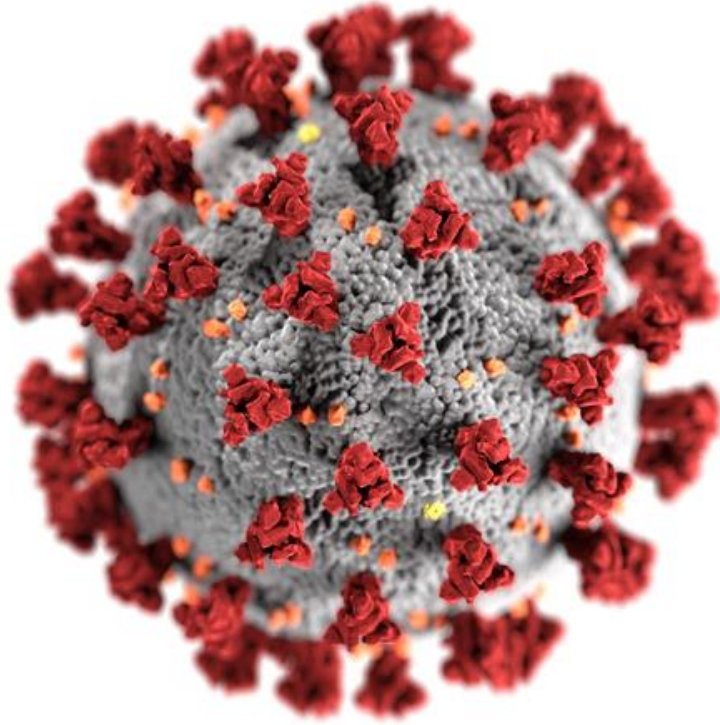


Covid-19 Özel Sayısı

İhale Hukuku, İş Hukuku, Veri Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku Kapsamında Değerlendirmeler

- COVID-19, İş Hukuku kapsamında hastalık olarak kabul edilebilir mi?
- COVID-19 Salgını Sebebiyle İşlenen Kişisel Verilerin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi
- COVID-19 Salgınının 'Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi'
- COVID-19 Virüsü Sonucu İşçi-İşveren İlişisine Dair Değerlendirmeler
- COVID-19'un Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi
- COVID-19'un Sözleşmelerin İfasına Etkisi ve Mücbir Sebep



www.kiliccayli.com
info@kiliccayli.com

İmtiyaz Sahibi

*Kılıç Çaylı & Partners
Hukuk Ofisi adına*

Av. Duygu Kılıç Çaylı, LLM

Editör

Kıvılcım Çaylı, MBA

Yazarlar

*Av. İrem Karademir
Av. Öykü Şanlı
Av. Bengisu Delibalta
Berkay Daştan
Eren Değer*

İletişim

*Mutlukent Mah. Arda Sk.
No:9 Beysukent 06800
Çankaya
Ankara/TURKİYE*



İrem Karademir
Kıdemli Avukat



Eren Değer
Stajyer Avukat

Covid-19, İş Hukuku kapsamında hastalık olarak kabul edilebilir mi?

1. 2020/12 Sayılı Genelge ile Covid-19 Virüsü Hakkında Hangi Prosedürün Uygulamasına Karar Verilmiştir?

Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 07.05.2020 tarihinde yayımlanan 2020/12 sayılı Genelge ile Dünya Sağlık Örgütü tarafından Covid-19'un pandemik (salgın) bir hastalık olarak ilan edildiği belirtilerek ve 5510 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki "sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir" ibaresine atıf yapılarak; "COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması" gerektiği hususu belirtilmiştir.

2. Yasal Mevzuat Kapsamında İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedir? Koşulları ve Getirdiği Haklar Nelerdir?

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 13. maddesine göre iş kazası tanımlanmıştır.

• İş Kazası Sigortalının;

- i. İşyerinde bulunduğu sırada,
- ii. İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle,

- iii. Görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- iv. (Emziren kadın) İş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- v. İşverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen,
- vi. Sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay olarak tanımlanmıştır.

• Meslek Hastalığı;

İşyeri ortamında bulunan faktörlerin etkisi ile meydana gelen hastalıkların ortak adıdır. 5510 sayılı Kanununun 14. maddesine göre meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürürlük halleri olarak tanımlanmaktadır.

Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunu;

SGK'nun yetkilendirdiği sağlık hizmet sunucuları tarafından düzenlenen **sağlık kurulu raporu** ile,

SGK'nun gerekli gördüğü hallerde, **SGK Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur.**

Bu çerçevede iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işçiye sağlanan haklar aşağıda verilmiştir;

- i. Geçici iş göremezlik ödeneği
- ii. Sürekli iş göremezlik geliri
- iii. İş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir
- iv. Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği
- v. İş kazası sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği

3. Covid-19 Virüsü Hastalık Olarak Kabul Edilebilir Mi?

2020/12 Sayılı Genelge incelendiğinde Covid-19 hastalığının bir pandemi oluşunun vurgulanarak, Covid-19 hastalığının iş kazası değil, **hastalık** hali olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Yargıtay içtihatları ile benzer vakıa hakkında aşağıda yer alan emsal karar içeriğinden de görüleceği üzere, işçinin uğramış olduğu iş kazası veya meslek hastalığının işyeri ile illiyet bağının kurulması halinde kabul göreceği belirtilmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2019 tarihli 2018/5018 E. 2019/2931 K. sayılı kararında "Somut olayda, tır şoförü olan davacı murisinin 26.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderildiği, 11.12.2009 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu raporunda, H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihli hastaneye başvurusunda belirttiği şikayetlerin hastalığın başlangıç belirtileri olduğu taktirde hastalığın bulaşmasının bu tarihten 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağının bildirildiği, buna göre davacı murisinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı yurkarda belirtilen rapor kapsamında anlaşılabilir H1N1 virüsüne bağlı olarak, daha sonra meydana gelen ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır." İfadesine yer verilmiştir. İşbu kararda somut durumda illiyet bağının varlığından bahisle söz konusu hastalık sonucunda meydana gelen ölüm olayı iş kazası olarak nitelendirilmiştir.

Sınırları kanun ile çizilmiş olan iş kazası ve meslek hastalığının bir genelge ile aksine düzenleme yapılması, normlar hiyerarşisi içinde değerlendirildiğinde hukuken mümkün değildir. Bu kapsamda işyerindeki çalışması se-

bebiyle Covid-19 hastalığına yakalanmış olan işçi hakkında illiyet bağı ilgili genelge sebebiyle oluşacak farklı yargı içtihatları gelecekte önem arz edebileceği göz önünde tutulmalıdır. Uygulamada Covid-19 hastalığı için iş kazası/meslek hastalığı haklarından yararlanmak için SGK'na yapılan başvuru sonucunda kurumdan ret cevabı alınabileceği öngörülebilir. Ancak bu durum yargı mercilerine taşınıp söz konusu durumun iş kazası/meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi gerektiği ve SGK tarafından verilmemiş olan hakların yerine getirilmesinin sağlanabileceği kanaatindeyiz.



