 Mayıs 2020 tarihine kadar hep yüksek seyirde kalmıştır. Böylelikle tüketicilerin fiziksel mağazalardan alışveriş yapmanın yanı sıra sanal mağazacılığın getirdiği imkânlardan faydalanarak daha çok temassız olan online platformlara geçtiği görülmektedir. Bu değişimin zorunlu sonucu olarak ise sosyal ve ticari yaşamın artık eskiye oranla dijitalleşmeye doğru gittiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda ülkelerin internet teknolojisinin küreselleşen tüketim değişikliklerine ayak uydurabilmesi durumunda ve bu gelişimin küresel gelişime paralel bir hızda yaygınlaşmasını sağlayabilecek yasal zeminin adaptasyonu durumunda bu tarz krizlerden çok düşük oranda tüketimi etkileyeceğini söyleyebiliriz.

Mevzuat açısından söz konusu duruma bakıldığında, COVID-19 salgından dolayı ilk tedbir düzenlemeleri yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla yargılama sürelerine ilişkin Kanun ve Cumhurbaşkanı Kararı olmuştur. Şöyle ki, 25.03.2020 tarih ve 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile daha sonra

yürürlüğe giren 29 Nisan 2020 tarihinde alınan ve 30 Nisan 2020 tarihinde 31114 sayılı Resmi Gazete’de (RG) ve 2480 sayılı “*Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair*” Cumhurbaşkanlığı Kararı’dır. Yukarıda belirtilen 7226 sayılı Kanun’un Geçici Madde 1 ile, COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmesinden dolayı yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla aşağıdaki düzenleme yapılmıştır. Buna göre: “a) *Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, b) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanlığı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır”.*

Bununla birlikte, COVID-19 pandemisi’nin uzamasından dolayı 29 Nisan 2020 tarihli ve 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 30 Nisan 2020 tarihine kadar durdurulan sürelerin 6 aya kadar uzatma yetkisi bir kereye mahsus olmak üzere Cumhurbaşkanlığı’na verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararı ile söz konusu durma sürelerinin (Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç), 15 Haziran 2020 tarihine uzatılmıştır. Haziran, Temmuz ve Ağustos 2020 ayları itibarıyla ise kayda

değer herhangi bir yasal düzenleme veya bir karar alınmamış, tedbirler gevşetilmiş ve hastalık seyrinde doğal olarak artış gözlemlenmiştir.

Bunların yanı sıra, yukarıda yer alan 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın yorumlanmasında bu düzenlemeler çerçevesinde özellikle çeklere ilişkin sürelerin durup durmayacağı yönünde doktrinde görüş farklılıkları oluşmuştur. Bazı yazarlara göre 7226 sayılı Kanun'un Geçici Madde 1/a bendinde yer alan dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri gibi sürelerin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yer alan çeklerin ibrazına ilişkin süreleri (TTK m. 796/1-2) kapsamadığını, aksine yorumunda bankaların şu ana kadar yapmış oldukları çek ödemelerinin yasal olmadığını geçersiz olması gerektiği; buna karşın bazı yazarların ise bu sürelerin çekleri de kapsamı gerektiği, aksi takdirde karşılıklarının olmamasından dolayı çek düzenlemelerinin bankada karşılıkları olmadığı takdirde karşılıksız çek suçuna maruz kalabilecekleri savunulmuştur.

Günümüzde pandemi süreci ile önemini daha fazla gün yüzüne çıkaran sektör şüphesiz ki yük taşımacılığıdır. Bunun temel örneği yurt içinde yapılan taşımacılık, diğer bir ifade ile en basit şekli kargo faaliyetleridir. Zira siyasilerin “evde kal” çağrısı üzerine evlerinden bilgisayar, tablet veya mobil telefonlar gibi çeşitli araçlardan internet aracılığı ile yapılan e-ticaret sonucunda en büyük iş kargo şirketlerine düşmektedir. Bu şirketlerin de Türkiye çapında sayısının fazla olmamasından dolayı ciddi gecikmeler yaşanmıştır. Bu gecikmeler sebebiyle geç kalınmış ifa gibi sorunlar ortaya çıkmış gibi gözükse de ülke çapında ilan edilen sokağa çıkma yasağı, insanlarda oluşan işsizlik psikolojisi, mikrop kapma korkusu gibi sair tedbirler nedeni ile geç kalınmış ifa mücbir sebepten kaynaklı olarak nitelendirilebilmekteydi. Keza bu şekilde alınan ürünlerde genellikle yine sanal ortamda onaylanan sözleşmelerde kargo şirketlerinde yaşanabilecek gecikmelerin normal taşımacılık döneminde daha uzun olabileceği konusunda satım yapan siteler tarafından tüketicilere uyarı mesajları iletilmekte ve mesafeli satış sözleşmelerinin kapsamında bu durum konusunda bilgilendirme yapılmakta idi. Bununla birlikte, mesafeli satışlarda ödeme sistemleri meydana getirmektedir. Sanal âlemde yapılan ödemelerde kredi kartı bilgilerinin paylaşılması tüketicilerde bir tedirginlik ve şüpheli bir tavır sergilemelerine neden olmaktadır. Zira yapılan alıveriş sonucunda tüm bilgiler aynı şekilde tekrar satıcı tarafından kullanılarak daha fazla para çekilmesine sebep verebilecektir. Bu nedenle

güvenli olmayan sitelerden alışveriş yapılmaması konusunda uyarılar internet ortamında genellikle yer almaktadır. Keza bir elektronik ürün almanıza rağmen kutu içinde yapılan alışverişle ilgisi olmayan ürünlerin çıkmasını bertaraf edilmesi için tüketicilere “şeffaf kargo” alternatifinin getirilmesi de bir tedbir olarak görülebilir düşüncesindeyiz.

Ödeme konusunda şüpheli durumlara sebebiyet vermemek için de ödeme işlemlerinin sistemli bir hale getirilmesi gerekir. Örneğin bazı ünlü e-ticaret siteleri (gittigidiyor.com.tr, n11.com.tr, hepsiburada.com.tr vs.) ödemelerin kendi hesapları üzerinde tuttuğu ve ürününü alıcıya tesliminin alıcı tarafından kontrollerin yapılmasından sonra onay vermesi ile sitelerin satıcılara paranın hesaplarına geçmelerini sağladığı da görülmüştür. Bu durumda alıcı ve e-ticaret sitesi arasında satıcı üzerinde ortak bir kontrol mekanizması sağlanmasına vesile olmasından dolayı tüketicinin korumasına yönelik bir anlayış gibi gözükse de, aslında satıcıyı da korumaya almaktadır. Zira tüketicinin olası para ödememe durumuna karşın, e-ticaret sitesinin parayı hesabında tutması ve satıcı şirketin edimlerini eksiksiz ifa edildiği durumda parasını eksiksiz olarak alacağını teminat altına alınmış olmaktadır. Diğer bir ifade ile “Sıfır Risk Sistemi” denilen bu ödeme-onay sistemi ile hem alıcılar hem de satıcılar daha güvenli bir e-ticareti yapması sağlanmıştır. Bunun gibi evinde kullanılmayan eşyaların trampa veya normal satış yoluyla da yine e-ticaret platformunda elinden çıkarmaya çalışan “letgo” gibi diğer e-ticaret siteleri özellikle de pandemi ve benzer krizlerde tüketiciler için farklı alternatifler oluşturmuştur.

Çalışmada Türkiye ile yakın ticari ilişkileri olan birkaç ülkenin pandemi sürecindeki ekonomik durumlarına ilişkin kısa bilgiler verilmiştir. Çalışmada ayrıca virüs nedeniyle e-ticarete geçilmesi ve bu sebeple etkilenen lojistik sektöründe yaşanan sorunlara genel birkaç ülkeler açısından değinildikten sonra, Türkiye’deki söz konusu alanda mevcut duruma değinilmiştir. Son olarak COVID-19 kaynaklı pandemi sebebiyle ülkede yapılan mevzuat değişikliklerinin yanı sıra, bu dönemde taşımacılık sektörü açısından neler yapılabileceği konusunda fikir yürütülmüştür.

II. OTURUM (TİCARET HUKUKU)

COVID-19 SALGININ ŞİRKETLER HUKUKUNDA YARATTIĞI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Murat GÜREL **

I. GİRİŞ

Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını 28.8.2020 tarihi itibarıyla hala etkisini azaltmamıştır. Hatta son veriler salgının devam edeceğini göstermektedir. Salgının etkilerinin devam etmesi, ekonominin önemli aktörlerinden olan ticaret şirketlerini de çeşitli yönlerden etkilemektedir. Tebliğde ülkemizdeki yaygınlıkları sebebiyle sermaye şirketleri özelinde hem bu sorunları ortaya koymaya hem de karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri gözönüne alarak bazı çözümler öne sürmeye çalışacağım.

II. SORUNLAR

A. GENEL KURUL TOPLANTISI YAPILMASI

Kişiler birliği olan şirketlerde ortaya çıkan ilk sorun genel kurul toplantısına ilişkindir. 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵² m. 2.1.d’de kooperatiflerin genel kurulları 31.7.2020 tarihine ertelenmiştir. Tebliğin hazırlandığı tarih itibarıyla bu erteleme süresi dolmuştur. Diğer şirketler bakımından ise genel kurul toplantıları ertelenmemiştir.

Şirketlerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri ve özellikle kriz dönemlerinde gereken bazı kararları alabilmeleri için genel kurul toplantısı yapmalarına ihtiyaç vardır. Örneğin şirketin özkaynağa ihtiyacı varsa sermaye artırım kararı alması veya faaliyetine devam edebilmesi için başka şirketlerle birleşmesi gerekebilir. Yine yönetim kurulunun/müdürler kurulunun süresi dolmuşsa yenilerinin seçilmesi gerekebilir. Bu sebeplerle şirketlerin genel kurul toplantısı yapılmasının kolaylaştırılması sağlanmalıdır.

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Murat.Gurel@ankara.edu.tr, [ORCID ID: 0000-0002-4671-9374](https://orcid.org/0000-0002-4671-9374).

⁵² RG, 17.4.2020, S. 31102.

Elbette mevcut hukukî durumda fiziki toplantı yapılabilmeyle birlikte, toplantıya sağlık nedeniyle katılmaktan çekinen pay sahiplerinin/ortakların katılma haklarının sağlanması gerekmektedir. Bu genel kurul bakımından ilk sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Düşünülmesi gereken bir diğer sorun da fiziki toplantı zorunluluğu karşısında bazı önemli kararların alınmasında gerekli yetersayılara ulaşılamadığından gerekli kararların alınamamasıdır.

B. ŞİRKETİN ÖZKAYNAKLARININ KORUNMASI VE ARTIRILMASI

Şirketin özkaynaklarının korunması da nakit akışı düşen şirketlerin faaliyetlerine devam etmesi için önemlidir. Bu amaçla olsa gerek 7244 sayılı Kanun m. 12 ile 6102 sayılı TTK'ya eklenen geçici m. 13 ile sermaye şirketlerinde kâr dağıtımının 30.9.2020 tarihine kadar sınırlandırılmıştır. Öte yandan böyle bir tercihin yerindeliği de sorgulanmalıdır.

Yine nakde ihtiyacı olan şirketlerde, nakit girişinin bir an önce sağlanması için sermaye artırımını usulünün kolaylaştırılması düşünülebilir.

C. YAPISAL DEĞİŞİKLİKLERİN KOLAYLAŞTIRILMASI

Nakit sıkışıklığı içinde bulunan şirketler faaliyetlerini “ekonomik” anlamda devam ettirmek için başka şirketlerle birleşmek zorunda kalabilir. Ancak salgın nedeniyle bilânçolardaki bozulmalar hem ara bilanço çıkarma zorunluluğu doğurabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin gerçek ekonomik durumunu yansıtmayabilir. Bu durum birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarının paylarının adil değerini almalarına engel olabilir veya yapısal değişiklik işlemlerinin gerçekleşmesini güçleştirebilir. Bu çerçevede salgının şirket bilânçoları üzerindeki olumsuz etkileri

D. İFLÂS BAŞVURUSU ZORUNLULUĞU

TTK m. 376 ve İİK m. 179 gereği şirket, borca batık hâle geldiğinde gerekli önlemleri almazsa iflâs başvurusunda bulunmak zorundadır. Covid-19 salgını nedeniyle şirketlerin nakit akışı düşmesi, onları ilave borçlanmaya itebilir. Bu durum ise şirketlerin borçluluk oranını arttıracığı için şirketlerin borca batık hale gelmesine yol açabilir. Salgın olmasa idi faaliyetlerine devam edebilecek bu şirketlerin iflâs başvurusunda bulunup bulunmama zorunluluğu da ayrı bir sorun olarak görülebilir.

III. ÖNERİLER

Anılan sorunların çözümü için Türk öğretisinde de çeşitli öneriler sunulmuştur. Tebliğde hem Türk öğretisindeki önerilerden⁵³ hem de diğer hukuk sistemlerinde benimsenen çözümlerden de hareketle Türk şirketler hukuku için önerilerde bulunacağım. Bu öneriler değerlendirilirken olağanüstü koşulların, olağanüstü tedbirleri zorunlu kıldığı hatırdan çıkmamalıdır. Dolayısıyla yapılacak bu öneriler, salgın dönemiyle sınırlı kalmalıdır. Bu çerçevede olağanüstü koşullar için öngörülecek kurallar geçici olmalı ve olağan dönemi de kapsayacak şekilde genelleştirilmemelidir.

Önerilerimi genel kurul kararlarının alınmasının kolaylaştırılması, doğrudan iflâs hükümleri ile şirket sermayesinin üçte ikisinin kaybı hâlinde şirketin sona ereceğine ilişkin düzenlemenin uygulanmaması, yapısal değişiklik işlemleri ile sermaye artırımının kolaylaştırılması ve nihayet kâr payı dağıtım yasağının tekrar düşünülmesi başlıkları altında sunacağım.

A. GENEL KURUL KARARLARININ ALINMASININ KOLAYLAŞTIRILMASI

1. Genel Kurula Elektronik Ortamda Katılım

Covid-19 salgını sonrasında sermaye şirketlerinde genel kurul toplantılarının yapılabilmesini kolaylaştırmak amacıyla Ticaret Bakanlığı 20.03.2020 tarihinde yaptığı bir duyuru ile esas sözleşmesinde hüküm bulunmayan şirketlerin pay sahiplerinin de elektronik genel kurul yoluyla toplantıya katılımına imkân sağlamıştır⁵⁴. Bu duyurunun TTK m. 1527'ye aykırı olduğu açıktır.

Kanuna aykırılığı gidermek için bir kanun değişikliği ile esas sözleşmede hüküm olmasa bile anonim ve limited şirketlerde elektronik genel kurul yapılmasına imkân tanınabilir. Nitekim Alman hukukunda “Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk, İflâs Hukuku ve Ceza Usul Hukukundaki Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun'da⁵⁵

⁵³ Bu öneriler için bkz. **Çağlar, Hayrettin (ed.):** COVID-19 Salgınının Ticaret Hukukuna Etkileri, TÜBA COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Rapor, s. 90 vd. (<http://www.tuba.gov.tr/files/yayinlar/raporlar/Hukuk%20Raporu.pdf>, erişim tarihi: 29.7.2020).

⁵⁴ <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama> (erişim tarihi: 19.7.2020).

⁵⁵ „Gesetz zur Abmilderung der Folgender COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, s. 569 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl114s2020.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0569.pdf%27%5D__1595572541486, erişim tarihi: 24.7.2020).

bu konuda bir düzenleme yapılmıştır. Bu Kanun her biri ayrı bir kanun başlığını taşıyan Artikel'lere bölünmüştür. Artikeller de kendi içinde paragrafa bölünmüştür. Doğrudan şirketler hukukunu düzenleyen Artikel 2'nin başlığı "Covid-19 Salgınının Etkilerinin Azaltılması için Şirketler, Kooperatifler, Dernekler, Vakıflar ve Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Alınan Tedbirler Hakkında Kanun"⁵⁶dur (Covid-19 Şirketler Kanunu). Bu Kanun § 1'de yönetim kurulunun, gözetim kurulunun da onayı (§1.6) ile esas sözleşmede hüküm olmasa bile pay sahiplerinin genel kurulda elektronik ortamda katılabilmesine (§ 1.1), elektronik ortamda oy kullanabilmesine, gözetim kurulu üyelerinin görüntü ve ses nakliyle katılabilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Bunun ötesinde yönetim kurulu belli şartların sağlanması hâlinde fiziksel katılımın olmadığı tamamen sanal ortamda genel kurul yapılmasına karar verebilir (Covid-19 Şirketler Kanunu § 1.2). Böyle bir ihtimalde pay sahipleri toplantıya fiziken katılamayacaktır⁵⁷.

Benzer bir kanuni düzenlemenin Türk hukukunda da yapılması, Bakanlık duyurusunun TTK m. 1527'ye aykırılığı konusundaki eleştirileri⁵⁸ bertaraf etmeye yarabileceği, hukuk güvenliğine de hizmet edecektir.

2. Genel Kurulda Elden Dolaştırma Usulü veya Yazılı Oy Kullanmaya İzin Verilmesi

Elektronik ortamda genel kurula katılmanın çeşitli zorlukları olabilir. Bunun için altyapı kurulması, e-imza gereği vs. gibi ilave masraflar bu yöntemi caydırabileceği gibi, pay sahiplerinin elektronik ortama aşına olmaması da bir diğer engel olabilir. Bu sebeple anonim şirketlerde de limited şirketlerde (TTK m. 617.4) olduğu gibi elden dolaştırma yoluyla karar alınabileceğine yönelik kanunî düzenleme yapılabilir.

Ancak bu şekilde karar alınabilmesi için hiçbir ortağın itiraz etmemesi gerekir. Kanaatimizce salgın süresince bu koşulun da kaldırılması gerekir. Aksi hâlde karar almayı kolaylaştırma amacına ulaşmak mümkün olmayabilir. Dolayısıyla anonim şirketlerde elden dolaştırma yoluyla karar alınması benimsenmeli; ayrıca hem limited şirket hem anonim şirketlerde ortağın/pay sahibinin itirazı olmaması şartı, salgın

⁵⁶ „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“.

⁵⁷ **Lieder, J.:** Unternehmensrechtliche Implikationen der Corona-Gesetzgebung, ZIP 2020, s. 840.

