



KOCAELİ
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ocak / Temmuz 2022 - Sayı: 25 / 26

Derginin Sahibi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Bayram KESKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK
Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN
Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN
Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Buket KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Cansu YENER KESKİN
Arş. Gör. Dr. Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK
Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM
Arş. Gör. Yaprak YEŞİL
Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK

Almanca Dil Editörü

Prof. Dr. Herdem BELEN

İngilizce Dil Editörü

Arş. Gör. Dr. Murat ESMER

İletişim Adresi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Umuttepe Yerleşkesi
İzmit / KOCAELİ

Tel: +90 (262) 303 26 02

Faks: +90 (262) 303 26 03

İletişim: kouhfd@kocaeli.edu.tr

Elektronik Ağ: https://www.hfd.kocaeli.edu.tr

Kapak & Sayfa Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Şubat 2023

ISSN

1301-8043

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
altı ayda bir yayımlanan ulusal, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIřMA KURULU

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (zyeğın niversitesi)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehra Gönöl BALKIR (Kocaeli Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi)

Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi)

Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Ufuk Üniversitesi)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi)

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK (Kocaeli Üniversitesi)

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KOÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde ve yılda iki sayı (Ocak ve Temmuz) olarak yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar “Microsoft Word” programında, metin yazı tipi Times New Roman -12 punto-, dipnotlar 10 punto tek satır aralıklı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yazılar aşağıda belirtilen e-posta adresine Word formatında ve yayım ilkelerine uygun olarak gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun **başlığının, özetinin ve anahtar kelimelerinin** Türkçe ve İngilizce olarak eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazarlar, **unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve mutlaka e-mail adreslerini** çalışmalarının başına ekleyecekleri üst kapak sayfası ile birlikte bildirmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıya” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
7. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun bulunan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Kocaeli Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
12. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara ait olup, yazarlar Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul eder.
13. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazılar şu e-posta adreslerine gönderilmelidir.
kouhfd@kocaeli.edu.tr

Künye.....	2
İçindekiler	7

HAKEMLİ MAKALELER

Anonim Ortaklıkta Bir Paya En Çok On Beş Oy Hakkı Tanınması ve İstisna Edilme Kararı

Granting a Maximum of Fifteen Voting Rights to One Share in a Joint Stock Company and Exemption Decision

Doç. Dr. Levent BİÇER

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK..... 11

Roma Hukukunda Advocatus ile Müvekkili Arasındaki Vekâlet Sözleşmesinde Ücret Meselesi

The Matter of Fee in the Contract of Mandate Between Advocatus and His Client in Roman Law

Arş. Gör. Ayşe Gül EKER..... 45

Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme

Rethinking the Civil Justice System According to Technological Developments: From Automation to Transformation

Arş. Gör. Barış MIDİK 63

Bir Esnek Çalışma Türü Olarak Tele Çalışma

Teleworking: A Type of Flexible Work

Arş. Gör. Büşra Gizem ÜNER..... 105

ÇEVİRİ

Popülizm ve Türk Anayasa Mahkemesi: Oyun Kurucu, Popülist ve Popüler

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER

Çev.: Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN..... 149

HAKEMLİ MAKALELER

Anonim Ortaklıkta Bir Paya En Çok On Beş Oy Hakkı Tanınması ve İstisna Edilme Kararı

Granting a Maximum of Fifteen Voting Rights to One Share in a Joint Stock Company and Exemption Decision

Doç. Dr. Levent BİÇER^(*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK^(**)

Öz:

TTK m. 479'da anonim ortaklıkta oy hakkında imtiyazın eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmek suretiyle tanınacağı düzenlenmiş ve bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabileceği kabul edilmiştir. Bu sınırlama ise kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmayacaktır. Kanundaki bu düzenleme eTK'daki düzenlemeden hem itibari değeri esas alması hem de imtiyazlı oy sayısına sınırlama getirmesi yönüyle ayrılmaktadır. Bunun yanında sınırlamanın kaldırılmasına ilişkin istisna edilme kararı ise hukuk sistemimizde tamamen yeni bir kurumdur. Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden alınacak bu karara dair kanundaki tek düzenleme talebin kurumlaşma veya haklı sebebe dayanması gerektiğidir. Öte yandan kararın ne zaman, kimler tarafından talep edilebileceği, koşulların ortadan kalkması halinde mahkemenin nasıl haberdar edileceği, imtiyazlı pay sahiplerinin onayının gerekip gerekmediği, mahkeme tarafından verilecek kararın içeriği gibi önemli ve doğrudan uygulamaya ilişkin konularda ise hiçbir düzenleme mevcut değildir. Bu çalışmada kısaca mevcut düzenleme tanıtılarak bahsi geçen konular üzerinde durulmuş ve çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Anonim Ortaklıkta İmtiyaz, İstisna Edilme Kararı, Oy Hakkında İmtiyaz.

Abstract:

Art 479 TCC stipulates that voting privileges in a joint stock company shall be allocated by granting different number of voting rights to shares of equal nominal value, and it is accepted that a share may be granted a maximum of fifteen voting rights. This limitation shall not be applied in cases where institutionalisation is required or a justifiable reason is proven. Aforementioned regulation differs from the regulation stipulated under the previous commercial code both in terms of taking the nominal

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: levent.bicer@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-9998-5289>.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: zehra.badak@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-6793-8154>.

Makalenin geliş tarihi: 21.11.2022 - Makalenin kabul tarihi: 02.12.2022.

value as a basis and limiting the number of privileges. In addition, the exemption decision regarding the removal of the limitation is a completely new institution in our legal system. The only regulation in the law regarding such decision to be taken from the commercial court is that, the request must be based on institutionalisation or just cause. On the other hand, there is no regulation on various critical and directly applicable issues such as when and by whom it may be requested, how the court will be notified in case the conditions are no longer fulfilled, whether the approval of the privileged shareholders is required, and the content of the decision to be rendered by the court. In this study, after summarising the current regulation, the aforementioned issues are emphasised and solutions are proposed.

Keywords:

Privileged Shars in Joint Stock Companies, Exemption Decision, Voting Privilege.

Giriş

TTK’da pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda pay sayısına göre değil, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanmaktadır (TTK 434/1). Anonim ortaklıklarda, eTK’den farklı olarak TTK’da yalnızca eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek imtiyaz oluşturulabilmektedir. Yine eTK’den farklı olarak, bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilmektedir (TTK 479/2). TTK 479/2 ile oy hakkında imtiyaza getirilen bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmayacaktır. Hükmün gerekçesine göre, özelleştirme veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatlerinin korunması, halk pay sahiplerinin korunması gibi amaçlarla profesyonel yöneticilerin sahip olduğu paylara on beşten fazla oy hakkı tanınması haklı sebep olarak kabul edilebilecektir.

Hükmün sözünden ve gerekçesinden oy hakkında imtiyazın istisnalarından kurumlaş(tır)mada proje gerekli iken haklı sebepte projeye gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, haklı sebebe dayalı olarak istisna edilme kararı talep edilirken proje talep edilmesi de oy hakkında imtiyazın amacının ve sınırlarının tespit edilmesi yönünden fayda sağlayabilecektir.

TTK 479/2 uyarınca oy hakkında imtiyaza ilişkin sınırlamanın kaldırılması amacıyla mahkemeden kimin talepte bulunacağı belirsizdir. TTK’da düzenlenmediği gibi gerekçede de bu konuda bir bilgiye rastlanmamaktadır. Genel kurulun karar alarak yönetim kuruluna talimat vermesi veya yönetim kurulunun böyle bir talimat almaksızın mahkemeye başvurması ya da uygulamada karşılaşıldığı üzere oyda imtiyazlı payların sahiplerinin bu konuda bir talepte bulunması akla gelmektedir.

Şirket içi dengeleri önemli ölçüde değiştirebilecek bir karar mahkeme tarafından alınmaktadır. Bu nedenle, mahkemelerin bu yönde karar verirken çok dikkatli olması, gerekçenin deyişiyle “cimri” olması gerekmektedir.

Mahkemenin oy hakkında imtiyaz bulunmayan paylara imtiyaz tanıyabilmesi mümkün değildir. İstisna edilme kararı verilebilmesi için %75 sermaye çoğunluğuna ulaşan pay sahiplerinin oyda imtiyazın oluşturulması konusunda olumlu karar vermesi ayrıca TTK 479/2’de öngörülen sınırın uygulanmayacağı konusunda mahkemeye başvuru için karar alması hükmün konuluş amacı düşünüldüğünde yerinde olacaktır. Zira istisna edilme kararında amaç şirketin yönetiminin profesyonel yöneticiler tarafından gerçekleştirilmesi ve kurumlaşmadır.

Mahkemenin istisna edilme kararı verirken, kurumlaşma projesi ve haklı sebep uyarınca, sadece sınırın kaldırılmasına mı karar vereceği, yoksa oy hakkında imtiyazda sınırın aşılabileceği üst sınırı ya da belirli bir sayıyı tespit etmesinin gerekli olup olmadığı sorgulanabilir. Ayrıca, oyda imtiyazın sınırının aşılmasında konu açısından bir kısıtlamanın yapıp yapılmaması gerektiği de değerlendirilebilir.

I. Oy Hakkında İmtiyaz Tanınması

A. ETK Döneminde

Oy hakkında imtiyaz¹ tanınması (ve tanınma yöntemi) 6762 sayılı eTK’da, 6102 sayılı TTK’dan farklı olarak, açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Buna karşılık, eTK 401’de anasözleşme ile bir kısım pay senetlerine kâr ve tasfiye payı yanında sair konularda imtiyaz tanınabileceği öngörüldüğü gibi, 373/1’de de her payın en az bir oy hakkı vereceği belirtildiğinden, bir paya birden çok oy hakkının verilebileceği², böylece oy hakkında imtiyaz oluşturulabileceği tartışmasız bir biçimde kabul edilmekteydi.

Oy hakkında imtiyazın eşit itibari değerdeki paylara farklı oy hakkı tanınması (doğrudan, açık imtiyaz) veya farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması (dolaylı, gizli imtiyaz) suretiyle iki farklı şekilde kurulabilmesi mümkündür³. Bununla birlikte, öğretide eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı tanınması suretiyle imtiyaz oluşturulması, oy birliği ile

¹ TTK 478/2 uyarınca, imtiyaz, kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır. Buna göre, payın üstün hak(lar) içermesi durumunda imtiyazlı paylardan, üstün haklar içermemesi durumunda adi paylardan söz etmek mümkündür. **Ünal TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 2019, N. 781; **Abuzer KENDİGELEN**, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 38; **Üner DAĞ**, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996, s. 3; **Mehmet BAHTİYAR**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2022, s. 232; **Levent BİÇER**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara 2019, s. 101 vd.; **Fatih BİLGİLİ/ Ertan DEMİRKAPI**, Şirketler Hukuku, İstanbul 2013, s. 480; **Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN**, Anonim Şirketlerde Altın Paylar, İstanbul 2016, s. 32.

² **Sami KARAHAN**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s. 92; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 2005, N. 798.

³ **KARAHAN**, s. 87, s. 90 ve s. 92; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 2005, N. 798.

kabul edilirken, farklı itibari değerdeki paylar bakımından eşit oy hakkı ön-görmek suretiyle imtiyazın oluşturulması hususunda, özellikle eTK 387'deki anasözleşme değişikliğinde imtiyazların kullanılmayacağı kuralı çevresinde ilerleyen bir tartışma mevcuttu⁴. Oy hakkında tanınacak imtiyaz bakımından miktar olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiş olması da ayrıca eleştiril-mektedir⁵.

Öte yandan imtiyazın sadece anasözleşme (eTK m. 401) ile oluşturula-bileceği kabul edilmekle birlikte ilk anasözleşme ile oluşturulmamış imtiyaz-ların anasözleşmenin değiştirilmesi suretiyle oluşturulmasının mümkün olup olmadığı da tartışmalı idi⁶.

B. TTK Döneminde

TTK m. 478'deki düzenlemeye göre imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüç-han ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngö-rülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Anonim ortaklıkta imtiyaz ilk veya

⁴ **Şükrü YILDIZ**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s. 105 ve 107; **KARAHAN**, s. 92; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 2005, N. 801; **Alain HIRSCH**, Oyda İmtiyazlı Hisse Senedine İlişkin Bir Görüş (çev. Akar ÖÇAL), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, Haziran 1987, s. 101 - 104. 6762 sayılı eTK döneminde öğretilde çoğunluk, farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması suretiyle yani dolaylı imtiyaz yöntemi ile imtiyaz tanınabileceğini kabul etmekteydi. **Hayri DOMANIÇ**, Nominal Değerleri Eşit Anonim Şirket Hisselerinde Rey İmtiyazı, İkt. Mal. 1970, C. XVII, S. 2, s. 69 - 70; **TEKİNALP (Po-roy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 1997, N. 801; **Ömer TEOMAN**, "Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim (İtibari=Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi", Tüm Makalelerim I-II, Makale 7, s. 503 - 504; **KARAHAN**, s. 67; **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 119 - 120. Buna karşılık, ÇAĞA, eTK 387 uyarınca anasözleşmenin değiştirilmesi sırasında tüm payların bir oy vermesi nedeniyle, dolaylı imtiyaz yöntemi ile imtiyaz tanınamayacağını ifade etmiştir. **Tahir ÇAĞA**, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri, İkt. Mal. 1970, C. XVII, S. 1, s. 34. Aynı şekilde TÜRK, itibari değerlerin farklı olmasının fiili bir durum olduğunu, bunun oy hakkında imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmektedir. **Hikmet Sami TÜRK**, Anonim Ortaklık Pay Senetlerinde İtibari Değer Farkları, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 557 - 580. s. 557 vd. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **BİÇER**, s. 226, dn. 718.

⁵ **Okşan ÖZKAN**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Korunması, Bahçeşehir Üniversite-si Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 78. eTK döneminde öğreti tarafından oy hakkında imtiyazda bir sınırın bulunmamasına yönelik olarak getirilen eleştiri ve öneriler için bkz. **BİÇER**, s. 237 vd.

⁶ 6762 eTK döneminde anasözleşme değişikliği ile oy hakkında imtiyazlı pay oluşturulup oluş-turulamayacağı tartışmalıydı. Öğretilde çoğunluğu oluşturan yazarlar, anasözleşme değişikliği yapmak suretiyle kuruluştan sonra imtiyazlı pay ihraç edilebileceğini savunmaktaydı. **Hayri DO-MANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988. s. 1059 - 1060; **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 142; **KARAHAN**, s. 27; **Mustafa ÇEKER**, Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 62. Buna karşılık öğretilde TEKİNALP ise, İsvBK 654'de açıkça anasözleşme değişikliği ile imtiyaz tanınabileceğinin öngörüldüğünü, o dönemde benzer bir düzenlemeye eTK'da yer verilmediğini, bu nedenle sonradan imtiyazlı pay oluşturulamayaca-ğını, ancak somut olayın özellikleri, haklılık ve gereklilik olgularının varlığının değişik bir sonuca geçerlilik kazandırabileceğini belirtmektedir **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 1997, N. 783. eTK dönemindeki bu tartışmalar için bkz. **BİÇER**, s. 202.

değiştirilmiş anasözleşme⁷ ile kural olarak yalnız paya tanınabilir. Zira TTK m. 478'de de imtiyazın paya tanınan üstün bir hak olduğu ifade edilmiştir. Ancak eTK'dan farklı olarak TTK'da imtiyazın aynı zamanda kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olduğu da belirtilmiş, TTK m. 360'ta da belirli pay gruplarına, özellikleri ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması yoluyla da imtiyaz oluşturulabileceği kabul edilmiştir.

Yine eTK döneminde mevcut iki temel tartışma da dikkate alınmak suretiyle oy hakkında imtiyazın yalnız eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek⁸, ilk anasözleşme veya anasözleşme değişikliğiyle tanınabileceği açık olarak hüküm altına alınmıştır (m. 478/1 ve 479/1). Dolayısıyla eTK dönemindeki farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması yoluyla imtiyaz ve ilk anasözleşmede oluşturulmamış imtiyazların sonradan değişiklik sırasında oluşturulup oluşturulamayacağına ilişkin tartışmalar kanun koyucu eliyle sonlandırılmıştır. Bunun yanında yine eTK dönemindeki bir kısım eleştiriler dikkate alınarak oy hakkında imtiyaz tanınırken bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabileceği kuralı da getirilmiştir.

TTK'da da, eTK'da olduğu gibi, imtiyaz oluşturulabilecek konular, ana sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davaları dışında sınırlandırılmamıştır⁹.

II. Oy Hakkında İmtiyazın Sınırları

A. Genel Olarak

TTK m. 479/1 uyarınca anonim ortaklıkta yalnızca eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmek suretiyle imtiyaz tanınabilmektedir. Buna ek olarak imtiyaz tanınırken bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile oy hakkında imtiyazın kanuni bir sınırlandırmaya tabi olduğu anlaşılmaktadır (TTK m. 479/2). Kanun ayrıca oy hakkında imtiyazın anasözleşme değişikliği ile ibra ve sorumluluk

⁷ **Mehmet BAHTİYAR**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2022, s. 232.

⁸ Buna karşılık, limited ortaklıklarda, farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması suretiyle oy hakkında imtiyaz tanınabilmesi kabul edilmiştir, bu halde en küçük sermaye payının itibari değerinin diğer esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamının onda birinden az olamayacağı hüküm altına alınmıştır (TTK 618/2). Kendigelen, hem on beş oy hakkı sınırının hangi kritere göre tespit edildiğinin belli olmamasını hem de anonim ile limited şirket arasındaki en çok imtiyaz tanınabilecek paya ilişkin bu farkı eleştirmiştir. **Abuzer KENDİGELEN**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, s. 386. Limited şirkette oyda imtiyazlı paylarla ilgili olarak bkz. **Hülya ÇOŞTAN**, Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paylar, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, 77- 90.

⁹ **BAHTİYAR**, s. 233. TTK'daki imtiyaz sınırına ilişkin yeni düzenleme ve mehzaz hukuklarda geçirdiği süreçler için bkz. **Hasan PULAŞLI**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2008, C. 25, S. 3, s. 21.

davalarının açılmasına ilişkin kararlarda kullanılamayacağını düzenleyerek imtiyazı konu yönünden¹⁰ sınırlamıştır (TTK m. 479/3).

B. Oy Hakkında İmtiyazlı Paya En Çok On Beş Oy Hakkı Tanınabilmesi (Sayısal Sınır) (TTK 479/2)

Yukarıda da ifade edildiği üzere TTK m. 479/2 ile oy hakkında imtiyaza sayısal olarak kanuni bir sınırlama getirilmiştir¹¹. Buna göre, bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabilir. Böylece, istisnaları olmakla birlikte, TTK 479/2 ile oy hakkında imtiyaza azami bir sınır getirilmiş olmaktadır¹².

¹⁰ TTK 479/3'te, anasözleşme değişikliklerinde ve ibra ile sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul kararlarında, oy hakkında imtiyazın kullanılamayacağı belirtilerek, konu açısından sınırlama yapılmıştır. Oy hakkında imtiyazın konu açısından sınırlandırılması inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

¹¹ TTK 479 hükmünün gerekçesinde bahsi geçen sınırlama, ikinci kategori sınırlamaların maddenin üçüncü fıkrasında yer aldığı, sınırlamaların birincisinin ikinci fıkrada öngörüldüğü ifade edilmek suretiyle, "birinci kategori sınırlama" olarak isimlendirilmiştir.

¹² Her ne kadar tartışmalı olmakla birlikte, oy hakkının pay sayısına göre belirlendiği eTK 373'e göre (her payın bir oy hakkı verdiği), bir paya birden çok oy hakkı tanınması suretiyle oy hakkında imtiyaz tanınması hukuken ve mantıken bir soruna yol açmamaktaydı. Oysa imtiyazın paya göre değil de, itibari değere göre belirlendiği bir oy hakkı düzeninde, bir payın en fazla on beş oy hakkının olduğu belirtilerek sınır getirilmesi, hukuken sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira oy hakkı pay sayısına değil de, itibari değere göre belirlendiğinden, bir payın imtiyaz tanınmaksızın da, onbeş ve daha fazla oy hakkına sahip olması mümkündür. Böyle bir durumda, kanunun sözüne göre oy hakkında imtiyaz oluşturulması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, şirketin paylarının itibari değerine göre her birinin bir oy hakkı verdiği bir şirkette, eTK döneminde olduğu gibi TTK sisteminde de, bir paya birden fazla oy hakkı tanınarak oy hakkında imtiyaz oluşturulabilecektir. Buna karşılık, bir pay itibari değerine göre, on beş oy veya daha fazla oy hakkına sahipse, o şirkette oyda imtiyaz tanınması mümkün olmayacaktır.

Öğretide Gürel, bu sınırın bir miktar sınırı değil, kat sınırı olduğunu, bu anlamda bir paya iki oy hakkı verildiği durumda imtiyazlı payın azami sınırının on beş oy değil, otuz oy ($2 \times 15 = 30$) olarak hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir; açıklamalar için bkz. **Murat GÜREL**, "Anonim Şirketlerde Oyda İmtiyaz ve Sınırlandırılması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Şubat 2020, s. 100 vd. Her ne kadar bu görüş, kanunun yukarıda ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız yapısal sıkıntıyı aşarak imtiyaz oluşturulmasına olanak tanımakta ise de, kanımızca, kanunun açık ve emredici lafzı karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

PULAŞLI, burada 15 oy sınırının adi payların dikkate alınarak belirleneceğini, adi pay ile birlikte de 434. maddedeki itibari değer sınırının uygulanmayacağını savunmuştur; **PULAŞLI**, s. 22.

Hükmün gerekçesinde kullanılan "1:15 oranı" ifadesi imtiyazlı paylar ile adi paylar arasında bir oranın (imtiyazlı pay ile adi payın oy sayılarının birbirlerinin katları şeklinde oluşturulacak bir sınırın) bulunduğu izlenimi yaratmakta ise de, TTK 479/2'de yalnızca bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabileceği düzenlenmiş olup, oy hakkında imtiyazda sırf gerekçeden hareketle böyle bir oransallığın bulunduğu sonucuna varılması mümkün değildir.

Mehaz İsv.BK 639'da şirket esas sözleşmesi ile imtiyazın, payın nominal değeri dikkate alınmaksızın, her bir pay bir oy taşıyacak şekilde düzenlenebileceği kabul edildikten sonra; böyle bir durumda, daha düşük nominal değeri olan payların sadece nama yazılı olarak düzenlenebileceği ve bedellerinin tamamen ödenmesi gerektiği, diğer payların nominal değerlerinin de oy hakkı veren payların nominal değerinin on katından fazla olamayacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla mehaz kanundaki sınırlama bir kat (oran) sınırı olarak belirlenmiştir.

Gerçekten de eTK döneminde, oy hakkında imtiyaza oy sayısı açısından getirilmiş bir sınırlama bulunmamasına rağmen, oy hakkında imtiyaza bir sınır getirilmesinin zorunlu olduğu, ancak bu sınırın belirlenmesinin zorluk arz ettiği belirtilerek öğretilde çeşitli öneriler sunulmuştur¹³.

Önerilerden biri TMK m. 2 ve TBK m. 26, TTK m. 445 (MK 2, eBK 19 ve 20, eTK 381) vd. maddelerine dikkat çekmek suretiyle objektif iyi niyet kurallarının birer sınır olduğunu, her somut olayda ayrıca tespit edilecek bir sınırın uygulanması gerektiği idi. Bu görüşteki yazarlar kuruluş anasözleşmesi ile kabul edilen imtiyazların sözleşme serbestisi sınırlarını aşar biçimde oy imtiyazı getirmesi halinde TBK m. 26-27 kapsamında, sermaye artırımını sırasında ise objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde (TTK m.445 vd., TMK m.2) denetime tabi olacağını kabul etmişti¹⁴.

eTK döneminde de oy hakkında imtiyazın sınırlanması gerektiğini kabul eden Teoman ise, yukarıdaki yazarlardan yöntem olarak farklılaşmış, bunun iyiniyet kuralları ile sağlanmasının mümkün olmadığını, öte yandan sistemimizde oydan yoksun pay çıkartılması mümkün olmadığı için bu durumu dolaylı olarak dahi yaratan ve bir kısım payı oysuzlaştıran düzenlemelerin de geçersiz olacağını, bu bakımdan anonim ortaklıkta tüm imtiyazlı paylara tanınan oy sayısının, adi paylara ait toplam oy sayısını aşmaması ölçütünü önermişti¹⁵. Bahsi geçen ölçüt, İsviçre ve Alman öğretisinde de tartışılmış ancak Federal Mahkeme tarafından kabul edilmemişti¹⁶.

Öğretilde ayrıca sözleşme serbestisi ve oy hakkında imtiyaz ile şirket yönetiminin ele geçirilmesine sebebiyet vermeyecek şekilde menfaatler arasında dengenin kurulmasının doğru olacağı, bu bakımdan örneğin İsviçre Hukukundaki “on katı” sınırlamasına benzer şekilde Türk Hukuku’nda bu veya kanun koyucunun uygun gördüğü daha yüksek bir sınırlamasının esas alınabileceği ifade edilmişti¹⁷.

TTK, eTK dönemindeki bu tartışmaları, mehzaz kanunlardaki düzenlemeleri ve AB müktesebatında imtiyazı mümkün merteye sistem dışına çıkart-

¹³ eTK döneminde öğreti tarafından oy hakkında imtiyazda bir sınırın bulunmamasına yönelik olarak getirilen eleştiri ve öneriler için bkz. **BİÇER**, s. 237 vd.

¹⁴ **İMREGÜN**, AO, s. 338; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar 2005, N. 803; **KARAHAN**, s. 97; **ÇEKER**, s. 78 - 79. Aksi görüşte **TEOMAN**, Yoksunluk, s. 148 - 149.

¹⁵ **TEOMAN**, Yoksunluk, s. 148-149.

¹⁶ **Abuzer KENDİGELEN**, İsviçre Hukuku’nda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Makalelerim, C. I, 1986 - 2001, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 341 - 390, s. 371.

¹⁷ **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 176; **Abuzer KENDİGELEN**, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Makalelerim Cilt II, 2001 - 2006, s. 185 - 201, s. 189; İsviçre hukukunda benimsenen sınırlamalar için ise bkz. **KENDİGELEN**, Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, s. 367 - 368; **ÇEKER**, s. 76 - 77.

maya yönelik eğilimi dikkate alarak hem bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabileceğini kabul etmek suretiyle sonlandırmış hem de sadece eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı vererek imtiyaz tanınabileceğini öngörerek açık biçimde dolaylı (gizli) imtiyazı sistemden çıkartmıştır.

C. Sayısal Sınırın İstisnaları

TTK m. 479/2 ile oy hakkında imtiyaza getirilen bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmayacaktır.

Her iki halde de, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak sınırlamadan “istisna edilme kararı” vermesi gerekmektedir (TTK 479/2).

Bahsi geçen düzenlemeye göre kurumlaşma projesinde yapılacak her değişiklik de yine mahkeme kararına bağlıdır. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hallerde ise istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir (TTK 479/2).

Dolayısıyla kanun koyucu, oy hakkında imtiyaza bir sayısal sınır koymuş olmasına rağmen uygulamada doğabilecek ihtiyaçları göz önünde bulundurarak bu sınırın uygulanmayacağı durumları da hüküm altına almıştır.

Gerekçeye göre sayısal sınır ve bu sınıra getirilen istisna mehoz İsv. BK’daki düzenleme ile “herhangi bir benzerlik bulmaya olanak bırakmayacak kadar” farklıdır. Bu bakımdan sayısal sınırlama da iki halde ve ancak mahkeme kararıyla ve mahkeme kararında öngörülen hükümler çerçevesinde kalkacaktır.

D. İstisna Edilme Kararı (İmtiyaz Sınırlarının Aşılması TTK 479/2)

1. İstisna Edilme Kararının Alınabileceği An

Kanunda istisna edilme kararının mahkeme tarafından verileceği düzenlenmiş olsa da, bahsi geçen mahkeme kararının imtiyaza ilişkin bir genel kurul kararı alınmasından önce mi yoksa sonra mı alınacağına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Sınırı aşan imtiyazların oluşturulmasına ilişkin genel kurul toplantısının mahkeme kararından sonra yapılması söz konusu olursa, kanımızca, şirket tarafından benimsenmiş bir kurumlaşma projesi olmadığından ve haklı neden şirket tarafından oluşturulan gerekçelerle mahkemeye sunulmadığından, mahkeme sağlıklı bir değerlendirme yapamayabilecektir. Benzer şekilde, im-

tiyazlı oy sayısının ne olacağı konusunda da genel kurul tarafından verilmiş bir karar olmadığından, mahkemenin bu konuda da değerlendirme yapması zorluk arz edebilecektir.

Buna ek olarak, mahkemenin istisna edilme kararı vermesine rağmen genel kurul oyda imtiyazlı paylar konusunda karar alamayabilecek veya bir takım farklı gerekçelerle oyda imtiyazlı paylar oluşturduğunda yahut imtiyazlı oy sayısı mahkeme kararında dikkate alınandan farklılık arz ettiğinde yeniden mahkemeye başvuru yapılması gerekecektir.

Bir genel kurul kararı alınmaksızın doğrudan yönetim kurulunun veya bazı pay sahiplerinin istisna edilme kararı için mahkemeye başvurması durumunda, mahkemeye şirket içi dengeleri önemli derecede etkileyebilecek bir karar alma imkânı tanınmış olabilecektir¹⁸. Özellikle bazı pay sahiplerine mahkemeye doğrudan başvuru yapma imkânı tanınması yasa koyucunun amacını aşan sonuçları ortaya çıkarabilecektir.

Dolayısıyla, istisna edilme kararına konu olan payların (pay gruplarının) öncelikle genel kurul tarafından alınacak bir kararla gösterilmesinin veya oluşturulmasının, ardından bu karar ve gerekçeleri ile mahkemeden istisna edilme kararının talep edilmesinin hükmün amacına daha uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁹.

Genel kurulun bahsi geçen kararının da TTK m. 421/3-b uyarınca anasözleşme değişikliğine ilişkin nisaplarla alınması gerekecektir. Bir diğer ifadeyle, oyda imtiyazlı payların, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları ile alınacak bir kararla oluşturulmaları gerekir.

Genel kurulun, TTK 421/3-b uyarınca, oy hakkında imtiyaz oluştururken, TTK 479/2'deki yasal sınırı aşan bir karar vermesi durumunda, bu kararın anonim şirketin temel yapısını bozan bir karar olarak kabul edilerek kesin hü-

¹⁸ Öte yandan öğretide mahkemenin onay kararının şirket iç işleyişinde doğrudan bir değişiklik meydana getirmeyen, genel kurulun oy imtiyazındaki esas sözleşme değişiklik kararından önce alınmış bir izin olarak genel kurul toplantısına hazırlık aşamalarından biri olarak ele alınacağı ifade edilmiştir; **AYTUĞAR**, s. 358. Gerçekten de sınırı aşan imtiyaza ilişkin esas sözleşme değişikliğinin genel kurulca kabul edilmesinden önce, kurumsallaşma projesi veya haklı sebep ile mahkemeye başvurularak bir izin alınması, TTK m. 453 kapsamında, Bakanlık izni gibi, bir genel kurul toplantısı hazırlık aşaması olarak da değerlendirilebilecektir. Bu durumda izin metni diğer hususlarla birlikte ilan edilecektir. TTK m. 479/2'de bu bakımdan kısıtlayıcı herhangi bir düzenleme yoktur. Bu ihtimalde sınırı aşan imtiyaz kararı alındıktan sonra mahkeme kararı olmaksızın bu imtiyazların kullanılıp kullanılamayacağı sorusu ortadan kalkacaktır. Öte yandan yukarıda tartıştığımız diğer sorular gündeme gelecektir.

¹⁹ **GÜREL**, s. 109. Genel kurul toplantısının mahkeme kararı kesinleştikten sonra yapılacağı yönünde bkz. **Gönen ERİŞ**, Açıklamalı- İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, B. 3, Ankara 2017, s. 2473.

kümsüz sayılması gerekeceği düşünülebilir ise de; istisna edilme kararı verilinceye kadar genel kurul kararının askıda hükümsüz olduğunun ve mahkeme kararının tamamlayıcı şart olduğunun kabul edilmesi gerekir. Mahkemenin istisna edilme talebini kabul etmemesi durumunda, örneğin genel kurulun imtiyazlı pay sahiplerinin yüz oyunun bulunduğuna ilişkin genel kurul kararının tamamen mi geçersiz olacağı²⁰, yoksa TTK 479/2'deki sınır olan on beş oy hakkını aşan kısmının mı geçersiz olacağı sorusu da akla gelebilir. Böyle bir durumda, en yüksek sınırı aşan işlemlerin düzenlendiği TTK 1530 ve TBK 27 uyarınca oy hakkında imtiyazlı payların on beş oy hakkına sahip olduğunun kabulü gerektiği kanısındayız.

TTK 479/2'de mahkemeye başvurunun kimler tarafından yapılacağı da gösterilmemiştir²¹. Kanımızca öncelikli olarak mahkemeye başvurma yetkisi şirketi temsilen yönetim kurulundadır. Ancak madde uyarınca şirketin ilgili pay sahiplerinin mahkemeye başvuru yapabilecekleri kabul edildiği takdirde, genel kurul kararının önceden alınmasının mümkün olmayabileceği akla gelmekte ise de, yukarıda da işaret ettiğimiz şekilde TTK 410 ve 411 uyarınca genel kurulun harekete geçirilmesi suretiyle karar alınması ihtimal dahilindedir.

Genel kurulun bu kararı bir anasözleşme değişikliği kararı olduğu için yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya davet ettiği sırada anasözleşme değişikliğine ilişkin hazırlığı da yapmalıdır. Daha açık ifadeyle yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağırmadan önce kurumsallaşma projesi veya haklı sebep gerekçelerini açık biçimde ortaya koyan bir hazırlığı genel kurul toplantısından önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurmalıdır²². Pay sahipleri, toplantıda karar verirken yönetim kurulunun sunduğu bu bilgilere dayanarak oy kullanacaktır. Genel kurul kararının alınmasının ardından da TTK m. 455 uyarınca tescil ve ilan edilmelidir²³.

Ancak dikkati çekmek gerekir ki, genel kurulun sınırı aşan oranda imtiyaz oluşturulmasına dair karar vermesinin, söz konusu kararın pay sahipleri bakımından derhal uygulanabilir olup olmadığı da madde metninden anlaşıla-

²⁰ İstisna edilme kararı alınmadan yapılan anasözleşme değişikliği de geçersiz olarak kabul edilmektedir. **Emek TORAMAN ÇOLGAR**, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması, Batider 2021, C. XXXVII, S. 4, s. 108.

²¹ İstisna edilme kararı için mahkemeye kimlerin başvurabileceği konusundaki değerlendirmeler için bkz. aşağıda II. D. 2. İstisna Edilme Talebinde Bulunabilecek Kişiler.

²² Bu anlamda şirketin mahkemeye başvuracağı hallerde proje hazırlamanın TTK m. 375 ve 408 kapsamında yönetim kurulunun görev ve yetkisi içerisinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir; **AYTUĞAR**, s. 357.

²³ Ayrıca bkz. Ticaret Sicil Yönt. m. 33 / 1; "Kanunda ve bu Yönetmelikte aksi düzenlenen hallerin dışında tescili isteme süresi onbeş gündür. [...]". Ancak imtiyaz sermaye artırımını sırasında ihraç edilecek paylara tanınacak ise Ticaret Sicil Yönetmeliği Sermaye Artırımına İlişkin 72. maddede ise 3 aylık süre öngörülmüştür.

mamaktadır. Gerçekten de, bahsi geçen genel kurul kararının önceki imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediği, ediyor ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmasının gerekip gerekmediği ayrıca bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴. Bunun yanında genel kurul tarafından alınan kararın mahkeme tarafından istisna edilmesi kararı verilen ana kadar uygulanıp uygulanamayacağının da tartışılması gereklidir.

TTK m. 479’da istisna edilme kararının mahkeme tarafından verilebileceği emredici biçimde hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla genel kurulun sınırı aşan sayıda imtiyazlı pay oluşturma kararı mahkeme kararı alınıncaya kadar hüküm ifade etmeyecektir. Öte yandan TTK m. 455 uyarınca tescil edilmesi gereken bir karar söz konusu olduğundan, anasözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu kurulun kararından ve mahkemenin istisna edilme kararından önce tescil edilmemesi gerekir²⁵. İPSÖK kararının gerekli olduğu hallerde, TSY’nin 71/1-ç maddesinde, şirket sözleşmesi değişikliğinin tesciline ilişkin başvuruda, müdürlüğe verilecek belgeler arasında, “genel kurulun şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici mahiyette ise, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca onaylandığına ilişkin kararın noter onaylı örneği” arandığı gibi, aynı hükmün 3. fıkrasında açıkça, genel kurulun şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararının, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadan veya Kanunun 454’üncü maddesinin beşinci fıkrası gereğince onaylanmış sayılmadan, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden şirketlerde ise yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadan tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, ticaret sicil müdürü, oy hakkında imtiyazın sınırlarının aşılmasına ilişkin olarak verilen bir genel kurul kararını tescil etmeden önce genel kurul kararının kanunda yer alan şartlara uygun olarak alınıp alınmadığını kontrol etmeli (TTK 32), bu arada mahkeme tarafından verilmiş olan bir istisna edilme kararı bulunmuyorsa, genel kurul kararını tescil etmemelidir²⁶.

Son olarak, istisna edilme kararının alınabileceği an ile, karara konu olan sınırı aşan imtiyazlı paylardan doğan hakkın kullanılabileceği anın ilişkisine değinmek gereklidir. Zira Kanunda, sadece imtiyaza ilişkin sayısal sınırlamanın iki halde ve mahkeme kararıyla kaldırılabilmesi belirtilmiş, anasözleşme ile kabul edilen sınırı aşan imtiyazların veya anasözleşme değişikliği ile oluş-

²⁴ Bu konuda bkz. aşağıda II. E. Genel Kurulun Yasal Sınırı Aşan Sayıda Oy Hakkında İmtiyaz Tanınması Kararından Sonra İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Kararının Gerekip Gerekmediği.

²⁵ AKTAŞ da, İPSÖK kararı açısından aynı sonuca varmaktadır. **Betül AKTAŞ**, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2019, s. 247.

²⁶ İPSÖK açısından ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **AKTAŞ**, s. 246 vd.

turulan paylarla tanınacak sınırı aşan imtiyazların hangi anda kullanılabileceği belirtilmemiştir. Kanımızca, genel kurul kararının tescilinin mahkeme kararından sonra yapılması ve kararın tescili ile birlikte²⁷ doğan yasal sınırını aşan imtiyazlı oy haklarının kullanılabilmesi gerekir.

Burada sınırı aşmayan, başka bir deyişle imtiyazlı on beş oy hakkının kullanılıp kullanılamayacağı sorusu akıllara gelmektedir. İmtiyazlı on beş oy hakkının kullanımına yasa izin verdiğinden, mahkeme kararının alınmasına kadar geçen sürede bu hakların kullanılamayacağının kabul edilmesi, bu hakların akıbetinin de istisna edilme kararına bağlanması söz konusu olmamalı, bu paylara ilişkin imtiyazlı oy hakları kullanılabilmelidir. Buna karşılık, bir önceki paragrafta, istisna edilme kararından önce genel kurul kararının tesciline imkan bulunmadığı sonucuna vardığımızdan burada, genel kurul kararında ilgili paylara yasal sınıra kadar olan oy hakkında imtiyaza ilişkin ayrı, sınırı aşan sayıda oy hakkında imtiyaza ilişkin olarak ise ayrı bir karar alınması böylece on beş oy hakkına ilişkin imtiyaz kararının ticaret siciline tescil edilmesi, mahkeme kararından sonra da genel kurul kararının diğer kısmının tescil ve ilan edilmesinin yasaya uygun bir çözüm olarak kabul edilmesi düşünülebilecektir²⁸.

Kanunda mahkeme tarafından verilecek kararın kesin olduğuna dair bir düzenleme yapılmamıştır. TTK, eTK'dan farklı olarak mahkeme kararına başvuru- lan belirli durumlarda kararın kesin olduğunu açık hüküm altına almak suretiyle üst derece mahkemelerine başvuru yolunu kapamıştır²⁹. Oysa, TTK 479/2'de yer alan mahkeme kararına ilişkin olarak böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla mahkeme kararına karşı kanun yolu açıktır³⁰. Bu durumda da sınırı aşan imtiyazların kararlaştırıldığı genel kurul kararının tescil edilmesi için mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmesinin gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir. İstinaf yoluna başvurma veya temyiz edilmesi kararın icrasını durdurmamaktadır (HMK 350 ve 367). Buna göre, imtiyazların kullanılabilmesi için mahkeme kararının kesinleşmesini beklemeye gerek olmadığı,

²⁷ Mahkeme kararının tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiği ve mahkeme kararı verile- ne kadar genel kurul kararının askıda hükümsüz olduğu kanaatindeyiz. Aynı yönde **GÜREL**, s. 110. **AKTAŞ** da TTK 454 uyarınca gerekli olan İPSÖK onayının genel kurul kararının uygulanabilmesi bakımından tamamlayıcı unsur niteliğinde olduğu, İPSÖK onaylayana kadar genel kurulun askıda hükümsüz olduğu, bu halde hukuki bir geciktirici şart olduğu kanaatinde. **AKTAŞ**, s. 237 vd.

²⁸ Bunun yanında, öncelikle oy hakkında imtiyazlı paylara on beş oy hakkı tanınmasına ilişkin ge- nel kurul kararının alınması, daha sonraki bir zamanda ise yasal sınırı aşan sayıda oy hakkında imtiyaz tanınmasına ilişkin genel kurul kararının alınması da çıkabilecek muhtemel ihtilafların (tartışmaların, karışıklıkların) önüne geçilmesi açısından daha elverişli bir yöntem olabilecektir.

²⁹ Örneğin genel kurulun azınlık tarafından toplantıya çağırısı ve gündeme madde eklenmesine iliş- kin 412. veya özel denetime ilişkin düzenlemeler arasında yer alan 437, 440, 441. maddeler.

³⁰ Madde gerekçesinde de bu husus açık biçimde ifade edilmiştir. Mahkeme kararının inşai karar niteliğinde bir çekışmesiz yargı işi olduğu bu sebeple HMK m. 388/1 uyarınca nihai nitelikte olma- dığı yönünde bkz. **AYTUĞAR**, s. 359 vd.

istisna edilme kararının ardından genel kurul kararının tescili ile imtiyazların kullanılabileceği söylenebilecektir. Mahkeme kararına itiraz halinde üst derece mahkemeleri uygun tedbirleri almalıdır. Bu itirazı, ilgili ve menfaati olan tüm pay sahiplerinin ve şirket adına yönetim kurulu üyelerinin yapabileceğini kabul etmek gerekir. İstisna edilme kararının iptali halinde ise genel kurulun iptaline ilişkin sonuçların burada da uygulanması yerinde olacaktır.

Kanımızca, sınırı aşan oranda imtiyazın şirketin kuruluş anasözleşmesi ile tanınması da mümkündür. Ancak bu durumda, şirket ticaret siciline tescil edilmediğinden, şirketin genel kurulunun öncelikle karar alması sonra mahkeme kararının alınmasına da imkân olmayacaktır. Bu durumda anasözleşmenin ticaret siciline tescilinden önce mahkeme kararının alınması yerinde olacaktır³¹. Bazı pay sahiplerinin, şirkette oy hakkında imtiyazın yasal sınırı aşan biçimde oy hakkında imtiyaza sahip olabilmesinin ortak açısından arz ettiği önem de böyle bir sonuca varılmasını gerekli kılabilir. Hatta istisna edilme kararının mahkeme tarafından reddedilmesi durumunda, şirket kurma iradesi ortadan kalkabilir.

2. İstisna Edilme Talebinde Bulunabilecek Kişiler

a. Yönetim Kurulu

TTK 479/2 uyarınca oy hakkında imtiyaza ilişkin sınırlamanın kaldırılması amacıyla kim(ler)in talepte bulunacağı belirsizdir³². Ancak oyda imtiyazlı payların oluşturulması konusunda genel kurulun alması gereken kararların, kurumlaşma projesinin hazırlanması, haklı nedenlerin tespiti ve gerekçelendirilmesi düşünüldüğünde, akla öncelikle yönetim kurulu gelmektedir³³. Buna göre, yönetim kurulunun şirketin menfaatine bağlı olarak yasal sınırı aşan oranda imtiyaz tanınmasına ilişkin bir ihtiyacın oluştuğunu tespit etmesi, bu ihtiyacı somutlaştırarak kurumlaştırma projesini hazırlaması, bu hususu olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısında genel kurulun önüne getirmesi, genel kurulun bu konuda karar alması daha sonra varsa genel kurulun almış olduğu değişikliklerin ve kararın yönetim kurulu tarafından uygulaması amacıyla gerekli olan istisna edilme kararı için mahkemeye başvurusu gerekir.

Gerekçeye göre oy hakkında imtiyazın amacı kurumsallaşmadır. Kurumsallaşma sayesinde şirket daha sağlıklı bir yapıya/işleyiše kavuşacaktır. Şirket

³¹ GÜREL, s. 108.

³² TEOMAN, Tasarıya Göre Oy Hakkı, s. 191.

³³ TEOMAN, Tasarıya Göre Oy Hakkı, s. 191; Hakan BİLGEÇ, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara 2017, s. 147; BİÇER, s. 247; Şirket tarafından yapılması gerektiği yönünde Gülferm ALTINTAŞ, Anonim Şirketlerde Oyda İmtiyaz, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak/Temmuz 2019, Sayı 19/20, s. 165-193, s. 190.

daha iyi yönetilecek, bu durum şirketin devamlılığını ve güçlenmesini beraberinde getirecektir. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, koşulların oluşması halinde mahkemenin istisna edilme kararı vermesi şirketin menfaatinedir. Dolayısıyla, şirkette bazı gruplar lehine oy hakkında imtiyaz tanınacak olmasına rağmen, mahkemeden bu yönde bir kararın verilmesini şirket adına onun yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulunun talep etmesi gereklidir.

Yönetim kurulunun bu talepte bulunabilmesi için genel kurul tarafından alınan sınırı aşan imtiyaz kararında ayrıca görevlendirilmesine gerek yoktur, zira bu görev ve yetki şirketin temsil organı olarak yönetim kurulu nezdinde kanundan doğmaktadır.

b. Pay Sahipleri

Pay sahiplerinin mahkemeye başvurmalarını gerekli kılacak ilk ihtimal, kurucular sıfatıyla, şirketin kuruluş anasözleşmesi ile istisna edilme kararını gerektirecek imtiyazların tanındığı ancak henüz şirketin ticaret siciline tescil edilmediği, dolayısıyla tüzel kişilik kazanmadığı dönemde gerçekleşebilir. Bu durumda ticaret siciline tescil edilmeden önce mahkemeden istisna edilme kararı talep edilecek, mahkemenin olumlu kararı üzerine şirket bu kararla birlikte anasözleşmesini tescil ettirecektir. Mahkemenin olumsuz karar vermesi halinde şirket anasözleşmesinin kanuna uygun biçimde değiştirilerek tescil edilmesi gerekir.

Şirket pay sahiplerinin, sınırı aşan nitelikte imtiyaz talepleri olsa dahi TTK 410 ve 411 uyarınca GK'nın toplanması suretiyle karar alınmasının teşvik edilmesi zaman, emek ve masraf açısından daha yerinde bir yöntem olabilecektir³⁴. Bir diğer ifadeyle, kurumsallaşma amacını gerçekleştireceğini

³⁴ Bununla birlikte, eTK döneminde oluşturulan ve on beş oy sınırını aşan imtiyazlı paylara ilişkin olarak TTK'nın yürürlüğe girmesinin ardından yapılan başvurularda, oyda imtiyazlı payların sağladığı oy sayısı belirli olduğundan, ayrıca bir genel kurul kararına ve anasözleşme değişikliğine ihtiyaç duyulmamıştır. Mahkemeler de verdikleri kararlarda, oy sayısını tartışmamışlar, yalnızca istisna edilme kararı vermişlerdir.

Yargıtay 11. HD., T. 07.07.2014, E. 2014/6529, K. 2014/12954 sayılı kararı:

Davacı vekili, müvekkili olduğu şirketin paylarının borsada işlem gören halka açık bir şirket olduğunu, müvekkilinin şirketinin paylarının A, B, C ve D grubu paylar olmak üzere 4 pay nevine ayrıldığını, A, B, C grubu payların nama yazılı kurucu paylar, D grubu payların ise hamiline yazılı ve borsada işlem gören paylar olduğunu, A, B, C grubu payların %100 yabancı sermayeli ... A.Ş.'ye ait olduğunu, şirketin 80 ayrı ülkede faaliyet gösterdiğini, yatırım kararı ve hisse alım koşullarının belirlenmesi, yapının korunması, bundan sonraki yatırım planlarının yapılması açısından bu grup hisseleri elinde bulunduran şirketin büyük öneme sahip olduğunu, şirketin yatırım planları açısından önem arz ettiğini, bu gruba ait hisselerin 50, diğerinin 1 oy hakkına sahip olduğunu, ileri sürerek istisna edilmesi kararının verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece talep tarihi itibarıyla genel kurul tarafından bir karar alınmamış olduğu ve kanuni süre içerisinde esas sözleşmede değişiklik yoluna başvurulmaması gerekçeleriyle talebi reddedilmiştir. Ancak Yargıtay 11. HD., kararında kanuni süre içerisinde başvuruda bulunulmuş olması gerekçeyle işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

ileri süren pay sahiplerinin, en başta TTK 410 ve 411 uyarınca genel kurulu harekete geçirmesi söz konusu olabilir. Ancak istisna edilme kararının elde edilebilmesi için düşünülen bu usulün, bünyesinde çeşitli zorluklar barındırdığını ifade etmek gerekir. Bunlardan ilki, anasözleşmede henüz şirkette oy hakkında imtiyaz amacıyla oluşturulmuş bir pay grubu ayırımı yapılmamış olmasıdır. Zira bir şirketin paylarına imtiyaz tanınabilmesi için pay gruplarının oluşturulması zorunludur. Böyle bir durumda, mahkemeden istisna edilme kararı yanında, bu konuda yasal bir dayanak da olmadığından bir de imtiyazlı pay gruplarını oluşturması beklenemeyecektir³⁵. Bu durumda pay sahiplerinin TTK 410 ve 411’i işletmek suretiyle önce pay gruplarını oluşturmak için genel kurulu toplantıya çağırması ve genel kurul zaten toplanacaksa gündeme madde ilave edilmesini sağlaması gerekecektir. Böylece genel kurulun kurumlaşmayı gerçekleştirecek niteliklere sahip imtiyazlı payları oluşturmadan, doğrudan bu pay sahiplerinin mahkemeye başvurusunun kural olarak mümkün olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi takdirde mahkemenin, genel kurul kararı olmaksızın, hangi niteliklere sahip payların (dolayısıyla hangi payların sahiplerinin) kurumlaşmayı gerçekleştireceğini tespit etmesi güç olacaktır. İkinci olarak, sermayenin %75’ini (TTK 421/3-b) biraraya getirerek olumlu oy vermelerini sağlayabilecek bir pay grubunun mevcut olmaması halinde, genel kurul kararı ile yasal sınırlar içerisinde olan bir oy hakkında imtiyaz tanınması mümkün olmayacaktır. Üçüncü olarak, böyle bir durumda şirket verilerine nüfuz etme imkanına sahip olmayan payın veya pay grubunun yapmış olduğu bir başvuruda, yönetim kurulu (şirket) tarafından hazırlanmış bir kurumlaşma projesinin mahkemeye sunulması sözkonusu olamayacak ve böyle bir talebin şirketin menfaatine olup olmadığına da mahkeme tarafından karar verilemeyecektir. Son olarak, bu konuda bir genel kurul kararı alınmış olmaması ihtimalinde, mahkemenin en az sermayenin %75’ine sahip pay sahiplerinin iradesinin yerine geçebilecek bir karar vermesi söz konusu

İlk derece mahkemesi TTK 479/2 uyarınca talepte bulunulabilmesi için öncelikle genel kurul kararı alınması gerektiğini, ondan sonra süresi içerisinde başvuru yapılması gerektiğini kararında açıklamıştır.

Oysa, yüksek mahkeme genel kurul kararının alınmasının gerekli olup olmadığını tartışmaksızın davanın süresi içinde açıldığını ve işin esasına girerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak yüksek mahkemenin öncelikle genel kurul kararı alınmasını gerekli görmediği anlaşılmaktadır. **AYTUĞAR**, s. 358.

³⁵ Aşağıda 56 numaralı dipnotta detayı verilen Yargıtay 11. HD’nin E. 2014/17667, K. 2015/3000, T. 5.3.2015 sayılı kararına konu olan davada davacının, davalı şirketin GK kararı olmaksızın dava açtığı görülmektedir. Bunun yanında ilk derece mahkemesinin istisna edilme kararı verirken, oyda imtiyaz sayısını tespit etmediği, zira zaten mevcut şirket anasözleşmesinde davacının oyda imtiyazlı paylarında oy sayısının tespit edilmiş olduğu, mahkemenin sadece istisna edilme kararı vermekle yetindiğini belirtmek gerekir. Bu nedenle, genel kurul kararıyla yapılacak anasözleşme değişikliği ile oyda imtiyazlı paylarda oy sayısının tespit edilmesi ve mahkemenin ise bu konuda değerlendirme yaparak karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

olacaktır. Öte yandan, mahkeme kararından sonra, genel kurul kararında imtiyazların ve kurumsallaşma yahut haklı sebebin içeriğinde meydana gelecek değişiklikler bakımından da ayrıca tekrar mahkeme kararı alınması gerekebilecektir. Zira mahkemenin buradaki denetimi bir içerik denetimi olmaktadır, genel kurulun kabul ettiği proje veya haklı sebebin içeriğini denetlemektedir. Tüm bunlar maddenin amacına uygun olanın şirket anasözleşme değişikliğiyle getirilecek sınırı aşan imtiyazlar bakımından öncelikle genel kurul kararının alınması, ardından yönetim kurulu tarafından mahkemeye istisna edilme kararı için başvurulması olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan bir an için böyle bir durumda anılan pay sahiplerinin bir kurumsallaşma projesi hazırlayarak mahkemede kurumsallaştırmayı sağlayacaklarını ispat etmelerinin söz konusu olabileceği akla gelmekte ise de, kurumsallaşmada tespit edilen hedeflere ulaşma konusunda ancak yönetim kurulunun veya genel kurulun bir karar vermesi düşünülebilir. Pay sahiplerinin şirketin menfaatine de olsa şirketin ulaşması gereken bir hedef tayin etmesi ve bu konuda bir karar vermesi anonim şirketin pay sahibinin inisiyatifinden ayrılan ve profesyonelleşen yönetim felsefesinde mümkün görünmemektedir³⁶. Bu pay sahipleri olsa olsa genel kurulda söz alarak bu konudaki görüşlerini/temennilerini açıklayabilirler. Bu şekilde, belirli bir pay sahibinin veya pay sahiplerinin kurumsallaştırmayı gerçekleştireceği, bunun şirketin menfaatine

³⁶ Öte yandan, aile şirketi niteliğindeki şirketlerde veya çok sınırlı sayıda ortak ile kurulmuş yahut kurulacak şirketlerde böyle bir girişimde bulunulması ihtimal dahilindedir. Gerçekten de özellikle günümüzde "start-up" niteliğinde küçük ve sınırlı sayıda girişimci eliyle kurulan, maksadı iş fikirlerini geliştirerek, belirli bir piyasa değeri elde ettikten sonra şirket paylarını satarak kazanç elde etmek olan pek çok şirket mevcuttur. Bu tür şirketlerin sonradan gelecek yatırımcılarla yürüttükleri pay alım pazarlıkları sırasında imtiyaz meselesi önemli bir başlık olmaktadır. Dolayısıyla uygulamada pay sahiplerinin de inisiyatif olarak bu tür bir plan hazırlaması mümkündür. Pay sahiplerinin maddi anlamda ilgili olarak mahkemeye başvurabileceği yönünde bkz. **AYTUĞAR**, s. 359.

Nitekim örneğin, İstanbul 36. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2014/34, K. 2014/20, T. 13.02.2014 sayılı kararına konu olan davada davacı vekili, davalı şirketin müvekkilleri tarafından yönetilmesinin davalı şirketin kuruluşunun ana amaç ve felsefesini oluşturduğunu ve esasen davalı şirkete de bu nedenle ortak olduğunu, oy hakkında imtiyazın kaldırılması durumunda, TTK'nın kurumsallaşma ilkesi ve profesyoneller tarafından yönetilme hedefinin ortadan kalkacağını, profesyonel yönetim ve tesis edilen kurumsallaşmanın yok olmaması için istisna edilme kararı verilmesi gerektiğini iddia etmiş; Mahkeme de, davalı şirketin pay sahipleri arasında çıkacak muhtemel çekişmeler sonunda şirket YK'sının seçilememesi ve organsız kalması söz konusu olabileceğinden, davalı şirketin bu durumla karşılaşmasını engellemek, küçük tasarruf sahiplerinin tasarruflarının korunmasını sağlamak amacıyla kurumsal niteliğe sahip B grubu paylara şirket esas sözleşmesinde tanınan oyda imtiyaz hakkının aynen muhafaza edilmesinin gerekli olduğu ve bu durumun TTK 479 hükümlerine aykırılık oluşturmayacağı, ... davalı şirketin kuruluş amacı ve faaliyet alanı karşısında bu tür ortaklıklarda profesyonel yönetimin oluşturulabilmesi, kurumsallaşmanın sağlanabilmesinin ancak oyda imtiyazlı paylarla mümkün olabileceği belirtilerek, ... (B) grubu payların TTK 479/2 maddesi hükmünde öngörülen oy hakkında imtiyaza yönelik sınırdan istisna edilmesine ve oy hakkında imtiyaza ilişkin mevcut anasözleşme hükmünün aynen muhafaza edilmesine karar verilmiştir.

olacağı genel kurulda tartışılabilecektir. Tam bu noktada belirtmek gerekir ki, oy hakkında imtiyaz paya tanınmakla birlikte, kurumlaşma projesi, payların sahiplerinin kişisel özelliklerinin de önem arz ettiği, bu nedenle belirli ölçülerde bireysellik arz eden bir plandır. Burada oy hakkında imtiyaz, TTK 360'a benzer şekilde belirli bir grup oluşturan payların sahiplerine tanınan bir imtiyaz gibi düşünülebilir³⁷. Buna göre, imtiyaz paya tanınmasına rağmen kurumlaşmada hedeflenen amaçlar payların devri halinde yeni sahiplerinin bu projeyi gerçekleştirmesine elverişli olmayabilir. Böyle bir durumda ise imtiyazlı payların devrinde kurumlaşma projesinin yeni pay sahipleri için uygun olup olmadığına mahkemenin karar vermesi gerekli olabilecektir.