Bengisu Delibalta
Avukat

COVID-19 Salgını Sebebiyle İşlenen Kişisel Verilerin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi

İlk kez Aralık 2019'da Çin'in Vuhan kentinde görülen ve kısa sürede tüm dünyada etkisini gösteren, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından **Pandemi** olarak ilan edilen **Koronavirüs** (COVID-19) Salgınının yayılmasını önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla günümüzde ülkemizde de pek çok alanda tedbirler alınmaya başlanmıştır. Söz konusu tedbirler çerçevesinde **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku kapsamında irdelenmesi gereken uygulamalarla** sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu Covid-19 benzeri semptomların tespiti amacıyla özellikle iş yerlerinde uygulanan uygulamalardan bazıları şu şekildedir:

• Çalışanların, ziyaretçilerin ve onların yakınlarının yakın zamanda gerçekleştirdikleri seyahatlerine ilişkin bilgi talep edilmesi, bu doğrultuda anketler doldurulması ve hatta sağlık verilerinin talep edilmesi ve bu verilerin kayıt altına alınması,

• İş yerlerinin giriş/çıkışlarında çalışanların ve ziyaretçilerin vücut sıcaklığının ölçülerek genel sağlık durumlarının kontrol edilmesi¹,

• Hastalığa yakalandığı tespit edilen kişilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirilmesidir.

Bu doğrultuda yukarıda ifade ettiğimiz uygulamalardan çalışan ve ziyaretçilerin işlenen seyahat verileri kişisel veri, vücut sıcaklığı genel sağlık durumuna ilişkin edinilen tüm veriler ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uyarınca özel nitelikli kişisel veridir.

KVKK temelde kişilerin özel hayatın gizliliği dahil temel hak ve özgürlüklerini korumayı ve kişisel verileri işleyecek gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları kuralları belirleme amacı gütmektedir. Yine bu kanunda veri sorumlularının elde ettikleri kişisel verileri hangi koşul ve şartlarda işleyebileceği belirlenmiştir ve günümüzde birçok veri sorumlusu konumundaki kurum ve kuruluş bu kanun doğrultusunda davranma konusunda gerekli önlemleri almaktadır.

KVKK Kapsamında Kişisel Verilerin ve Sağlık Verilerinin İşlenme Koşulları

Sağlık verilerine yönelik işleme şartlarının KVKK'nda ayrı düzenlemelere tabi olacak şekilde hüküm altına alınmıştır. Son birkaç aydır hızla yayılan COVID-19 salgınının sebebiyle

veri sorumlusu konumundaki birçok kurum ve kuruluş iş yerlerinde birçok sağlık önlemi alırken KVKK'nun bu hükümlerini ihlal etmemeye özen göstermelidir.

Öncelikle veri sorumlusunun uygulaması gereken ilk yükümlülük, KVKK'nun 10. maddesinde yer alan **aydınlatma yükümlülüğüdür**;

“Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

(i) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

(ii) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği (kamu sağlığının korunması, iş yerinde sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınması gibi)

(iii) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı (Sağlık Bakanlığı'nın talep etmesi durumunda gibi),

(iv) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi (yazılı olarak fiziki ortamda ve açık rızaya dayanarak gibi),

(v) ve ilgili kişinin diğer hakları konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.” Dolayısıyla veri sorumlusu, kişisel verilerini işleyeceği çalışanlarını ve ziyaretçilerini onların kişisel verilerinin işleneceği bunun sebebi ve bunu hangi yöntemle yapacağını açıklayacak şekilde onları aydınlatmakla yükümlüdür.

Ayrıca veri sorumlularına KVKK'nun “*Kişisel verilerin işlenme şartları*” başlıklı 5. maddesi uyarınca kişisel verilerin verisi işlenecek ilgili kişinin açık rızasının alınması şartı getirilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgili kişinin (somut durumda çalışanların) açık rızası alınması gerekecektir. Ancak yine aynı maddede bu kurala istisna olarak:

“6-Kanunlarda açıkça öngörülmesi,

¹ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının işyerlerine yönelik hazırladığı 20 Mart 2020 tarihli COVID-19 rehberinde (<https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/haberler/koronavirus/>), Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının organize sanayi bölgeleri, fabrikalar ve teknoparklar gibi üretim merkezlerine yönelik 22 Mart 2020 tarihli bilgi notunda (<https://www.sanayi.gov.tr/medya/haber->

[detayi/gLAYI4bl8x47](https://www.sanayi.gov.tr/medya/haber-detayi/gLAYI4bl8x47)) ve Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bağlı Özel Güvenlik Denetleme Başkanlığı tarafından 23 Mart 2020 tarihli valiliklere yönelik yazıda (<https://www.egm.gov.tr/ozelguvenlik/ozel-guvenlik-gorevlerinin-ates-olcer-cihaz-kullanimi-hk>) işe giriş çıkışlarda ateş ölçülmesi gerektiği belirtilmiştir.

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

8-Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması,

9-İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması,

hallerinden birinin varlığı halinde" kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası alınmaksızın işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. COVID-19 salgını doğrultusunda ilgili kişilerin yakın geçmişteki seyahat bilgilerinin sorulması, kayıt altına alınması ve bu bilgilerin işlenmesi gibi alınan önlemler, söz konusu istisna hükmü kapsamında yer alan veri sorumlusunun meşru menfaati için veri işlenmesinin zorunlu olduğu hallerden sayılabileceği için ilgili kişinin açık rızasının alınmasına gerek yoktur. Ancak burada açık rızanın aranmaması veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün devam etmediği ya da kanun kapsamında bu verilerin işleme şartlarına uyulmayacağı anlamına gelmemektedir.

Özel nitelikli kişisel verilerin KVKK'nun 6.maddesinin 2.fıkrası uyarınca kural olarak, ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenmesi yasaktır. Bu kuralın sağlık verileri açısından bir istisnası belirlenmiştir. KVKK madde 6/3'te sağlık verilerinin "kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi

amaçları ile sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği ifade edilmektedir.

Ülkemizde COVID-19 salgınına karşı alınan tedbirler ile kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir. Bu nedenle kişilerin sağlık verilerinin işlenmesi KVKK madde 6/3 kapsamında belirtilen istisna kapsamında değerlendirilecektir. Ancak kanunda veriyi işleyebilecek kişilerin mesleği gereği sır saklama yükümlülüğü olan kişiler olduğu ifade edildiğinden iş yerinde çalışanların sağlık verilerinin iş yeri hekimleri tarafından gerekli olan verilere ilişkin kayıtlar tutulmak suretiyle işlenmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda veri sorumlusu konumundaki işverenin, çalışanlarına ait sağlık verilerini işlemesi için çalışanından söz konusu işleme faaliyeti için açık rızasını alması ve KVKK'nda sayılan hususlarda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi veya sağlık verilerinin sır saklama yükümlülüğü altındaki işyeri hekimi tarafından işlenmesi ve aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumunun Konuya İlişkin Görüşü

Kişisel Verileri Koruma Kurumu ("Kurum") tarafından 23 Mart 2020 ve 27 Mart 2020 tarihinde internet sitesinde konuya ilişkin iki farklı duyuru yayınlanmıştır.

23 Mart 2020 tarihinde yayınlanan "COVID-19 Kapsamında Kamuoyu Duyurusu" ile Kurum' kendisine intikal eden ihbar ve ihlal bildirimlerin incelendiğini, bu nedenle KVKK'ndan doğan sürelerle riayet edilmesi gerektiğini ancak her bir başvuru ve ihlal bildirim bakımından veri sorumlularının uymakla yükümlü oldukları süreler için içinde bulun-

lan olağanüstü durumun değerlendirileceğini açıklamıştır.²

27 Mart 2020 tarihinde Kurum'un internet sitesinde "Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler Hakkında Kamuoyu Duyurusu"³ başlıklı bir duyuru daha yayınlanmış, bu duyuruyla birlikte Covid-19 ile mücadele kapsamında özel nitelikli kişisel veriler de (sağlık verileri) dâhil olmak üzere pek çok kişisel verinin (TC kimlik numarası, ad, adres, işyeri, seyahat bilgileri gibi) işlenmesinin kaçınılmaz olduğu ifade edilmiş ancak Covid-19 salgını sürecinde veri sorumlularının yükümlülüklerinin devam ettiği hatırlatılmıştır. Yukarıda açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi Kurum da söz konusu duyurusunda kişisel verilerin tamamının işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenmesi, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, gerekli idari ve teknik önlemlerin alınarak veri güvenliğinin sağlanması, verilerin işleme amacı ortadan kalktığına mevzuata uygun olarak imha edilmesi ve veri minimizasyonunun sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca kurum sağlık verilerinin işleme şartı olarak da çalışanın rızasını alma yoluna gidilmesinin tercih edilebileceği gibi, salgının yayılma hızı düşünülürse, sağlık verilerinin iş yeri hekimleri tarafından işlenmesinin söz konusu olabileceği görüşünü dile getirmiştir.