⁵⁸ Bu husustaki bkz. **Ünal, Mücahit** (Editör.: Muhammet Özekes): Koronavirus (Covid-19) Salgını Nedeniyle Alınan Önlemlerin Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu, Müdürler Kurulu ve Genel Kurul Toplantılarına Etkisi, Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 597-622, s. 608.

sürecince kaldırılmalıdır. Nitekim Alman hukukunda limited şirketler bakımından bu şart kaldırılmıştır (Covid-19 Şirketler Kanunu § 2). İtiraz şartı kaldırılrsa bile, önerinin bütün pay sahiplerine/ortaklara yapılması zorunluluğu muhafaza edilmelidir. Pay sahipleri/ortaklar, karar alma usulüne itiraz edemese bile, gerekli çoğunluğu sağlamaları hâlinde kararın alınmasını engelleyebilmelidir.

B. SERMAYE ARTIRIMININ KOLAYLAŞTIRILMASI

Salgın sonrası anonim ve limited şirketlerin özkaynak ihtiyaçlarını sermaye artırımını yoluyla karşılama zorunluluğu doğabilir. Bu sürecin hızla tamamlanması için şirketin sermaye artırımını kolaylaştırılmasına yönelik tedbirler de alınabilir.

Sermaye artırımının kolaylaştırılmasına çeşitli hukuk sistemlerinde rastlanmaktadır. Örneğin Alman hukukunda Ekonomik İstikrar Fonu'nun sermaye artırımına katılacağı şirketlerde esas sermaye sistemindeki pek çok kurala istisna öngörülmüştür⁵⁹. Bunun dışında diğer ülkeler de genel olarak sermaye artırımının kolaylaştırılması yönünde tedbir almıştır⁶⁰.

Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de gözönüne alınarak Türk hukuku bakımından da aşağıdaki tedbirler düşünülebilir. Ancak bu tedbirlerin salgın dönemi ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği hatırdan çıkmamalıdır.

1. Rüçhan Hakkının Kısıtlanması

Yeni sermayeye ihtiyaç duyan şirketlerde üçüncü kişilerin sermaye artırımına katılmasında engellerden biri de pay sahiplerinin rüçhan hakkıdır. Salgın döneminde şirkete sermaye koymanın yanı sıra başka katkılarda bulunabilecek olan kişilerin sermaye artırımına katılabilmesi için rüçhan hakkının kısıtlanmasını kolaylaştırmak düşünülebilir.

Elbette TTK m. 461.2 kapsamında salgın döneminde şirkete yatırım yapacak kişi lehine rüçhan haklarının kısıtlanması haklı sebep teşkil edebilecekse de TTK m. 461.2'de yer alan esas sermayenin asgari yüzde 60'ını öngören karar yetersayısı sağlanamayabilir. Buna göre, TTK m. 461.2'deki yetersayının düşürülmesi önerilebilir.

⁵⁹Bu konuda bkz. Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds Artikel 2 (undesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, s. 543 vd., https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0543.pdf%27%5D_1596041597568, erişim tarihi: 29.7.2020).

⁶⁰Çeşitli ülkelerin aldığı tedbirler için bkz. **Zetsche, D. A./Anker-Sørensen, L./Consiglio, R./Yeboah-Smith, M.:** Covid-19 Crisis and Company Law -Towards Virtual Shareholder Meetings-, s. 30 vd. (<https://ssrn.com/abstract=3576707>, erişim tarihi: 29.7.2020).

Yine şirketin ihtiyaç duyduğu yeni sermayenin bir an önce şirkete ödenmesini temin için pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanma süresi 15 günden (TTK m. 461.3) daha kısa bir süreye indirilebilir⁶¹.

2. Yetersayıların Düşürülmesi

Sermaye artırımında aranan yetersayıların düşürülmesi de şirketin ihtiyacını duyduğu özkaynağa ulaşmasını kolaylaştırabilir. Anonim şirketler bakımından TTK m. 421'de, limited şirketler bakımından ise 621.1.d'de öngörülen toplantı ve karar yetersayılarının düşürülmesi bu amaçla önerilebilir. Böylece sermaye artırım kararının alınması kolaylaştırılabilir.

3. Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması

Bu başlık altında yapılan önerilerin çoğu, olağan dönem şartlarında düşünüldüğünde pay sahiplerinin haklarını büyük ölçüde ihlâl edici niteliktedir. Yaptığımız öneriler olağanüstü salgın koşullarında şirketlerin yaşamaya devam etmesini hedeflediği için olağan dönemde kabul edilemeyecek şekilde pay sahiplerinin haklarının kısıtlanması veya ihlâl edilmesi sonucunu doğuracaktır. Öte yandan bu önerilerin gerçekleştirilmesi şirketlerin faaliyetlerini devam ettirmelerini de sağlayabilecektir. Bu açıdan, pay sahiplerinin haklarını ihlâl eden işlemlerin yapılmasına *ex-ante* izin verilmesi, ancak bu önerilerin pay sahiplerini zarara uğratma amacıyla kullanılması hâlinde ise, sorunun, yönetim kurulu sorumluluğu yoluyla çözülmesi (*ex-post*) en uygun yol olarak görülmektedir⁶². Buna göre, şirketin ihtiyacı olmaksızın sadece azınlık pay sahiplerinin pay sahipliği oranını düşürmek için alınan sermaye artırım kararı veya rüçhan hakkı kısıtlanması yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurabilir. Ancak burada da pay sahiplerinin uğradığı her zararın giderilmesi hedeflenmemeli, kararın alınmasında özen yükümlülüğünü ihlâl etmeyen yönetim organının sorumluluğu doğmamalıdır.

C. YAPISAL DEĞİŞİKLİKLER BAKIMINDAN

Covid-19 salgınının etkilenen şirketlerin “ekonomik” olarak varlığını devam ettirebilmesi için birleşme veya bölünme işlemleri gerçekleştirilmesi ihtimal dahilindedir. Bu tür işlemler, şirketlerin Covid-19 salgının yarattığı olumsuzluğu atlatmasına da

⁶¹ **Enriques, L.:** Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis, Law Working Paper N° 530/2020, July 2020 s. 11 (http://ssrn.com/abstract_id=3641505, erişim tarihi: 29.7.2020).

⁶² **Enriques,** s. 19.

yardımcı olabilir. Dolayısıyla yapısal değişikliklere girişmek isteyen şirketler bakımından da salgının etkileri gözönüne alınarak bir düzenleme yapılması önerilebilir.

Yapısal değişiklikler bakımından önerilebilecek tedbir, Covid-19 salgını sonrası ticarî faaliyeti duran şirketlerin bilançolarındaki bozulmaların yapısal değişiklik işlemine etkisinin azaltılmasıdır. Bilindiği üzere birleşme ve bölünme işlemlerinde pay değişim oranının hesaplanmasında şirketin bilançosu da dikkate alınmaktadır (TTK m. 140). Salgın öncesinde sağlıklı bir bilançoya sahip şirketin, salgın sonrasında bilançosunda meydana gelen değişikliklerin etkisini azaltmak için TTK m. 144 ve m. 165’de yer alan “*son bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmişse*” ara bilanço çıkarılması düzenlenmesi zorunluluğu hafifletilerek, ara bilanço çıkarılması yapısal değişikliğe katılan şirketlerin takdirine bırakılabilir. Yine salgının etkisini bertaraf etmek için birleşme ve bölünme işlemlerinde 31.12.2019 tarihindeki bilançonun kullanılabilmesi hükme bağlanabilir.

Öte yandan belirtelim ki, bu önerilerimiz sadece şirketlere bu konuda tercihte bulunma hakkı verilmesi yönünde olup, yapısal değişikliklerde hiç ara bilanço çıkarılmayacağı veya 31.12.2019 tarihli yıllık bilançonun kullanılmasının zorunlu tutulması uygun olmayacaktır.

D. İFLÂS BAŞVURUSU ZORUNLULUĞU BAKIMINDAN

Ticaretin neredeyse durması nedeniyle gelir yaratamayan şirketler, ödeme güçsüzlüğüne düşebilir veya borca batık duruma gelebilir. Bunun sonucunda normal durumda sağlıklı olan şirketlerin, sadece salgın nedeniyle iflâs etmesi ihtimali doğabilir (TTK m. 376, İİK m. 178, 179). Ekonomik olarak verimli olan şirketlerin sadece salgın nedeniyle iflâs etmesi genel ekonomi açısından zararlı olacaktır. Dolayısıyla ödeme güçsüzlüğü veya borca batıklık durumu, Covid-19 salgınından kaynaklanıyorsa ve şirketin salgın sonrasında bu durumdan çıkma ihtimali varsa İİK m. 178, 179 ve TTK m. 376 hükümlerinin uygulanması ertelenebilir⁶³.

Nitekim Alman ve İsviçre hukukunda bu konuda düzenleme yapılmıştır. Alman hukukunda Covid-19 Salgınının Medeni Hukuk, İflâs Hukuku ve Ceza Usul Hukukundaki Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun’un 1. Artikel’i, İflâs

⁶³ Çağlar, s. 90.

Başvurusu Yükümlülüğünün Geçici Olarak Durdurulması ve Covid-19 Salgınına Bağlı İflas Nedeniyle Organ Sorumluluğunun Sınırlanması Kanunu'dur (Covid-19 İflas Kanunu). Bu Kanun'un § 1.1'e göre 30.09.2020'ye kadar doğrudan iflâs başvurusunda bulunma yükümlülüğü durdurulmuştur. Ancak bu düzenlemenin uygulanabilmesi için iflâs koşullarının Covid-19 salgınından doğması ve ödeme güçsüzlüğü durumunun ortadan kaldırılması ihtimalinin bulunması gerekir. Bu iki koşulun sağlanması bakımından bir de karine kabul edilmiştir. Eğer borçlu 31.12.2019 tarihinde ödeme güçsüzlüğü hâlinde değilse, o zaman iflâs riskinin Covid-19 salgınından doğduğu ve ödeme güçsüzlüğü halinin ortadan kaldırılabilirliği karine olarak kabul edilmektedir.

İsviçre hukukunda da benzer bir düzenleme yapılmıştır: Korona Krizi ile Mücadelede İflâs Hukukuna İlişkin Mücadele Tedbirlerine İlişkin Tüzük⁶⁴ m. 1'de borca batıklık hâlinde şirketin iflâsı için mahkemeye başvurmadan vazgeçebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için şirketin 31.12.2019 tarihi itibarıyla borca batık olmaması ve borca batıklığın 31.12.2020'de sona ereceğinin öngörülebilmesi gerekir (Tüzük m. 1.1). Yönetim kurulu mahkemeye başvurmama kararının gerekçesini yazılı olarak belgelemelidir (Tüzük m. 1.2). Bu düzenleme sermaye kaybı veya borca batıklık nedeniyle mahkemeye başvurma zorunluluğu bulunan diğer kişilere de uygulanacaktır (Tüzük m. 2).

Yine borca batıklık nedeniyle iflâs başvurusu yanında şirketin özkaynaklarının, sermayenin üçte birine inmesi hâlinde şirketin sona ermesini veya sermaye azaltımı yapmasını öngören TTK m. 376.3'ün uygulanmasının da ertelenmesi düşünülebilir⁶⁵.

E. KÂR PAYI DAĞITIMI YASAĞININ YENİDEN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

Son önerimiz ise kâr payı dağıtım yasağının yeniden gözden geçirilmiştir. Öğretide de ifade edildiği üzere, kâr payı dağıtım yasağının amaca uygunluğu tartışmalıdır⁶⁶. Bu konu yönetim kurulunun ve genel kurulun takdirine bırakılmalıdır. Çeşitli hukuk sistemlerine bakıldığında reel sektördeki şirketler bakımından kâr payı

⁶⁴ Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronakrise, AS 2020, s. 1233, <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2020/1233.pdf> (erişim tarihi: 27.7.2020).

dağıtım konusunda bir düzenleme yapmaktan kaçındıkları sadece yöneticilerin bu konuda daha hassas olmasını tavsiye ettikleri⁶⁷; hatta Almanya'da önceki dönem kârının dağıtım için yönetim kuruluna esas sözleşmede yetki verilmesi şartının kaldırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda da kâr dağıtım yasağının devamı olması gereken hukuk bakımından gözden geçirilmelidir.

Son olarak Türkiye koşullarında, kâr dağıtım yasağı alınması amaca uygun görülüyorsa o zaman, ekonomik olarak kâr dağıtım ile benzer sonuçlar doğuran şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda da bir sınırlama öngörülmesi, en azından yasağın dolanılmasını engellemek bakımından yararlı olacaktır.

¹⁴ Benzer kuralın bulunduğu İspanya'da bu yönde düzenleme yapıldığı hakkında bkz. **Gurrea-Mart ínez, A.:** Directors' Duties of Financially Distressed Companies in the Time of COVID-19, The COVID-19 Pandemic and Business Law:

A Series of Posts from the Oxford Business Law Blog, s. 17 (erişim tarihi: <https://ssrn.com/abstract=3573419>).

¹⁵ Bkz. **Bilgin, H. Y.:** Covid-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'na 7244 Sayılı Kanun'la Eklenen Geçici 13. Madde İle Sermaye Şirketlerine Getirilen Sınırlamaların Ekonomik Analizi, Covid-19 Salgının Hukuk İBoyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, Ss. 623-628, s. 623 vd.

⁶⁷ Bu hususta bkz. **Zetsche/Anker-Sørensen/Consiglio/Yeboah-Smith**, s. 29

COVID-19 SALGINI KARŞISINDA, RİSKİN ERKEN SAPTANMASI KOMİTESİNİN GÖREV VE SORUMLULUKLARININ YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR **

GİRİŞ

Ticari faaliyet ekseninde anonim şirket, tercihlerden kurulu bir demiryolu üzerinde hareket eden ve ulaşacağı hedef doğrultusunda ilerleyen bir trene benzetilebilir. Yapılan tercihler, bir bütün olarak şirketin izleyeceği yolun ve ulaşacağı hedefin belirlenmesine etki etmektedir. Faaliyet konusunun seçimi, yatırımların yapılması, müşteri ve tedarikçiler karşısında izlenen yöntemler, sorunların çözümüne yönelik tercihler, borçlanma ve yatırım seçenekleri gibi başlıkların her biri aslında belirli bir kararı göstermektedir. Bu karar, bir seçimin yapılmasını olduğu kadar, o seçimin muadili olabilecek ihtimalden vazgeçilmesini de içerir. Bu yönüyle, şirketin sürekli olarak çeşitli risklerle karşı karşıya olduğu; bunların yönetiminin ve alınacak tedbirlerin planlanmasının da özel bir çabayı gerekli kıldığı anlaşılabilir.

Şirketin karşı karşıya kaldığı riskler ve bunların etkin şekilde yönetimi finans alanındaki uzmanların olduğu kadar⁶⁸, hukuk öğretisinin de ilgi alanına girmektedir⁶⁹. Risk, en geniş yaklaşımla, belirli bir olumsuz sonucun gerçekleşme ihtimali olarak adlandırılmaktadır⁷⁰. Şirketlerin karşılaşılabileceği başlıca riskler, piyasalardaki

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ozsemih@gmail.com, [ORCID ID: 0000-0003-0467-1517](https://orcid.org/0000-0003-0467-1517).

⁶⁸ Konuya ilişkin örnek olarak bkz. **Merna, T./Al-Thani, F.:** Corporate Risk Management, West Sussex 2011.

⁶⁹ Konuya ilişkin örnek olarak bkz. **Rosen, R.:** Risk Management and Corporate Governance: The Case of Enron, Connecticut Law Review, C. 35, 2002, s.1157 vd.

⁷⁰ Bkz. **Hall, C. P.:** Curricular Concepts in Risk and Insurance, The Journal of Risk and Insurance, C. 34, S. 3, 1967, s. 462-467. Hall tarafından, riskin ancak bilinci olan varlıklar üzerinde gerçekleşebileceği görüşü savunulmakta ve bu çalışmamızda, anılan görüşe katılmamaktadır. Kanaatimizce, riskin üzerinde gerçekleşeceği varlığın bilinç taşıması gerekmemektedir. Riskin gerçekleşmesi durumunda karşılaşılan olumsuz durumun sonuçlarının, ancak bilinci olan bir varlık tarafından anlaşılabilmesi, bir ölçüde savunulabilir. Örneğin, çok sevilen bir tablonun yere düşme riski gerçekleşir ve tablo zarar görürse, bunun oluşturduğu olumsuz etkileri bilinci olan bir insanın anlayabileceği açıktır. Buna rağmen, risk tablo üzerinde gerçekleşmiştir ve ondan etkilenen kişilerden bağımsız olarak, tablonun riskle karşı karşıya kalması için bilincinin olması aranmaz.

değişimlerden, ticari faaliyetlerden, doğal afetler gibi dış etmenlerden kaynaklanabilir⁷¹. Ekonomideki değişimler, döviz kurlarındaki dalgalanmalar, yapılan yatırımların sonuçsuz kalması ve doğal afetler, bu kapsamda sayılabilir. 2020 yılının başlarından itibaren, önce dünyanın çeşitli ülkelerinde yayılmaya başlayan ve sonrasında da, Türkiye’de de etkisini göstermeye başlayan Covid-19 salgını da, doğal afetler başlığı altında değerlendirilebilir. Salgının dünya sağlık sisteminde ve sosyal hayatta meydana getirdiği değişikliklerle birlikte, ekonomi sistemi üzerinde de dikkate değer etkileri oluşmuştur. Anonim şirketlerin de, yürüttükleri ticari faaliyet nedeniyle, bu kapsamlı sonuçlardan etkilendikleri açıktır.

Çalışmanın amacı, anonim şirketlerin yönetim kurulu alt komiteleri çerçevesinde, karşı karşıya kalınabilecek riskler açısından görev ve sorumlulukların, özellikle Covid-19 salgını çerçevesinde yeniden değerlendirilmesidir.

I. RİSKİN ERKEN SAPTANMASI KOMİTESİ

A. KOMİTENİN GÖREVLERİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde, riskin tespitine yönelik bir komitenin kurulması zorunlu hale getirilmiş; bunun dışında kalan şirketler açısından ise zorunluluğun ancak, denetçinin anılan komitenin kurulmasını gerekli gördüğünü yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi halinde söz konusu olacağı belirtilmiştir⁷².

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ) çerçevesinde, anonim şirketlerin bünyesinde oluşturulan komiteler arasında Riskin Erken Saptanması Komitesi’ne de yer verilmiştir (m. 4.5.12)⁷³.

⁷¹**Servaes, H/ Tufano, A.:** The Theory and Practice of Corporate Risk Management, Journal of Applied Corporate Finance, C. 21, S. 4, 2009, s. 6

⁷² “Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir.”, (m. 378/1).

⁷³ Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ, (Seri:IV, No:56 – RG. S.: 28158, T: 30.12.2011).