Hal böyleyken, kararın alınacağı ana ilişkin yukarıda verdiğimiz açıklamalarda da belirtildiği üzere, saymış olduğumuz zorluklara rağmen pay sahiplerinin mahkemeye başvurabilmesi konusunda kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kanımızca pay sahiplerinin TTK 410 ve 411 uyarınca bir genel kurul kararının alınmasını sağlaması doğru bir yöntem olacaktır. Ancak genel kurulun toplanarak ilgili projeyi veya haklı sebebi onaylanmasının ardından yönetim kurulunun mahkemeye istisna edilme kararı için başvurmaması ihtimalinde pay sahiplerinin bu karar için mahkemeye talepte bulunmasına da bir engel yoktur³⁸. Bir diğer ifadeyle, örneğin genel kurulun sınırın aşılması yönünde bir karar almasına rağmen bir takım menfaat çatışmaları nedeniyle yönetim kurulunun bu konuda mahkemeye başvurarak talepte bulunmaması veya hatta genel kurulun iptali için mahkemeye başvurusu durumunda (TTK 446/1-c ve d uyarınca), bazı pay sahiplerinin de istisna edilme kararı alınması amacıyla mahkemeye başvurması şirketin menfaatine olabilecektir.

³⁷ Oyda imtiyazlı payları pay grubu oluşturması hakkında **Bilge AYTUĞAR**, Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, 2019, S. 1, s. 93-125. s. 94, 99 vd.; İmtiyaz tanınan paylar ile diğer payların pay grubu oluşturması hakkında bkz. **PULAŞLI**, s. 20; **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 27.

Gerçekten de örneğin özellikleri ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınmış olan yönetimde temsil edilme imtiyazında, imtiyazlı payın devralan kişinin esas sözleşmede gösterilen özellikleri ve nitelikleri taşıması koşuluyla o grup imtiyazından faydalanabileceği, aksi takdirde imtiyazı elde edemeyeceği öğretide de ifade edilmektedir; **Soner ALTAŞ**, "Anonim Şirkette Belirli Gruplara ve Azlığa Tanınabilecek Yönetimde Temsil Edilme İmtiyazı", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 2020, C. 15, S. 164, s. 788. Kurumsallaşma projesinde veya haklı sebeple öngörülen ve pay sahibinde belirli niteliklerin aranmasını gerektiren bir kısım koşullar varsa ve ilgili pay sahibi elindeki imtiyazlı payı devredecek olursa artık istisna edilme kararının gerekliliği sorgulanmalıdır. Bu yönüyle de grup imtiyazı ile sınırı aşan düzeydeki oy hakkı imtiyazı birbirine benzerlik göstermektedir.

³⁸ Yönetim kurulu uygun süre içinde mahkemeden talepte bulunmazsa ayrıca yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Yargıtay kararları incelendiğinde, oyda imtiyazlı paylara sahip ve şirketi temsil etmeye yetkili olan pay sahiplerinin şirketi davalı göstererek dava açtıkları, böyle bir durumda şirket ile bu pay sahiplerinin menfaat çatışması içerisine girdiği, bu nedenle şirkete bir temsil kayyımı atanması gerektiği belirtilerek, ilk derece mahkemesi kararının bozulabildiği görülmektedir³⁹.

c. İmtiyazlı Payları Devralacak Müstakbel Pay Sahipleri

Öğretide, imtiyazlı payı devralacak müstakbel pay sahiplerinin, mahkemeye müracaat edebileceği⁴⁰ belirtilmekte ise de, uygulamada bu ihtimalin, şirket tarafından güçlü bir şekilde desteklenmediği sürece gerçekleşme ihtimalinin düşük olabileceği kanaatindeyiz.

Gerçekten de, henüz şirkette pay sahibi olmamış dolayısıyla şirkete karşı üçüncü kişi durumunda olan müstakbel pay sahibinin, şirket yönetiminde sınırı aşan imtiyaza sahip olmasını sağlayacak bir değişiklik için mahkemeye başvurması halinde, mahkemeyi ikna edebilecek biçimde güçlü dayanaklar ortaya koyması gerekecektir. Bu durumda mahkeme ilgili müstakbel pay sahibinden çok şirketin beyanlarını dikkate almalıdır.

Burada iki hususa değinmek de faydalı olabilecektir. Bunlardan birisi, şirketin sermaye artırımına karar vererek oyda imtiyazdaki yasal sınırı aşması (TTK 479/2) durumunda sermaye artırımının ne zaman gerçekleşmiş olacağı ve dolayısıyla pay sahipliği sıfatının ne zaman kazanılmış olacağıdır. Oyda imtiyazda yasal sınırı aşacak nitelikte payları oluşturan genel kurul kararının ancak mahkemenin vereceği istisna edileme kararından sonra tescil edilebileceği sonucuna vardığımızdan, pay sahipliği sıfatı da ancak ticaret siciline tescilden sonra kazanılabilecektir. İkincisi, istisna edilme kararının verilmesi suretiyle oy hakkında imtiyaz sınırını aşan payların devredilmesi durumunda, bağlam hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu ihtimalde, bağlam hükümlerinin uygulanmamasını gerekli kılan haklı bir neden bulunmamaktadır. Hatta oyda imtiyaz sınırını aşan paylarının sahiplerinin belirli özellik ve niteliklere sahip olması kurumlaşma projesinde şart kılınmışsa, payları devralacak kişilerin bu özellik ve niteliklere sahip olup olmadığının daha dikkatlice incelenmesi gerekecektir. Ayrıca bu hususun TTK 493/2 uyarınca önemli bir sebep olarak kabul edilmesi dahi düşünülebilecektir. Diğer taraftan, böyle bir olguyu kurumlaşma projesinde yapılacak bir değişiklik olarak kabul ederek yeniden mahkemeye başvurmanın bile gerekli olduğu söylenebilecektir.

³⁹ Bkz. aşağıda 56 numaralı dipnotta yer verilen karar.

⁴⁰ **AYTUĞAR**, s. 359.

E. Genel Kurulun Yasal Sınırı Aşan Sayıda Oy Hakkında İmtiyaz Tanınması Kararından Sonra İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Kararının Gerekip Gerekmediği

Hiç şüphesiz TTK m. 479/2 anlamında oyda imtiyaza ilişkin genel kurulun aldığı karar bir anasözleşme değişikliği kararıdır. Bu kararın, mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması halinde TTK m. 454 uyarınca İPSÖK tarafından onaylanmasının zorunlu olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Genel kurulun, oyda imtiyazlı payları oluşturması ve mevcut oyda imtiyazlı payları sınırlamadan kurtaracak şekilde düzenlemesi durumunda alınacak kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması yüksek bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu durumda, TTK m. 454 uyarınca İPSÖK kararının gerekli olduğu savunulabileceği gibi mahkemenin istisna edilme kararı verdiği sırada bu hususu da değerlendirmesinin gerekli olduğu da düşünülebilecektir.

Mahkemenin istisna edilme kararı verdiği hallerde, İPSÖK kararına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira mahkemenin vermiş olduğu karar ile imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatleri gözönüne alındığında şirket menfaatlerinin üstün tutulduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, İPSÖK'ün oy hakkında imtiyaza onay vermemesi, mahkemenin ise istisna edilme kararı vermesi ihtimaliyle de karşılaşılabilir. Böyle bir durumda, İPSÖK'ün onaylamama kararının iptali davası ile istisna edilme kararının birleştirilerek görülmesi, birbiriyle çatışabilecek kararların ortaya çıkmasını önleyeceği için gereklilik arz edebilecektir. Buna ek olarak, TTK 454/7 uyarınca açılan, İPSÖK'ün onaylamama kararının iptali davasının reddedilmesi durumunda ise istisna edilme kararı için mahkemeye yapılan başvurunun da reddedilmesi ihtimali yüksektir. Zira bir paya on beş oy hakkı tanınmasını kabul etmeyen bir mahkeme kararı karşısında, bu sayının (çok) üstünde oy hakkı tanınan bir mahkeme kararının verilebilmesi güç görünmektedir.

F. İstisna Edilme Kararının Alınma Koşulları

İstisna edilme kararı için başvurulacak mahkeme, şirketin neden kanunda öngörülen oyda imtiyaz sınırını aşan imtiyazlı paylara ihtiyaç duyduğunu araştırmakla görevlidir. Bunun için yönetim kurulu tarafından yapılacak açıklamalar yanında gerekli gördüğü hallerde diğer yöneticileri, pay sahiplerini yahut denetçileri de dinleyebilir. Böylece kurumlaşma projesinin veya haklı nedenin gerekçeleri ortaya net biçimde konulmuş olur.

TTK 479, sınırın aşılmasında kurumlaşma veya haklı bir sebep olmasını aramıştır. Bu bakımdan kurumlaşma ayrı, haklı sebep ise ayrı bir kriterdir. Yoksa

kurumlaşmanın haklı bir sebep oluşturmamasını aramamaktadır. Bu durum madde lafzındaki “kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlar” demek suretiyle açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla mahkemeye ya bir kurumlaşma projesi veya haklı bir sebep sunulmalıdır. Elbette ki, hem kurumlaşma projesi hem de haklı bir sebep aynı anda, birlikte sunulabilir⁴¹.

TTK 479 sınırı içerisinde oy hakkında imtiyazlı payların mevcut olması durumunda dahi, sınırı aşması arzulanan pay grubunun sahiplerinin niteliklerinin ve imtiyazlı oy sayısının belirlenmesi açısından alınacak yeni bir genel kurul kararı ve anasözleşme değişikliği gerekli olabilecektir. Pay grubunun sahibi olacak kişilerin nitelikleri ve imtiyazlı oy sayısı hazırlanacak kurumlaşma projesiyle ve haklı neden ile uyumlu olmalıdır.

Önemle altını çizmek gerekir ki, kanun açık biçimde, kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hallerde istisna etme kararının mahkeme tarafından geri alınabileceğini düzenlemiştir (TTK 479/2).

Bahse konu düzenleme özellikle kanunun dolanılmasını engelleme anlamında yerinde olsa da, uygulanabilirliği bakımından yine bir takım soruları gündeme getirmektedir⁴².

Öncelikle, mahkemenin kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinden veya haklı sebebin ortadan kalktığından nasıl haberdar olacağı sorusu yanıtlanmaya muhtaçtır⁴³. Akla gelen çözüm, mahkemenin istisna edilme kararında ilgili şirkete düzenli bir rapor verme yükümlüğü getirilmesidir⁴⁴. Ancak ne madde metninde ne de genel olarak mahkemelere böyle bir yetki ve görev verilmemiştir. Bunun yanında şirket, pay sahipleri yahut yönetim kurulu üyeleri mahkemeye başvuruda bulunabilecektir. Kanımızca şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerini etkileyen durumlarda yönetim kurulu üyelerinin başvurmamaları halinde sorumluluklarına gidilebilmelidir⁴⁵.

⁴¹ Bu anlamda esasen kurumlaşma projesi kanımızca başlı başına bir haklı sebep teşkil etmektedir. Ancak kanun koyucu bunu tek haklı sebep olarak kabul etmemiş, istisna için daha geniş bir başvuru imkânı tanımıştır.

⁴² **ALTINTAŞ**, s. 191.

⁴³ Kanun metninde bu konuda bir belirsizlik olduğunu ifade ettikten sonra kararın ardından, istisna edilme kararını gerektiren durum ortadan kalkması halinde şirket tarafından bildirim yapılması gerektiği yönünde **BİLGEÇ**, s. 148.

⁴⁴ Mahkeme tarafından bir denetleme görevlisi atanması yönünde **BESEN**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2018, s. 70.

⁴⁵ Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011 Resmî Gazete Sayısı: 27846) 28/4'te “Türk Ticaret Kanunu'nun 479. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırı aşan sayıda oyda imtiyaz öngören esas sözleşme hükümleri, Türk Ticaret Kanunu'nun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde, anılan fıkraya uyarlanırsa veya mahkemenin anılan fıkra ile öngörülen karar alınır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

1. Kurumlaşma Projesi

TTK m. 479/2'nin gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, “anonim şirketlerin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmak ve kurumlaştırmak bir hukuk politikası olarak benimsenmiştir”. Bu bakımdan kurumlaştırma⁴⁶ politikası, şirketlerin ömürlerinin, kurucuların veya onların altsoylarının ömürleri ile sınırlı olduğu inancını (anlayışını) değiştirmeye ve şirketlere devamlılık sağlamaya yöneliktir”.

Gerekçede kurumlaşmanın profesyonel yönetimi gerektirdiği, bunun da şirketteki çoğunluk oylarıyla belirlenmesinden ziyade, profesyonellere bırakılan, mirasçılardan çok uzman kişilerin yönlendirmesinde olan bir yönetim niteliğinde olduğu, burada oyda imtiyazlı payların rol oynayabileceği ifade edilmiştir. Öte yandan, gerekçe de oyda imtiyazlı payların, hemen her ülkenin sisteminden çıkarmak yolunda olduğu, kurumsal yönetim ilkelerine uymadığı açık biçimde ifade edilmiş, oyda imtiyazlı payların TTK'da bırakılmasında kurumsallaşma düşüncesinin rol oynadığı, kanunun oyda imtiyazlı pay ile yapay güç oluşturulması anlayışına kapalı olduğu ortaya konmuştur. Bu bakımdan bir paya on beş oy sınırının ileride düşürülebileceği de belirtilmiştir.

Bununla birlikte, öğretide haklı olarak, kurumsal yönetimin temel ilkelelerinden olan çoğunluk ilkesi yani sermaye kadar hak sahibi olabilme ilkesi gözönüne alındığında, oy hakkında imtiyaza ilişkin getirilen sınırın üstelik bir de kurumsallaşma gerekçesi ile uygulanmamasının kurumsal yönetimin doğasına aykırı olduğu, kurum(sal)laşmanın hem imtiyazın reddedilmesi hem yasal sınırın aşılmasının gerekçesi olarak kabul edilmesinin mantıklı olmadığı, onbeş oy sınırını aşan oyda imtiyazlı payların, oy gücünü kurumsal yönetimi hâkim kılmak için kullanacağı düşüncesinin varsayımı dayandığı belirtilmiştir⁴⁷.

Gerekçedeki açıklamalar dikkate alındığında, TTK 479/2'de, TTK 360'da olduğu gibi azınlığın veya belirli pay gruplarının yönetim kurulunda temsil edilmesi gibi bir amacın bulunmadığı söylenebilecektir. Amaç kurumsallaşma olduğundan, isteyen herkesin iktisap edebileceği payların oluşturduğu bir

Yürürlük K. 28/6'da öngörülen sürede gerekli anasözleşme değişikliklerinin ve uyarlamaların gerçekleştirilmemesi halinde, oyda imtiyazlı düzenleyen anasözleşme hükümlerinin sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden geçersiz hale geleceği ve anasözleşmede öngörülen oya ilişkin imtiyazların tümünün ortadan kalkacağı ayrıca düzenlenmiştir. Bahsi geçen süre 2014 yılında dolmuştur. Bu süre içerisinde ilgili başvuruyu yapmayan şirketler bakımından da yine yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları gündeme gelecektir Çalışmada yer verilen Yargıtay kararlarının da esas itibarıyla çoğunlukla bu nitelikteki şirketlerin esas sözleşmelerinde mevcut düzenlemeleri 6102 sayılı TTK'ya uygun hale getirmek için Yürürlük K. m. 28 kapsamında yapılan başvurular olduğu görülmektedir.

⁴⁶ TTK 479/2'de hem kurumlaşma hem kurumsallaşma kavramları kullanılmıştır. Öğretide bu konuda da eleştiriler getirilmiştir; **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 385, dn. 264.

⁴⁷ **Burak SERTOĞLU**, TTK'da İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 1, 2014, s. 283-313, s. 298; **BIÇER**, s. 246.

grup değil, şirketin amaçlarına, işletme konusuna/faaliyetine göre profesyonel yönetim sayesinde kurumlaşmayı sağlayabileceği düşünülen niteliklere/özelliklere sahip pay sahiplerinin edinebileceği bir pay grubunun⁴⁸ oluşturulabilmesi için gerekli anasözleşme düzeni sağlanmalıdır.

TTK m. 360'da yönetimde temsil edilme hakkı tanınmaktadır. TTK m. 479/2 ise, sadece yönetimde temsil değil, genel kurulun alacağı tüm kararlarda imtiyazlı oy hakkı ile üstün bir hak tanımaktadır. Bu bakımdan iki maddenin düzenlemesi birbirinden ayrılmaktadır⁴⁹.

TTK 479/2'de açık biçimde bir kurumsallaşma, profesyonelleşme amacı güdüldüğünden, nitelikleri kurumlaşma amacına göre tespit edilmemiş bir pay grubuna bu yönde bir imtiyazın tanınması kurumlaşma amacının gerçekleşmesine hizmet edemeyebilecektir.

Dikkati çekmek gerekir ki, oy hakkında imtiyazın pay sahiplerine değil paya tanınması gerekir. Zira imtiyaz pay sahibine değil, paya ve pay gruplarına tanınabilir. Böylelikle, anılan payları şirketin kurumlaşma hedefine ulaşmayı sağlayacak profesyonel yöneticilerin edinmesi mümkün olabilecektir.

Öğretide, mahkemeye sunulan kurumsallaşma projesinin, “şirketin organizasyon şemasını ve aile şirketlerinde aile fertlerinin bu şemada nerede bulunacağını; görev ve sorumluluk tanımlarını; uzun vadeli stratejik planlarını; büyümenin nasıl finanse edileceğini; risk yönetimini; iç denetim mekanizmalarını gösteren, gerçekleştirilebilir olduğu yönünde ikna edici nitelikte bir taahhüt mahiyeti” taşıdığı belirtilmektedir⁵⁰.

Bu bakımdan kurumlaşma projesinde; şirketin pay sayısı, paylarının itibari değeri, oyda imtiyazlı payların oluşturulduğu genel kurul kararı, anasözleşmenin ilgili maddeleri, oyda imtiyazlı payların yasal sınırı aşacak düzeyde oluşturulma gerekçeleri (halka açılma, özelleştirme, finansman ihtiyacı vs.), şirketin bu imtiyazlı payların öngörülmesi suretiyle gelecekte ulaşmayı istediği hedefleri, oyda imtiyazlı payların sahiplerinin nitelikleri, bu payların sağlayacağı oy sayısı, payların oyda imtiyazlı olarak kullanılacağı genel kurul kararlarının konu itibarıyla hangileri olduğu gibi hususlara yer verilebilir⁵¹.

⁴⁸ Bu konuda bkz. II. D. 2. b. Pay Sahipleri başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar.

⁴⁹ TTK 479 uyarınca, oy hakkında imtiyazlı paylara azami oy hakkı yani on beş oy hakkı tanındığında şirketteki yönetim kontrolünün hangi tutarda sermaye taahhüdüyle sağlanacağı ve payın itibari değerinin oy gücüne etkisine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. BİÇER, s. 243 vd. Öğretide, TTK 360 hükmünün tek başına sağlamadığı yönetim kontrolünün oyda imtiyaz tanınması ile birlikte tesis edilmesinin mümkün olduğu ifade edilerek, verilen bir örnekle açıklanmaya çalışılmıştır. TORAMAN ÇOLGAR, s. 110.

⁵⁰ AYTUĞAR, s. 357.

⁵¹ Ancak dikkati çekmek gerekir ki sınırı aşan imtiyazlar da dahil tüm oy imtiyazları ana sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davalarında kullanılmayacaktır (TTK m. 479/3).

Projenin hazırlanması, TTK m. 374 uyarınca yönetim kurulunun görev ve yetkisindedir⁵². Şirketin TTK 421/3-b uyarınca alacağı genel kurul kararından önce kurumlaşma projesinin hazırlanması, bu konuda genel kurulda pay sahiplere bilgi sunulması, bu projenin genel kurulda tartışılması, buna göre bir karar verilmesi şirketin menfaatleri açısından gereklidir. Genel kurul önüne getirilen projede, genel kurulun talepleri doğrultusunda pay sahiplerinin tereddütlerini giderecek bir takım değişikliklerin yapılması söz konusu olabilecektir⁵³.

Bunun yanında, TTK 479/2 uyarınca mahkemeye yapılan başvuru bir takım gerekçelerle reddedilmiş ise, yönetim kurulunun mahkeme kararı uyarınca projede birtakım değişiklikler yapması ve bunu bir olağanüstü GK toplantısıyla yeniden gündeme getirmesi söz konusu olabilecektir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, projenin yönetim kurulu tarafından esasen ilgili genel kurul toplantısından önce hazırlanması madde-nin uygulanması bakımından gereklidir. Her durumda mahkemeye başvurudan önce yine yönetim kurulu tarafından hazırlanacaktır⁵⁴.

Kuruluş aşamasında bir anonim ortaklıkta bu proje kurucular tarafından hazırlanmalı ve mahkemeye sunulmalıdır.

2. Haklı sebep

TTT m. 479/2'nin gerekçesinde haklı sebeplerin de açıklanan hukuk politikasına uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu anlamda özelleştirmede⁵⁵ veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatlerinin korunması, bir şirketin dar boğazdan kurtarılması, halk pay sahiplerinin korunması gibi bu amaçlarla ve iyi işleyebilecek bir mekanizma

⁵² TTK 408/1-a ve 421/3-b kapsamında imtiyaz oluşturulması ve anasözleşme değişikliği genel kurul yetkisinde olduğundan, proje hazırlanmasının da genel kurul yetkisinde olduğu tartışılabilir olmakla birlikte, bahse konu yetkiler imtiyazın tanınmasına ilişkin olup bu imtiyazın dayanaklarının yahut buna ilişkin hazırlığında yapılmasına ilişkin değildir. Genel kurulun böyle bir imtiyaz oluşturma isteği karşısında yönetim kurulunun şirketin yönetim organı olarak ayrıca bir yetkilendirmeye gerek olmadan kurumsallaşma projesini hazırlama görevi ve yetkisi olduğu kabul edilmelidir.

⁵³ Bu bakımdan TTK m. 479/2 kapsamında herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Değişikliklerin farklı sonuçları hakkında bkz. **AYTUĞAR**, s. 358 vd.

⁵⁴ Detaylı açıklama için bkz. yukarıda II., D., 1. İstisna Edilme Kararının Alınabileceği An. Yönetim kurulunun bu yönde bir hazırlığı olmadığı ve başvurunun pay sahiplerince yapılacağı durumlarda ise mahkeme ilgili pay sahipleri tarafından hazırlanan projeyi dikkate almak durumundadır. Ancak bunun, yukarıda pay sahipleri tarafından yapılan başvuru başlığı altında verilen açıklamalarda da ifade edildiği üzere, şirket tarafından açık biçimde desteklenmediği takdirde mahkemece geçerli bir dayanak olarak kabul edilmesi düşük bir ihtimaldir.

⁵⁵ **TEKİNALP**, özelleştirmenin haklı sebeplerin başında geldiğini ifade etmektedir; **TEKİNALP**, Yeni Hukuku, N. 14-66.

ile yönetimin profesyonellere bırakılması gibi konular haklı sebep olarak örneklendirilmiştir⁵⁶.

Öğretide, özelleştirme veya blok satışlarda ülkenin menfaatlerinin korunmasının TTK 478/4 karşısında gerekli olup olmadığının tartışmaya açık olduğu, finansal durumu düzeltmeye yönelik sermaye tedbirleri alınabileceksen, şirkete sadece nakit akışı tesis etmek amacıyla şirket içindeki kontrol yapısını radikal şekilde değiştirmenin amaca uygun olmadığı, halk pay sahiplerine oyda imtiyazlı paylar tahsis edilmesinin konsantrasyona neden olacağı, bunun halka açılma ile çelişki arz eden bir yapı ortaya çıkaracağı belirtilerek, gerekçenin gösterdiği haklı neden örnekleri eleştirilmiştir.

⁵⁶ Yargıtay 11. HD'nin E. 2014/17667, K. 2015/3000, T. 5.3.2015 sayılı kararında davacı vekili, davalı şirketin büyük ortağı olan müvekkilinin 10.000.000-TL sermayeli şirkette 100.000 adet A grubu, 2.052.279 adet B grubu hisse sahibi olduğunu, şirket esas sözleşmesinin 7. maddesine göre, imtiyazlı payları mevcut olup, buna göre yönetim kurulu üyelerinin seçiminde her bir A grubu payın 1000 adet, B grubu payların 1 adet oy hakkı olduğunu kararlaştırıldığını, böylece yönetim kontrolünün A grubu payların sahibi olan davacıda olduğunu, dolayısıyla müvekkilinin oyda imtiyazların korunması ve sınırlandırılması yönünde istisna kararı verilmesi bakımından haklı sebeplerin bulunduğunu, müvekkili davacının, davalı şirketin büyük ortağı olup şirketin gelişip büyümesi için her türlü kişisel ve maddi katkıyı sağladığını, davalı şirketin yaptığı yatırımlar sebebiyle davacıya 13.681.459 TL borçlu olduğunu, imtiyazlı paylara sınırlama getirilmesi durumunda şirketin yönetimindeki kontrolünün riskli hale gelmesinin şirket bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağını, imtiyazın kısıtlanması halinde kontrolü sağlaması için davacının borsadan şirketin hisse senetlerini alması gerekeceğini, bunun içinde üçüncü kişilere ödeme yapması durumunda şirketin nakit ihtiyacının karşılanamaması riski doğabileceğini ve bu durumun halka açık bir şirket olan davalının yatırımcısının yararına olmayacağını ileri sürerek, davacının TTK'nın 479. maddesi uyarınca oyda imtiyazın istisnaen korunmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirketi temsilen yönetim kurulu başkanı sıfatıyla davacı ve yönetim kurulu üyesi..., davacı yanın belirttiği vakıaların gerçeğe uygun olduğunu belirterek davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalı şirketin kuruluşundan itibaren anasözleşmesi ile A grubu paylar için sadece şirket yönetim kurulunun seçiminde tanınan 1'e 1000 oy imtiyazının 2012 ve 2013 yılı bilançosu dikkate alındığında, halka açık bir anonim şirket olan davalı şirket açısından yönetimin profesyonellere bırakılması ve halk pay sahiplerinin korunması bakımından haklı sebep sayılabileceği, bu durumun devam edip etmediğinin sonraki yıllar açısından da mahkemenin denetim ve gözetimine bağlı olduğu dikkate alındığında davacının oy imtiyazının korunması açısından haklı sebep sayılabileceği gerekçesiyle, davanın kabulü ile TTK 479. maddesi uyarınca davacının oyda imtiyazının istisnaen korunmasına karar verilmiştir. Kararı davalı şirket vekili temyiz etmiştir.

Yüksek mahkeme, davacının, davalı şirketi temsil ve ilzama yetkili ortağı olup, davalı şirket adına davaya cevap verdiği gibi sonradan davalı şirketi temsil etmek üzere tayin edilen vekile de şirketi temsilen vekaletnamenin davacı tarafından verilmiş olduğunu anlaşıldığı, bu durumda, aynı zamanda şirketin temsilcisi olan davacı ile şirket arasında menfaat çatışması bulunduğu, mahkemece davalı şirketin bu davada temsil edilmesi için temsil kayyımı atanması konusunda süre verilmesi ve eksikliğin giderilmemesi halinde davanın reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir. Bununla birlikte, kararın esası hakkında inceleme yapmamıştır. (Lexpera Veritabanı, E.T. 21.11.2022).

Davanın TTK 479'da öngörülen sınırı aşan oyda imtiyazlı pay sahibi tarafından, şirkete karşı açıldığı görülmektedir. Dolayısıyla dava çekişmeli yargı sistemi içerisinde açılmıştır. Bununla birlikte, istisna edilme kararı yönetim gücünü bulunduran davalı şirket tarafından çekişmesiz yargı sisteminde açılmış olsaydı, Yargıtay, davacı ile şirket arasında menfaat çatışması bulunduğunu, şirketin davada temsil kayyımı atanmak suretiyle temsil edilmesi gerektiğini ileri sürerek ilk derece mahkemesi kararını bozmayabilirdi.

Hükmün gerekçesinde, kurumlaştırma nedenine bağlı olarak mahkemeye başvurulduğunda, projenin gerekli olduğu, haklı nedenle başvuru yapıldığında ise hangi sebeple(rle) projenin gerekli olmadığı açıklanmamıştır. Gerekçe- de, mahkemenin haklı sebepler istisnasında da proje istemesine engel olmadığı belirtilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte, bu farklılığın nedeninin, kurumlaşmanın nasıl sağlanacağını mahkemeye açıklanabilmesi için bir projenin hazırlan- masının zorunlu kıldığı, oysa haklı neden olgusunun niteliği gereği böyle bir projeye ihtiyaç duyulmaksızın ortaya konulabileceği düşüncesinin etkili oldu- ğu söylenebilecektir. Gerçekten de TTK 479/2, kurumlaşmanın gerektirme- sinden ve haklı sebebin ispatından söz etmektedir. Buna göre, örneğin, haklı neden olarak kabul edilebilecek özelleştirmede, ayrıca kurumlaştırma proje- sine gerek duyulmayacak, yalnızca özelleştirmede ülkenin stratejik menfa- atlerinin neden tehlikeye düştüğünün gerekçeleriyle mahkemeye anlatılması gerekecektir. Gerekçede kurumlaşmanın profesyonel yönetimi şart kıldığı be- lirtilerek, kurumlaşmanın temelinde, profesyonel yönetim olduğu belirtilmiş- tir. Bu durumda, şirketin yapısı, özellikleri, hedefleri gözönüne alındığında mevcut durumda neden profesyonel yönetime ihtiyaç duyulduğu, profesyonel yönetimin şirkete nasıl katkı sağlayacağı katkı, neden oy hakkında imtiyaz sınırlarının aşılması gerektiği bir plan dahilinde mahkemeye sunulacaktır. Öte yandan, haklı nedenin ispatlanması için yapılacak açıklamalar ile kurumlaş- ma projesindeki öngörülerin de birbirinden çok farklı olmayacağı, birbirine yaklaşabileceği, zira her iki durumda da yönetim kontrolünün sağlanmasının amaçlandığı söylenebilecektir.

Yargıtay 11. HD., T. 01.02.2016, E. 2015/2219, K. 2016/1020 sayılı kara- rında⁵⁸, “şirketin kuruluşundan itibaren aynı prensiplerle yönetilmesi, yöneti- min başarılı olması ve hissedarların hiçbir zarara uğramaması, anasözleşme ile

⁵⁷ Esasen, mahkemenin bu yöndeki isteği belirli durumlarda yerinde de olabileceği, zira gerekçede açıkça istisnaya karar verirken aşırı özen gösterecekleri, istisna tanırken sert koşullar koyacakları ve bu konuda “cimri” davranacakları zira bunun ratio legis gereği olduğu açıklanmıştır.

⁵⁸ Karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, E.T. 10.09.2019.

Benzer şekilde Yargıtay 11. HD'nin T. 24.06.2014, E. 2014/3120, K. 2014/11961 sayılı kararında da davacı vekili tarafından savunulan müvekkilinin paylarının İMKB'de işlem gördüğünü, halka açık bir şirket olduğunu, A grubu payların 1000 oy hakkına, B grubu payların 1 oy hakkına sahip olduğunu, müvekkili şirketin grup şirketlerinden Euro Sigorta A.Ş.'nin %100'üne sahip olduğunu, yine Almanya'da kurulu Euro City Bank Şirketi'nin de %63,50 oranında hakim hissedarı bulunduğunu, TTK 479 uyarınca imtiyazlı oyların 15 oy hakkına düşeceği hükmü karşısında, müvekkili şirketin yönetim hakimiyetinin ciddi sorunlar ve sıkıntılarla karşı karşıya kalacağını, bu durumun sadece müvekkili olduğu şirket değil, grup şirketlerini de etkiyeceği iddiası karşısında ilk derece mahkemesi anasözleşmenin 6/son maddesinde yazılı yönetim kurulu üyelerinin seçiminde A grubu pay sahibi ortağa tanınan oyda imtiyaz hakkının, TTK'nın 479/2 hükmü gereği sınırlandırmadan istisna edil- mesini gerektirecek haklı sebeplerin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, Yargıtay da ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. (Lexpera Veritabanı, E.T. 21.11.2022).

tanınan imtiyazların şirketin pay sahipleri açısından kazanılmış hak niteliğinde bulunması”nı haklı sebep olarak kabul etmemiştir. Mahkeme kararını verirken, bu sebeplerin tek başına Kanun’da belirtilen haklı sebep olarak kabul edilemeyeceği gibi şirketin anasözleşmesinde yer alan imtiyaz hükümlerinin kazanılmış hak oluşturduğundan da söz edilemeyeceği, şirkette bulunan imtiyazlı payların şirket yönetiminde etkinliklerinin azalacağı, belki bir süre sonra kontrolü de kaybedecekleri, ancak imtiyazların sona erdirilmesi veya kısıtlanması halinde meydana gelebilecek olan riskin imtiyaz sınırlandırmasının doğal sonucu olduğu ve Kanun tarafından istisna kapsamında tutulmadığı gerekçelerine dayanmıştır.

3. Mahkemenin İstisna Edilme Kararı Verirken İmtiyazlı Oy Sayısında Üst Sınır Belirlemek Zorunda Olup Olmadığı

İstisna edilme kararına ilişkin maddenin gerekçesinde mahkemelerin, istisnaya karar verirken aşırı özen gösterecekleri, istisna tanırken sert koşullar koyacakları ve katı davranacakları belirtilmiş, mahkeme kararlarının üst mahkemelerin denetimine tabi olduğu ifade edilmiştir.

Öğretide, imtiyazlı oy miktarının mahkeme kararıyla sınırsız olarak artırılabilceği ileri sürülmüştür⁵⁹. Ancak kanımızca, mahkeme istisna edilme kararı verirken kurumlaşma projesine veya haklı sebebin niteliğine göre oy hakkında imtiyazın sınırlarını (oy sayısını) belirleyebilir⁶⁰. Bu bakımdan mahkemenin, yönetim kurulunun önerdiği ve genel kurulun kabul ettiği ilgili proje veya haklı sebepte gösterdiği oy sayısını kabul etmesi veya bunu şirket menfaatine uygun şekilde indirebilmesinin önünde bir engel görünmemektedir⁶¹. Aksi düşüncenin kabulü halinde genel kurulun oy hakkında imtiyazı herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın istediği gibi belirlemesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, mahkeme istisna edilme kararında talep edilen imtiyazlı oy sayısını denetleyebilecektir.

Kurumlaşma projesi ve haklı sebep bu oy sayısı sınırının belirlenmesinde mahkeme tarafından değerlendirilmelidir.

4. Mahkemenin İstisna Edilme Kararında Konu Açısından Sınırlama Yapmasının Gerekli Olup Olmadığı

Oy hakkında imtiyazın sınırlarını aşan istisna edilme kararı, çok açık biçimde kurumlaşma için gerekliliğe veya haklı sebebin varlığına dayandırılmıştır. Bu kurumlaşma ve haklı sebep de yine şirket menfaatlerinin gerektirdiği, profesyonel yönetim, şirketin darboğazdan kurtarılması, özelleştirme, pay

⁵⁹ ERIŞ, s. 2472.

⁶⁰ BİÇER, s. 249; AYTUĞAR, s. 363; GÜREL, s. 109; Yazar sınırı tamamen kaldırma yönünde kararın geçersiz olacağı, hükmün amacını aşacağı görüşündedir.

⁶¹ Öte yandan mahkemenin oy sayısını indirerek karar vermesi genel kurul iradesine bir müdahale gibi düşünülebilir, bu ihtimalde mahkemenin doğrudan talebi reddetmesi gerektiği kabul edilecektir.

sahiplerinin korunması gibi belirli ve nispeten sınırlı olan ve mahkeme denetimine tabi durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla maddenin kabul edilme amacı içerisinde istisna edilme kararına tabi olan imtiyazların, belirli konularla sınırlandırılması olduğu tartışmasıdır.

Bu hususlar da dikkate alındığında kanımızca mahkemenin gerekli görmesi durumunda konu açısından sınırlama yapabileceği kabul edilmelidir⁶². Gerçekten de örneğin, yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin kararlarda kullanılmasına, yahut belli miktarda sermaye artırımını zorunluluğu şeklinde şirkete yükümlülük yüklemesi, oyda imtiyazı süre ile veya 479/3'te gösterilen anasözleşme değişikliği ve ibra ve sorumluluk davalarına ek olarak başka bir kısım kararlarda kullanılmaması koşulları ile sınırlaması mümkün olmalıdır⁶³.

G. Sermaye Piyasası Mevzuatında Oy Hakkında İmtiyazın Sınırlandırılması

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda doğrudan oy hakkında imtiyazın sayısal olarak sınırlanmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TTK 479/2'deki sınırlamanın halka açık ortaklıklara da uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, SerPK'nın 48/4. maddesinde yatırım ortaklıklarının imtiyazlı pay ihracına ilişkin usul ve esasların kurulca belirleneceği ve yatırım ortaklıkları tarafından belirli grupların yönetim kurulunda temsil imtiyazı ile oyda imtiyaz tanıyan pay ihracında TTK'nın 360. ve 479/2. fıkrasının uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

Öte yandan SerPK 28'de, ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır detayda kamuya duyurulmasının zorunlu olduğu, Kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazların Kurul kararı ile kalkacağı, ancak söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması hâlinde bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bunun yanında Sermaye Piyasası Kurumu tarafından yayımlanan II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği⁶⁴ ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkelerinde de oy hakkı başlığı altında oy hakkında imtiyazdan kaçınılacağı, oy hakkında imtiyazın varlığı halinde halka açık payların sahiplerinin yönetimde temsilini engelleyecek nitelikteki imtiyazların kaldırılmasının esas olacağı ifade edilmiştir.

⁶² BİÇER, s. 249.

⁶³ GÜREL, s. 116. Mahkemenin kabul ettiği sınırı aşan imtiyazlar her durumda TTK m. 479/3 uyarınca anasözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davalarında kullanılmayacaktır.

⁶⁴ Resmi Gazete Tarihi: 3 Ocak 2014, Sayısı: 28871.

Sermaye Piyasası mevzuatı çerçevesinde Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁵ 14. madde, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁶ 15. madde ve Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁷'nde halka açılma sonrasında imtiyazlı pay ihracı yasaklanmıştır. Kitle Fonlaması Tebliği⁶⁸'nin 16/3 maddesinde de, nitelikli yatırımcılar hariç olmak üzere yatırımcılara verilecek paylar arasında imtiyaz farkı yaratılamayacağı düzenlenmiştir.

Sonuç

TTK m. 479'un düzenlemesi kapsamında oy hakkında imtiyaz tanınabileceği ve bu imtiyazın belirli sınırlamalara tabi olduğu görülmektedir. Düzenlemeye göre eşit itibarı değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek, ilk veya değiştirilmiş anasözleşme ile ve bir paya en çok on beş oy hakkı tanınacak biçimde oy hakkında imtiyaz tanınabilir. Düzenlemenin bu haliyle eTK dönemindeki bir çok tartışmayı dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, TTK 479/2'nin oy hakkında imtiyaza getirdiği bu sınırlama, kurumlaşmanın gerekli olduğu veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda mahkeme kararı ile uygulanmayabilecektir. Gerekçede sınırlamayı kaldırmanın amacının anonim şirketleri yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmak olduğu, kurumlaştırma politikasının, şirketlerin ömürlerinin, kurucuların veya onların altsoylarının ömürleri ile sınırlı olduğu inancını (anlayışını) değiştirmeyi ve şirketlere devamlılık sağlamayı ve profesyonel yönetimi hedeflediği, bu anlamda kurumsal yönetim ilkeleri ile bağdaşmayan imtiyazın sadece kurumsallaşma maksadıyla kanunda bırakıldı-

⁶⁵ Resmi Gazete Tarihi: 28 Mayıs 2013, Sayısı: 28660.

Yargıtay'ın davaya konu şirketin bir yatırım ortaklığı olması sebebiyle TTK m. 479/2'deki sınırlamanın uygulanmayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin istisna edilme talebinin reddine ilişkin kararını bozduğu bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD.'nin E. 2015/3051, K. 2015/9675, T. 30.09.2015 sayılı kararı.

ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR yatırım ortaklıkları bakımından TTK 479/2'deki sınırlamanın uygulanmamasının kazanılmış hakların korunması, yatırım ortaklıklarında zorunlu olan kurumsallaşma ve profesyonel yönetimin garanti altına alınmasında önemli bir araç olan oyda imtiyazlı payların sınırlandırılmasının isabetli olmadığı gerekçesiyle hüküm altına alındığını belirtmiştir; **Nusret ÇETİN / Hatice Ebru TÖREMİŞ / Zeynep CANTİMUR:** Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, İstanbul 2014, s. 99. Benzer gerekçeler TTK 479/2'deki istisna edilme kararının gerekçesi olarak da ifade edilmekle birlikte, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, kanımızca, kurumsal yönetim ilkelerinin bakış açısından profesyonelleşme ve kurumsallaşmanın, oy hakkında imtiyaz ile sağlanması hiçbir durumda öncelik arz etmeyecektir. Aksine kurumsal yönetim ilkeleri mümkün mertebe yönetimde olmayan pay sahiplerinin yönetime katılabilmesi ve haklarının korunabilmesi için imtiyazların sınırlandırılması yönünde bir bakış açısına sahiptir.

⁶⁶ Resmi Gazete Tarihi: 9 Ekim 2013, Sayısı: 28790.

⁶⁷ Resmi Gazete Tarihi: 27 Mayıs 2015, Sayısı: 29368.

⁶⁸ Resmi Gazete Tarihi: 27 Ekim 2021, Sayısı: 31641.

ğı, bu istisnanın mahkemeden ancak bir proje ile istenebileceği belirtildikten sonra mahkemenin de aşırı özen göstererek, istisna tanırken sert koşullar koyacağını ve bu konuda “cimri” davranacağını ifade etmiştir.

Yine gerekçede mahkemenin kararının üst mahkemelerin denetimine tabi olduğu, haklı sebeplerin de açıklanan hukuk politikasına uygun olması gerektiği belirtilmiş, bu bakımdan özelleştirme veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatlerinin korunması, bir şirketin dar boğazdan kurtarılması, halk pay sahiplerinin korunması gibi bu amaçlarla ve iyi işleyebilecek bir mekanizma ile yönetimin profesyonellere bırakılması haklı sebeplere örnek olarak sayılmıştır. Mahkeme kararı ile projede değişiklik yapılabilecek, kurumsallaşma gereklilikleri veya haklı sebep ortadan kalktığında mahkeme tarafından istisna edilme kararı geri alınabilecektir.

Hükmün lafzında sadece mahkemenin yetkisinden bahsedilmiş gerekçe- sinde kurumsallaşma ve haklı sebep konusunda mahkemenin vereceği kararın içeriğine ilişkin bir kısım açıklama yapılmıştır. Ancak bu açıklamalar dahi, ilgili hükmün uygulaması bakımından pek çok soruyu cevapsız bırakmıştır. Gerçekten de örneğin, kurumsallaşma için proje şartı aranırken, haklı sebep için proje şartı aranmadığı anlaşılmaktadır. Elbette ki haklı sebebe dayalı istisna kararı talep edilirken proje talebinde bulunulması da oy imtiyazının amaç ve sınırlarının belirlenmesi açısından faydalı olacaktır. Öte yandan gerek madde metni gerek madde gerekçesi, talebin mahkemeye ne zaman, hangi süre içerisinde, kimler tarafından iletileceğini, talepte kurumsallaşma projesinde veya haklı sebepte gerekçelendirme için sunulması gereken asgari bilgileri, mahkemenin reddi halinde sınırı aşan sayıdaki imtiyazlı payların akıbeti, istisna edilme kararını gerektiren durumun ortadan kalması halinde mahkemenin ne şekilde haberdar edileceği gibi önemli konularda sessiz kalmıştır.

Bu bakımdan istisna edilme kararının mahkemeden talebi için genel kurulun karar alıp yönetim kuruluna talimat verebileceği veya yönetim kurulunun böyle bir talimat olmaksızın mahkemeye başvurabileceği veya uygulamada görüldüğü üzere imtiyazlı pay sahiplerinin talepte bulunabileceği düşünülebilir. Kanımızca, istisna edilme kararı için öncelikli olarak, yönetim kurulunun hazırladığı kurumsallaşma projesi veya haklı sebepler uyarınca şirket genel kurulunda oy hakkında sınırı aşan imtiyaza ilişkin bir karar alınması, kararın tescil başvurusundan önce şirketi temsilen yönetim kurulu tarafından mahkemeye başvurulması, daha sonra mahkemenin istisna edilme kararını onaylaması ile derhal tescil edilmesi kanunun amacına en uygun yöntem olacaktır.

Kararın içeriği dikkate alındığında, oyda imtiyaz bulunmayan paylara mahkemenin imtiyaz tanınması mümkün değildir. Mahkemenin istisna kararı verirken sadece kurumsallaşma projesine ve haklı sebebe uygun olarak sınırın

kaldırılmasına karar verebilecek, bu sırada gerekli gördüğü kontrol yöntemlerini de talep edebilecektir. Mahkemenin kurumsallaşma projesi veya haklı sebebin gerektirdiği kadar bir üst sınırın belirlenmesi, imtiyazların kullanım konularını da buna göre sınırlaması mümkün olmalıdır.

Şirket kuruluş aşamasında iken TTK 479/2’de gösterilen sınırı aşan düzeyde oy hakkında imtiyaz oluşturulmasının arzu edilmesi mümkün olacağından, bu durumda pay sahiplerinin şirketin ticaret siciline tescilinden önce mahkemeden istisna edilme kararı alması yerinde olacaktır.

Şirket anasözleşmesinde yapılacak bir değişiklikle kabul edilecek sınırı aşan imtiyazlar bakımından, mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. Madde metninde mahkemeden istisna edilme kararının talep edilmesinden önce İPSÖK onayı gerekip gerekmediği açık değildir. İPSÖK onayı ile istisna edilme kararının gerekçeleri karşılaştırıldığında, İPSÖK kararı ile şirket pay sahiplerinin imtiyazdan doğan hakları korunurken, istisna edilme kararı ile şirketin uzun vadeli menfaatlerinin dikkate alındığı görülmektedir. Bu anlamda kanımızca istisna edilme talebiyle mahkemeye başvurmak için İPSÖK onayının varlığı bir zorunluluk olmamakla birlikte varlığı halinde mahkemenin onay vermesi kolaylaşacak, benzer şekilde mahkeme tarafından verilmiş bir istisna edilme kararının varlığında da imtiyazın tanınmasına ilişkin genel kurul kararının reddeden İPSÖK kararının iptali halinde ilgili mahkeme bakımından bir dayanak oluşturabilecektir.

Sermaye Piyasası mevzuatına bakıldığında yatırım ortaklıkları haricinde de TTK m. 479/2 hükmünün uygulama bulabileceği anlaşılmaktadır.

Kaynakça

- AKTAŞ, Betül:** İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ALTAŞ, Soner:** “Anonim Şirkette Belirli Gruplara ve Azlığa Tanınabilecek Yönetimde Temsil Edilme İmtiyazı”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 2020, Cilt 15, Sayı 164, s. 786 - 790.
- ALTINTAŞ, Gülfem:** “Anonim Şirketlerde Oyda İmtiyaz”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak/Temmuz 2019, Sayı 19/20, s. 165 - 193.
- AYTUĞAR, Bilge:** “Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XXIII, 2019, Sayı 1, s. 93 - 125.
- BAHTİYAR, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- BESEN, Murat:** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BİÇER, Levent:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- BİLGEÇ, Hakan:** Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Turhan Yayınevi, Ankara 2017.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan:** Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, İstanbul 2013.
- DAĞ, Üner:** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Basımevi, İstanbul 1996.
- ÇAĞA, Tahir:** “Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri”, İkt. Mal. 1970, Cilt XVII, Sayı 1, s. 34 - 35.
- ÇEKER, Mustafa:** Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.
- ÇETİN, Nusret / TÖREMİŞ, Hatice Ebru / CANTİMUR, Zeynep:** Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistematiik Analizi, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2014.
- ÇOŞTAN, Hülya:** Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paylar, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, 77- 90.
- DOMANIÇ, Hayri:** “Nominal Değerleri Eşit Anonim Şirket Hisselerinde Rey İmtiyazı”, İkt. Mal. 1970, Cilt XVII, Sayı 2, s. 69-70.
- DOMANIÇ, Hayri:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- ERİŞ, Gönen:** Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt III, Bölüm 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- GÜREL, Murat:** “Anonim Şirketlerde Oyda İmtiyaz ve Sınırlandırılması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Şubat 2020, s. 97 - 137.

- HIRSCH, Alain:** “Oyda İmtiyazlı Hisse Senedi İhracına İlişkin Bir Görüş” (çev. Akar ÖÇAL), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, Haziran 1987, s. 101 - 104.
- İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar).
- KARAHAN, Sami:** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1991.
- KENDİGELEN, Abuzer:** Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayınevi, İstanbul 1999 (İmtiyaz).
- KENDİGELEN, Abuzer:** Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (İlk Tespitler).
- KENDİGELEN, Abuzer:** “İsviçre Hukuku’nda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, Makalelerim, Cilt I, 1986- 2001, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 341 - 390 (Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar).
- KENDİGELEN, Abuzer:** “Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri”, Makalelerim Cilt II, 2001 - 2006, s. 185 - 201 (Değişiklik Önerileri).
- ÖZKAN, Okşan:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- PULAŞLI, Hasan:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2008, Cilt 25, Sayı 3, s. 19 - 32.
- SERTOĞLU, Burak:** “TTK’da İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 1, 2014, s. 283 - 313.
- TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha /Çamoğlu, Ersin):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha /Çamoğlu, Ersin):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005.
- TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha /Çamoğlu, Ersin):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1997.
- TEKİNALP, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- TEOMAN, Ömer:** “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim (İtibari=Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi”, Tüm Makalelerim I-II, Makale 7, s. 79 - 92.
- TEOMAN, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1983 (Yoksunluk).
- TEOMAN, Ömer:** “Türk Ticaret Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı”, Tüm Makalelerim Cilt III: 2002-2010, İstanbul 2010, s. 167 - 191 (Tasarıya Göre Oy Hakkı).

TORAMAN ÇOLGAR, Emek: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması, Batider 2021, C. XXXVII, S. 4, s. 89- 130.

TÜRK, Hikmet Sami: “Anonim Ortaklık Pay Senetlerinde İtibari Değer Farkları”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 557 - 580.

YATAĞAN ÖZKAN, Çiğdem: Anonim Şirketlerde Altın Paylar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

YILDIZ, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Roma Hukukunda Advocatus ile Müvekkili Arasındaki Vekâlet Sözleşmesinde Ücret Meselesi

The Matter of Fee in the Contract of Mandate Between Advocatus and His Client in Roman Law

Arş. Gör. Ayşe Gül EKER^(*)

Öz:

Roma usul hukuku kaynakları incelendiğinde, Roma'da davacı ya da davalıya, davanın hazırlık aşamasında ve/veya davanın görülmesi esnasında hukuki yardım sağlayan, aralarındaki mesleki farklılıkların sınırlarının günümüzdeki kadar net olmadığı, bazı profesyonellerin faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Advocatus da, müvekkili ile yaptığı vekâlet sözleşmesi (mandatum) kapsamında, müvekkilinin davasının hazırlığı ve takibi işlerinin ifasını üstlenen bu profesyonellerden biridir.

Advocatus ile müvekkili arasındaki ilişkinin de dayanağı olan vekâlet sözleşmesi (mandatum) Romalılar ile yabancılar arasındaki ticari ilişkilerin artması sonucunda kavimler hukuku (ius gentium) sahasında şekilsiz bir sözleşme olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra Roma'nın sözleşmeler sisteminde rıza sözleşmeler grubuna dâhil edilerek ius civile kapsamında yerini almıştır.

Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin en ayırt edici özelliklerinden biri, vekâlet ilişkisi ile belirlenen iş veya hizmetin ifasının ücretsiz olarak gerçekleştirilmesidir. Bu durum vekâlet sözleşmesinin dostluğa ve fides'e (sadakat, güven, söze bağlılık) dayanan yapısından kaynaklanmaktadır. Romalılar, bir kimsenin, ücret karşılığında, bir iş veya hizmeti yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeleri ise yerine göre, hizmet sözleşmesi (locatio conductio operarum) veya eser sözleşmesi (locatio conductio operis) olarak kabul ediyorlardı.

Vekâlet sözleşmesinin bu ayırt edici özelliğine rağmen, ifası üstlenilen işin, yüksek işlerden (artes liberales, operae liberales) biri olması durumunda, vekâlet verenin, vekile, kendi isteği ile şeref ücreti veya armağanı (honorarium) vermesi de yaygın bir adetti. Advocatus'un faaliyeti de yüksek işlerden kabul edildiğinden, müvekkillerin advocatus'lara da sık sık şeref ücreti verdikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Bu makale ile Roma hukukunda vekâlet sözleşmesi (mandatum) hakkında genel olarak bilgi verilmesi ve advocatus ile müvekkili arasındaki vekâlet sözleşmesinde advocatus'un ücreti meselesi hakkında bilgi verilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Advocatus, Mandatum, Operae Liberalis, Honorarium, Senatus Consultum Claudianum, Lex Cincia de Muneribus et Donis, Senatus Consultum de Advocationibus.

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: ayseker@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-5204-3318>.

Makalenin geliş tarihi: 01.12.2022 - Makalenin kabul tarihi: 04.01.2023.

Abstract:

When the sources of Roman procedural law are examined, it is understood that in Rome, there are some professionals who provide legal assistance to the plaintiff or the defendant during the preparation of the case and / or during the trial and the boundaries of professional differences between them are not as clear as today. Advocatus is one of these professionals who undertakes the preparation and pursue his client's case within the scope of mandatum he made with his client.

Mandatum, which is also the basis of the relationship between advocatus and his client, emerged as a informal contract in the field of ius gentium as a result of the increasing commercial relations between the Romans and foreigners. Later, it was included in the group of consensual contracts in Rome's contract system and took its place within the scope of ius civile.

One of the most distinguishing features of contract of mandate in Roman law is that the performance of the service determined by the mandate relationship is free of charge. This situation arises from the nature of the contract of mandate based on friendship and fides (loyalty, trust, commitment to the words). The Romans approved contracts in which a person undertakes to perform a service in return for a fee, according to the circumstances, either a service contract (locatio conductio operarum) or a independent contractor agreement (locatio conductio operis).

Despite this distinctive feature of the contract of mandate, it was also common practice for the client to voluntarily give the agent an honor fee or gift (honorarium), if the undertaken service was one of the liberal arts (operae liberales). Since the activity of the advocatus is also considered to be among the liberal arts, it is understood from the sources that the clients often give the advocatus honor fees.

With this article, it is aimed to give general information about mandatum in Roman law and to give information about the fee of the advocatus in mandatum between the advocatus and his client.

Keywords:

Advocatus, Mandatum, Operae Liberalis, Honorarium, Senatus Consultum Claudianum, Lex Cincia de Muneribus et Donis, Senatus Consultum de Advocationibus.

Giriş

Roma'da *advocatus*'un, bir davanın takibine ilişkin verdiği hizmetler, yüksek hizmetlerden (*artes liberales*, *operae liberales*¹) biri olarak değerlendirilen-

¹ Roma'nın en eski dönemlerinden itibaren bedensel çalışmalar ile fikri çalışmalar arasında ayrım yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bedensel işler, hür Roma vatandaşına yaraşır işlerden kabul edilmeyip kölelere ait bir çalışma şekli olarak görülmüştür. Kaynaklardan bunun tek istisnasının çiftçilik olduğu anlaşılmaktadır. Roma tarihinin ilk dönemlerinden, Cumhuriyet dönemi sonlarına kadar Roma vatandaşlarının kendi topraklarını ekip biçmesine ilişkin bedensel faaliyetleri takdir görmüştür. Bu duruma rağmen Roma toplumu, bir vatandaşın bedensel faaliyette bulunmasını hoş karşılamazdı. Roma'da özgür birine yaraşır mahiyette, yüksek seviyedeki fikri bir çalışmayı gerektiren doktorluk, mimarlık, avukatlık ve benzeri bir mesleği yerine getiren kişilerin icra ettiği hizmetler, yüksek hizmetler (*operae liberales* veya *artes liberales*) olarak adlandırılırdı. Bu hizmetlerin dışında kalan hizmetler için ise *operae illiberales* terimi modern hukuk literatüründe kullanılmakla birlikte, kaynaklarda bu terime rastlanmamaktadır. Açıklamalar ile olarak bkz. BERGER Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953, s. 609; VISKY, Karoly, "Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler (1)", Çeviren Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1 - 4, 1974, s. 689 ve devamı; ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition, Oxford, 1995, s. 389;

dirilirdi². Bu nedenle *advocatus* ile müvekkili arasında, vekâlet sözleşmesine (*mandatum*) dayanan bir ilişki meydana geldiği kabul edilirdi³. Bu durumun en önemli sebeplerinden biri, yüksek hizmetlerin yerine getirilmesi karşılığında bir ücret talep edilememesidir⁴.

Bu nedenle, bu hizmetlerin yerine getirilmesinin, belirli bir ücret (*merces*⁵) karşılığı, bir işin ya da bir hizmetin görülmesini konu edinen hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) veya yerine göre, bir eserin meydana getirilmesini konu edinen eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) ile sağlanması söz konusu olamazdı⁶.

Dolayısıyla *advocatus* ile müvekkili arasındaki ilişkinin, vekilin (*mandatarius*) vekâlet verenin (*mandans, mandator*) verdiği işi ya da hizmeti, ücretsiz olarak yerine getirme yükümlülüğü altına girdiği vekâlet sözleşmesi (*mandatum*) ile düzenlenmesi benimsenmiştir⁷.

Roma'da *advocatus*'un verdiği, müvekkilin davasını mahkemede ileri sürmek, davalarda onu temsil etmek veya ihtilafa ilişkin ikna edici konuşmalar hazırlamak gibi hizmetler ücretsiz olmakla birlikte, vekâlet verenin, dilerse gönüllü olarak, kendisinden yardım istenmesini bir onur, şeref olarak gören *advocatus*'a bir miktar *honorarium* (şeref ücreti, ödülü) vermesi mümkündü⁸. Kaynaklardan, Roma'da bazı kanuni yasaklamalar getirilmiş olsa da, yaptırım uygulanmadığından, Cumhuriyet döneminin sonlarına kadar *advocatus*'a, müvekkilin *honorarium* ödeme geleneğinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

SAYIN, B. Yiğit, Roma'da Köle ve Hukuku, İstanbul 2020, s. 332 ve devamı; BAYTEMİR, Setenay, "Roma Hukukunda İş İlişkilerinin Gelişimi Çerçevesinde Opera Kavramı ve İşçinin Bizzat Çalışma Borcu", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Ankara, Nisan 2020, s. 500.