Sonuç olarak,

Şirketlerin salgın durumunda işyeri sağlığı ve güvenliğini sağlamak hususundaki hukuki hükümlü yükümlülüğü en temel olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesinden ve 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4'üncü maddesinden kaynaklanmaktadır.

Bu doğrultuda, kişisel verilerin KVK Mevzuatına uygun olarak işlenmesi ile, iş yerinde çalışan kişilerin ve ziyaretçilerin iş yerine girişlerinde veri sorumluları ilgili kişilerin seyahatlerine ilişkin soru yöneltiyorsa sağlık verilerine dair bir veri talep edilmemesi ve seyahate spesifik, özel hayatı ilgilendirilecek sorular sorulmaması gerekmektedir. Eğer, çalışanlara sağlık durumlarına ve hastalığın belirtilerine ilişkin doğrudan soru yöneltilecek ise bu soruların iş yeri hekimi tarafından çalışana özel olarak sorulması ve öncesinde çalışanın aydınlatılması gerekecektir.

Yine, işverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde, iş yerinin sağlığını ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü gerekçesiyle çalışanlarının ateşini ölçmek istemesi durumunda da ya çalışanlarından ölçüm yapılması için açık rızaları talep edilmeli ve bu veriler işveren tarafından sınırlı ve ölçülü bir şekilde kullanılmalı ya da bu ölçümler yine aydınlatma yükümlülüğüne uyularak yalnızca iş yeri hekimi tarafından yapılmalıdır.

Ayrıca elde edilen sağlık verilerinin işlenmesi kapsamında iş yeri sahiplerine;

1. Çalışanlarına yönelttikleri yazılı soruların cevaplarının ve ateş ölçüm sonuçlarının ayrıca saklanmamasını ve bu verilerin iş yeri hekimleri tarafından değerlendirilmesini,

2. Hastalık belirtisi gösteren çalışanlarının iş yeri hekimleri tarafından muayene edilmesini ve bu kişilere ait sağlık verilerinin sadece muayene formu kapsamında iş yeri hekimi tarafından saklanmasını,

3. Çalışanların COVID-19 kapsamında edinilen sağlık verilerinin mümkün olan en kısa süre içinde imha edilmesini,

² <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6706/KAMUOYU-DUYURUSU-COVID-19> ³ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler->

4. Çalışanlara ilişkin hastalık şüphesi varsa iş yeri hekimi tarafından kişilerin durumunun mümkün olduğunca az kişisel veriyi içerecek şekilde iş yeri sahibi, çalışanları ve yetkili kurumlara paylaşılmasını önermekteyiz.



Öykü Şanlı
Avukat

COVID-19 Salgınının 'Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi'

2 Nisan 2020 tarihli Resmî Gazetede 'COVID19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi' başlıklı 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi yayımlanmıştır.

Genelge, istisnalar dahil 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmeler hakkında düzenlenmiştir.

İdareye Başvuru Yapılması

Mücbir sebep nedeniyle idareye yapılacak başvurularda;

1. COVID-19 Salgını sebebiyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale gelmesi,

2. İmkânsızlık halinin belgelendirilmesi gerekmektedir.

Başvuruların Değerlendirilmesi

Genelgede, idareye başvuru yanında idarelerce **Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın değerlendirmesinin alınacağı** belirtilmiştir.

Değerlendirme sonucunda **süre uzatımı** veya **sözleşmenin feshi** kararı verilebileceği belirtilmiş ve bu durum aşağıdaki koşulların **bütün halinde** gerçekleşmesine bağlanmıştır;

1. İmkansızlığın yüklenicinin kusurundan ileri gelmemiş olması,

2. Ortaya çıkan durumun yüklenicinin edimini ifasına engel nitelikte olması,

3. **Yüklenicinin** ortaya çıkan engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi

gerekmektedir.

Genelgenin, 4735 Sayılı Kanun'un 10. Maddesi kapsamında hazırlandığı göz önüne alınarak, madde hükmünde yer alan "*mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen **yirmi gün içinde** yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması*" hususu unutulmamalıdır.

Sonuç olarak; COVID-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmeleri bakımından mücbir sebep teşkil etmesi ve bu yönde idareye yapılacak başvurular Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile belirtilen şartlara bağlanmıştır. İşin yerine getirilmesinin tamamen veya sürekli imkansızlığı yanında geçici ve kısmi imkansızlıklar da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Başvuruların, işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale geldiği tarihten itibaren her halükârda 20 gün içerisinde yapılması halinde olası hak kayıplarının engellenebileceği hatırlatılmalıdır.



İrem Karademir
Kıdemli Avukat



Berkay Daştan
Stajyer Avukat

COVID-19 Virüsü Sonucu İşçi-İşveren İlişkinde Dair Değerlendirmeler

Mevcut gündemde yer alan COVID-19 virüsü, insan hayatı başta olmak üzere iş dünyasına, ekonomik ve çalışma hayatına olumsuz birçok etkisi bulunmaktadır. Bu çalışmamızda, COVID-19 virüsünün işçi-işveren ilişkisine, iş ve istihdam hukukuna etkileri değerlendirilmektedir.

COVID-19 Virüsü Salgını Mücbir Sebep Hali Midir?

Öncelikle mücbir sebep kavramını tanımlamak gerekirse; tarafların iradesi dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan ve bir sözleşmenin yerine getirilmesini engelleyen dışsal fiili bir olgudur.

Mücbir sebepten bahsedilebilmesi için;

- Ortaya çıkan olgunun tarafların kontrolü dışında oluşması,
- Mücbir sebebin öngörülemez olması veya öngörüldüğü dahi ortaya çıkan olayın somut etkisinin öngörülememesi,
- Sözleşmenin illiyet bağının ortadan kalkmasıyla ifasının imkânsız hale gelmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.06.2018 tarihli 2017/1190 E. 2018/1259 K.

sayılı kararında mücbir sebebi aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

"Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 582). Deprem, sel, yangın, salgın, hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır."

İşbu karar göz önüne alındığında; salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla gündemde yer alan ve sonradan ortaya çıkan COVID-19 salgın hastalığı mücbir sebep olarak nitelendirilebilir.

Ancak mücbir sebebin varlığının, her somut olaya göre farklı ve objektif koşullar altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Mevcut gündemde yer alan salgının, aşırı ifa güçlüğü veya ifa imkansızlığı yaratıp yaratmadığı, bir sözleşmenin yerine getirilmesini engelleyen bir durum oluşturup oluşturmadığı bakımından irdelenmesi gerekmektedir. Zira salgının var olması halinde bile sözleşmeden doğan yükümlülükler yerine getirilebiliyorsa, ifa güçlüğü veya ifada gecikme durumları oluşmuyorsa mücbir sebepten bahsedilemeyecektir.