Riskin erken teşhisi, ilgili önlemlerin uygulanması ve riskin yönetilmesi, Komite'nin temel görevlerindedir. Riskin kapsamı açısından, yalnızca şirketin varlığını tehlikeye düşürenlerin değil, şirketin gelişmesini engelleyebilecek risklerin de Komite'nin görev alanına girdiği belirtilmiştir. Buna göre, Komite'nin görevinin sadece şirketin mevcut halinin muhafazasından ibaret olmadığı, şirketin gelişim ivmesinin önüne çıkabilecek engellerin de öngörülmesini gerekli kıldığı açıktır. Belirtilen tercih, Tebliğ'in Komite'ye yüklediği görevin, ön alıcı (*pro active*) niteliğine de işaret etmektedir. Bu aynı zamanda, Komite'nin görev ve sorumluluk eşliğini yükselten bir nitelik taşımaktadır.

Kanun gerekçesinde, komitenin amacının riskin yönetilmesini ve olası risklere karşı, yönetim kurulunun haberdar edilmesini sağlamak olduğu belirtilmektedir⁷⁴. Her iki ayda bir Komite tarafından, yönetim kuruluna risk değerlendirmesine ilişkin bir rapor sunulacaktır. Rapor sadece sorunları tespit etmekle yetinmemeli, olası riskleri de öngörmeli ve bunlara ilişkin çözüm önerileri sunmalıdır (TTK m. 378/2)⁷⁵. Bu haliyle, Komite'nin yalnızca “uyarı” işlevinin bulunmadığı; aynı zamanda, bu risklerin idaresi hususunda da öneriler getirmeye yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Yürütülen faaliyet yapısı itibarıyla bir denetim niteliği taşımamakta ve riskler çerçevesinde, şirketin ticari geleceğinin yorumlanması üzerinde yoğunlaşmaktadır⁷⁶.

B. KOMİTE RAPORLARI YÖNETİM KURULU AÇISINDAN BAĞLAYICI MIDIR?

Tebliğ, risk karşısında nasıl davranılması gerektiği açısından, Komite'nin yanı sıra, yönetim kuruluna yönelik esaslar da belirlemektedir. Yönetim kurulu, şirketin büyüme ve getiri beklentileri ile alınacak riski dengelemeli; şirketin uzun vadeli çıkarlarını dikkate alarak, tedbirli bir risk yönetimi sergilemelidir (m. 4.1).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, yönetim kurulunun risk yönetimi açısından sorumluluklarına dair genel sınır dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kurulun “*şirketin*

⁷⁴ Komite faaliyetinin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davalarının önüne geçebileceği yönünde bkz. **Şahin, Âdem:** Riskin Erken Teşhis Komitesi (M. 378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 7, S.2, 2016, s. 295.

⁷⁵Komitenin, geniş anlamda bir risk yönetim sistemi olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Yaşar, Tuğçe Nimet:** Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, 2016, s. 85.

⁷⁶ “...denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir.”, (6102 sayılı Kanun Gerekçesi, m. 378).

işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili” olduğu belirtilmiş ve şirketin üst düzeyde yönetimi ile üst gözetimi, devredilemez yetkiler arasında sayılmıştır (m. 374, 375). Şirket yönetim kurulu üyelerinin “tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranma” ve “şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme” yükümleri de, şirketin menfaatlerini gerçekleştirme yolunda karşılaşılabileceği olası risklerin öngörülmesini ve bunlara karşı tedbirli olunmasını gerekli kılmaktadır.

Komite tarafından sunulan raporun dikkate alınması ve sunulan çözüm önerilerinin takip edilmesi, doğrudan yönetim kurulunun takdirindedir⁷⁷. Buna göre, Komite raporu kurul açısından bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Kurul, rapordan iki ayrı şekilde farklılaşabilir. İlki, öngörülen riskin ve buna bağlı olarak açıklanan olası olumsuzlukların hiç dikkate alınmamasıdır. İkincisi ise, riskin kabulü ve ancak, alınacak önlemler yönünden raporda önerilenlerden farklı bir çözümün benimsenmesidir. Bununla birlikte, kanaatimizce, tedbirli davranma ve şirket menfaatlerini gözetme yükümlülüğü bulunan yönetim kurulunun, rapor doğrultusunda davranmama kararını makul bir şekilde gerekçelendirebilir olması aranmalıdır. Özellikle raporda belirtilen bir riskin, tamamen dikkat dışı tutulması kararı açısından, kurulun somut olaya ilişkin daha açık bir gerekçelendirme sağlaması yerinde olacaktır.

⁷⁷**Doğan, Beşir Fatih:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 110.

**C. İŞ ADAMI KARARI İLKESİ (BUSINESS JUDGMENT RULE)
KAPSAMINDA ALINABİLECEK RİSKLER KOMİTE
RAPORUNUN DİKKATE ALINMAMASINA
GEREKÇE OLUŞTURABİLİR Mİ?**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, yönetim kurulu üyelerinin tedbirli yönetici ölçütü çerçevesinde davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak, ABD hukuku kökenli bir yapı taşıyan ve Alman hukuku da dahil olmak üzere birçok ülke hukuk sisteminde uygulanan "iş adamı kararı" ilkesi esas alınmıştır. İlke, "*duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez.*"⁷⁸ kabulüne dayanmakta ve riskin bundan doğduğu hallerde, riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan olumsuz sonuçlardan kurul üyesinin sorumlu tutulamayacağına işaret etmektedir⁷⁹. Buna göre, şirketin belirli bir alanda yapacağı yatırım belirli riskler içerebilir. Risk, ticaret hayatının doğasında yer alan bir etmendir. Risklere rağmen yapılan yatırımda, bu riskler gerçekleşebilir ve neticede şirket zarar edebilir. Bu açıdan, oluşan zarar nedeniyle doğrudan kurul üyesinin sorumluluğuna gidilmemekte ve karar öncesinde, gerekli araştırmaların yapıp yapılmadığı değerlendirilmektedir. Eğer bu araştırma gereğince yerine getirilmiş ve fakat buna rağmen, ilgili riskin alınması tercih edilmişse⁸⁰, kurul üyesi sorumluluğu doğmayacaktır.

Komite raporunun dikkate alınıp alınmamasının ve bu doğrultuda verilecek kararların belirlenmesinin yönetim kurulunun takdirinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada, cevabının aranması gereken soru, Komite tarafından sunulan raporun dikkate alınmayarak, risklerin alınmasına karar verilmesinin anılan ilke kapsamında yer alıp almayacağıdır.

⁷⁸ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 369.

⁷⁹ İlke hakkında bkz. **Özdemir, Semih Sırrı:** İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 53 vd.

⁸⁰ Riskin gerçekleşme ihtimalinin düşük görülmesi veya beklenen getirinin ilgili riski almak için yeterli düzeyde olduğunun tespiti, riskin alınması gerekçeleri arasında yer alabilir.

Konu açısından önemli olan husus, raporun dikkate alınmaması kararının ne şekilde verildiğidir. İş adamı kararı ilkesi, kararın sonuçlarından çok, kararın alınması süreci ile ilgilidir⁸¹. Eğer, Komite raporu gereğince incelenmiş, rapor bulguları üzerinde araştırma yürütülmüş; ancak buna rağmen, yapılan değerlendirme neticesinde raporun aksi yönünde davranılması kararı alınmışsa, risk ve buna bağlı şirket zararı gerçekleşse dahi kurul üyelerinin sorumluluğu doğmayacaktır. Bunun için yürütülen değerlendirmenin kapsamının ve buna ayrılan zamanın, Komite raporlarında ileri sürülen risk başlıkları ve önerilen tedbirlerin ağırlığı ile orantılı olmaları aranır⁸². Örneğin, önemli düzeyde vadeli döviz borcu bulunmasına rağmen elinde hiç döviz mevduatı bulunmayan şirket açısından, döviz kurundaki dalgalanmalardan kaynaklanabilecek bir riskin bulunduğunu ve buna yönelik finansal tedbirlerin alınması gerektiği önerisini getiren bir Komite raporunun, yalnızca beş dakikalık süre içinde ve konu üzerinde hiçbir ek araştırma yapılmaksızın yerinde görülmemesi, iş adamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bunun nedeni, raporun dikkate alınmaması kararının, konunun önemiyle orantılı olarak yapılmış bir inceleme ve muhakemeye dayanmamış olmasıdır.

III. COVID-19 SALGINI ÇERÇEVESİNDE RİSKİN ERKEN TESPİTİ KOMİTESİNİN GÖREVLERİ

Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan kentinde ortaya çıkan ve 30 Aralık 2019 tarihinde, Dünya Sağlık Örgütü tarafından salgın sınıfına dahil edilen Covid-19⁸³, dünyada neredeyse her ülkede kendini gösteren, 25 milyona yakın vakaya ve 820 binin üzerinde vefata neden olan bir virüstür⁸⁴. Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre, anılan virüs nedeniyle ülkemizde 262 binin üzerinde vaka gerçekleşmiş ve salgın, 6 binin üzerinde vefata neden olmuştur⁸⁵. Salgın sebep olduğu ekonomik yavaşlama, iş gücü

⁸¹ Bu hususta bkz. TVI Corporation v. Gallagher, A. 3d. WL 5809271, (Del.Ch.2013 - Westlaw).

⁸² Bu hususta bkz. Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858, (Del. Ch. 1985 - Westlaw)

⁸³ Cahplin, S.: Covid-19: A Brief Study and Treatments in Development, Prescriber, C. 31, S. 5, 2020, s. 23 vd.

⁸⁴ Bkz.. Covid 19 Pandemic (WHO), https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?gclid=EAIaIQobChMIusC24-K76wIVmZ3VCh0UEQueEAAAYASAAEgLdfvD_BwE, (erişim tarihi: 27.08.2020).

⁸⁵ Bkz. Yeni Koronavirüs Hastalığı (Covid 19), <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/>, (erişim tarihi: 27.08.2020).

kayı, arz kısıntıları ve belirsizlik nedeniyle, ekonomiler üzerinde de olumsuz etkiler oluşturmaktadır⁸⁶.

Gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizlik taşıyan ve gerçekleşmesi halinde de, şirketi olumsuz yönde etkileme potansiyeli taşıyan doğal afetler, genel olarak risk kapsamında değerlendirilebilir⁸⁷. Bunlar, doğrudan veya dolaylı olabilir. Şirket fabrikasının selde hasar alması doğrudan zarara, ülkede meydana gelen deprem nedeniyle karşılaşılabilecek tahsilat güçlüğü ve piyasa durgunluğu gibi sonuçlar ise, dolaylı zarara örnek olarak gösterilebilir. Covid-19 salgının, oluşturduğu sonuçlar ve ekonomi üzerindeki etkileri itibariyle bir doğal afet olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Riskin Erken Tespiti Komitesi çerçevesinde, incelenmesi gereken husus, Komite'nin doğal afetlere ilişkin riskleri tespit etmedeki görevinin sınırlarıdır. Tebliğ'e göre, şirketin devamını ve gelişmesini tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi ve buna ilişkin gerekli önlemlerin irdelenmesi, Komite'nin görevleri arasındadır. Şirket üzerindeki olası etkileri nedeniyle, doğal afetler ve Covid-19 benzeri salgınlar da anılan riskler kapsamında yer almaktadır.

Bu hususta erken tespite ilişkin üç ana başlık öne çıkmaktadır: Covid-19 benzeri salgınların önceden tespit edilmesi, salgının seyrinin öngörülmesi ve salgının ne zaman sona ereceğinin tespiti⁸⁸. Öncelikle, ister Covid-19 türü salgınlar, isterse de diğer doğal afetler olsun, Komite'nin temel görevinin risklerin değerlendirilmesi yönünde makul ve dengeli bir çaba göstermek olduğu vurgulanmalıdır. Dünyada karşılaşılabilecek olası afetlerin veya şirketler bağlantılı diğer risklerin yorumlanmasında, bu her bir alana ilişkin

⁸⁶ Konu hakkındaki çok sayıda araştırma arasından örnek olarak bkz. **McKibbin, W./Fernando, R.: The Global Macroeconomic Impacts of Covid-19: Seven Scenarios**, Cama Working Paper 19/2020, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3547729, (erişim tarihi: 27.08.2020).

⁸⁷ Örnek olarak bkz. Petkim Petrokimya Holding A.Ş. Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyum Raporu, s. 18, <https://www.petkim.com.tr/UserFiles/file/KYUR2014.pdf>, (erişim tarihi: 27.08.2020).

⁸⁸ Deloitte'nin konuya ilişkin bir raporunda ise, bu görevler şu şekilde sıralanmıştır: Krize karşı verilecek tepkinin, krizin etkileriyle mücadele aşamasında takip edilmesi gereken yöntemlerin ve Covid-19 salgını sonrasındaki dünyada atılacak ticari adımların tespiti, (Bkz. The Board's Role in the Covid-19 Crisis, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/about-deloitte/za-The-Boards-role-in-the-COVID-19-crisis.pdf>, (erişim tarihi:27.08.2020). Ernst Young tarafından sunulan raporda ise, Covid-19 karşısındaki şirket yönetimleri tarafından, ihtimallerin “şimdi”, “takip eden sonraki zaman” ve “uzun vade” açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir, (Five Ways Boards Can Help Businesses Improve Their Resilience, https://www.ey.com/en_gl/covid-19/covid-19-five-ways-boards-can-help-businesses-improve-their-resilience, (erişim tarihi: 27.08.2020)

özel bir uzmanlık taşıması beklenmeyen ve ayrıca bunu taşıması da mümkün olmayan komite üyelerinden beklenebilecek özenin üst sınırı, benzer işletmelerdeki Komite üyelerinin gösterebileceği özen olmalıdır. Bu da kanaatimizce, öngörülebilir riskler arasından önceliklendirme yapılmasını ve öne çıkanların şirket üzerindeki olası etkilerinin, riskin gerçekleşme ihtimali ve meydana getirebileceği toplam zararlar orantılı bir derinlikte değerlendirilmesini gerekli kılar⁸⁹.

Komite zaman ve maddi imkanlar açısından toplam çalışma kapasitesini, gerçekleşmesi çok yakın ihtimal olarak görülen riskler ve ihtimali çok daha düşük olanlar arasında, dengeli olarak dağıtmalıdır. Şirketin kimyevi madde üretim tesisinin gerekli kıldığı ek güvenlik önlemleri için, ihtiyaç duyulması halinde, uzmanlardan görüş alınması gerekli görülebilirken; uzak ihtimal olarak değerlendirilen her bir doğal afet için buna benzer derinlikte inceleme yapması zorunlu tutulmamalıdır. Komite ayrıca, teşhis edilen riskler ve çözüm önerilerine ilişkin raporlamayı, zamansal olarak, yönetim kurulunun harekete geçmesine imkân tanıyacak şekilde yapmalıdır⁹⁰.

Sonuç olarak, Komite'nin karşılaşılabilecek birçok doğal afetten biri olan Covid-19 salgını açısından, salgının öncesinde veya dünyada henüz belirli bir varlık göstermeden tespit edilmiş bulunması beklenmemelidir. Yine normal şartlar altında, salgının sona ermesi ve salgına yönelik aşı benzeri tedbirlerin kullanıma sunulması gibi değişkenlerin tespiti açısından, Komite'nin kesin bir öngöründe bulunmasını beklemek yerinde olmayacaktır. Makul şartlar altında, Komite'nin yerine getirebileceği görev, şirketin faaliyet alanları ve şirket tüzel kişiliği açısından, şirketin mevcut hali ile aldığı önlemler ve salgının mevcut/olası seyrinin gerekli kılacağı önlemler arasındaki farkların tespiti ve yapılması gerekenlerin bir raporla yönetim kuruluna sunulmasından ibarettir.

⁸⁹ Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar'da da Komite'nin ilgili risklerin teşhisi, analizi ve raporlamasının yapıp yapılmadığının denetleneceği belirtilmektedir. (RG. T. 18.03.2014, m. 8).

⁹⁰ Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar, m. 8

IV. SONUÇ

Riskin Erken Tespiti Komitesi, Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim İlkeleri çerçevesinde yönetim kurulunun alt komiteleri arasında sayılmıştır. Şirketlerin ticari faaliyetleri çerçevesinde sahip oldukları risklerin yanı sıra, bunların ekonomi üzerindeki doğrudan veya dolaylı etkileri nedeniyle, doğal afetlerden ve toplumları etkileyen diğer değişkenlerden de etkilendikleri açıktır. Şirketin devamını ve gelişmesini tehlikeye düşürebilecek riskleri tespit etmekle yükümlü olan bu Komite'nin görev alanına, bir risk unsuru olan doğal afetlerin de girdiği kabul edilebilir. Dünyada etkisini gösteren Covid-19 benzeri salgınlar açısından, Komite'nin temel görevinin risk ihtimalleri arasında önceliklendirmeye gidilmesi ve yapılan olasılık değerlendirmesi neticesinde, şirketi etkilemesi olası bulunan risk başlıkları üzerinde, dengeli ve makul düzeyde incelemenin yürütülmesi olduğu savunulabilir. Salgının ilk ortaya çıkışı ve sona ermesinin öngörülmesinin zorluğu, bu alandaki uzmanlaşma gerekliliği ve şirketlerin sınırlı maddi kaynakları karşısında, Komite'nin öne çıkan görevinin ilk emarelerinin ortaya çıkmasından, sona ermesine kadar geçen süre zarfında salgından kaynaklanabilecek risklerin tespit edilmesi ve buna ilişkin çözüm önerilerinin yönetim kurulu ile paylaşılması olduğu ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

Cahplin, S.: Covid-19: A Brief Study and Treatments in Development, Prescriber, C. 31, S. 5, 2020.

Doğan, Beşir Fatih: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Hall, C. P.: Curricular Concepts in Risk and Insurance, The Journal of Risk and Insurance, C. 34, S. 3, 19.

McKibbin, W./Fernando, R.: The Global Macroeconomic Impacts of Covid-19: Seven Scenarios, Cama Working Paper 19/2020, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3547729, (erişim tarihi: 27.08.2020).

Merna, T./Al-Thani, F.: Corporate Risk Management, West Sussex 2011.

Özdemir, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017

Rosen, R.: Risk Management and Corporate Governance: The Case of Enron, Connecticut Law Review, C. 35, 2002.

Servaes, H/ Tufano, A.: The Theory and Practice of Corporate Risk Management, Journal of Applied Corporate Finance, C. 21, S. 4, 2009.

Şahin, Âdem: Riskin Erken Teşhis Komitesi (M. 378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 7, S.2, 2016, Ss. 287-314.

Yaşar, Tuğçe Nimet: Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, 2016, Ss.69-91.

RİZİKONUN GENELLİĞİ/ÖZELLİĞİ PERSPEKTİFİNDEN COVID-19'UN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

*Araş. Gör. Aktan ÖZKAN **

Sigorta sözleşmelerine, diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuki nitelik kazandıran, sigorta sözleşmesinin en önemli esaslı unsuru rizikodur. Riziko, doktrin tarafından farklı şekillerde tanımlanmaktaysa da her bir tanım kümesinin bileşiminde rizikonun gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan ya da gerçekleşeceği kesin olsa da ne zaman gerçekleşeceğinin bilinmediği bir olay olması yer alır⁹¹.