² Bkz. ZIMMERMANN, a.g.e., s. 390. Kaynaklarda avukata *honorarium* verilmesi, İmparatorluk döneminde *honorarium*'un nizam harici usul ile istenebilmeye başlanması gibi konulara ilişkin metinler bulunmakla birlikte, avukatlık mesleğinin *artes liberales* arasında olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. VISKY, a.g.m., s. 697.

³ Bkz. ZIMMERMANN, a.g.e., s. 413; BAYTEMİR, a.g.m., s. 500.

⁴ BERGER, a.g.e., s. 609.

⁵ *Merces*, ücret anlamına gelir. Kira sözleşmesinde (*locatio conductio rei*) ve hizmet sözleşmesinde (*locatio conductio operarum*) *conductor*'un, istisna sözleşmesinde (*locatio conductio operis*) ise *locator*'un ödemekle yükümlü olduğu para miktarıdır. Bkz. UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügati (Lügat), İstanbul, 1975, s. 134.

⁶ KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993, s. 241; BERGER, a.g.e., s. 609; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 413; VISKY, a.g.m., s. 692; SAVAŞ, Abdurrahman, "Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, s. 588.

⁷ JONAITIS, Marius ve ZALENIENE, Inga, "The Concept of Bar and the Fundamental Principles of an Advocate's Activity in Roman Law", Jurisprudencija-Jurisprudence, 3(117), 2009, s. 307.

⁸ ZIMMERMANN, a.g.e., s. 390.

İmparatorluk döneminin başlarında ise *honorarium* verilmesine dair sınırlamalar ve yasaklar koyulmakla birlikte, zaman içinde *honorarium*'un *advocatus*'un hakkı olduğuna ilişkin düşünceler yaygınlaşmıştır.

I. Genel Olarak Roma Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi (*Mandatum*)

A. *Mandatum*'un Tanımı, Tarafları ve Konusu

Roma borçlar hukukuna göre *mandatum*⁹, bir kimsenin, diğer bir kimse tarafından verilen işi ya da hizmeti, ücretsiz olarak yerine getirmeyi üstlendiği bir sözleşmedir¹⁰.

Vekâlet sözleşmesinde, vekâlet veren (*mandans*, *mandator*) ve vekil (*mandatarius*¹¹) olmak üzere iki taraf vardır. Taraflardan biri olarak vekâlet veren, bir işi ve hizmeti karşılıksız ifa etmesi için, bir başkasına veren kimsedir¹².

Sözleşmenin diğer tarafı olan vekil ise ücretsiz olarak, vekâlet veren tarafından kendisine tevdi edilen işi görmeyi veya hizmeti yerine getirmeyi kabul eden kimsedir¹³.

⁹ Etimolojik bakımdan incelendiğinde, Latince *manus* (el) ve *dare* (vermek) kelimelerinden türetilmiş olduğu görülen *mandatum* terimi bu şekliyle, *mandatum* kavramının anlamını da yansıtmaktadır. Bkz. DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku, Çeviren Ziya Umur, İstanbul, 1961, s. 401; SÖĞÜTLÜ, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2022, s. 573.

¹⁰ Bkz. I. 3, 26 ve devamı. Ayrıca bkz. BUCKLAND, William H., A Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, 1950, s. 514; DI MARZO, a.g.e., s. 449; WATSON, Alan, Contract of Mandate in Roman Law, Oxford, 1961, s. 13; KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 241; RADO Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, s. 115, 116; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku (Ders Notları), İstanbul, 1999, s. 372; ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2021, s. 109. Vekâlet sözleşmesi, yabancılarla ticari ilişkilerin artmasından dolayı ortaya çıkan ihtiyaçlar çerçevesinde, *ius gentium*'da şekilsiz bir sözleşme olarak doğmuştur. Daha sonra yabancılar *praetor*'unun (*praetor peregrinus*) çalışmaları neticesinde *ius civile* kapsamına dâhil edilerek, eksik iki taraflı ve rızalı bir sözleşme olarak Roma sözleşmeler sisteminde yerini almıştır. Bu açıklamalar ve konuya ilişkin daha fazla bilgi için bkz. RADO, a.g.e., s. 116; EMİROĞLU, Haluk, "Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (*Mandatum*) ve Hukuki İlişkilerde Temsil", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 1, Mart 2003, s. 101, 102; SÖĞÜTLÜ, a.g.e., s. 571. Aksi görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. WATSON, a.g.e., s. 18.

¹¹ *Ius civile* döneminden gelen *procuratio* kurumu sebebiyle vekile, bazen *procurator* da deniyordu. Ancak *procurator*, tek taraflı olarak verilen bir temsil yetkisiyle görevlendirilirdi. Yetki aldığı kişinin mallarına ilişkin bütün hukuki işlemlerin yapılması, onun davalarda temsil edilmesi işlerini kapsayan *procuratio* kurumunda, günümüzdeki anlamıyla bir genel vekâlet durumu söz konusudur. Oysa Klasik dönemin *mandatum*'u bir sözleşme olup, genellikle belirli bir işin yapılması ya da hizmetin görülmesi söz konusu olurdu. Açıklamalar için bkz. UMUR, Ders Notları, s. 373; RADO, a.g.e., s. 117, 118; DI MARZO, a.g.e., s. 401; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 248.

¹² DI MARZO, a.g.e., s. 401; BERGER, a.g.e., s. 574; RADO, a.g.e., s. 116; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 414.

¹³ DI MARZO, a.g.e., s. 401; RADO, a.g.e., s. 116; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 414.

Roma’da vekâlet sözleşmesi ile görülmek üzere verilen işin, vekâlet verenin menfaatine (*mandatum mea gratia*) veya üçüncü bir kişinin menfaatine (*mandatum aliena gratia*) ya da vekâlet veren ile birlikte vekilin menfaatine (*mandatum mea et tua gratia*) olması aranır¹⁴. Bunun yanında kaynaklarda sadece vekilin menfaatine (*mandatum tua gratia*) verilen işin, vekâletten ziyade tavsiye (*consilium*) niteliğinde olduğu ve bu nedenle borç doğurucu bir niteliği olmadığı ifade edilmektedir¹⁵.

Roma hukukuna göre her türlü hukuki veya fiili faaliyet vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil edebilirdi¹⁶. Buna göre vekâletin konusu, bir hukuki işlemin yapılması olabileceği gibi bir maddi fiilin gerçekleştirilmesi de olabilirdi¹⁷. Dolayısıyla bir veya daha fazla sayıda işi yönetmek, malvarlığını yönetmek, bir başkası için girişimlerde bulunmak, çeşitli hukuki işlemler yapmak, üçüncü bir kişinin evini tamir etmek, kefil olmak, mahkemede bir davayı takip etmek, vb. faaliyetler *mandatum*’un konusunu oluşturabilirdi¹⁸.

Vekâlet sözleşmesinin konusunu ahlaka, adaba ve hukuka uygun olması gerekirdi¹⁹. Ayrıca imkânsız olan fiiller de vekâletin konusunu teşkil edemezdi²⁰. Bunun dışında, önceden ifa edilmiş olanı yapmaya ilişkin verilen vekâletler de geçerli kabul edilmezlerdi²¹.

¹⁴ Bkz. I. 2, 26, pr. - 5. Ayrıca bkz. KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 242, 243; SÖĞÜTLÜ, a.g.e., s. 574.

¹⁵ Bkz. I. 2, 26, 6.

¹⁶ KASER, Max, Roman Private Law, Çeviren by Rolf Dannenbring, London, 1968, s. 191.

¹⁷ KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 241; RADO, a.g.e., s. 116; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 109; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020, s. 246.

¹⁸ BUCKLAND, a.g.e., s. 514; EMİROĞLU, a.g.m., s. 103; RADO, a.g.e., s. 116; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 109.

¹⁹ I. 3, 26, 7.

“Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat. ...”

“Ahlak ve adaba aykırı olan (contra bonos mores) vekâlet de borç doğurmaz, mesela Titius, hırsızlık, damnum veya iniuria yapman için sana vekalet verse...”

Latince metin ve Türkçe çevirisi için IUSTINIANUS, Institutiones, Türkçe metin Ziya Umur, İstanbul, 1968’den yararlanılmıştır. Ayrıca bkz. Bkz. Gai. Ins. 3, 157.

²⁰ Kaynaklarda vekâlet sözleşmesinde edimin mümkün olması gerektiğini doğrudan ifade eden bir metin bulunmamakla birlikte, D. 50, 17, 185’te yer alan imkânsız üzerinde borç doğmaz şeklinde ifade edebileceğimiz prensip (*“Impossibillum nulla obligatio est.”*), genel kuralı ortaya koymaktadır. Ayrıca *stipulatio* ile ilgili aynı esası ortaya koyan metin için bkz. Gai. Ins. 3, 98. Ayrıca bkz. KASER, a.g.e., s. 191; SAVAŞ, a.g.m., s. 592. Vekil, konusu meşru olmayan edimi yerine getirmeye zorlanamamakla birlikte kendi rızasıyla meşru olmayan bir işi veya hizmeti yerine getirmişse, bunun için vekâlet verene karşı dava açamaz. Açıklama için bkz. TAHİROĞLU, a.g.e., s. 247.

²¹ WATSON, a.g.e., s. 88; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 246.

B. *Mandatum*'un Unsurları

1. Tarafların İradelerinin Uyuşması (*Consensus*)

Roma hukuku kaynaklarında da ifade edildiği üzere, *mandatum*, rızâî bir sözleşmedir²². Bu nedenle, tarafların, görülecek iş veya hizmet bakımından anlaşmaları ve vekilin de bu iş veya hizmetin ifasını üstlenmesi ile vekâlet sözleşmesi meydana gelmiş olurdu.

Vekâlet veren ve vekil, bu yöndeki iradelerini herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklayarak, vekâlet sözleşmesini serbestçe kurabilirlerdi²³. Bu doğrultuda tarafların iradelerini, gerekirse haberci, ulak (*nuntius*)²⁴ veya mektup (*epistula*) vasıtasıyla açıklamaları da mümkündü.

Bu bakımdan vekâlet sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla veya emir ya da yetki vermek suretiyle kurabilmek mümkün değildir²⁵.

2. *Mandatum*'dan Doğan Borçlar ve Davalar

Roma hukukuna göre vekâlet sözleşmesi, her zaman, eksik iki taraflı bir sözleşmedir²⁶. Dolayısıyla taraflardan biri her zaman, diğeri ise ancak özel bazı hallerin ortaya çıkması durumunda borçlu durumuna gelirdi.

Mandatum'da asıl borç, vekilin borcu olup, vekil her zaman borç altına girerdi²⁷. Buna göre vekil, sözleşme ile ifasını üstlendiği işi veya hizmeti,

²² Bkz. Gai. Ins. 3, 135. Ayrıca bkz. BUCKLAND, a.g.e., s. 514; DI MARZO, a.g.e., s. 449; WATSON, a.g.e., s. 61; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 109.

²³ D. 17, 1, 1 pr.

“*Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.*”

“Vekâletten doğan borç, sözleşmeyi yapanların rızasıyla meydana gelir.”

Ayrıca bkz. Gai. Ins. 3, 137; D. 17, 1, 1, 1 - 3. Konuyla ilgili olarak bkz. KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 244; DI MARZO, a.g.e., s. 449; BUCKLAND, a.g.e., s. 514.

²⁴ *Nuntius*, sözleşmenin taraflarından birinin sözcüsü gibi davranarak, bir sözleşme yapmaya ilişkin teklifini veya kabul etmeye ilişkin iradesini, diğer tarafa bildiren kişidir. Açıklama için bkz. UMUR, Lügat, s. 141. Roma'da *nuntius*, işlemin hazır olmayanlar arasında kurulmasına aracılık eder. Bu amaç ile bir alet gibi hareket eden *nuntius*, muhataba ulaştırılmak üzere yöneltilen açıklamaya kendisinden bir katkı yapamaz, hiçbir şekilde bir hukuki irade faaliyetinde bulunamaz. Onun faaliyeti, konuşan tarafın iradesini muhataba nakletmekten ya da kabul edecek muhatabın kulağı olarak işitiyor olmaktan ibarettir. *Nuntius* kendi iradesini açıklamadığı için, fiil ehliyetine sahip olması aranmamakla birlikte yaptığı işin gereğini anlayabilecek zihni ve aklı durumunda olması da şarttır. Açıklamalar ve *nuntius*'a ilişkin daha geniş açıklamalar için Bkz. AKYOL, Şener, Temsil Teorisinde Ulak (*Nuntius*), Temsilci Olmayan Aracının Faaliyeti (Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Adanmıştır), İstanbul, 2007, s. 18.

²⁵ RADO, a.g.e., s. 149. Ayrıca dipnot 9'daki açıklamalara bakınız.

²⁶ UMUR, Ders Notları, s. 373; KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 243; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 110.

²⁷ KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 243; RADO, a.g.e., s. 117.

vekâlet ile çizilen sınırlar içinde ve müvekkilin iradesine uygun şekilde ifa etmek, bunun sonucunda elde ettiklerini vekâlet verene devretmek ve ona hesap verme borcu altına girerdi²⁸.

Roma Hukukunda doğrudan doğruya temsil değil, dolaylı temsil geçerli olduğundan; vekilin, elde ettiği haklar ve borçlar kendi üzerinde gerçekleşirdi ve vekil, bunları daha sonra vekâlet verene devir borcu altına girerdi²⁹.

Vekâlet veren, borcunu yerine getirmeyen vekile karşı, vekâlet sözleşmesinden doğan *actio mandati directa* açarak borcunu ifa etmesini talep edilebilirdi.

Klasik hukuk döneminde vekil sadece kastından sorumludur. *Iustinianus* hukukunda ise vekil, vekâlet sözleşmesinden bir menfaat elde etmediği halde, kastından, ağır ihmalden ve hafif ihmalden, diğer bir ifade ile bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaya başlanmıştır³⁰. Vekilin böyle ağır bir sorumluluğa tabi tutulmasının sebebini, herhalde, vekâlet sözleşmesinin dostluğa (*amicitia*) dayalı *fides*³¹'ten kaynaklanan bir sözleşme olması aramak gerekir. Sözleşmenin bu niteliği sebebiyle *actio mandati directa* ile mahkûm olan, şerefsiz (*infamis*) hale de gelirdi³².

²⁸ DI MARZO, a.g.e., s. 403; UMUR, Ders Notları, s. 374; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 110.

²⁹ Vekilin, elde ettiği haklara ilişkin davaları da müvekkile devretmesi gerekirdi. Bilgi için bkz. SA-VAŞ, a.g.m., s. 601.

³⁰ ZIMMERMAN, a.g.e., s. 426, 427.

³¹ *Fides*, Roma geleneklerinde yer alan, sözleri koruma altına alan tanrıça *Fides*'e dayanan dinsel kökenli bir kavram olup, inanç, iman, söze bağlılık, sadakat, güven ve benzeri anlamlarda kullanılmaktaydı. *Fides*'i, ilk olarak, güce dayalı ilişkilerde, gücü elinde tutanın gücünü keyfi kullanmasını sınırlayan bir kavram olarak görmekteyiz. En eski devirlerde *fides* (söze bağlılık) borcun kaynağı olarak da kabul edilmekteydi. Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarından itibaren dini bir kavram olmaktan çıkan *fides*, felsefi bir kavram haline gelmiştir. Felsefi anlamıyla *fides*, insanların karşılıklı olarak birbirlerine güvenmelerine dayanan dayanışma ilkesidir. *Fides*, hukuki olarak, verilen söze bağlılık yükümlülüğü şeklinde bir anlam kazanarak, *Cicero* tarafından adaletin temeli olarak nitelendirilmiştir. *Fides*, aynı haklar ve borçlar hukukunda sözleşmeler alanında *bona fides* biçiminde görünür. Açıklamalar için bkz. ERİŞGİN, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, 2016, s. 69; UMUR, Lügat, s. 29 ve 73. Ayrıca özellikle *bona fides* ile ilgili olarak bkz. EMİROĞLU, Haluk, *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), İstanbul, 2007, s. 31, 32 ve 41. İyiniyetli olmak, verilen sözde durmak, namuslu, şerefli, dürüst olmak, sadece Romalılarda değil, bütün insanlarda bulunması gereken erdemlerdir. Bu nedenle Romalılar, diğer kavimlerden insanlar ile Romalılar veya diğer kavimlere mensup olanların aralarındaki yaptıkları hukuki işlemlerde de *fides*'i, işlem temeli olarak kabul etmişlerdir. Bu doğrultuda satım, hizmet, eser, kira gibi sözleşmelerde *fides*, ortak davranış normu olarak kabul edilmiştir. Vekâlet sözleşmesinden doğan borcun kaynağı da *fides* olduğundan sadece Roma vatandaşları değil, yabancılarla (*peregrinus*) vekâlet sözleşmesi yapılması halinde yabancıların da *fides* ile hukuken bağlı kabul edilmekteydi. Açıklamalar için bkz. KASER, a.g.e., s. 191; ERİŞGİN, a.g.e., s. 70.

³² DI MARZO, a.g.e., s. 403; RADO, a.g.e., s. 119, TAHİROĞLU, a.g.e., s. 249.

Buna karşılık vekâlet veren, vekil vekâlet ilişkisinin konusunu ve sınırlarını aşmadığı sürece, vekâlet sözleşmesinden doğan tüm sonuçlara katlanmak mecburiyeti altındadır³³. Bu durumun bir sonucu olarak vekil, vekâlet verenden, vekâlet sözleşmesi sebebiyle yapmış olduğu masraflar ve uğradığı zararlar varsa, bunların tazminini ve vekâlet dolayısıyla bir borç üstlenmiş ise bu borcun üzerinden alınmasını *actio mandati contraria* ile talep edebilirdi³⁴. Bir başka ifade ile vekâlet veren, vekâlet sözleşmesi gereği yapılmış bir masraf, görülen bir zarar veya devri gerekli bir borç ortaya çıkması halinde borçlu duruma gelir, aksi takdirde borç altına girmesi söz konusu olmazdı³⁵.

3. İşin veya Hizmetin Ücretsiz Görülmesi

Mandatum'un en önemli özelliklerinden biri ücretsiz oluşudur³⁶. Buna göre, vekâlet verenin, vekilin işi görmesi veya hizmeti yerine getirmesi karşılığında, bir ücret (*merces*) ödeme yükümlülüğü yoktur³⁷.

Roma'da vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması özelliği, her şeyden önce, bu hususun vekâlet sözleşmesinin esaslı unsuru olmasından kaynaklanmaktadır³⁸. Romalıların anlayışına göre, konusu, fiziksel güç gerektiren bir işin veya hizmetin, ücret (*merces*) karşılığı görülmesi olan bir sözleşme, yerine göre, ya hizmet ya da eser sözleşmesi olabilirdi³⁹.

³³ Bkz. Gai. Ins. 3, 161; D. 17, 1, 41.

³⁴ KOSCHAKER / AYİTER, a.g.e., s. 243; UMUR, Ders Notları, s. 374; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 414.

³⁵ UMUR, Ders Notları, s. 374; RADO, a.g.e., s. 119; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 251; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 110.

³⁶ WATSON, a.g.e., s. 187; DI MARZO, a.g.e., s. 401; RADO, a.g.e., s. 116; UMUR, Ders Notları, s. 373.

³⁷ RADO, a.g.e., s. 116; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 251; KASER, a.g.e., s. 191.

³⁸ ZIMMERMANN, a.g.e., s. 413; DI MARZO, a.g.e., s. 401.

³⁹ D. 17, 1, 4.

"Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit."

"Vekâlet karşılıksız olmadıkça yoktur; çünkü o, kaynağını görevden (*officio*) ve dostluktan (*amicitia*) alır; bu nedenle ücret (*merces*), göreve (*officio*) karşıttır, para içerdiğinde *locatio* ve *conductio* telakki edilir."

I. 3, 26, 13.

"In summo sciendum est mandatum, nişi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede consuta incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus: Quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimentadederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede consuta neque promissa, mandati competit actio."

"Nihayet şunu bilmek lazımdır ki, vekâlet ücretsiz olmalıdır, yoksa başka bir muamele haline gelir: zira eğer ücret varsa *locatio* ve *conductio* olur. Umumiyetle söylemek istersek: bir işin ücretsiz

Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması özelliğinin bir başka sebebi- nin de, vekâletin, vekil ve vekâlet veren arasında görev (*officio*) ve dostluk (*amicitia*)⁴⁰ hislerinden kaynaklanan *fides*'e (sadakat, dürüstlük, verilen söze bağlılık), güvene dayalı bir sözleşme olarak kabul edilmesi olduğunu kaynak- lardan anlamaktayız⁴¹.

Roma toplumunun geleneksel anlayışına göre, soylu ve varlıklı bir Roma vatandaşı, diğer insanlarla ilgili bazı konularla ilgilenmek için çağrıldığında, hizmetine emanet edilmiş yüksek işle ilgilenmeyi şeref hizmeti olarak ken- dine görev edinmeliydi⁴². Böyle durumlarla ilgilenmek *fides* ve *amicitia* gibi ahlaki değerlerden kaynaklandığından, hizmeti gören şahsi bir menfaat elde etmeyi düşünerek hareket etmezdi. Bu nedenle hizmetin görülmesi karşılığın- da bir ücret talep edilemezdi⁴³. Ancak, müvekkilin, vekile olan minnettarlığını bir hediye (*honorarium*) vererek göstermesi de engellenemezdi⁴⁴.

yapılması deruhte edilen bütün vekâlet ve vedia hallerinde, ücret ithal edilecek olursa, locatio ve conductio akdolunduğu anlaşılır. Binaenaleyh bir kimse, bir temizleyiciye, temizlemesi ve düzelt- mesi için, veya terziye tamir etmesi için, ücret vermeden veya ücret taahhüt etmeden elbiseler verirse, actio mandati doğmuş olur.”

Latince metin ve Türkçe çevirisi için IUSTINIANUS, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstan- bul, 1968'den yararlanılmıştır. Ayrıca bkz. Gai. Ins. 3, 162.

⁴⁰ Antik kaynaklarda, Romalılara ait arkadaşlık kavramının kökeni veya doğası hakkında kabaca iki farklı bakış açısının mevcut olduğu dikkat çeker. *Cicero, Laelius de Amicitia* adlı eserinde *amicitia*'yı iyiniyetle (*benevolentia*) ve sevgiyle (*caritas*), tanrısal ve insani olan her şey üzerinde anlaşma, uzlaşma olarak tanımlamıştır. Bu biçimdeki gerçek dostluğun tüm insanların yoldaşlık özleminden kaynaklandığı söylenebilir. Burada erdem, ilişkinin merkezinde yer alır. Ancak diğer arkadaşlık düşüncesinde, daha çok duygusal olmayan bir bağ türünün baskın olduğu anlaşılmaktadır. Bu görüşe göre kişiler yakınlık nedeniyle veya potansiyel arkadaşlığı ilişkin ahlaki bir değerlendirmenin sonucu olarak değil, ilişkide olmaktan doğabilecek yararlılık nedeniyle arkadaş- tırlar. Nitekim Roma literatüründe *amicitia*'nın, hediye ile hizmetin değiş tokuşuna dayandığı fikrini hemen her yerde görmekteyiz. Örneğin Terence, çok erken bir tarihte, “verilen hizmetlerle (*officia*) arkadaş edinmekten” (Eu. 148) bahsetmiştir. Romalıların dostluktan (*amicitia*) bahsettiklerinde, bu ilişkinin iyiniyet (*benevolentia*), iyilikseverlik (*benignitas*), lütf (*gratia*), güven ve dürüstlük (*fi- des*), ilgi ve sevgi (*amor*), itibar (*existimatio*) gibi bazı etik değerler içerdiğini de ifade etmek gere- kir. Açıklamalar ve doktrinde yer alan Romalıların dostluk (*amicitia*) kavramına ilişkin farklı fikirler için bkz. VERBORN, Koenraad, “Friendship among the Romans”, The Oxford Handbook of Social Relations in the Roman World, edited by Michael Peachin, Oxford, 2011, s. 1 - 10; VISKY, a.g.m., s. 693 ve devamı. *Amicitia, officium* denilen bazı yükümlülükler meydana getirdiği için, hem ahlaki hem de hukuku ilgilendiren bir kavramdır. Bkz. EMİROĞLU, a.g.e., s. 144.

⁴¹ Bkz. Dipnot 40. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 109; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 249; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 415; VISKY, a.g.m., s. 691; SAVAŞ, a.g.m., s. 587, EMİ- ROĞLU, a.g.e., s. 143. Özellikle *mandatum, officia amicorum*'u (dostların hizmetini) de kapsar. Nitekim *Paulus*, D. 17, 1, 1, 4'te vekâletin, görevden (*officio*) ve dostluktan (*amicitia*) kaynak- landığı için karşılıksız olduğundan bahsetmiştir. *Procuratores* olarak ise arkadaşlar, sahiplerinin yokluğunda, genel olarak, mülklerinin ve işlerinin yönetimi ile ilgilenirdi, sahibi mevcuttan ise bir dost olarak ona yardım ederdi. Açıklamalar için bkz. VERBORN, a.g.m., s. 18.

⁴² ZIMMERMANN, a.g.e., s. 415; VISKY, a.g.m., s. 692.

⁴³ VISKY, a.g.m., s. 691; BAYTEMİR, a.g.m., s. 500.

⁴⁴ ZIMMERMANN, a.g.e., s. 415; VISKY, a.g.m., s. 692.

II. *Advocatus* ile Müvekkili Arasındaki Vekâlet Sözleşmesinde *Advocatus*'un Ücreti Meselesi

Roma hukukunun *mandatum*'unu, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran, belki de en dikkat çekici unsur, ücretsiz oluşudur. Bununla beraber, Roma hukukunun her döneminde vekile, ödeme yapmanın mümkün olmadığı veya ödeme yapmanın kesinlikle yasak olduğu da söylenemez⁴⁵.

Nitekim Roma hukukuna ilişkin kaynaklardan, Roma'da yüksek hizmet (*artes liberales, operae liberales*) niteliğindeki iş veya hizmetlerin görülmesi amacıyla tesis edilen *mandatum*'lar bakımından, müvekkillerin, vekillerine armağan, ödül mahiyetinde bir ödeme yapma usulünün var olduğu anlaşılmaktadır.

Vekâlet sözleşmesi gereği görülen hizmetin, yüksek hizmet (*operae liberales*) olması durumunda, vekile hizmetlerinin karşılığında armağan mahiyetinde yapılan bu tarz ödemeler, fiziksel güç gerektiren işler için ödenen, sıradan bir ücret (*merces*) olarak değil, daha yüksek nitelikteki fikri hizmetler karşılığı ödenen şeref ücreti veya armağanı (*honorarium*) olarak değerlendirilirdi⁴⁶.

Formula usulünün⁴⁷ geçerli olduğu dönemde ücretsiz olması, vekâlet sözleşmesinin önemli bir unsuru olarak görüldüğünden vekilin, önceden kararlaştırılmış bir *honorarium*'un kendisine ödenmesini, normal dava usulü ile değil, ancak nizam harici usul (*cognito extra ordinem*)⁴⁸ çerçevesinde talep etmesi mümkündür⁴⁹. Son İmparatorluk Dönemi'nde geçerli tek yargılama usulü nizam harici usul haline gelince, bu farklılık da ortadan kalkmıştır⁵⁰.

⁴⁵ JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 307.

⁴⁶ BERGER, a.g.e., s. 488; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 249, 250; JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 308.

⁴⁷ Hususi mahkemeler nizamında (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio*'lar usulünden sonra uygulanan usuldür. M.Ö. 110 civarında çıkarılan *Lex Aebutia* ile kanuni hale geldikten sonra çıkarılan bir *Lex Iulia* ile uygulanan tek usul haline gelmiştir. İki aşamalı cereyan eden *Formula* usulünde, tarafların önüne gittikleri *magistra*, taraflara aralarındaki anlaşmazlığa uygun bir *formula* hazırlayıp vererek, onları ihtilafı karara bağlayacak özel kişi olan hakîme gönderirdi. Açıklamalar için bkz. UMUR, Lügat, s. 75.

⁴⁸ Roma usul hukuku tarihi incelendiğinde hakların himayesinde *ordo iudiciorum privatorum* (hususî mahkemeler nizamı) ve *cognitio extra ordinem* (nizam harici usul) şeklinde iki farklı usul sisteminin uygulandığı görülür. Hususî mahkemeler nizamı, davanın önce *magistra* önünde tespit edildiği ve daha sonra özel bir hakîm önünde karara bağlandığı iki aşamalı bir usul iken; nizam harici usul davanın tek aşamada, devlet memuru olan hakîm huzurunda tetkik edilerek karara bağlandığı bir usuldür. Nizam harici usul, *Principatus* döneminde istisnâî durumlarda başvurulanan bir usul iken, post klasik dönemden itibaren normal usul haline gelmiştir. Açıklama için bkz. UMUR, Lügat, s. 38.

⁴⁹ D. 17, 1, 7.

"*Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*"

"Bir davaya bakmak için bir avukat atandığında ve daha yüksek bir *salarium*'u Nizam Harici (usul ile) talep ettiğinde, müvekkilinin, onun hizmetleri karşılığında, onu ödüllendirmek isteyip isteme-

Müvekkili ile *advocatus* arasındaki ilişki de vekâlet sözleşmesine dayandığından, *advocatus*'un da yaptığı işler karşılığında müvekkilinden, *actio mandati contraria* ile ücret (*merces*) talep etmesi söz konusu olamazdı⁵¹. Ancak, *advocatus*'un vekâlet gereği yerine getirdiği hizmetler, yüksek hizmet (*operae liberales*) olarak kabul edildiğinden, *advocatus*'a da, diğer *operae liberales*'ler için söz konusu olduğu gibi, müvekkilin gönüllü olarak *honorarium* olarak ifade edilen şeref ücreti ödenmesi yaygın bir uygulamaydı⁵².

Şeref ücretinin vekâlet sözleşmesiyle belirlendiği durumlarda, *advocatus*'un, da önceden belirlenmiş *honorarium*'un kendisine ödenmesini, nizam harici usul (*cognito extra ordinem*) çerçevesinde talep etmesi mümkündür⁵³.

Vekile, *honorarium*'u, nizam harici usul ile de olsa talep edebilme imkânının verilmesinin, yüksek hizmetlerin ödüllendirilmesi gerektiği düşüncesinin gittikçe güçlenmesinden kaynaklanmış olması muhtemeldir. Nitekim

diği dikkate alınmalıdır ve bu sefer üzerinde anlaşmaya varılmışa uymalıdır veya avukatın daha yüksek bir para tutarı elde etme beklentisiyle dava hakkını satın alıp almadığı (dikkate alınmalıdır), ki bu da ahlaka aykırıdır.”

Ayrıca bkz. D. 17, 1, 6, pr., Konuya ilişkin açıklamalar için RADO, a.g.e., s. 119; KASER, a.g.e., s. 191; ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 109; TAHİROĞLU, a.g.e., s. 250.

⁵⁰ KARADENİZ, Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976, s. 210, 211.

⁵¹ RADO, a.g.e., s. 119; ZIMMERMANN, a.g.e., s. 415.

⁵² Bkz. ZIMMERMANN, a.g.e., s. 415. Ele geçen Roma hukukuna ilişkin kaynaklar arasında *artes liberales*, *operae liberales* kabul edilen faaliyetlerin tümünü gösteren bir liste veya bu faaliyetlerin ayırt edici özelliklerini belirten bir metin bulunmaması, *operae liberales* sayılan faaliyetlerin neler olduğu konusunda fikir ayrılıkları oluşması sonucunu doğurmuştur. Doktrinde, özel hukuk öğretimi, *grammatica* (dilbilgisi), *rhetoric* (retorik), *geometria* (geometri), *philosophia* (felsefe), genellikle, *operae liberalis* kabul edilmektedir. Roma hukukçuları arasında, avukatlık, hâkimlik, hekimlik, arazi ölçücülüğü gibi faaliyetler bakımından ise tartışmalar bulunmakla birlikte, baskın görüş bunların *operae liberalis* olarak kabul edilmesi yönündedir. Açıklamalar için bkz. KARADENİZ, İş İlişkileri, s. 64 - 66. Cicero, *De finibus* isimli eserlerinde (3, 5), *artes liberales* olarak, felsefe, mantık, müzik, geometri, astronomi, retorik ve dilbilgisini belirtmektedir. Atina'da bir süre eğitim görmüş ve Helen hayranı olduğunu itiraf eden biri olarak Cicero'nun aklında, Yunanlılardaki uygulamaya benzer şekilde, bazı temel konularda profesyonel ve politik hayata bir ön hazırlık niteliğinde, geniş kapsamlı bir *artes liberales* eğitimi fikri vardı. Marcus Fabius Quantilianus, *Institutio Oratorio* isimli eserinde müzik, astronomi, retorik ve coğrafyadan eğitimin temel öğeleri olarak bahsetmektedir. Bunu destekler mahiyetteki *artes liberales*'in ilk şemasını oluşturan Cicero'nun çağdaşı olan Marcus Terentius Varro'nun *Diciplinarum Libri* adlı eseri ise günümüze ulaşamamıştır, ancak diğer kaynaklardan dokuz bölümden oluştuğunu ve muhtemelen dilbilgisi, mantık, retorik, geometri, aritmetik, astronomi, müzik, tıp ve mimarlık konularında birer bölüm içerdiğini biliyoruz. Tıp ve mimarlığın daha sonra, *artes liberales* değil, profesyonel disiplinler oldukları gerekçesi ile eğitim müfredatından kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, *artes liberales* kavramının ilk olarak Yunanistan'da ortaya çıktığını belirterek, özellikle Romalı akademisyen ve yazar Marcus Terentius Varro'nun çalışmaları vesilesiyle kavramın üniversitelere taşındığını ifade etmektedirler. Açıklamalar için bkz. TEMPEST, Kathryn, “Cicero's Artes Liberales and the Liberal Arts”, Cicero-niana on Line, Cilt: IV, Sayı: 2, 2020, s. 479, 480, 481, 485, 486.

⁵³ JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 308.

bu bakımdan İmparator *Anastasius*'un, M.S. 506 yılında çıkarttığı emirnamesinde, avukatlık mesleğinin övülmesi gerekli ve övülmeye değer olmasından bahsetmenin yanı sıra, bu tip hizmetlerin de en yüksek ödeme ile ödüllendirilmesi gerektiğini ifade etmesi dikkat çekicidir⁵⁴.

Roma'da M.Ö. 204 yılında *Tribunus Manlius Cincius Alimentus* zamanında, bağışların (*donatio*) sınırlandırılması hakkında hükümler içeren *Lex Cincia de Muneribus et Donis* olarak adlandırılan bir *plebiscitum* kabul edilerek yürürlüğe girmiştir⁵⁵. Muhtemelen zayıf ve fakir kimseleri, zenginlere karşı korumak amacıyla çıkartılan bu kanun ile şu an bilmediğimiz, hukuken belirlenmiş belirli bir oranı aşan hediyelerin verilmesi veya alınması yasaklamıştır⁵⁶.

Tacitus, Annals (XI, 5) adlı eserinde, kanunun hükümleri arasında, *advocatus*'un, profesyonel faaliyetleri karşılığında para veya hediye kabul etmesini yasaklayan özel bir düzenlemenin de var olduğunu anladığımız ifadelerle yer vermektedir⁵⁷.

Bununla birlikte kanunun *imperfecta* (*lex imperfecta*⁵⁸) olmasından dolayı, bu kanuna aykırı olarak yapılan bağışlara yaptırım uygulanmıyordu⁵⁹. Bu

⁵⁴ Söz konusu emirname metni için bkz. Codex Iustinianus (C.) II, 7, 23, 2. Konuya ilişkin detaylar için bkz. JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 307.

⁵⁵ MURRAY, John, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Londra, 1875, s. 686; KASER, a.g.e., s. 199; CHROUST, Anton-Hermann, "Legal Profession in Ancient Republican Rome", Notre Dame Law Review, Cilt: 30, Sayı: 1, 1954, s. 137.

⁵⁶ UMUR, Lügat, s. 114; BERGER, a.g.e., s. 549; ÖZER SARITAŞ, Duygu, Roma Ceza Hukuku'nda Daimi Ceza Mahkemeleri (Quaestiones Perpetuae), Bursa, 2020, s. 100.

⁵⁷ *Tacitus, Annals* XI, 5 ve 6'da daha sonra İmparator *Claudius*'un kardeşi ile olan ilişkisinden dolayı idam edilecek *Gaius Silius* ile hasmı *Rufus* arasındaki hesaplaşmadan bahsetmektedir. Bu hesaplaşmaya bağlı olarak *Gaius*, eski *Lex Cincia*'nın tekrar hayata geçirilmesini istemektedir. Çünkü *Rufus*'un *advocatus* olarak imparatora aldığı ücretleri sınırlamaya çalışmaktadır. Bu durum karşısında İmparator *Claudius* araya girerek *advocatus* ücretleri için bir tavan belirler. Buna göre *Claudius*, *Rufus*'un imparator adına *advocatus* olarak takip ettiği davalardan azami 10.000 *sestertius* almasına onay verir. Açıklamalar için bkz. BERGER, a.g.e., s. 549; MURRAY, a.g.e., s. 686.

⁵⁸ *Ulpianus*, Hukuk Kurallarına dair tek kitaplık eserinde (*Ulpianus libro singulari Regularum 1, 1 - 2*) kanunları, hukuki ilişkilere ilişkin yaptırımları bakımından; *lex perfecta* (tam kanun), *lex quam minus perfecta* (daha az tam kanun) ve *lex imperfecta* (müeyyidesiz kanun) olmak üzere üçe ayırmaktadır. *Lex imperfecta*, bir hukuki işlemi yasaklamasına rağmen, bu yasağa aykırı hareket edilmesi halinde herhangi bir yaptırım uygulanmasını öngörmezdi. Örneğin, *Lex Cincia de Muneribus et Donis*'e aykırı olarak gerçekleştirilen bağışlama işlemi geçersiz sayılmazdı. *Lex quam minus perfecta* niteliğindeki kanunlar ise yapılan hukuki işlemi geçersiz kılmaz, fakat kanuna aykırı yapılan hukuki işlem dolayısıyla ceza ödenmesi söz konusu olurdu. Örneğin, *Lex Furia Testamentaria* ile 1000 as'ı aşan belirli mal bırakmaların kabul edilmesi yasaklamıştır. Buna rağmen lehine mal bırakılan kişi 1000 as'ı aşan bir vasiyetin yerine getirilmesini mirasçıdan talep ederse, bunun dört katını ceza olarak öderdi. *Lex perfecta* olan kanunlara aykırı yapılan hukuki işlemler ise kesin olarak hükümsüz sayılırlardı. Örneğin, *Lex Aelia Sentia*'ya aykırı olarak gerçekleştirilen azat etmeler geçersiz kabul edilirdi. Açıklamalar için bkz. TAHIROĞLU, Bülent ve ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar - Usul Hukuku, İstanbul, 2021, a.g.e., s. 16.

⁵⁹ UMUR, Lügat, s. 114; TAHIROĞLU / ERDOĞMUŞ, a.g.e., s. 16; JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 307.

bağışlar *ius civile*'ye göre geçerliydi ancak, *praetor* bağışın ifası için açılan davayı, tanıdığı bir *exceptio legis Cinciae* ile engellerdi⁶⁰. Bu nedenle, uygulamada da, kanunun hükümlerinin göz ardı edilerek, *advocatus*'lara, bilhassa zengin müvekkilleri tarafından, gördükleri hizmetler karşılığında değeri yüksek hediyeler verilmeye devam edildiği bilinmektedir⁶¹.

M.Ö. 17 tarihinde çıkarılan *Leges Iuliae Iudiciariae* ise bu konuyu yeniden ele alarak, *Lex Cincia*'nın avukatlarla ilgili hükümlerini onaylar mahiyette bir düzenleme getirmiştir⁶².

Leges Iuliae Iudiciariae'nin konuya ilişkin hükümlerinde, avukatların ücretsiz hizmet vermesi gerektiği vurgulanarak, buna uygun davranmayanların, aldıkları paranın dört katı kadar bir ceza ödeyecekleri kararlaştırılmıştır⁶³.

Principatus döneminin başlarında yürürlüğe giren *Leges Iuliae Iudiciariae*'dan bir süre sonra, kabul edilen iki *senatus* kararı (*senatus consultum*) ise avukatlara hizmetleri karşılığında yüksek meblağlı *honorarium*'lar verilmeye devam edildiğini ortaya koyması bakımından önem taşır.

Bunlardan ilki, M.S. 47 senesinde çıkarılmış olan ve avukatların bir davada, 10.000 *sestertius*'dan fazla ödeme almasını yasaklayan *Senatus Consultum Claudianum*'dur⁶⁴. Bu *senatus* kararında belirlenen yasağa uygun davranmayan avukatlar, *crimen repetundarum*⁶⁵ sebebiyle yargılanabilirlerdi⁶⁶.

⁶⁰ UMUR, Lügat, s. 114; KASER, a.g.e., s. 199.

⁶¹ ÖZER SARITAŞ, a.g.e., s. 101; CHROUST, a.g.m., s. 137.

⁶² ÖZER SARITAŞ, a.g.e., s. 101. *Tacitus*'un, *Augustus* zamanında, *Lex Cincia*'yı tasdik eden nitelikte bir *senatus* kararının çıkarıldığına ilişkin açıklamalarına *Annals* (XIII, 42) adlı eserinde yer verdiğine ilişkin açıklama için bkz. MURRAY, a.g.e., s. 686.

⁶³ ÖZER SARITAŞ, a.g.e., s. 101. Cumhuriyet döneminin sonunda, daha önceleri avukatlara *honorarium* ödenmesi ile ilgili var olan motivasyon ve teşvikler ortadan kalkmıştır. Askeri diktatörlüğün gelmesiyle artık şerefli bir kamusal kariyere yer yoktur. Açıklama için bkz. CHROUST, a.g.m., s. 137.

⁶⁴ BERGER, a.g.e., s. 697; UMUR, Lügat, s. 189; JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 307. İmparator *Claudius* döneminde *Senatus Consultum Claudianum* adında, birden çok *senatus* kararı çıkarılmıştır. Bunlardan en bilineni, M.S. 52 yılında çıkarılan ve özgür kadınların köle erkeklerle cinsel birlikteliklerini düzenleyen *Senatus Consultum Claudianum*'dur. Bir diğeri de M.S. 49 yılında imparator *Claudius*'un kendi yeğeni ile evlenmek için çıkartmış olduğu *Senatus Consultum Claudianum*'dur. Açıklamalar için bkz. UMUR, Lügat, s. 189; BERGER, a.g.e., s. 697.

⁶⁵ *Crimen repetundarum*, Roma da *magistra*'lık, vasilik, hakimlik, *senator*'luk ve benzeri kamu görevini görmek için görevlendirilenlerin, muhatap olduğu kişilerden, belirli şekilde faaliyet gösterme sözü karşılığı para almaları suçudur. Bu görevlilerin oğulları da babalarının faaliyetlerini etkilemek için para aldıklarında aynı suçtan sorumlu hale gelirlerdi. Bu suçtan hüküm giyen kişiler, *magistra* veya *senatus* üyesi olarak seçilemezlerdi. Ayrıca davalarda hakim olarak görev yapamazlar, duruşmalarda başkasını temsil edemezler veya şahit olamazlardı. Bkz. BERGER, a.g.e., s. 675.

⁶⁶ BERGER, a.g.e., s. 697.

Diğeri ise M.S. 55 yılında çıkarılmış olup, avukatlara, davanın görülmesinden önce ödeme yapılmasını veya *honorarium* sözü verilmesini yasaklayan bir düzenleme içeren *Senatus Consultum de Advocationibus*'tur⁶⁷. Bu *senatus* kararı ile ayrıca, bir *advocatus*'un, dava sona erdikten sonra azami olarak 10.000 *sestertius* ödeme alabileceği de hükme bağlanmıştır⁶⁸.

Son İmparatorluk Dönemine gelindiğinde ise *advocatus*'un müvekkili-ne yaptığı hukuki yardımlar karşılığında belirli miktarda ödül alma hakkının var olduğu fikri artık iyice yerleşmiştir⁶⁹. Buna paralel olarak, bu dönemde, avukat ile müvekkili arasında, *honorarium*'un miktarı konusunda çıkan anlaşmazlıklar, asıl uyuşmazlığa da bakan mahkeme tarafından çözüme kavuşturulmaya başlanmıştır⁷⁰.

Digesta'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metin, uyuşmazlık durumunda, mahkemenin hangi hususları dikkate alarak *honorarium* miktarını belirlemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Metinde, hâkimin *honorarium* miktarını belirlerken, davanın doğasını, avukatın konuşma yeteneğini ve davanın görüldüğü yerdeki mahkemelerin alışlagelmiş uygulamalarını göz önünde tutması gerektiğinden bahsedilmektedir⁷¹.

Sonuç

Advocatus ile müvekkili arasındaki ilişki, Roma'da ücretsiz olduğu kabul edilen, vekâlet sözleşmesine (*mandatum*) dayanır. Asıl olarak vekâletin, dostluk ve *fides*'e dayalı bir sözleşme olmasından dolayı, üstlenilen işin veya hizmetin, bir ücret (*merces*) mukabili gerçekleştirilmesi kabul edilmemiştir.

⁶⁷ JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 307; UMUR, Lügat, s. 189; BERGER, a.g.e., s. 697.

⁶⁸ BERGER, a.g.e., s. 697; UMUR, Lügat, s. 189.

⁶⁹ JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 308. Bir *advocatus* hizmetlerini para karşılığı satmamalıdır, ancak bununla birlikte *advocatus*'un hizmetleri ödüsüz de bırakılmamalıdır düşüncesi haklidir. Açıklama için bkz. CHROUST, a.g.m., s. 138.

⁷⁰ JONAITIS /ZALENIENE, a.g.m., s. 308.

⁷¹ D. 50, 13, 1, 10.

"In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur: ita enim rescripto imperatoris nostri et patris eius continetur. Verba rescripti ita se habent: "Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa est, repetere debes."

"Avukatların ücretlerine ilişkin olarak hâkim, davanın önemine, avukatın becerisine ve mahkeme geleneğine göre karar vermeli ve avukatın hak ettiği ücretler hakkında bir hesaplama yapmalıdır, öngörülen miktar kanunla belirlenen bedeli aşmaz; çünkü bu, İmparatorumuz ve Babasının yazılı cevabında (*rescriptum*) şu ifadelerle belirtilmiştir: "Davasında hazır bulunmanızı isteyen *Julius Maternus*, yapmayı kabul ettiğini size ödemeye hazırsa, yalnızca kanunda öngörülen miktarı aşmayan miktarı talep edebilirsiniz."

Bununla birlikte avukatlık, yüksek hizmet (*operae liberales*) olarak kabul edildiğinden, *advocatus*'a da, diğer *operae liberales*'ler için söz konusu olduğu gibi, vekâlet verenin kendi isteği ile verdiği, *honorarium* olarak ifade edilen şeref ücreti ya da armağanı ödenmesi yaygın bir uygulamaydı.

Vekâlet sözleşmesinden doğan bir borç olmamasından dolayı, *honorarium*'un ödenmesi, normal usul yolu ile talep edilememektedir. Bununla beraber, ilerleyen zamanlarda, vekâlet sözleşmesiyle belirlenmesi şartıyla *advocatus*'un, müvekkilinden, önceden belirlenmiş *honorarium*'u ödemesini, nizam harici usul (*cognito extra ordinem*) çerçevesinde talep etmesi mümkün hale gelmiştir.

Kaynaklardan, İmparatorluk döneminin başlarında *honorarium* verilmesine dair sınırlamalar ve yasaklar koyulmakla birlikte, zaman içinde *honorarium*'un *advocatus*'un hakkı olduğuna ilişkin düşüncelerin yaygınlaştığı anlaşılmaktadır. Bu düşüncelere paralel olarak, müvekkil ile *advocatus* arasında *honorarium*'un miktarında ihtilaf çıkması halinde, asıl davaya bakan mahkeme bu ihtilafı da halletmeye başlamıştır.

Bu bakımdan, özellikle *advocatus*'un, *honorarium*'u, bir ücret gibi müvekkilinden dava ile talep etme imkânına kavuşmasından itibaren, *advocatus* ile müvekkili arasındaki vekâlet sözleşmesi bakımından, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması niteliğine ilişkin bir değişimin yaşandığı söylenebilir.

Kaynakça

- AKYOL, Şener**, Temsil Teorisinde Ulak (Nuntius), Temsilci Olmayan Aracının Faaliyeti (Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Adanmıştır), İstanbul, 2007.
- BAYTEMİR, Setenay**, “Roma Hukukunda İş İlişkilerinin Gelişimi Çerçevesinde Opera Kavramı ve İşçinin Bizzat Çalışma Borcu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Ankara, Nisan 2020, sayfa: 493 - 518.
- BERGER, Adolf**, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953.
- BUCKLAND, William H.**, A Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, 1950.
- CHROUST, Anton-Hermann**, “Legal Profession in Ancient Republican Rome”, Notre Dame Law Review, Cilt: 30, Sayı: 1, 1954, sayfa: 97 - 148.
- DI MARZO, Salvatore**, Roma Hukuku, Çeviren Ziya Umur, İstanbul, 1961.
- ERDOĞMUŞ, Belgin**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2021.
- ERİŞGİN, Özlem**, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, 2016.
- EMİROĞLU, Haluk**, Ius Gentium (Kavimler Hukuku), İstanbul, 2007.
- EMİROĞLU, Haluk**, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İlişkilerde Temsil”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 1, Mart 2003, sayfa: 101 - 111.
- IUSTINIANUS**, Institutiones, Türkçe metin Ziya Umur, İstanbul, 1968.
- JONAITIS, Marius ve ZALENIENE, Inga**, “The Concept of Bar and the Fundamental Principles of an Advocate’s Activity in Roman Law”, Jurisprudencija-Jurisprudence, 3(117), 2009, sayfa: 299 - 312.
- KARADENİZ, Özcan**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara, 1976.
- KASER, Max**, Roman Private Law, Çeviren by Rolf Dannenbring, London, 1968.
- KOSCHAKER, Paul ve AYİTER, Kudret**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993.
- MURRAY, John**, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Londra, 1875.
- ÖZER SARITAŞ, Duygu**, Roma Ceza Hukuku’nda Daimi Ceza Mahkemeleri (Quaestiones Perpetuae), Bursa, 2020.
- RADO, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2021.
- SAVAŞ, Abdurrahman**, “Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, sayfa: 583 - 607.
- SAYIN, B. Yiğit**, Roma’da Köle ve Hukuku, İstanbul, 2020.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem**, Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2022.
- TAHİROĞLU, Bülent**, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020.
- TAHİROĞLU, Bülent ve ERDOĞMUŞ, Belgin**, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar - Usul Hukuku, İstanbul, 2021.

- TEMPEST, Kathryn**, “Cicero’s Artes Liberales and the Liberal Arts”, *Ciceroniana on Line*, Cilt: IV, Sayı: 2, 2020, sayfa: 479 - 500.
- UMUR, Ziya**, *Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku*, İstanbul, 1999 (Ders Notları).
- UMUR, Ziya**, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul, 1975 (Lügat).
- VERBOREN, Koenraad**, “Friendship among the Romans”, *The Oxford Handbook of Social Relations in the Roman World*, edited by Michael Peachin, Oxford, 2011, sayfa: 202 - 421.
- VISKY, Karoly**, “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler (1)”, *Çeviren Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 40, Sayı: 1 - 4, 1974, sayfa: 689 - 700.
- WATSON, Alan**, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961.
- ZIMMERMANN, Reinhard**, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1995.

Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme^(*)

Rethinking the Civil Justice System According to Technological Developments: From Automation to Transformation

Arş. Gör. Barış MIDİK^(**)

Öz:

Teknolojinin hayatın her alanını dönüşüme zorladığı aşikar bir gerçektir. Yargılama sistemimiz de bu dönüşümden önemli ölçüde etkilenmektedir. Fakat teknolojinin yargı alanına uygulanması ile ilgili gelişmelerin altında genellikle, klasik anlamdaki yargılama işlemlerinin sanal ortama kopyalanması şeklinde bir bakış açısı yatmaktadır. Oysa teknolojinin yenilikçi şekilde kullanılması ile yargılamanın daha etkili, verimli, ucuz ve erişilebilir hale getirilmesi mümkündür. Bir diğer deyişle, teknoloji yalnızca mevcut yargılama usulleri ve işlemlerinin dijital ortama aktarılması için kullanılmamalı, teknolojik gelişmeler ışığında yargılama daha köklü değişikliklere tabi tutularak adalete erişim güçlendirilmelidir. Burada kısaca ifade edilen söz konusu bakış açısı, doktrinde Richard Susskind tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre, teknolojik gelişmeler iki şekilde tasarlanabilir: Bunlar otomasyon (automation) ve köklü dönüşümdür (transformation). Otomasyonda, teknoloji yardımıyla belirli bir çalışma yönteminin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve modernize edilmesi söz konusudur. Bu yönüyle otomasyona tabi tutulan bir çalışma şeklinde, ilgili çalışma şeklinin altında yatan temel mantık değişmez. Köklü dönüşümde ise daha radikal bir değişiklik gündeme gelmektedir. Söz gelimi, sürücüsüz araçlar köklü dönüşümün güzel bir örneğidir. Benzer bir yaklaşımın, yargılama ve teknoloji ilişkisi açısından da uygulanması adalete erişimin güçlendirilmesi bakımından önemli bir potansiyel taşımaktadır. Bu yapıldığı takdirde, yargısal süreçlerin, yargılamaya hâkim olan temel hak ve ilkeleri mevcut duruma nazaran daha etkili koruyacak şekilde tasarlanması mümkün olabilir. Çalışmamızda hukuk yargılamamız bu perspektiften incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Hukuk Yargılama Sistemi, Otomasyon, Yargının Erişilebilirliği, Temel Yargısal Haklar ve İlkeler, Köklü Dönüşüm.

^(*) Bu makale, yazarın Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı bünyesinde yazmakta olduğu tez çalışmasından türetilmiştir.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: baris.midik@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-0079-6219>.

Makalenin geliş tarihi: 01.12.2022 - Makalenin kabul tarihi: 24.12.2022.

Abstract:

It is an obvious fact that technology forces every area of life to transform. Our judicial system is also significantly affected by this transformation. However, under the developments related to the application of technology to the judiciary, there is usually a point of view of copying the judicial proceedings in the classical sense into the virtual environment. However, with the innovative use of technology, it is possible to make the judiciary more effective, efficient, cheap and accessible. In other words, technology should not only be used to digitize existing adjudication procedures and proceedings, but also to strengthen access to justice by making the adjudication subject to more radical changes in the light of technological developments. The aforementioned point of view was put forward in the doctrine by Richard Susskind. According to Richard Susskind, technological developments can be designed in two ways: These are automation and transformation. In automation, it is about improving, strengthening and modernizing a certain working method with the help of technology. In this respect, the basic logic underlying the related mode of operation does not change in an automated form of work. In transformation, a more radical change comes to the fore. For example, autonomous vehicles are a good example of transformation. The application of a similar approach in terms of the relationship between adjudication and technology has an important potential in terms of strengthening access to justice. If this is done, it may be possible to design the judicial processes in a way that will protect the fundamental rights and principles that dominate the judiciary more effectively than the current situation. In our study, our civil legal system will be examined from this perspective.

Keywords:

Civil Justice System, Automation, Accessibility of the Judiciary, Judicial Fundamental Rights and Principles, Transformation.

Giriş

Günümüzde teknolojinin hayatın her alanını dönüşüme zorladığı aşikar bir gerçektir. Yargılama sisteminin de bu dönüşümün dışında kalması mümkün gözükmemektedir. Nitekim hukukumuzda uygulamaya geçirilen UYAP, SEGBİS, E-Duruşma, E-Tebliğat, KEP (Kayıtlı Elektronik Posta) gibi yenilikler bu durumun somut bir göstergesidir¹. Fakat teknolojinin yargı alanına uygulanması ile ilgili gelişmelerin altında genellikle, klasik anlamdaki yargılama işlemlerinin sanal ortama kopyalanması şeklinde bir bakış açısı yatmaktadır. Oysa teknolojinin daha yenilikçi şekilde kullanılması ile yargılamanın etkili, verimli, ucuz ve erişilebilir hale getirilmesi mümkündür. Böylelikle yargısal süreçlerin, yargılamaya hâkim olan temel hak ve ilkeleri mevcut duruma nazaran daha etkili koruyacak şekilde tasarlanması mümkün olabilir. Söz gelimi, hukukumuzda uygulamaya geçirilen e-duruşma uygulaması, geleneksel bir yargılama kesiti olan duruşmaların elektronik ortalama kopyalanması esası üzerine kuruludur. Buna karşın, bilgi ve internet teknolojilerinin

¹ UYAP hakkında genel bilgi ve UYAP kapsamında sunulan hizmetler için bkz.: <https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>; <https://uyap.gov.tr/Hizmetler>, (E.T: 14.11.2022).

ortaya çıkardığı oldukça geniş iletişim olanaklarını etkili şekilde kullanarak, mümkün olan uyumsuzluk türlerinde yargılamanın takibini kural olarak çevrim içi bir portal üzerinden yürütmek, bu portal üzerinden gerçekleştirilecek “duruşmaları” metin mesajı, telefon görüşmesi, eşzamanlı video-konferans veya eşzamanlı olmayan video kaydı gibi yöntemlerle icra etmek, mahkeme salonunda yüz yüze gerçekleştirilen duruşmalara ise istisnai hallerde olanak tanımak teknolojinin yargılamada daha yenilikçi şekilde kullanılmasına örnek olarak verilebilir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda örneklendirilen söz konusu yeni bakış açısı doktrinde Richard Susskind tarafından savunulmaktadır. Richard Susskind, henüz 1980’li yıllar gibi erken bir dönemde hukuk ve yapay zekâ ilişkisi üzerine ilk doktora tezini yazan bir akademisyen olup, halihazırda İngiltere’de hukuk ve teknoloji ilişkisi hakkındaki kamusal projelere danışmanlık yapmaktadır². Susskind’in çalışma konumuzla ilgili görüşüne göre, teknolojik gelişmeler iki şekilde tasarlanabilir: Bunlar otomasyon (automation) ve köklü dönüşümdür (transformation). Otomasyonda, teknoloji yardımıyla belirli bir çalışma yönteminin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve modernize edilmesi söz konusudur. Bu yönüyle otomasyona tabi tutulan bir çalışma şeklinde, ilgili çalışma şeklinin altında yatan temel mantık değişmez. Köklü dönüşümde ise daha radikal bir değişiklik gündeme gelmektedir. Söz gelimi, teybe takılarak dinlenilebilen müzik kasetleri, otomasyonu ifade eder. Bu şekilde, normalde bir müzisyen ve müzik aletinin bulunmasıyla dinleyebildiğimiz müziği kaset ile de dinleyebilecek hale geliriz. Fakat müziği dinleyebilmemiz için kaseti fiziksel olarak yanımızda bulundurmamız ve her seferinde teybe takmamız gerekir. Youtube veya özel bir müzik uygulaması üzerinden müzik dinlemek ise daha köklü bir yenilik sunmaktadır. Youtube’a müzik yüklediğiniz takdirde, söz konusu müziği dünyanın dört bir yanından internet erişimi olan herkes dinleyebilir, kullanıcılar müziği bilgisayarına indirebilir ve birbirleriyle paylaşabilirler. Hatta bazı özel uygulamalarda kullanıcılar çevrim dışıyken bile müzik dinleyebilmektedir. Görüldüğü üzere bu ikinci halde, teknoloji aracılığıyla müzik dinleme hizmetinin sunulması oldukça ucuzlamakta ve kolaylaşmaktadır. Çünkü burada teknoloji, fiziksel olarak icra edilen müzik çalma eylemini elektronik ortama (kasete) kopyalamakla yetinmemiş, iletişim teknolojileri yenilikçi şekilde kullanılarak özgün bir hizmet şekli oluşturulmuştur³. Konuyla ilgili bir başka örnek olarak ise sürücüsüz (otonom) araçlar verilebilir. Günümüzde gelişmiş ülkelerde ilk örnekleri üretilmeye başlanan bu araçlarda, aracın bir sürücüye dahi ihtiyaç duymaksızın trafikte

² <https://www.susskind.com/> (E.T: 14.11.2022).

³ Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, 2019, 1. Baskı, s. 33-36.

kendi kendine ilerlemesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla burada da basitçe bir otomasyon değil, köklü bir dönüşümün varlığı söz konusudur⁴. Sürücüsüz araçların dünyada yaygın kullanıma geçmesi halinde, ulaşım hizmetleri ve bu hizmetlere ilişkin uygulanan hukuk kurallarında önemli değişiklikler olması kaçınılmazdır.

Susskind'e göre, yukarıda aktarılan bakış açısının hukuk alanına da yansıtılması gerekmektedir. Çünkü hukuk sistemimiz içerisinde, halihazırdaki belirli yargılama işlemlerinin neden şu anda olduğu gibi gerçekleştirildiği sorusunun cevabı, yargılama ve adaletin doğasından kaynaklanan zorunluluklarda değil, daha çok toplum olarak elimizdeki imkânların sınırlılığında yatmaktadır⁵. Şu anda birçok hukuk sisteminde yerleşik olarak uygulanan yargılama şekli, 19. ve 20. yüzyılın kendine özgü koşulları içerisinde oluşmuştur⁶. Günümüzde ise söz konusu dönemdeki koşullar oldukça önemli değişikliklere uğramıştır. Artık dijitalleşme hayatın her alanına nüfuz ettiği için yargılama sürecinin de bu yeni dönemin şartlarına göre güncellenmesi gerekmektedir. Kanımızca söz konusu güncellenmenin gerçekleştirilmesi bakımından önem taşıyan mesele, yargılamaya ilişkin hangi unsurların hukuk devleti, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü gibi temel yargısal hakların korunması açısından zorunluluk arz ettiği, hangilerinin ise değişikliğe tabi tutulabileceğidir. Bir diğer deyişle, yargılamanın teknolojik gelişmeler çerçevesinde yenilikçi bir şekilde güncellenmesini sağlamak için kabuk ile özü birbirinden ayırmamız gerekmektedir. Böylelikle hem teknoloji yargılama sistemine, ilgililerin haklarına zarar vermeyecek şekilde entegre edilebilir hem de yalnızca

⁴ "While automation is reassuringly familiar, the dominant general trend in the world of technology is very clearly towards transformation. This is apparent in transport, for example, with the advent of driverless cars ...", Susskind, a.g.e, s. 34.

⁵ Susskind, a.g.e, s. 14-15, s. 28-29, s. 55-64, Yine çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle (online dispute resolution/ODR) ilgili bir makalede yer verilen aşağıdaki satırlar da benzer bir yaklaşımı içermektedir:

"As ODR pilots take hold and ODR spreads, we posit that our legal system will evolve into ODR-infused justice systems. ODR enters the court system with a bold vision of redesigning the way courts handle cases, prevent conflict, and administer justice-start to finish. Thus, **an ODR infused court system cannot be described simply as "a digital version of the traditional courthouse"** or just "another alternative to litigation." Rather, an ODR-infused court provides a fundamentally different justice experience to judges, parties, and lawyers.", Noam Ebner ve Elayne E. Greenberg, Strengthening Online Dispute Resolution Justice, Washington University Journal of Law and Policy, Volume 63, 2020, s. 84, (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2166&context=law_journal_law_policy, E.T: 25.10.2022). Çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bkz: Serkan Kaya, Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2020; Seda Özümücü, Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), 431-454; Barış Mıdık, Sorularla Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (Sorular), On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, Aralık 2021, İstanbul.

⁶ Susskind, a.g.e, s. 29 ve s. 55-56.

geleneksel yargı sisteminin elektronik ortama kopyalanmasının ötesinde teknolojik atılımlar gerçekleştirilebilir⁷.

Vurgulamak gerekir ki, Türk hukuk yargılamasını yukarıda açıklanan perspektiften değerlendirmeye tabi tutmak, hukuk sistemimizin kronikleşmiş bazı sorunlarına çözüm üretme potansiyeli taşımaktadır. Kanımızca bu çerçevede ele alınabilecek önemli üç mesele, hukuk mahkemelerimizdeki duruşma sistemi, tebligat ve hukukî bilgiye erişim olanaklarıdır. Söz konusu meseleler, hukuk yargılamamızdaki önemli sorun alanlarından ve teknolojik gelişmeler bu sorunların çözümü adına önemli fırsatlar sunabilir. Bu nedenle çalışmamızda söz konusu hususlar, yukarıda açıklanan köklü dönüşüm (transformati-on) perspektifinden değerlendirmeye tabi tutulmaya çalışılacaktır. *Bu noktada amacımız, zikredilen sorun alanlarının her birine ilişkin kapsamlı ve nihai bir çözüm önerisi getirmekten ziyade, teknolojinin hukuk alanında daha etkili ve yenilikçi şekilde kullanılması fikrini ortaya koymak ve somutlaştırmak adına başta duruşma sistemimiz olmak üzere değinilen meseleler üzerine düşünce üretmeye çalışmaktır.* Bu kapsamda olmak üzere öncelikle, teknolojik gelişmelerin hukuk yargılamamızdaki duruşma sistemi bakımından ne tür bir yenilik sunabileceği üzerinde duralım.

I. Hukuk Yargılamamızda Duruşma Sistemi

Medenî usul hukuku doktrinimizde duruşmalara büyük önem atfedilmektedir⁸. Gerçekten de tarafların mahkeme huzuruna çıkarak uyuşmazlığa ilişkin iddia, savunma ve delillerini ileri sürüp açıklayabilmeleri ve hâkimin tarafları bizzat dinleyerek delilleri inceleyebilmesi yargılamada adlî gerçeğin doğru şekilde tespiti açısından önemlidir⁹. Bu yönüyle duruşmalar, hukukî dinlenilme

⁷ Buradaki perspektifi daha iyi anlamak için bkz: “Sistemi dijitalleştirmek zorunludur fakat kendi başına yeterli bir adım değildir. Eğer mevcut mahkemelerimizi ve mahkemelerdeki usullerimizi yalnızca basit bir şekilde dijitalleştirirsek, tüm yaptığımız mevcut sistemimizi dijital olarak kopyalamak olacaktır. Böylesi bir yaklaşım, Viktoryan mirasımızı fosilize edecektir. Geçmiş sistemleri geleceğe de yerleştirecek, devam ettirecek ve böyle yaparak, bu sistemlerin doğasında var olan sorunları geleceğe aktarma ihtimalini taşıyacaktır.”, 5th Annual Ryder Lecture: the University of Bolton, ‘The Modernisation of Access to Justice in Times of Austerity’, The Rt. Hon. Sir Ernest Ryder, Senior President of Tribunals, 3 March 2016, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/20160303-ryder-lecture2.pdf> (E.T: 14.11.2022).

⁸ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, 6. Baskı, C. 2, s. 1865 vd.; Hakan Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 764, 768, 773; Sezin Aktepe Artık: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 308-314, 394; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, Ekim 2022, İstanbul, s. 368, kn. 6.

⁹ Aleni duruşma hakkının zımni olarak sözlü duruşma hakkını da içerdiği yönünde bkz: Aktepe Artık, a.g.e, s. 308; Yazılı işlemlerin mahkeme önünde gerçekleştirilecek sözlü açıklamaların yerini dolduramayacağı hakkında bkz: Aktepe Artık, a.g.e, s. 394.

hakkı, doğrudanlık ilkesi, aleniyet ilkesi gibi yargılamaya hâkim olan temel hak ve ilkelerin hayata geçirilmesi ve bunlarla bağlantılı olarak adil yargılanma hakkının korunması bakımından büyük bir fonksiyon icra etmektedir¹⁰. Diğer yandan ideal bir siyasal düzende, duruşmaların kamusal bir ortamda aleni şekilde icrası devletin temel görevlerinden birisi olan adalet dağıtma işini hakkıyla yerine getirdiğini göstermek suretiyle, toplumun devlete olan güvenini tesis ettiği gibi hukuk kurallarını ihlal etme potansiyeli taşıyan bireyler üzerinde de caydırıcı bir etkiye yol açar¹¹. Yargılamanın aleniyetinin sağlanması, hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanması bakımından da önem taşımaktadır¹². Ayrıca böylelikle, hakkı ihlal edilen birey doğrudan devletin üç erkinden birisi olan yargı sistemi tarafından muhatap alınır ve bu şekilde söz konusu birey hukukî ve psikolojik açıdan meşru bir özne olarak tanınmış olur. İlgili kişi davayı kaybetse bile söz konusu tanınmanın varlığı sağlıklı ve dengeli bir toplumsal hayatın inşası bakımından zorunludur. Bunun yanı sıra, aleni duruşmalar vasıtasıyla adaletin icra edildiğinin gösterilmesi hukukî ve toplumsal barışa da hizmet eder. Dolayısıyla yargılamada aleni duruşmaların icrası, salt tarafların adil yargılanmaya ilişkin hukuksal menfaatlerinin korunmasını aşacak şekilde toplum psikolojisi ve kamu düzeninin tesisi bakımından da işlev görür¹³.

Hukuk yargılamamız bakımından teorik olarak durum yukarıda açıklanan şekilde olmakla birlikte, uygulamada duruşmanın değinilen fonksiyonlara ne derece hizmet ettiği tartışmaya açılabilir¹⁴. Bu durumun çeşitli nedenleri vardır: İlk olarak, hukuk mahkemelerimizdeki uyuşmazlıkların çoğuna kaynaklık eden hukukî işlemlerin ispatı bakımından senetle ispat kuralı geçerlidir (HMK m. 200). Senetle ispat zorunluluğunun en önemli istisnalarından birisini teşkil eden delil başlangıcı kuralının uygulanabilmesi için de ancak belge niteliğinde (HMK m. 199) bir delilin varlığı gerekmektedir. Diğer yandan hukuk yargılamamızda tanık dinlense dahi başka hukuk sistemlerinde olduğu gibi tanığın profesyonel anlamda çapraz sorguya tabi tutulması, tanık beyanlarının gerçek bir şekilde irdelenerek maddî vakıanın aydınlatılması medenî yargı sistemimize yabancı bir uygulamadır¹⁵. Çünkü

¹⁰ Kuru, a.g.e, C. 2, s. 1876-1877; Kuru, a.g.e, C. 1, s. 147-149; Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 79-84; Pekcanitez, a.g.e, s. 768-769.

¹¹ Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 26-27.

¹² Kurt Konca, a.g.e, s. 28-29.

¹³ Kurt Konca, a.g.e, s. 26-28 ve s. 31; Aktepe Artık, a.g.e, s. 306.

¹⁴ Ece Alpay, İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi, İstanbul Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, s. 115-117, 137, Ulusal Tez Merkezi.

¹⁵ Alpay, a.g.e, s. 160-161; Hakan Pekcanitez, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı Özel Sayısı*, Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma (*Konuşma*), C. 4, S. 2, s. 131.

genel olarak hem tanıklara güvenilmemektedir hem hâkimler tanıkları sorgulamak için gerekli eğitim ve beceriye sahip değildir hem de tanıkların ciddi anlamda sorgulanması, zaten iş yükü altında ezilen mahkemelerce fazladan bir külfet olarak algılanmaktadır. Medenî usul hukuku doktrininde de tanık delilinden “*çürük delil*” olarak bahsedilebilmektedir¹⁶. Fakat aslında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muz yargılamada maddî gerçeğin tespiti bakımından önemli bir olanak daha sunmaktadır. Bu olanak HMK m. 169 ve devamında düzenlenen isticvap kurumudur. İsticvap ile davacı ve davalı, hâkim tarafından sorguya çekilir ve taraflardan aleyhlerine olan vakıalar hakkında ikrar elde etmeye çalışılır. İsticvap kurumunun gerektiği gibi uygulanması halinde uyuşmazlıkların gerçeğe uygun şekilde çözümü kolaylaşacaktır. Ne var ki, uygulamamızda söz konusu kurumdan da gerektiği ölçüde yararlanılmamaktadır¹⁷. İsticvap kurumundan gerektiği gibi yararlanılmamasında, yine tanığın sorgulanmasında olduğu gibi eğitim ve kültür eksikliğinin payı olduğu kadar yoğun iş yükünden de etkili bir faktör olarak bahsetmek mümkündür¹⁸. Hal böyle olunca, hukuk yargılamamızda duruşmalar çoğunlukla avukatların, “*Dilekçelerimizdeki beyanlarımızı tekrar ediyoruz.*” cümlesini kullandığı bir formaliteye veya hâkimin usuli konulara hasrettiği bir yargılama kesitine dönüşmektedir¹⁹. Hatta uygulamamızda hâkimin, bilirkişi raporu gelmediği için duruşmaları üst üste ertelediği, duruşmada yalnızca belirli bir kurumdan bazı belgelerin istenmesi için resmi yazı yazıldığı; önemli sayı ve orandaki duruşmada yargılamaya ilişkin esaslı bir sorun çözülmemeyip sadece şekli işlemlerle uğraşıldığı hususu -meseleyi bir ispat hukuku terimiyle ifade etmek gerekirse- “*maruf ve meşhur bir vakıa*” haline gelmiş bulunmaktadır²⁰. Bunlara ilaveten uygulamada, tarafların duruşmaya girebilmek için mahkeme salonu önlerinde saatlerce bekledikleri de bilinen bir gerçektir. Burada genel hatları ile tasvir edilen söz konusu tablo, yargılama sürelerinin gereksiz yere uzamasına yol açarak makul sürede yargılanma hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Ayrıca bu durum, kamu kaynaklarının kullanımı açısından ciddi bir israfa ve verimsizliğe yol açmaktadır. Diğer yandan söz konusu sorunlar, mahkemede hak arayan bireyler kadar onların etkileşim içinde olduğu işyerleri, aileleri gibi diğer sorumluluk alanlarına da olumsuz şekilde sirayet etmektedir. Yargı hizmetinin sunumu bakımından önemli bir yeri olan

¹⁶ Kuru, a.g.e, C. 3, s. 2571.

¹⁷ “*Biz isticvap müessesesini maalesef hiçbir şekilde yargılamada kullanamıyoruz. Çünkü bu konuda bir zaman da ayrılmıyor. Beşer dakikalık veya üçer dakikalık veya içeri girip çıkılacak şekilde düzenlenen duruşmalar hâkimin isticvap yapmasını ve bu konuda bir tecrübe sahibi olmasını maalesef mümkün kılmıyor.*”, Pekcanitez, Konuşma, s. 131.

¹⁸ Pekcanitez, Konuşma, s. 131.

¹⁹ Alpay, a.g.e, s. 137.

²⁰ Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 242, kn: 3.

avukatlık mesleğini icra edenlerin de söz konusu durumdan ne derece olumsuz şekilde etkilendiklerini izah etmek gereksizdir. Mesela bir avukatın sosyal medya üzerinden yaptığı şu açıklama, konunun daha iyi anlaşılması bakımından oldukça dikkate değerdir (vurgular tarafımıza aittir)²¹:

“Değerli bağlantılarım,

Bütün meslektaşlarımın aşına olduğu bir konuyu dile getirmek istiyorum. Bugün bir işçilik alacağı davamın duruşması vardı ve duruşmada tanışımız dinlenecekti. Tanışımız ve ben duruşma vaktinden 20 dk önce duruşma salonunun önünde buluştuk. Tanışımız işyerinden zor izin aldığı, bir an önce duruşmanın yapıp işe geri dönmesi gerektiğini belirtti. Birlikte duruşmayı beklerken duruşma 30 dk gecikti, 40 dk gecikti, 50 dk gecikti... Bu esnada tanışımızın patronu tanışığı defalarca aradı. Tanışımız da oldukça gerildi. Bu süreç böyle devam ederken duruşma toplam 3,5 saat gecikti. Duruşmaya gecikmeyelim diye erkenden gittiğimiz duruşma salonunun önünde saatlerce bekledik. Bu hem biz bekleyen avukatların çalışma motivasyonunu yerle bir etti hem bütün bekleyen işlerimizi aksattı hem de oraya gelen tanıkların ve patronlarının sabrını taşırdı. Eminim ki her gün bu anlattığım olayın kat be kat fazlasını yaşayan bir sürü meslektaşım var.

Mahkemeye, hâkime de bir şey diyemiyorum. Netice de her mahkemede inanılmaz bir dosya, dava yükü var. Onların da işin içinden çıkamadığını düşünüyorum. Bu sistemin içindeki herkes mağdur.

Sonuç olarak her gün gerek hakim gerek avukat gerek taraf ya da tanık olarak maruz kaldığımız bu problemin düzelmesini, düzeltilmesini iple çekiyorum. Umarım güzel günler göreceğiz!”

²¹ Avukat İrem Genç, LinkedIn Paylaşımı, Kasım 2022, https://www.linkedin.com/posts/irem-gen%C3%A7-110593109_de%C4%9Ferli-ba%C4%9Flant%C4%B1lar%C4%B1m-b%C3%BCt%C3%BCn-meslekta%C5%9Flar%C4%B1m%C4%B1n-activity-6993958298194448384-layL?utm_source=share&utm_medium=member_desktop (E.T: 12.11.2022); Akademisyenlik ve avukatlık mesleklerini bir arada yürüten bir başka uygulayıcının konumuzla ilgili bir paylaşımı ise şu şekildedir: “Tanık dinlenecek duruşmada avukat tanıkları hazır ediyor, ancak kalem arayarak “hakimimiz mazeretli karşı taraf mazeret verdi, siz de verin” diyor, avukat da mazeret gönderiyor. Birkaç saat sonra avukat dosyayı kontrol ettiğinde, duruşmaya başka bir hâkimin çıktığını ve tarafların yokluğunda “tanıkların zorla getirilmesine” karar verildiğini öğreniyor.”, Avukat Muhammet Özekes, LinkedIn Paylaşımı, Kasım 2022, https://www.linkedin.com/posts/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6_h%C3%A2ki%C3%87m-mazeretli%C3%87-olunca-taraflar-da-mazeretli%C3%87-activity-6996841767803236354-CLYC?utm_source=share&utm_medium=member_desktop (E.T: 18.11.2022); Doktrinde yer alan benzer yönde açıklamalar için bkz: Cumhuriyet Rüzgaresen, Medenî Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 219-220.

Yukarıda yer verilen paylaşımların yanı sıra meseleye doktrinde de şu şekilde değinilmiştir²²:

“Belirtmek isteriz ki, hukuk mahkemelerinde tahkikat aşamasında yapılan duruşmaların önemli bir kısmında sadece tarafların dilekçelerindeki beyanlar tekrarlanmakta veya başka yerden beklenen evrakın gelmemiş ya da bilirkişi raporunun henüz teslim edilmemiş olması gibi nedenlerle esasen tahkikata ilişkin bir işlem yapılmadan bir sonraki duruşma günü tayin edilerek taraf veya vekilleri o duruşmaya davet edilmektedir.”

Esasen hukuk mahkemelerimizdeki duruşma sisteminin o ya da bu sebeplerle iyi işlemediği hususu, Türk hukuk kamuoyunda herkesçe bilinen açık bir gerçektir. Yukarıda metin ve dipnot kısmında yer verilen alıntılar, deryadan katre misali yalnızca meselenin daha iyi somutlaştırılmasını sağlamaktadır. Belirtmek gerekir ki hukuk yargılamamızda duruşma sisteminin iyi işlememesinin birçok sebebi olabilir. Bu hususta, somut olayın şartlarına göre hâkimlerin davalara gereken özeni göstermemeleri, liyakatsizlik, mahkemelerdeki aşırı iş yükü, tarafların ve vekillerinin tavrı, davanın karmaşıklığı vs. gibi sorunlardan bahsetmek mümkündür. Fakat meseleye bütüncül bir şekilde bakıldığında hukuk yargılamamız ve duruşma sistemimiz bakımından şu temel tespitleri yapmak yanlış olmayacaktır: 1) Hukuk yargılamamız fiili olarak büyük oranda taraflar ve/veya vekilleri tarafından sunulan yazılı dilekçeler ile belge niteliğindeki deliller etrafında işlemektedir²³. Öyle ki, bilirkişiye başvurulması halinde dahi teorik olarak mahkemenin bilirkişiyi sözlü olarak dinlemesi mümkün olsa da hâkimler çoğunlukla yazılı bilirkişi raporlarıyla yetinmektedirler²⁴. 2) Hukuk yargılamamızda duruşmalar büyük oranda herhangi bir işleve sahip değildir ve uzun aralıklarla art arda açılan birçok duruşma hem yargılamayı uzatmakta hem de gereksiz zaman ve para kaybına yol açmaktadır. Daha da vahimi ise sürekli ağır iş yükünden şikayet edilen bir ortamda, şeklen açılan kısa duruşmalar sonucunda davalar bitirilememekte ve

²² Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 242, kn: 3; Benzer yönde bkz: Rüzgaresen, a.g.e, s. 219-220; “... uygulamada **dosyanın bilirkişiden dönmesi ya da yazılan müzekkere cevabının beklenmesi nedeniyle üç beş defa, altı defa, yedi defa duruşmalara girildiğine şahit olmaktayız** (Vurgu tarafımıza aittir)”, Av. Gökhan Pirinççi, Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, Üçüncü Gün Üçüncü Oturum, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 620.

²³ Bu durumun tanık dışındaki diğer önemli istisnası keşif delilidir. HMK m. 288 ve devamında düzenlenen keşfe başvurulduğu takdirde uyuşmazlığa konu oluşturan şey hâkim tarafından bizzat yerinde incelenir.

²⁴ HMK m. 279/1 hükmüne göre bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi mümkündür. Fakat uygulamada bu imkân genellikle kullanılmamaktadır. Oysa özellikle hâkimin bilirkişi raporundan farklı bir yönde karar vermeyi düşündüğü hallerde bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi çok fayda sağlayabilir. Hâkimin teknik bilgi gerektiren birçok konuda yalnızca raporu okuyarak meseleyi anlaması ve üstüne raporda belirtilen görüşün aksi yönde kanaate varması kanımızca zordur.

bu durum yine kısır bir döngü şeklinde iş yükünün artmasına neden olmaktadır. Kanımızca, tam bu noktada teknolojik yeniliklerden özgün bir şekilde yararlanılması, burada açıklanan sorunun çözümü bakımından önemli bir katkı sağlayabilir. Bu katkı, özetle bilgi ve internet teknolojilerinin yardımıyla hukuk yargılamamızda uygulanan klasik ardışık duruşma sisteminin terk edilmesidir. Söz konusu önerinin daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle kısaca ardışık duruşma sistemi ile ne kastedildiği açıklanacak sonrasında ise bunun yerine nasıl bir duruşma sisteminin ikame edilebileceği üzerinde durulacaktır.

A. Ardışık Duruşma Sistemi

Ardışık duruşma sistemi, yargılamanın art arda yapılan birden fazla duruşma içerisinde gerçekleştirildiği ve duruşma sayısı bakımından kural olarak bir sınırın bulunmadığı sistemi ifade etmektedir²⁵. Ardışık duruşma sisteminde mahkeme, uyuşmazlık konusuna ilişkin vakıaların saptanması, delillerin incelenmesi ve ilgili hukuk kurallarının uygulanmasını birden fazla duruşma oturumuna yayarak gerçekleştirebilmektedir. Dolayısıyla bu sistemde yargılamanın odağı kural olarak ardışık olarak gerçekleştirilecek duruşmalardadır, yargılamayla ilgili işlemler (delillerin incelenmesi, dava temelinin detaylı olarak ortaya konması, keşif gibi), esas yargılamanın gerçekleştirilecek olduğu duruşmalarda yerine getirilerek uyuşmazlık hakkında bir sonuca varılır²⁶. Ardışık duruşma sisteminde çok sayıda duruşma gerçekleştirilebildiği için taraflara duruşma öncesinde önemli bir hazırlık gerçekleştirme yükümlülüğü düşmez²⁷. Bundan dolayı söz konusu sistemde avukatların yargılama içindeki konumu çok güçlü değildir²⁸.

Ardışık duruşma sisteminin (özellikle bizim uygulamamız bakımından) bazı olumsuz özelliklerinden bahsetmek mümkündür: Bu özellikler, aşırı iş yükü altında çalışan mahkemelerin duruşmaları kolaylıkla erteleyebilmesi, duruşmalarda tarafların açıklama ve ispat hakkına müdahalede bulunulması ve duruşmalara hazırlık yapılmadan gelinmesidir. Uygulamamızda hâkimlerin açıklamada bulunmak isteyen taraf vekillerine, “*Toparlayın artık.*”, “*Bunları yazılı olarak sunun inceleyelim.*”, “*On dakika süreniz var.*” gibi uyarılarda bulunduğu ifade edilmektedir²⁹. Yine örneğin, belirli bir mahkemeye yeni atanan hâkimin dava dosyalarını inceleyecek vakit bulamadan, önceki hâkim tarafından kararlaştırılan duruşmalara çıkmak zorunda kalması sonucu du-

²⁵ Alpay, a.g.e, s. 112.

²⁶ Alpay, a.g.e, s. 115.

²⁷ Alpay, a.g.e, s. 115.

²⁸ Alpay, a.g.e, s. 115.

²⁹ Aktepe Artık, a.g.e, s. 393-394.

ruşmaların ertelenmesi de uygulamada karşımıza çıkan sorunlardan birisidir. Hatta davanın açılmasından hükmün verilmesine kadar aynı mahkemede birden fazla kez hâkim değişikliğinin gerçekleştiği de vakidir. Bu ve buna benzer durumlar ve genel olarak duruşmalarda sayı sınırı bulunmaması taraflarda da *“Nasıl olsa duruşma ertelenir veya yargılamada bir eksiklik çıkar yahut mazaret sunarım.”* şeklinde bir düşünceye neden olabilmekte, sonuç olarak bir kısır döngü içerisine girilmektedir.³⁰

B. Yoğunlaştırılmış Duruşma Sistemi

Ardışık duruşma sisteminin karşıtı olarak adlandırabileceğimiz duruşma sistemi ise yoğunlaştırılmış duruşma sistemidir. Yoğunlaştırılmış duruşma sisteminde ise yargılama, kural olarak tek seferde gerçekleşen yoğun ve canlı bir duruşma sürecinin sonucunda sona erdirilir. Yoğunlaştırılmış duruşma sisteminde, mahkeme taraflar ve vekillerinin sözlü açıklamalarını, tanık beyanlarını ve diğer delilleri kural olarak yoğunlaştırılmış tek bir duruşma oturumunda inceler/dinler. Yargılamaya ilişkin gerekli müzakere ve tartışmalar bu duruşmada yapılır ve hâkim doğrudan söz konusu süreçten edindiği kanaate dayanarak uyuşmazlık hakkında karar verir³¹. Kural olarak hâkimin, duruşmada sözlü olarak ileri sürülüp tartışılmamış vakia, delil ve hukukî normları hükmüne dayanak yapması mümkün değildir. Bu yönüyle yoğunlaştırılmış duruşma sistemi, doğrudanlık ilkesine daha uygundur³².

Yoğunlaştırılmış duruşma sistemi, tarihsel olarak jürili yargılamanın ve sözlülük ilkesinin egemen olduğu Anglosakson hukuk sistemine dahil olan ülkelerde ortaya çıkmış ve uygulanmaktadır³³. Yargılama sırasında, sıradan bireylerden oluşan bir heyetin toplanması zorunluluğu, uyuşmazlıkla ilgili açıklama ve müzakerelerin tek seferde bir bütün olarak söz konusu heyet önünde gerçekleştirilmesini gerektirmiştir³⁴. Hukukçu olmayan ve jüri üyeliğini bir meslek olarak sürdürmeyen bu kişilerin art arda yapılacak birçok duruşmaya iştirak etmesi mümkün görülmemiştir³⁵. Aynı zamanda bu kişiler hukukçu olmadıkları için önceki duruşmalarda anlatılan hususları daha son-

³⁰ Alpay, a.g.e, s. 116; Hâkimlerin iş yükünden dolayı dava dosyalarını incelememesi nedeniyle duruşmaların ertelendiği ve toplu mahkeme sisteminin yargılama sürelerini uzattığı hakkında bkz: Rüzgaresen, a.g.e, s. 220.

³¹ İngiliz yargılama hukuku bakımından hükmün verildiği esas duruşmanın ne şekilde icra edildiği hakkında bkz: Okan Gündüz, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 122.

³² Yoğunlaştırılmış duruşma sistemi hakkında genel olarak bkz: Alpay, a.g.e, s. 113 vd.

³³ Alpay, a.g.e, s. 154; İngiliz yargılama hukukunda duruşmalarda gerçekleştirilen işlemlerin listesi hakkında bkz: Gündüz, s. 122.

³⁴ Alpay, a.g.e, s. 31-32.

³⁵ Alpay, a.g.e, s. 31-32.

raki duruşmaya kadar unutulabilirler veya parçalı anlatımdan dolayı uyuşmazlığı kavrayamayabilirler. Günümüzde ise Anglosakson hukuk sistemine dahil ülkelerin hukuk yargılamasında jüri sistemi büyük ölçüde ortadan kalkmakla birlikte, yoğunlaştırılmış duruşma sistemi halen uygulanmaktadır. Fakat bu hususta da, yukarıda aktarılan şekliyle saf bir yoğunlaştırılmış duruşma sistemi uygulanmamakta, bu sistem, duruşmadan önce yazılı beyan ve delillerin sunulmasına olanak tanınarak ve hâkimlerin hazırlık aşamasındaki yetki ve görevleri artırılarak yumuşatılmaktadır³⁶. Söz konusu değişikliklerin ardında ise yargılamanın hızlandırılması ve ucuzlatılması ile esas yargılamanın gerçekleşeceği duruşmada sürprizlere kapı açılmaması düşüncesi yatmaktadır³⁷. Yoğunlaştırılmış duruşma sisteminde, hükmün verilmesi bakımından mahkeme huzurunda icra edilen sözlü duruşma aşaması çok önemli olduğu ve kural olarak duruşmanın ertelenmesi söz konusu olamayacağı için duruşmadan önceki hazırlık aşamasının oldukça detaylı ve kapsamlı şekilde yapılandırılması gerekmektedir³⁸. Aksi takdirde dava dosyası yeterince olgunlaşmadan veya taraflar ve mahkeme dava hakkında yeterince ön bilgi edinmeden duruşma gerçekleştirilecek ve bu nedenle duruşmadan gereken verim elde edilemeyecektir. Nitekim hazırlık aşamasının kapsamlı ve detaylı şekilde yapılandırılması zorunluluğundan dolayı yoğunlaştırılmış duruşma sisteminin uygulandığı hukuk sistemlerinde gecikmelerin çoğunlukla hazırlık aşamasından kaynaklandığı belirtilmektedir³⁹. Anglosakson hukuk sisteminin aksine Kıta Avrupası ülkelerinde ise genellikle ardışık duruşma sistemi hâkimdir.

C. Yeni Bir Duruşma Sistemi Önerisi: Bilişim Teknolojilerinden Yararlanılarak Ardışık Duruşma Sisteminin Terk Edilmesi

Yukarıda yer verilen açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, klasik anlamda ardışık duruşma sistemi yargılamanın sürüncemede kalmasına yol açmaktadır. Klasik anlamda yoğunlaştırılmış duruşma sisteminin de kendine özgü sakıncaları vardır. Nitekim bu nedenle yoğunlaştırılmış duruşma sistemlerinin uygulandığı Anglosakson sistemine dahil ülkelerde de, söz konusu sakıncaların giderilmesine yönelik çalışmalar yapılmıştır⁴⁰. Bu çalışmaların amacı,

³⁶ Alpay, a.g.e, s. 38-39.

³⁷ Alpay, a.g.e, s. 38-39; Son dönemlerde İngiliz yargılama hukukunda, tarafların esas duruşmadan önce gerçekleştireceği yazılı delil ikamesi bakımından kamunun menfaati nedeniyle şeffaflık ilkesinin gizliliğin yerini aldığı yönünde bkz: Gündüz, a.g.e, s. 116.

³⁸ İngiliz yargılama hukuku bakımından esas duruşmaya kadar gerçekleştirilmesi gereken işlemler (hazırlık aşaması) hakkında bkz: Gündüz, a.g.e, s. 112-120.

³⁹ Alpay, a.g.e, s. 115.

⁴⁰ İngiliz yargılama hukuku özelinde, klasik anlamda yoğunlaştırılmış duruşma sisteminin tadiline yönelik değişiklikler gerçekleştirildiği ve bu değişiklikler sonucunda İngiliz hukukundaki sistemin Alman hukuk yargılamasına yaklaştığı yönünde bkz: Gündüz, a.g.e, s. 115 vd.

farklı hukuk sistemlerindeki farklı mekanizmalardan yararlanarak yargılamanın ucuz, hızlı ve adil şekilde gerçekleştirilmesidir. Türk hukuk yargılaması bakımından da mevcut duruşma sistemimizin iyi işlemediği bilinen bir gerçektir. Bu noktada, teknolojik gelişmeler ve yoğunlaştırılmış duruşma sistemine ilişkin mekanizmalardan faydalananak yeni bir duruşma sistemi oluşturmak kanımızca faydalı olacaktır⁴¹.

1. Duruşma Aşamasına Kadar Olan Yargılama Sürecinin Kural Olarak UYAP Üzerinden Yürütülmesi

Kanımızca hukuk yargılamamızda yeni bir duruşma sistemine geçebilmek için kural olarak, yargılama işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve genel olarak yargılama sürecinin takibi UYAP üzerinden gerçekleştirilmelidir⁴². Tahkikat işlemleri için mahkeme salonunda yüz yüze gerçekleştirilecek duruşmaya ise UYAP üzerinden yapılan işlemler sonucu, dava dosyası belirli bir olgunluğa gelince başvurulmalıdır. Kural olarak, hukuk yargılamamızda duruşmaların ertelenmesi imkânı ortadan kaldırılmalı yahut duruşma sayısı net bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Çok istisnai haller dışında mahkeme, tek seferde ve bir bütün olarak gerçekleştireceği bir duruşma süreci yahut art arda ve kısa aralıklarla gerçekleştirilen birkaç duruşma sonunda dava hakkındaki kararını vermelidir. Duruşmada ise yalnızca tarafların ve tanıkların dinlenmesi, sorgulanması ve isticvap edilmesi yahut keşif yapılması gibi tahkikata ilişkin esaslı işlemler icra edilmelidir. UYAP üzerinden gerçekleştirilecek hazırlık aşaması hakkıyla yerine getirilir ve açıklanan duruşma süreci sonunda dava hakkında karar verilecek olursa, bu kararın maddî gerçeği tespit etme ihtimali mevcut sistemimize nazaran daha yüksek olacaktır. Böylelikle hukuk

⁴¹ Doktrinde, yargılamada eşzamanlı ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma imkânından (HMK m. 149) etkin şekilde yararlanabilme bağlamında, *"etkili dava yönetim sistemi ile yoğunlaştırılmış duruşma yaklaşımı"* doğrultusunda yeni bir yargılama sistemi tasarlanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, kesitli (ardışık) duruşma sisteminin uygulandığı mevcut yargılama sistemimizde, duruşmaların usule veya esasa ilişkin duruşmalar şeklinde ayrılması mümkün olmadığından dolayı çevrim içi duruşmalar çözülmesi zor sakıncalara yol açabilir. Söz konusu sakıncaları en aza indirmek için yukarıda zikredildiği gibi yeni bir sistem tasarımına gitmek gerekmektedir. Böylelikle teknolojik gelişmelerden yargılama ilkelerine uygun bir şekilde yararlanılması mümkün olabilir. Bu yapıncaya kadar çevrim içi duruşmaların uygulama alanı kısıtlanmalıdır. Bkz: Emre Kıyak, *Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 16, Sayı: 205, Kasım 2021, s. 1494-1495.

⁴² Karş., *"Tüm bunların dışında, UYAP sisteminin diğer kurumlara ait otomasyon sistemleri (örnekte PTT otomasyon sistemi) ile sürekli ilerleyen entegrasyonu dikkate alındığında, dilekçelerin teatisi de hâkim müdahalesini gerektirmeyen, doğrudan UYAP sistemi tarafından yönetilen bir prosedür haline getirilebilir."*, Emre Kıyak, Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru (*Zeki UYAP*), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 22, Sayı: 1, 2020, s. 99-100.

yargılamamız, doğrudanlık ilkesi, sözlülük ilkesi ve usul ekonomisi ilkelerine daha uygun bir hale gelecektir. Ayrıca bu sistemde, başta devlet olmak üzere yargı mensupları, mahkeme huzurunda hak arayan bireyler ve avukatlar, önemli miktarda zaman, para ve enerji israfından kurtulacaklardır.

Yukarıda ana hatları ile açıklanan sistemin uygulanabilmesi için UYAP üzerinden gerçekleştirilecek hazırlık aşamasının kapsamlı, detaylı, interaktif ve kullanıcı dostu bir şekilde tasarlanması zorunludur. Aksi takdirde tahkikat ve duruşma aşamasının yoğunlaştırılmasıyla elde edilmek istenen faydanın sağlanması zordur. Fakat kanımızca UYAP'ın tasarımına ilişkin bu hususların üzerinde durmadan önce ilk olarak, duruşmalara kadar gerçekleştirilecek yargılama sürecinin nasıl UYAP'a aktarılabileceği hakkında düşünmek gerekir. Bu konuda muhtemel farklı senaryolar ileri sürmek mümkün olmakla birlikte kanımızca, konuyla ilgili şu şekilde bir ara geçiş yönteminin uygulanması düşünülebilir: Öncelikle, davacı tarafın mahkemeye vereceği dava dilekçesinde kendisine ve karşı tarafa ait telefon numarası ve mail adresi bilgileri yer almalıdır⁴³. Söz konusu husus, yasal bir zorunluluk olarak düzenlenmelidir. Mahkeme binasına gelerek dava açmak istediğini bildiren kişiden dava dilekçesi alınmalı fakat kendisine, yargılamaya ilişkin müteakip mahkeme ve taraf işlemlerinin UYAP üzerinden gerçekleştirileceği, bu işlemlere ilişkin telefonu ve mail adresine gelen bilgilendirme mesajlarını takip etmesi gerektiği ayrıca fiziki adresine tebligat yapılmayacağı yönünde yazılı ve sözlü bilgilendirme gerçekleştirilmelidir. Dava dilekçesi işleme konduktan sonra davalıya hem klasik yöntemle tebligat gerçekleştirilmeli hem de dava dilekçesinde yer alan davalıya ait telefon numarası ve mail adresine bilgilendirme mesajı atılmalıdır⁴⁴. Söz konusu dava dilek-

⁴³ Hukukumuzda zorunlu elektronik tebligata tabi olan kişi ve kurumların listesini oldukça genişleten 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce yapılan bir yoruma göre, zorunlu elektronik tebligata tabi olanlar bakımından ilgilinin kayıtlı elektronik posta adresine *dava ve cevap dilekçesinin zorunlu unsurları arasında* yer verilebilir veya Kayıtlı Elektronik Posta Yoluyla Tebligat Hizmeti Alanlar Listesinden ilgilinin adresine ulaşarak e-tebligatın gerçekleştirilmesi sağlanabilir. Söz konusu değişiklikten sonra ise Tebligat Kanunu Geçici Madde 2/3'e göre PTT A.Ş. oluşturduğu elektronik tebligat adreslerini re'sen tebligat çıkarmaya yetkili merci ve makamların kullanımına sunar. Bkz: Mine Akkan, Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat, Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 14, S. 39, 2018/1, s. 70-71, (Çalışmamızda a.g.m ibaresi ile atıf yapılan eser yazarın burada yer verilen makalesidir).

⁴⁴ Bu bilgilendirmeler için UYAP SMS Bilgi Sistemi'nin kullanılması düşünülebilir. Bkz: <https://sms.uyap.gov.tr/> (E.T: 21.11.2022). Belirtmek gerekir ki, UYAP SMS Sistemi Birleşmiş Milletler Kamu Hizmetleri yarışmasında birincilik ödülü almıştır. Ayrıca söz konusu uygulama, Avrupa e-Devlet Ödülleri kapsamında da Halk Ödülü kategorisinde birinciliğe layık görülmüştür. Bkz: <https://uyap.gov.tr/Birlesmis-Milletler-Kamu-Hizmetleri-Odulu>, <https://uyap.gov.tr/Avrupa-E-Devlet-Odulu>, (E.T: 28.11.2022); Nitekim doktrinde ifade edildiğine göre, elektronik tebligata ilişkin Tebligat Kanunu m 7/a hükmünü hukukumuzda dahil eden 6099 Sayılı Kanun değişikliğinin 2008 yılındaki gerekçesinde de, isteğe bağlı olarak elektronik tebliğ sistemine dahil olacak kişiler bakımından ilk tebligatların mutlaka klasik yöntemle gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bkz (vurgular tarafımıza aittir): *"Birinci fıkradaki düzenleme gereğince, e-tebligatın uygulanabilmesi için, taraflara ilk tebligatların mutlaka*

çesinde ve atılan mesajlarda davalıya, duruşmalara kadar olan yargılama sürecinin UYAP üzerinden yürütüleceği, fiziksel olarak adrese tebligat gerçekleştirilmeyeceği yönünde açıklamada bulunulur. Ayrıca ilgili açıklamada, UYAP Portal'ın linkine, mobil uygulamanın nasıl indirilebileceğine, giriş ve kullanım hakkında bilgilendirici içeriğe yer verilmelidir. Belirtmek gerekir ki, bu açıklamaların mahkemeye gelen davacıya yapılacak yazılı bildirimde de yer alması gerekir. Davalı, açıklanan üç yöntemden herhangi birisiyle davadan haberdar olur ve UYAP'a giriş yaparsa davalıdan, davacı tarafından verilen telefon ve mail bilgilerini teyit etmesi yahut bu bilgileri güncellemesi talep edilmelidir. Davalı vereceği cevap dilekçesinde ilgili bilgilere yer vermezse davaya cevap vermemiş sayılmalıdır. Söz konusu işlemin bir kez sorunsuz şekilde tamamlanması ile birlikte kural olarak tebligat sorunu ortadan kalkacak ve devam eden süreç UYAP üzerinden yürütülebilecektir⁴⁵.

Vurgulamak gerekir ki, yukarıda ileri sürülen senaryo davasını bizzat kendisi takip eden kişilerin taraf olduğu davalar bakımından kurgulanmıştır. Hukuk yargılamamızda davasını bizzat takip eden kişi sayısı az olmakla birlikte söz konusu kişiler, dijital eşitsizlik ve teknolojik okuryazarlık açısından dezavantajlı konumda olabilir. Diğer yandan, teknolojik gelişmeler sonucu yargı sistemine ve hukukî bilgiye erişim imkânının artması, ülkemizde kendi davasını kendisi açıp yürütmek isteyen kişi sayısını da artırabilir. Bu nedenlerle, duruşmaya kadar olan yargılama sürecinin kural olarak UYAP Portal'a aktarılması halinde söz konusu kişiler hakkında, fiziksel ortamdan UYAP'a geçişe yönelik -yukarıdaki örnek senaryo gibi-detaylı ve koruyucu düzenlemeler getirilmesi gerekir. Fakat zaman içinde sistemin oturması ve teknoloji-

klasik tebligat yöntemleri kullanılarak yapılması gerekir. Fıkra da, bir kimseye bu yolla tebligat yapılabilmesi için, kendisinin önce tebligata elverişli bir e-posta adresi vermesi aranmıştır. Bu da en erken, davacının dava dilekçesinde bunu belirtmesi, davalının da kendisine ilk tebligat yapıldıktan sonra, cevap dilekçesinde belirtmesi ile mümkündür. Böylelikle, ilk tebligatların klasik yolla yapılması sağlanarak, başlangıçta ortaya çıkacak sakıncalar ve tartışmalar engellenmek istenmiştir.", Mine Akkan, Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler, Haluk Kurnuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 54 ve 55'ten naklen. 6099 Sayılı Kanun Tasarısı m.2'nin gerekçesinde yer alan bu ifadelerin sonradan gerekçeden çıkarıldığı ifade edilmektedir. Bkz: Mine Akkan, a.g.m, s. 70-71.

⁴⁵ Nitekim doktrinde, dava dilekçesinin tebliğiyle artık usulî bir ilişki kurulmuş olduğu ve devam eden işlemlerin tebliğinde kolaylaştırılmış yöntemlerin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir: **"Belirtmek gerekir ki, bir defa dava dilekçesinin davalıya tebliği ile usulî bir ilişki kurulmuş olur ki bundan sonraki tebligat işlemlerinin kolaylaştırılmış bir yöntemle yapılması daha doğru olacaktır (Vurgu tarafımıza aittir). Böyle bir düzenleme m. 129'da yer almaktadır. Buna göre davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde bir adres göstermek zorundadır.**", Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 141, kn: 12; Diğer yandan, 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 16. maddesi ile 2020 yılında HMK m. 147 hükmünde değişiklik yapılarak, tarafların yargılamada tahkikat ve sözlü duruşma için ayrı ayrı duruşmaya çağırılması esası terk edilmiştir. Bu değişiklikten önce tarafların her iki duruşmaya ayrı ayrı davet edilmesi gerekiyordu.

ye ilişkin çekincelerin ortadan kalkması halinde, söz konusu ara geçiş dönemine ilişkin düzenlemeler de ortadan kaldırılarak davanın kural olarak baştan duruşma aşamasına kadar UYAP üzerinden yürütülmesi yönünde düzenleme yapılabilir. Aşağıda değineceğimiz üzere, avukatla takip edilen davalar bakımından ise avukatlık mesleğinin niteliği gereği durum daha farklıdır.

Kanımızca, tarafların avukatla temsil edildiği davalar bakımından ise duruşmaya kadar gerçekleşecek yargılama sürecinin UYAP üzerinden takibi doğrudan zorunlu kılınabilir. Buna göre avukatla takip edilen davalar bakımından, davanın açılması dahil olmak üzere, kural olarak duruşmaya kadar gerçekleştirilmesi gereken tüm yargılama işlemleri çevrim içi ortamda yerine getirilmelidir. Bu durumda ortaya çıkabilecek tehlike ise avukatın vekillikten çekilmesi sonucu tarafın davayı bizzat takip etmek zorunda kalması yahut taraf yeni vekil buluncaya kadar geçecek sürede yargılamanın UYAP Portal üzerinden nasıl takip edileceğidir. Bu nedenle avukatla takip edilen davalarda da, vekillerce verilecek dilekçelerde davacı ve davalı asillerin telefon numarası ve mail adresi bilgileri mahkemeye sunulmalıdır. Ayrıca vekillikten ayrılan avukat müvekkilini, duruşmaya kadarki yargılama sürecinin çevrim içi ortamda gerçekleştirileceği hususunda aydınlatmalıdır.

Yukarıda açıklanan sistemin başarılı bir şekilde uygulanması halinde mahkeme, esas yargılamanın gerçekleştirileceği duruşmaya kadar olan tüm işlemleri kural olarak çevrim içi ortamda gerçekleştirecektir. Buna göre, davanın açılması, dilekçeler teatisi, ön inceleme duruşması için hazırlanacak davetiye, ön inceleme duruşması, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilmesi, zamanaşımı def'i ve hak düşürücü süre itirazının karara bağlanması, başka yerden getirtilecek belge niteliğindeki delillere ilişkin açıklama yapılması, tarafların davanın aydınlatılması amacıyla dinlenmesi, hâkimin bilirkişi raporu alınmasına karar vermesi, taraflarca bilirkişi raporuna itiraz edilmesi, davaların ayrılması veya birleştirilmesi talepleri, ıslah talebi, yetki itirazının değerlendirilmesi gibi mümkün olan tüm hallerde çevrim içi ortam kullanılmalıdır⁴⁶. Bu durumda, taraflar ve mahkeme UYAP üzerinden 7/24 gerekli işlemleri yapabilmelidir⁴⁷. Gerçekleştirilen her bir işleme ilişkin ilgililere

⁴⁶ Yapay zekâyla desteklenmiş zeki bir UYAP sisteminin, "Yetki ilk itirazının reddi (HMK m. 117/3; m. 164), tanık listesinin sunulması için süre verilmesi (HMK m. 240), tarafın isticvabına karar verilmesi (HMK m. 169), bilirkişi incelemesine karar verilmesi (HMK m. 266), keşfe karar verilmesi (HMK m. 288), eski hale getirme talebinin kabulü veya reddi (HMK m. 100; m. 164), fer'i müdahale talebinin kabulü veya reddi (HMK m. 67), bekletici mesele teşkil eden davanın açılması için süre verilmesi (HMK m. 165), hâkimin reddi talebinin geri çevrilmesi (HMK m. 41) gibi." "şekli tahkikat işlemleri" bakımından sağlayabileceği kolaylıklar bakımından bkz: Kıyak, Zeki UYAP, s. 103-106.

⁴⁷ Hukuk yargılamasındaki duruşmalarda çoğunlukla esaslı bir işlem gerçekleştirilmediği, olması gereken hukuk açısından bu sistemden vazgeçilerek yargılamayla ilgili işlemlerin hâkim tarafından gerçekleştirilerek, ilgili işlemlerin UYAP ya da başka bir sistem üzerinden taraflara bildirilmesi,

otomatik olarak mail ve mesaj gönderilerek sürecin seri bir şekilde ilerlemesi sağlanmalıdır.

Kanımızca, yukarıda değinildiği gibi ön inceleme duruşması da kural olarak çevrim içi ortamda ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilmelidir. Çünkü ön inceleme duruşmasında, kural olarak yargılamaya ilişkin esaslı bir işlem gerçekleştirilmemektedir⁴⁸. Bu duruşmanın temel amacı, uyuşmazlık konularını tespit ederek tahkikata ilişkin bir yargılama planı hazırlamaktır. Gerçi ön inceleme duruşmasında tarafların mahkemece sulhe teşvik edilmesi gerektiği ve sulhe teşvikin yüz yüze yapılmasının daha yerinde olacağını ileri sürmek mümkündür. Fakat davadan önce başvurulması gereken zorunlu arabuluculuk uygulamasının hukuk yargılamamız içinde geldiği noktayı ve bu husustaki gelişmelerin devam etmekte olduğunu düşündüğümüzde, sırf bu sebeple ön inceleme duruşmasının yüz yüze yapılması gerektiğini ileri sürmek yerinde olmaz. Diğer yandan, birçok hukuk sisteminde alternatif uyuşmazlık

duruşmaların yalnızca tarafların ve tanıkların dinlenmesi ile isticvap için açılması gerektiği görüşü hakkında bkz: Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 242 kn: 3; “Uygulamada yargının geç işleminin temel nedeni tahkikat safhasıdır. Hukuk mahkemelerinde davanın açılmasıyla birlikte derhal duruşma günü verilmelidir. Karşılıklı cevapların, delillerin sunulması, yazılı olan her belgenin getirilmesi, **dosya üzerinde yapılacak tüm incelemelerin, bilirkişi incelemesi dahil** (vurgu bize aittir) yapılmasından sonra yargılama safhasına geçilmelidir. Bu husus hem hâkimleri rahatlatacak, hem zaman kazandıracak, hem avukatların gereksiz zaman kaybını önleyecektir. Öte yandan avukatlar, duruşma günlerini beklemeksizin delillerini tamamlayacaklarından dolayı yargılama sürecini de kısaltacaktır. Zira uygulamada **dosyanın bilirkişiden dönmesi ya da yazılan müzekkere cevabının beklenmesi nedeniyle üç beş defa, altı defa, yedi defa duruşmalara girildiğine şahit olmaktayız** (vurgular tarafımıza aittir).”, Av. Gökhan Pirinççi, Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, Üçüncü Gün Üçüncü Oturum, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 620.

⁴⁸ Karş. “Bu bağlamda yargılama sistemimizde dava yönetimini daha etkin kılan bir yargılama sürecinin tasarlanması, **taraflarla hâkimin bir araya geldiği her toplantıya duruşma niteliği kazandırılması daha esnek bir süreç tasarımına gidilmesi duruşmaya uzaktan erişim sağlanmasına yönelik teknolojik imkânlardan ölçülü bir şekilde yararlanılmasına hizmet edebilecek**, (vurgu tarafımıza aittir) böylelikle duruşma sırasında etkinlik kazanan yargılama ilkelerinin muhafazasına ilişkin tereddütler bir ölçüde giderilebilecektir.”, Kıyak, a.g.m, s. 1495; Karş., “Ön inceleme aşaması HMK ile getirilmiş ve doğrudan usul ekonomisinin sağlanmasına odaklanan önemli bir yargılama süreci aşaması olmasına karşın, uygulamada bu aşama tam olarak uygulanmadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine teşvik etme, uyuşmazlık konularını tespit etme, tahkikata hazırlık işlemlerini tamamlama gibi bu aşamaya özgü işlemler tam anlamıyla yapılmadığı için, ön incelemenin potansiyel faydaları ortaya konamamaktadır. Yapay zekâ ile desteklenmiş bir UYAP mekanizması bu noktada da önemli fonksiyonlar üstlenebilecektir. **Yapay zekâ (ve bağlantılı alanlarda) yaşanan gelişmelerle, ileride, ön inceleme prosedürünü tamamen otonom haline getiren modeller tasarlanabilecektir.** Ancak vurgulamak gerekir ki, böyle bir süreç modellemesinin mümkün hale gelmesi aşamasında dahi, her konuda nihai karar verme yetkisi ve görevi hâkime ait olacaktır. Bununla birlikte, hâkim yardımcılığı müessesesinin yargılama sürecine entegrasyonu ile birlikte düşünüldüğünde, **yapay zeka teknolojilerini kullanan bir ön inceleme prosedüründe, ön inceleme hedeflerinin gerçekleştirilmesi optimum seviyelere taşınabilir ve böylelikle artık, yargının günümüz iş yükünde tabiri caizse ön incelemenin ütöpik bir hedefi olarak kalan, tahkikatın sadece birkaç duruşmaya indirgenmesi birçok dava açısından mümkün hale gelebilir** (vurgular tarafımıza aittir).”, Kıyak, Zeki UYAP, s. 100.

çözüm yöntemleri teknolojik olanaklarla birleştirilerek mahkeme tasarımına dahil edilmekte ve bu çerçevede çevrim içi şekilde işleyen yeni uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturulmaktadır⁴⁹. Hatta bu kapsamda, tarafların özel olarak hazırlanmış yazılımlar ve mahkeme web siteleri tarafından yönlendirilen bir ortamda çevrim içi şekilde müzakerede bulunması teşvik edilmektedir⁵⁰. Benzer bir sistem bizim hukuk yargılamamızdaki ön inceleme aşaması bakımından da düşünülebilir. Böylelikle ön inceleme ile amaçlanan, uyuşmazlık özeti çıkarılması ve yargılama planının hazırlanması şeklindeki amaçlar teknoloji aracılığıyla daha etkili olarak yerine getirilebilir⁵¹.

Duruşmaya kadar olan yargılama sürecinin UYAP'a aktarılması halinde, bilgi ve iletişim teknolojilerinden daha fazla ve etkin şekilde yararlanılmalı, böylelikle hukukî dinlenilme hakkının kullanılabilmesi somut imkânlar artırılarak ve çeşitlendirilerek, uyuşmazlığın aydınlatılması bakımından mahkemeye kolaylık sağlanmalıdır. Buna göre, fiziksel ortamda yüz yüze gerçekleştirilecek duruşma aşamasından önce yalnızca ses ve görüntü nakli yolunun kullanılmasıyla yetinilmemeli; tarafların, mahkemenin ve diğer ilgililerin çevrim içi ortam üzerinden uyuşmazlık çözüm süreci hakkında iletişim kurması temin edilmelidir. Bu iletişimde, yazılı mesaj, ses kaydı, video kaydı ve video-konferans yöntemlerinden (canlı) yararlanılabilir. Bu yöntemlerden hangisinin ya da hangilerinin kullanılacağı hususunda yapılacak tercih, uyuşmazlığın türü, miktarı, karmaşıklık seviyesi, tarafların talebi, hâkimin takdir yetkisi vs. gibi farklı faktörler çerçevesinde belirlenebilir. Örneğin, taraf dilekçelerini ve uyuşmazlık konusuyla ilgili belgeleri okuyan hâkim, taraflara sistem üzerinden soracağı yazılı sorular ile uyuşmazlığı daha fazla aydınlatabilmelidir. Tarafların söz konusu sorulara 7/24 cevap verebilmesi mümkün olmalıdır. Bunun yanı sıra taraflar, belirli durumlarda kendilerini videoya çekip sonra bu video kaydını sisteme yükleyerek, uyuşmazlık hakkında açıklamada bulunabilmelidir⁵². Böylelikle taraflar asenkronize şekilde iletişim kurmak

⁴⁹ Örneğin bkz: Shannon Salter, Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal, Windsor Yearbook of Access to Justice, 34(1), s. 114; Susskind, a.g.e, s. 165-176.