İşçi-İşveren ilişkisi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda mücbir sebep, zorlayıcı nedenler deyimi ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/9116 E. 2019/16141 K. sayılı kararında; "sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir." denilerek salgın sebebiyle karantina uygulamasının oluşması durumunda ortaya çıkan

salgının zorlayıcı neden olabileceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e göre; işçi-işveren ilişkisi bakımından salgın hastalığın, bölgenin dışına çıkışın yasaklanması durumunda zorlayıcı neden olarak sayılabileceği belirtilmiştir.⁴

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar ışığında işçi-işveren ilişkisi bakımından zorlayıcı nedenden bahsedebilmek için her somut olayı farklı ve objektif bir şekilde değerlendirmek gerekir.

1. İŞ AKDİNİN FESHİ

4857 sayılı İş Kanunu'na göre zorlayıcı nedeninin oluşması durumu işçi ve işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi sayılmaktadır. Şöyle ki;

İşçi Açısından İş Akdinin Haklı Nedenle Feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 'İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih' başlığı altında düzenlenen 24'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında; işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa, süresi belirli olsun veya olmasın işçi, iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeden haklı nedenle feshedebilir.

Kanun maddesinde belirtildiği üzere; zorlayıcı neden işçinin çevresinde değil işyerinde ortaya çıkmakta ve bu neden, işyerinde çalışmayı bir haftadan fazla süreyle olanaksız hale getirmektedir. Bununla birlikte işin, bir haftadan fazla süreyle durması halinde işçi bir

haftalık süre bittikten sonra haklı nedenle fesih hakkını elde etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 40'inci maddesine göre; zorlayıcı nedenin devam ettiği bir hafta süre boyunca çalıştırılmayan işçiye, bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenecektir. Bir haftalık süre geçtikten sonra işverenin işçiye böyle bir ödeme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda işçi isterse ücret almadan işyerinin tekrar faaliyete geçmesini bekleyebilir, isterse de iş akdini haklı nedenle feshedebilir.⁵

İşveren Açısından İş Akdinin Haklı Nedenle Feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 'İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih' başlığı altında düzenlenen 25'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında; işçinin çevresinde meydana gelen ve onu bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin (mücbir sebebin) ortaya çıkması halinde, işveren bir haftalık süre geçtikten sonra iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

Burada zorlayıcı neden işyerinde değil, işçinin çevresinde oluşmakta ve bunun sonucunda işçi kusursuz bir şekilde iş görme borcunu yerine getirememekte ve iş akdi askıya alınmaktadır.⁶

İş akdinin zorlayıcı neden gereğince işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilmesi için, zorlayıcı nedenin varlığı tek başına yeterli olmayıp bu nedene dayanan devamsızlığın ayrıca bir haftadan fazla sürmüş olması gerekmektedir.⁷ Buna karşılık, devamsızlık bir

⁴ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:692

⁵ http://www.tiryakidanismanlik.com/makaleler/pdf/makale_42.pdf, syf:2

⁶ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:692

⁷ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:692

haftayı aşmasına rağmen işveren tarafından fesih hakkı kullanılmadığı takdirde, iş sözleşmesi zorlayıcı neden devam ettiği sürece askıda kalır. İşverenin fesih hakkı da bu süre zarfında varlığını korur. İşveren Kanunen kendisine tanınan imkânı, bildirimsiz fesih hakkını kullanmamışsa, zorlayıcı sebebin ortadan kalkması halinde askı hali de sona erecektir.⁸ Bundan sonra ise işçi yine eskisi gibi çalışmak ve işveren de işçiyi çalıştırmak zorunda kalacak, iş sözleşmesi normal hükümlerini icra etmeye tekrar başlayacaktır.⁹

İşçi açısından haklı nedenle fesihte olduğu gibi işveren açısından da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 40'inci maddesine göre; beklenmesi gereken bir hafta süre boyunca çalıştırmayan işçiye, işveren tarafından her gün için yarım ücret ödenecektir.

Mevcut gündemde yer alan salgın hastalığı sebebiyle ortaya çıkan zorlayıcı neden (mücbir sebep) sonucunda iş akdini haklı nedenle fesheden taraf, karşı taraftan ihbar tazminatı talep edemeyecektir. Bununla birlikte, iş akdi işveren tarafından zorlayıcı neden durumu sebebiyle feshedilmesi halinde işyerinde bir yıldan fazla çalışmış olan işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Bu duruma ilişkin olarak Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2016 tarihli 2015/6755 E. 2016/7185 K. sayılı kararında; "*İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenlerle 25/III bendi uyarınca feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesi uyarınca kıdem tazminatının ödenmesi gerekir.*" denilerek işverenin iş akdini haklı nedenle feshi halinde ihbar tazminatı yükümlülüğü bulunmadığı ancak bir yıldan fazla çalışmış işçiye karşı kıdem tazmi-

natı ödeme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir.

2. İŞÇİNİN YILLIK ÜCRETLİ VE ÜCRETSİZ İZNI

İşçinin Yıllık Ücretli İzni

Zorlayıcı nedenin oluşması halinde işçinin yıllık ücretli izni konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun '*Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Sayılan Haller*' başlığı altında düzenlenen 55'inci maddesinin d bendine göre; işçinin, çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı nedenler yüzünden işin bir haftadan çok tatil edilmesi halinde, yeniden işe başlaması koşuluyla, çalışmadan geçen sürenin 15 günü, yıllık ücretli izin hakkı hesaplanırken çalışılmış gibi sayılacaktır.

Bununla birlikte, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinde; "*İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır.*" hükmü amirdir. İşbu düzenlemeye göre ücretli izne çıkılacak tarih, işçinin istediği gibi belirleyebileceği bir tarih olmayıp işverenin yönetim hakkı kapsamında uygun bulduğu bir tarihtir. Mevcut salgın hastalığı düşünüldüğünde, işveren tarafından kendi bünyesinde çalışan işçiler, iş durumu dikkate alınarak ücretli izne çıkarılabilecektir.

Aynı zamanda anılan Yönetmeliğin 10'uncu maddesine göre; işveren veya işveren vekili, Nisan ayı başı ve Ekim ayı sonu arasındaki süre içerisinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayacak şekilde toplu izin uygulayabilecektir. Dolayısıyla işveren tarafından salgın hastalığı sebebiyle Nisan ayı başı ve

⁸ Murat YETİK, Sosyal Güvenlik Denetmeni, 25.05.2015 tarihli makale

⁹ Murat YETİK, Sosyal Güvenlik Denetmeni, 25.05.2015 tarihli makale

Ekim ayı sonu arasındaki süre içerisinde olmak koşuluyla işçilere yönelik toplu ücretli izin uygulanabilecektir.

İşçinin Ücretsiz İzni

Ülkemizde yaşanan salgın hastalık sebebiyle işverence işçiler ücretsiz izne çıkarılabilir ancak ücretsiz iznin uygulanabilmesi için bir takım şartlar mevcuttur. Şöyle ki;

İş Kanunu'nun 22'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca; işveren tarafından ücretsiz izne çıkarma önerisi yazılı olarak yapılmalıdır. İşçiler işbu öneriyi 6 işgünü içerisinde yazılı olarak kabul ederlerse iş akdi sözleşmeyle askıya alınmış olacaktır. Burada önemli olan husus; işveren tarafından ücretsiz izne çıkarma önerisinin işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmesi gerekliliğidir. Önerinin işçi tarafından sözlü veyahut örtülü bir şekilde kabul edilmesi yeterli değildir.¹⁰

Ücretsiz izne çıkarma önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi veya öneriye cevap verilmemesi halinde yapılan öneri reddedilmiş sayılacak ve bu durumda işveren işçileri ücretsiz izne çıkaramayacaktır.