Günümüzde sigorta sözleşmelerinin konusu, menfaat teorisi ile açıklanmaktadır. Buna göre sigortacı, sigorta ettiren ile girdiği sözleşme ilişkisinde, sigorta ettirenin sigortalanabilir menfaatini teminat altına almaktadır⁹². Bu nedenle sigortalanabilir menfaatler çoğaltılıp çeşitlendirildikçe, rizikoların oluşum bakımından niceliğinde de bir artış söz konusu olacaktır. Zira rizikolar da esasında teminat altına alınan menfaatler üzerinde bir tehdit yaratmaktadır.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, av.aktanozkan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7038-9099.

⁹¹Riziko kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ünan, Samim**: Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt I Birinci Kısım: Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.14 vd.; **Kender, Rayegan**: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.292 vd.; riziko ile eş anlamlı olarak kullanılmak üzere tehlike kavramına ilişkin bkz. **Bozer, Ali**: Sigorta Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s.101 vd.; **Arseven, Haydar**: Sigorta Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul 1987, s.15 vd.; **Eroğlu, Sevilay**: Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.33 vd.; **Çeker, Mustafa**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 16.Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2016, s.65 vd.; riziko yerine risk kavramına vurgu yapan ve risklerin tasnifine ilişkin bkz. **Can, Mertol**: Türk Özel Sigorta Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.5 vd.; **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin**: Sigorta Hukuku Ders Kitabı Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.172 vd.; **Kayhan, Şaban/Bağcı, Ömer**: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2.Bası, Umuttepe, Kocaeli, 2017, s.176 vd.; **Ulaş, Işıl**: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.46 vd.

⁹² Menfaat teorisine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Sayhan, İsmet**: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.33 vd.

Sigortalanan menfaatlerin çeşitli rizikolar ile karşı karşıya kalması, bir başka sorunu gündeme getirir. Acaba sigortacı, sigortalanan menfaatleri her türlü rizikolarla karşı güvence altına almakta mıdır? Bu soruya karşılık olarak 1956 tarihli 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1281. maddesi “*Sigortacı, harb ve isyandan başka bir sebeple mallara arız olan telef ve tagayyür gibi bütün hasarlardan mesul olur.*” hükmünü barındırmaktadır. 2007 tarihli 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin 4.fikrasında ise “*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*” hükmü yer almaktadır⁹³.

Görüldüğü üzere bu iki madde lafzi yorum ile değerlendirildiğinde, kanun koyucunun rizikonun genelliği veya “all risks” esasını benimsediği; kural olarak sigortacının, sigortalanan menfaat üzerinde gerçekleşebilecek tüm rizikolarla karşı bir teminat sunduğu sonucu çıkmaktadır. Şayet sigortacı, herhangi bir rizikoya karşı koruma sağlamak istemiyorsa, bunun da mutlaka sigorta sözleşmesinde teminat dışı hal olarak açıkça belirtilmesi gerekir.

Buna karşın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1409. maddesinde ise rizikonun genelliği ilkesinden başka bir esas benimsenmiştir. Buna göre, sigortacı yalnızca sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesi halinde meydana gelen zarardan veya bedelden sorumlu olacaktır. Böylelikle kanaatimizce, doktrinde de daha önce ifade edildiği üzere⁹⁴, ilgili TTK hükmünün örtülü olarak Sigortacılık Kanunu'nun 11/4 maddesini kaldırdığı kabul edilmelidir.

İngiliz hukukunda “named perils” olarak ifade edilen bu esasta, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sigorta sözleşmesinde hangi rizikoların sigorta teminatına dahil olduğu sayılmaktadır. Sözleşmede ayrıca hangi rizikoların veya hangi zararların teminat dışı kaldığı da yer alır fakat teminat dışı hallerin yer almasının nedeni daha çok TTK

⁹³ Buna karşılık TTK 1409 hükmü ile çeliştiği ve değiştirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Atamer, Kerim:** “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş”, **BATİDER**, C.XXVII, Sa.1, 2011, s.62-63; ilgili hükmün yanlış olduğu, şayet sigorta sözleşmesinden sonra ortaya yeni bir riziko çıkarsa, bu rizikonun sigorta kapsamına dahil olabileceği gibi bir çıkarımın sözleşmeler hukukuna da aykırılık oluşturacağına ilişkin bkz. **KENDER**, s.176; bu hükmün mevcut haliyle uygulanmasının mantığa aykırı olduğu ve fiilen de olanaksız olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ÜNAN**, s.95 vd.

⁹⁴ Bkz. **ÜNAN**, s.99.

m.1409/2'deki sigortacının ispat faaliyetini kolaylaştırmak ve sigorta ettirenin sigorta kapsamına daha kolay hâkim olabilmesini sağlamak amacıyla.

Böylelikle sigortacılık uygulamasında rizikonun genelliği ilkesi terk edilmiş⁹⁵; teminatın kapsamı, sözleşmede özel olarak yer alan rizikolar tarafından belirlenir hale gelmiştir.

O halde rizikonun özelliği ilkesi ile TTK m.1409 çerçevesinde, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde şayet bir riziko teminat kapsamında sayılmış ve belirlenen rizikoya ilişkin ikincil riziko sınırlaması niteliğinde herhangi bir teminat dışı hal sayılmamış ise, o rizikonun sebep olduğu zararlar, sigortacının sunduğu sigorta teminatı içerisindedir denilebilir. Diğer bir açıdan, herhangi bir rizikoya karşı, herhangi bir sigorta sözleşmesinde teminat sunulup sunulmadığına, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesine bakarak karar vermek gerekir.

Bu bağlamda yapılan ön açıklamalar ışığında, bu çalışmanın da temel konusunu oluşturan COVID-19 isimli virüsün ve bu virüsün tüm dünyaya yayılması sonucunda oluşan pandeminin, her bir sigorta türüne etkisini rizikonun genelliği-özelliği perspektifinden incelemek mümkündür. Pandeminin henüz daha çok yeni olması ve bu yöndeki yargı kararlarının ortaya çıkmasının belirli bir zaman alacağı düşünüldüğünde, referans olarak yargı kararlarından ziyade medyaya yansıyan sigorta ettirenlerin talepleri veya sigorta şirketlerinin cevaplarından yararlanmak faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her sigorta türünde sigortalanan menfaatler birbirinden farklı olduğu için, COVID-19 rizikosunun her bir sigorta türü ile gireceği etkileşim de farklı olacaktır.

Örneğin sigortalanan menfaat de göz önüne alındığında, salt olarak bir cam kırılması sigortası veya elektronik cihaz sigortasının COVID-19 rizikosu ile herhangi bir bağlantısının, etkileşiminin olmayacağını söylemek yanlış değildir. Bu nedenle çalışmamızda COVID-19'un etkilerinin pek görülmediği sigorta türlerinden bahsedilmeyecektir.

⁹⁵ Hal böyle olmakla birlikte tarafların anlaşması halinde, "all risks" esasının benimsenmesi de mümkündür ki bunun en bilinen örneği inşaat sigortalarıdır.

Fakat diğer yandan COVID-19, insan sağlığını öylesine tehdit etmekte ve toplum yaşamını öylesine derinden etkilemektedir ki başta hastalık ve sağlık sigortaları, iş durması sigortaları, işveren sorumluluk sigortaları, kredi sigortaları olmak üzere bu sigorta türlerinin koruduğu menfaatlere ciddi zararlar vermiş ve vermeye devam etmektedir.

İlk olarak bu rizikonun bir virüs tipinden kaynaklı oluşması ve insan sağlığı üzerinde ciddi tehlike oluşturması nedeniyle, hastalık ve sağlık sigortası sözleşmelerinin COVID-19 rizikosu ile imtihanını mercek altına alabiliriz.

Bilindiği üzere hastalık sigortasının hukuki niteliği meblağ sigortasıdır ve bu nedenle sigorta sözleşmesinde teminat kapsamında gösterilen olayın gerçekleşmesi halinde, sigortalı sigorta bedeline hak kazanmaktadır⁹⁶ (TTK m.1512). Tespit edebildiğimiz kadarıyla pandemi öncesi sunulan hastalık sigortası ürünlerinde, pandemik bir salgın hastalığa karşı teminat sunulmamıştır. Ancak COVID-19 rizikosunun belirmesiyle birlikte, sigorta şirketleri ortaya çıkan ihtiyaçlara karşı ek prim alınması suretiyle, bir COVID-19 teminatı sunmaya başlamıştır⁹⁷. O halde hastalık sigortası sözleşmelerinde COVID-19 virüsünün sebep olduğu hastalığa karşı bir ek teminat bulunmuyor ise, bu tür sözleşmelerin herhangi bir sigorta bedeli ödemeyeceğini söyleyebiliriz.

Bir zarar sigortası niteliğinde olan fakat kanunun “Can Sigortaları” bölümü içerisinde düzenlediği sağlık sigortası ise, hastalık sigortasına nazaran daha yaygın satın alınan bir sigorta ürünüdür. Gerek TTK m.1513 gerekse Sağlık Sigortası Genel Şartları’nda açıkça belirtildiği üzere, sağlık sigortası ile sigortalıların sigorta süresi içinde hastalanmaları veya herhangi bir kaza sonucu yaralanmaları halinde tedavileri için gerekli masraflar, poliçedeki limitler ölçüsünde karşılanmaktadır. Genel şartlar çerçevesinde sağlık sigortası, sigortalının hastalanması halinde oluşan tedavi giderlerini karşılamakta olup rahatsızlığa neden olan virüs veya durum ile ilgilenmemektedir. O halde COVID-19 kaynaklı rahatsızlıklara karşı da bir teminat sunulduğu sonucuna ulaşılabilir. Nitekim tespit edebildiğimiz çeşitli sigorta şirketlerinin sunmuş olduğu sağlık sigortası

⁹⁶ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **EROĞLU**, s.15 vd.

⁹⁷ Örneğin bkz. <https://www.anadolisigorta.com.tr/tr/riskli-hastaliklar-sigortasi>

ürünlerinde de özel şart olarak COVID-19'dan kaynaklı rahatsızlıkların tedavi giderlerinin teminat dışında kalacağına ilişkin bir madde eklenmemiştir⁹⁸. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, şayet sağlık sigortası sözleşmesinin akdedildiği esnada COVID-19 kaynaklı rahatsızlıkların tedavi giderlerinin teminat dışında kalacağına ilişkin bir özel şart hükmü varsa sigorta şirketi sigorta bedelini ödemekten kaçınabilecektir. Fakat böyle bir özel şartın bulunmaması halinde, poliçe limitleri ölçüsünde sigortalının tedavi giderleri karşılanmalıdır.

Hastalık ve sağlık sigortalarına ek olarak kısaca ferdi kaza sigortalarına değinmek gerekirse, bu bağlamda COVID-19'un bir kaza olup olmadığı değerlendirilebilir. Ancak Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'nın 4. maddesinde "*her nevi hastalıklarla bunların neticelerinin ve marazi bir halin*" kaza sayılamayacağı düzenlenmiştir⁹⁹ ve COVID-19 kaynaklı zararların ferdi kaza sigortası ile karşılanmasının önüne çok önceden bu şekilde set çekilmiştir.

Pandemi; birey sağlığı yanında, yeterince küreselleşen dünyadaki birçok ülkeyi de olumsuz anlamda etkilemiştir. Birkaç ülke dışında hemen hemen her ülkenin daraldığını açıkladığı ekonomik veriler, COVID-19'un neden olduğu zararların en somut göstergeleridir. COVID-19; başta hizmet sektörü içerisindeki oteller, restoranlar, lokantalar, zincir kafeler olmak üzere birçok işletmede ciddi ekonomik kayıplara neden olmuştur. Gerçekten de dünyanın birçok ülkesinde ve ülkemizde sokağa çıkma yasakları uygulanmış, yukarıda anılan işletmeler başta olmak üzere birçok işyeri de ya tamamen kapatılmış ya da çalışma süreleri belirli saatler ile kısıtlanmıştır.

Bu noktada Türkiye'de süregelen sigortacılık uygulamasında, birçok sigorta ettiren, işletmeleri üzerindeki menfaatlerini genellikle sigorta şirketlerinin onlara sunduğu işletme/işyeri paket poliçeleri ile teminat altına almıştır. O halde COVID-19 rizikosundan kaynaklı olarak işyeri üzerindeki menfaatte bir zarar söz konusu olmuşsa,

⁹⁸

Bkz. https://www.anadolusigorta.com.tr/i/content/29_1_1_SA916.0720.pdf, <https://www.allianz.com.tr/content/dam/onemarketing/aztr/allianz/pdf/saglik-sigortaları/moduler-saglik/ms-ozelvegenel-sartlar-kitapciği.pdf>, <https://www.axasigorta.com.tr/documents/45-EKO%20SAĞLIĞIM%20ALTIN%20ÖZEL%20ŞARTLAR%2006072020.pdf>, son anılan sigorta ürününde, bazı hastalıklar sebebiyle doğacak tedavi giderleri teminat dışında bırakılmasına karşın COVID-19'dan kaynaklı tedavi giderlerinin teminat dışı hal olarak belirlenmemiştir.

⁹⁹ Bu hususta bkz. **AKGÜN, Evrim:** Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.118-119.

bunun ilgili paket poliçeler tarafından karşılanıp karşılanamayacağını da değerlendirmek gerekir.

İşletmelere sunulan paket poliçeler ise genel olarak yangın sigortası, hırsızlık sigortası, cam kırılması sigortası, makine kırılması gibi mal sigortaları yanında işveren sorumluluk sigortası, üçüncü şahıs mali mesuliyet sigortası sorumluluk sigortalarını içermektedir. O halde anılan sigorta türlerinin genel şartlarında veya taraflar arasında kararlaştırılan özel şartlarda, COVID-19 veya pandemi dolayısıyla meydana gelen zararların teminata dahil olacağına ilişkin bir madde bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Şayet taraflar bu yönde bir özel şart kararlaştırmış ise, sigorta ettirenlerin işletmeleri üzerindeki menfaatlerinin COVID-19'dan kaynaklı olarak uğramış olduğu zararlar karşılanacaktır.

Ancak işletme paket poliçesi içeriğindeki sigorta türlerinin genel şartları tek tek incelendiğinde, COVID-19 veya pandemiden kaynaklı herhangi bir zararın teminat dahilinde olabileceğine ilişkin hiçbir madde yer almamaktadır. Şimdiye kadar sigorta şirketlerinin, özel şart mahiyetinde bu yönde bir teminat sağladığına da rastlanılmamıştır.

Paket poliçe ile işletmelere sunulan sigorta türlerinin genel olarak işletme üzerinde fiziksel şekilde bir hasara yol açmaya neden olabilecek rizikolara karşı teminat sundukları gözlemlenmektedir. Bu bilgi ışığında COVID-19'dan kaynaklı bir riziko ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı kurulsa dahi, bu rizikoya yönelik bir teminat sunulmadığından, sigorta şirketleri, poliçelere dayanarak istenen sigorta bedeli taleplerini reddetmektedir.

Özellikle iş durması halinde meydana gelen kar kaybının teminat dahilinde olup olmadığı dünyanın birçok ülkesinde büyük tartışmalara yol açmış ve hala açmaya devam etmektedir. Dünya sigortacılık uygulamasının aksine, ülkemizde “İş Durması Sigortası” veya “Kar Kaybı Sigortası” genel şartları düzenlenmemiştir. Fakat bunlar Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları içerisinde bir teminat olarak sunulmuştur. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta; işletmedeki işin durmasının veya devamında kar kaybına uğranılmasının, sözleşmede teminat altına alınmış ve gerçekleşmiş riziko ile arasında bir illiyet bağının bulunması gerekliliğidir. Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları'nda da görüleceği üzere bir kar kaybı teminatı sunulabilmesi için, yangın sigortası

ile teminat altına alınmış¹⁰⁰ yangın, fırtına, patlama gibi rizikoların işletmede yaratacağı hasar sebebiyle, işletmenin faaliyetleri devam edemeyecek duruma gelmelidir. Yangın sigortasının koruma sağladığı rizikolar içerisinde de COVID-19 rizikosu yer almamaktadır. Sigorta şirketleri de gelen talepleri tam olarak bu sebeple reddetmektedir.

İşin doğası gereği, ileride gerçekleşmesi ve zarar vermesi muhtemel bir tehlike gerçekleşmeden ve ürünü talep edecek müşterilerin bu yönde bir ihtiyacı bulunmadan sigorta şirketlerinin farklı bir rizikoya karşı teminat sunması beklenemez. Nitekim 2002 yılında Çin’de görülen “SARS” isimli virüs öncesi sigorta ettirenlerin bu yönde bir ihtiyacı olmamış, sigorta şirketleri de bu yönde bir “pandemi” teminatı sunmayı düşünmemiştir. Fakat özellikle SARS virüsünün neredeyse pandemik boyuta ulaşması sigorta şirketlerinin bu tarihten sonra sigorta poliçelerine tıpkı savaş veya nükleer rizikolar gibi pandemi rizikosunu da teminat dışı hal olarak eklemelerine neden olmuştur. Özellikle iş durması sigortalarında ise bu durum “viral pandemic exclusion” veya “virus exclusion” başlığı¹⁰¹ altında bir istisna klozu olarak belirtilmiş, fakat işletmelerin bunu ek bir prim ödeyerek satın almaları halinde, virüs kaynaklı doğacak zararlar da teminat kapsamına alınmıştır¹⁰².

Yine ABD’de tartışma konusu yapılan bir diğer nokta, iş durması sigortasında rizikonun işletmede fiziki bir hasara neden olması gerektiği ve bu hasardan kaynaklı olarak işin durması sebebiyle oluşan zararların sigortacıdan talep edilip edilemeyeceğidir. Sigorta şirketleri COVID-19 rizikosunun gözle görülebilen bir fiziki hasar vermediğini iddia etmekte ve tazminat taleplerini reddetmektedir. Amerikan federal mahkemesi ise 2012 tarihli *TRAVCO Ins Co. v. Ward* kararında¹⁰³, fiziksel hasarın mutlaka göz ile görülebilmesinin gerekli olmadığını, binanın mikroplar sebebiyle kontamine olması durumunda sigortalı işletmeye eskisi gibi ulaşamadığından, fiziksel hasarın

¹⁰⁰ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **MEMİŞ, Tekin:** Yangın Sigortasında Riziko, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.23 vd.