⁵⁰ Salter, s. 114.

⁵¹ "At the end of the pathway, the Solution Explorer provides a summary of the person's claims as well as recommended resources and next steps.", Salter, a.g.e, s. 120; Kanada'da faaliyet gösteren ve çevrim içi şekilde çalışan Medeni Uyuşmazlık Çözüm Heyeti'nin web sitesi üzerinden hazırlanan örnek bir uyuşmazlık özeti için bkz: https://explore.civilresolutionbc.ca/ES_SummaryReport?id=a1Z5o000000CVj4EAG (E.T: 18.11.2022); Yapay zekâ teknolojilerinin hukuk yargılamamızda yer alan ön inceleme aşamasına nasıl bir fayda sağlayabileceği hakkında bkz: Kıyak, Zeki UYAP, s. 100-102.

⁵² Vurgulamak gerekir ki, çalışmamızda genel hatları ile yer verilen bu önerilerin ileride uygulamaya geçirilmesi halinde konuyla ilgili daha kapsamlı ve sınırları belirli tasarımlara ihtiyaç duyulacağını farkındayız. Fakat şu an için söz konusu hususlara girmek çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır.

için birçok olanağa sahip olacak ve sistemde gece veya gündüz işlem yapılabilmesi için yargılamaya hem esneklik kazandırılacak hem de yargının erişilebilirliği artırılacaktır⁵³. Tarafların aynı anda bilgisayar başında bulunması dahi gerekmeyecektir⁵⁴. Kanımızca böyle bir sistemde, yargılamaya ilişkin çeşitli kuralları da yeni baştan düşünmek faydalı ve hatta gerekli olabilir. Söz gelimi, zikredildiği gibi çevrim içi ortamda gerçekleştirilecek esnek ve seri bir yargılama sürecinde, katı şekilde uygulanan bir iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağını muhafaza etmek gereksiz hale gelebilir⁵⁵.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, söz konusu açıklamalardaki sistemin uygulamaya geçirilebilmesi için UYAP'ta bazı değişiklikler yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Esasen UYAP, yargılamada dijitalleşme uygulaması olarak başarılı bir projedir. UYAP bilişim sistemi, ulusal ve uluslararası birçok ödül almıştır⁵⁶. Dünyada UYAP benzeri, tüm yargı sistemini tek bir merkezi bilişim sistemi çatısı altında toplayan başarılı projelerin sayısı azdır⁵⁷. Meseleye bu açıdan baktığımızda, Türk hukuk sistemi olarak yargılamanın teknoloji aracılığıyla yeniden yapılandırılması hususunda avantajlı bir

⁵³ Mukayeseli hukukta yargılamanın iyi işlemesi için yargı sistemi içerisindeki bilgi/veri akışına giderek daha fazla önem verildiği, taraflar arasında sürekli bilgi alışverişine olanak tanımanın önemli olduğuna dair bkz: Kamil Yıldırım, 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Yapılan Konuşma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007, s. 252; Çevrim içi mahkemelerde asenkronize iletişimi kullanmanın geleneksel anlamda yargılamadan radikal bir ayrılış olduğu yönünde bkz: Susskind, a.g.e, s. 60.

⁵⁴ Susskind, a.g.e, s. 60.

⁵⁵ Mukayeseli hukukta yargılamanın giderek daha elastik bir süreç haline gelmeye başladığı, hâkimin esnek bir atmosferde çalışmasının önemli olduğu ve bu kapsamda Alman hukukunda da yargılama kesitleri arasındaki ayrımın neredeyse ortadan kalkmış olduğu yönünde açıklamalar için bkz: Kamil Yıldırım, a.g.e, s. 252; Türk hukuk yargılamasında etkili bir dava yönetim sisteminin kurulması için yargılama kesitlerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaması gerektiği görüşü hakkında bkz: Gündüz, a.g.e, s. 191-192; Hukuk yargılamamızda daha esnek bir yargılama sistemi tasarımına gidilmesi gerektiği yönünde bkz: Kıyak, a.g.m, s. 1495; Çevrim içi uyumsuzluk çözüm yöntemleri alanındaki gelişmelerin hukuk yargılamasını ne yönde etkileyebileceği hakkında bkz: Mıdık, Sorular, s. 17-18.

⁵⁶ UYAP'ın aldığı ödüller hakkında bkz: <https://uyap.gov.tr/UYAP-Odulleri> (E.T: 21.11.2022).

⁵⁷ "... we host some experts from the EU within the context of TAIEX activities in our department in order to show the innovations come with UYAP. In all these visits because of its capacity and capability UYAP has been regarded as the best model by the visitors.", Ali Rıza Çam, National Judiciary Informatics System (UYAP), 13.4.2009, <https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/document/national-judiciary-informatics-system-uyap> (E.T: 21.11.2022); Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde UYAP ve hukuk yargılaması ilişkisi hakkında yapılan bazı değerlendirmeler, 2011 yılında yürürlüğe girecek 6100 Sayılı HMK'da UYAP'a ilişkin düzenleme yapılarak söz konusu bilişim sistemine yasal zemin kazandırılması gerektiği ve (2006 yılı itibarıyla) Almanya'da UYAP türü kapsamlı bir bilişim ağı bulunmadığı yönünde açıklamalar için bkz: Cengiz Tanrıku (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi), 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Yapılan Konuşma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007, s. 203-205.

konumda olduğumuzu dahi söyleyebiliriz⁵⁸. Gerçekten de Türk hukuk sistemi, teknolojik altyapı açısından birçok yeniliği hayata geçirmeyi sağlayacak elverişliliktedir⁵⁹. Bununla birlikte dünyada ve ülkemizdeki birçok dijitalleşme hamlesi, büyük ölçüde yargılamanın elektronik ortama kopyalanması esası üzerine kuruludur. UYAP açısından da durumun bu şekilde olduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda özetlenen türden bir uyuşmazlık çözüm sürecine sahip olmak için ise UYAP üzerinde gerekli değişiklikler yapılarak söz gelimi; tarafların yazılı şekilde ve video kaydı yoluyla açıklamada bulunmasını, hâkimin çevrim içi ortamda yazılı olarak taraflara soru yöneltilmesini, tarafların tek bir tıkla bilirkişi veya keşif deliline başvurulmasını talep edebilmesini, hâkim ve tarafların maddî vakıalar ve uyuşmazlığa uygulanacak normlar hakkında müzakerede bulunabilmesini, taraflarca sulh olmak amacıyla ileri sürülecek parasal miktarların değiş-tokuş edilebilmesini sağlayacak bir sistem tasarımı gerçekleştirilmelidir⁶⁰. Kısacası UYAP, hak arayan bireyler ve yargı mensuplarının daha kolay, interaktif, hızlı, esnek, dinamik ve etkili bir dava yönetim süreci yürütmesini sağlayacak şekilde güncellenmelidir⁶¹. Bu güncel-

⁵⁸ “An advanced example is Turkish UYAP system which was developed to ensure a reliable, fast and effective judicial system, and includes case management tools for judges and attorneys as well as functions for online filling, service of process, payment of court fees.”, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası Raporu, Dijitalleşmeden Dijital Dönüşüme: Ticari Uyuşmazlıklarda Çevrim İçi Mahkemeler?, Ekim 2020, s. 18, <https://ebrd.glueup.com/resources/protected/organization/1136/event/27964/99358ddf-99c4-4026-b5c7-21c882fddfbf.pdf>, (E.T: 21.11.2022); Söz konusu rapora ilişkin özet bir değerlendirme için bkz: Midik, Çevrim İçi Mahkemeler, s. 717.

⁵⁹ Nitekim ülkemizde 7343 Sayılı Kanun ile birlikte İcra İflas Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu artık icra daireleri tarafından gerçekleştirilecek ihalelerin tamamen UYAP'a entegre Elektronik Satış Portalı'nda yapılması yönünde düzenleme getirilmiştir. Genel olarak UYAP sistemi ve e-adalet alanındaki en güncel gelişmelerden birisi olarak E-Satış Portalı, hukuk sistemimizin dijitalleşme açısından elverişli bir ortama ve altyapıya sahip olduğunu göstermektedir.

⁶⁰ Karş., “Gelecekte ise, hayatın her alanına sirayet eden teknolojinin sağladığı özgürlük ve elverişliliğin yargılama usulüne de sıçrayacağına şüphe yoktur. Kanımızca geleceğin tartışması dava malzemesinin sunumunun elektronik ortamda, form doldurmak ya da video, ses ya da görüntü kaydetmek suretiyle elektronik veri halinde gerçekleştirilmesi olacaktır.”, Alpay, a.g.e, s. 162.

⁶¹ Bu noktada ayrı bir parantez açarak, “dava yönetimi” kurumuna ve bu kurumun yargılamanın etkinliği, verimliliği ve dolayısıyla usul ekonomisi ilkesi açısından taşıdığı öneme kısaca işaret etmeyi yararlı buluyoruz. Belirtmek gerekir ki dava yönetimi ifadesi, Türk hukuku bakımından akla, hâkime tanınan yargılamanın sevk ve idare yetkisini getirmektedir. Fakat özellikle yoğunlaştırılmış duruşmaların gerçekleştirildiği Anglosakson hukuk sisteminde, hâkime dava yönetimi açısından daha geniş bir görev ve yetki alanı tanınmaktadır. Bu noktada, Türk yargılama hukukunda duruşmalara kadar olan sürecin çevrim içi ortama aktarılması, hukukumuz bakımından da hâkimin yargılama sürecini daha etkili şekilde planlaması ve yönetmesine olanak tanıyabilir. “Dava yönetimi” kurumunda, yargılamanın sevk ve idaresinin aksine hâkim ile tarafların yargılamanın planlanması ve yürütülmesi açısından belirgin bir işbirliği içinde olduklarına dair bkz: Gündüz, a.g.e, s. 211; Rüzgaresen, a.g.e, s. 118; Benzer yönde bkz: “Bu bağlamda yargılama sistemimizde dava yönetimini daha etkin kılan bir yargılama sürecinin tasarlanması, taraflarla hâkimin bir araya geldiği her toplantıya duruşma niteliği kazandırılmaması daha esnek bir süreç tasarımına gidilmesi duruşmaya uzaktan erişim sağlanmasına yönelik teknolojik imkânlardan ölçülü bir şekilde yararlanılmasına hizmet edebilecek, böylelikle duruşma sırasında etkinlik kazanan yargılama ilkelerinin muhafazasına ilişkin tereddütler bir ölçüde giderilebilecektir.”, Kiyak, a.g.m, s. 1495.

leme esnasında, yeni sistemin mümkün olduğunca kullanıcı dostu şekilde tasarlanması sağlanarak, yargılamanın çevrim içi ortamda mümkün olduğunca basit ve kolay bir şekilde gerçekleştirilmesine özen gösterilmelidir. Kanımızca, meseleyi daha iyi anlamak adına, burada önerdiğimiz sisteme ilham veren kaynaklardan birinden alınan şu paragrafta göz gezdirmek faydalı olacaktır⁶²:

*“Davaya bakış açınızı, çatışmacı bir uyumsuzluk yerine çözüm buluncak bir problem şeklinde değiştirin. Bütün katılımcılar; başvuru, cevap veren Hükümet departmanı ki bu durumda Çalışma ve Emeklilik Departmanı’dır ve yargıç, davaya ilişkim temel evraklar üzerine makul bir zaman aralığında çevrim içi olarak yorum yapabilmektedir ki böylece uyumsuzluğa ilişkin hususlar açıklığa kavuşturulabilir ve aydınlatılabilir. Tüm tarafların aynı anda mahkeme veya başka bir yerde bir araya gelmesine ihtiyaç yok. Geleneksel anlamda tek bir duruşma yahut oturum yok. Böylelikle **genişletilmiş bir zaman aralığı boyunca devam eden tek bir dijital duruşmaya** (vurgu tarafımıza aittir) sahip olacağız.”*

Yine Türk hukuk doktrininde ifade edilen aşağıdaki görüş de çalışmamızda yer verdiğimiz öneriyle oldukça benzer bir yaklaşıma sahiptir⁶³:

“Belirtmek isteriz ki, hukuk mahkemelerinde tahkikat aşamasında yapılan duruşmaların önemli bir kısmında sadece tarafların dilekçelerindeki beyanlar tekrarlanmakta veya başka yerden beklenen evrakın gelmemiş ya da bilirkişi raporunun henüz teslim edilmemiş olması gibi nedenlerle esasen tahkikata ilişkin bir işlem yapılmadan bir sonraki duruşma günü tayin edilerek taraf veya vekilleri o duruşmaya davet edilmektedir. Kanımızca bu usulden olması gereken hukuk bakımından vazgeçilmeli; tarafların dinlenmesi, isticvap ya da tanık dinlenmesi gibi sadece tahkikata ilişkin işlem yapılacak hâllerde duruşma günü tayin edilerek taraflar duruşmaya davet edilmeli; diğer durumlarda ise hâkim tıpkı bir duruşma listesi yapar gibi dava dosyaları için bir inceleme günü tayin ederek dosyaları inceleyip müzekkere ve tekit yazılması gibi gerekli işlemleri yapmalıdır. Hâkimin o dosyada yaptığı işlemlerin UYAP veya başka bir sistem üzerinden taraflara bildirilmesi ve tarafların bu işlemlere ilişkin itiraz ve taleplerinin de mahkeme tarafından dikkate alınması hâlinde hem usul ekonomisi ilkesine uygun bir çözüm bulunmuş hem de tarafların adil yargılanma hakkı gerçekleştirilmiş olacaktır.”

İşte bizim de yukarıda ifade etmeye çalıştığımız sistem, zikredilen alıntılarda yer verildiği gibi bir çevrim içi sürecin hukuk yargılamamıza uygun

⁶² Sir Ernest Ryder, a.g.e, s. 10.

⁶³ Budak/Karaaslan, a.g.e, s. 242, kn: 3.

bir şekilde UYAP sistemine entegre edilmesidir⁶⁴. Fakat amacımız ilk alıntıda yer aldığı gibi hukuk yargılamasında duruşmaların kaldırılması değildir. Bunun yerine, yargılamayla ilgili hazırlık sürecinin interaktif bir şekilde dizayn edilecek çevrim içi ortama aktarılması, duruşmaların yoğunlaştırılmış şekilde icra edilmesi ve böylelikle maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına olanak sağlanmasıdır⁶⁵. Bir diğer deyişle, teknolojinin duruşmaları ortadan kaldırmak ya da ikame etmek için değil gerçek anlamda bir duruşma sisteminin kurulması için kullanılmasıdır⁶⁶. Teknolojik gelişmelerin hukuk yargılamamıza yenilikçi bir şekilde yansıtılması düşüncesi ile ifade edilmek istenen de budur.

Hukuk mahkemelerimizde ardışık duruşma sisteminin terk edilmesi ve esas yargılamanın gerçekleştirileceği duruşma aşamasına kadar olan yargılama sürecinin UYAP üzerinden takibinin zorunlu kılınması, avukatla takip edilen davalar ve avukatla takip edilmeyen davalar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanımızca mevcut sistemimizde açıklanan yönde bir değişikliğe gidildiği takdirde bu durum, avukatla takip edilen davalar bakımından büyük sorunlara yol açmayacaktır. Fakat avukatlık meslek mensupları içerisinde de yeterli teknolojik okuryazarlık seviyesine mensup olmayanların bulunması mümkündür⁶⁷. Bu nedenle hukuk fakülteleri ve baroların söz konusu hususlara eğitim planında daha çok yer vermesi muhtemel hak kayıplarını en aza indirebilir⁶⁸. Bu yüzden kanımızca, UYAP kullanımına ilişkin bu şekilde

⁶⁴ Karş., “Adalet erişim mekanizması günümüzde büyük ölçüde fiziki ortamda işliyor olsa da neredeyse tüm sürecin UYAP ortamına aktarılması ve varsayılan olarak bu ortamda yürütülmeye başlanması, gelecekte uyuşmazlık çözüm süreçlerinin de neredeyse tamamının sanal ortamda işletilmesinin önünü açmıştır.”, Kıyak, Zeki UYAP, s. 110.

⁶⁵ Yapay zekayla desteklenmiş zeki bir UYAP sistemi sayesinde ön incelemenin daha sağlıklı şekilde işlemesi ve böylelikle tahkikatın sadece birkaç duruşmaya indirgenebileceği hakkında bkz: Kıyak, Zeki UYAP, s. 100.

⁶⁶ 2006 yılında gerçekleştirilen ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın değerlendirildiği 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı’nda, Tasarı’da yer alan *sözlü yargılama düzenlemesinin yeterli olmadığı*, bu haliyle sistem içerisinde *duruşmanın çok öne çıkmadığı* ifade edilmiştir. Bkz: Yıldırım, a.g.e, s. 252-253; Bu değerlendirmeye karşı verilen cevapta ise ideal olanın sözlü yargılamanın daha geniş şekilde uygulanması olduğu fakat beşer onar dakika süren duruşmalarda gerektiği gibi bir sözlü yargılamanın gerçekleştirilemeyeceği vurgulanmıştır. Ayrıca Komisyon çalışmaları sırasında, senetle ispat sınırının kaldırılması ve serbest delil sistemine geçiş bakımından da, duruşmalarımızda delillerin uzun uzadıya incelenmesinin fiilen mümkün olmamasının önemli bir etken olarak dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bkz: Hakan Pekcanitez, 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Oturum Başkanı Sıfatıyla Yapılan Genel Değerlendirme Konuşması (*Genel Değerlendirme*), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007, s. 243, Bütün bu açıklamalar, teknolojik gelişmeler yardımıyla çalışmamızda açıklanan şekilde bir duruşma sistemine geçilmesinin yargılamada gerçek anlamda bir tahkikat gerçekleştirilmesini engelleyen lojistik sorunların ortadan kaldırılması açısından önem taşıdığını göstermektedir.

⁶⁷ Teknolojik gelişmelerin avukatın özen yükümlülüğü ile olan ilişkisi bakımından bkz: Mıdık, Sorular, s. 20-21; Noam Ebner ve Elayne E. Greenberg, a.g.m, s. 106.

⁶⁸ Mıdık, Sorular, s. 21 ve s. 23-24.

bir zorunluluk getirilirken eğitime ilişkin söz konusu süreç üzerinde de paralel şekilde çalışılması gerekmektedir.

Hukuk mahkemelerimizde yargılama sürecinin kural olarak ve büyük oranda UYAP üzerinden yürütülmesi, davasını bizzat takip etmek isteyen kişiler bakımından daha büyük zorluklar ortaya çıkaracaktır. Söz konusu kişiler arasında, gerekli teknik imkânlar ve yeterli teknolojik okuryazarlık seviyesine sahip olmayanların bulunma ihtimali avukatlara nazaran daha fazladır. Bu sorunun aşılması için yine çalışmamızda üzerinde durduğumuz, teknolojinin yenilikçi şekilde kullanılması fikrinden yararlanmak gerekmektedir. Buna göre, UYAP Vatandaş Portal üzerinden dava açmak veya kendisine karşı açılan davaya cevap vermek isteyen bir kimse, UYAP üzerinden gerekli açıklamalarla yönlendirilmelidir. Bu açıklama ve yönlendirmelerde, taraflara çevrim içi şekilde sunulacak bilgilendirici nitelikte multimedya içerikleri (ses kaydı, video kaydı, görsel üzerinden açıklamalar), yapay zekâ teknolojisi ve hukukta tasarım yöntemlerinden yararlanmak mümkündür⁶⁹. Belirtmek gerekir ki söz konusu yönlendirmenin, yalnızca kanun metinlerinin linkine veya ilgili kanun maddelerine UYAP sayfasında yer verilmesi gibi bir anlayışla sınırlı olarak yürütülmemesi gerekir⁷⁰. Aksine, UYAP'ı kullanacak kişilere mümkün olduğu oranda kişiselleştirilmiş hukukî bilgiye erişim imkânı verilmelidir⁷¹. Nitekim günümüzde yabancı hukuk sistemlerinde bu yönde çalışmalar yapılmaktadır⁷². Örneğin, basit düzeyde yapay zekâ teknolojisiyle oluşturulan ve sistem tarafından kullanıcıya sorulan gündelik dildeki sorulara verilen cevaplar çerçevesinde kişiyi yönlendiren uygulamalar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Fakat vurgulamak gerekir ki, belirtilen yöndeki kişiselleştirilmiş

⁶⁹ Çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaşmasına bağlı olarak yargılamada tarafları bilgilendirmek için kullanılabilecek yöntemler için bkz: Noam Ebner ve Elayne E. Greenberg, a.g.m, s. 74, 76; Çevrim içi mahkemelerde hukukî bilgilendirme ve yönlendirme için bkz: Barış Midik, Türk Medenî Usul Hukuku Bakımından Çevrim İçi Mahkemeler (*Çevrim İçi Mahkemeler*), 1. Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Aralık 2021, s. 698-699.

⁷⁰ Şüphesiz gereken yerlerde ve/veya yargı sistemi daha gelişmiş yöntemleri uygulama aşamasına gelinceye kadar bir başlangıç girişimi olarak bu yönde bilgilendirmelerden de yararlanılabilir.

⁷¹ Çevrim içi mahkemeler bakımından bu yönde bkz: Susskind, a.g.e, s. 128-129.

⁷² "Since my visit, the idea of the 'litigation- guiding' robot (an android) with a screen has also taken hold- in late 2017, a similar system was introduced in Beijing's First Intermediate People's Court and, reportedly, can answer more than 40,000 different legal questions and help court users understand their legal positions.", Susskind, a.g.e, s. 171; Noam Ebner ve Elayne E. Greenberg, a.g.m, s. 76-78; Belirtmek gerekir ki söz konusu çalışmalar birçok hukuk sisteminde başlangıç aşamasındadır. Fakat bu konudaki gelişmeler devam etmektedir. Bu çerçevede kanımızca, metinde açıklanan şekilde yeniliklerin UYAP üzerinden tek seferde ve hızlı bir şekilde hayata geçirilmesi hem zordur hem de ideal olan bu şekilde bir uygulama değildir. Olası sorunların ve hak kayıplarının önüne geçmek için bu yöndeki yeniliklerin önce basit nitelikli ve küçük miktartlı uyuşmazlık alanlarında denenerek aşama aşama adım atılması gerekmektedir. Sonrasında ise yargılama sürecinin kural olarak UYAP üzerinden yürütülmesi zorunlu kılınabilir.

hukukî bilgi sunma olanağı tanıyan sistemlere ilişkin somut örnekler henüz yeni yeni ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu sistemler, hukukçuların ve bilişim alanında çalışanların üst düzeyde işbirliğinde bulundukları disiplinler arası projeler sonucunda oluşturulmakta ve yüksek maliyetlere yol açabilmektedir⁷³. Bununla birlikte, hukuk ve teknoloji arasında giderek artan etkileşimin dünyayı bu yöne doğru ittiğini ve söz konusu sistemlerin yargılama ile bir kez entegrasyonu sağlandıktan sonra farklı birçok kaleminden tasarruf imkânı doğurabileceğini de belirtmek gerekmektedir. Her şeyden önemlisi bu sistemler, -özellikle ilk planda küçük miktartlı taleplerde- adalete erişim ve yargının erişilebilirliği bakımından olumlu sonuçlar doğuracaktır⁷⁴.

Kanımızca, burada önermiş olduğumuz sistemin tüm ülke sathında birden uygulanmaya başlanması ile ortaya çıkabilecek muhtemel sakıncalar ve hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için farklı çözümler üretilmelidir. Mesele bu kapsamda, söz konusu değişikliğin öncelikle belirli bir zaman periyodu boyunca avukatla takip edilen davalarda uygulanması⁷⁵ düşünülebilir yahut belirli bir şehir ya da bölgedeki hukuk mahkemeleri pilot olarak seçilebilir⁷⁶. Özellikle pilot uygulama olarak, Ankara, İzmir ya da İstanbul gibi dijital eşitsizlik ve teknolojik okuryazarlık sorunlarından daha az etkilenen şehirlerin seçilmesi faydalı olacaktır. Her halükarda, (pilot uygulamada ve genel olarak) yaşlılık, hastalık veya bilgisayar, tablet, akıllı telefon gibi teknolojik olanaklardan mahrum olmak gibi sebeplerden ötürü süreci UYAP üzerinden takip

⁷³ "Conversations with Darin Thompson, Legal Counsel for the British Columbia Ministry of Justice, and a leader in the creation of its Expert System, reveal that a knowledge engineering process of creating detailed decision trees costs several million dollars.", David Allen Larson, Designing and Implementing a State Court ODR System: From Disappointment to Celebration, Journal of Dispute Resolution, 2019, Sayı 2, s. 86.

⁷⁴ "Equally important is unmet demand, or the high volumes of justiciable disputes that never enter the formal justice system to begin with. Whether because of cost, complexity or delay, many users do not take the first steps into the formal justice system. By shifting orientation to the first point of contact with the justice system, it becomes possible to support the vast majority of cases that never make it to trial. **A computer-based system that relies on relatively simple AI can begin to serve this majority of citizens in an efficient and timely way** (Vurgu bize aittir).", Darin Thompson, Creating New Pathways to Justice Using Simple Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution, Osgoode Legal Studies Research Paper Series 152, 2015, s. 10; Midık, Çevrim İçi Mahkemeler, s. 698-699.

⁷⁵ Nitekim benzer bir gelişme olarak doktrinde, Alman Usul Kanunu'nun 130d paragrafı gereğince Almanya'da avukatlar ve resmi makamlar bakımından 1.1.2022 tarihi itibarıyla mahkemelere gönderilecek dilekçe, belge, ek vs. gibi evraklar bakımından elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirileceği ifade edilmiştir. Bkz: Akkan, a.g.m, s. 47.

⁷⁶ Nitekim Çin'de 2017 yılından itibaren üç şehirde pilot uygulama olarak internet mahkemeleri kurulmuş ve sonrasında bu mahkemelerden elde edilen tecrübelerden de yararlanılarak genel hukuk sistemi bakımından yargılamanın belirli şartlarda çevrim içi ortamda gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Daha detaylı açıklamalar için bkz: Midık, Çevrim İçi Mahkemeler, s. 706-712.

edemeyecek kişilerin mahkemeye başvurarak yardım alması mümkün olmalıdır⁷⁷. Aynı zamanda, mahkeme binalarına da yardımcı bilgisayar ve diğer ilgili ekipman yerleştirilerek ihtiyacı olanların ilgili işlemleri buradan da yapması temin edilebilir. Böylelikle getirilecek düzenleme ile ortaya çıkabilecek sıkıntılar en aza indirilmiş olur.

2. Yeni Bir Duruşma Modelinin İcrası ve Tahkikata Gerçek Anlamda İşlerlik Kazandırılması

Hukuk yargılama sistemimizde, asıl yargılamanın gerçekleşeceği duruşma aşamasına kadar olan süreç UYAP üzerinden yürütülebilirse, yargılama sürecini uzatan ve sürüncemede bırakan uzun tebligat süreleri ortadan kalkacak, aynı şekilde ardışık şekilde açılan fakat büyük oranda herhangi bir işlev görmeyen duruşmalar elimine edilecek dolayısıyla yargılama süreci bakımından önemli bir zaman ve maliyet tasarrufu sağlanarak tabiri caizse bir ferahlama sağlanacaktır. Bu durumda, ortaya çıkan söz konusu fazladan zaman ve enerjiyi gerçek anlamda bir yargılamanın icra edilmesi amacına yönlendirmek gerekmektedir. Bu ise kanımızca, yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, klasik anlamda ardışık duruşma sisteminin terk edilerek tahkikat aşamasında tek ve yoğunlaştırılmış bir duruşma oturumunun uygulanması yahut duruşma sayılarının sınırlandırılması yoluyla olur. Duruşmada yalnızca tarafların isticvabı, tanıkların dinlenmesi ve sorgulanması, bilirkişi ya da uzmanın sözlü olarak dinlenmesi gibi yargılamaya ilişkin esaslı işlemler yapılmalıdır.

Kanımızca hukuk yargılamasında, yoğunlaştırılmış bir duruşma sisteminin hakkıyla faydalanılması ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından hâkimlere genel bir ilke olarak tarafların isticvabı bakımından zorunluluk getirilmesi dahi düşünülebilir. Bilindiği üzere HMK m. 169 ve devamında düzenlenen isticvap vasıtası ile taraflardan aleyhlerine olan vakıalar hakkında ikrar elde etmeye çalışılır. İkrar halinde ise ikrara konu oluşturan vakıa çekişmesiz hale geleceği için ispat faaliyeti gereksiz hale gelir. Üstelik isticvap için usulüne uygun şekilde mahkemeye çağrılan taraf duruşmaya gelmediği takdirde ilgili vakıaları ikrar etmiş sayılmaktadır. Uygulamamızda ise bu önemli imkândan oldukça az yararlanılmaktadır. Söz konusu düzenleme büyük oranda kâğıt üzerinde kalmaktadır. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere⁷⁸,

⁷⁷ Söz gelimi, İngiltere'de çevrim içi mahkemelerle ilgili uygulanmakta olan pilot proje (Online Civil Money Claim) kapsamında, davaya çevrim içi ortamda cevap vermek isteyen fakat herhangi bir nedenle bunu yapamayan kişilerle ilgili bağımsız bir düzenleme yapılmıştır. Bu konuda bkz: Practice Direction 51R-Online Civil Money Claims Pilot Section 10-Defendant's Response on Paper, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-51r-online-court-pilot> (E.T: 21.11.2022).

⁷⁸ Bkz: "Herşeyden önce kullanmadığımız kurumlar hiç bugüne kadar kullanmadığımız kanun maddeleri var. Bunların en başında da isticvap geliyor. Biz isticvap müessesesini maalesef hiçbir şekilde yargılamada kullanamıyoruz. Çünkü bu konuda bir zaman da ayrılmıyor. Beşer dakikalık

isticvap müessesesi yargılamada gerektiği şekilde kullanılmamaktadır. Esasen bir hukuk yargılamasında çekişmeli vakıaların ispatı için belge ve tanık gibi diğer delillere başvurmak fakat uyuşmazlık konusu ile doğrudan temas eden tarafların ikrar elde etme amacıyla sorgulanması imkânından yararlanmamak önemli bir çelişki oluşturmaktadır. Fakat mevcut duruşma sistemimizde bunun hakkıyla yerine getirilmesi mümkün değildir. Bir mahkemenin, gün boyunca beşer onar dakika şeklinde art arda gerçekleştirmesi gereken çok sayıda duruşmada tarafları gerektiği şekilde isticvap etmesi beklenemez⁷⁹. Bununla birlikte, çalışmamızda önerildiği gibi teknolojik gelişmelerin yardımıyla yeni ve daha etkili bir duruşma sistemine geçilse dahi isticvap kurumundan beklenen faydanın elde edilmesinin garanti edilemeyeceğinin farkındayız. İsticvap kurumundan beklenen faydanın elde edilebilmesi için yargı mensuplarının sorgulama teknikleri konusunda gerekli eğitim ve kültür seviyesine sahip olması gereklidir. Bu sağlanmadığı takdirde, adına isticvap denilmiş olsa dahi yapılan işlemin genel olarak HMK m. 144 bağlamında tarafların dinlenmesinden bir farkı ortaya çıkmayabilir. Fakat kanımızca duruşma sistemimizin revize edilmesi, yargılamada tek bir duruşma yapılarak veya duruşma sayısına sınır getirilerek mahkeme huzuruna çıkma aşamasına verilen önemin tüm ilgililer nezdinde artırılması ve yargılamanın kural olarak UYAP üzerinden takibi ile sağlanacak zaman tasarrufu bu konuda teşvik edici bir faktör oluşturarak söz konusu kültürel değişimin gerçekleşmesine yardımcı olabilir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda isticvap bakımından yapılan değerlendirmeler tanıkların dinlenmesi ve özellikle çapraz sorguya tabi tutulması bakımından da geçerlidir. Eğer yoğunlaştırılmış duruşmalarda tanıkların gerçek anlamda sorgulanması sağlansa hukuk yargılamamızda maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından önemli bir adım atılmış olur⁸⁰.

Çalışmamızda önerildiği şekliyle yeni bir duruşma sistemi oluşturulmaya çalışılırken her yönüyle mutlak anlamda yoğunlaştırılmış duruşma sistemine veya başka bir sisteme bağlı kalınması gerekmemektedir. Burada asıl önemli olan ve hukuk yargılaması bakımından olumlu katkı sağlayabilecek husus, yargılama faaliyeti içinde çözümü bakımından duruşma açılması zaruri olmayan hususların interaktif ve kullanıcı dostu şekilde tasarlanmış/güncellenmiş bir UYAP sistemi üzerinden yürütülmesi ve klasik anlamda ardışık duruşma sisteminin terk edilerek duruşmalara gereken zaman ve emeğin ayrılmasıdır.

veya üçer dakikalık veya içeri girip çıkılacak şekilde düzenlenen duruşmalar hakim isticvap yapmasını ve bu konuda bir tecrübe sahibi olmasını maalesef mümkün kılmıyor.”, Pekcanitez, Konuşma, s. 131.

⁷⁹ Bkz: Önceki dipnot.

⁸⁰ Ceza muhakemesi hukukunda getirilen çapraz sorgulama hakkında yapılan bir değerlendirme için bkz: Pekcanitez, Konuşma, s. 131-132.

Böylelikle mahkeme huzuruna çıkmak, daha az ve zor şekilde gerçekleşen bir olay haline gelecek fakat mahkemeler daha etkin ve aktif hale gelecektir.

II. Tebligat Meselesi

Aslında yukarıda önerilen sistemde, dolaylı olarak tebligat meselesi de yenilikçi bir bakış açısıyla ele alınmış olmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, hukuk yargılamamızda uygulanmakta olan e-tebligat sisteminin gerisinde de, klasik anlamdaki otomasyon düşüncesinin bulunduğunu söylemenin abartılı olmayacağını düşünüyoruz. Bilindiği üzere, Tebligat Kanunu hükümleri gereğince yapılan fiziksel bir tebligat işleminde, tebliğ edilecek evrak ilgilinin bilinen en son adresine gönderilir. Elektronik tebligat sistemimizde de benzer bir bakış açısı geliştirilerek sırf tebligat işlemi için ayrı bir portal oluşturulmuş ve elektronik tebligata tabi kişi ve kurumların bir elektronik adres olarak sisteme dahil olması öngörülmüştür. Tebligatların elektronik yolla gerçekleştirilebilmesi ancak söz konusu UETS sisteminin PTT tarafından kurulması ve ilgililerin gerekli işlemleri tamamlamasının ardından mümkün olabilmektedir. Bir diğer deyişle, fiziksel adres sistemine dayalı tebligat yöntemi elektronik ortama kopyalanmıştır. Bu yöntem, PTT tarafından yürütülecek ayrı ve kapsamlı teknik bir altyapı çalışmasını gerektirdiği için önerdiğimiz sisteme nazaran maliyetli ve daha karmaşıktır. Diğer yandan, böylesi bir sisteme toplumdaki sıradan bireylerin intibak etmesi zordur. Oysa çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, yargılama sürecinin takibinin çevrim içi ortama aktarılması halinde artık geleneksel anlamda tebligat işleminden bahsetmek de gereksiz hale gelecektir. Nitekim -daha sonra değinileceği üzere- uygulamada bazı yargı kararlarında UYAP üzerinden görülmeye çeşitli sürelerin başlama anı bakımından hukukî etki tanınmıştır. Hatta Anayasa Mahkemesinin bile bu yönde kararı bulunmaktadır. Tebligata ilişkin mevcut pozitif hukukumuz, hukukî güvenlik ve istikrar ilkeleri açısından söz konusu kararlar eleştirilebilecek olsa da, mezkur uygulamanın gösterdiği temel husus, teknolojik gelişmelerin hukuka ilişkin kavram ve kurumları gittikçe daha fazla dönüşüme zorlamakta olduğu ve bu konuda teknolojiden verimli şekilde yararlanmanın yollarını araştırmanın gerekli olduğudur. Az önce değinmiş olduğumuz AYM kararına göre⁸¹:

⁸¹ Kararın konumuzla ilgili kısmının tamamı ise şu şekildedir (vurgular bize aittir):

"25. Yargılama sürecinde mahkeme ilamına ilişkin olarak UYAP evrak işlem kütüğü üzerinde yapılan incelemede de ilgili karar başvurusunun avukatı **Orhan Çakıroğlu'nun 13/5/2019 tarihinde saat 14.12.24'te açarak okuduğu tespit edilmiş ve buna ilişkin ekran çıktısı alınıp dosya arasına konulmuştur. Dolayısıyla bu işlemi yapan ilgililerden işlem sırasında nihai kararın sonucunu öğrenmeleri beklenir. Böyle bir durumda işlem yapılırken nihai kararın sonucunun öğrenildiği kabul edileceğinden bireysel başvuru süresinin bu tarihten başlatılması gerekir.**

26. **Somut olayda mahkeme ilamının başvurusunun avukatı tarafından UYAP üzerinden okunduğu, bu kapsamda 13/5/2019 tarihinde bireysel başvuruya ilişkin nihai karardan haberdar olduğunun ve bu doğrultuda bireysel başvuru süresinin 13/5/2019 tarihinden itibaren işlemeye başladığının kabul edilmesi gerekir. Nitekim ilgili usul kuralları uyarınca sü-**

“26. Somut olayda mahkeme ilamının başvuruçunun avukatı tarafından UYAP üzerinden okunduğu, bu kapsamda 13/5/2019 tarihinde bireysel başvuruya ilişkin nihai karardan haberdar olunduğunun ve bu doğrultuda bireysel başvuru süresinin 13/5/2019 tarihinden itibaren işlemeye başladığının kabul edilmesi gerekir. Nitekim ilgili usul kuralları uyarınca sürenin münhasıran tebliğden itibaren işlemeye başlayacağını kabul edildiği uygulamaların aksine bireysel başvuru yolunda başvuru süresi, ihlalin öğrenilmesi esasına bağlanmıştır (benzer yöndeki karar için bkz. Mehmet Özcan, B. No: 2019/6266, 15/1/2020, § 27).”

Kararın UYAP üzerinden görülmesine hukukî etki bağlayan bir Yargıtay kararının ilgili kısmı ise şu şekildedir⁸²:

“4857 Sayılı İş Kanununun 21. maddesine göre kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içerisinde işe başlamak için başvuru hakkı işçi yararına bir düzenlemedir. Kararın ne zaman kesinleştiğinin işçi tarafından tam olarak belirlenememesi ihtimaline göre kanun koyucu işe iade davalarına özgü olmak üzere kesinleşen kararın tebliği şeklinde bir usul öngörmüştür. Ancak işçinin kararın kesinleştiğini öğrenmesi üzerine işe başlama talebinde bulunması mümkün olup somut uyuşmazlıkta kararın kesinleştiğinin UYAP ekranından öğrenilmesi üzerine uulüne uygun olarak işe başlama talebinde bulunmuştur.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu bir olayda ise vekil, ilk derece yargılaması sırasında duruşma tarihinin belirlenmesi hakkında tebligat istemediğini, duruşma tarihinin belirlenmesine ilişkin kararı UYAP üzerinden öğreneceğini beyan etmiş olmasına rağmen Özel Daire ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine, Hukuk Genel Kurulu da hukukumuzda UYAP üzerinden öğrenme şeklinde bir tebligat yöntemi bulunmadığından bahisle Özel Daireyi haklı bularak bozma kararı vermiştir⁸³. Söz konusu YHGK kararı ile benzer içeriğe sahip bir başka

renin münhasıran tebliğden itibaren işlemeye başlayacağını kabul edildiği uygulamaların aksine bireysel başvuru yolunda başvuru süresi, ihlalin öğrenilmesi esasına bağlanmıştır (benzer yöndeki karar için bkz. Mehmet Özcan, B. No: 2019/6266, 15/1/2020, § 27).

27. Sonuç olarak bireysel başvuru konusu yargılama sürecine ilişkin nihai karardan 13/5/2019 tarihinde haberdar olduğu anlaşılan başvuruçunun otuz günlük bireysel başvuru süresinden sonra, 19/6/2019 tarihinde gerçekleştirdiği bireysel başvurunun süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”, AYM, Bireysel Başvuru No: 2019/21781, Karar Tarihi: 23/11/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 23/12/2021-31698.

⁸² Y. 9. HD, E. 2016 / 16190, K. 2020 / 4836, T. 3.06.2020, Hukuktürk.

⁸³ “Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemeye, tensip zaptı ile ön inceleme duruşmasında kendisine kesin süre verileceği bildirilen ve mazeret dilekçesinde duruşma gününü UYAP sisteminden öğreneceğini beyan eden bu ne-

denle ayrıca tebligat istemeyen vekile, gider avansını yatırmaması ihtarının da tebliğine gerek olmadığı, ortalama bir vekilin mazereti nedeniyle katılmadığı bir celsenin zaptını en geç aynı günün mesai bitimine kadar okuyarak yeni duruşma gününü ve mahkemece tespit edilen ara kararları öğrenmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacı vekilinin mazeret talebine ilişkin mahkemece olumlu veya olumsuz bir karar verilmesinin gerekip gerekmediği, davacı vekilinin yokluğunda gider avansının yatırılması için verilen kesin sürenin vekilin talebi sebebiyle UYAP sistemi üzerinden öğrenilmesine karar verilip verilemeyeceği ve burada varılacak sonuca göre Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmeyen ara kararın yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesinin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) uygulama alanını, adli yargı ilk derece hukuk mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinde tutulacak kayıtlar ile yazı işleri hizmetlerinin yürütülmesi ve bu işlemlerde UYAP sisteminin kullanılmasına dair usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkartılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 52'nci maddesi gereğince tebligat işlemlerinin 7201 sayılı Tebligat Kanunu ile Tebligat Kanunu uyarınca çıkarılan yönetmeliklere göre fiziki ya da elektronik ortamda yapılacağı düzenlenmiştir.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun "Tebliğatin yapılması" başlıklı 1'inci maddesinde tüm tebligatların bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılacağı; "Tebliğatin memur vasıtasıyla yapılması" başlıklı 2'nci maddesinde ise özel hüküm bulunması hâlinde tebliğatin kendi memurları veya mahalli mülkiye amirinin emriyle zabıta vasıtasıyla yaptırılacağı kabul edilmiştir.

11.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren "Elektronik tebligat" başlıklı 7/a maddesi ise;

"Tebliğata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.

Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebliğatin zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." hükmünü içermektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılabileceği üzere elektronik tebligat usulünün düzenlendiği Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesindeki düzenleme ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği hükümleri de dâhil olmak üzere, Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde; duruşma gününün UYAP sisteminden öğrenilmesi usulünün uygulanabileceğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında, 05.02.2013 tarihli celse için davacı vekilinin 04.02.2013 tarihli dilekçeyle mazeretli sayılmasına ilişkin talebi üzerine mahkemece davacı vekilinin mazereti kabul edilerek, davacı tarafa eksik gider avansının yatırılması için duruşma tarihinden itibaren iki haftalık kesin süre verilmesine, duruşmanın 16.04.2013 tarihine bırakılmasına ve duruşma gününün UYAP sisteminden öğrenilmesine karar verilmiştir.

Öte yandan, davacı vekilinin 15.04.2013 tarihli dilekçe ile 16.04.2013 tarihli celsede mazeretli sayılmasına ilişkin talepte bulunduğu, mahkeme tarafından davacı vekilinin yasal sürede eksik gider avansını yatırmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere duruşma gününün UYAP sisteminden öğrenilmesi usulünün uygulanabileceğine yönelik bir düzenleme bulunmaması nedeniyle davacı vekilinin usulüne uygun davetiye ile duruşma gününden haberdar edilmediği dolayısıyla eksik gider avansının yatırılmasına ilişkin verilen kesin sürenin usulüne uygun olmadığı açıktır.

Hâl böyle olunca mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.", YHGK, E. 2015 /

karara karşı yazılan karşı oy yazısı ise kanımızca meselenin daha iyi anlaşılması bakımından dikkate değerdir (vurgular bize aittir)⁸⁴:

“Somut olayda davacı vekili, 16.10.2012 tarihli duruşmaya UYAP üzerinden mazeret dilekçesi vererek katılmamış ve yeni duruşma gününün de yine UYAP üzerinden öğrenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece davacı vekilinin mazeretinin kabulüne, yeni duruşma gününün UYAP’tan öğrenmesine, duruşmanın 27.11.2012 tarihine bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkemece duruşma zaptı oluşturularak UYAP’a yüklenmiş ancak davacı duruşma günü gelmemesi nedeniyle dosya işleminden kaldırılmış ve akabinde açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Daire çoğunluğu tarafından UYAP üzerinden yapılan tebligatın geçerli olup olmadığı üzerinde durulmuş ise de konu tebligat ile ilgili olmayıp davacı vekilinin duruşma tutanağına muttali olup olmadığı, dolayısıyla duruşma gününün öğrenilip öğrenilmediği ile ilgilidir. Eğer duruşma günü UYAP’tan öğrenilmiş ise artık ayrıca tebligatın öneme kalmayacaktır.

Elektronik işlemler başlığı altında HMK’nın;

“Madde 445- (1) Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır.

(2) Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir; harç ve avans ödenebilir; dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz.

1741, K. 2018 / 1468, T. 18.10.2018, Hukuktürk; Benzer kararlar için bkz: YHGK, E. 2015/2752, K. 2018/1469, T. 18.10.2018, Hukuktürk; Y, 10. HD, E. 2015/20207, K. 2017/7111, T. 23.10.2017, Hukuktürk; Y, 10. HD, E. 2015 / 20550, K. 2018 / 411, T. 25.01.2018, Hukuktürk; Y, 10. HD, E. 2018/5331, K. 2018/9215, T. 12.11.2018, Hukuktürk; Yargıtay’ın, mevzuatta UYAP üzerinden öğrenme şeklinde bir tebligat yöntemi bulunmadığına ilişkin gerekçesi faks ile tebligatın mümkün olup olmadığı hakkındaki tartışmaları aklı getirmektedir. Faks ile tebligat bakımından da aynı gerekçeye dayanan yargı kararları mevcuttur. Fakat Tebligat Kanunu m. 7’de yer alan, “*hususî vasıtalar*” ifadesi kapsamında faks ile tebligatın mümkün olduğu da savunulmuştur. Faks ile tebligat meselesi hakkındaki tartışma için bkz: Nesibe Kurt Konca, Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri (*Tebligat*), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014 (114), s. 244-245 ve dipnotlarda yer alan eserler.

⁸⁴ Y, 10. HD, E. 2018/5331, K. 2018/9215, T. 12.11.2018, Hukuktürk.

(3) Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(4) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(5) Mahkemelerde görülmekte olan dava, çekişmesiz yargı, geçici hukuki koruma ve diğer tüm işlemlerde UYAP'ın kullanılmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

Bölge Adliye ve İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcıları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğe göre avukatlar da UYAP kullanıcı iseler, UYAP üzerinden dava açabilmekte, temyiz, mazeret dilekçesi verebilmekte veya mahkeme ile her türlü yazışmayı yapabilmektedirler. Avukatların, UYAP ile duruşma tutanakları dahil dosyada bulunan evraklara istediği zaman bürosundan erişim imkanı vardır.

Anayasa Mahkemesinin 1.12.2016 tarih, 2014/16800 başvuru no.lu kararında “öğrenme, gerekçeli kararın tebliği ile sınırlı olarak gerçekleşmez; başka şekillerde de öğrenme söz konusu olabilir. Bu kapsamda nihai kararın gerekçesinin “dosyadan suret alınması” gibi hallerde öğrenilmesi de mümkündür. Başvurucuların nihai kararın gerekçesini “öğrendiklerini beyan ettikleri tarih” de bireysel başvuru süresinin başlangıcı olarak ele alınabilir (...) Bu kapsamda avukatların UYAP Avukat Bilgi Sistemi vasıtasıyla vekaletleri bulunan dava dosyalarını herhangi bir kısıtlama olmaksızın (vekaletleri bulunmayan dava dosyalarını da yine sistem üzerinden ilgili hâkimden onay alarak) inceleyebildikleri ve bu dosyalarda bulunan belgelerden suret alabildikleri göz önünde bulundurulduğunda UYAP üzerinden davayla ilgili işlem yapan vekilin bu sırada nihai karar sonucunu ve gerekçesini kesin olarak öğrenme olanağına sahip bulunduğu açıktır” denilmiştir.

HMK’da taraflarca getirilme ilkesi benimsenmiş, madde 25/1’e göre “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.”

Eldeki davada davacı vekili, UYAP üzerinden mazeret dilekçesi göndermiş ve yeni duruşma gününü de yine UYAP’tan öğrenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Hâkim, davada taraflarca hazırlama ilkesi kapsamında davacı vekilinin iradesine uygun davranmış ve talep üzerine duruşma gününü tebliğe çıkarmamıştır. Duruşma gününün öğrenilmesi yükümlülüğünü davacı vekili üzerine almıştır. Aksi halde tebligat için masraf da vermesi gerekecekti.

Mazeretin kabul edildiği duruşma tarihi 16.10.2012, müteakip duruşma tarihi 27.11.2012 olup açılmamış sayılma kararı ise 28.02.2013 tarihidir. Bu süre içerisinde davacı vekilinin UYAP üzerinden dosyasını kontrol etmesi gerekirdi. Kontrol etme yükümlülüğünden kaynaklanan hatasını başkasına yükleyemez. Davacı vekili, mahkemeden ayrıca tebligat çıkarılmasını istemediği, her istediğinde dava dosyası içeriğine bürosundan ulaşabildiğine göre yerel mahkemenin davanın açılmamış sayılma kararının yerinde olduğu düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.”

Mevcut hukuk kurallarıımız çerçevesinde, genel bir ilke olarak tebligatın re'sen UYAP üzerinden yapılabilmesine olanak tanımak bizce de uygun değildir. Fakat avukatlara tebliğ duruşma sırasında veya celse arasında da yapılabilir. Tebligat sistemimizde böyle bir kural varken ve avukat da kendisi yazılı dilekçe ile tebligat istemediğini, yargılamayı UYAP üzerinden takip edeceğini bildirmişken buna olanak tanımamanın fazla kısıtlayıcı ve usul ekonomisine aykırı bir yorum tarzı olduğunu düşünüyoruz⁸⁵. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, böyle bir durum HMK m. 29 ve TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder⁸⁶. Her halükarda, yukarıda yer verilen kararlar uygulamanın yargılamayla ilgili işlemlerin öğrenilmesi bakımından pratik bir yöntem olarak UYAP'tan yararlanmayı düşündüğünü ve tartıştığını göstermektedir. Diğer yandan, yukarıdaki karşı oy yazısında duruşma tutanağının öğrenilmesi bakımından belirtildiği üzere yargısal süreçlerin UYAP üzerinden takibinin sağlanması halinde klasik anlamda tebligat tartışmaları de gereksiz hale gelebilecektir. Gerçekten de günümüzde cep telefonu, akıllı telefon, tablet ve bilgisayar kullanımı bu kadar yaygınlaşmış ve hayatın her alanında bu teknolojiler kullanılıyorken, tarafların yargılama sürecinde gerçekleşen işlemlere dair sms ve mail gibi yöntemlerle bilgilendirilmesi⁸⁷, ilgili evrak, belge ve kararlara ise UYAP üzerinden ulaşılması neden

⁸⁵ Tebligatın UYAP üzerinden öğrenme yöntemiyle gerçekleştirilmesine karar verilen hallerde tebliğ yokluğu söz konusu olduğuna dair bkz: Mine Akkan, Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat, Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 14, S. 39, 2018/1, s. 79; Taner Emre Yardımcı, Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat, Ankara Barosu Dergisi, 2019/3, s. 12; Levent Börü, Elektronik Tebligat, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 10(1), s. 213-214; Avukatın duruşmaya katılmayacağını ve yeni duruşma gününü UYAP üzerinden öğreneceğini beyan etmesine rağmen sonrasında tebliğ yapılmadığını ileri sürmesinin HMK m. 29 ve TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu, bu nedenle söz konusu hususla ilgili Tebligat Kanunu'nda düzenleme yapılması gerektiğine dair bkz: Börü, a.g.m, s. 214, 98 no.lu dipnottaki açıklamalar.

⁸⁶ Börü, a.g.m, s. 214, 98 no.lu dipnottaki açıklamalar.

⁸⁷ Bkz: 44 No.lu Dipnot; Usul ekonomisi ilkesinin korunması için tebligata ilişkin alınabilecek önlemler ve bu kapsamda teknolojik gelişmelerden daha yoğun şekilde yararlanılması gerektiği hakkında bkz: Rüzgaresen, a.g.e, s. 273; Makul sürede yargılamayı sağlamak için tebligatta teknolojik gelişmelerden yararlanılması gerektiği hakkında bkz: Aktepe Artık, a.g.e, s. 297-299.

mümkün olmasın⁸⁸? Bu şekilde bir sisteme bir anda tamamıyla geçiş sağlanamasa bile bulunabilecek çeşitli ara formüllerle yargılamaya ilişkin en büyük sorunlardan birisi olan tebligat meselesi büyük ölçüde ortadan kaldırılabilir. Ara formül olarak ise örneğin, (yukarıda da değinildiği gibi) kendisine dava dilekçesi normal yollarla tebliğ edilen davalıya, cevap dilekçesi ile birlikte mail adresi ve telefon numarası bildirmesi gerektiği ihtar edilebilir. Hatta MERNİS sisteminde olduğu gibi E-Devlet üzerinden her vatandaşın idari ve yargısal işlemlerde kullanılmak üzere bir mail adresi ve telefon numarası bildirmesi esası benimsenebilir. Bu konuda bilişim ve GSM şirketleri ile işbirliğine gidilmesi de düşünülebilecek seçeneklerden bir tanesidir⁸⁹.

Vurgulamamız gerekir ki yargılama sürecinin büyük oranda UYAP üzerinden yürütülmesi ve yukarıda tebligata ilişkin yer verilen hususlar, e-tebligat gibi hukuk sistemimizde belli bir aşamaya gelmiş bir uygulamanın terk edilmesi sonucunu doğuracağı için eleştirilebilir. Fakat PTT tarafından Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi çerçevesinde sunulan bu hizmet yalnızca yargı organları tarafından kullanılmamaktadır. Başka birçok kamu kurumu da tebligat işlemlerini gerçekleştirmek için söz konusu sistemi kullanmaktadır. Diğer yandan, ülkemizde özellikle idari e-tebligat alanında bir mevzuat ve uygulama karmaşası bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁰. Buna göre idareye mensup birçok kamu kurumu bakımından e-tebligata ilişkin birbirinden bağımsız düzenlemeler yapılmış ve hatta farklı altyapı sistemleri öngörülmüştür⁹¹. Doktrinde söz konusu husus eleştirilerek, elektronik tebligat bakımından ortak sistem olarak UETS'nin kullanılmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir⁹². Bu nedenle, UYAP sistemi üzerinde yapılan güncellemeler sonucu yargılamanın çevrim içi ortamda yürütülmesi ve ilgililerce takip edilmesi halinde e-tebligat

⁸⁸ Karş., "Adalet erişim mekanizması günümüzde büyük ölçüde fiziki ortamda işliyor olsa da neredeyse tüm sürecin UYAP ortamına aktarılması ve varsayılan olarak bu ortamda yürütülmeye başlanması, gelecekte uyumsuzluk çözüm süreçlerinin de neredeyse tamamının sanal ortamda işletilmesinin önünü açmıştır.", Kiyak, Zeki UYAP, s. 110; Karş., "Gelecekte ise, hayatın her alanına sirayet eden teknolojinin sağladığı özgürlük ve elverişliliğin yargılama usûlüne de sıçrayacağına şüphe yoktur. Kanımızca geleceğin tartışması dava malzemesinin sunumunun elektronik ortamda, form doldurmak ya da video, ses ya da görüntü kaydetmek suretiyle elektronik veri halinde gerçekleştirilmesi olacaktır.", Alpay, a.g.e, s. 162; Alman Usul Kanunu'nun 130d paragrafı gereğince Almanya'da avukatlar ve resmi makamlar bakımından 1.1.2022 tarihi itibarıyla mahkemelere gönderilecek dilekçe, belge, ek vs. gibi evraklar bakımından elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirileceği yönünde bkz: Akkan, a.g.m, s. 47; Türk hukuk yargılamasında ise HMK m. 445 gereği bu husus tarafların tercihinin bırakılmıştır.

⁸⁹ Nitekim Çin ve İngiltere'de, çevrim içi mahkemelerle ilgili pilot projelerde, telefon, mail, faks gibi olanaklardan yargılamada yararlanılmakta hatta Çin'de İnternet Mahkemeleri'nde kimlik teyidi için yüz tanıma teknolojisi kullanılmaktadır. Bkz: Mıdık, Çevrim İçi Mahkemeler, s. 708-709.

⁹⁰ Akkan, a.g.m, s. 43.

⁹¹ Akkan, a.g.m, s. 38-44.

⁹² Akkan, a.g.m, s. 43-44.

uygulaması işlevsiz hale gelmeyecek, UETS sistemi -yukarıda örnek olarak verildiği gibi- diğer kurumların tebligat işlemleri için kullanılabilir.

Meseleye bir başka yönden bakmak gerekirse, yukarıda yer verilen açıklama ve eleştiriler, e-tebligat uygulamasının mutlaka terk edilmesi gerektiği şeklinde de anlaşılmamalıdır. Sistemin geldiği seviye itibarıyla yargılama bakımından korunmasının daha uygun olup olmayacağına karar vermek ilgili mercilerin takdir yetkisindedir. Burada öne çıkarmaya çalıştığımız husus, en baştan itibaren meseleye klasik anlamda tebligatın unsurlarını elektronik ortama taşımak şeklinde bakmak yerine, daha köklü, işlevsel ve ucuz bir çözüm şeklini hayata geçirmenin ihtimal dahilinde olabileceğinin farkına varılmasıdır. Bu kapsamda olmak üzere, yerleşik düzenin rutin işleyiş şeklinden dolayı zihinlerde oluşan kalıpların dijitalleşme sürecine de doğrudan yansındığını ortaya koymaktır.