İşverenin işçilere yapacağı öneride her ne kadar İş Kanunu'nda ücretsiz izin süresinin belirleneceğine dair zorunluluk bulunmasa da ücretsiz izin süresi taraflarca belirlenebilir. Ancak izin süresinin ne kadar olacağının belirlenmemesi durumunda, sürenin en fazla ne kadar süreceğine ilişkin Kanunda belirli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda bu sürenin geçici nitelikte, diğer bir deyişle dürüstlük kurallarına uygun, makul bir süre olması gerekmektedir.¹¹

Ücretsiz izin, iş sözleşmesinin askıya alınmasını sağlayan nedenlerden biridir. Bu duruma ilişkin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2015 tarihli 2015/28095 E. 2015/15036 K. sayılı kararında; "...işveren yönünden sözleşmenin askı hali ise işletmenin faaliyetine ara vermesi ya da geçici olarak kapanmasına yol açan boyuttaki ekonomik, teknik gereklilikler ile yangın, deprem, su basması gibi doğal afetler ya da grev ve lokavt, ücretsiz izin uygulaması gibi nedenler gösterilebilir.

İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için iş görme borcunun ifası ya da bu ifayı kabulde imkansızlığın ortaya çıkması, ifa etmemenin ya da ifayı kabul etmemenin geçici olması, ifa etmemenin kusursuz olması ve tarafların rızası gereklidir." denilmiştir.

Yargıtay kararı da dikkate alındığında, mevcut gündemde yer alan salgın hastalık sebebiyle iş görme borcunda ifa imkansızlığı olması, ifa etmemenin kusursuz ve geçici olması ile tarafların rızasının bulunması durumlarında, işverence işçilere ücretsiz izin kullanılarak iş akdi askıya alınabilecektir.

3. KISA ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Kısa Çalışma

Kısa çalışma, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3/ç'de; "Üç ayı geçmemek üzere 4447 sayılı Kanunun Ek 2'nci maddesinde sayılan gerekçelerle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta

¹⁰ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:500

¹¹ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:501

süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını" ifade etmektedir.

Çalışma saatlerinin azaltılmasının ya da faaliyetin tamamen/kısmen durdurulmasının gerekçesi ise 4447 sayılı İşsizlik Kanunu'nun 'Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği' başlıklı Ek Madde 2'de düzenlenmiştir. Buna göre; "Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir."

Mevcut ülkede bulunan duruma en uygun gerekçe ancak zorlayıcı neden olabilir. Zorlayıcı neden, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3/h'de tanımlanmış olup buna göre; "İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları"dır.

İşveren kısa çalışmaya geçilmesine karar verdiği takdirde, bu talebini gerekçesi ve süresi ile derhal Türkiye İş Kurumu'na varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına yazılı olarak bildirir. Kısa çalışma talebinin Kurumca uygun bulunması ile durum işverene bildirilir. İşveren de durumu işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirir. Normal şartlar altında bildirilen süre sonunda kısa çalışma son bulur.

Kısa Çalışma Ödeneği

Kısa çalışma halinde, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için; işverenin kısa çalışma talebinin Kurumca uygun bulunması ve işçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 sayılı Kanunun 50'nci maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması gerekmektedir.

Ancak ülkemizdeki salgın hastalık nedeniyle, işçinin gerekli çalışma ödeneği koşullarında kolaylık sağlanması amacıyla değişikliğe gidilmiştir;

26.03.2020 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Kanunu'na Geçici 23. madde eklenmiştir. Madde hükmüne göre; "30/6/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2'nci maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder."

Yapılan değişikliğe göre; işçinin kısa çalışma ödeneğinden faydalanabilmesi için,

- Kısa çalışma başlangıç tarihinden 60 gün evvel iş akdinin başlamış olması,

• Bununla birlikte, son 3 yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışmış olması gerekmektedir.

Yukarıdaki şartların birlikte sağlanması halinde ancak işçi kısa çalışma ödeneğinden faydalanabilecektir. Yukarıda sayılan şartları taşımayanlar ise ancak işsizlik ödeneği (*Sigortalı işsizlere bu Kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödeme*) hak sahipliği dahilinde kısa çalışma ödeneğinden faydalanabilir.

Kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde, çalışılmayan süreler için aylık olarak hesaplanır. İşçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için ödenecek sigorta primi, İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır.

Geçici 23. madde hükmünün devamına bakıldığında; *"Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu madde kapsamında yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır."* Yani kısa çalışmadan faydalanmak istediği takdirde, işveren tarafından 'Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri' sebepleri dışında, işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekmektedir.

Kısa çalışma ödeneği, işverenin kısa çalışma yapacağını bildirdiği tarihler aralığında ödenir. İşveren, ilan ettiği süreden önce normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde durumu; Kuruma, varsa işçi sendikasına

ve işçilere 6 iş günü önce yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bildirimde belirtilen tarih itibarıyla kısa çalışma sona erer. İşverenlerin normal faaliyete geçebileceği halde geçmemesi ve bildirimini geç yapması halinde hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile işverenden tahsil edilir. Geçici 23. madde kapsamında kısa çalışma ödeneğinden faydalanmak isteyen işverenin, talebini 30.06.2020 tarihine kadar Kuruma bildirmesi gerekmektedir.

4. ÜCRET DEĞİŞİKLİĞİ VE İŞ YERİ DEĞİŞİKLİĞİ

İş akdinin esaslı unsurlarında biri olan ücretle ilişkin her türlü işçi aleyhine yapılacak değişiklik esaslı değişiklik niteliği taşımaktadır. İşverence, işçinin ücretinde aleyhe değişiklik yapılabilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22'nci maddesindeki usule uyulması gerekmektedir.

İşyeri değişikliği bakımından aynı il sınırları içerisinde işçinin durumunu ağırlaştırmamak koşuluyla yapılacak olan iş yeri değişiklikleri kural olarak işçi aleyhine esaslı değişiklik sayılmaz. Bu nedenle İş Kanunu madde 22 uygulama alanı bulamayacaktır.

Ancak bu kuralın istisnasını işçinin il sınırları dışındaki bir işyerine nakledilmek istemesi ve taraflar iş akdinde işçinin çalışacağı yeri belirlememişlerse işverenin işyerini değiştirmesi oluşturur. Bu durumlara ilişkin yapılan değişiklikler iş akdinde esaslı değişiklik sayılacağından anılı Kanunun 22'nci maddesi uygulama alanı bulacaktır.¹²

4857 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinde; *"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve ben-*

¹² Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, syf:666,667

zeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Kanun maddesinde de görüldüğü üzere işverence ücret değişikliği ve yukarıda bahsi geçen esas değişiklik sayılan işyeri değişikliğinin uygulanabilmesi için;

- Yapılacak değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.
- İşçi tarafından 6 iş günü içinde yazılı olarak yapılan bildirin kabul edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, taraflar aralarında anlaşarak ücret konusunda her zaman değişiklik yapabilirler. Ancak yapılacak bildiri yazılı olarak yapılmazsa veya işçi tarafından 6 işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmezse, yapılacak olan değişiklik işçiyi bağlamayacaktır. Aynı zamanda işçi yapılacak olan değişikliği kabul etmemesini geçerli bir nedene dayandığını veya sözleşmenin feshi için geçerli nedenin bulunduğunu yazılı açıklamak koşulu ve bildirim sürelerine uyarak iş akdini feshedebilecektir.