¹⁰¹ Bu hususta bkz. <https://www.inredisputesblog.com/2020/05/covid-19-and-the-exclusion-for-virus-and-bacteria/#:~:text=In%202006%2C%20in%20the%20wake,the%20virus%20and%20bacteria%20exclusion.&text=We%20will%20not%20pay%20for,physical%20distress%2C%20illness%20or%20disease.>

¹⁰² İngiliz Açık Tenis Turnuvası Wimbledon organizasyonunun yönetimi, 2002 yılındaki SARS virüsünden itibaren her yıl yaklaşık 3 milyon dolar ek prim ödeyerek pandemi klozunu sözleşmeye ekletmiştir. Pandemi teminatı bulunan nadir sigorta sözleşmelerinden birine sahip Wimbledon’un yaklaşık 200 milyon dolar sigorta tazminatı alacağı düşünülüyor. Bu hususta bkz. <https://www.insurancenews.com.au/international/wimbledon-wont-get-pandemic-cover-renewed>

¹⁰³ Kararın tam metni için bkz. “<https://law.justia.com/cases/virginia/supreme-court/2012/120347.html>”

gerçekleşmiş olduğuna hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında ise, COVID-19'dan kaynaklı olarak işletmelerin kapatılması ve kazanç kaybına uğramasının sigorta şirketleri tarafından karşılanması gerekir.

Ancak bu durum TTK m.1409 nedeniyle ülkemiz için söz konusu değildir. Zira rizikonun özelliği ilkesinin benimsendiği ülkemizde, işletme paket poliçesiyle işletme üzerindeki menfaatlerin teminat altına alındığı hallerde, eğer işletmede bir zarar gerçekleşiyorsa, zararı meydana getiren rizikonun mutlaka poliçede adı anılan bir riziko olması gereklidir.

Sorumluluk sigortalarından bir diğeri olan işveren sorumluluk sigortası da COVID-19'dan kaynaklanan zararlar karşısında sigorta tazminatı talep edilebilmesi muhtemel bir sigortadır. Temel olarak işverenin, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda kendisine yüklenebilecek hukuki sorumluluk nedeniyle doğan zararları teminat altına almaktadır. Burada COVID-19 rizikosunun teminat kapsamında kalabilmesi için şu üç soruya olumlu yanıt verilmesi gerekir:

- İşçi, bu hastalığa işyerinde mi yakalanmıştır?
- İşçinin, COVID-19 hastalığına yakalanması bir iş kazası mıdır?
- İşçinin, bu hastalığa yakalanmasında işverenin bir kusuru var mıdır?

İşçinin COVID-19 hastalığına işyerinde yakalandığının ispatı teknik bir konudur. Filyasyon çalışmaları neticesinde bu durumun işyerinde gerçekleşip gerçekleşmediği bulunabilir.

İşçinin COVID-19 hastalığına yakalanması halinde bunun bir iş kazası sayılıp sayılmayacağına ilişkin yakın tarihli önemli bir emsal karar bulunmaktadır. Buna göre, işçinin bulaşıcı bir hastalık olan H1N1 virüsünü, işini ifa ederken kapması ve bu virüs nedeniyle vefat etmesi Yargıtay tarafından iş kazası olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁴. Kanaatimizce de özellikle sosyal güvenlik hukuku bakımından işçinin COVID-19 hastalığına yakalanması bir iş kazasıdır.

¹⁰⁴ Bkz. Y.21.HD., 15.04.2019, E.2018/5018, K.2019/2931 (karararama.yargitay.gov.tr).

Bununla birlikte, son yıllarda işverenin hukuki sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu ilkesi benimsendiği için, işçinin COVID-19 hastalığına yakalanmasında işverenin bir kusurunun olup olmadığı da değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Bu üç soruya verilecek üç olumlu yanıt sonucunda işverenin, COVID-19 rizikosu sebebiyle, işçilerinin iş kazasına uğramasından doğan hukuki sorumluluğunun sigortacı tarafından karşılanması gerekecektir.

COVID-19 rizikosu ile bağlantısı olup değineceğimiz son sigorta türü ise kredi sigortalarıdır. Kredi sigortası, kredili satış ve kredili hizmet işlemlerinde satıcı pozisyonunda olan sigorta ettirenin ihtiyaç duyduğu ve alıcının Kredi Sigortası Genel Şartları A.1. maddesinde sayılan haller uyarınca (iflas etmesi, temerrüde düşmesi, tüzel kişi olması halinde tasfiye kararı alması vb.) üzerine düşen yükümlülüğü yerine getiremediği hallerde önemli fonksiyon gösterir.

Kredi sigortası, ekonominin ciddi resesyona girdiği dönemlerde sigorta ettiren için önemli bir müessesedir. COVID-19'un ticari hayatı ciddi şekilde etkilediği de göz önüne alınırsa, bu noktada COVID-19 dolayısıyla alacağını tahsil edemeyen sigorta ettirenin, kredi sigortasından sigorta tazminatını alıp alamayacağı sorusu gündeme gelir. Her ne kadar Kredi Sigortası Genel Şartları'nın A.1. maddesinin teminat altına alınan haller olarak alıcının ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesinin ardındaki nedeni dikkate almadığı düşünülse de genel şartların A.8.2. maddesinde öyle bir ek teminat hali sunulmaktadır ki bu hüküm tartışmalara yol açabilecektir. Buna göre, siyasi veya ekonomik bir olay veya benzeri herhangi bir yasal veya idari önlem kural olarak kredi sigortasında teminat dışıdır. COVID-19 sebebiyle devlet tarafından alınan sokağa çıkma yasakları ve birçok işletmenin kapatılması şayet bu bent kapsamında değerlendirilirse; alıcıların, ödemelerinde temerrüde düşmeleri durumunda sigorta şirketleri bu bendin ek teminat olarak sözleşmeye eklenip eklenmediklerine bakıp bu yönde bir politika izleyebilirler.

COVID- 19 SALGINI NEDENİYLE SİGORTA PRİMLERİNİN İNDİRİLMESİ VE İADESİ SORUNU

*Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YILDIRIM**

SORUNUN ORTAYA KONULMASI

2019 yılının Aralık ayında Çin’de başlayan Covid-19 salgını zaman içinde tüm dünyaya yayılmıştır. 2020 yılının Mart ayı içinde salgın ülkemizde de görülmeye başlanmış ve ciddi tedbirler alınmak zorunda kalınmıştır. Bir taraftan kısmı sokağa çıkma yasakları ilan edilirken, diğer taraftan birçok işletmenin faaliyet göstermesi yasaklanmıştır. Ülkemiz ve dünyayı etkisi altına alan bu salgın etkisini halen devam ettirmektedir. Çeşitli kurum ve kuruluşların açıklamasına göre, salgın uzunca bir süre varlığını sürdürecektir. Bu salgın, birçok hukuk alanını etkilediği gibi, sigortacılık uygulaması ve hukukunu da önemli ölçüde etkisi altına almıştır.

Bu tebliğde tartışılacak husus, salgın nedeniyle faaliyet göstermeyen veya önemli ölçüde faaliyetini sınırlandırmak zorunda kalan işletmeler ile sokağa çıkma yasaklarının da etkisiyle araç kullanımındaki ciddi azalma nedeniyle kasko sigortaları açısından prim indirimin gündeme gelip gelmeyeceğidir. Covid-19 salgını nedeniyle primin indirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, başka bir hususun tartışılmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşılık salgın nedeniyle faaliyetlerini kısmen veya tamamen sürdüremeyen işletmeler ile kasko sigortaları açısından prim indiriminin olanaklı olduğu sonucuna varılırsa, bu halde iki sorun daha ortaya çıkacaktır. Bunlardan ilki, prim indiriminin geçmişe etkili olup olmayacağıdır. Bu soruya olumlu cevap verildiğinde,

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, alihaydayildirim35@hotmail.com, [ORCID ID: 0000-0003-1620-6890](https://orcid.org/0000-0003-1620-6890).

sigorta ettiren hukuki yollara başvurmak suretiyle ödemiş olduğu fazla primin iadesini talep edebilecektir. İkinci husus, indirilecek prim tutarının nasıl belirleneceğidir.

Covid-19 salgını nedeniyle sigorta primlerinin indirilip indirilemeyeceği tartışmasına neden olan düzenleme “Primin İndirilmesi” üst başlığını taşıyan TTK 1433 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeye göre, primi etkileyen sebeplerde rizikonun hafiflemesini gerektiren değişiklikler meydana gelmişse, prim indirilir ve gereğinde geri verilir¹⁰⁵. Bu düzenlemenin gerekçesinde, sigortacılıkta önemli olanın primin rizikoya uygunluğu olduğu, sigortanın teknik yapısı ve mahiyeti gereği, bir sigorta sözleşmesinin gerek kuruluş gerekse de icrası sırasında prim ile riziko arasında bir uygunluğun devamlı bir nispet ilişkisinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçenin devamında eski düzenlemeden farklı olarak bir yıldan kısa süreli sigortaları da kapsayacak şekilde riskteki azalma halinde primin indirileceğinin hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

6762 SAYILI ETTK VE YABANCI HUKUKLARDAKİ DURUM

Sorunun tespiti için, 6762 sayılı eTTK ve yabancı hukuklardaki düzenlemelere de kısaca temas etmekte fayda vardır. 6762 sayılı eTTK 1298’e göre, birden çok yıllar için yapılan sigorta sözleşmelerinde sigorta priminin tayininde rizikoyu ağırlaştırmış olan özel sebepler gözönünde tutulmuşsa, bu sebepler sonradan ortadan kalktığı durumda, sigorta ettirenin gelecek yıllara ait primlerin indirilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVG) 41’de rizikoyu ağırlaştıran belli sebepler nedeniyle prim yüksek belirlenmişse, bu sebepler sigorta ettirenin icabından veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortadan kalkmış veya anlamsız hale gelmişse, sigorta ettiren primin indirilmesini isteyebilir. Primin indirilmesi, bu yöndeki talep sigortacıya ulaştığı andan itibaren etki doğurur. Aynı yönde düzenleme Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu (öVVG) 41a’da da yer almaktadır. Yine, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu (sVVG) 23’de de primin belirlenmesinde rizikoyu ağırlaştıran belli sebepler göz önüne alınmışsa, bu sebepler ortadan kalkmış veya anlamını yitirmişse sigorta ettiren sonraki döneme ilişkin primlerin indirilmesini isteyebilir.

¹⁰⁵ Belirtmek gerekir ki, Covid-19 salgını nedeniyle bazı hallerde menfaatin ortadan kalkmasıyla da karşılaşılabilir. Örneğin, bir kimsenin ileride gerçekleştireceği seyahatte karşılaşabileceği rizikolar için sigorta sözleşmesi yapmasından sonra seyahat kısıtlamaları nedeniyle, seyahatini gerçekleştirememesi durumunda sigorta sözleşmesi, TTK 1408 gereğince geçersiz olur. Böyle bir durumda, TTK 1433 uygulama alanı bulmaz.

Dikkat edilirse, hem 6762 sayılı eTTK düzenlemesi hem de yabancı hukuklardaki primin indirilmesine ilişkin kurallar belli bir noktadan hareket etmektedir. Primin indirilebilmesi için, rizikoyu ağırlaştıran belirli sebepler nedeniyle primin yüksek belirlenmiş olması gerekmektedir. Eğer primin belirlenmesinde, rizikoyu ağırlaştıran durumlar gözönüne alınmamışsa, primin indirilmesinden de söz edilemez. Yine söz konusu düzenlemelerde primin indirilmesinin geleceğe etkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Yoksa geçmişe dönük olarak rizikonun hafiflediği andan itibaren primin indirilmesini istemek olanak değildir.

TTK 1433'ÜN UYGULANMASININ TEMEL ŞARTI: PRİMİ ETKİLEYEN SEBEPLERDE RİZİKONUN HAFİFLEMESİNİ GEREKTİREN SEBEPLERİN MEYDANA GELMESİ

Sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmede, sigortacının asli yükümlülüğü rizikoyu taşımakken, sigorta ettirenin asli yükümlülüğü prim ödemektir. Sigorta hukukunda ideal olan durum, sözleşme yapılırken primi etkileyen rizikoların sözleşme ilişkisi süresince devam etmesidir. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulması sırasındaki rizikolar zaman içinde artmakta veya azalmaktadır. Bu durumsa doğal olarak prim dengesinin bozulmasına neden olmaktadır. Örneğin, kişinin sahip olduğu aracı için kasko sigortası yaptırdıktan sonra, bu aracını ticari taksit olarak kullanmaya başlaması durumunda rizikoyu ağırlaştıran bir durum vardır. Buna karşılık ticari taksit olarak kasko sigortası teminatı alınan aracın, bu özelliğini kaybedip şahsi işler için kullanılmaya başlanması halinde rizikonun hafiflemesinden söz edilir. Rizikonun ağırlaşması durumunda denge sigortacı aleyhine bozulmakta, rizikonun hafiflemesi durumundaysa denge sigorta ettiren aleyhine bozulmaktadır. İlk halde sigortacının üstlendiği riziko almış olduğu prime göre daha fazlayken, ikinci durumda bunun tam tersi gerçekleşmekte ve sigorta ettiren sigortacının üstlendiği rizikoya oranla daha fazla prim ödemesi yapmaktadır.

Tebliğin konusunu oluşturan Covid-19 salgınının prim- riziko dengesine yaptığı etkiyi en net olarak Türkiye Sigortalar Birliği tarafından yayınlanan veriler ortaya koymaktadır. Türkiye Sigortalar Birliği üç aylık dönemlerle kasko sigortası çerçevesinde yapılan toplam tazminat ödemelerine ilişkin verileri açıklamaktadır.

Bu veriler incelendiğinde, Covid-19 salgınına ilişkin birçok tedbirin alındığı ve kısmi sokağa çıkma yasaklarının uygulandığı 01.04. 2020- 30.06. 2020 döneminde ödenen toplam tazminat tutarının hem 01.01. 2020- 31. 03. 2020 döneminde hem de bir önceki yılın aynı dönemine göre ödenen tazminat tutarlarına göre ciddi ölçüde azaldığı görülmektedir. 01.04. 2020-30.06. 2020 tarihleri arasında toplam ödenen tazminat tutarı 852.627. 211 TL'dir. Buna karşılık, 01.01.2020- 31.03. 2020 tarihleri arasında ödenen toplam tazminat tutarı 1.371. 321. 432 TL'dir. Bir önceki yılın aynı döneminde ödenen toplam tazminat tutarıysa, 1.284.830.757 TL'dir¹⁰⁶. Görüldüğü üzere geçen yılın aynı dönemine göre bu yılın aynı döneminde ödenen toplam tazminat tutarında % 30'un üzerinde bir farklılık söz konusudur. Üstelik bu tablo prim tutarının geçen yıla göre daha fazla olmasına rağmen gerçekleşmiştir. Bu durum sadece 2019 yılının aynı dönemi için geçerli değildir. Önceki yıllarda da yazılan prim tutarı 2020 yılına göre çok daha az olmasına rağmen ödenen toplam tazminat tutarının 2015 yılından itibaren en düşük olduğu dönem Covid- 19 salgını nedeniyle çeşitli tedbirler uygulandığı 2020 yılının 01. 04. 2020-30.06. 2020 tarihlerini kapsayan dönemdir.

Görüldüğü üzere sadece kasko sigortası verileri incelendiğinde, yazılan primlere göre ödenen toplam tazminat tutarları arasında 2020 yılına özgü çok büyük farklılık ortaya çıkmıştır. Ödenen tazminat tutarlarındaki ciddi azalmanın tesadüfen gerçekleştiğini söylemek olanaklı değildir. Bunun sebebi, Covid-19 salgınıdır. Sorun, sadece yukarıda belirttiğimiz kasko sigortasıyla bağlantılı değildir. Diğer mal sigortalarında da sigortacının yapmış olduğu ödemelere ilişkin verilere ulaşılamasa dahi, benzer bir tablonun ortaya çıkmış olması olasıdır.

Prim- riziko dengesine bir otel üzerinden örnek verilirse, bir şirket yılın başında sahip olduğu, otel veya otelleri meydana gelecek muhtelif rizikolara karşı sigorta yaptıracığı zaman, sigortacı primi belirlerken çalışan sayısı, geçmiş yıllarda otele gelen müşteri sayısı, geçmişte meydana gelen rizikoları, otelin büyüklüğü ve diğer parametreleri belirleyerek prim belirlemesi yoluna gitmektedir. Ancak Covid-19 salgını nedeniyle oteller kamu otoritesinin kararıyla belli bir süre kapalı kalmışlardır. Bir süre sonra bu yasaklar kademeli olarak kaldırılmış olsa dahi, özellikle yurt dışından gelen turistlere

¹⁰⁶ Belirtmek gerekir ki, ödenen tazminatın kapsamında eksper ücretleri ve masraf adı altında ödenen tutarlar da dahildir.

hizmet veren birçok işletme, seyahat uyarıları nedeniyle işletmelerini kapalı tutmak veya sınırlı sayıda müşteriye hizmet vermek zorunda kalmışlardır. Bunun sonucu olarak, teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi ya önemli ölçüde azalmış ya da tamamen ortadan kalkmıştır. Örnek üzerinden devam edilirse, müşteri kabul etmeyen bir oteldeki malların zarara uğrama ihtimali ciddi ölçüde azalmıştır. Buna karşılık, oteli işleten şirketin müşterilerinin uğrayacağı zararlara karşı yaptıkları sorumluluk sigortası ise otelin kapalı olduğu dönemde hiçbir işlev göstermemektedir. Gerçekten de faaliyet göstermeyen bir otelin müşterilerine karşı sorumluluğundan söz edilemez. Bu durum sadece oteller için de geçerli değildir. Bunun dışında lokantalar, düğün salonları ve gece kulübü gibi yerlerde de kamu otoritesi kararlarıyla kapalı kalmaları nedeniyle riziko ile prim arasındaki denge ciddi ölçüde bozulmuştur.

TTK 1433 primi etkileyen sebeplerde rizikoyu hafifleten değişikliklerin meydana gelmesini prim indirimi için yeterli kabul etmiştir. Bu açıdan edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması durumunda, primin indirilmesi olanaklıdır. Yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere, primi etkileyen sebeplerde rizikoyu hafifleten değişiklikler meydana gelmiştir. Üstelik bu rizikonun hafiflemesi, sigorta ettirenin dahliyle de gerçekleşmemiştir. Rizikonun hafiflemesi onun etki ve iradesi dışında meydana gelmiştir. Öte yandan yukarıda da ifade edildiği üzere, düzenlemenin amacı sözleşmesel ilişki boyunca sağlanan korumayla ödenen prim arasında dengenin sağlanmasıdır. Covid-19 salgını nedeniyle bu dengenin bozulduğu ortadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde TTK 1433'ün hem lafzı hem de amacı Covid-19 salgını nedeniyle, kapalı kalan, kapalı kalmasa dahi çalışma kapasitesi önemli ölçüde azalan işletmelerin prim indirimi talep edebilecekleri sonucuna varılabilir. Aynı şekilde sokağa çıkma yasağı veya “evde kal” çağrılarını nedeniyle aracını kullanmayan kişiler kasko sigortası için kararlaştırılan primin indirilmesini isteyebilirler.