III. Hukukî Bilgiye Erişim Olanakları

Yargılamada teknolojinin yenilikçi şekilde kullanılması ile ilgili üzerinde durmak istediğimiz son husus, hak arama özgürlüğünü kullanmak isteyen bireylere bilişim teknolojileri aracılığıyla hukukî bilgilendirmede bulunulmasıdır⁹³. Şüphesiz ortaya çıktığı ilk yıllardan beri birçok konuyla ilgili internetten araştırma yapmak mümkündür. Bu kapsamda, insanlar sağlık, hukuk, eğitim, psikoloji gibi alanlara ilişkin internet üzerinden araştırma yapabilmekte ve hatta bu araştırmalar neticesinde ulaştıkları bazı eksik, yanlış veya güncelliğini yitirmiş bilgileri avukat ya da doktor gibi çeşitli meslek mensuplarına karşı dahi kullanabilmektedirler. Ülkemizde de gerek mevzuat.gov.tr adresinden gerekse diğer resmi kurumların web sitelerinden kanun, yönetmelik, tüzük gibi ilgili mevzuata ulaşmak mümkündür. Ayrıca T.C. Resmi Gazetesi'ne de uzun süredir çevrim içi ortamda erişilebilmektedir. Bunların yanı sıra, artık Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi gibi birçok yüksek mahkemeler de internet ortamı üzerinden karar paylaşımı yapmaktadır. Diğer yandan, hukukî konularla ilgili bilgi, tecrübe ve önerilerin paylaşıldığı çeşitli web siteleri ve forumlar gerek dünyada gerekse ülkemizde faaliyet göstermektedir. Ayrıca mevzuat, yargı kararları ve bilimsel eserleri bir araya getirerek ücretli şekilde hukukçuların kullanımına sunan içtihat arama motorları, elektronik hukuk bankaları, kütüphanelerin veri tabanlarında yer alan ve uzaktan erişilebilen ücretsiz elektronik hukuk kaynakları da meselenin bir

⁹³ Esasen bu mesele başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturabilecek genişliktedir. Fakat çalışmamızdaki başlıca amacımız, teknolojik gelişmelerin yargılamanın köklü şekilde dönüşümünü sağlamak için nasıl kullanılabilirliği fikrini somut örnekler üzerinden açıklamak olduğundan dolayı meseleyi bütünüyle ele almamız mümkün değildir. Bu nedenle, konuyla ilgili belli başlı bazı hususlara değinilmekte yetinilecektir.

başka yönünü oluşturmaktadır. Sonuç olarak, bilgi ve internet teknolojileri aracılığıyla hukukî bilgilere ulaşılması yeni ortaya çıkmış bir olanak değildir. O halde, bilişim teknolojileri aracılığıyla hukukî bilgiye erişim kavramı ile kastedilen tam olarak nedir?..

Çalışmamızda teknoloji aracılığıyla hukukî bilgilendirmeye erişim kavramı ile ifade edilmek istenen husus, her şeyden önce mümkün olduğunca *kişiselleştirilmiş* hukukî bilgiye erişimdir. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, günümüzde okuma yazma bilen ve internet bağlantısına sahip olan herhangi birisinin mevzuata ve yargı kararlarına erişmesi zor değildir. Fakat belirli bir hukukî eğitime sahip olmayan bu kişilerin söz konusu içerikleri anlayarak içinde bulundukları hukukî süreçleri kendi başlarına yürütebilmesi oldukça zordur. Çünkü dünyada ve ülkemizde yargısal süreçler, kural olarak hukukçuların anlayabileceği ve yürütebileceği kompleks usuller üzerine bina edilmiştir. İşte tam bu noktada, hukuk teknolojileri aracılığıyla hukukçu olmayan sıradan bireylerin uyuşmazlık çözüm süreçlerini kendi kendilerine yürütmesinin önü açılabilir⁹⁴.

Yukarıda genel olarak değinilen söz konusu olanağı daha iyi anlamak için şu şekilde somut bir örnek kurgulayabiliriz: Soğuk kış aylarında kullanmak için internet üzerinden dünyaca tanınmış bir markaya ait elektrikli ısıtıcıyı satın aldığımızı varsayalım. Kargo ile evimize teslim edilen ısıtıcı beklediğimiz özelliklere sahip çıkmamış veya ısıtıcı hiç teslim edilmemiştir. İlgili firma ve web sitesi ile iletişime geçip meseleyi anlatmamıza rağmen sorunumuz çözülmemiştir. Bu durumda, hafta içi her gün, gün boyunca işyerinde olmamız gerektiği için bizzat tüketici hakem heyetine gitmemiz mümkün değildir. Bizzat gidebilsek dahi hukukî bir eğitimimiz olmadığı için tüketici hakem heyetine verilmek üzere hazırlanacak basit bir dilekçe bile bizim için karmaşık bir işlem haline gelmektedir. Uyuşmazlığın değerini dikkate aldığımızda, sorunun çözümü için avukat tutmak veya bir avukata dilekçe hazırlatmak da külfetli bir seçenek olarak gözükmektedir. İşte bu durumda, uyuşmazlığın çözülmesi için çevrim içi şekilde başvuracağımız Tüketici Bilgi Sistemi'nin (TÜBİS) bizi ilgili adımlar konusunda bilgilendirdiği ve yönlendirdiği bir uyuşmazlık çözüm sistemini düşünelim⁹⁵. Buna göre, TÜBİS ekranını açtığımızda karşı-

⁹⁴ "Online guidance embedded in online courts is a strong illustration of radical change. It is not a polished version of yesteryear's court service. It makes us uncomfortable because it is such a departure from the traditional conception of a court.", Susskind, a.g.e, s. 128-129.

⁹⁵ Tüketici Bilgi Sistemi (TÜBİS), Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından tüketici hakem heyetlerine elektronik ortamda başvuru yapılmasını sağlamak için tasarlanmış bilişim sistemidir. Söz konusu bilişim sistemi, 2010 yılında hizmet vermeye başlamıştır. Tüketici hakem heyetleri ve TÜBİS'in yeniden yapılandırılmasına ilişkin son çalışmaların sonucu olarak halihazırda, *sadece e-devlet şifresi ile* TÜBİS üzerinden tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılabilmektedir. Başvuru yapılabilmesi için tüketicilerden ıslak imza, e-imza veya mobil imza gibi herhangi başka bir doğrulama

mıza çıkan yazılı açıklamalar, videolar, yararlı web sayfası linkleri, sık sorulan sorular için hazırlanmış cevaplar, benzer uyuşmazlıklara ilişkin geçmişte ağırlıklı olarak ne yönde karar verildiği ve buna benzer içerikler ile tüketiciler yönlendirilmelidir⁹⁶. Bunun yanı sıra ve daha da önemlisi, tüketicinin TUBİS giriş sayfasına yerleştirilen bir uzman sistemini (expert system) kullanarak uyuşmazlığa ilişkin spesifik şekilde bilgilendirilmesi ülkemizdeki milyonlarca tüketici açısından önemli bir işleve sahip olabilecektir⁹⁷. Ayrıca tüketicinin, TUBİS sayfasında yer alan uzman sistemi tarafından sorulan sorulara verdiği cevapların otomatik olarak kaydedildiğini ve uzman sisteminin kullanımı sona erdiğinde, kaydedilen bilgilere dayanılarak tüketici için otomatik şekilde bir dilekçe taslağı oluşturulduğunu böylelikle yalnızca başvuranın bakış açısından da olsa bir uyuşmazlık özetinin ortaya çıkarılacağını düşünelim. Aleyhine başvuru yapılanın da başvuruya karşı cevap verirken TUBİS üze-

yöntemi talep edilmemektedir. UYAP Vatandaş Portal bakımından ise dava açmak isteyen kişinin e-imzaya sahip olması gerekmektedir. Kanımızca TUBİS sisteminin kullanımı UYAP'a kıyasla daha kolaydır. Sistem daha kullanıcı dostu şekilde tasarlanmıştır. *Bu kapsamda, TUBİS sisteminde, çalışmamızda yer verdiğimiz teknolojik yeniliklerin bir kısmına halihazırda yer verilmiştir.* Dolayısıyla zikrettiğimiz hususlara ilişkin daha ileri ve yeni çalışmaların yapılması bakımından TUBİS'in önemli bir platform sunduğunu söylemek mümkündür. TUBİS hakkında bkz: <https://ticaret.gov.tr/duyurular/tuketici-hakem-heyetlerinin-yeniden-yapilandirilmesi-hakinda-basin-aciklamasi>, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/tuketici-hakem-heyetleri/tuketici-hakem-heyetlerine-iliskin-bilgilendirme-metni> (E.T: 21.11.2022).

⁹⁶ Bir önceki dipnotta ifade ettiğimiz üzere, halihazırda TUBİS sisteminde söz konusu yeniliklerden bazılarının yer verilmiştir. Söz gelimi, TUBİS'e giren kullanıcılar sistem üzerinden sık sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplara erişebilmektedir. Yine başvurunun gerçekleştirilmesi açısından da sistemde tüketiciye tanınan bazı kolaylıklar bulunmaktadır. Örneğin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tarafından tüketiciye tanınan bazı seçimlik haklar sisteme yazılım dili vasıtasıyla tanımlanmıştır. Dolayısıyla tüketici bu taleplerden birini TUBİS üzerinde yer alan menü aracılığıyla seçebilmektedir. Söz konusu hususlar, TUBİS'in kişiselleştirilmiş hukukî bilgiye erişim açısından önemli bir başlangıç ve deneme alanı olabileceğini göstermektedir. Böylelikle TUBİS bünyesinde gerçekleştirilmiş olan yenilikler de daha ileriye taşınarak tüketicilerin adalete erişimi güçlendirilebilir.

⁹⁷ Uzman sistemleri, belirli bir alandaki (hukuk, sağlık, finans vs. gibi) uzmanlık bilgisinin kodlama dili aracılığıyla herkesin kullanabileceği bir programa dönüştürülmesini ifade eder. Örneğin, Kanada Medenî Uyuşmazlık Çözüm Heyeti'nin (British Columbia Civil Resolution Tribunal) web sitesinde yer alan Çözüm Gezini (Solution Explorer) hukuk alanındaki uzman sistemlerine bir örnektir. Bu sistemde, kullanıcıya uyuşmazlık hakkında ardışık şekilde sorular sorulmakta ve sorulara verilen cevaplar çerçevesinde ilgili kişi yönlendirilmektedir. Programın kullanımı herkese açık ve ücretsizdir. Kullanıcıya sorulan sorular, hukuksal terimlerden arındırılmış bir şekilde gündelik dilde tasarlanmaktadır. Sistemde, kullanıcı dostu şekilde tasarlanan interaktif bir iletişim yöntemiyle kişiselleştirilmiş hukukî bilgiye erişim imkânı sunulmaktadır. Örneğin, söz konusu sorular aracılığı ile mevcut uyuşmazlığın Medenî Uyuşmazlık Çözüm Heyeti'nin yargılama sahasına girip girmediği ve başvurunun başka hangi yollara başvurulabileceği hakkında yönlendirme sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki Çözüm Gezini türünden uygulamalar yargı sistemlerinde yeni yeni kullanılmaya başlanmaktadır. Fakat söz konusu alandaki gelişmeler devam etmekte olup, açıklanan türdeki programlar ileride yargılamayı çok daha köklü şekilde etkileyebilir. Bu nedenle Türk hukukunda da bu yönde araştırma ve geliştirme projelerine başlamak gerekmektedir. Uzman sistemleri hakkında bkz: Thompson, a.g.m, s. 13-15.

rinden söz konusu sistemi kullanması halinde her iki tarafın sorulan sorulara verdiği cevaplar çerçevesinde daha objektif bir uyuşmazlık özeti oluşturulma şansı elde edileceğini vurgulayalım. Açıklanan şekilde bir uzman sisteminin TÜBİS bünyesinde istihdamı, özellikle zayıf konumda olan tüketiciye, karşı karşıya olduğu uyuşmazlık çerçevesinde sahip olduğu haklar ve uyuşmazlık çözüm sürecinin ne şekilde yürütüleceği hakkında interaktif bir şekilde bilgi edinme olanağı sağlayacaktır.

Bilişim teknolojileri aracılığıyla yargı sistemine başvurmak isteyen bireyleri yönlendirebilmek için söz konusu kişilere yapılacak bilgilendirmenin hukuki terimlerden arındırılmış bir şekilde yapılması gerekir. Buna göre mahkeme veya uyuşmazlık çözüm organı web sitesine konulacak ilgili materyal ve dokümanlar ile UYAP, TÜBİS gibi bilişim sistemleri üzerinden yapılacak açıklanan yöndeki muhtemel değişikliklerde, gündelik ve sade bir dil kullanılmalı, getirilen yenilik ile doğrudan yargı hizmetinin alıcısı konumunda ve uyuşmazlığın tarafları olan toplumdaki sıradan bireyler hedeflenmelidir.

Hali hazırda yukarıda açıklanan türde yöntemleri kullanarak tüm hukuk sistemi bakımından bir hukukî bilgilendirme ve yönlendirme olanağı tanımak zordur. Bu yöndeki gelişmeler dünyada da henüz başlangıç aşamasındadır fakat zamanla tüm hukuk sistemini etkileme ve belki de köklü şekilde dönüştürme potansiyeli taşımaktadır. Çünkü söz konusu yöntemler, birçok uyuşmazlık alanında adalete erişimi oldukça masrafsız, basit ve kısa hale getirebilmektedir. Bu nedenle hukuk sistemimizde de, öncelikle basit nitelikli ve küçük miktarlı fakat yaygın olarak karşılaşılan uyuşmazlıklardan başlayarak ilgili yöntemleri denemeye çalışmak yararlı olacaktır. Bu çerçevede mesela, yukarıda verilen TÜBİS örneği güzel bir başlangıç noktası teşkil edebilir. Fakat TÜBİS ile ilgili örnek olması bakımından yapılan açıklamaları UYAP Vatan-daş Portal için de uyarlayabilir ve toplumdaki önemli sayıda birey için yargıya ve adalete erişim imkânlarını genişletebiliriz. Esasen, yukarıda yer vermiş olduğumuz yargılamanın kural olarak UYAP üzerinden takibini sağlamak için de zaten TÜBİS örneği üzerinden yapılmış olan açıklamaların UYAP'ta da uygulanması gerekir. Aksi takdirde, duruşma sistemini revize ederek yargılamayı basit, hızlı ve ucuz hale getirmeye hedefleyen bu fikir tam tersine olarak adalete erişimin önüne yeni engeller çıkarabilir⁹⁸.

⁹⁸ Kanımızca buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, toplumumuzdaki birçok kişi ve hukukçu tarafından fazlaca teorik düşünceler olarak algılanabilir. Fakat vurgulamamız gerekir ki dünyadaki hukuk teknolojilerine ilişkin söz konusu yenilikler halihazırda özel sektörde ve kamu sektöründe etkili olmaya başlamıştır. Mesela bu konuda örnek olarak, LegalZoom ve Motor Accident Claim Online uygulamaları verilebilir. LegalZoom Amerika Birleşik Devletleri'nde çevrim içi şekilde faaliyet gösteren bir hukuk teknolojisi şirkettir. Bu şirket vasiyetname hazırlanması, sözleşme düzenlenmesi, fikri mülkiyet haklarının korunması gibi birçok konuda müşterilerine danışmanlık hizmeti vermektedir. Söz konusu şirkete karşı avukatlık tekelini ihlal ettiği gerekçesiyle ABD'de

Meselenin esasına dönecek olursak, yukarıda ifade edilen hususlar teknolojiye yenilikçi bakış açısının hukukî bilgiye erişim bakımından getirdiği dönüşümü de ortaya koymaktadır. Buna göre bilişim teknolojileri, hukukî bilgiye erişim alanında köklü bir dönüşüm sağlayarak, kullanıcılara çevrim içi şekilde sağlanabilecek hukuksal rehberlik hizmetlerini salt mevzuat ve iç-tihathatların elektronik ortalama kopyalanması anlayışından uzaklaştırarak söz konusu hizmetleri daha özgün, işlevsel ve herkes tarafından erişilebilir hale getirme potansiyeli taşımaktadır. Bu potansiyelin iyi şekilde değerlendirilmesi halinde yargı sisteminden hizmet alan milyonlarca kişi adalete daha kolay ve ucuz şekilde erişebilir. Böylelikle sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri de etkili bir şekilde yerine getirilmiş olacaktır.

Sonuç

Çalışmamızda göstermeye çalıştığımız üzere orta ve uzun vadede bilişim teknolojileri hukuk sistemimizi köklü şekilde etkileme potansiyeli taşımaktadır. Günümüzde teknolojinin geldiği noktaya bakıldığında bu etkilenmenin bir ölçüde kaçınılmaz olduğu ortadadır. Asıl önemli olan, söz konusu etkilenmenin hangi oranda gerçekleşeceği ve yargılamayı daha iyi hale getirip getirmeyeceğidir. Teknoloji kendi başına olumlu bir etken olmadığı için diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da teknolojik dönüşümün kontrollü şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna göre teknolojiye ilişkin yeniliklerin yargılama sistemine, hukuk devleti ilkesine ve temel yargısal haklara zarar vermeyecek, aksine onları güçlendirecek şekilde yansıtılması büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan yargılamanın dijital dönüşümü, geleneksel anlamdaki yargılama işlemlerinin elektronik ortama kopyalanmasından ibaret olarak algılanmamalıdır. Bunun yerine, mümkün olan alanlarda teknolojik gelişmelerden özgün bir şekilde yararlanılarak yargılamaya ilişkin kavram, kurum, kural ve ilkelerimiz yeniden yapılandırılabilir. Bu kapsamda olmak üzere çalışmamızda, hukuk yargılamamızdaki duruşma sistemini, tebligat sistemini ve hukukî bilgiye erişim olanaklarını ele almaya çalıştık. Şüphesiz söz konusu meselelere ilişkin çalışmamızda ifade edilen görüşler oldukça genel niteliklidir. Bu görüşlerin daha da detaylandırılarak açıklanması mümkün ve gereklidir. Hatta bazı yaklaşımlarımızın hatalı yahut fazla abartılı/hayalci olması da mümkündür. Diğer yandan, yargılama sürecinin UYAP üzerinden yürütülmesi ve hukukî bilgiye erişim olanakları hakkında yapılan açıklamalarda yer alan tasarılarla benzer yeniliklerin dengeli ve dikkatli bir şekilde ger-

dava açılmıştır. <https://www.legalzoom.com/country/tr> (E.T: 19.11.2022). Motor Accident Claim Online ise Singapur'da, trafik kazalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ilgililerin kusur ve zarar miktarı hakkında interaktif şekilde bilgilendirildiği hukuk teknolojisi uygulamasıdır. <https://motoraccidents.lawnet.sg/> (E.T: 19.11.2022).

çekleştirilmesi ancak orta ve uzun vadede sağlanabilir. Aksine bir yöntemin benimsenmesi halinde bu durumdan yargı sistemimiz ve hak arayan bireyler olumsuz şekilde etkilenebilir. Dolayısıyla burada asıl mesele, açıklamış olduğumuz yeniliklerin hepsinin yargı sisteminde uygulanması değil, bu üç mesele özelinde gösterilmeye çalışılan genel yaklaşımın hukuk yargılamasına yönelik yeni bir bakış açısı şeklinde dikkate alınmasıdır. Bu yapılmaya çalışıldığı takdirde ortaya çıkacak özgün bakış açıları aracılığıyla, teknoloji ile yargı sistemi arasındaki ilişkinin, yargı sisteminin benimsemiş olduğu temel değerleri erozyona uğratmadan ve verimli bir şekilde kurulması şansı da artırılabilir.

Kaynakça

- Allen Larson, David, Designing and Implementing a State Court ODR System: From Disappointment to Celebration, *Journal of Dispute Resolution*, Issue 2, Article 7, Volume 2019, s. 77-102.
- Aktepe Artık, Sezin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- Akkan, Mine, Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat, *Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 39, 2018/1, s. 23-89.
- Akkan, Mine, Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Yetkin Yayınevi, 2009, s. 31-63.
- Alpay, Ece, İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi, İstanbul Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ulusal Tez Merkezi.
- Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası Raporu, Dijitalleşmeden Dijital Dönüşüme: Ticari Uyuşmazlıklarda Çevrim İçi Mahkemeler?, Ekim 2020.
- 5th Annual Ryder Lecture: the University of Bolton, ‘The Modernisation of Access to Justice in Times of Austerity’, The Rt. Hon. Sir Ernest Ryder, Senior President of Tribunals, 3 March 2016.
- Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, Ekim 2022, İstanbul.
- Börü, Levent, *Elektronik Tebligat*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2020, s. 183-225.
- Ebner, Noam ve E. Greenberg, Elayne, Strengthening Online Dispute Resolution Justice, *Washington University Journal of Law and Policy*, Volume 63, 2020, s. 65-118.
- Gündüz, Okan, *Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kaya, Serkan, Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution, On İki Levha Yayınevi, Temmuz 2020, İstanbul.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, 6. Baskı, C. 2.
- Kurt Konca, Nesibe, Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri (*Tebligat*), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014 (114), s. 239-274.
- Kurt Konca, Nesibe, *Medenî Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Kıyak, Emre, Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 205, Kasım 2021, s. 1453-1502.
- Kıyak, Emre, Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru (*Zeki UYAP*), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1, 2020, s. 79-121.

- Mıdık, Barış, Sorularla Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (*Sorular*), On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, Aralık 2021, İstanbul.
- Mıdık, Barış, Türk Medenî Usul Hukuku Bakımından Çevrim İçi Mahkemeler (Çevrim İçi Mahkemeler), 1. Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Adalet Yayınevi, Aralık 2021.
- Pekcanitez, Hakan, 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Oturum Başkanı Sıfatıyla Yapılan Genel Değerlendirme Konuşması (*Genel Değerlendirme*), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007.
- Pekcanitez, Hakan, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı Özel Sayısı, Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma (*Konuşma*), C. 4, S. 2.
- Pirinççi, Gökhan (Avukat), Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, Üçüncü Gün Üçüncü Oturum, TBB Yayınları, Ankara 2008.
- Pekcanitez, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753-791.
- Özmumcu, Seda, Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), s. 431-454.
- Rüzgaresen, Cumhur, Medenî Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Salter, Shannon, Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal, Windsor Yearbook of Access to Justice, 34(1), s. 112-129.
- Susskind, Richard, Online Courts and the Future of Justice, Oxford University Press, 2019, 1. Baskı.
- Tanrıku, Cengiz, (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi), 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Yapılan Konuşma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007.
- Thompson, Darin, Creating New Pathways to Justice Using Simple Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution (International Journal of Online Dispute Resolution, Vol. 1 (2), 2015), Osgoode Legal Studies Research Paper Series 152, Volume 12, Issue 6, 2016, s. 4-53.
- Yardımcı, Taner Emre, Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat, Ankara Barosu Dergisi, C. 77, S. 3, 2019, s. 1-38.
- Yıldırım, Kamil, 5. Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısında Yapılan Konuşma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara 8-9 Eylül 2006), TBB Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2007.

Yargı Kararları

AYM, Bireysel Başvuru No: 2019/21781, Karar Tarihi: 23/11/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 23/12/2021-31698.

YHGK, E. 2015 / 1741, K. 2018 / 1468, T. 18.10.2018, Hukuktürk.

YHGK, E. 2015/2752, K. 2018/1469, T. 18.10.2018, Hukuktürk.

Y, 10. HD, E. 2015/20207, K. 2017/7111, T. 23.10.2017, Hukuktürk.

Y, 10. HD, E. 2015 / 20550, K. 2018 / 411, T. 25.01.2018, Hukuktürk.

Y, 10. HD, E. 2018/5331, K. 2018/9215, T. 12.11.2018, Hukuktürk.

Y. 9. HD, E. 2016 / 16190, K. 2020 / 4836, T. 3.06.2020, Hukuktürk.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://ticaret.gov.tr/duyurular/tuketici-hakem-heyetlerinin-yeniden-yapilandirilmasi-hakinda-basin-aciklamasi>.

<https://ticaret.gov.tr/tuketici/tuketici-hakem-heyetleri/tuketici-hakem-heyetlerine-iliskin-bilgilendirme-metni>.

<https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/document/national-judiciary-informatics-system-uyap>.

https://explore.civilresolutionbc.ca/ES_SummaryReport?id=a1Z5o000000CVj4EAG.

<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/20160303-ryder-lecture2.pdf>.

<https://www.legalzoom.com/country/tr>.

<https://motoraccidents.lawnet.sg/>.

<https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>.

<https://uyap.gov.tr/Hizmetler>.

<https://www.susskind.com/>.

<https://sms.uyap.gov.tr/>.

<https://www.hukukturk.com/anasayfa>.

Bir Esnek Çalışma Türü Olarak Tele Çalışma

Teleworking: A Type of Flexible Work

Arş. Gör. Büşra Gizem ÜNER^(*)

Öz:

20. yüzyılın ortalarından itibaren dünyadaki teknolojik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan esnek çalışma türlerinden biri olan tele çalışma, işçinin işini teknolojik iletişim araçları ile evinde ya da işyeri dışında herhangi bir yerde yerine getirmesi esasına dayalı olarak gerçekleşen çalışma türüdür. Tele çalışmada diğer bütün iş sözleşmelerinde bulunan ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarının yanına teknoloji ve mesafe unsurları da eklenmektedir. Tele çalışma, teknoloji unsuru ile klasik anlamdaki iş ilişkisinin yanı sıra diğer esnek çalışma türlerinden de ayrılmaktadır. Mesafe unsuru ise işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu kapsamında çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Tüm dünyayı etkisi altına alan salgın nedeniyle daha önce hiç tele çalışma deneyimi olmayan işletmeler dahi topluca tele çalışma sistemine geçmek zorunda kalmıştır. Bu nedenle işçi ve işverenlerin aşına olduğu klasik anlamdaki iş ilişkisinden farklı özellikler arz eden tele çalışmanın iş hukuku kavramlarıyla olan ilişkisinin ve tele çalışma kapsamında tarafların hak ve borçlarının açıklanması önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Tele Çalışma, Esnek Çalışma, Esneklik, Uzaktan Çalışma, Covid-19.

Abstract:

Telework, which is one of the flexible working types that has emerged due to the technological and economic developments in the world since the mid-20th century, is a type of work that is based on the principle of the worker performing his / her job at home or outside the workplace with technological communication tools. In telework, technology and distance elements are added besides to the wage, employment and dependency elements which found in all other employment contracts. Teleworking is distinguished from other types of flexible work, as well as the employment relationship in the classical sense with the element of technology. The distance element of telework, on the other hand, brings with it various problems within the scope of the employer's obligation to ensure occupational health and safety. Due to the pandemic that affected the whole world, even businesses that had no previous experience of telework had to switch to telework system collectively. For this reason, it is important to explain the relationship of telework, which has different characteristics from the classical business relationship familiar to workers and employers, with classical labor law concepts and the rights and obligations of the parties within the scope of telework.

Keywords:

Telework, Flexible Work, Flexibility, Distance Work, Covid-19.

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: busra.uner@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-6146-2813>.

Makalenin geliş tarihi: 16.12.2022 - Makalenin kabul tarihi: 06.01.2023.

Giriş

20. yüzyılın ortalarından itibaren teknolojik ve ekonomik gelişmeler, küreselleşme, işverenlerin rekabeti arttırmak için maliyetleri azaltma çabaları, üretim biçimlerinin değişerek hizmet üretiminin çeşitlenmesi ve bilgi yoğun üretimin önem kazanması nedenleriyle klasik çalışma ilişkisine göre süre ve şekil bakımından esnek çalışma türleri ortaya çıkmıştır¹.

Esnek çalışma türlerinden biri olan tele çalışma da bu dönemde ortaya çıkmış olup klasik iş ilişkisinden farklı bir görünüm arz etmesi nedeniyle unsurları, türleri, işçi ve işverenler açısından olumlu ve olumsuz yönleri ve klasik iş hukuku kavramlarıyla olan ilişkisi bakımından sıkça tartışılmıştır. Ülkemizde ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu² (İş K.) ile yasal düzenlemeye kavuşan tele çalışma kavramına ilişkin tartışmaların bir kısmı bu düzenleme ile geçerliliğini yitirse de pek çok tartışma hali hazırda devam etmektedir.

Bu çalışma kapsamında ise ilk olarak tele çalışma dışındaki diğer esnek çalışma türlerine kısaca yer verilerek tele çalışma ile benzerlikleri ve farklılıkları ele alınacaktır. Çalışmamız kapsamında esnek çalışma türlerinden kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma, platform çalışma modeli ve tele çalışmanın da içerisinde olduğu uzaktan çalışma ele alınacaktır. Uygulamada evde çalışmanın evde tele çalışma ile sıklıkla karıştırılması nedeniyle bu iki çalışma ilişkisi arasındaki fark ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Tele çalışma ilişkisi ise İş K., Uzaktan Çalışma Yönetmeliği³ (Yönetmelik) ve Avrupa Birliği Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Sözleşmesi (Çerçeve Sözleşme) hükümleri uyarınca detaylı bir şekilde incelenmeden önce tele çalışmanın işçi, işverenler ve kamu otoriteleri açısından olumlu ve olumsuz yönleri ele alınacaktır. Çalışmamız kapsamında hukuki çerçevenin doğru bir şekilde çizilebilmesi için tele çalışmanın unsurları, türleri ve tele çalışma ilişkisinde tarafların hak ve borçları konuları incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise uygulamada tele çalışma ilişkisinin kurulması sırasında ortaya çıkan sorunlara değinilerek çalışmamız tamamlanacaktır.

¹ Esnek çalışma türlerinin ortaya çıkmasının nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **EYRENCİ** Öner, "İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliği", Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü İşverenleri Sendikası (TÜHİS), Mayıs-Ağustos 2001, s. 1-12; **SAĞLAM** Nazlı, "İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışmada "Teknostres" Kavramının Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Nisan 2022, s. 216.

² 10.06.2003 tarih ve 25134 numaralı Resmi Gazete.

³ 10.03.2021 Tarih ve 31419 Sayılı Resmi Gazete.

I. Esnek Çalışma Türleri

A. Kısmi Süreli Çalışma

Esnek çalışma türlerinin en bilineni⁴ olan kısmi süreli çalışma, çalışma süresi yönünden klasik iş ilişkisinden ayrılmaktadır. Gerçekten de 4857 sayılı Kanun'un 13. maddesine (m.) göre “işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal bir işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir”.

Kanunda belirtilen önemli ölçüde az kavramı 4857 Sayılı Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁵’nin 6. maddesinde somutlaştırılmış olup “tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma” kısmi süreli çalışma olarak adlandırılmıştır⁶.

Bir çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak adlandırılabilmesi için işçinin sürekli ve düzenli bir şekilde kısmi süreli olarak çalışması gerekmektedir. Bu kapsamda tam süreli olarak çalışan bir işçinin çalışma süresinin geçici bir süre için azaltılması o sözleşmeyi kısmi süreli bir sözleşme haline getirmeyecektir⁷.

Kısmi süreli çalışma şekli özellikle kadınlar, öğrenciler, emekliler gibi dezavantajlı gruplar tarafından tercih edildiği gibi uzmanlığa dayanan ve işyerinde sürekli bulundurmaya gerektirmeyen meslekleri (avukatlar, muhasebeciler, doktorlar) icra edenler tarafından da tercih edilmektedir⁸.

4857 sayılı İş K. da haklı bir neden olmadıkça kısmi süreli olarak çalışan işçilerin tam süreli olarak çalışan işçiden farklı bir işleme tabi tutulması yasaklanarak tıpkı tele çalışmayı düzenleyen kanun hükmünde olduğu gibi işverenin eşit davranma borcu bu esnek çalışma türünde de ayrıca vurgulanmıştır.

Yine 4857 sayılı Kanunun m.13/4 ve m.13/5 hükümleri ile işverenin işçinin kısmi süreli veya tam süreli çalışmaya geçme taleplerinin dikkate alınması gerektiği ve kanundaki gerekli şartları yerine getiren ebeveynlerin kısmi süreli olarak çalışma talebinde bulunabilecekleri öngörülmüştür. Kanun koyucu bu fıkra hükmü ile kısmi çalışmada gönüllülük ilkesine yer vermiş

⁴ **TUNCAY** A. Can, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s. 23.

⁵ 06.04.2004 tarih ve 25425 numaralı Resmi Gazete.

⁶ **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, 16. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s. 268; **MOLLAMAHMUT-TOĞLU** Hamdi / **ASTARLI** Muhittin / **BAYSAL** Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Nisan, 2022, s. 430.

⁷ **ÇELİK** Nuri / **CANIKLIOĞLU** Nurşen / **CANBOLAT** Talat / **ÖZKARACA**ERCÜMENT, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta Yayınevi, 2022, s. 198.

⁸ **SÜZEK**, s. 267-268; **ÇELİK** / **CANIKLIOĞLU** / **CANBOLAT** / **ÖZKARACA**, s. 197.

görülmektedir⁹. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere tele çalışma ilişkisinde de her ne kadar İş K. da açıkça zikredilmese de tıpkı kısmi çalışmada olduğu gibi gönüllülük ilkesi esas alınmıştır.

Kısmi süreli çalışmanın çağrı üzerine çalışma, *job sharing*, fırsat doğduğunda kurulan iş ilişkisi, nöbetleşe-dönüşümlü iş ilişkisi gibi türleri bulunsa da bu çalışma kapsamında tele çalışma ile aynı maddede düzenlenmesi nedeni ile yalnızca çağrı üzerine çalışma ele alınacaktır.

B. Çağrı Üzerine Çalışma

Kısmi süreli çalışmanın bir türü olan çağrı üzerine çalışma¹⁰ 4857 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yani tele çalışma ile aynı maddede düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin kendisine ihtiyaç duyulması halinde işverence çağrıldığı iş ilişkisine çağrı üzerine çalışma adı verilmektedir. Çağrı üzerine çalışma özellikle oteller ve eğlence yerlerinde sezonun yoğunlaşması ile ekstra işçi adı altında çalıştırılan işçilerin varlığı ile yaygınlaşmaktadır¹¹.

İş K. m.14/1 hükmüne göre çağrı üzerine çalışma sözleşmesi yazılı olarak düzenlenmeli ve İş K. m.14/3 hükmü uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça işçiye dört gün önceden çağrı yapılmalıdır. Burada yazılılık geçerlilik koşulu olarak değil ispat koşulu olarak düzenlenmiştir¹².

Kanun koyucu işverenin çağrı yetkisini kötüye kullanmasını engellemek amacıyla çalışma süresi bakımından yedek hukuk kuralı getirmiştir. Buna göre sözleşmede hafta, ay, yıl gibi bir sürede çalışma süresinin kararlaştırılmaması halinde işçinin haftada 20 saat süre çalışacağının kararlaştırıldığı kabul edilmektedir. Yine bu kapsamda İş K. m.14/3 hükmü ile sözleşmede günlük çalışma saatinin kararlaştırılmamış olması halinde işverenin “*her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste*” çalıştırması gerektiği kabul edilmiştir.

4857 sayılı Kanunda çağrı üzerine çalıştırılan işçileri korumaya yönelik birtakım hükümlere yer verilmiştir¹³. Bu kapsamda örneğin işçi çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede çalıştırılmamış olsa dahi ücrete hak kazanmaktadır.

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 444.

¹⁰ SENYEN KAPLAN Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 105.

¹¹ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 213; SENYEN KAPLAN, s. 105.

¹² KORKMAZ Fahrettin / ALP Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2019, s. 117; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1357.

¹³ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 213; KORKMAZ / ALP, s. 116.

Çağrı üzerine çalışma sözleşmesi mevsimlik iş sözleşmesi ile benzerlik arz etmekte olup mevsimlik iş sözleşmesinde çalışma dönemlerinin belirli olmasına karşılık çağrı üzerine çalışmada çoğunlukla böyle bir belirliliğin olmaması ile birbirlerinden ayrılırlar¹⁴.

C. Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışma

Klasik iş ilişkisinde işçiler ile işverenler arasında belirsiz süreli iş sözleşmeleri akdedilirken esnek çalışma yöntemlerinin yaygınlaşması ile birlikte işçiler ile işverenler arasında belirli süreli iş sözleşmelerinin de akdedildiği görülmeye başlanmıştır.

Belirli süreli iş akitleri, iş akdinin feshine bağlanan sonuçlar ve iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmeye olanak tanınmaması nedeniyle belirsiz süreli iş akitlerine göre işçilerin daha aleyhinedir¹⁵. Ancak olumsuz yanlarına rağmen özellikle Avrupa’da istihdamı zor grupların istihdamının kolaylaştırılması amacı ile bu sözleşmelerin yapılması konusunda kolaylık sağlanmakta ve ilk kez kurulan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif neden aranmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶.

Kanun koyucu, İş K. m.11 hükmü ile taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için birtakım şartlar öngörmüştür. Anılan kanun hükmüne göre belirli süreli iş sözleşmeleri ancak (i) belirli süreli işlerde (ii) belli bir işin tamamlanması veya (iii) belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların varlığı altında ve ancak yazılı olarak akdedilebilmektedir. Bunun yanında İş K. m.12 hükmü ile tıpkı kısmi süreli çalışma ve tele çalışmada olduğu gibi farklı işlem yasağı¹⁷ ve haklı neden olmadıkça birden fazla belirli süreli iş sözleşmesi akdetme yasağı¹⁸ gibi koruyucu hükümler de getirilmiştir.

D. Platform Çalışma Modeli

Crowdworking ya da platform çalışma modeli tarihsel olarak tele çalışma ilişkisinden daha sonra ortaya çıkmış bir esnek çalışma türü olup esasen Alman doktrininde çokça tartışılmasına rağmen Türk doktrininde konu ile alakalı olarak sınırlı sayıda çalışma bulunmaktadır.

Platform çalışma modelini tüm detaylarıyla incelemek çalışmamızın kapsamını aşsa da tele çalışma ile ilişkisini irdelemek amacı ile bu çalışma modelini

¹⁴ KORKMAZ / ALP, s. 117.

¹⁵ SÜZEK, s. 246.

¹⁶ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 179; SÜZEK, s. 247.

¹⁷ Bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 196; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 742-745.

¹⁸ Bkz. SÜZEK, s. 256-258; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 417-419.

kısaca tanımlamak gerekirse, platform çalışma modelinde iş belli bir süre içerisinde, internet vasıtası ile ve bir platform üzerinden görülmektedir¹⁹. Bu işler küçük parçalara bölünerek pek çok işçiye yaptırılan mikro görevler olabileceği gibi bir işin bütünüyle tek bir kişiye gördürülmesi de mümkündür²⁰. Platform burada aracı görevi görmekle birlikte puanlama sistemleri ile işçiler üzerinde dolaylı bir denetim faaliyeti de yürütmektedir²¹. Uber, Armut, Airbnb, Amazon Mechanical Turk gibi platformlar bu çalışma modeline örnek olarak verilebilir²².

Platform çalışma modelinin bazı türlerinde işin işverenin işyeri dışında ve teknoloji kullanılarak görülmesi bakımından tele çalışma ile benzerlik gösterir. Örneğin küçük parçalara bölünerek pek çok işçiye yaptırılan mikro görevler çoğunlukla işçinin evinde ve teknoloji kullanmak suretiyle yerine getirdiği işlerdir. Ancak ILO, tele çalışmaya ilişkin yayımladığı bir kılavuzda²³ platform çalışma modelinin tele çalışma olarak görülemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Kanaatimizce bunun bir sebebi platform çalışma modelinde işverenin iş organizasyonu kapsamında iş görme unsurunun bulunduğunu söylemek tele çalışma ilişkisindeki kadar kolay değildir. Gerçekten de platform çalışma modelinde işveren işçiye işin görülmesi sırasında emir ve talimat vermemekle birlikte esasen işveren açısından işin kim tarafından görüldüğü dahi çoğunlukla önemli değildir²⁴. Ayrıca rekabete dayalı platform çalışma modelinde işveren işin tamamını gördürdüğü işçinin yaptığı işi reddederek ücret ödememe hakkına da sahiptir²⁵. Diğer bir sebep olarak ise örneğin Armut'ta olduğu gibi bazı platform çalışma modellerinde teknoloji kullanımı görülen işin esaslı unsurunu da oluşturmaması gösterilebilir.

Geçmişte tele çalışma ilişkisi hakkında yapılan ve tele çalışanın işçi mi işçi benzeri mi yoksa bağımsız çalışan mı olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar bugün platform çalışma modeli açısından devam etmektedir²⁶. Her

¹⁹ **YAYVAK NAMLI** İrem, "Dijital Çağ'da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: "Crowdworking", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, 2019, s. 129-130; **YILDIZ** Gaye Burcu, "Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 46, 2021, s. 30.

²⁰ **YAYVAK NAMLI**, s. 130-131.

²¹ **YAYVAK NAMLI**, s. 130.

²² **YILDIZ**, s. 29; **BAYCIK** Gaye / **CİVAN** Orhan Ersun / **TOLU YILMAZ** Hazal / **BOSNA** Berrin, "Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2021, s. 720.

²³ **ILO** (2020b). Teleworking during the covid-19 pandemic and beyond a practical guide. Geneva: International Labour Office.

²⁴ **YAYVAK NAMLI**, s. 133.

²⁵ **YAYVAK NAMLI**, s. 131.

²⁶ Platform çalışanlarının hukuki statüsü bakımından tartışmalar için Bkz. **BAYCIK / CİVAN / TOLU YILMAZ / BOSNA**, s. 742 vd.; **YILDIZ**, s. 30 vd.

ne kadar aralarında farklılıklar bulunsun da benzeşen unsurların varlığı nedeni ile ülkemizde platform çalışma modelinin hukuki düzenlemeye kavuşması sırasında tele çalışma hükümlerinden yararlanılabilmesi mümkündür.

E. Uzaktan Çalışma

Uzaktan çalışma, işçilerin işverenin işyeri dışında kendi belirledikleri bir yerde iş görme edimini yerine getirmelerine imkan tanıyan bir esnek çalışma türüdür. Uzaktan çalışma ilişkisi kapsamında işverenler üretimin işyeri dışında gerçekleşmesini sağlayarak üretim maliyetlerini düşürme amacı güderken işçiler ise çoğu zaman özel yaşamı ile iş yaşamını dengeleyebilmek amacıyla bu çalışma türünü tercih etmektedirler²⁷.

Uzaktan çalışma kavramı, 4857 sayılı İş K. m.14 hükmünde tanımlanmıştır. Anılan madde kapsamında uzaktan çalışma sözleşmesinin şekli, sözleşmede bulunması gereken hükümler, farklı işlem yasağı ile uzaktan çalışma ilişkisinde işverenin iş sağlığını ve güvenliğini sağlama borçları özel olarak düzenlenmiştir.

Uzaktan çalışma kavramı hukukumuzda evde çalışma ve tele çalışmayı kapsar biçimde kullanılmaktadır²⁸. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde uzaktan çalışmanın bir türü olan tele çalışmayı detaylı olarak inceleyecek olmamız nedeniyle bu başlık altında yalnızca evde çalışma kavramına ve evde çalışma ile tele çalışma arasındaki farklara değinilecektir.

1. Evde Çalışma

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)²⁹ 461. maddesinde evde hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak verilen tanım ve 4857 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ışığında evde çalışma, *“işverenin verdiği işi, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği”* çalışma türü olarak tanımlanabilir.

Evde çalışma, esnek çalışma olarak nitelendirilmesine rağmen esasen klasik anlamdaki bir işyerinde veya bir fabrikada yapılan çalışmadan daha eski bir çalışma biçimidir³⁰. Evde çalışma genellikle paketleme, hazır giyim, el sanatları,

²⁷ ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 215; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 466.

²⁸ ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 215.

²⁹ 04.02.2011 tarih ve 27836 Numaralı Resmi Gazete.

³⁰ GÜNAY Arkin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s. 91; KANDEMİR Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2011, s. 74; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 474.

deri işlemeciliği gibi alanlarda görülmekteyse de günümüzde muhasebe, çeviri, programcılık gibi nitelikli çalışma alanlarında da evde çalışma görülmektedir³¹.

Evde çalışma, klasik iş ilişkisinden çalışma yeri bakımından esneklik getirmesi yönü ile ayrılır³². Klasik iş ilişkisinde iş, işverenin işyerinde görülmekte iken evde çalışmada iş, genellikle evde veya işçi tarafından seçilen bir başka yerde görülmektedir³³. Yine klasik iş ilişkisinde önemli olan işin görülmesi iken evde çalışmada işçi, iş sonucundan da sorumludur³⁴.

Evden yürütülmesine rağmen bağımsız nitelikte olan çalışmalar evde çalışma ile karıştırılmamalıdır³⁵. Nitekim yalnızca evde hizmet sözleşmesi kapsamında bir işverene bağımlı olarak yürütülen çalışmalar evde çalışma olarak nitelendirilir. Evde çalışma, ev hizmetlerinde çalışma ile de karıştırılmamalıdır³⁶. Zira ev hizmetlerinde çalışanlar, evde çalışanlardan farklı olarak evlerinde yahut seçtikleri bir başka yerde değil işverenin evinde iş görmektedir³⁷.

2. Evde Çalışma ile Tele Çalışma Arasındaki Farklar

Esnek çalıştırma türleri birbirleri ile karşılaştırıldığında, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma, kısmi süreli çalışma ve çağrı üzerine çalışma klasik iş ilişkisinden çalışma süreleri yönünden ayrılmakta iken evde çalışma ve tele çalışma ise klasik iş ilişkisinden çalışma yeri bakımından ayrılmaktadır.

Evde çalışma ve tele çalışma 4857 sayılı Kanun'un 14. maddesinde uzaktan çalışma üst başlığı altında bir arada düzenlendiğinden³⁸ iki çalışma türü arasındaki farkların ortaya konulması önem arz etmektedir. Özellikle tele çalışmanın bir türü olan evde tele çalışma ile evde çalışma kavramı ilk bakışta birbirleriyle karıştırılmaya oldukça müsaittir.

³¹ CİVAN Orhan Ersun, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 7, S. 26, s. 528; GÜNAY Arkin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s. 94; SAĞLAM, s. 218.

³² GÜLVER Ender, "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Hükümleri Üzerine", İÜHFM C. 72, S. 2, s. 104.

³³ GÜLVER, s. 104; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 474.

³⁴ GÜLVER, s. 104; GÜLLÜOĞLU ALTUN Yasemin, "Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenmiş Olan "Evde Hizmet Sözleşmesi (TBK m.461-469)" ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Evde Hizmet Sözleşmesinin Faydaları ile Uzaktan Çalışma Modeli ve Esnek Çalışma Üzerine Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 642.

³⁵ CİVAN, s. 529; GÜLVER, s. 107.

³⁶ CİVAN, s. 529; GÜLVER, s. 107; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 474; ÖZER Hatice Duygu, "Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 12, 2018, s. 197

³⁷ GÜLVER, s. 107; CİVAN, s. 529.

³⁸ SÜZEK, s. 275; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 466.

Tele çalışmanın ayırt edici unsuru işin teknolojik iletişim araçları ile iş-yeri dışında görülmesidir³⁹. Ayrıca tele çalışmada iş, evden görülebileceği gibi bir tele merkezden veya gezici olarak da görülebilir⁴⁰.

Evde çalışma türünde ise tele çalışmanın aksine işin teknolojik iletişim araçları ile görülme zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla tele çalışma, işin görülebileceği yerler bakımından daha geniş ancak işin görülme yöntemleri bakımından daha dar olması nedeni ile evde çalışmadan ayrılmaktadır⁴¹.

Tele çalışmada klasik iş ilişkisinde olduğu gibi işçinin işi bizzat görmesi gerekirken evde çalışma türünde işçi, işi aile üyelerinin yardımı ile de görebilir⁴².

Tele çalışmada evde çalışmaya göre işverenle daha sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır⁴³. Özellikle çevrimiçi (*online*) olarak işi yürüten tele çalışanlarda bu bağımlılık ilişkisi çok daha sıkıdır⁴⁴.

Tele çalışma ile evde çalışma ücretin ödenme biçimi yönünden de farklılık gösterebilir. Nitekim geleneksel evde çalışmada ücret genellikle parça başına ödenirken tele çalışmada ise genellikle zamana göre ücret uygulaması söz konusudur⁴⁵.

Günümüzde evde çalışma çoğunlukla tekstil, konfeksiyon, paketleme gibi işlerde görülürken tele çalışma ise genellikle sigortacılık, haberleşme, satış temsilciliği ve muhasebe gibi işlerde gerçekleştirilmektedir⁴⁶.

II. Tele Çalışma

A. Esnekleşme İhtiyacı ve Tele Çalışmanın Etkileri

2019 yılı aralık ayında Çin'in Wuhan eyaletinde ortaya çıkan yeni tip koronavirüs (Covid-19) Dünya Sağlık Örgütü tarafından 30 Ocak 2020 tarihinde

³⁹ CİVAN Orhan Ersun, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 7, S. 26, s. 537; ERGÜNEŞ EMRAĞ Seda, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma", İSGHD, C. 13, S. 51, 2016, s. 1419; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 474.

⁴⁰ GÜNAY, s. 127; CİVAN, s. 537; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1418.

⁴¹ SOYSAL Tamer, "Tele Çalışma", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 3, S. 9, 2006, s. 135; CİVAN, s. 537.

⁴² ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1425; KILIÇ Gözdenur, "Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evden Çalışmadan Farkı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, 2020, s. 807.

⁴³ SÜZEK, s. 277; GÜNAY, s. 128.

⁴⁴ GÜNAY, s. 128; SOYSAL, s. 137.

⁴⁵ CİVAN, s. 537-538.

⁴⁶ SÜZEK, s. 276; KILIÇ, s. 806.

uluslararası kamu sağlığı acil durumu, 11 Mart 2020 tarihinde ise pandemi olarak ilan edilmiştir⁴⁷.

Salgının tüm dünya çapında yaygınlaşması üzerine tüm dünyada geniş karantina uygulamaları görülmüş ve iş devamlılığının sağlanması amacıyla zorunlu olarak tarihteki en kapsamlı toplu uzaktan çalışma deneyimine geçilmiştir⁴⁸. Örnek vermek gerekirse pandemi döneminde Avrupa’da çalışanların %37’si tele çalışmaya başlamıştır, bu oran İskandinav ülkelerinde %60’a kadar yaklaşmıştır⁴⁹.

Koronavirüs salgını tedbirleri kapsamında genellikle yüksek gelirli ve iyi eğitilmiş çalışanlar açısından tele çalışma imkanı doğmuşsa da mavi yakalılar klasik iş ilişkisinde olduğu gibi fabrikalarda ve işverenin işyerinde çalışmaya devam etmiş ve hatta bu kapsamda hafta sonu sokağa çıkma yasaklarından dahi muaf tutulmuşlardır. Her ne kadar tele çalışma ilişkisinin gönüllülük esasına dayandığı kabul edilse de koronavirüs zorlayıcı neden kabul edilerek⁵⁰ işçinin rızası olup olmadığına bakılmaksızın işverenin ya da kamu otoritesinin kararı ile tele çalışma sistemine geçilmiş ve tele çalışma ilişkisinin kurulmasına ilişkin doktrinde öne sürülen tartışmalar en azından koronavirüs pandemisi dönemi için geçerliliğini kaybetmiştir.

Koronavirüs salgını nedeni ile pek çok işletme daha önce herhangi bir tele çalışma deneyimi olmamasına rağmen⁵¹ üretimin devamlılığını sağlayabilmek amacıyla hazırlıksız bir şekilde evde tele çalışmaya geçmek zorunda kalmıştır. Bu nedenle tele çalışmaya yönelik hukuki bir değerlendirme yapmadan önce tele çalışmaya geçişin işçi, işveren ve kamu otoriteleri açısından etkilerine değinmek gerekmektedir.

Tele çalışmanın işçi ve işverenler açısından olumlu yönleri bulunduğu gibi kamu otoriteleri açısından da olumlu yönleri bulunmaktadır. Gerçekten de tele ça-

⁴⁷ **AKÇA** Meltem / **TEPE KÜÇÜKOĞLU** Mübeyyen, “Covid-19 ve İş Yaşamına Etkileri: Evden Çalışma”, Uluslararası Yönetim Eğitim ve Ekonomik Perspektifler Dergisi, C. 8, S. 1, 2020, s. 72.

⁴⁸ **ILO** (2020b), Teleworking during the covid-19 pandemic and beyond a practical guide. Geneva: International Labour Office, s. 1.

⁴⁹ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, “Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme”, s. 148, dn. 6. Türkiye’de ise yapılan bir araştırma uyarınca COVID-19 pandemisinin görüldüğü ilk hafta şirketlerin %54’ü uzaktan çalışmaya geçerken pandeminin üçüncü haftasında bu oran %94’e çıkmıştır. Bkz. **CENTEL** Tankut, “COVID-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 43, s. 17; **HE-KİMLER** Alpay, “Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: COVID-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Bir Değerlendirme”, Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 218.

⁵⁰ **YİĞİT** Yusuf, “Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 2, 2020, s. 270.

⁵¹ **ILO** (2020b), s. 5.

lışmanın yeni iş olanakları yaratması, bölgesel dengesizlikleri gidermeye katkısı yanında hava kirliliği, trafik ve enerji tasarrufu gibi çevre sorunlarının da çözümüne yardımcı olması nedeniyle kamu otoriteleri tarafından desteklenmektedir⁵².

Buna karşılık, tele çalışma ilişkisinin kamu otoriteleri nezdinde pek çok faydası bulunsa da özellikle evde tele çalışma ilişkisinin denetlenmesinin klasik iş ilişkisine göre birtakım zorluklarının bulunması, tele çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal güvenlik haklarının sağlanmasında yaşanabilecek zorluklar ve tele çalışanların kamusal alandan dışlanması riski olumsuz bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır⁵³.

İş ve aile yaşamı arasındaki dengeyi kurabilme imkanı sağlaması⁵⁴, işe gidiş gelişlerde yaşanan zaman kaybını önlemesi, işçilere görece çalışma saatlerini düzenleyebilme imkanı sağlaması ve engelli yahut kadın işçiler⁵⁵ gibi dezavantajlı gruplar için istihdam edilme imkanı oluşturmaları tele çalışmanın işçiler açısından olumlu özellikleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶. Tele çalışma ilişkisinde dezavantajlı grupların istihdamı işçilerin yanı sıra kamu otoriteleri açısından da olumlu bir özellik olarak kabul edilmektedir.

Ancak tele çalışma ilişkisi işçiler nezdinde de birtakım dezavantajlı durumlar yaratabilmektedir. Öncelikle tele çalışanların klasik iş ilişkisi ile çalışanlara göre genellikle daha düşük ücretlerle çalıştıkları ve sosyal güvenlik yardımlarından yararlanmada zorlandıkları bilinmektedir⁵⁷. Aynı zamanda kumarsal işverenler dışında işverenlerin işçinin evde çalışmasından dolayı artan

⁵² **WELZ** Christian / **WOLF** Felix, "Telework in European Union", Eurofound, 2010, s. 18.

<https://policycommons.net/artifacts/1834407/telework-in-the-european-union/2576407/> (Son erişim tarihi, 01.12.2022); **SOYSAL**, s. 137; **ALP** Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, İstanbul, 2011, s. 800; **ALKAN MEŞHUR** Filiz, "Geleceğin Çalışma Biçimi Tele Çalışmaya İlişkin Yaklaşımlar", Akademik Bilişim'07 - IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 2007, s. 266.

⁵³ **KANDEMİR**, s. 37; **AYDIN** Ufuk, "Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, s. 361.

⁵⁴ İş ve aile yaşamı arasındaki denge kavramı 1970'li yıllarda İngiltere'de ortaya çıkan bir kavram olup özetle işçilerin iş ve evdeki alanlarına yeterli zaman ayırdıklarına yönelik oluşan algıları ifade etmektedir. **YİĞİT** Burcu, "Pandemi Döneminde Uzaktan ve Evden Çalışma", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 4, 2021, s. 315.

⁵⁵ Tele çalışmanın kadınların doğumdan sonra istihdam durumlarını sürdürmelerine yardımcı olabileceğine dair istatistiksel çalışma için bkz. **CHUNG H. / VAN DER HORST M**, "Women's employment patterns after childbirth and the perceived access to and use of flexitime and teleworking." Human Relations, Vol. 71, 2018, Pg. 47-72.

⁵⁶ **CİVAN**, s. 538-539; **AYDIN**, s. 357; **PRASAD** Kdv, "Remote Working Challenges and Opportunities During Covid-19 Pandemic", Journal of Business Strategy Finance and Management, Vol. 2, No. 1-2, 2021, p. 2.

⁵⁷ **KANDEMİR**, s. 35; **İNCENACAR** Tuğba, "Tele Çalışma ve Ortaya Çıkan Sorunların Çalışanlar Üzerindeki Etkisi", 3 rd International EMI Entrepreneurship & Social Sciences Congress, 2019, s. 843.

elektrik, su ve doğalgaz gibi giderlerini karşılamaya yanaşmaması nedeniyle tele çalışma ilişkisi işçinin üzerinde daha fazla maddi külfet oluşturmaktadır.

Tele çalışan işçiler, fazla mesai konusunda da klasik iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere nazaran birtakım olumsuzluklar yaşamaktadır. Nitekim koronavirüs pandemisi sürecinde hazırlıksız bir şekilde tele çalışmaya başlayan işçiler adaptasyon süreçlerinde fazla mesai yapmak zorunda kalmıştır. Bunun yanı sıra tele çalışma ilişkisinde işverenler genellikle işe gidip gelme problemi olmayan tele çalışanların işyerinde çalışan bir işçiye nazaran daha fazla iş görmelerini isteme eğilimindedirler⁵⁸. Ancak işyeri dışında gerçekleşen fazla çalışmanın ispatında güçlük yaşanabilecek olması nedeniyle tele çalışanın fazla mesai ücreti alması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Tele çalışma ilişkisinde -tele merkezlerde çalışanlarda daha nadir görülmekle birlikte- işçiler açısından en önemli sıkıntılardan bir diğeri ise sosyal izolasyondur⁵⁹. İş ve özel yaşamın birbirine karıştığı bir ortamda işçiler yoğun strese maruz kalabilmektedir⁶⁰. Çerçeve Sözleşme m.9 hükmü ile sosyal izolasyonun etkisini azaltabilmek amacıyla tam zamanlı tele çalışmadan ziyade işçinin bir iki gün ofiste çalışabileceği dönüşümlü tele çalışma önerilmektedir.

İşçinin yaşadığı sosyal izolasyon nedeni ile işçiler sendikal haklarından da yeterince yararlanamamaktadır⁶¹. Özellikle evde çalışan tele çalışanlar bir araya gelmekte ve işveren karşısında güçlü bir birlik oluşturmakta zorlanmaktadır. Bu kapsamda Çerçeve Sözleşme m.11 tele çalışanların toplu iş hukukuna ilişkin hakları düzenlemiş ve tele çalışanların işverenin işyerinde çalışan işçilerle sendikal haklar bakımından eşit olduğu ayrıca vurgulanmıştır.

Bunların yanında yukarıda da bahsedildiği üzere tele çalışma ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından birtakım sıkıntılar yaşanmaktadır⁶². Bu sıkıntılar başta işçi olmak üzere işvereni ve kamu otoritelerini de olumsuz etkilemektedir.