Ancak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 03.05.2018 tarihli 2018/2759 E. 2018/10481 K. sayılı kararına göre; “2016 yılında asgari ücrette öngörülemez şekilde yüksek oranda artış yapılması sebebiyle, hizmet alım sözleşmesinde asgari ücretin katları şeklinde belirlenen birim fiyatların arttığı ve bu durumun davalı asıl işveren kamu kurumun bütçesini olumsuz yönde etkilediği iddia edilerek, hizmet alım sözleşmesinin uyarlanması suretiyle birim fiyatların düşürüldüğü anlaşılmaktadır... Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinde mevcut birim fiyatlar değiştiği halde; davalı alt işverenden, uyarlama protokolü öncesindeki birim fiyata göre işçileri çalıştırmaya devam etmesi beklenemez... Davalı şirkete bağlı olarak, davalı Belediyeye ait işyerinde çalışmakta olan işçilerin büyük bir kısmının değişiklik teklifini kabul ettiği, buna karşılık davacı dahil 6 işçinin değişikliği kabul etmemeleri sebebiyle iş sözleşmelerinin İş Kanunu madde 22 kapsamında feshedildiği anlaşılmaktadır. Belirlenen bu hususlar karşısında, asgari ücrette meydana gelen beklenmeyen artış oranı, hizmet alım sözleşmesinin yeniden uyarlanması amacıyla işverence yapılan değişiklik teklifinin işyerindeki tüm işçileri kapsar biçimde genel nitelikte olduğu dikkate alındığında, çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin ve buna bağlı olarak yapılan fesih geçerli sebebe dayandığının kabulü gerekirken, yazılı şekilde aksi yönde hüküm tesis edilmesi hatalıdır.” Denilerek, beklenmeyen bir durum karşısında işverence ücret değişikliğinin gerçekleştirildiği ancak işçi tarafından değişikliğin kabul edilmediği halde, işverenin buna dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi geçerli fesih olarak değerlendirilmiştir.

Fakat iş yeri değişikliğine ilişkin emsal kararlara bakıldığında, genel itibarıyla hepsi işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak değerlendirilmiştir.

5. TELAFİ ÇALIŞMASI UYGULAMASI

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 64. Maddesinde zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren 2 ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Yani telafi çalışması kapsamında haftalık çalışma fazla sürelerle çalışma için 40 saati, fazla çalışma için 45 saati aşsa da %25 veya %50 zamlı ücret uygulanmayacaktır.

Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde 3 saatten fazla olamaz. En çok çalışma süresi ise 11 saattir. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz. Covid-19 Virüsünün geldiği boyut düşünüldüğünde telafi çalışmasının uygulanabilmesi mümkündür. Bu konuda 26.03.2020 tarihinde yayınlanan 7226 sayılı Kanununun 43. Maddesi ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki" ibaresi "dört" şeklinde değiştirilmiş ve Cumhurbaşkanının bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkili olduğu hükmü yürürlüğe girmiştir.

6. İŞ KAZASI DEĞERLENDİRMESİ

İş sağlığı ve güvenliği açısından 4857 Sayılı İş Kanununun 77.maddesinde işverenin yükümlülükleri düzenlenmiş ve madde içeriğinde; açıkça işverenin iş sağlığı ve güvenliği sağlamak için "gerekli her türlü önlemleri alması" gerektiği belirtilmiştir. 5510 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde iş kazasının unsurları;

- Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

- İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

- Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

- Bu Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadının sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay olarak belirtilmiştir.

Açıklanan madde hükmüne göre, iş kazası; maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen veya ruhen zarara uğratan olay olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle işverenler tarafından, halk sağlığını tehdit eden salgınlara yönelik ayrıntılı bir risk analizi ve koruma planı hazırlanmak, iş sağlığı ve güvenliği amacıyla ilk olarak önleyici tedbirler almakla yükümlü olacağı açıktır.

İşveren kararı ile çalışması devam olunan işyerlerinde gerekli önlem ve korumayı sağlamayan işyerlerinde işçilerin salgına maruz kalması halinde zararın tazmin yükümlülüğü altında olacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda da Yargıtay 21.Hukuk Dairesi 15.04.2019 tarih ve 2018/5018 E.-2019/2931 K. sayılı Kararı ile H1N1 (domuz gribi) olan bir tır şoförüne ilişkin davada H1N1'i iş kazası olarak

kabul edilmiş olduğunu belirtmek isteriz.¹³ İşçinin, aynı işyerinde çalışan iş arkadaşları veya işverenlerde salgın hastalık bulunması işçiler açısından İş Kanunu 24/ 1-b maddesi gereğince işçiye iş sözleşmesini derhal ve haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Ancak İş kazası hakkında meydana gelen uyuşmazlıkların, iş hukuku uyuşmazlıkları gibi her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

Yukarıda bahsi geçen uygulamalar nedeniyle meydana gelecek hukuki uyuşmazlıklar hakkında 26.03.2020 tarihli Resmi Gazete 'de yer alan Geçici 1. Madde ile "Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden gün-

den itibaren işlemeye başlar." hükmü uyarınca bu aşamada tarafların herhangi bir hak kaybına uğramaması için yasal önlem getirildiğini, arabuluculuk ve dava sürelerinin durdurulmuş olduğunu önemle hatırlatmak isteriz. 30.03.2020



Öykü Şanlı
Avukat

COVID-19'un Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve özel hukuk sözleşmeleri kapsamında Covid-19'un mücbir sebep niteliği taşıyıp taşımadığı hususu henüz net değildir. 4735 sayılı kanunda düzenlenen mücbir sebepler, yüklenicinin sözleşme konusu işi, sözleşmede belirtilen şartlarda yapmasını engelleyen durumlardır.¹⁴

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Mücbir sebepler" alt başlıklı 10. mad-

¹³ "...Somut olayda, tır şoförü olan davacı murisinin 26.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderildiği, 11.12.2009 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu raporunda, H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihli hastaneye başvurusunda belirttiği şikayetlerin hastalığın başlangıç belirtileri olduğu takdirde hastalığın bulaşmasının bu tarihten 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağına bildirildiği, buna göre davacı murisinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı yukarıda belirtilen rapor kapsamından anlaşılabilir H1N1 virüsüne bağlı olarak, daha sonra meydana gelen ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır..."

¹⁴ Mücbir Sebep: "Bir borcun veya genel bir davranış yükümünün ihlâline neden olan, borcunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan

(harici), öngörülemez ve kaçınılmaz bir olay" olarak tanımlanmaktadır. (ÖZÇELİK Barış, TBB Dergisi 2016, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları)-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/1190 E. 2018/1259 K. sayılı kararında mücbir sebebi "sorumlu veya borcunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır" şeklinde tanımlamıştır. *Sayıştay 6. Dairesi 636 sayı.21.02.2019 tutanak tarihli kararı: Mücbir sebep hali vuku bulmuş olsa ve bu hal nedeniyle yüklenicinin kusuru bulunmasa dahi, yüklenici tarafından mücbir sebebi destekleyen belgelere yer verilmediği halde süre uzatımı verilmiş olması mevzuata aykırıdır.

desinde Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller;

- Doğal afetler,
- Kanuni grev,
- Genel salgın hastalık,
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı,
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak belirlenmiştir.

Bununla birlikte Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine ilişkin tip idari şartnamelerin ve tip sözleşmelerin tamamında da mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller yukarıda yer verilen kanun maddesi ile paralel olarak düzenlenmiştir.

Mücbir Sebep Olarak Kabul Edilebilme Şartları

4735 sayılı Kanun kapsamında mücbir sebebin uygulanabilmesi için;

- Bu halin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinde ve bu düzenlemeye paralel olarak düzenlenen Sözleşme hükümlerinde yer alması,
- Bu halin yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,
- Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı (ifayı yerine getirebileceği alternatif yollar dahil) taahhüdünü yerine getirmesine engel nitelikte olması,
- Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması,
- Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve
- Bu halin yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda mücbir sebep kabul edilerek, yükleniciye süre uzatım verilebilmesi için yukarıda belirtilen altı koşulun kümülatif olarak sağlanıyor olması gerekmektedir. Şartlardan birinin eksik olmasında dahi durumun yasal mücbir sebep olarak kabulü mümkün değildir.¹⁵

Yine özel hukuk sözleşmeleri bakımından da taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümlerinde, mücbir sebebe ilişkin bir düzenlemenin yer alıp almadığı kontrol edilmeli ve bu sözleşmelerde öngörülen usul ve sürelerle bağlı kalınarak sözleşmede belirtilen şekilde başvuru yapılması gerekmektedir.