Son olarak belirtelim ki, TTK 1433 özel düzenleme olduğundan, primin indirilmesi için aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK 138 şartlarının yerine gelmiş olmasına gerek yoktur.

PRİM İNDİRİMİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ OLARAK TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ HUSUSU

Sigorta ettirenin prim indirilmesini isteyebileceği tespiti yapıldıktan sonra ikinci olarak ortaya konulması gereken husus, bu indirimin geçmişe etkili olarak mı yoksa ileriye yönelik olarak mı istenebileceğidir. eTTK 1298’de prim indirimin birden fazla yılı kapsayan sigorta sözleşmelerinde sonraki yıllar için istenebileceği açıkça hükme bağlanmıştı. Bu açıdan 6762 sayılı eTTK bakımından Covid-19 gibi belli bir süre devam edeceği öngörülen bir salgın bakımından pratik bir önemi bulunmamaktaydı. Buna karşılık TTK 1433’de prim indirimin sonraki yıllar için hüküm ifade edeceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, aksine fazla alınan primin iade edileceği de açıkça belirtilmiştir. Gerçi düzenlemede yer alan ifadenin peşin alınan primlerin iadesi şeklinde anlaşılması da mümkündür. Böyle bir yorum yapıldığı takdirde, primin indirilmesi yönünde talep yapılincaya kadar geçen süredeki primlerin indirilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVG) 41’de primin indirilmesi yönündeki talebin sigortacıya ulaşmasından itibaren hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmiştir. Bizce, 6102 sayılı TTK bakımından geçmişte ödenen fazla primlerin iadesinin mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir. Bir defa, primin indirilmesini düzenleyen TTK 1433’de eski TTK ve Alman düzenlemesinden farklı olarak, bunun ileriye etkili olarak sonuç doğuracağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Diğer taraftan yukarıda da belirtildiği üzere, hükmün gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, riziko ile prim arasında sözleşmesel ilişki boyunca dengenin bulunması gerekir. Bu dengenin bozulduğu andan itibaren primin indirilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, primin indirilmesini düzenleyen TTK 1433 hükmü, TTK 1452/3 gereğince yarı emredicidir. Hükmün lafzının ve amacının desteklememesine rağmen, prim indirilmesinin sigorta ettirenin aleyhine olacak şekilde ileriye etkili olacağı sonucuna varmak TTK 1452/3’ün sigorta ettireni koruma amacına da aykırı olacaktır. Öte yandan, prim ile riziko arasındaki denge sözleşmesel ilişki devam ederken sigortacı aleyhine bozulduğunda, sigortacı ileriye yönelik prim farkı talep edebilmektedir. Bir an için bu esasın burada da uygulanması suretiyle rizikonun hafiflemesi durumunda prim indiriminin ileriye yönelik istenebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, rizikonun ağırlaştığı durumlarda, olayların hemen hemen tamamında, riziko gerçekleştikten sonra bu durum tespit edilmektedir. Böyle bir durumda, sigorta ettirenin kusurunun derecesine göre sigortacının ya sorumluluğu tamamen ortadan

kalkmakta ya da sigorta tazminatı veya bedelinde indirimde gidilmektedir (bk. TTK 1445). Bu nedenle rizikonun ağırlaşması halinde primin ileriye etkili olarak istenmesinin pratik bir anlamı yoktur. Bunun sonucu olarak rizikonun ağırlaşması halinde sigortacının menfaatleri korunurken, aslında korunma ihtiyacı daha fazla olan sigorta ettirenin daha az korunmasını haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır.

Son olarak belirtelim ki, TTK 1433 özel düzenleme olduğundan, aşırı ifa gücünü düzenleyen TBK 138 uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle TBK 138'in uygulanması için gerekli olan borçlu tarafından ifanın gerçekleşmemiş olması veya ödemenin hakların saklı tutularak yapılmasına gerek yoktur.

İNDİRİLECEK PRİM TUTARININ BELİRLENMESİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Covid-19 salgını nedeniyle TTK 1433 çerçevesinde primin indirilmesi mümkündür. Primin hangi tutarda indirimde gidileceği hususunda somut olaydaki şartların değerlendirilmesi gerekir. Elbette bu belirlemenin yapılmasının hukuken çok kolay olmadığını ifade etmek gerekir. Bu noktada temel bir sorun bulunmaktadır. Prim indirimi talebinde bulunanın özel durumunun mu dikkate alınacağı yoksa o alana ilişkin tahsil edilen primlerle meydana gelen riziko arasında bir oranlama yapılmak suretiyle indirilecek primin toptan olarak mı belirleneceğidir. Covid-19 nedeniyle prim indirimi talebinde bulunanın özel durumunun dikkate alınması, hakkaniyetli sonuçlar verebilse de ispat açısından ciddi sorunlar yaratabilir. Örneğin kasko sigortasında, prim indirilmesi talebinde bulunanın rizikonun hangi ölçüde azaldığını ispat etmesi kolay değildir. Zira araç işleteninin sokağa çıkma yasakları veya kamu otoritesinin önerileri nedeniyle trafiğe çıkmaması, kasko sigortasıyla sağlanan tüm rizikoların bertaraf etmez. Aracın trafiğe çıkmaması bu aracın kazaya karışma ihtimalini önemli ölçüde azaltsa da, tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Öte yandan, kasko sigortasıyla sağlanan çalınma rizikosunda aracın trafiğe çıkmaması nedeniyle hafifleme meydana gelmemektedir. Bu nedenle kasko sigortalı açısından ilgili dönemde toplanan toplam primle ödenen toplam tazminat tutarı arasında oranlama yapılmak suretiyle indirilecek prim tutarının belirlenmesi en makul çözüm olacaktır. Buna karşılık işletmenin Covid-19 salgını nedeniyle kapalı kalması halinde, sigorta ettirenin bu özel durumunun dikkate alınması gerekir. Yoksa bu halde, toptancı bir bakış açısıyla değerlendirme yapmak doğru olmaz.

III. OTURUM (CEZA HUKUKU)

COVID-19’LA BAĞLANTILI CEZA HUKUKU SORUNLARI

*Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**

I. GİRİŞ

Dünyada ve Türkiye’de giderek yayılan yeni tip Coronavirüs covid-19, başka bir çok alanda olduğu gibi hukuk alanında da bir çok sorunu beraberinde getirmektedir. Ceza hukukunun bu gelişmeler dışında kalması elbette mümkün değildir. Ceza hukuku ile bağlantılı sorunlar, daha çok daha çok bir başkasına covid bulaştırmanın bir ceza sorumluluğu gerektirip gerektirmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Biz de çalışmamızı, bu sorunla sınırlandırarak değişik olasılıklara göre, başkasına virüs bulaştıran “failin” ceza sorumluluğunu belirlemeye çalışacağız.

II. BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

TCK m. 195’e göre “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi*” cezalandırılır. Covid-19’un bu madde kapsamında “*bulaşıcı hastalık*” sayılacağına bir kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte suçun oluşması için, Covid-19 enfekte olan kişinin bulunduğu yerin “*karantina altına alınmış olması*” zorunluluğu aranmaktadır. “*Karantina*” deyiminden anlaşılması gereken ise, “*Covid-19 enfekte olan kişiyi, bu virüsün kulu çka süresi olan 15 günlük süre içerisinde başkalarıyla temas ettirmemek için alınan tedbirler*”dir. Öte yandan alınan tedbirlere uymayan kişinin “*bu hastalığa yakalanmış*” olması da gerekir. Böyle olunca da bu hastalığa yakalanmamış olmakla birlikte, yakalanan kişi ile “*temaslı*” olması nedeniyle karantina tedbirlerine aykırı hareket eden kişi bu maddeden dolayı

*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mustafa.erdem@yasar.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4282-6543.

cezalandırılmayacaktır. Bu madde kapsamında “*yetkili makamlarca alınan tedbirler*” deyiminden ne anlaşılması gerektiği belirli olmadığı için uygulama alanı da belirsizdir. Her halde burada bir “soyut tehlike suçu” söz konusu olduğu için tedbirlere aykırı davranış sonucu virüs başkasına bulaşmış olmasına gerek yoktur. Zaten virüs bulaşmış ise “tüketen-tüketilen norm” ilişkisi gereği¹⁰⁷ TCK m. 195, kasten/taksirle öldürme ve yaralama suçlarının gerisine çekilir.

III. KASTEN/TAKSİRLE YARALAMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Covid-19 virüsünün başkasına bulaştırılmasının kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı, bu bağlamda bir kişiye sarılmak, tokalaşmak ve hatta sohbet etmek suretiyle dahi bu suçun işlenebileceği dile getirilmektedir¹⁰⁸. Yerinde ve baskın olan görüş, “*önemsiz olmayan bir virüs*”ü bir başkasına bulaştırmanın TCK m. 86 kapsamında “*sağlığa zarar verme*” olarak¹⁰⁹ nitelendirileceği doğrultusundadır. Burada covid-19 bulaştırmanın cezalandırılabilirliği açısından sorun, daha çok kastın ispatı ile nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyet açısından kendisini göstermektedir. TCK m. 86’da düzenlenen yaralama suçunun seşmlik hareketlerinden birisi olan “*sağlığa zarar verme*”, bedende patolojik durum ortaya çıkarma, artırma ya da sürdürme anlamına gelir¹¹⁰. Sağlığa zarar verme, belirli bir aşamadan sonra kişinin sağlığına yeniden kavuşması veya başkaca bir semptom bırakmadan kişinin bundan kurtulması durumunda da söz konusu olur. İyileşme sürecinin tıbbi müdahaleyi mi gerektirdiği ya da ilaça tedavinin yeterli mi

¹⁰⁷Bkz. **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan**: Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, no. 694; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 546. Tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki ilişki de asıl-yardımcı norm ilişkisi olup, hukuksal yarara yönelik tehlikeyi cezalandıran norm, aynı hukuksal yarara yönelik zararı cezalandıran norma göre yardımcı norm niteliğindedir (**Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg**: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 36 no. 11)

¹⁰⁸ Bkz.

www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-straf-recht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089

¹⁰⁹TCK m. 86/1: “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

¹¹⁰ **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat**: Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.246 vd.

olduğunun da bu açıdan bir önemi bulunmamaktadır. Yine sağlığı bozmadan söz edebilmek için, bunun bir ağrıya yol açmış olması da gerekmemektedir.

Bununla birlikte, kısa da olsa belirli bir süre için sağlık durumunda kötüleşmenin “önemli olması” da gerekir. Bu bağlamda birisini sarhoş etme veya uyutma, kolay ve kısa süreli baş ağrısı, kısa uykusuzluk, kalp atışlarının hızlanması, cildin tahriş olması, geçici ishal, burun akıntısı gibi durumlar, ceza hukuku açısından önemlilik sınırının altında kalan sağlığın bozulması durumlarıdır. Covid-19’un, kasten yaralamadan söz edilebilmesi için aranan bu “önemlilik sınırı”nı aştığı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Burada tartışılması gereken durum “mağdur”un enfekte olmasına rağmen, herhangi bir semptom göstermemesi durumunda da ¹¹¹ sağlığı bozmanın söz konusu olup olmadığıdır. Burada gözden uzak tutulmaması gereken durum, enfekte kişinin bunu bir başkasına bulaştırma tehlikesinin mevcut olmasıdır. Ancak buna rağmen covid-19 pozitif olup da semptom göstermeyen kişiyi patolojik anlamda “hasta” olarak nitelendirme olanağı yoktur. Aksi yorum, bir netice suçu olan ¹¹² kasten/taksirle yaralamanın halk sağlığını korumaya yönelik bir tehlike suçu olarak görülmesi sonucuna yol açar. Bu nedenle enfekte olan kişide herhangi bir Covid-19 belirtisi ortaya çıkmasa dahi, bulaştıran kişiyi, TCK m. 195’ten ya da TCK m. 86’ya teşebbüsten cezalandırmak mümkündür.

Acaba her ne kadar enfekte olan kişi bir semptom göstermese bile, onun da bir başkasına virüsü bulaştırması nedeniyle, “zincirleme” bir sorumluluk gündeme gelebilir mi? Covid-19 bulaştırılan ancak semptom göstermeyen kişi eğer bunu bir başkasına bulaştırırsa, nedenselliğin kesin biçimde ortaya konulmasındaki ispat güçlükleri karşısında zincirleme bir sorumluluğun gündeme çok da kolay değildir.

Buna karşılık eğer bulaşan kişide semptom görülüyorsa, kasten yaralama suçunun oluşacağı söylenebilir. Öyle ki, cenaze törenleri, nişan/düğün törenleri, covid partisi gibi insanların toplu olarak bulunduğu yerlerde birden fazla kişiye virüsün bulaştırılması durumunda bulaşan kişi sayısınca ayrı ayrı kasten yaralama suçunun oluşacağı konusunda da tereddüt bulunmamaktadır (Bkz. TCK m 43/son).

¹¹¹ Covid-19 semptomları için bkz. **Tezcan Keleş, Gönül/ Kumcu, Onur: Covid-19 Hastalarında Temel ve İleri Yaşam Desteği Algoritmaları**, Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi C. 7, S. 2, 2020, Ss. 235-242, s. 235 vd.

¹¹² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 284

Yaralama suç u açısından en tartışmalı konu, covid-19 enfekte bir kişinin bunu bir başkasına bulaştırması durumunda, ceza sorumluluğunun *kasta* mı, yoksa *taksire* dayalı mı olduğudur.

Eğer fail enfekte olduğunu veya en azından enfekte bir kişi ile yakın temas sağladığını ya da kendisinde semptom belirtileri olduğunu bilerek hastalık olasılığını hesaba katıyor ve buna rağmen bir başka kişiyle yakın temasa giriyor ve bunun sonucu olarak vir ü s ü başkasına bulaştırıyorsa her halde sorumluluğun (yerine göre olası) *kasta* dayalı olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Semptom gösteren ya da covid-19 pozitif bir kişi, bu durumu bilerek başkalarıyla temas etmesi sonucu vir ü s ü bulaştırmış ise, neticeyi istememiş olsa bile, en azından göz e aldığı s öylenmelidir.

Ne var ki, covid-19'un bir başkasına bulaştırılmasında kastın belirlenmesi açısından ortaya çıkabilecek ispat güç ü kleri de göz ardı edilmemelidir.

Burada değişik olasılıklar söz konusudur:

Yapılan araştırmalara göre covid-19 bulaşan olguların çoğunda semptom görülmemekte, bulaşıcılık en yoğun olarak semptomların başlamasından 1-2 gün öncesinde gerçekleşmektedir. Hastalar enfekte olsalar bile kendilerini iyi hissettikleri için, taşıyıcı çoğunlukla kendisinin enfekte olduğunu bilmemektedir.

Vir ü s taşıyıcı olduğunu bilen bir kişi (örneğin yapılan test sonucunun pozitif çıkması), herhangi bir semptom göstermese bile, bu durumu bilerek başkası ile temas ederek bulaşmasını sağlamış ise, bu durumda failin yaralama kastı ile hareket ettiği konusunda bir duraksama yoktur.

Buna karşılık enfekte olan ve bu durumunu da bilerek bir başkası ile temas etmiş olan kişinin sadece bu nedenle ceza sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği önemli bir sorundur. Yapılan araştırmalar, vir ü s enfekte olmuş bir kişinin, her beş temastan ancak birinde vir ü s ü başkasına aktardığını göstermektedir. Eğer vir ü s ün bu temaslardan "*hangisi*" sonucu bir başkasına aktarıldığı kesin olarak belirlenebiliyorsa, bunun kasten yaralama suç unu oluşturacağı konusunda bir kuşku olmamalıdır.

Buradaki sorun, enfekte olduğunu bilerek bir başkasıyla temas eden kişinin, bu temas sonucu virüs bulaştırdığı kesin olarak tespit edilememiş olsa bile, kasten yaralamaya teşebbüsten dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Öncelikle belirtelim ki, virüs enfekte bir kişinin bu durumunu bilerek bir başkasıyla temasa girmesi, her zaman o kişinin sağlığını bozmayı *istediği* yönünde değerlendirilemez. Bununla birlikte 1/5 bulaşma rizikosunu içeren bir temas sonucu, netice istenmiş olmasa bile, en azından *göze alındığından* hareketle olası kastla yaralama suçunun oluştuğu söylenebilir.

Öte yandan virüs taşıyıcısı olduğu henüz tespit edilmemiş, ancak taşıyıcı ile “*temaslı*” olduğu belirlenmiş olan kişinin bir başkasıyla temas etmesinin herhangi bir suç oluşturup oluşturmayacağıdır. Bize göre taşıyıcı ile temaslı olması, failin kendisinin de covid-19 pozitif olduğunu düşünmesini gerektirmez. Ancak temaslı olduğu için karantina tedbirlerine aykırı hareket eden kişi, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış*” olacağı ve “*ön görülebilir*” bir netice de söz konusu olduğu için taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılması gündeme gelebilir.

Burada sorun, daha çok Covid-19 belirtisi gösteren, ancak henüz test yaptırmamış olan hastalar bakımından kendisini göstermektedir. Covid-19 semptomu gösterdiği halde, test yaptırmayan kişi, en azından en azından covid-19 pozitif olduğunu *göze alarak* başkalarıyla temas sonucu virüs bulaştırırsa, olası kastla yaralama suçundan dolayı cezalandırılması söz konusu olabilir.

IV. OBJEKTİF İSNADİYET

Bir netice, eğer fail tipik neticede fiilen de gerçekleşen hukuksal açıdan önemli bir tehlike yaratmış ise, ancak bu takdirde faile isnad edilebilir¹¹³. Somutlaştırmak için öğretiyi ve uygulamada bazı olay grupları oluşturulmaktadır¹¹⁴. Burada tartışılması gereken diğer bir konu da, failin davranışı ile ortaya çıkan tipik netice arasında ne tür bir ilişki olduğu ve bununla bağlantılı olarak da neticenin faile objektif olarak isnad edilip edilemeyeceğidir. Burada ortaya çıkan temel sorun, bireyin belirli yönde davranma yükümlülüğüne karşılık izin verilen rizikonun bu davranışın neticesinin ceza hukuku

¹¹³ Bkz. Öztürk/Erdem, no. 384

¹¹⁴ Aynı yer, no. 385 vd.

yönünden isnad edilebilmesi için hangi ölçüde tipik neticeye yansıdığıdır. Bu konudaki tartışmaların çıkış noktası, bireyden somut davranış beklentileridir. Burada da sözgelimi “corona partisi düzenleme”, veya “kalabalık i çerisinde hastalık belirtileri ile dolaşma !” veya “covid pozitif olduğunu bilerek alışverişe çıkma, akraba ya da hasta ziyaretine, düğüne, işe gitme, arkadaşlarıyla gezintiye çıkma” gibi ekstrem davranış biçimleri açısından bir sorunla karşılaşılmaz.