İşveren çerçevesinden bakıldığında ise tele çalışma dünyanın her yerinden dilediği kişileri çalıştırabilme bakımından oldukça faydalıdır⁶³. Bu

⁵⁸ AYDIN, s. 358; ALP, s. 800.

⁵⁹ CİVAN, s. 540; ALP, s. 800; ALKAN MEŞHUR, s. 266.

⁶⁰ CİVAN, s. 540; KANDEMİR, s. 35; MORGANSON V. J. / MAJOR D. A. / OBORN, K. L. / VERİVE J. M. & HEELAN M. P., "Comparing telework locations and traditional work arrangements: Differences in work-life balance support, job satisfaction, and inclusion" *Journal of Managerial Psychology*, 25(6), s. 580; SAĞLAM, s. 225.

⁶¹ KANDEMİR, s. 35; CİVAN, s. 540.

⁶² Bkz. Bölüm III/G. İş Sağlığı ve Güvenliği Sağlama Borcu.

⁶³ CİVAN, s. 539-540; KANDEMİR, s. 36; AYDIN, s. 359; ALKAN MEŞHUR, s. 267.

kapsamda işverenler ihtiyaç duydukları işgücüne normalden daha ucuz bir şekilde kavuşabilmekte ve bu yolla maliyetlerini düşürebilmektedir⁶⁴. Örneğin Almanya’da bulunan bir şirketin kur ve alım gücü farkları nedeniyle Almanya’da yaşayan bir tele çalışanı ödeyeceği ücretin yarısını ödeyerek aynı nitelikte olan ancak Türkiye’de yaşayan bir tele çalışanı çalıştırması mümkündür. Bunların dışında tele çalışma ilişkisinin sendikalaşmayı zayıflatması ve görece ofis giderleri ile sosyal güvenlik masraflarını düşürmesi de işverenler açısından olumludur⁶⁵.

Tele çalışmanın işverenin işçiler üzerindeki doğrudan gözetim ve denetim yetkisini ortadan kaldırmasının yanı sıra işçilere tele çalışma sırasında kullanılacak araçların sağlanması ve bu kapsamda çalışanlara özel eğitim verilmesi gerekliliği ise, işveren bakımından olumsuz durumlar yaratabilmektedir⁶⁶.

B. Kavram ve Tanım

Bir esnek çalışma türü olan tele çalışma kavramından dünyada ilk defa 1972 yılında “*Washington Post*” gazetesinde yayınlanan bir yazıda bahsedilmiştir⁶⁷. O tarihten bu yana tele çalışma ilişkisinin uygulanma alanı gittikçe artmış ve gerek ulusal gerekse uluslararası alanda tele çalışma ilişkisinin çeşitli hükümlerle düzenlenmesi gereği doğmuştur⁶⁸.

Tele çalışma için Avrupa kıtasında “*teleworking*” ve “*telework*” kelimeleri tercih edilirken Amerika’da ise tele işe gelme olarak dilimize çevrilebilecek “*telecommuting*” kelimesi tercih edilmektedir⁶⁹. Ülkemizde ise tele çalışma kavramının yanı sıra “uzaktan çalışma” kavramının da tele çalışmayı kapsar şekilde kullanıldığı görülmektedir⁷⁰.

Tele çalışma kavramındaki “*tele*” sözcüğünün asıl anlamı uzaklık olmakla birlikte⁷¹ kanaatimizce, “*tele*” sözcüğü ile çalışmanın işverenin işyerinden uzakta görülüyor olmasından ziyade işin “telekomünikasyon” ve diğer bilgi teknoloji araçlarının kullanılarak görülüyor olması vurgulanmaktadır⁷².

⁶⁴ AYDIN, s. 359; ALP, s. 800.

⁶⁵ AYDIN, s. 360; CİVAN, s. 539; İNCENACAR, s. 843.

⁶⁶ KANDEMİR, s. 36-37; CİVAN, s. 541.

⁶⁷ KANDEMİR, s. 38.

⁶⁸ AYDIN, s. 351.

⁶⁹ SOYSAL, s. 135; KANDEMİR, s. 38.

⁷⁰ Bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 215.

⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 481.

⁷² ALP, s. 797; KANDEMİR, s. 39. “Tele” kavramının mesafe unsurunu vurguladığı yönünde Bkz. ALKAN MEŞHUR, s. 266.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nın 1990 yılında yaptığı bir tanıma göre tele çalışma “işyeri merkezinden uzak bir mekanda, işyerindeki işçilerden ayrı yapılan ve yeni teknolojilerin bu ayrılmayı iletişim olanakları sağlayarak temin ettiği bir çalışma şeklidir.”⁷³

16 Temmuz 2002 tarihinde Avrupa çapında faaliyet gösteren bazı işçi ve işveren örgütleri arasında Roma Antlaşması'nın 139. maddesi kapsamında hazırlanıp imzalanan Çerçeve Sözleşme kapsamında ise tele çalışma “işçinin iş sözleşmesiyle çalıştığı, işverenin işyerinde de ifa edilmesi mümkün olan ancak düzenli bir şekilde söz konusu işyerinden başka bir yerde bilişim teknolojileri kullanılmak suretiyle yerine getirilen iş veya organizasyon biçimi”⁷⁴ (m.2) olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Çerçeve Sözleşme kapsamında yapılan bu tanım, üye ülkelerin bu kavram üzerinde anlaşmaya varmasını kolaylaştırmak amacıyla kasten geniş tutulmuştur⁷⁶.

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra, 4857 sayılı Kanun'un 06.05.2016 tarih ve 6715 sayılı Kanun ile değiştirilmesiyle tele çalışma kavramı uzaktan çalışma üst başlığı altında mevzuatımızda da yer bulmuştur.

İş K. m.14/4 hükmüne göre tele çalışma, işçinin işini işverenin iş organizasyonu kapsamında bilişim teknolojilerini kullanmak suretiyle evinde ya da işyeri dışında yerine getirmesidir⁷⁷. İş K. da yer alan bu tanım Çerçeve Sözleşme kapsamında öngörülen tele çalışma kavramı ile uyum içerisindedir.

Tele çalışma ilişkisi İş K. ile düzenlenmeden önce doktrinde tele çalışma kavramını açıklamak amacı ile çeşitli tanımlamalar yapılmışsa da artık mevzuatta düzenlenmiş bir tanım bulunduğundan bu çalışma kapsamında yalnızca İş K. m.14'te öngörülen tanım ile Çerçeve Sözleşmede öngörülen tanım esas alınarak açıklamalarda bulunulacaktır⁷⁸.

⁷³ SENYEN KAPLAN, s. 107; SOYSAL, s. 136.

⁷⁴ Çeviri için Bkz. CİVAN, s. 534.

⁷⁵ AYDIN, s. 363; AYDINÖZ Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 8-9; CİVAN, s. 534; ALP, s. 798; SAĞLAM, s. 219-220.

⁷⁶ WELZ Christian / WOLF Felix, “Telework in European Union”, Eurofound, 2010, s. 3. <https://policycommons.net/artifacts/1834407/telework-in-the-european-union/2576407/> (Son erişim tarihi, 01.12.2022.) Avrupa ülkelerinin tele çalışmaya ilişkin düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SLÁDEK Pavel / ŠİGMUND Tomáš, “Legal Issues of Teleworking”, SHS Web of Conferences, Vol. 90, 2021. Published online: 2021-01-07 DOI: <https://doi.org/10.1051/shsconf/20219001020>.

⁷⁷ Alman İş Hukuku mevzuatında ise uzaktan çalışma kavramı açıkça tanımlanmamıştır. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 154-155. Uzaktan çalışma kavramının Türk İş Hukuku ile Alman İş Hukuku bakımından karşılaştırılması için bkz. YİĞİT Esra, “Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2021, ss. 135-154.

⁷⁸ 6715 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce tele çalışmaya ilişkin öğretide yapılan çeşitli tanımlar için Bkz. KILIÇ, s. 808 vd.; KANDEMİR, s. 41; SOYSAL, s. 533.

C. Tele Çalışmanın Unsurları

Tele çalışma ilişkisinin üç unsuru tele çalışmanın tanımından kolaylıkla çıkarılabilir. Bu unsurlardan birinin yokluğunda dahi anılan çalışma türü tele çalışma olarak nitelendirilemeyecektir.

Tele çalışmanın ilk unsuru tele çalışmanın ayırt edici unsuru olarak da nitelendirilen teknoloji unsurudur⁷⁹. Teknoloji unsuru işin tele çalışan tarafından teknolojik iletişim araçları kullanılarak görülmesi olarak nitelendirilebilir. Bu unsur kapsamında teknolojinin sürekli olarak kullanılması aranır⁸⁰. Dolayısıyla işverenin işyerinden başka bir yerde çalışan bir işçinin teknolojiden iş görme ediminin esasını oluşturmaksızın arada sırada yararlanıyor olması onu bir tele çalışan haline getirmeyecektir⁸¹. Örneğin teknolojiyi yalnızca bilmediği kelimelere bakmak, çeviri programlarından faydalanmak veya yaptığı çeviriyi işverene göndermek amacı ile kullanan bir çevirmen tele çalışan olarak kabul edilmez iken işi internet vasıtası ile evinden işvereni ile müşterileri arasında online çeviri hizmeti vermek olan bir çevirmen ise tele çalışan olarak nitelendirilebilecektir⁸².

Öğretide Aydınöz, tele çalışma ilişkisinde bilgi iletişim teknolojilerinden yararlanmanın süreklilik arz etmesi gerektiği görüşüne teknolojinin gelişme hızı göz önüne alındığında bunun sınırlandırıcı bir ölçüt olacağı ve Çerçeve Sözleşmede böyle bir koşul öngörülmediği gerekçesi ile karşı çıkmaktadır⁸³.

Kanaatimizce, ayırt edici bir unsur oluşturabilmesi bakımından tele çalışma ilişkisinde teknolojiden faydalanmanın süreklilik arz etmesi aranmalıdır. Nitekim tele çalışma ilişkisinde teknoloji kullanımının süreklilik arz etmesinin gerekmesi evde tele çalışma ile evde çalışma arasındaki en önemli farklardan birini oluşturmaktadır.

Bir çalışmanın tele çalışma olarak nitelendirilebilmesi için teknoloji kullanımının süreklilik arz etmesi gerekli olmakla birlikte işçinin işveren ile sürekli çevrimiçi olarak bağlantı kurması aranmamaktadır⁸⁴. Tele çalışan, iş-

⁷⁹ AYDINÖZ, s. 71; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1419; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 481.

⁸⁰ ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1419; KANDEMİR, s. 42; ALP, s. 799.

⁸¹ CİVAN, s. 537; AYDIN, s. 353; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 219. Bir işçinin tele çalışan olarak nitelendirilebilmesi için çalışmasının en az 3/4'lük kısmında bilgi iletişim teknolojilerinden yararlanması gerektiği hk. LÓPEZ-IGUAL Purificación / RODRÍGUEZ-MODROÑO Paula, "Who is Teleworking and Where from? Exploring the Main Determinants of Telework in Europe" *Sustainability* 12, no. 21, 2020, 8797. <https://doi.org/10.3390/su12218797>.

⁸² Örnek için Bkz. CİVAN, s. 537.

⁸³ AYDINÖZ, s. 73.

⁸⁴ ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1419; ALP, s. 799.

verenle sürekli bağlantı halinde iş görebileceği gibi teknoloji kullanımının süreklilik arz etmesi şartı ile çevrimdışı olarak da iş görebilir⁸⁵.

İş K. m.14/4 hükmünde verilen tanımdan çıkarılacak ikinci unsur ise tele çalışanın işini evinde veya işyeri dışında yerine getirmesi yani mesafe unsurudur⁸⁶. Çerçeve Sözleşme kapsamında işyeri dışında çalışmanın düzenli olması aranarak ailevi sebepler, toplu taşıma grevi gibi durumlarda yapılan tek seferlik veya geçici düzensiz çalışmalar dışlanmıştır⁸⁷. Ancak tele çalışma kapsamında işin tamamen tele çalışanın evinde veya işyeri dışında görülmesi de aranmamaktadır. Düzenli bir şekilde yapılması şartıyla haftanın bir iki gününün işverenin işyerinde geri kalan günlerde ise evde veya işyeri dışında çalışması halinde de tele çalışmanın varlığı kabul edilir⁸⁸. Yine öğretide bir işçinin tele çalışan olarak kabul edilebilmesi için çalışma süresinin en az %50'sini işverenin işyeri dışında geçirmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur⁸⁹.

Tele çalışmanın son unsuru ise organizasyon yani bağımlılık unsurudur. Nitekim bağımsız çalışanlar bilgi teknolojilerini kullanarak evde veya kendi belirledikleri bir başka yerde çalışsalar dahi bağımlılık unsurunun var olmaması nedeni ile tele çalışan olarak nitelendirilemeyecektir⁹⁰. Bağımlılık kavramı ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel/hukuki bağımlılık olmak üzere üç şekilde tezahür edebilir. Ancak ekonomik ve/veya teknik bağımlılığın varlığı tek başına bir sözleşmeyi iş sözleşmesi haline getirmeyecektir. Öğretide ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere iş sözleşmelerinde bağımlılık ilişkisinin kişisel/hukuki bağımlılık olarak anlaşılması gerekmektedir⁹¹.

Organizasyon unsuru kapsamında kişisel/hukuki bağımlılığın tespitinde işin görüldüğü yer, işveren tarafından meydana getirilen iş organizasyonu kapsamında iş görme, işçinin işi red hakkının bulunmaması, işletme riskinin üstlenilmesi ve erişilebilirlik gibi çeşitli ölçütlerden faydalanılması mümkündür.

İşin görüldüğü yer ölçütü kapsamında tele merkez, tele köy veya uydu büro gibi işyeri eklentisi sayılan yerlerde yapılan tele çalışmalarda diğer tele çalışma türlerine kıyasla kişisel/hukuki bağımlılığın tespiti daha kolaydır⁹².

⁸⁵ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1419; **SOYSAL**, s. 137.

⁸⁶ **AYDINÖZ**, s. 52; **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 218.

⁸⁷ **AYDINÖZ**, s. 65.

⁸⁸ **AYDINÖZ**, s. 64; **SOYSAL**, s. 148.

⁸⁹ **SOYSAL**, s. 136; **ALP**, s. 799; **CİVAN**, s. 533; **ALKAN MEŞHUR**, s. 266.

⁹⁰ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1420; **SOYSAL**, s. 136.

⁹¹ **SÜZEK**, s. 233; **KORKMAZ / ALP**, s. 103; **KILIÇ**, s. 811.

⁹² **AYDINÖZ**, s. 36; **CİVAN**, s. 550; **ALP**, s. 809.

Nitekim tele çalışmanın yapıldığı merkez, köy ve bürolar asıl işin yapıldığı yerin dışında kalmakla birlikte amaç ve yönetim bakımından asıl işyerine bağlı olması nedeniyle işyeri kavramına dahildir⁹³.

Buna karşılık, işin görüldüğü yer bakımından işçinin takdir yetkisinin bulunduğu mobil tele çalışma veya evde tele çalışma türünde ise kişisel bağımlılık ilişkisinin tespiti için işin görüldüğü yer ölçütünün kullanılması mümkün değildir. Nitekim yapılan iş yönünden işverene bağlı olmakla birlikte işçinin evinin yahut işin görüldüğü diğer yerlerin çoğunlukla işverenin idaresinin dışında bulunması nedeniyle bu yerlerin işyeri olarak kabul edilmesi kolay değildir⁹⁴. Bu nedenle bağımlılık unsurunun tespiti açısından işveren tarafından meydana getirilen iş organizasyonu kapsamında iş görme ölçütünden faydalanılması gerekmektedir. İş organizasyonu kapsamında iş görme ölçütü, işyerinde çalışan işçilere nazaran belirli bir serbestiye sahip olan yahut işyeri dışında çalışan işçilerin işveren tarafından planlanmış faaliyetler bütünü içerisinde iş görmesi nedeniyle işverene bağımlı olduklarını ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır⁹⁵. Yine tele çalışanın işveren tarafından kendisine verilen işi herhangi bir yaptırıma uğramaksızın reddetme hakkının bulunmaması, iş görme sürecinde son karar yetkisinin işverende bulunması ve yürütülen faaliyet sonucu ortaya çıkan işletme rizikosunu üstlenmemesi de kişisel/hukuki bağımlılığın bulunduğunu gösteren ölçütler olarak kabul edilebilecektir.

Tele çalışma gibi işin teknolojik araçlar kullanılarak görüldüğü çalışma biçimlerinde işçinin kişisel/hukuki bağımlılığının bulunup bulunmadığını tespit edebilmek amacıyla erişilebilirlik ölçütünün kullanıldığı da görülmektedir. Bu kapsamda tele çalışanın sürekli olarak çevrimiçi bulunmak, işveren yahut diğer işçiler tarafından yapılan aramalara cevap vermek veya gün içerisinde kendisine gelen e-postaları belli periyotlar halinde kontrol etme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde de kişisel/hukuki bağımlılığın bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁶.

İş K. m.14 hükmü ile düzenlenmeden önce doktrinde tele çalışmada işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin niteliği yönünden tartışmalar bulunmaktaydı. Ancak yukarıdaki açıklamalar ışığında kişisel bağımlılığa ilişkin Yargıtay içtihatları⁹⁷ ve İş K. m.14/4 hükmünde geçen “işveren tarafından

⁹³ TUNCAY, s. 72; AYDINÖZ, s. 55.

⁹⁴ AYDINÖZ, s. 57; DOĞAN YENİSEY, s. 84-85.

⁹⁵ MAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 344; DOĞAN YENİSEY, s. 84.

⁹⁶ CİVAN, s. 546; KORKMAZ / ALP, s. 127; AYDINÖZ, s. 39.

⁹⁷ “... İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve

oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme” ifadesi göz önüne alındığında kanaatimizce tele çalışma ilişkisinde işçinin işverene karşı kişisel/hukuki bağımlılığı bulunduğu hususunda tereddüt edilmemelidir.

D. Tele Çalışmanın Türleri

Tele çalışmanın türleri doktrinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır. Tele çalışma işin yapıldığı yer yönünden ev esaslı tele çalışma, tele merkez esaslı tele çalışma ve mobil (gezici) tele çalışma olarak adlandırılmaktadır⁹⁸.

sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır... Bir kişinin iş görme edimini işverenin işletmesinin dışında yerine getirmesi, işverenin iş organizasyonu içinde yer alması koşuluyla o kişinin bağımlılık ilişkisi içinde çalıştığı gerçeğini kural olarak değiştirmez (Süzek, Sarper. İş Hukuku. Yenilenmiş 12. Bası. İstanbul. s: 299). İşçi niteliğinin belirlenmesinde, çalışan kişinin işverene ait bir organizasyon kapsamında iş görme borcunu yerine getirip getirmediği önem taşımaktadır (Süzek, Sarper. İş Hukuku. Yenilenmiş 12. Bası. İstanbul. s: 251-252)...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), Esas Numarası (E.) 2016/9-1414, Karar Numarası (K.) 2016/1072, Tarih (T.) 16.11.2016; “Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır. Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede var olan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle hizmet akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır.” Yargıtay 10. HD, E. 2022/5577, K. 2022/8103, T. 30.05.2022; “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt, hukuki-kişisel bağımlılıktır. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden nokta, gerek Türk hukukunda gerek Kıta Avrupası’nda işçinin işverene bağımlı olarak işini görmesi, işverenin iş organizasyonu içinde hiyerarşik bir bağ ile çalışması olarak ifade edilmektedir ve iş hukukunu da çembere alan ekonomik-teknolojik gelişmeler bağımlılık kavramını belirsizleştirmektedir (Doğan, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, İzmir 2016, s. 19). Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.” Yargıtay HGK, E. 2016/1909, K. 2020/194, T. 20.02.2020. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 12.01.2023).

⁹⁸ TAN Gizem, Atipik İş Sözleşmelerinde Evde Çalışma ve Tele Çalışma, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 44; CİVAN, s. 536; KILIÇ, s. 809.

Ev esaslı tele çalışma, evde çalışma süresine göre tam gün esaslı ve kısmi ev esaslı tele çalışma olarak ayrılabilir⁹⁹.

Tele merkez esaslı tele çalışmada tele merkezler, işverenlerin potansiyel iş gücünden en az maliyetle yararlanabilmek için bilişim teknolojileri ile donattıkları merkezlerdir¹⁰⁰. Tele merkezler de kendi içinde işçilerin evlerine yakın olarak kurulan bölgesel tele çalışma merkezi işçilere de merkez işyerine de uzak olarak kurulan uzak tele çalışma merkezi olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰¹. Uzak tele çalışma merkezleri ise tek bir işverenin işçilerinin çalıştığı uydu bürolar ve birden fazla işverenin işçilerinin çalıştığı komşu bürolar olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰².

Tele çalışmanın sabit bir noktada yapılmadığı durumlar mobil veya gezici tele çalışma olarak adlandırılmaktadır¹⁰³. Bu tür çalışanlar için işyeri işin yapılması her nerede gerekiyorsa orasıdır¹⁰⁴. Bu tür çalışma satış personelleri, sağlık görevlileri gibi çalışanlar tarafından tercih edilmektedir¹⁰⁵.

Tele çalışma, aynı zamanda yapılan işin niteliği yönünden de ürün arzı esaslı tele çalışma ve hizmet arzı esaslı tele çalışma olarak; ana ofis ile iletişim yönünden ise işverenle direkt ve sürekli bilgisayar bağlantısının kurulduğu çevrimiçi (*online*) tele çalışma ve çevrimdışı (*offline*) tele çalışma olarak ayrılmaktadır¹⁰⁶.

E. Tele Çalışma Kapsamında İşyeri

Tele çalışma ilişkisinde iş evden görülebileceği gibi, uydu büro veya komşu büro olarak adlandırılan iş yerlerinde veya sabit bir işyeri olmaksızın gezici olarak görülebilir.

Doktrinde tele çalışanın evi ile uydu veya komşu büronun işyeri olarak sayılıp sayılamayacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak bu tartışmanın iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ile birlikte sosyal güvenlik hukuku kapsamında birtakım pratik sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlara ilgili başlıklar altında değinmekle birlikte bu başlık altında yalnızca tele çalışma ilişkisi kapsamında işyerinden ne anlaşılması gerektiği ele alınacaktır.

⁹⁹ SOYSAL, s. 148; AYDINÖZ, s. 66.

¹⁰⁰ SOYSAL, s. 148; CİVAN, s. 536.

¹⁰¹ SOYSAL, s. 150; CİVAN, s. 536.

¹⁰² CİVAN, s. 536; SOYSAL, s. 150.

¹⁰³ KANDEMİR, s. 48; CİVAN, s. 536-537.

¹⁰⁴ SOYSAL, s. 152; CİVAN, s. 537.

¹⁰⁵ SOYSAL, s. 152; ALKAN MEŞHUR Filiz, "Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma", Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2010, s. 6.

¹⁰⁶ Bkz. TAN, s. 54-55; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 481.

İş K. m.2 hükmüne göre işyeri, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmış ve “işyerinin bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında” bütünlük arz ettiği vurgulanmıştır.

Doktrinde İş K. m.2 hükmü ile hükmün gerekçesinin¹⁰⁷ göz önünde bulundurulması ile tele çalışanın iş gördüğü yerlerin de işyerine bağlı yer olarak işyeri sayılması gerektiği ağırlıklı görüş olarak savunulmaktadır¹⁰⁸.

Doğan Yenisey ise, tele çalışma kapsamında işçinin çalıştığı yerin işyeri olarak değil çalışma yeri olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir¹⁰⁹. Yazara göre, iş organizasyonu kapsamında iş görme unsuru doğrudan işyeri kavramı ile ilgili değildir¹¹⁰. Bunun sonucunda, tele çalışma kapsamında bağımlılık ilişkisinin tespitinde işçinin çalıştığı yerin işyeri olarak nitelendirilmesine gerek olmaksızın somut olayın özelliklerine göre tele çalışanın yapılan iş bakımından işverene bağlı olup olmadığı dikkate alınmalıdır¹¹¹.

Kanaatimizce, uydu büro veya komşu büronun işyeri sayılması gerektiği görüşüne katılmakla birlikte tele çalışanın evinin aynı zamanda işçinin özel yaşamının da yürütüldüğü yer olması sebebiyle işyeri olarak sayılması konusunda dikkatli olunmalıdır. Ancak işçinin evinin işyeri olarak sayılmadığı hallerde dahi işverenin iş sağlığı ve güvenliği hukukuna ilişkin yükümlülüklerinin devam ettiği kabul edilmelidir.

III. Tele Çalışmada Tarafların Hakları ve Borçları

A. Genel Olarak

Tele çalışma ilişkisinde de diğer iş ilişkilerinde olduğu gibi işçinin ve işverenin çeşitli hakları ve borçları bulunmaktadır. İşçinin borçları kısaca işi özenle görme, işverenin emir ve talimatlarına uyma, işveren tarafından sağlanan araç ve malzemeleri özenle kullanma iken işverenin borçları ise işçiye ücretini ödeme, işçiye gözetme, işçinin kişisel verilerini koruma, iş sağlığı ve

¹⁰⁷ “... Diğer yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur...” İK m.2 Gerekçesi.

¹⁰⁸ Bkz. AYDIN, s. 369-370; CİVAN, s. 553; KANDEMİR, s. 101.

¹⁰⁹ DOĞAN YENİSEY, s. 108. Aynı yönde AYDINÖZ, s. 56 vd.

¹¹⁰ DOĞAN YENİSEY Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 81.

¹¹¹ DOĞAN YENİSEY, s. 85; AYDINÖZ, s. 56-57.

güvenliği önlemlerini alma, işçiye eşit davranma ve işçiye araç ve malzeme sağlama şeklinde sınıflandırılabilir¹¹².

Bu çalışma kapsamında yalnızca tele çalışma ilişkisi bakımından özellik arz eden işçi ve işverenin hak ve borçları incelenecektir.

B. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu

İş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu bütün çalışma ilişkileri için mevcut olsa da tele çalışma ilişkisinde işin işverenin işyeri dışında görülmesi nedeni ile işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu ne şekilde yerine getirmesi gerektiği önem arz etmektedir.

Tele çalışan işçinin işyeri dışında çalışıyor olması işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu ortadan kaldırmayacaktır¹¹³. Gerçekten de işveren işverenin evde tele çalışmanın niteliği gereği yerine getirme olanağına sahip olmadığı önlemler dışında kalan tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür¹¹⁴. Nitekim ILO'nun evde çalışmaya ilişkin 184 No.lu Tavsiye Kararı¹¹⁵ m.20 hükmü uyarınca iş sağlığı ve güvenliği borcunun yerine getirilebilmesi için işveren tarafından “i) tüm evde çalışanların kendilerine verilen işle ilgili olarak işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken tehlikeleri ile alınması gereken önlemler hakkında bilgilendirilmesi ve gerekli eğitimlerin verilmesi, ii) evde çalışanlara sağlanan araç ve malzemelerin bakımının yapılmasını sağlanması ve iii) gerekli olduğu durumlarda işçilere gerekli koruyucu ekipmanların ücretsiz olarak sağlanması” tavsiye edilmektedir.

Hukukumuzda ise uzaktan çalışmalarda iş sağlığını ve güvenliğini sağlama borcu İş K. m.14/6 ve Yönetmelik m.12 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “işveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla” mükelleftir. Bu kapsamda işverenin tele çalışmanın yapıldığı yerin hava kalitesini ve aydınlatma koşullarını denetlemesi, kullanılan teknolojik aletler nedeniyle oluşabilecek yangın tehlikesine ve işçinin sürekli aynı pozisyonda çalışması nedeniyle oluşabilecek ergonomik tehlikelere karşı önlem alması gerekmektedir.

¹¹² İş akdinden kaynaklanan işçi ve işveren borçları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. SÜZEK, s. 337-510.

¹¹³ KANDEMİR, s. 131; ALP, s. 835; CİVAN, s. 563.

¹¹⁴ KANDEMİR, s. 132-133.

¹¹⁵ Home Work Recommendation, 1996 (No. 184).

tedir¹¹⁶. Ayrıca özellikle evde tele çalışmanın sakıncalarından biri olarak kabul edilen işçinin izole olma riskine karşı önlem alınması da işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunun bir gereğidir¹¹⁷.

Tele çalışmada işin görülmesi sırasında bilgi teknoloji araçlarından faydalanılması nedeniyle bu çalışma ilişkisi bakımından Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Hakkında Yönetmelik¹¹⁸ hükümlerine uyulması da özellik arz etmektedir¹¹⁹. Nitekim, tele çalışma sırasında kullanılan teknolojik aletlerin anılan yönetmelik ekinde belirtilen asgari gereklilikleri sağlanması ve m.5 uyarınca ekranlı araçların kullanımından kaynaklanan fiziksel ve mental risklerin, bu risklerin etkileri ile risklerin bir arada olmasından kaynaklanabilecek tüm olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması veya azaltılması için her türlü sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınması beklenmektedir.

İşverenin, tele çalışma özellikle de evde tele çalışma kapsamında iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınıp alınmadığını denetlemek istemesi durumunda denetleme hakkı ile işçinin özel yaşamı ve konut dokunulmazlığı hakkı arasında çatışma yaşanmaktadır¹²⁰. Bu kapsamda Çerçeve Sözleşme'nin 8. maddesi işçinin evinin denetlenmesini işçiye önceden bildirim ve işçinin iznine bağlı kılarak işçi ile işverenin çatışan haklarını bağdaştırmaya çalışmıştır¹²¹.

Hukuka uygun bir talebe rağmen işçinin konutuna girilmesine izin verilmemesi durumunda ise işverenin ne yapması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu gibi durumlarda işverenin iş sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin görüşler¹²² bulunmaktaysa da kanaatimizce, işçi ile işverenin çatışan hakları ele alındığında iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi ağır bir yaptırım olarak nitelendirilebilecektir. Bizim de katıldığımız ve öğretide Aydınöz tarafından savunulan ikinci görüş uyarınca ise, işçinin konutunda yapılması gereken zorunlu denetimlere izin vermemesi halinde işverene iş sözleşmesini

¹¹⁶ **KANDEMİR**, s. 131; **ÖZDEMİR** Olgu, "Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri". Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 8, Aralık 2016, s. 92-93.

¹¹⁷ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1432; **ÖZER**, s. 212.

¹¹⁸ 16.04.2013 tarih ve 28620 numaralı Resmi Gazete.

¹¹⁹ **ALP**, s. 837; **ÖZER**, s. 208; **DEMİR** Kübra, "Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 2528.

¹²⁰ **DEMİR**, s. 2525; **ERAFŞAR** Rabia Büşra, "Türk İş Hukukunda Evden Çalışma", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2022, s. 303.

¹²¹ **KANDEMİR**, s. 135; **AYDINÖZ**, s. 170; **AYDIN**, s. 365; **WELZ / WOLF**, s. 17; **MOLLAMAHTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 470.

¹²² **ALP**, s. 836; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1431.

tek taraflı olarak askıya alma yetkisi tanınmalıdır¹²³. İş sözleşmesinin askıya alınması halinde iş görme borcu askı süresince ortadan kalkacağından işçinin iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmaksızın iş görmeye devam etmesinin ve dolayısıyla işverenin olası bir iş kazası nedeniyle sorumluluğunun doğmasının önüne geçilebilecektir¹²⁴.

Esasen Sosyal Güvenlik Hukuku'nun konusu olmakla birlikte tele çalışma ilişkisi kapsamında işverenin iş kazalarından sorumluluğu özellik arz etmektedir. Tele çalışma ilişkisinde işverenin iş kazalarından sorumluluğunun kapsamı tele çalışanın iş gördüğü yerin işyeri olarak sayılıp sayılmaması ile doğrudan bağlantılıdır. Nitekim tele çalışanın iş gördüğü yerlerin işyeri sayılması gerektiği görüşünü savunanlar için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹²⁵ (SSGSK) m.13 hükmünde sayılan bütün hallerde meydana gelen iş kazalarında işverenin sorumluluğu bulunmaktadır. Tele çalışanın evinin işyeri sayılmaması gerektiğini savunan görüş uyarınca ise işverenin yalnızca meydana gelebilecek işin icrası sırasında veya çalışma saatlerinde ya da işverence alınması gereken bir tedbirle ilgili iş kazalarından sorumluluğu bulunmaktadır¹²⁶.

Tele çalışmada işyeri başlığı altındaki görüşlerimizle paralel bir şekilde tele çalışanın bir uydu büro yahut komşu büroda yahut gezici olarak çalışması halinde SSGSK m.13 hükmünde sayılan hallerde işverenin iş kazalarından sorumlu iken evde tele çalışan söz konusu ise yalnızca tele çalışanın iş görme borcunu ifası sırasında meydana gelen iş kazalarından sorumluluğu bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

C. Eşit Davranma Borcu

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 6. fıkrasında tele çalışanların haklı bir neden olmadıkça yalnızca iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal bir işçiden farklı işleme tabi tutulamayacağı öngörülerek işverenin eşit davranma borcu kanun tarafından ayrıca vurgulanmıştır.

Eşit davranma borcunda emsal işçi, tele çalışanın işverenin işyerinde tele çalışan ile aynı veya benzer işi gören işçidir¹²⁷. Bu durumda bir emsal işçinin var olmaması halinde İş K. m.13/3 kıyasen uygulanarak o işkolunda aynı veya benzer işi gören işçi emsal işçi olarak kabul edilebilir¹²⁸.

¹²³ Bkz. **AYDINÖZ**, s. 172.

¹²⁴ **AYDINÖZ**, s. 172.

¹²⁵ 16.06.2006 tarih ve 26200 numaralı Resmi Gazete.

¹²⁶ **AYDINÖZ**, s. 178.

¹²⁷ **ALP**, s. 829; **DULAY YANGIN** Dilek, "6715 sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 36, 2016, s. 165.

¹²⁸ **ALP**, s. 829-830; **DULAY YANGIN**, s. 165.

Tele çalışanlar bakımından eşit davranma borcunu somutlaştırmak gerekirse, işyerinde verilen öğle yemeğinden ya da servis hizmetinden faydalanamaması nedeniyle tele çalışana belli bir tutarda ek ödeme yapılması eşit davranma borcunun gereğidir¹²⁹.

Eşit davranma borcu, Çerçeve Sözleşme'nin 4. maddesinde de düzenlenmiştir¹³⁰. İş K. m.14/6, Çerçeve Sözleşme m.4 ile paralel olmakla birlikte sözleşmede ayrıca tele çalışanların kariyer ve eğitim olanakları (m.10) ile toplu iş hukukundan doğan haklar (m.11) bakımından eşit davranma borcu ayrıca düzenlenmiştir¹³¹.

Tele çalışmanın İş K. da düzenlenmediği dönemde doktrinde *Alp*, Çerçeve Sözleşmede öngörülen eşit davranma ilkesinin İş K. m.5 hükmü ile de sağlanabileceği görüşünü savunmaktaydı¹³². Tele çalışmada eşit davranma borcu bakımından İş K. m.5 hükmü yeterli olmakla birlikte klasik iş ilişkisinden farklı özellikler arz eden tele çalışma ilişkisinde eşit davranma borcunun göz ardı edilebilme ihtimalinin daha fazla bulunması nedeni ile eşit davranma borcunun ayrı bir fıkra ile düzenlenmesi yerindedir.

D. Sadakat Borcu

İş sözleşmesi ile maddi değeri olan edimlerin düzenlenmesinin yanı sıra işçi ile işveren arasında kişisel ilişkinin de kurulması nedeniyle işçinin sadakat borcunun bulunduğu kabul edilmektedir¹³³. İş hukukunda sadakat borcu, işçinin iş görme sırasında bazı edimleri yerine getirmesi ve bazı davranışları yapmaktan kaçınması şeklinde kendisini göstermektedir.

Türk Borçlar Kanunu m.396/1 hükmü uyarınca işçi, sadakat borcu kapsamında işverenin haklı menfaatini gözetmekle yükümlüdür. Bu kapsamda işçi, işverenin çıkarlarına zarar verebilecek tehlikeleri gecikmeksizin işverene bildirmeli ve eğer mümkünse gerekli tedbirleri ivedilikle almalıdır.

Sadakat borcu çoğunlukla belli davranışları yapmaktan kaçınma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda işçi, haklı bir neden olmadıkça işverene zarar verebilecek davranışlardan kaçınmalıdır. İşçinin işverene zarar verme ihtimali bulunan davranışı gerçekte bir zarara neden olmasa dahi sadakat bor-

¹²⁹ Aynı yönde **AYDINÖZ**, s. 147; **DULAY YANGIN**, s. 166.

¹³⁰ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1429; **AYDIN**, s. 364; **DULAY YANGIN**, s. 167.

¹³¹ **ALP**, s. 829; **AYDIN**, s. 364.

¹³² Bkz. **ALP**, s. 829-830. İş K. m.5 hükmünde açıkça yer almamakla birlikte tele çalışmaya yönelik eşit davranma borcunun ihlali halinde de ayrımcılık tazminatı yaptırımının uygulanması gerektiği hakkında Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 469-470; **KILIÇ**, s. 814.

¹³³ **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 303.

cuna aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir. Yine sadakat borcu kapsamında iş ilişkisi devam ettiği sürece işçinin işverenle rekabet edecek şekilde kendi hesabına yahut kısmi süreli çalışmalar hariç olmak üzere bir ücret karşılığı üçüncü kişiler hesabına çalışması yasaklanmıştır (TBK m.396/2).

Öğretide kimi yazarlarca sır saklama borcu altında incelenen de¹³⁴ sadakat borcu kapsamında işçinin sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. İşçi, iş ilişkisinin devamı süresince çalışması sırasında öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri açıklayamaz ve bu bilgileri kendi veya başkaları yararına kullanamaz (TBK m.396/3). İşverenin haklı menfaatinin bulunduğu ölçüde işçinin sır saklama yükümlülüğü iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam edecektir (TBK m.396/3).

Tele çalışmada işverenin doğrudan gözetim ve denetiminin bulunmaması nedeniyle sadakat borcu özel bir önem kazanmaktadır¹³⁵. Tele çalışan işçinin iş görme sırasında birtakım üretim sırlarına ve üçüncü kişilerin kişisel verilerine ulaşma şansı klasik iş ilişkisine göre daha fazladır. Bu nedenle tele çalışanın sadakat borcu kapsamında iş sırlarını açıklamaması ve üçüncü kişilerin verilerini hukuka uygun yollarla işlemesi işveren için büyük önem taşımaktadır. Nitekim Yönetmelik m.11 kapsamında tele çalışanın, tanım ve kapsamı sözleşmede belirtilen verileri korumak amacıyla verilerin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin işveren tarafından belirlenen işletme kurallarına uyma zorunluluğu aynı zamanda sadakat borcunun da bir gereğidir.

Tele çalışan, iş görmesi için kendisine verilen bilgi iletişim araçlarını da sadakat borcuna uygun bir şekilde kullanmalıdır. Bu kapsamda işçinin mesai saatleri içerisinde kendisine iş görmesi için verilen bilgi iletişim aracını yalnızca iş için kullanması sadakat borcunun bir gereğidir. Yine işçinin kullandığı bilgi iletişim araçlarına casus yazılım yüklemesi yahut kullanılan programların şifrelerini başkalarıyla paylaşması gibi durumlarda da işçinin özen borcunun yanı sıra sadakat yükümlülüğünü de ihlal ettiği söylenebilecektir¹³⁶. Tele çalışanın sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği bu gibi durumlarda işverenin İş K. m.25/II. bendi uyarınca iş akdini haklı nedenle feshetmesi mümkündür.

E. Tele Çalışmadan Doğan Giderlerin Karşılanması Borcu

Yönetmelik m.8 kapsamında işin görülmesinden kaynaklanan ve üretilen mal veya hizmetle doğrudan ilgili zorunlu giderlerin tespiti ve karşılanmasına iliş-

¹³⁴ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 304, dn. 661.

¹³⁵ KANDEMİR, s. 110.

¹³⁶ KANDEMİR, s. 112.

kin hususların iş sözleşmesi ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır¹³⁷. Böylece iş sözleşmesi hükümleri ile görülmekte olan işin niteliğine göre tele çalışan tarafından yapılan masrafların hangilerinin zorunlu gider olarak sayılması gerektiği kararlaştırılabilecektir. Ancak TBK m.414/3 hükmü uyarınca iş sözleşmesi ile işin görülmesinden doğan bu zorunlu giderlerin kısmen veya tamamen işçi tarafından karşılanmasına yönelik bir anlaşma yapılması mümkün değildir¹³⁸.

İşverenin tele çalışan işçinin işin görülmesinden kaynaklanan masraflarını ne ölçüde karşılayacağı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Nitekim Çerçeve Sözleşme m.7 ve TBK m.414 hükümlerinde işin görülmesi nedeniyle meydana gelen giderlerin işveren tarafından karşılanması gerektiği düzenlenmişse de işverenin işçinin evinde iş görmesi durumunda işçinin faturalarını veya evin kullanımı karşılığında bir bedeli ödemesi gerekip gerekmediği hususunda bir görüş birliğine varılamamıştır¹³⁹. Doktrinde işverenin tele çalışan işçinin özel kullanımını da dikkate alarak elektrik, su, internet vb. faturalara katılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Evin kullanımı karşılığında işçiye bir bedel ödenip ödenmemesi gerektiği konusunda ise Versay İstinaf Mahkemesi, Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından da onaylanan kararında tele çalışmanın kim tarafından talep edildiği ölçüt kabul edilerek evde çalışmaya kendi talebi ile geçen çalışanın evine ait giderleri işverenden talep edemeyeceği hükme bağlanmıştır¹⁴¹.

Hukukumuzda ise Alman Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen özel kullanım sınırlaması ölçütü uyarınca sorunun çözülebileceğine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür¹⁴². Bu görüşe göre, tele çalışanın iş amacıyla kullandığı yerin tele çalışan tarafından özel amaçla kullanımı işin niteliği gereği veya işveren tarafından özel olarak sınırlandırılmışsa işverenin kullanım karşılığında bir bedel ödemesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴³. Bizim de isabetli buldu-

¹³⁷ İşin görülmesi sırasında karşılaşılabilecek COVID-19 risklerinin azaltılmasına yönelik masrafların da işveren tarafından karşılanması gerektiği yönünde bkz. **AKIN** Levent, "Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan / Evden Çalışma ve Olası Sonuçları" *Festschrift für Otto Kaufmann* Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 274. Hükmün işin görülmesine ilişkin zorunlu giderlerden asıl sorumlu işveren olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **ŞAKAR** Müjgan / **ERKAN ŞAHİN** Duygu, "Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 11, S. 2, 2021, s. 254.

¹³⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 471.

¹³⁹ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1426.

¹⁴⁰ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1426; **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 472; **KILIÇ**, s. 815.

¹⁴¹ **AYDINÖZ**, s. 149-150; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1426-1427.

¹⁴² **AYDINÖZ**, s. 150; **ALP**, s. 834.

¹⁴³ **AYDINÖZ**, s. 150; **ALP**, s. 834.

ğumuz bu görüşe göre, iş amacıyla kullanılan yerin özel amaçla kullanımının tamamen ya da işçi tarafından katlanılamayacak derecede sınırlandırılmadığı durumlarda işverenin evin kullanımı karşılığında işçiye bir bedel ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

F. Malzemenin Temini, Özenle Kullanılması ve Korunması Borçları

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin hükümler taraflar arasında akdedilecek sözleşmede düzenlenmelidir¹⁴⁴.

Sözleşmede hüküm bulunmaması halinde ise Yönetmelik m.7/1 hükmü uygulama alanı bulacak ve aksine anlaşma bulunmadığı durumlarda işveren işçiye işin görülmesi için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlü olacaktır¹⁴⁵. Yönetmeliğin bu hükmü işin görülmesi için gerekli araç ve malzemenin sağlanmasının ana kural olarak işverene bırakıldığı Çerçeve Sözleşme m.7/2¹⁴⁶ ile uyum içerisindedir.

Malzemenin işveren tarafından sağlanması halinde ise malzeme ile iş araçlarının teslim edildiği tarihteki bedellerini belirten bir liste işçiye yazılı olarak teslim edilmelidir (Yönetmelik m.7/2). İşin görülmesi için işçiye verilen araçların iş sözleşmesi içerisinde veya sözleşme ekinde listelenmesi halinde ise yönetmelik kapsamında ayrıca yazılı belge düzenlenmesi şartı aranmamıştır.

Tele çalışanlar özen borcu kapsamında kendisine sağlanan teknolojik araçları özenle kullanmalıdır. Örneğin tele çalışanın, iş görmesi amacı ile kendisine sağlanan bilgisayara işverenin iznini almaksızın yüklediği bir program nedeniyle bilgisayara bulaşan virüsün bilgisayarı işlev göremez duruma getirmesi halinde bu durumun özen borcunu ihlal ettiği kabul edilir¹⁴⁷. Nitekim Çerçeve Sözleşme kapsamında da tele çalışanın işveren tarafından sağlanan donanımı özenle kullanması ve ayrıca internet üzerinden yasadışı materyal toplamaması ve dağıtmaması gerektiği öngörülmüştür¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Bkz. **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1427.

¹⁴⁵ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1427; **KANDEMİR**, s. 116; **AKIN**, s. 273.

¹⁴⁶ Çerçeve Sözleşme m.7/2: "As a general rule, the employer is responsible for providing, installing and maintaining the equipment necessary for regular telework unless the teleworker uses his/her own equipment."

https://www.asi.is/media/312703/teleworking_agreement_en.pdf (Erişim tarihi: 30.11.2020).

¹⁴⁷ **KANDEMİR**, s. 102.

¹⁴⁸ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1427; **AYDIN**, s. 364. Çerçeve Sözleşmesi m.7/4: "The teleworker takes good care of the equipment provided to him/her and does not collect or distribute illegal material via the internet."

https://www.asi.is/media/312703/teleworking_agreement_en.pdf (Erişim tarihi: 30.11.2020).

Tele çalışanların özen borcunu ele alan özel bir düzenleme bulunmaması nedeni ile tele çalışanların özen borcu için hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalıdır¹⁴⁹. Tele çalışma ilişkisine öncelikle 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı,- özen borcunda olduğu gibi- bu kanunda boşluk bulunan hallerde ise Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüş¹⁵⁰ benimsenerek tele çalışanların özen borcu hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmeleri hükümlerinde yer alan özen borcu hükümleri uygulanmalı ve işçi Yönetmelik m.7 uyarınca bakım ve onarım koşulları ile kullanım esasları açık ve anlaşılır bir şekilde kendisine bildirilen malzeme ve iş araçlarını özenle kullanmalıdır.

G. İşverenin Denetim ve Gözetim Yetkisi ve İşçinin Özel Yaşamı

Günümüzde işverenlerin yeni teknolojilerin getirdiği olanaklarla işçiler üzerindeki denetim ve gözetim yetkisini klasik iş ilişkisinden daha yoğun bir şekilde kullanma olanağı doğmuştur. Gerçekten de kameralar, ses kayıt cihazları, retina okuyucular ve mesai başlangıç ve bitişini kayıt altına alan yazılımlar gibi araçlar ile işveren işçi üzerinde daha önce görülmemiş bir denetim ve gözetim yetkisi kullanmaktadır¹⁵¹. Bu gelişmeler kapsamında işverenin denetim ve gözetim yetkisinin sınırlarının çizilerek özel hayatın korunması gerekliliği diğer çalışma ilişkilerinde olduğu gibi tele çalışma ilişkisinde de önem arz etmektedir. Tele çalışma kapsamında özellikle işçinin iş görmek için kullandığı mobil cihazlara gönderilen arama ve elektronik postalara mesai saatleri dışında da yanıt verilmesinin beklendiği hallerde işçinin dinlenme hakkı ile özel yaşamının korunması hakkının işverenin denetim ve gözetim yetkisi ile çatıştığı görülmektedir. İş görme sırasında kullanılan bilgi iletişim teknolojileri nedeniyle sürekli bir şekilde iş görmeye hazır bir şekilde beklemek zorunda kalan işçinin kişilik haklarının korunabilmesi amacıyla öğretide “işçinin ulaşılama hakkı” tartışılmaya başlanmıştır¹⁵².

Çerçeve Sözleşme kapsamında tele çalışanın özel yaşamının korunmasına ilişkin olarak işverenin denetim ve gözetim yetkisine sınırlandırılma getirilmiş ve işçinin işini yerine getirirken işveren tarafından izlenmesi durumunda bu izlemenin 90/270 sayılı izleme araçları AB Direktifine uygun olması

¹⁴⁹ Bu tartışmalar için Bkz. **KANDEMİR**, s. 101-104; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1428-1429.

¹⁵⁰ **SÜZEK**, s. 277.

¹⁵¹ İşverenin bilgi iletişim teknolojileri vasıtasıyla işçinin özel hayatına müdahale etmesinin “teknostila” veya “dijital kelepçe” olarak adlandırıldığı yönünde bkz. **SAĞLAM**, s. 228.

¹⁵² **UGAN ÇATALKAYA** Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, s. 743. Ulaşılama hakkı kapsamında bazı Almanya'daki bazı kurumsal firmaların mesai saatleri dışında ve tatil günlerinde çalışanlara e-posta gönderilmesini durdurduğuna yönelik bkz. **AKIN**, s. 277.

aranmıştır¹⁵³ (Çerçeve Sözleşme m.6/2). Anılan Direktif esasen ekranlı araçlarla çalışmak için minimum güvenlik ve sağlık gereksinimlerini belirleme amacını taşımakla birlikte kısmen de olsa işçinin özel hayatının korunması için izleme yöntemlerine yönelik sınırlamaları da içermektedir¹⁵⁴. Nitekim Direktif kapsamında işçiye önceden bilgi verilmeksizin ekranlı araçlar vasıtasıyla izleme yapılamayacağı düzenlenmiştir¹⁵⁵.

Hukukumuzda ise bu konu hakkında özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte işverenin denetim ve gözetim yetkisini TMK m.24¹⁵⁶ ve TBK m.417¹⁵⁷ hükümlerinin izin verdiği ölçüde kullanması gerekmektedir. Eğer TMK m.24 hükmünde öngörülen diğer hukuka uygunluk sebepleri mevcut değil ise işverenin denetim ve gözetim yetkisini kullanması işçinin rızasına tabi olacaktır¹⁵⁸.

TBK m.417 kapsamında ise işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü işçinin kişisel verilerini koruma yükümlülüğünü de içermektedir. Bu nedenle işveren işçinin kişisel verilerini işlerken Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁵⁹ (KVKK) hükümleri çerçevesinde hareket etmelidir¹⁶⁰.

H. Verilerin Korunması

Tele çalışma sırasında verilerin işlenmesi yahut aktarılmasının çoğu zaman işverenin hakimiyet alanı dışında gerçekleşmesi nedeniyle işyerine ve yapılan işe ilişkin verilerin korunması borcu özel bir önem arz etmektedir.

Nitekim Çerçeve Sözleşme m.5 uyarınca verilerin korunması borcu kapsamında işveren, iş görme edimi kapsamında tele çalışan tarafından kullanılan ve işlenen verilerin korunmasını sağlamak için uygun önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur¹⁶¹.

¹⁵³ CİVAN, s. 569; ALP, s. 830.

¹⁵⁴ AYDINÖZ, s. 197.

¹⁵⁵ CİVAN, s. 569; AYDINÖZ, s. 197.

¹⁵⁶ TMK m.24: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

¹⁵⁷ TBK m.417 /1: "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla ... yükümlüdür."

¹⁵⁸ İşçinin rızasının işçinin kişilik haklarına müdahaleyi hukuka uygun hale getirip getiremeyeceğine ilişkin tartışmalar için Bkz. UGAN ÇATALKAYA, s. 746 vd.

¹⁵⁹ 07.04.2016 Tarih ve 29677 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁶⁰ İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında işçinin kişisel verilerinin ele geçirilmesini önlemek amacıyla gerekli cihaz ve yazılımları işçiye temin etmesi gerektiği hk. GÖRÜCÜ İbrahim, "Tele Çalışma (Evde Çalışma)", Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Yenilikçi Yaklaşımlar, C. 2, Gece Kitaplığı, 2018, s. 291.

¹⁶¹ WELZ / WOLF, s. 18; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1432-1433; AYDIN, s. 364.

Hukukumuzda ise verilerin korunması, Yönetmelik m.11 hükmü çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “işveren; uzaktan çalışanı, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili mevzuat hakkında bilgilendirmek ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri almalıdır”. Yönetmelik m.11/2 hükmü uyarınca, verilerin korunması ve aktarılmasına yönelik birtakım kuralların oluşturularak işçilerin bilgilendirilmesi tek başına yeterli olmayıp işverenin korunması gereken verinin tanımı ve kapsamını da sözleşmede açıkça belirtmesi gerekmektedir. Tele çalışan ise, verilerin korunması amacıyla işveren tarafından belirlenen bu kurallara uymak zorundadır (Yönetmelik m.11/3).

Yönetmelik hükmünde de belirtildiği üzere işveren, verilerin korunması borcu kapsamında tele çalışan tarafından kullanılacak bilgi iletişim teknolojilerinin kullanılması kapsamında uyulması gereken hukuki düzenlemeler hakkında bilgi vermekle ve işçi ise bu hukuki düzenlemelere riayet etmekle yükümlüdür. Verilerin korunması kapsamında uyulması gereken hukuki düzenlemelerin başında ise KVKK gelmektedir. Bu kapsamda işveren tarafından tele çalışana, kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları (KVKK m.5 ve m.6), kişisel verilen silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi (KVKK m.7) ile bu verilerin yurt içinde ve yurt dışına aktarılması koşulları (KVKK m.8 ve m.9) hakkında eğitim verilmesi gerektiği düşünülebilecektir.

IV. Tele Çalışma İlişkisinin Kurulması

A. Genel Olarak

Çerçeve Sözleşme m.3 uyarınca tele çalışma ilişkisinin kurulması gönüllülük esasına dayanmalıdır¹⁶². Gönüllülük esası hukuk düzenimizde de kabul edilmiştir. Nitekim tele çalışma ilişkisinin nasıl kurulacağını düzenlediği Yönetmelik m.14 hükmü ile iş ilişkisinin baştan tele çalışma olarak kurulması yahut sonradan tele çalışmaya dönüştürülmesi için tarafların bu konuda anlaşması aranmıştır.

Tele çalışmaya geçiş talebinin işçi tarafından yapılması durumunda Yönetmelik m.14/2 hükmü uyarınca işveren, işçinin yazılı talebini işyerinde belirlenen usul doğrultusunda değerlendirmelidir. İşveren işçinin talebini değerlendirirken işin ve işçinin tele çalışmaya uygunluğunu göz önünde bulundurmalıdır. Yapılan değerlendirme sonucunun ise otuz gün içerisinde işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Tarafların anlaşması sonucu tele çalışma ilişkisinin kurulması halinde ise İş K. m.14 uyarınca tele çalışma sözleşmesinin yazılı olarak akdedilmesi ve iş

¹⁶² WELZ / WOLF, s. 15; ALP, s. 841; AYDIN, s. 363; KILIÇ, s. 816.

sözleşmesinde; işin tanımı, işin yapılma şekli, görülecek işin süresi ve nerede görüleceği, işçiye ödenecek ücret ve buna ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanacak araç ve malzeme ile bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler ve işverenin tele çalışan ile iletişim kurması ve diğer genel veya özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin yer alması gerekmektedir. Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte tele çalışma anlaşmasının süreli olarak ya da kısmi tele çalışma sözleşmesi olarak akdedilmesi yönünde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁶³.

Tele çalışma ilişkisinin kurulamayacağı işler ise Yönetmelik m.13 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, tehlikeli kimyasal veya radyoaktif maddelerin işlenmesi ve/veya bu maddeler yahut atıkları ile çalışma ya da biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan işlerde tele çalışma yapılamaz. Madde metninde sayılan işler tehlikeli işler sınıfında yer almakta olup bu tür çalışmalarda iş kazalarının meydana gelme olasılığı oldukça yüksektir. Tele çalışma ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında yaşanan sıkıntılar nedeniyle bu işlerin tele çalışma kapsamı dışında bırakılması isabetlidir¹⁶⁴.

B. Tele Çalışmaya Geçiş Esaslı Bir Değişiklik midir?

İşverenin işyerinde çalışmaktan tele çalışma ilişkisine geçiş teklifinin 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca esaslı bir değişiklik kabul edilip edilmeyeceği konusu açıklanmaya muhtaçtır¹⁶⁵.

İşçinin işyerine bağlı çalışma düzeninden tele çalışmaya geçilmesinin başlı başına bir esaslı değişiklik olduğuna ilişkin doktrinde görüşler bulunmaktadır¹⁶⁶. Bu görüşün taraftarlarına göre klasik iş ilişkisinden tele çalışmaya geçiş bağımlılık ilişkisini zayıflatması ve iş görme sürecinde işçiye daha fazla sorumluluk yüklemesi nedenleriyle işçinin durumunu her daim ağırlaştırmaktadır¹⁶⁷.

İş K. m.22 uyarınca iş sözleşmesinden, personel yönetmeliğinden veya işyeri uygulamasından kaynaklanan çalışma koşulunun işçi aleyhine değişti-

¹⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 469.

¹⁶⁴ TERZİOĞLU Ahmet / KAHRAMAN USTA Hülya, "Uzakta Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 18, S. 72, 2021, s. 1534. Yönetmelik m.13 hükmünün, evde çalışmalarda sağlık ve güvenlik gerekçeleriyle belirli işler ve bazı tür maddelerin kullanılmasının yasaklanabilmesine ilişkin 177 Sayılı Evde Çalışmaya İlişkin ILO Sözleşmesi m.7 hükmüne dayandığı yönünde bkz. ÖZER, s. 206; AKIN, s. 285. Yönetmelik hükmü yürürlüğe girmeden önce iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla tele çalışmada belirli çalışma türleri ve belirli maddelerin yasaklanması gerektiği yönünde KANDEMİR, s 131.

¹⁶⁵ ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1435; ALP, s. 841.