Mücbir Sebep Halinde İdareye Başvuru

4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen durumların sözleşmenin ifasına engel olması halinde süresi içerisinde, mücbir sebep nedeniyle **süre uzatımı** veya sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş ise **sözleşmenin feshi** konusunda idareye başvuruda bulunulması gerekmektedir. Bu kapsamda yükleniciler tarafından izlenecek yollar sırasıyla şu şekildedir:

1. Kanunda sayılan hallerden olup olmadığı değerlendirilmelidir,
2. Mücbir sebep sayılma şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir,
3. Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir,
4. İfaya engel hallerin yüklenici tarafından belgelendirilmesi gerekmektedir.¹⁶

İdarece yapılacak değerlendirme sonucunda, mücbir sebep dolayısıyla **süre uzatımı**

¹⁵ DOĞANYİĞİT Sadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, s 1326, Ankara

¹⁶ Sayıştay 6. Dairesi 636 sayı 21.02.2019 tutanak tarihli kararı: Mücbir sebep hali vuku bulmuş olsa ve bu hal nedeniyle yüklenicinin kusuru

bulunmasa dahi, yüklenici tarafından mücbir sebebi destekleyen belgelere yer verilmediği halde süre uzatımı verilmiş olması mevzuata aykırıdır.

verilmesi veya **sözleşmenin feshi** konusunda karar alınabilecektir.

Süre uzatımı verilmesi sonucunda, ifa zamanı ertelenmiş ve borcunu zamanında ifa edemeyen yüklenicinin herhangi bir cezai şart veya tazminat ödemesi söz konusu olmayacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, mücbir sebebin varlığı halinde bu durumun her somut olay ve sözleşme bakımından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir

Sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi halinde ise, 4735 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 25. maddesinin (f) bendi ve Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi kapsamında;

- Sözleşme genel hükümlere göre tasfiye edilir.
- Yüklenicilere fesih nedeniyle herhangi bir ihale yasağı getirilmez.
- Feshe bağlı olarak idarenin uğrayacağı zararlar yükleniciye ödettilir.
- Kesin teminat ve ek kesin teminatlar yükleniciye iade edilir.

İdarelerce Salgın Hastalık Hallerinde Ter- cih Edilebilecek Alımlar

COVID-19'un salgını dolayısıyla İdarelerce ihtiyaca yönelik alımlar, 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen 21 (b) pazarlık usulü ve doğrudan temin yolu ile gerçekleştirilebilecektir. İdarelerce Kanun'da düzenlenmiş olan bu iki yol ile alım yapılması halinde uygulanacak prosedürler aşağıda incelenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b)¹⁷ bendinde sayılan sebepler ile alım yapılabilmesi için;

- İhalenin ivedilikle yapılması gerektiğinin idarece belirlenmesi veya

¹⁷ Doğal afetler, **salgın hastalıklar**, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması

- Öngörülemeyen sebeplerle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gerekmektedir.

Kanun'un 21. maddesinin (b) bendine göre yapılacak ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Aynı zamanda, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (f)¹⁸ bendine göre alım yapılacak ihalelerde ise ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulü ile gerçekleştirilebilecektir.

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilecektir.

Yeni Tip Koronavirüs (COVID-19) Bakımın- dan Mücbir Sebep Maddesinin Değerlendiril- mesi

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 12 Mart 2020 tarihinde 'Pandemi' olarak kabul edilen COVID-19 salgını kamu ve özel hukuk sözleşmelerinin ifasını etkilemekte, bazı durumlarda ise imkânsız hale getirmektedir.

Her ne kadar 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (c) bendinde 'Genel Salgın Hastalık' mücbir sebep hallerinden sayılsa da mücbir sebebin varlığı her bir sözleşme özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu durumda '*Mücbir Sebep Olarak Kabul Edile-
bilme Şartları*' altında düzenlenen altı koşulun

¹⁸ Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları

her birinin somut olay özelinde gerçekleşmesi gerekmektedir.

Covid-19 salgınının Mücbir Sebep olarak değerlendirilerek sözleşmenin feshi veya süre uzatımı verilebilmesi için yüklenicinin virüs sebebiyle hizmeti yerine getirmesinin mümkün olmadığının yüklenici tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Örneğin; karantina durumunda ihale ile yüklenilen hizmet işini yapacak işçilerin çalışmamaları ya da çalışanlarının virüsten etkilenerek hastalanmaları vb. hususların yüklenici tarafından belgelenmesi gerekmektedir. Yine sevkiyatların belirsiz süreli olarak durdurulması bu sebeple edimin ifasının imkânsız hale gelmesi konularında, sevkiyatın durdurulması hususu belgelendirilmek suretiyle sözleşmenin feshi talep edilebilecektir.

Ülkemizde bu virüsün mücbir sebep teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir resmi beyan, ilan ya da duyuru mevcut olmadığı gibi Kararname, Bakanlar Kurulu Kararı, Mahkeme Kararı ya da Düzenleyici Kurul Kararı bulunmamaktadır. Yalnızca Maliye Bakanlığı tarafından 24 Mart 2020 tarihinde '*Vergi Süreçleri Bakımından Mücbir Sebep Hükümlerinden Faydalanacak Mükellefler*' açıklanmıştır. Ancak bu hususun Kamu İhale Sözleşmelerinde mücbir sebep halleri bakımından yeterli olmayacağı, edimin ifasının imkansızlığının ortaya koyulmasının somut olay bakımından elzem olduğu hatırlatılmalıdır.



Bengisu Delibalta
Avukat

Koronavirüs'ün (COVID-19) Sözleşmelerin İfasına Etkisi ve Mücbir Sebep

İlk kez Aralık 2019'da Çin'in Wuhan kentinde görülen ve Covid-19 adı verilen koronavirüs, üç ay gibi kısa bir sürede komşu ülkelere dahil birçok ülkeyi etkisi altına almıştır. Antarktika hariç tüm kıtalara ve 127 ülkeye yayılmış, Dünya genelinde birçok ülke sınırlarını kapatarak karantina altına alınmıştır. 12 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü COVID-19 Virüsü'nün "**Pandemik Virüs (Küresel Çapta Etkili Virüs)**" olduğunu ilan etmiştir.

Koronavirüsün beklenmedik bir hızla yayılması sonucu sınırların kapatılması, bazı ülkelerde fabrikaların ve işyerlerinin faaliyetini durdurması gibi alınan mecburi tedbirlerin artması nedeniyle sözleşmelerin ifası zorlaşmakta ve kimi zaman imkânsız hale gelmektedir.

Koronavirüs Salgını Sözleşmesel İlişkiler Açısından Mücbir Sebep Oluşturabilir Mi?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/1190 E. 2018/1259 K. Numaralı kararında mücbir sebebi "*sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır*" şeklinde tanımlamıştır.

Dolayısıyla sözleşmesel ilişkilerde mücbir sebebin uygulanabilmesi için söz konusu vakanın;

- Sonradan ortaya çıkması ve **öngörülmesinin taraflardan beklenmemesi,**

• Borçlunun borcu ifa edememesinin **kendisine isnat edilemeyecek bir olaydan kaynaklanması,**

• Tarafların ortaya çıkan durumu **önleyebilme kabiliyetinin olmaması,**

• Ortaya çıkan bu olağanüstü durumun sözleşmenin **ifasını imkânsız hale getirmiş olması** gerekmektedir.