Covid-19’la mücadele amacıyla getirilen tedbirlerin bireyin kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı konusunda bir duraksama yoktur. Ne var ki, toplumsal yaşam, birey özgürlüğü ve toplum sağlığının korunması arasında bir değerler tartımını gerekli kılar. Bu noktada yaşam gibi mutlak koruma altında olan yararlar dahi bu değerler tartımının dışında değildir. Covid-19’dan önce de günlük yaşama eşlik eden ve sağlık ve yaşam rizikosuna yol açan çok sayıda viral enfeksiyonlar mevcuttu. Bununla birlikte gündelik ve sıradan davranış biçimleri yasak olarak görülmüyordu ve bu nedenle de söz konusu rizikoların meydana gelmesi “izin verilen” alan içinde değerlendiriliyordu. Bununla birlikte bireylerin, covid-19 bulaşma riskini en aza indirmek için maske takmak, sosyal mesafeyi korumak, hijyen kurallarına uymak, kalabalık ortamlardan kaçınmak yükümlülüğüne uygun hareket etmesi de kendisinden beklenir. Bu kurallara uyduğu sürece, bireyin tüm davranışları izin verilen risk sınırları içinde kaldığı için, bir başkasına covid-19 bulaştırırsa bile, bulaşmanın ona objektif olarak isnad edilemeyeceği düşüncesindeyim. Bununla birlikte covid-19 pozitif olduğunu veya bu kişiyle temaslı olduğunu bilen bir kişinin bu tedbirlere uygun hareket etmesi yeterli olmayıp, "karantina koşullarına" da riayet etmesi gerekir. Böyle olunca da covid-19 pozitif olduğunu bilerek (gerek test sonucuna ve gerekse artık herkesin bildiği Corona-19 semptomlarına göre) alınan karantina tedbirlerine aykırı hareket ettiği için bu virüsü başkasına bulaştıran kişinin "başkasının sağlığını bozma" neticesinin kendisine objektif olarak isnad edilebileceği ve bu nedenle de kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılabilmesi görüşündeyiz.

V. ÖLDÜRME KASTI

Covid-19’la bağlantılı olarak failde öldürme kastının varlığı da göz ardı edilmemelidir. Eğer istisnai olarak ölümcül enfeksiyona belirli bir fail tarafından yol açıldığı kesin olarak ortaya konulabiliyorsa, en azından olası kastla öldürme gündeme gelebilir. Ne var ki, covid-19 enfeksiyonu çok seyrek durumlarda ölümcül nitelik

göstermektedir (%2-8 arası oran verilmektedir). Neticenin çok düşük olasılıkla ortaya çıkabileceği durumlarda failin iradesinin bu tehlikeyi gerçekleştirmeye yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu ise, ancak enfeksiyon yoluyla mağdurun ölümünü amaçlayan kişi açısından söz konusu olur.

Olası kast nedeniyle faili cezalandırmanın çok seyrek durumlarda gündeme geleceğini düşünmekteyim. Bu kadar düşük ölüm rizikosunun fail tarafından gözle alındığı ve buna rağmen virüsün başkasına bulaştırıldığını söylemek çok da mümkün görünmüyor.

Eğer failde ölüm neticesine yönelik bir kast yoksa, ancak enfeksiyona bağlı olarak ölümün meydana geldiği kesin olarak ortaya konulabiliyorsa, acaba taksirle öldürme gündeme gelebilir mi? Bu gibi durumlarda yaralama suçuna bağlı olarak gerçekleşen ölüm neticesi yüzünden TCK m. 87/son uygulama alanı bulacağı için ölüm neticesinden dolayı taksire dayalı bir sorumluluk da gündeme gelmez diye düşünüyorum.

PANDEMİNİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN YARATTIĞI SORUNLAR VE DİJİTALİZASYON

*Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK **

Ceza muhakemesi, pratiği oldukça fazla olan bir hukuk dalı olması itibariyle, hukuk sistemlerinde pandemi sürecinin en çok etkilenen alanlarından biri olarak kabul edilmiştir. Özellikle damlacık ve yüzeyler aracılığıyla bulaşma riski olan covid-19, ceza muhakemesi hukukunun uygulanma alanında ciddi sıkıntılara sebebiyet vermiştir. Örneğin delil toplamak için evde ya da arabada, üstte arama yapmak zorunda olan kolluk görevlileri, sosyal mesafenin ya da havalandırmanın yapılmadığı yerlerde büyük risk altında çalışmak durumunda kalmıştır. İşte bu noktada, acaba ceza muhakemesi hukukunun uygulamasında alternatif bir yol olarak dijitalizasyon mümkün müdür sorusunun cevabını aramak gerekir.

Soruya olumlu yanıt vermek için, yargının teknik alt yapısının yeterli olması ve kanun, yönetmelik hükümlerinde dijitalleşmeye uygun değişikliklerin yapılması gerekir. Yargının çoğu zaman yeterli teknik alt yapıya sahip olmadığı bilinmekte¹¹⁵ olup, ilgili yazılım sistemlerinin uzaktan erişim bağlantıları oldukça yavaş çalışabilmektedir. Duruşmaların yüz yüze yapılması ise en büyük risk faktörlerinden birisidir. Ancak ceza muhakemesinde doğrudan doğrualık ilkesi gereği, hâkimin tüm delil ve delil araçları ile irtibat halinde olması gerekmektedir. İşte bu noktada halka açık duruşmalar yerine teknik alt yapının izin verdiği şekilde, pandemi döneminde örneklerini sıkça gördüğümüz, video konferans yoluyla online duruşmaların yapılması gündeme gelmektedir.

*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, candide.senturk@yasar.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0227-1782.

¹¹⁵ **Wagner Markus:** “Die Strafjustiz in Zeiten der Pandemie – Überlegungen zu § 10 EGStPO”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 5/2020, s.223. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_5_1363.pdf

Yargının dijitalleşmesi bu noktada önemli bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Dijitalleşmenin önemli bir parçası, internetten suç araştırmalarıdır. Siber uzay, bir illüzyon olarak değerlendirilse de çağın gerektirmesi sebebiyle siber alanda dijital delillere ulaşmak ve dijital ya da online araştırmalar yapmak gerekmektedir. Kıta Avrupası hukuku sistemini benimseyen ülkelerde, dijital yargı uygulamaları için uygun hükümler bulunmamaktadır. Ancak siber kullanıcı profilleri, dijital hayat sürmekte ve çoğu zaman terör suçları ve organize suçla ilgili soruşturmalar için siber kullanıcıların takibi gerekli hale gelmektedir. Sanal tehdit, gerçek tehdit kadar güçlü olarak hissedilmediğinden, sanal ortamda bireyler daha az önlem almakta ve öngöremedikleri tehditlere karşı daha rahat davranabilmektedirler. Özellikle çocuk pornografisi ve nefret suçlarına ilişkin önemli riskler mevcuttur¹¹⁶. Bu itibarla da yargıda dijital deneyim adım adım yerleşmeye başlamıştır.

Ceza muhakemesi hukuku, bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında birtakım değişiklikleri geçirmek zorunda olan bir alandır. Bu itibarla karşılaştırmalı hukukta yer alan çalışmalarda belirtildiği gibi, ceza muhakemesi hukuku teknolojik gelişmeler karşısında dinamik kalmak zorunda olan bir bilim dalıdır. İşte bu dahilde tebliğimizde, ceza muhakemesi hukuku bakımından dijitalleşme gereklilikleri ve karşılaştırmalı hukuk alanındaki örneklemin Türk hukukunda uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

Zamanın gerektirdiği hızlı teknik gelişmeler dikkate alındığında, ceza hukukunun söz konusu teknik gelişmelere ayak uydurup uyduramadığı incelenmelidir. Teknik ilerlemenin doğurduğu bilgisayar dolandırıcılığı ve veri hırsızlığı gibi suçlar¹¹⁷ ile beyaz yaka suçları ceza muhakemesi hukukunu dijitalleşmek yoluna itmektir¹¹⁸. Yapılan araştırmalar pandemi sürecinde, online alışveriş sitelerinin kullanımlarının ciddi oranda arttığını ve kimi sitelerin hacklenmek suretiyle kredi ve banka kartı verilerinin ele geçirildiğini göstermektedir. İşte bu noktada, siber alanda işlenen suçlarla mücadelenin etkin bir şekilde yürütülmesi gereği ön plana çıkmaktadır. Klasik ceza muhakemesi delil

¹¹⁶ **Beck, Susanne:** “Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme”, 15. Vol., 2/2020, s.41-51, s.43.

¹¹⁷ **Joecks Wolfgang/Miebach Klaus:** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, §263a, Rn.11.

¹¹⁸ **Schneider, Frederic:** “Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren, Impulse aus der Strafverteidigungspraxis”, ZIS Online, 2020/2, s.79.

elde etme araçlarının siber uzayda işlenen suçlarla bağlantılı olarak eksik ya da yetersiz kaldığı maalesef gözlemlenmektedir.

Siber alanda işlenen suçlarda, faili tespit etmek ve onu cezalandırmak oldukça zordur. Örneğin DDos saldırılarında ya da Shitstormlarda mağdurun bile saldırıya uğradığından haberi olmayabilmektedir¹¹⁹. Kullanıcı olan mağdurlar çoğunlukla internet aracılığıyla ya da internette işlenen suçların azaldığı varsayımıyla hareket etmekte. Karşılaştırmalı hukuk sistematiğine bakıldığında, siber alanda işlenen suçlarla ilgili olarak daha çok fail odaklı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir¹²⁰. Siber alanda, failin eylemlerinin takibi için özellikle kolluk makamlarının dijital erişimlerinin olması gerekmektedir. Dolayısıyla soruşturma makamlarının delil elde etmesi amacıyla gerekli dijital olanaklara sahip olması artık bir zaruret teşkil etmektedir.

Ceza muhakemesinde hızla dijitalleşen çağın gereksinimlerine cevap bulmak amacıyla birtakım değişiklikler yapılmak zorundadır. Bu değişiklikler, dijital değişimin kritik olup olmadığına bakılmaksızın, uygulamada karşılaşılan olgusal koşullardır¹²¹. Teknik gelişime uyum sağlamayan ve nihayetinde maddi ve usul hukuku alanlarında gerekli değişiklikleri yapamayan ülkeler yakın gelecekte önemli sorunlar yaşayacaktır. Bu nedenle, muhakemenin yaşam gerçekliğine sürekli uyarlanması zaruret teşkil etmektedir.

Dijitalleşmenin soruşturmaya etkisini belirlemeye çalışırken soruşturmaya hakim olan ilkeler gözden uzak tutulmamalıdır. Öncelikle getirilen düzenlemenin mutlaka kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Nitekim bu konuda kanuni düzenlemeye sahip Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin, kanunilik ilkesine (staatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3) uygun olarak düzenlendiği, bu itibarla temel hakların çekirdek kısmına dokunulmadığı, özenle bir tasarım getirildiği ifade edilmektedir¹²². CMK'da getirilmesi önerilen düzenlemenin de benzer şekilde, korunmak istenen temel hak ve özgürlükler ile orantılı, açık, belirli, muğlak ifadelerle yer verilmeden, soruşturma

¹¹⁹ Beck, s.44.

¹²⁰ Beck, s.44.

¹²¹ Schneider, s. 80.

¹²² Schneider, s.79; Knauer/ Kudlich/ Schneider: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, §152, Rn.1.

makamlarına verilecek yetkinin sınırlarının ve kapsamının belirlendiği bir içeriğe sahip olması gerekmektedir.

Dijitalleşme ile karanlık bir alanın aydınlatılması, daha kısa sürede adli sonuçlar elde edilmesi gibi önemli hizmetlerde bulunmaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun işlevselliğini arttırmak adına dijitalleşmenin hızla hayata geçirilmesi gerekir. Daha fazla veri, daha fazla gerçek anlamına gelir¹²³. Birincisi, daha fazla veri ve bu nedenle daha fazla bilgi var ve ikincisi, teknik olasılıklar klasik soruşturmaya göre çoğalır. Daha fazla veri "daha fazla gerçek" anlamına gelir ve bu sadece niteliksel olarak değil, aynı zamanda niceliksel olarak "daha fazla gerçek" anlamına gelir. Teknik olanakların artması da daha fazla değerlendirme olanaklarına yol açar.

Ceza muhakemesi, basit şüphe dediğimiz bir şüphe derecesi ile başlar ve savcılık makamının yaptığı araştırmalar neticesinde şüphenin yeterli şüphe derecesine erişmesi ile soruşturma evresi nihayete erer. Bir fiilin cezalandırılabilmesi için fail tarafından işlendiğini gösteren somut göstergeler olmalıdır. Dijital gelişimin bir sonucu olarak giderek daha fazla verinin var olması ve bu verilerin teknik gelişme açısından daha hızlı bir şekilde analiz edilmesi, başlangıç şüphesinin giderek daha yoğun bir şüphe derecesine dönüşmesine yol açmaktadır. Yargının dijitalleşmesi ile daha fazla veri daha hızlı elde edilerek daha süratli analiz edilebilir. Uygulamada, dijital gelişimin, soruşturma işleyişi üzerinde klasik soruşturma usullerine kıyasla iki kat etkisi bulunmaktadır. Böylelikle, başlangıç şüphesinden yeterli şüphe derecesine daha hızlı varılabilmektedir. Özellikle ticari ceza ve beyaz yaka suçları bakımından soruşturmanın dijitalleşmesinin, verilerin kaybolmadan hızlıca elde edilmesini sağladığı ve soruşturmanın tamamlanıp kovuşturma evresine süratle geçişin anahtarı olduğu ifade edilmektedir¹²⁴. Özünde, dijitalleştirilmiş ya da sayısallaştırılmış cezai soruşturmaların amacı eylem ve fail ile ilgili soruşturmanın önel düşüncelerine bağlı olmadan maddi gerçeğe ulaşıldığına emin olmak için en nesnelleştirilmiş şekilde delillere ulaşmaktır¹²⁵.

Önemli suçlar bakımından, edinilen tecrübe soruşturma makamları için bilgisayar sistemlerinin aranmasını ve değerlendirilmesini haklı çıkardığını göstermiştir.

¹²³ **Schneider**, s.80.

¹²⁴ **Schneider**, s.80.

¹²⁵ **Schneider**, s.79.

Dolayısıyla artan dijitalleşmenin farkındalığı, ceza muhakemesi kanunlarında yeni, kısıtlayıcı ve soruşturma makamlarına özgü getirilecek yetkilendirici düzenlemelere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır¹²⁶. Alman kanun koyucu, arama yerlerinin veya siber suçların dışında saklanan verilerin sisteme işlenmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) §110 (3)'e karşılık gelen verilere erişim ile ilgili olarak defalarca düzenlemeler yapmış olsa da yurtdışında bulunan veriler için kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle, dijitalleşmeden kaynaklanan "*daha fazla teknoloji ve daha fazla veri*" durumu ile nasıl başa çıkılacağı henüz kesin olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Dünyanın önde gelen internet operatörlerinden De-Cix'in, Almanya Federal İstihbarat Teşkilatının (BND) veri akışını kullanmasına karşı, 2017 yılında yürürlüğe giren ve yurtdışındaki yabancıların telekomünikasyon bilgilerinin izlenmesini düzenleyen BND yasasının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada, Leipzig'de Federal İdare Mahkemesince reddedildi. Mahkeme, İçişleri Bakanlığının, BND'nin stratejik iletişim gözetimine yardımcı olması amacıyla internet şebekelerine ihtiyaç duyulabileceği kararını vermiştir¹²⁷.

Sonuç olarak, toplumun artan dijitalleşmesinin doğal olarak ceza hukukunda da durmadığı unutulmamalıdır. Soruşturma prosedürü kapsamındaki gerçek değişiklikler göz önüne alındığında ortaya çıkan sorular özellikle önemli ve temel haklarla ilgilidir. Soruşturma prosedürünün temel haklarla uyumlu tasarımı üzerine sürekli ve yoğun bir tartışma burada büyük önem taşımaktadır. EDP sistemlerinde ilk şüphe ve büyük miktarda verinin gözden geçirilmesi üzerindeki etkilerle, bu katkıda düzeltmelerin gerekli olduğu birçok alandan sadece ikisi sunulabilir. Bu konudaki tartışmanın önem ve yoğunlukta artacağı, böylece ceza sürecine dahil olan tüm tarafların tutarlı, meşru ve öngörülebilir bir kurallar dizisi olmaya devam edeceği umulmalıdır.

Bilgi teknolojileri sistemlerinin çoğu, insan hayatında önemli bir rol oynamaktadır. Bilgisayarlar, laptoplar, tabletler, akıllı telefonlar soruşturma makamları için oldukça kıymetli veri kaynaklarıdır. Bilişim teknolojileri cihazları, özellikle örgütlü suçlarda

¹²⁶ Schneider, s.81.

¹²⁷ <https://tr.sputniknews.com/avrupa/201806011033679849-bnd-internet-sebeke-almanya/> (Erişim Tarihi:08.07.2020)

kriptolojik prosedürlerle tekrar tekrar kullanılmaktadır. Bu itibarla geleneksel soruşturma yöntemleri çağımızda ve ilerleyen zaman diliminde çoğunlukla başarısız olacaktır.

COVID 19 PANDEMİSİ'NİN ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNA OLASI ETKİLERİ

*Araş. Gör. Cansu KOÇ BAŞAR **

Aralık 2019 tarihi itibarıyla Çin'in Hubei Eyaletinin Wuhan şehrinde çeşitli hastalarda henüz ortaya çıkma nedeni bilinmeyen ve tedaviye cevap vermemesi nedeniyle yeni tip Koronavirüs (COVID-19) adı verilen hastalık ortaya çıkmıştır. Hızlı bulaşıcılık özelliği taşımakta olan bu hastalık, 2020 yılının başından itibaren ciddiyetini koruyarak yayılmaya devam etmektedir. Bu bağlamda, 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmiştir. Bugün gelinen noktada hastalığa ilişkin vaka sayıları artmaya devam etmekte ve can kayıpları yaşanmaktadır.

2020 yılında ilan edilen pandemi, tüm dünyayı ilgilendirmekte ve hukuk sistemlerini de etkilemektedir. Bu bakımdan hem ülkelerin iç hukuku hem de uluslararası hukuk normları, tartışmaya açılabilen, muhtemel değişimlere karşı alınabilecek hukuki tedbirler ya da yaptırımlar üzerinde durulabilmektedir.