¹⁶⁶ AYDINÖZ, s. 89-90; KANDEMİR, s. 91

¹⁶⁷ AYDINÖZ, s. 89-90.

rilmesi ancak işçinin yazılı rızasına tabidir. Ancak Yargıtay içtihatları uyarınca geçerli bir sebeple¹⁶⁸ yahut yönetim hakkı kapsamında¹⁶⁹ işverenin çalışma

¹⁶⁸ "... Somut olayda davacının savunmasında kabul ettiği üzere eğitim merkezinin yemekhanesinde ücretini ödeyerek yemek yaptırdığı ve eğitim merkezine ait damacana sulardan evine götürdüğü, eğitim merkezindeki yüklenici firma elemanlarını öğle tatilinde başka bir iş yerine temizliğe götürdüğü şeklindeki eylemleri sabittir. Davalı işveren, davacının sabit olan eylemleri sebebiyle işyerine yansıyan olumsuzlukları gözeterek idari bir tasarrufla işyerini değiştirerek davacıyı Taksim'e görevlendirmiş ancak bu değişikliği kabul etmeyen davacı bir süre daha eski görev yerine gitmeye devam etmiş ve Tuzla'daki işyerine gelmemesi, yeni görevlendirildiği işyerine gitmesi gerektiği belirtilmesine rağmen burada işe başlamamış ve iş akdi devamsızlık nedeniyle feshedilmiştir. İşverenin yaptığı görev yeri değişikliğinin geçerli bir nedene dayandığı açık olup işçinin bu değişikliği kabul etmemesi nedeniyle iş akdine son verilmesi İş Kanununun 22. maddesine uygun geçerli fesih olduğu anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır." Yargıtay 9. HD, E. 2019/1593, K. 2019/5293, T. 11.03.2019; "... Davacının iş sözleşmesinin feshine neden olan çalışma koşullarındaki değişikliğin geçerli nedene dayanması gerekir. Davalı işverence değişikliğin Dereli kooperatifi için belirlenen ve onay gören norm personel kadro sayısı doğrultusunda kooperatifteki iş ve işlemlerde aksaklıkların ve personel ihtiyacının giderilmesi, iş ve işyerinden kaynaklanan diğer zorunlu nedenlerden dolayı Personel Yönetmeliği'nin 46. maddesinin ilgili fıkrasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bu durumda davacının öncelikle kendi bölümünde fazlalık teşkil edip etmediği; davacının öncelikle kendi bölümünde fazlalık teşkil edip etmediği ya da işletme içinden başka işçilerin o bölümde görevlendirip görevlendirilmediği belirlenmelidir. Davacının çalıştığı bölümde eleman fazlalığı olduğu tespit edildikten sonra çalışmak istemediği ilçede değişiklik teklifinin yapıldığı tarih itibarıyla eleman ihtiyacının doğup doğmadığı da araştırılmalıdır. Fesihten sonra davacının görevlendirildiği yerde eleman ihtiyacının nasıl karşılandığı, davacı dışında daha uygun bir görevlendirme yapılabilip yapılamayacağı, davacının çalıştığı ve işyerinin diğer bölümlerine fesihten önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığı da önem arz etmektedir.

Yapılacak iş İnsan Kaynaklarında uzman bir bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak davacının fiilen yaptığı ve görevlendirildiği işe ilişkin her iki görev tanımına giren işlerin karşılaştırılıp davacının daha alt bir göreve verilip verilmediği, Dereli ilçesine yapılan görevlendirmenin objektif ve mevcut görevine göre davacıya uygun olup olmadığı belirlenerek değişikliğin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir." Yargıtay 7. HD, E. 2015/19470, K. 2015/22472, T. 16.11.2015. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 12.01.2023).

¹⁶⁹ "İşveren tarafından iş şartlarında yapılan değişiklik, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa esaslı değişiklik sayılmaz. Kısaca, işveren yönetim hakkının kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilir. İşverenin yönetim hakkı yasadan, sözleşmeden ve işyeri uygulamasından kaynaklanabilir. Bu konuda en yaygını, işçinin imzaladığı sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğindeki yönetmelik hükümleri ile değişiklik yapılmasını kabul etmesidir. Ancak yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliğin, işçinin kişisel haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir. Bir başka anlatımla, işveren yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında incelenmeli, dar yorumlanmalı ve işverenin bu hakkı keyfiliğe denetimine tabi tutulmalıdır. Yönetim hakkı kapsamında kalan veya sözleşme ile kabul edilen ve geçerli sayılan değişikliklerde, işçinin işverenin bu talimatına uyması gerekir. Aksi halde, değişiklik esaslı değişiklik olmadığından işveren, 4857 sayılı İş Kanun'un 25/II. h maddesi uyarınca ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etme veya görev yerine gitmemekten dolayı aynı maddenin g fıkrası uyarınca devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahiptir. Her iki durumda da işçi iş görme borcuna aykırı davranmaktadır. İşveren hakkı fesih yerine nedeni belirtmek, yazılı yapmak ve işçinin savunmasını almak sureti ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle de feshedebilir." Yargıtay 9. HD, E. 2019/1593, K. 2019/5293, T. 11.03.2019. Aynı yönde, Yargıtay 22. HD, E. 2017/15837, K. 2018/22970, T. 23.10.2018; Yargıtay 9. HD, E. 2017/515, K. 2018/1732, T. 06.02.2018; Yargıtay 9. HD, E. 2017/371, K. 2017/18151, T. 14.11.2017. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 12. 01. 2023).

koşullarında yaptığı değişiklikler esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyecektir¹⁷⁰.

Bunun dışında zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde de tele çalışmaya geçiş için işçinin rızası aranmamalıdır. Nitekim Yönetmelik m.14/6 hükmü kapsamında COVID-19 salgını nedeniyle getirilen sokağa çıkma yasağı ve karantina uygulamalarının geçerli sebep olarak kabul edilmesi mümkündür¹⁷¹.

Kanaatimizce, her somut olayın özelliklerine göre esaslı değişiklik bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Örneğin işyerinde çalışırken bilgi teknolojilerini kullanmayan bir işçinin tele çalışmada bu teknolojileri kullanacak olması nedeniyle işin niteliğinde değişiklik olarak kabul edilerek esaslı değişiklik sayılmalıdır¹⁷². Buna karşılık aynı il sınırları içinde olmak kaydıyla bir işçinin işverenin esas işyeri dışında uydu veya komşu büroda istihdam edilmesi esaslı değişiklik teşkil etmemelidir¹⁷³. İşçinin ev esaslı tele çalışma ilişkisine geçirilmek istenmesi veya tersi durumunda ise her halükarda esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁴.

C. Değişiklik Kayıtları

Çerçeve Sözleşme m.3 kapsamında değişiklik kayıtlarına cevaz verilmektedir¹⁷⁵. Bu kapsamda iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcunun kapsamının tele çalışmayı da içermesi halinde işçinin rızasının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Hukukumuzda ise iş sözleşmesine konulacak değişiklik kayıtları ile işverene işçiyi tele çalışmaya geçirme imkânı veren kayıtların geçerliliği tartışmalıdır¹⁷⁷. Klasik iş ilişkisinde doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay içtihatları

¹⁷⁰ "... İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür..." Yargıtay HGK, E. 2014/7-2461, K. 2017/719, T. 12.4.2017; Yargıtay HGK, E. 2015/2359, K. 2018/1832, T. 04.12.2018; Yargıtay HGK, E. 2009/416, K. 2009/474, T. 04.11.2009. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 12. 01. 2023).

¹⁷¹ ŞAKAR / ERKAN ŞAHİN, s. 257.

¹⁷² ALP, s. 842-843.

¹⁷³ Aynı yönde ALP, s. 843. Aksi görüş için Bkz. AYDINÖZ, s. 90.

¹⁷⁴ Aynı yönde Bkz. KANDEMİR, s. 91; ALP, s. 843.

¹⁷⁵ AYDIN, s. 363-364; ALP, s. 844.

¹⁷⁶ ALP, s. 844; AYDIN, s. 363-364. Aksi yönde AYDINÖZ, s. 92-93.

¹⁷⁷ ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1437; ALP, s. 843.

uyarınca¹⁷⁸ yönetim hakkının kötüye kullanılmaması şartıyla işverenin tek taraflı olarak işçinin işyerini değiştirmesini sağlayan kayıtlar geçerli kabul edilmektedir¹⁷⁹. Ancak işverene tek taraflı olarak işçinin işyerini değiştirmesini sağlayan bu kaydın TBK m.20 vd. hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşulları niteliğinde olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda işveren tarafından, işçilerle müzakere edilmeksizin önceden hazırlanan tip iş sözleşmeleri genel işlem koşullarının bulunduğu sözleşme niteliğindedir¹⁸⁰. Genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin bulunduğu iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtları TBK m.24 hükmü uyarınca yazılmamış sayılacaktır.

Tele çalışma ilişkisi kapsamında üzerinde önceden müzakere edilmiş değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmadığı bakımından ise öğretide çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Öğretide savunulan bir görüşe göre, işverenin tele çalışanı tele merkeze, komşu veya uydu büroya nakletme yetkisine ilişkin kayıtlar dürüstlük kuralı ve hakkaniyete uygun olmak kaydı ile geçerli olacak

¹⁷⁸ "Dosya kapsamına göre davacının imzaladığı iş sözleşmesi ile saklı tuttuğu iş ve işyeri değişikliği yapma hakkına istinaden davacının çalışmakta olduğu işyeri işverence değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğin kötü niyetle yapıldığı ispat edilememiştir. İşyeri değişikliği neticesinde yeni işyerinde işe devam etmediği gerekçesi ile işverence gerçekleştirilen fesih yukarıda anılan ilke kararları uyarınca geçerli fesih niteliğinde olup davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği anlaşıldığından, ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir iken aksi düşünce ile verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 22. HD, E. 2016/6792, K. 2019/4336, T. 26.02.2019; "... Dosya içeriğinden taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde yer alan davacının aynı il içerisinde veya Türkiye dahilinde başka bir bölgeye veya başka bir ile atanabileceğine dair düzenleme ile opsiyonlu program mağaza yöneticisi yetiştirme formunun 3. maddesindeki çalışma koşullarında yapılan değişikliklerin kabul edileceğine ilişkin davacının imzasını taşıyan sözleşme metinlerinden kaynaklanan nakil yetkisine dayanarak işletmesel sebeplerle davalının davacıyı ...'deki işyerinden ...'a ihtiyaç nedeni ile benzer unvanla nakletmek istediği, davacının nakil isteğini kabul etmemesi üzerine sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, davalı işverenin sözleşmedeki nakil yetkisini kötüye kullandığı da ispat edilmiş değildir. Dairemiz uygulamasına göre de, nakil yetkisi kötüye kullanılmamışsa nakle rıza göstermemek fesih için geçerli sebep olarak kabul edilmektedir. Buna göre, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır." Yargıtay 22. HD, E. 2017/34981, K. 2017/13817, T. 12. 06.2017; "... Somut olayda, iş sözleşmesinde işverene işçinin işyerini değiştirme yetkisinin verildiği, işverenin de iş sözleşmesinden doğan bu yetkisini kullandığı, sözleşmede öngörülen yetkisini kullanarak davacının görev yaptığı işyerini ihtiyaçları doğrultusunda değiştirdiği, yaptığı değişikliğin genişletilmiş yönetim hakkı kapsamında olduğu, davalı tarafından sözkonusu iş sözleşmesinde kendisine tanınan bu yetkiyi kullanması sonucu iş koşullarının esaslı tarzda değiştirilebilmesi için geçerli sebebe dayanmadığının, yapılan değişikliğin iş sözleşmesine aykırı olduğunun ve görev değişikliğinin kötüniyetle yapıldığının ispat yükü kendisine düşen davacı tarafca ispatlanmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda davacının yeni görev yerine gitmeyerek devamsızlık yaptığı, devamsızlığın tutanaklarla sabit olduğu, 4857 sayılı Kanun'un 25/II-g maddesinde belirtilen şartların oluştuğu ve işverence yapılan feshin haklı sebebe dayandığı ortada iken davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirir." Yargıtay 22. HD, E. 2011/9125, K. 2012/2594, T. 24.02.2012. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 12.01.2023).

¹⁷⁹ ALP, s. 843; SÜZEK, s. 69; GÜNAY, s. 278.

¹⁸⁰ AYDINÖZ, s. 97; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1436.

ancak evde tele çalışmaya ilişkin konulacak değişiklik kayıtları ise geçerli olmayacaktır¹⁸¹. Bu kapsamda Alman doktrinde değişiklik kayıtları vasıtasıyla işçinin evde tele çalışmak zorunda bırakılmasının konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiği de savunulmaktadır¹⁸².

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise işçinin tele merkez, uydu veya komşu büroda çalışmasına ilişkin kayıtlar klasik iş ilişkisinde olduğu gibi yalnızca işyeri değiştirilmesi ile aynı nitelikte olmayıp bu tür kayıtlar diğer kayıtlar ile aynı hukuki rejim kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸³.

Kanaatimizce, tele çalışma kapsamında da önceden müzakere edilmiş ve dürüstlük kuralı ile hakkaniyete uygun değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir.

D. Tele Çalışmaya Geçiş Teklifinin Reddedilmesi

Çerçeve Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca yalnızca tele çalışma teklifini reddetme veya tele çalışmaya son vermeyi reddetmek tek başına işçinin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli sebep teşkil etmeyecektir¹⁸⁴.

Çerçeve Sözleşme'nin fesih konusundaki katı tutumu Alman doktrini tarafından da benimsenmiş ve değişiklik kayıtlarındaki görüşle paralel bir şekilde evde tele çalışmanın işçi tarafından kabul edilmediği hallerde işçinin iş akdinin feshi ile karşı karşıya kalacak olması konut dokunulmazlığı hakkını ihlal eder nitelikte bulunmuştur¹⁸⁵.

Hukukumuzda ise bu konu çerçeve anlaşmada olduğu gibi açıkça düzenlenmemiş olup doktrinde tartışmalıdır¹⁸⁶.

Bir görüş uyarınca işverenin iş organizasyonunda değişiklik yapma hakkı kapsamında tüm iş organizasyonunun tele çalışmaya çevrilmesi durumunda işçinin bunu reddetmesi geçerli neden olarak kabul edilir iken yalnızca bir kısım işçinin çalışmasının tele çalışmaya çevrilmesi durumunda somut olayın özelliklerine göre karar verilmelidir¹⁸⁷. Somut olayın özelliğine göre işçinin çalışmasının tele çalışmaya çevrilmesi İş K. m.22 kapsamında çalışma koşul-

¹⁸¹ Bkz. **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1438, dn. 80; **ALP**, s. 843-844. Evde çalışmaya ilişkin değişiklik kayıtlarının da içerik ve kullanım denetimine tabi olmak kaydıyla geçerli olduğu yönünde bkz. **GÜNAY**, s. 280.

¹⁸² **ALP**, s. 845.

¹⁸³ **AYDINÖZ**, s. 98; **KANDEMİR**, s. 92-93.

¹⁸⁴ **AYDINÖZ**, s. 99; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1439.

¹⁸⁵ **ALP**, s. 846.

¹⁸⁶ **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1439-1440.

¹⁸⁷ **ALP**, s. 846; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s. 1439-1140

larında esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilebildiği hallerde işveren ancak tele çalışmaya geçişin geçerli bir nedene dayandığını yahut iş sözleşmesinin feshi için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak kaydıyla iş sözleşmesini feshedebilecektir¹⁸⁸.

Diğer bir görüşe göre ise işverenin iş organizasyonunda değişiklik yapma hakkı uyarınca işçileri tele çalışmaya geçirmek istemesi halinde, bu işletmesel karar¹⁸⁹ sırf tele çalışma ilişkisine geçilmek istemesi nedeni ile işçiyi iş hukukunun sağladığı korumadan yoksun bırakacak şekilde hafif bir denetime tabi tutulmalıdır¹⁹⁰. Bu kapsamda yalnızca işletmesel nedenle feshi ilişkin aranan bütün şartların mevcut olması durumunda feshin geçerli olduğuna karar verilmelidir¹⁹¹.

Kanaatimizce, burada somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalı ve feshin son çare olması ilkesi¹⁹² gözetilmelidir. Örneğin işçinin ge-

¹⁸⁸ ALP, s. 842-843; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s. 1439.

¹⁸⁹ “İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır. İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı Kanun’un 20. maddesinin 2. fıkrasında feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken feshin biçimsel koşullarına uyduğunu içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli veya haklı nedene dayandığını kanıtlamalıdır. Bu kapsamda işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.” Yargıtay 9. HD, E. 2020/2904 K. 2020/13592 T. 27.10.2020; Yargıtay 22. HD, E. 2019/8929 K. 2019/23853 T. 19.12.2019; Yargıtay 9. HD, E. 2019/430 K. 2019/12440 T. 29.05.2019; Yargıtay 22. HD, E. 2018/2630 K. 2018/8727 T. 17.04.2018. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 11.01.2023).

¹⁹⁰ AYDINÖZ, s. 100.

¹⁹¹ AYDINÖZ, s. 100.

¹⁹² İş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin son çare olması ilkesi (*ultima ratio*), iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden önce başka önlemlere başvurulmasını, ancak alınan önlemlerin başarısız olması yahut feshi önlemeye alternatif olacak bir yöntemin fiilen mevcut olmaması halinde iş sözleşmesinin feshedilebileceğini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Feshin son çare olması ilkesi, hukukumuzda İş K. m.18 hükmünün gerekçesinde yer almaktadır. Gerekçede feshin son çare olması ilkesinin yalnızca işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle yapılacak fesihlerde göz önünde bulundurulması gereken bir ilke olarak belirtilmişse de işçinin davranışı veya yetersizliğine dayanan fesihlerde de feshin son çare olması ilkesine dayanılması

çirdiği kaza sebebiyle yalnızca evde tele çalışan olarak istihdam edilebilecek olmasına rağmen işçinin işverenin bu teklifini kabul etmemesi durumunda işverenin sözleşmeyi geçerli olarak feshedebileceği kabul edilmelidir¹⁹³.

Sonuç

20. yüzyılın ortalarından itibaren çalışmamız kapsamında bahsedilen çeşitli nedenlerle işçi ve işverenlerin ihtiyacını karşılamak amacı ile esnek çalışma türleri ortaya çıkmıştır.

Esnek çalışma türleri kendi içinde çeşitlilik arz etse de genel olarak çalışma süresine bağlı esneklik göstermesi ve çalışma yerine bağlı olarak esneklik göstermesi bakımından ikiye ayrılabilir. İlk kategoride kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma gösterilebilirken ikinci kategoride ise uzaktan çalışma üst başlığı altında evde çalışma ve tele çalışma örnek olarak gösterilebilir. Bu çalışma kapsamında oldukça sınırlı olarak ele alınan platform çalışma modelinde ise iş görenlerin işçi mi işçi benzeri mi yoksa bağımsız çalışan olarak mı nitelendirilmesi gerektiği hususunda öğretide görüş birliğine varılamamıştır.

Covid-19 salgını kapsamında pek çok işyeri zorunlu olarak tele çalışma sistemine geçmiş ve iş devamlılığını sağlamaya çalışmıştır. Ancak yine bu kapsamda işçinin özel hayatı ve iş hayatı normal tele çalışma döneminden daha da fazla şekilde iç içe geçmiştir.

Tele çalışma kapsamında kanaatimizce, işveren ve kamu otoriteleri bakımından olumlu yönler olumsuz yönlerden daha fazladır. İşçiler bakımından ise olumsuz yanları azaltmak için gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda tele çalışma ilişkisi işçiye büyük bir külfet yükleyecektir. Bu kapsamda işçilerin üzerindeki yükün azaltılması amacı ile işverenlerin ve kamu otoritelerinin ekstra önlemler almaları gerekmektedir.

Tele çalışma, işçinin işini işverenin iş organizasyonu kapsamında bilişim teknolojilerini kullanmak suretiyle evinde ya da işyeri dışında yerine getirmesidir. Bu tanımdan tele çalışmanın mesafe, teknoloji ve organizasyon unsurları çıkarılabilmektedir. Tele çalışmanın türleri ise işin yapıldığı yer yönünden ev esaslı tele çalışma, tele merkez esaslı tele çalışma ve mobil tele çalışma olarak sınıflandırılabilir.

gerektiği doktrinde ağırlıklı görüş olarak savunulmaktadır. Bkz. **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / KARACA**, s. 536; **MAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 1054; **SÜZEK**, s. 594; **KARADEMİR** Artür, "İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 12, 2020, s. 276-278.

¹⁹³ **ALP**, s. 847; **GÜNAY**, s. 284.

Tele çalışma ilişkisinde tarafların eşit davranma borcu, sadakat borcu, tele çalışmadan doğan giderlerin karşılanması borcu, malzemelerin temini, özenle kullanılması ve korunması borçları, işverenin denetim ve gözetim yetkisinin kullanılması, verilerin korunması ve iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borçları özellik arz etmektedir.

Yine tele çalışma ilişkisinin kurulması bakımından tele çalışmaya geçişin esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, tek taraflı olarak tele çalışmaya geçmeyi öngören değişiklik kayıtlarının konulup konulmayacağı ve tele çalışmaya geçiş teklifinin reddedilmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturup oluşturamayacağı konuları tartışmalıdır.

Kanaatimizce, tele çalışmaya geçiş başlı başına esaslı bir değişiklik olmayıp tele çalışmaya geçişin İş K. m.22 uyarınca esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilebilmesi için tele çalışmaya geçişin somut olayda çalışma koşulları bakımından işçinin durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığına bakılmalıdır.

Tek taraflı olarak tele çalışmaya geçmeyi öngören değişiklik kayıtları bakımından ise, tele çalışmanın türlerine göre ayrı bir değerlendirme yapılmaksızın tip sözleşmelerde yer almayan, önceden müzakere edilmiş, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete uygun değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tele çalışmaya geçiş teklifinin işçi tarafından reddedilmesi halinde yapılacak feshin geçerli bir fesih olarak nitelendirilebilmesi için kanaatimizce, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak feshe ilişkin aranan bütün şartlar mevcut olmalıdır. Bu kapsamda işveren tarafından tele çalışmaya geçiş yönünde alınan bir işletmesel karar aranmalı, işletmesel kararın varlığı halinde ise tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak feshin geçerli bir fesih olup olmadığı tespit edilmelidir.

Kaynakça

- AKÇA** Meltem / **TEPE KÜÇÜKOĞLU** Mübeyyen, “Covid-19 ve İş Yaşamına Etkileri: Evden Çalışma”, Uluslararası Yönetim Eğitim ve Ekonomik Perspektifler Dergisi, C. 8, S. 1, 2020, ss. 71-81.
- AKIN** Levent, “Türk Çalışma Yaşamında Pandemi Sürecinde Uzaktan / Evden Çalışma ve Olası Sonuçları” Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 261-300.
- ALKAN MEŞHUR** Filiz, “Geleceğin Çalışma Biçimi Tele Çalışmaya İlişkin Yaklaşımlar”, Akademik Bilişim’07 - IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 2007, ss. 265-272.
- ALKAN MEŞHUR** Filiz, “Organizasyonların Tele Çalışmaya İlişkin Tutumlarına Yönelik Bir Araştırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2010, ss. 1-24.
- ALP** Mustafa, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul, 2011, ss. 795-851.
- AYDIN** Ufuk, “Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008, ss. 351-376.
- AYDINÖZ** Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.
- BAYCIK** Gaye / **CİVAN** Orhan Ersun / **TOLU YILMAZ** Hazal / **BOSNA** Berrin, “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, ss. 713-801, 2021.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, “Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Tam Metin Bildiri Kitabı. <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1229> (Son erişim tarihi, 20.12.2022).
- CENTEL** Tankut, “COVID-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 43, 2020, ss. 11-29.
- CHUNG H. / VAN DER HORST M**, “Women’s employment patterns after childbirth and the perceived access to and use of flexitime and teleworking.” Human Relations, Vol. 71, 2018, Pg. 47-72.
- CİVAN** Orhan Ersun, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 7, S. 26, 2010, ss. 525-573.
- ÇELİK** Nuri / **CANIKLIOĞLU** Nurşen / **CANBOLAT** Talat / **ÖZKARACA** Erçüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta Yayınevi, 2022.
- DEMİR** Kübra, “Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, ss. 2501 - 2543.

- DOĞAN YENİSEY** Kübra, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- DULAY YANGIN** Dilek, “6715 sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 36, 2016, ss. 148-171.
- ERAFŞAR** Rabia Büşra, “Türk İş Hukukunda Evden Çalışma”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2022, ss. 279-317.
- ERGÜNEŞ EMRAĞ** Seda, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma”, *İSGHD*, C. 13, S. 51, 2016, ss. 1413-1443.
- EYRENCİ** Öner, “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”, *TÜHİS*, Mayıs-Ağustos 2001, ss. 1-12.
- GÖRÜCÜ** İbrahim, “Tele Çalışma (Evde Çalışma)”, *Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Yenilikçi Yaklaşımlar*, C. 2, Gece Kitaplığı, 2018, ss. 285- 306.
- GÜLLÜOĞLU ALTUN** Yasemin, “Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenmiş Olan “Evde Hizmet Sözleşmesi (TBK m.461-469)” ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Evde Hizmet Sözleşmesinin Faydaları ile Uzaktan Çalışma Modeli ve Esnek Çalışma Üzerine Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2021, ss. 636-653.
- GÜLVER** Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Hükümleri Üzerine” *İÜHFM*, C. 72, S. 2, 2014, ss. 103-122.
- GÜNAY** Arkın, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018.
- HEKİMLER** Alpay, “Türk ve Alman İş Hukukunda Home Office Düzenlemeleri: COVID-19 Pandemi Döneminde Karşılaştırmalı Hukuk Boyutunda Bir Değerlendirme”, *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 215-260.
- ILO** (2020b). “Teleworking during the covid-19 pandemic and beyond a practical guide.” Geneva: International Labour Office.
- İNCENACAR** Tuğba, “Tele Çalışma ve Ortaya Çıkan Sorunların Çalışanlar Üzerindeki Etkisi”, 3 rd International EMI Entrepreneurship & Social Sciences Congress, 2019, ss. 839-849.
- KANDEMİR** Murat, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2011.
- KARDEMİR** Artür, “İş Güvencesinde Son Çare İlkesi Uyarınca İşçiye Eğitim Verilmesi Gerekliğinin Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 12, 2020, ss. 263-288.
- KILIÇ** Gözdenur, “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışma ve Evden Çalışmadan Farkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 164, 2020, ss. 805-819.
- KORKMAZ** Fahrettin / **ALP** Nihat Seyhun, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, 2019.

- LÓPEZ-IGUAL** Purificación / **RODRÍGUEZ-MODROÑO** Paula, “Who is Teleworking and Where from? Exploring the Main Determinants of Telework in Europe” *Sustainability* 12, no. 21, 2020, 8797. DOI: <https://doi.org/10.3390/su12218797>.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi / **ASTARLI** Muhittin / **BAYSAL** Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Nisan, 2022.
- MORGANSON V. J. / MAJOR D. A. / OBORN, K. L. / VERİVE J. M. & HEELAN M. P.** (2010). “Comparing telework locations and traditional work arrangements: Differences in work-life balance support, job satisfaction, and inclusion.”, *Journal of Managerial Psychology*, 25(6).
- ÖZDEMİR** Olgu, “Uzaktan Çalışmada İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükleri”. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 8, Aralık 2016, ss. 81-99.
- ÖZER** Hatice Duygu, “Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 12, 2018, ss. 193-226.
- PRASAD** Kdv, “Remote Working Challenges and Opportunities During Covid-19 Pandemic”, *Journal of Business Strategy Finance and Management*, Vol. 2, No. 1-2, 2021, Pg. 01-03.
- SAĞLAM** Nazlı, “İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışmada “Teknostres” Kavramının Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Nisan 2022, ss. 215-241.
- SENYEN KAPLAN** Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019.
- SLÁDEK** Pavel / **SİGMUND** Tomáš, “Legal Issues of Teleworking”, SHS Web of Conferences, Vol. 90, 2021. Published online: 2021-01-07
- SOYSAL** Tamer, “Tele Çalışma”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 3 S. 9, 2006, ss. 133-165.
- SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, 16. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.
- ŞAKAR** Müjgan / **ERKAN ŞAHİN** Duygu, “Esnek Çalışma Modellerinden Uzaktan Çalışma ve Uzaktan Çalışanların Sigortalılığı”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 11, S. 2, 2021, ss. 249-267.
- TAN** Gizem, Atipik İş Sözleşmelerinde Evde Çalışma ve Tele Çalışma, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- TERZİOĞLU** Ahmet / **KAHRAMAN USTA** Hülya, “Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 72, 2021, s. 1513-1542.
- TUNCAY** A. Can, “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, *TÜHİS*, Mayıs-Ağustos 2001, ss. 13-36.

- UGAN ÇATALKAYA** Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, ss. 733-751.
- WELZ** Christian / **WOLF** Felix, “Telework in European Union”, Eurofound, 2010 <https://policycommons.net/artifacts/1834407/telework-in-the-european-union/2576407/> (Son erişim tarihi, 01.12.2022).
- YAYVAK NAMLI** İrem, “Dijital Çağ’da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: “Crowd-working”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, 2019, ss. 128-143.
- YILDIZ** Gaye Burcu, “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 46, 2021, ss. 29-41.
- YİĞİT** Burcu, “Pandemi Döneminde Uzaktan ve Evden Çalışma”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 4, 2021, ss. 313-319.
- YİĞİT** Esra, “Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda Uzaktan Çalışmanın Temel Esasları”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2021, ss. 135-154.
- YİĞİT** Yusuf, “Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 2, 2020, ss. 265-297.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.kazanci.com.

www.legalbank.net.

ÇEVİRİ

Popülizm ve Türk Anayasa Mahkemesi: Oyun Kurucu, Popülist ve Popüler^(*)

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER^(**)

Çev.: Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN^(***)

Ağırlıklı olarak sağ partiler tarafından kullanılan popülist stratejiler bir süredir Türk siyasal yaşamının ayrılmaz bir parçası olmuştur.¹ Türkiye’deki popülistler “millî irade”ye hitap ederek, laikleşme ve reforma inanan bürokratik elitler tarafından aslî kültürel kimliklerini -özellikle Müslümanlar olarak- terk etmeye zorlanan kişileri, hakiki yurttaşlar olarak nitelendirip sıklıkla sahiplenmektedirler.²

Türkiye’nin çok-partili düzene geçişi ve rekabetçi seçimlerin benimsenmesinin ardından, ilkin Demokrat Parti (DP) 1950’lerde popülist söylemi devreye sokmuş ve kitleleri bürokratik, devletçi ve laiklik yanlısı elitlere karşı başarıyla seferber etmişti. DP’nin mirası, ardından gelen muhafazakâr sağ partiler ve bunların Demirel, Özal ve Erdoğan gibi liderleri tarafından devralınmıştır. Bu liderlerin popülist söylem ve politikalarla desteklenen tartışılmaz

^(*) Bu kısa makale Popülizm ve Anayasa Mahkemeleri üzerine I-CONnect/Verfassungsblog ortak mini-sempozyumunun bir parçası olarak “Populism and the Turkish Constitutional Court: the Game Broker, the Populist and the Popular” adıyla adı geçen mecralarda yayınlanmıştır; yazarın izni alınarak Türkçeye çevrilmiştir. Makalenin orijinali için bkz.: <http://www.iconnectblog.com/2017/05/populism-and-the-turkish-constitutional-court-the-game-broker-the-populist-and-the-popular/> veya <https://verfassungsblog.de/populism-and-the-turkish-constitutional-court-the-game-broker-the-populist-and-the-popular/>, DOI: 10.17176/20170502-122830.

^(**) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı ve UNESCO Toplumsal Cinsiyet ve Sürdürülebilir Kalkınma Kürsüsü Sahibi,
E-posta: boder@ku.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-0821-3935>.

^(***) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: oguzhan.keskin@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-3103-1171>.

¹ Türkiye’de söylemsel bir strateji olarak popülizm için bkz. Zafer Toprak, “Popülizm ve Türkiye’deki Boyutları”, *Tarih ve Demokrasi* (İstanbul: Cem Yayınevi, 1992), ss. 41-62; Reşat Kasaba, “Populism and Democracy in Turkey, 1946-1961”, *Rules and Rights in the Middle East*, ed. E. Goldberg ve diğerleri (Seattle: University of Washington Press, 1993), ss. 43-68; Necmi Erdoğan ve Tanıl Bora, “Biz Anadolu’nun Bağrı Yanık Çocukları...”: Muhafazakar Popülizm”, *Modern Türkiye’de Siyasal Düşünce, Cilt 5, Muhafazakarlık*, ed. Tanıl Bora ve Murat Gültekinil (İstanbul: İletişim Yayınları, 2006), ss. 632-644. Türkiye’nin sağcı partileri ve popülizm için ayrıca bkz. Nuray Mert, *Merkez Sağın Kısa Tarihi* (İstanbul: Selis, 2007).

² Popülizmin gerçek halk argümanı için bkz. Jan-Werner Müller, *What is Populism?*, (Philadelphia: University of Philadelphia Press, 2016), ss. 4 ve 21. (Türkçesi: Jan-Werner Müller, *Popülizm Nedir?*, çev. Onur Yıldız (İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2017) ss. 16-17 ve 38).

seçim başarıları çağdaş Türkiye’yi biçimlendirmiştir. 1970’lerde Demirel ve lideri olduğu Adalet Partisi (AP), ekonomik kalkınma çağrıları ve “Büyük Türkiye” sloganıyla millî irade söylemini tamamladı. 1980 darbesinden sonra Özal ve lideri olduğu Anavatan Partisi’nin (ANAP) neoliberal popülizmi piyasa temelli ekonomik reformların ve orta sınıfın güçlendirilmesinin üzerinde durdu.³ 2000’li yıllarda Erdoğan ve lideri olduğu Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) kendilerini, önceki hükümetlerin nobran, laiklik yanlısı, akılsız veya yozlaşmış politikalarının mağduru olan kesimlerin koruyucusu olarak göstermişlerdir. Son dönemdeki illiberal söylem bir kenara bırakıldığında, AK Parti, başlangıçta demokratikleşme ve Avrupalılaşma söylemleriyle çoğunlukçu ve dinî açıdan hassas söylemleri, popülizmin düzen karşıtı argümanı ile harmanlamıştı.⁴ AK Parti, bağlama göre dinamik bir şekilde yeniden tanımlanan elitleri dışlayıcı şekilde, “millet”in yegâne temsilcisi olma hususunda halâ esaslı bir iddiaya sahiptir.

Türkiye’nin sağcı liderleri, 1950’lerden sonra daima seçmenlerin baskın siyasal tercihini temsil ettiler. “Halkın gerçek temsilcisi” olarak muntazaman bürokratik elitlerin sınırlama ve denetimlerinden azade olduklarını iddia ettiler. Bu nokta, özellikle 1980’den sonra askerî vesayetin aleni ve üstü kapalı biçimlerinden mustarip olan Türkiye’de popülizm ve demokratik siyaset arasındaki karmaşık ilişkiyi teşhis etmenin anahtarıdır. Aynı doğrultuda, askerî ve diğer vesayet biçimlerinden azade olması gereken demokratik siyaset ile gerçek bir denge-denetim anlayışını reddeden popülist siyaset arasında bir çizgi çekmenin zorluklarına işaret eder. Türkiye gibi kırılğan demokrasilerde, vesayet karşıtı argüman genellikle kutuplaşma ve hınç siyasetine, kurumların kolonileşmesine ve sivil toplumun baskılanmasına yol açan illiberal popülizmi kolayca maskeleyebilir. Burada, kitlesel kayırmacılığı körüklemek için, refah politikaları ve devlet fonları popülizme kolayca hizmet edebilir.

“Dış sınırlamalardan azade olma” talepleri, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi ile muhafazakâr sağ hükümetler arasındaki ihtilafın başlıca nedenidir. Bu hükümetler, elitleri yalnızca yabancılaşmış modernistler, laiklik yanlıları, devlet-merkezli ekonominin destekçileri, (Batılılaşmış) orta sınıf veya zengin sanayiciler olarak değil, ayrıca yargıçlar olarak da betimlemişlerdir. Çoğunlukçuluk-karşıtı bir kurum olarak Anayasa Mahkemesi, 1960 askerî darbesinin

³ Özal’ın neoliberal popülizmi için bkz. Ziya Öniş, “Turgut Özal and His Economic Legacy: Turkish Neo-Liberalism in Critical Perspective”, 40 (4) *Middle Eastern Studies* (2004), ss. 113-134.

⁴ AK Parti’nin muhafazakâr popülizm ve muhafazakâr modernizmi için bkz. Yücel Taşkın, “AKP’s Move to “Conquer” the Center-Right: Its Prospects and Possible Impacts on the Democratization Process”, 9 (1) *Turkish Studies* (2008), ss. 53-72; Ziya Öniş, “Conservative Globalism at the Cross Roads: The Justice and Development Party and the Thorny Path to Democratic Consolidation in Turkey”, 9 (3) *Mediterranean Politics* (2009), ss. 21-40.

ardından kuruluşundan bu yana millî iradeyi gayrimeşru bir şekilde kısıtlayan bir başka vesayet organı olarak görülmüştür. Kritik politika tercihlerinde Mahkemenin zaman zaman aşırı politize ve aynı zamanda sağlam ve tutarlı hukukî argümantasyondan yoksun olan aktivist içtihadı bu imajı güçlendirmiştir.

2010 anayasa değişikliklerine değin Anayasa Mahkemesi yüksek profilli davalarda bir oyun kurucu olarak güçlü ve popülist hükümetlerle sık sık çatışmıştır. Bununla birlikte, Mahkemeyi ve (o zamanki adıyla) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısını değiştiren 2010 anayasa değişikliklerinin ardından popülist politikalara gitgide artan bir yargı desteği sağlamıştır. 2010 anayasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesi yargıçlarının sayısını, görev sürelerini, seçim usûlünü ve uygunluk kriterlerini yeniden düzenlemiştir. Hükümet çevreleri bu değişikliği vesayete karşı “hukukun üstünlüğü reformu” olarak sunarken, muhalifler mahkeme istifleme ve yargı bağımsızlığı hakkında endişelerini dile getirdiler. Bu arada, Mahkemenin insan hakları davalarında “savunmasızların savunucusu” olarak itibarı da yükseliş göstermişti. Bu durum, 2012 yılında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) kapsamında da güvence altına alınan anayasal haklar için bir bireysel başvuru usûlünün getirilmesiyle tetiklenmiştir.

İzleyen gözlemlerde, Mahkemenin bir oyun kurucudan popüler bir figüre dönüşen rolünü ele alıyorum. Türkiye’de 2017 yılında yapılan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi değişikliği karşısında Mahkemenin gelecekteki imajı ise sonuç bölümünde tartışılmaktadır.

Yüksek Profilli Davalarda Anayasa Mahkemesi ve Popülizm: Oyun Kurucu

Anayasa Mahkemesinin yüksek profilli davalarda oyun kurucu olarak önceki rolü çoğunlukla siyasal alana gayrimeşru bir müdahale olarak görülmüştür. Üç kritik alan mahkemenin kararlarının etkisi ile popülist söylem arasındaki ilişkiyi gözlemlemek için özellikle önem arz eder. Bunlar genel olarak anayasa değişiklikleri, Refah Partisi’nin kapatılması ve cumhurbaşkanının seçim usûlüne ilişkindir.

Mahkeme, Refah Partisi’ni yasaklayarak yalnızca laiklik karşıtı değil, aynı zamanda popülizm araçlarını kullanarak kin ve şiddete teşvik eden din saikli bir siyasal partiye siyaset alanını kapatmıştır.⁵ Mahkemenin tutumu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.⁶ İlk yıllarında Refah Partisi’nin mirasını reddeden ve demokratikleşme yanlısı olan yeni kurulmuş AK Parti’nin ılımlı yaklaşımı dikkate alındığında, dinî muhafazakâr

⁵ E. 1997/1, K. 1998/1, K. t. 16.01.1998.

⁶ *Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K. t. 13.02.2003.

sağ, Mahkeme ve İHAM tarafından mağlup edilmiş olan kine dayalı popülizmin tehlikelerinden ders almış gibi görünmekteydi. Ne var ki, 2008 yılında tartışmalı bir kapatma davasında AK Parti'yi görece zayıf gerekçelerle hazine yardımından yoksun bırakmaya hükmeden Mahkemenin kararı bir dönüm noktası oluşturdu. Kapatma davalarında, hazine yardımından yoksun bırakma, Türkiye'nin savunmacı demokrasisinin kapatma rejiminde anayasaya aykırı eylemlerde bulunan siyasal partilere uygulanacak alternatif ve daha düşük şiddetli bir yaptırımdır. Buna karşın Mahkeme, bu kararlar nihaî olarak AK Parti hükümetinin güvenini kaybetmiş ve ardından laiklik yanlısı ve bürokratik kuvvetlerin müttefiki olarak yaftalanmıştır.

Mahkemenin değiştirilemezlik içtiğine göre, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü yasağının kaldırılması hakkındaki 2008 tarihli kararı da Türkiye'deki popülist geri-tepkiyi anlamak açısından özellikle önem taşımaktadır.⁷ Örtünme hususu politikacılar tarafından hiçbir zaman gerçek bir perspektifle hak ve özgürlükler veya kadının toplumdaki konumu açısından tartışılmamıştır. Konu, elbette demokratik siyasetin bir gündem maddesiydi, ancak hararetli popülist söylemler ve kutuplaştırma stratejilerince kullanılıyordu. Laiklik yanlısı muhalefetin (Cumhuriyet Halk Partisi -CHP) tavizsiz duruşu örtünme konusunda müzakereci bir yaklaşımı da engellenmişti. Böylesi bir siyasal iklimde, Mahkeme, önceki içtiğinde yerleşik olan anayasa değişikliklerinin denetimi yönündeki kendi kurumsal tercihinin ana hatlarıyla takip etmiş ve İHAM destekli başörtüsü yasağını emreden kemikleşmiş anayasal yorumunu yinelemiştir.⁸ Mahkeme bu doğrultuda, yükseköğretim kurumlarındaki yasağı kaldırmayı amaçlayan anayasa değişikliklerini iptal etti. Bu karar daha kapsayıcı bir laiklik anlayışını tercih eden anayasa değişiklikleri için siyasetin önceliğine bir saldırı olarak görülmüştür.

2007'deki cumhurbaşkanlığı seçimleri hakkındaki içtihat da vesayet-karşıtı tartışmayı tetiklemiştir. Burada Mahkeme, parlamentoda gerçekleşmekte olan seçim sürecindeki toplantı yeter sayısının yorumlanmasına ilişkin daha önce görülmemiş ve bilimsel olarak tartışmalı bir meseleyi ele almak zorunda kaldı.⁹ En güçlü cumhurbaşkanı adayını aday göstermiş olan AK Parti, seçim için ilk toplantı yeter sayısının, parlamentonun karar alma mekanizmasına ilişkin anayasadaki genel hükme göre belirlenmesi gerektiğini iddia etti. İlgili madde, anayasada özel hüküm bulunmadıkça, parlamento üye sayısının en az üçte bir çoğunluğunu (184 milletvekili) arıyordu. Bununla birlikte, cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin anayasa maddesi, yeterince açık olmayan bir

⁷ E. 2008/16, K. 2008/116, K. t. 05.06.2008.

⁸ Örn. *Leyla Şahin / Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru No: 44774/98, K. t. 10.11.2005.

⁹ E. 2007/45, K. 2007/54, K. t. 01.05.2007.

üslûpla, üçte iki çoğunluğa (367 milletvekili) atıfta bulunan spesifik bir prosedürü tanımlıyordu. Sonuç olarak, Mahkemenin yargısal tercihi lafzî ve ereksel kanıtlar (“cumhurbaşkanlığı için uzlaş”) esasında toplantı yeter sayısını üçte iki nitelikli çoğunluk yönünde yorumlamıştır. Mahkemenin (367 kararı olarak adlandırılan) bu davada vardığı sonuç temelsiz değildi, ancak ilgili yetersayı normlarının gerekçelerini ve istikrarlı olmayan parlamenter uygulamaları dikkate alma hususunda eksiklikleri vardı. Daha önemlisi, dinî muhafazakâr AK Parti hükümeti ve onun cumhurbaşkanı adayı Abdullah Gül’e doğrudan bir meydan okumaydı.

Mahkemenin bu türden yüksek profilli davalardaki içtihatları ne popülist söylemi azalttı ne de seçmenleri kitlesel olarak mobilize eden ve onların güvenini kazanan önde gelen siyasal aktörleri ehlileştirdi. Aksine, çoğunlukçu tercihlere meydan okuma çabaları, Mahkemeye karşı bir tepki yarattı ve onun defaten halkın gerçek temsilcilerine engel koyan bir vesayet kurumu olarak vasıflandırılmasına yol açtı.

Mahkemenin yüksek profilli davalarda yeterince iyi yapılandırılmamış muhakemesi, güvenilirliğini zedeleyen bir etken olarak kabul edilebilir. Yüksek siyasal önemi haiz sorunlarda, Mahkemenin *petitio principii*’den kaçınmak için hukukî argümantasyon hususunda daha dikkatli ve özenli bir yaklaşım benimsemesi beklenirdi. Bununla birlikte, bu gibi meselelerin sert kamusal tartışmalar dolayısıyla aşırı siyasallaşması, Mahkemeye yönelik tepkiyi açıklamak için daha belirleyici görünür. Muhalefetin uzlaşmaz tavırları ve ordu mensuplarının tartışmalardaki dahli de akılcı bir siyasal analiz yapmayı zorlaştırmıştı. Bu olgu, yargının da dâhil edildiği elitlerin vesayetine meydan okuyan popülist tutumu besledi. Anayasa Mahkemesini ve genel olarak yargıyı çevreleyen vesayet tartışması, 2010 anayasa değişikliklerine yol açmıştır.

Anayasa Mahkemesinin Yargısal Popülizmi ve Popülerliği

2010 anayasa değişiklikleri, yargının şekillenmesinde yeni bir dönem anlamına gelmektedir. Değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde hâlihazırda görevli olan yargıçları korudu, ancak yeni yargıçlar ekleyerek üye sayısını artırdı. Parlamentonun seçim prosedürüne dâhil olduğu durumlarda atama usûlü ve yargıçların üye seçilebilme yeterliliği değişikliğe uğramıştır. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi hâlinde Mahkemeye erişime izin veren bireysel başvuru usûlü getirilmiştir.

Değişiklikler aynı zamanda (o zamanki adıyla) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısını da tüm kıdemli yargıç ve savcılara Kurul’un bir kısım üyelerini seçme hakkı tanıyacak şekilde değiştirmiştir. Değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal davası açıldığında Mahkeme oldukça

başarısız bir strateji benimsemiş ve değişikliğin bir bölümünü iptal etmiştir.¹⁰ Herhangi bir tatmin edici argümantasyon izlemeksizin Mahkeme, Kurul seçimlerinde “bir yargıç/savcı bir oy” ilkesini anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemenin bu tercihi, hükümetin hazırladığı ve Kurul’daki tartışmalara damgasını vuracak olan aday listelerinin seçilmesine yol açarak yürütmenin yargıyı ele geçirmesi hususundaki soruları beraberinde getirdi.¹¹

2010 yılından bu yana Mahkeme, kritik davalarda hükümetin yasama tercihlerini giderek daha fazla desteklemektedir. Bu yeni itaatkâr yaklaşım, ölçülü bir uyumdan ziyade, tartışmalı politika tercihleri için açık yargısal destek sunma anlamına gelmesi bakımından ayırt edicidir. Bu ideolojik değişim, Mahkemenin içtihatlarında ve yerleşik doktrinlerinde büyük değişiklikler gerektirmiştir. Laik devlet ilkesinin yorumlanması böyle bir paradigma değişimini betimleyen alanlardan birini teşkil eder. Burada, 4+4+4 olarak adlandırılan yasaya dayanan eğitim reformunun denetimi iyi bir örnek olabilir.¹² İlgili yasa, çoğunluk dinini, özellikle de Müslüman kimliğini besleyen popülist politikalar için bir mihenk taşıdır. Burada Mahkeme, ortaokul ve lise müfredatlarında İslamî eğitim dersleri öngören yasayı Anayasa’ya uygun bulmaktadır. Türkiye hâlihazırda ilkökul, ortaokul ve liselerde zorunlu din eğitimi sistemine sahiptir ve bu sistem İHAM tarafından yapılan denetimde çoğulculuğu yadsıyarak Sünnî İslam’ın endoktrinasyonu olduğu yönünde eleştiriye tabi tutulmuştur.¹³ Yasa, tamamen devlet tarafından desteklenen ilave seçmeli İslamî eğitim dersleri getirmekte ve başka hiçbir din için böylesi dersler öngörmemektedir. Mahkeme, Türkiye için yeni bir “esnek laiklik” kavramından hareketle, çoğunluk dini (İslam) için dinî hizmetleri kolaylaştırma ve sağlama adına “devletin pozitif yükümlülüğünü” somutlaştıran yeni yasayı Anayasa’ya uygun bulmuştur. Böylesi bir yükümlülük, din özgürlüğü ve laik devlet ilkesi için nötr güvenceler içeren Anayasa’dan pek de çıkarsanabilir değildir. Mahkemenin yargıç-yapımı bir “esnek laiklik” kuramına dayanan yargısal popülizmi hükümetin dinsel popülist politikalarını güçlendirmiştir.

Bir başka yeni olgu da Mahkemenin popülerliğinin artmasıdır.¹⁴ Bunun nedenleri, büyük ölçüde 2012’den beri uygulanmakta olan bireysel başvuru-

¹⁰ E. 2010/49, K. 2010/87, K. t. 07.07.2010.

¹¹ Popülist bir teknik olarak kurumların kolonileşmesi hususunda bkz. Müller, *What is Populism?*, ss. 44-45. (Müller, *Popülizm nedir?*, ss. 63-64).

¹² E. 2012/65, K. 2012/128, K. t. 20.09.2012.

¹³ Örn. *Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye*, İkinci Bölüm, Başvuru No: 1448/04, Kesinleşme 09.01.2008; *Mansur Yalçın ve Diğerleri / Türkiye*, Başvuru No: 21163/11, Kesinleşme 16.02.2015.

¹⁴ Bireysel başvuruya ilişkin bu gözlemler, tamamı TÜBİTAK tarafından finanse edilen ve tarafımca gerçekleştirilen projenin araştırma sonuçlarını yansıtmaktadır (No. 115K449 - Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yorumu, Uluslararası İnsan Hakları Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi).

ru mekanizmasının benimsenmesine atfedilebilir görünmektedir. Bireysel başvurular Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile İHAS ve Türkiye tarafından onaylanan protokolleri kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali gerekçesiyle başlatılabilir. Şimdiye kadar, İHAM kararları çeşitli kritik davalarda takip edilmiştir. Mahkemenin sınırlı argümantatif yaratıcılığına ve Strazburg içtihatlarından yapılan kapsamlı çevirilere karşın, bireysel başvurunun genel olarak olumlu bir etkisi olmuştur. Toplumun farklı kesimlerinden başvuruların olması Mahkemenin yurttaşların gözünde erişilebilirliğini ve görünürlüğü artırılmıştır. İnsan haklarına ilişkin sistematik ihlaller ve acil meseleler gitgide artarak Mahkemenin önüne getirilmektedir. Twitter ve YouTube yasakları, avukatlar için başörtüsü yasağı, ataerkil soyadı düzenlemeleri, ifade özgürlüğü ve özellikle gazetecilik veya çevre koruma meselelerindeki içtihatları Mahkemeye yönelik beklentileri ve kamusal güveni arttırmıştır.¹⁵

Ne var ki, bireysel başvuru mekanizmasının şekli sınırları ve kendisini dizginleyici yaklaşımı dolayısıyla Mahkemenin popülerliği oldukça kırılgandır. Genel olarak Mahkeme, popülist stratejilerin anayasal sınırlarını denetlemek için mihenk taşı olabilecek adil seçimler veya seçimlerde hileye ilişkin iddiaları reddetme eğiliminde olmuştur.¹⁶ Mahkemenin popülerliği, yakın geçmişte gazetecilerin gözaltına alınması gibi siyasal açıdan önemli davalarda başvuruları ele almayı geciktirme eğilimi nedeniyle de tehlikeye girmiş görünmektedir. Mahkemenin bu konularda gecikmesi, geçmiş içtihadında ifade özgürlüğüne yönelik genel olarak takdire şayan duruşuna karşın, kamu onayını olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Sonuç

Çoğunlukla sağ hükümetler tarafından kullanılan çok sayıda popülist strateji ve tercih Türk siyasetinde öteden beri bilinmektedir. Bunlar karşısında, Anayasa Mahkemesi üç farklı role sahip, belirleyici bir aktör olarak ortaya çıkmıştır: oyun kurucu (2010'a kadar), popülist (2010 Anayasa değişiklikleri sonrası) ve popüler aktör (2012'de bireysel başvuru mekanizmasının yürürlüğe girişinden sonra).

¹⁵ Özellikle bkz. *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2014/3986, K. t. 02.04.2014; *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2014/4705, K. t. 29.05.2014; *Tuğba Arslan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/256, K. t. 25.06.2014; *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Başvuru No: 2013/2187, K. t. 19.12.2013; *Mehmet Kurt Başvurusu*, Başvuru No: 2013/2552, K. t. 25.02.2016; *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Başvuru No: 2015/18567, K. t. 25.02.2016; *Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/7800, K. t. 18.06.2014; *Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu*, Başvuru No: 2014/912, K. t. 06.03.2014.

¹⁶ *Oğuz Oyan Başvurusu*, Başvuru No: 2015/8818, K. t. 14.07.2015. Mahkeme bu kabul edilemezlik kararında Haziran 2015 tarihli parlamento seçimlerinde adil seçim ilkesinin Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın mitingleri ile ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan başvuruyu incelemeyi reddetmiştir. Başvurucu bu tür mitinglerin Anayasa'da öngörülen Cumhurbaşkanının tarafsızlığı hükmünü zedelediğini öne sürmüştü.

Türkiye’de parlamenter sistemden bir tür başkanlık sistemine büyük bir geçiş sağlayan son anayasa değişikliğinin referandumda kabulü göz önüne alındığında¹⁷, Mahkeme yeni güçler dengesinde oldukça önemli bir rol oynayabilir. Söz konusu değişiklikler cumhurbaşkanına sınırlı parlamento denetimi altında geniş yetkiler tanımaktadır. Dahası, referandum sürecinin kendisi, kesif bir kutuplaşmanın hüküm sürdüğü Türkiye’de popülist stratejiyi pekiştirmiştir. Nihayetinde, anayasa değişikliği çok küçük bir farkla kabul edilmiştir (Evet oyları %51,41; hayır oyları %48,59).

Böylece bir siyasal ortamda, Mahkemenin bir kez daha güçlü bir oyun kurucu olarak ortaya çıkması pek olası değildir. Gelgelelim, Mahkemenin hükümet politikalarını aktif bir şekilde destekleyen 2010 sonrası popülist yaklaşımı da değişebilir. Mahkeme, cumhurbaşkanının ve parlamentonun tercihleriyle doğrudan çatışmayan, ancak bununla birlikte bu kurumları aynı ölçüde desteklemekten kaçınan daha stratejik bir yaklaşım izleyebilir. Burada, Mahkemenin bireysel başvuru içtihatlarına dayanan popülerliği, popülist baskılar karşısında dikkatli bir direnişin ve hayatta kalmanın sınırlarını test etmek için çok önemli olacaktır. Nihayetinde kamusal güven, Anayasa Mahkemesi için popülist tehditlere karşı bir koruyucu faktör görevini görebilir.

¹⁷ Bertil Emrah Oder, “Turkey’s ultimate shift to a presidential system: the most recent constitutional amendments in details”, *ConstitutionNet*, 31.01.2017. <https://constitutionnet.org/news/turkeys-ultimate-shift-presidential-system-most-recent-constitutional-amendments-details> (Son erişim tarihi: 23 Aralık 2022).

Kaynakça

- Erdoğan, Necmi ve Tanıl Bora. “‘Biz Anadolu’nun Bağı Yanık Çocukları...’: Muhafazakar Popülizm.” *Modern Türkiye’de Siyasal Düşünce, Cilt 5: Muhafazakarlık*, editörler Tanıl Bora ve Murat Gültekin, 632-644. İstanbul: İletişim Yayınları, 2006.
- Kasaba, Reşat. “Populism and Democracy in Turkey, 1946-1961.” *Rules and Rights in the Middle East*, editörler E. Goldberg ve diğerleri, 43-68. Seattle: University of Washington Press, 1993.
- Mert, Nuray. *Merkez Sağın Kısa Tarihi*. İstanbul: Selis, 2007.
- Müller, Jan-Werner. *Popülizm Nedir?*. Çeviren Onur Yıldız. İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2017.
- Müller, Jan-Werner. *What is Populism?*. Philadelphia: University of Philadelphia Press, 2016.
- Oder, Bertil Emrah. “Turkey’s ultimate shift to a presidential system: the most recent constitutional amendments in details.” *ConstitutionNet* (31.01.2017). <https://constitutionnet.org/news/turkeys-ultimate-shift-presidential-system-most-recent-constitutional-amendments-details>.
- Öniş, Ziya. “Conservative Globalism at the Cross Roads: The Justice and Development Party and the Thorny Path to Democratic Consolidation in Turkey.” *Mediterranean Politics* 9, no. 3 (2009): 21-40.
- Öniş, Ziya. “Turgut Özal and His Economic Legacy: Turkish Neo-Liberalism in Critical Perspective.” *Middle Eastern Studies* 40, no. 4 (2004): 113-134.
- Taşkın, Yücel. “AKP’s Move to ‘Conquer’ the Center-Right: Its Prospects and Possible Impacts on the Democratization Process.” *Turkish Studies* 9, no. 1 (2008): 53-72.
- Toprak, Zafer. “Popülizm ve Türkiye’deki Boyutları.” *Tarih ve Demokrasi*, 41-62. İstanbul: Cem Yayınevi, 1992.
- E. 1997/1, K. 1998/1, K. t. 16.01.1998.
- E. 2007/45, K. 2007/54, K. t. 01.05.2007.
- E. 2008/16, K. 2008/116, K. t. 05.06.2008.
- E. 2010/49, K. 2010/87, K. t. 07.07.2010.
- E. 2012/65, K. 2012/128, K. t. 20.09.2012.
- Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye*, İkinci Bölüm, Başvuru No: 1448/04, Kesinleşme 09.01.2008.
- Leyla Şahin / Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru No: 44774/98, K. t. 10.11.2005.
- Mansur Yalçın ve Diğerleri / Türkiye*, Başvuru No: 21163/11, Kesinleşme 16.02.2015.
- Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye*, Büyük Daire, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K. t. 13.02.2003.
- Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Başvuru No: 2015/18567, K. t. 25.02.2016.

- Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu*, Başvuru No: 2014/912, K. t. 06.03.2014.
Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, K. t. 25.02.2016.
Oğuz Oyan Başvurusu, Başvuru No: 2015/8818, K. t. 14.07.2015.
Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7800, K. t. 18.06.2014.
Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, K. t. 19.12.2013.
Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, K. t. 25.06.2014.
Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/3986, K. t. 02.04.2014.
Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4705, K. t. 29.05.2014.