COVID 19 pandemisi, tüm dünyanın karşılıklı bağımlılık ilişkisini tekrar hatırlatmıştır. Bu bakımdan halk sağlığının korunmasının, sadece devletlerin bir iç meselesi olmadığı da tekrar gündeme gelmiştir. Devletlerin COVID 19 pandemi sürecindeki sorumlulukları kapsamında ortaya çıkan bir diğer önemli tartışma konusu da uluslararası ceza hukuku alanında yaşanmaktadır. Bu konudaki en belirgin tartışma noktasının ise Brezilya'daki sendikalar tarafından devlet başkanı aleyhine yapılan şikayet ile ortaya çıktığını söylemek mümkün görünmektedir.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, cansukoc@gmail.com , ORCID ID: 0000-0002-3597-971X.

27 Temmuz 2020 tarihinde Brezilya'daki kimi sendika ve diğer bazı bağımsız kuruluşların oluşturduğu topluluklar, COVID 19 pandemisine ilişkin olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) başvurmuştur. Yapılan şikayette bir milyondan fazla tıp uzmanını temsil eden topluluk, Brezilya devlet başkanının ortaya çıkan pandemi ile hiçbir biçimde ilgilenmediğini, bu durumun insanlığa karşı suç teşkil ettiğini ileri sürmüş ve bu konunun UCM tarafından yargılanmasını talep etmişlerdir.

Bahsi geçen şikâyet bağlamında, COVID 19 ve ileride ortaya çıkabilecek diğer salgın hastalıklara ilişkin olarak insanlığa karşı suçlar ya da UCM'nin kurucu antlaşması olan Roma Statüsünde tanımlanan diğer suçların gündeme gelip gelemeyeceği sorusunun ortaya çıktığı görülmektedir.

Roma Statüsü madde 7'de insanlığa karşı suçlar, şu şekilde tanımlanmaktadır:

Bu Statü'nün amaçları bakımından "insanlığa karşı suçlar", herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiilleri kapsamaktadır:

- (a) Öldürme;
- (b) Toplu yok etme;
- (c) Köleleştirme;
- (d) Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli;
- (e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme;
- (f) İşkence;
- (g) Irza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri;
- (h) Paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkeme'nin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel

veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm;

- (i) Kişilerin zorla kaybedilmesi;
- (j) Apartheid (ırk ayrımcılığı) suçu;
- (k) Kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.

2. 1'inci paragrafın amaçları bakımından:

(a) “Herhangi bir sivil topluluğa yöneltilmiş saldırı”, devlet ya da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1'nci paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir;

(b) “Toplu yok etme”, nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla, yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakmanın yanı sıra yaşam koşullarını kasten kötüleştirmeyi de içerir;

(c) “Köleleştirme”, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dahil kullanılması anlamına gelir;

(d) “Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli”, uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, bir yerde hukuka uygun olarak ikamet eden insanların zorla yerlerinden edilmeleri ya da başka zorlayıcı fiillerle yer değiştirilmeleri anlamına gelir;

(e) “İşkence”, hukuksal yaptırımların doğasına ve bundan kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözetiminde bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da zihinsel olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir;

(f) “Zorla hamile bırakma”, uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu olmadan zorla

hamile bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz;

(g) “Zulüm”, bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir;

(h) “Apartheid (ırk ayrımcılığı) suçu”, bir ırkın, başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde, sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği ve 1’inci paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir;

(i) “Kişilerin zorla kaybedilmesi” bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözetimine alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkar anlamına gelir;

3. Bu Statünün amacı bakımından “cinsiyet” toplumsal bağlamda, kadın ve erkek olmak üzere iki cinse atıf yapmaktadır. “Cinsiyet” terimi, yukarıda açıklanandan başka bir anlam taşımamaktadır.”

Suç Unsurları başlıklı belgenin 7’nci maddeyi açıklayan kısmının girişi ise şöyledir;

1. 7’nci maddenin uluslararası ceza hukukuyla ilgili olması sebebiyle, bu maddenin hükümleri 22’nci maddeye uygun olarak, 7’nci maddede tanımlanan insanlığa karşı suçların, uluslararası topluluğun ilgilendiği en ciddi suçlardan biri olduğu, bireysel ceza sorumluluğunu getirdiği ve gerektirdiği ve dünyanın ana hukuk sistemleri tarafından tanındığı şekilde genel uygulanabilir uluslararası hukukta yasak olan bir davranışı gerektirdiği düşünülürse, dar kapsamda yorumlanmalıdır.

2. İnsanlığa karşı her suçun son iki unsuru, davranışın gerçekleştirilmesi gereken bağlamları tanımlamaktadır. Söz konusu unsurlar, sivil bir nüfusa karşı geniş ya da sistematik bir saldırıya katılımın ya da böyle bir saldırının bilgisinin gerekliliğini netleştirmektedir. Ancak son unsur, failin saldırının tüm özelliklerinin ya da Devletin ya da kuruluşun planının ya da politikasının tüm ayrıntılarının bilgisine sahip olmasının kanıtını istediği şekilde yorumlanmamalıdır. Bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya

sistematik saldırı durumunda son unsurda yer alan kasıt, failin benzeri saldırılara dair kastını da içerir. “Zorla” terimi fiziksel güçle sınırlı değildir ancak bu kişiye ya da kişilere ya da başka bir kişiye karşı şiddet korkusu, baskı, alıkoyma, psikolojik zulüm-baskı ya da gücün kötüye kullanımı ya da zorlayıcı bir çevreden yararlanılması gibi etkenlerden kaynaklanan tehdit, güç ya da zorlamayı içerebilir.

3. “Sivil bir nüfusa karşı yöneltilen saldırının”, bu bağlamda unsurların, herhangi bir sivil nüfusa karşı, bir Devletin ya da kuruluşun böyle bir saldırıda bulunma politikasına uygun olarak, Statünün 7’nci maddesinin 1’inci paragrafına atfedilen davranışların birçok kere yapılmasını ifade eden bir davranış dizisini kastettiği anlaşılmaktadır. Saldırıların askeri nitelikte olması gerekmez. “Bu tür saldırı işleme politikasından, bir devletin ya da organizasyonun, bir sivil nüfusa yönelik saldırıları cesaretlendirmesi ya da etkin olarak kışkırtması anlaşılır.

COVID 19 pandemisinde önlem almayarak insanlığa karşı suçların işlendiğinin ileri sürülmesinde, öldürme ve toplu yok etme fiillerinin tartışılabileceğini söylemek mümkündür.

Dolayısıyla bu eylemler üzerinde ayrıca açıklama yapmak gerekli olacaktır.

Öldürme; insanlığa karşı suçlar formunda gerçekleştirilebilmektedir. Bu da ölüm nedenine işaret etmektedir. Dikkat etmek gerekir ki açık bir eylemle ya da ihmali hareketlerle işleniyor olsun, insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilebilecek öldürmelere ilişkin olarak, bunların nasıl gerçekleştirildiklerine dair belirli tipte bir uygulama şekli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak insanlığa karşı suçlar kapsamındaki öldürmelerin her biri, genellikle, bir dikta unsuru barındırmaktadır. Öldürme ile insanlığa karşı suçların işlenmesi konusunda ihmal meselesinin irdelenmesi gerektiğini vurgulamakta yarar vardır. Zira bu suçun ihmal ile işlenmesi bakımından literatür çok yeterli görülmebilir. Örneğin, kolay tespit edilebilen yetersiz yaşam koşullarına neden olma, uluslararası bir suç olarak bunun görünümünden yalnızca biridir. Tarihsel yargılamalarda ise bu suçun ihmalle işlenebileceği; ancak insanlığa karşı suçlar kapsamında hareket edildiğinin bilinmesi gereği ortaya konulmuştur.

Başka bir taraftan Suçun Unsurları madde 7(1)(a)'da gösterildiği üzere, öldürme eylemi ile gerçekleştirilen insanlığa karşı suçlardan bahsedebilmek için failin bir ya da daha fazla kişiyi öldürmesi ya da ölümüne sebebiyet vermesi; davranışın sivil bir nüfusa karşı yöneltilen yaygın ya da sistematik bir saldırının bir parçası olarak gerçekleştirilmesi; failin davranışın, sivil nüfusa karşı yaygın ya da sistematik bir saldırının bir parçası olduğunu ya da bir parçası olmasının amaçlandığını bilmesi gerekir.

Toplu yok etme ise Roma Statüsü madde 7(2)(b)'de açıklanmıştır. Buna göre, toplu yok etme ya da toplu imha kavramı, yaşam koşullarının kasten zorlaştırılması anlamına gelmekte ve bu kapsamda halkın bir kısmının yok edilmesini hesaplayarak onların yiyecek ve ilaçtan yoksun bırakılması türünden eylemleri işaret etmektedir. Bu eylemin öldürmeden farkı, isminden de anlaşılacağı üzere, kitlesel imha unsurunu gerektiriyor olmasıdır. Soykırım suçundan farkı ise bu eyleme maruz kalan çok sayıda kişinin belirli bir gruba aidiyeti sebebiyle öldürülmüş olmamasıdır.

İnsanlığa karşı suçlar için getirilen tanım ve özellikle öldürme ve toplu yok etme fiillerinin açıklanması bağlamında UCM önünde yargılanması talep edilen Brezilya devlet başkanının durumuna bakılabilir. Roma Statüsü'ne göre, bu Statünün hükümleri, resmi görev ayrımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru, hiçbir biçimde Roma Statüsü bakımından doğacak olan cezai sorumluluktan muaf tutulamaz yahut resmi unvanı olması nedeniyle cezasında indirimle gidilemez. Yine, ulusal ya da uluslararası hukuk kapsamında olsun ya da olmasın, bir kişinin resmi unvanı ile bağlantılı olan bağışıklık veya usul kuralları, UCM'nin böyle bir şahıs üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla söz konusu durumda öncelikle belirtmek gerekir ki, devlet başkanının UCM önünde yargılanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Buna karşın, burada ortaya çıkan asıl sorun, COVID 19 pandemisinde, gerekli önemlerin alınmaması nedeniyle insanlığa karşı suçların ortaya çıkıp çıkmayacağı, başka bir

ifadeyle UCM'nin bu olayı, "konu bakımından" yargılamaya yetkili olup olamayacağıdır. Özellikle vurgulamak gerekir ki, yapılan tanım gereği, insanlığa karşı suçların öncelikle sivil nüfusa karşı "yaygın veya sistematik" bir saldırının parçası olarak işlenebileceği ortaya konulmuştur. Devlet ya da bir örgüt politikasının varlığı gereği belirtilmiş ve ayrıca saldırının bilincinde olma koşulu da söylenerek suçun manevi unsuru bakımından bir belirleme yapılmıştır.

Ortaya konulan verilere göre, Brezilya COVID 19 vaka sayısı bakımından en yüksek oranlara sahip ülkelerden biri durumundadır. Ülkede maske takma gibi halk sağlığı bakımından basit fakat önemli olan önlemlerin dahi alınmadığı ortaya konulmaktadır. Böylesi bir durumun varlığının insan hakları ihlali oluşturacağı açıktır; ancak insanlığa karşı suçlar kategorik ve ayrıca ele alınan suçlardır.

Roma Statüsü'nde yer alan insanlığa karşı suçların tanımı, yaygın ve sistematik olmayı ve bir politika dahilinde hareket edilmesi gereklerini vurgulamaktadır. Ayrıca, Suç Unsurları başlıklı belgenin, Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçların tanımlandığı 7'nci maddeyi açıklayan giriş kısmında, bu suçların uluslararası topluluğun ilgilendiği en ciddi suçlardan biri olduğu, bireysel ceza sorumluluğunu getirdiği ve gerektirdiği ve dünyanın ana hukuk sistemleri tarafından tanındığı şekilde genel uygulanabilir uluslararası hukukta yasak olan bir davranışı gerektirdiği düşünülerek "dar" yorumlanmasının zorunlu olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu bakımdan öncelikle insanlığa karşı suçları geniş yorumlamak mümkün değildir. UCM önünde yargılamaya gitmek için ortaya çıkan durumun ciddiyetine ilişkin önemli dayanaklar olmalıdır.

Ayrıca bahsi geçen ülke bakımından yargılamanın iç hukukta yapılmaması ya da yapılamıyor olması da gerekmektedir. Nitekim uluslararası ceza yargılamasında tamamlayıcılık (talilik) ilkesi geçerlidir. Tamamlayıcılık ilkesine göre, Roma Statüsü'nde düzenlenen suçlar için yargı yetkisi, öncelikle ulusal mahkemelere aittir. UCM'nin yargı yetkisi, ancak ulusal mahkemelerin adil yargılamayı gerçekleştirmediği ya da gerçekleştiremediği haller söz konusu olduğunda doğmaktadır. Yargılama önceliğinin

ulusal mahkemelerde olması bakımından UCM'nin yetkisi, tali (ikincil) niteliktedir. UCM, kendi yargı yetkisi dahilindeki suçları devletlerin de yargılayabileceğini kabul etmiştir. Ancak devletlerin bu yargılamaya istekli ve yeterli olması gerekmektedir.

Neticede, Brezilya bakımından ortaya çıkan konuda veya buna benzer ortaya çıkabilecek konularda, sivil nüfusa karşı ihmal suretiyle de olsa bilinçli olarak bir saldırının varlığı ve bu saldırının yaygınlığı öncelikle ortaya konulmalı; ardından ilgili ülkenin iç hukukunda yargılamanın yapılabilirliğine ya da bu konudaki istek ve eğilime bakılmalıdır.

Söz konusu veriler kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, Brezilya'da ortaya çıkan olayın, UCM önüne taşınması ve bir dava konusu haline gelmesi oldukça zor görünmektedir. Buna karşın sorun, bu aşamada bir insan hakları hukuku sorunu olarak ele alınabilir ve özellikle Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Sözleşmesi ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Hukuku mekanizması değerlendirme noktası haline getirilebilir.

Bu sonuç, COVID 19 pandemisi bakımından uluslararası ceza hukukunun etkisiz olduğu ya da etkisiz kalacağı anlamına ise gelmemelidir. Halk sağlığının, bilinçli ve yaygın bir biçimde hiçe sayılması bahsi geçen diğer koşulların da varlığı halinde uluslararası ceza hukuku konusu haline gelebilir ve UCM önünde yargılama söz konusu olabilir. Nitekim

COVID 19 salgını ile beraber bu konu, tartışılır hale gelmiştir. Bu noktada özellikle COVID 19 pandemisi bağlamında bir tehlike suçu olarak insanlığa karşı suçların doktrinde de tartışmaya açıldığı görülmektedir.¹²⁸

¹²⁸ Bkz. **Benjamin, Davis:** COVID-19 Human Endangerment As A Domestic Crime or an International Crime Against Humanity, University of Toledo Legal Studies Research Paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605571.

Esasen halk sağlığına karşı ihmallerin insanlığa karşı suçları oluşturabileceği olgusu yeni değildir. Buna karşın COVID 19 pandemisinin hatırlattığı durum, kontrolden çıkan salgın hastalıkların öngörülmez biçimde her şeyin ötesine geçebileceğidir. Dünyanın herhangi bir yerinde önlenemeyen ya da önlenmeyen bir virüsün, tüm dünyaya yayılabileceği gerçeği, kendisini hatırlatmaktadır. Bu gerçeğin insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ya da soykırım gibi uluslararası ceza hukukunun temel düşüncesinde var olan “karşılıklı bağlılık” fikri ile örtüştüğü de ayrıca ortadadır.

2020 yılında ortaya çıkan bu kriz, bazı mevcut uluslararası ceza hukuku kategorilerini tekrar ele almayı düşündürebilecektir. Bu, sadece insanlığa karşı suçlar bakımından da olmayabilir. Örneğin Roma Statüsü madde 8 (2) (b) (iii)’te savaş suçları bağlamında yer alan, “Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında, siviller ya da sivil nesnelere sağlanan korumadan yararlanma hakları olduğu sürece, BM Sözleşmesi’ne göre, barış gücü ya da insani yardıma tahsis edilmiş görevli personel, tesis, malzeme, birlik veya araçlara kasten saldırı yöneltilmesi” ifadesi daha kapsamlı bir şekilde ele alınabilecektir. Bu yorumla pandemi sürecinde ortaya çıkabilecek uluslararası silahlı çatışmalarda insani yardıma ilişkin yeni düzenlemelerin getirilmesi söz konusu olabilecektir.

COVID 19’da olduğu gibi yaşam hakkını tehdit eden bir salgının varlığında, bu tehdit altında olan ve hedeflenen bir gruba yeterli sağlık bilgisi, desteği ve olanaklarının sağlanmaması ve bu türden ihmallerin bilinçli olarak yapılması durumlarını ayrıca göz önüne almak gerekebilecektir. Bu noktada ihmalin kasıtlı olarak gerçekleştirildiğine ve hedeflenen bir grubun bulunduğuna yönelik kanıtların nasıl belirlenebileceğine ilişkin sorgulamaların yapılabileceği düşünülebilir. Bu türden bir formülasyonun oluşturulması ise uluslararası ceza hukukunun alanına dahil olacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki, COVID 19 salgını ile beraber, küresel krizler arasında bağlantı kurmak gereği de gündeme gelmektedir. Örneğin Küresel İklim Değişikliği ile COVID-19 gibi sağlık krizleri arasındaki bağlantılar hakkında daha ayrıntılı araştırma yapma ve bilgi edinme

gereksinimi ortadadır. Bu bağlamda uluslararası çevre suçları kategorisini geliştirmek için devam eden girişimleri desteklemek yönündeki çabalar hızlandırılacaktır¹²⁹.

Neticede mevcut uluslararası ceza hukuku normları kapsamında, COVID 19 pandemisine ilişkin olarak alınması gereken önlemlerin yetersizliğinin, doğrudan bir uluslararası ceza yargılaması konusu olarak karşımıza çıkması çok düşük bir ihtimaldir. Nitekim bunun gerçekleşmesi için Roma Statüsü'nde belirlenen suçlarının tüm unsurlarının varlığı açıkça ortaya konulmalıdır. Ancak pandemi sürecinde hem Brezilya örneğinde görüldüğü üzere pratikte hem de doktrinde bu konu tartışılır hale gelmiştir. Ortaya çıkan veriler bağlamında halk sağlığı ve küresel sağlık krizlerine karşı uluslararası ceza hukuku sisteminin daha işlevsel hale getirilmesi yakın gelecekte gündeme gelebilecektir.

² COVID-19 Symposium: COVID-19 and International Criminal Law, <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-and-international-criminal-law/>