Salgın hastalıkların mücbir sebep olarak sözleşmelere uygulanması, yukarıda anılan şartların tamamının kümülatif olarak gerçekleşmesiyle mümkün olacaktır. Ancak tüm bu şartların kümülatif olarak gerçekleştiği her durumun mücbir sebep teşkil ettiğini söylemek güçtür. Mücbir sebebin varlığı her bir sözleşme özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin; sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ifasının sadece daha zor hale gelmesi, mücbir sebep teşkil etmesi için yeterli olmayacaktır. İfanın zorlaşması durumunda Borçlar Kanunu'nun aşırı ifa güçlüğü hükümleri uygulanarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması mümkün hale gelecektir.

Mücbir sebebin sürekli ifayı imkânsız kıldığı durumlarda Borçlar Kanunu hükümlerince sözleşmede başkaca bir düzenleme yoksa tarafların yükümlülüğü kanun gereği sona erer. Ancak bu durumda borçlu ifanın imkansızlaştığını noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta adresi (KEP) üzerinden fesih ihbarı yaparak en kısa sürede bildirmekle yükümlüdür.

Koronavirüs Salgınının Kamu İhale Mevzuatı Kapsamında Sözleşmesel İlişkiler Açısından Mücbir Sebep Oluşturması Mümkün Müdür?

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında Covid-19'un mücbir sebep niteliği taşıyıp taşımadığı hususu ise henüz net değildir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Mücbir sebepler" alt başlıklı 10. maddesinde "Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- Doğal afetler.
- Kanuni grev.
- Genel salgın hastalık.
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur." hükmü yer almaktadır.

Söz konusu maddede genel salgın hastalık mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller arasında sayılmıştır. Ancak sözleşmenin feshi için genel salgın hastalığın mücbir sebep olarak değerlendirilmesi için;

- Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,
- Yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel nitelikte olması,
- Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması,
- Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması,
- Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi gerekmektedir.

Kamu İhale mevzuatı kapsamında mücbir sebebin kabulünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından belirlenen mücbir sebep kri-

terlerine benzer şartlar öngörülmüştür. Ancak Kamu İhale mevzuatı çerçevesinde imzalanan sözleşmeler ile sözleşmenin feshi için ticari hayattaki sözleşmelerden farklı olarak mücbir sebebin kanuni süresi içinde ilgili İdareye bildiri ve mücbir sebep halinin yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi gerekmektedir.

Koronavirüs salgını durumunda şüphesiz yüklenicinin herhangi bir kusuru bulunmamaktadır. Ayrıca doğurduğu etkiler bakımından COVID-19, ifayı imkansızlaştırabilecek potansiyel bir engel barındırmaktadır.

Ancak Covid-19 salgınının Mücbir Sebep olarak değerlendirilerek sözleşmenin feshi için yüklenicinin virüs sebebiyle hizmeti yerine getirmesinin mümkün olmadığından yüklenici tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Örneğin; karantina durumunda ihale ile yüklenilen hizmet işini yapacak işçilerin çalışmamaları ya da çalışanlarının virüsten etkilenerek hastalanmaları vb. hususların yüklenici tarafından belgelenebilmesi gerekmektedir.

Ayrıca sözleşmenin feshi için yüklenicinin kanuni süresi içerisinde İdareye ihtarda bulunması gerekecektir. Kanunda, yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması için verilen yasal süre; "**Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde**" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak burada mücbir sebebin meydana geldiği tarihin belirlenmesi konusu tartışmaya açıktır. Mücbir sebep tarihi olarak Dünya Sağlık Örgütü'nün COVID-19 Virüsü 'nü "Pandemik Virüs (Küresel Çapta Etkili Virüs)" olarak ilan ettiği tarihin mücbir sebebin meydana geldiği tarih olarak belirlenebileceğine dair hukuki görüşler mevcut olsa da günümüz itibarıyla Ülkemizde bu virüsün mücbir sebep teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir resmi beyan, ilan ya da duyuru mevcut olmadığı gibi bir Kararname, Bakanlar Kurulu Kararı, Mahkeme Kararı ya da Düzenleyici Kurul Kararı bulunmamaktadır. Dahası Sağlık Ba-

kanlığı gibi herhangi bir devlet kurumunun (yetkili merci) hastalığın pandemik bir virüs olduğuna ilişkin herhangi bir açıklaması henüz bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; Yeni Tip Koronavirüs'ün (Covid-19) mücbir sebep olarak değerlendirilerek sözleşmenin feshi için yüklenicinin virüs sebebiyle hizmeti yerine getirmesinin mümkün olmadığından yüklenici tarafından kanıtlanması gerekecektir. Ancak yine de Kamu İhale Mevzuatı özelinde, mücbir sebebin varlığından söz edilebilmesi için yetkili merciler tarafından buna yönelik bir açıklama yapılması gerektiğinden en azından şimdilik, Koronavirüs salgını tek başına taraflara mücbir sebep nedeniyle tazminatsız fesih hakkı sağlamamaktadır. Ancak Türkiye'de yetkili makamlarca yapılacak açıklamalar ve alınan önlemlere bağlı olarak sürekli ifa imkansızlığı kanıtlandığı takdirde, mücbir sebebe bağlı sözleşmenin feshi hakkı gündeme gelebilecektir.



Öykü Şanlı
Avukat

COVID-19'un Özel Hukuk Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşmesel ilişkilerde mücbir sebebin uygulanabilmesi için öncelikle söz konusu durumun;

- Sonradan ortaya çıkması ve öngörülmesinin taraflardan beklenmemesi,
- Borçlunun borcu ifa edememesinin kendisine isnat edilemeyecek bir olaydan kaynaklanması,

- Tarafların ortaya çıkan durumu önleyebilme kabiliyetinin olmaması,
- Ortaya çıkan bu olağanüstü durumun sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmiş olması gerekmektedir.

Salgın hastalıkların mücbir sebep olarak sözleşmelere uygulanması, yukarıda anılan şartların tamamının kümülatif olarak gerçekleşmesiyle mümkün olacaktır.

Mücbir sebebin özel hukuk sözleşmelerine etkisinde Türk Borçlar Kanunı 'İfa İmkansızlığı' nı düzenleyen 136. Maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. İlgili kanun maddesi uyarınca;

"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."

Bu durumda kanundan kaynaklanan ifa imkansızlığı hükümlerinden yararlanabilmek için;

- Her bir sözleşmenin kendi koşullarına ve özellikle de sözleşmede özel bir mücbir sebep hükmü bulunup bulunmadığına göre değerlendirilmesi gerekmektedir.
- Taraflar öngörülemez ve engellenemez mücbir sebep durumunun meydana geldiğini ve bu durumun sözleşmenin ifasını engellediğini, imkansızlaştırdığını veya geciktirdiğini,

- Mücbir sebep konusu olayı veya sonuçlarını önlemek veya azaltmak için tüm makul adımları attığını ispat etmelidir.

Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmelidir.

Meydana gelen mücbir sebep borcun ifasını tamamen engellemiyor, borçlu borcun bir kısmını ifa edebilecek durumda ise ifa edebileceği kısımdan TBK'nun 137. maddesi kapsamında sorumlu olacaktır.

MÜCBİR SEBEP NEDENİYLE SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

COVID-19 gibi genel salgın hastalık kapsamında borçludan kaynaklanmayan ve daha önceden her iki tarafça öngörülemeyen bir sebepten ötürü, borçlunun borcunu ifa edememesi durumunda; borçlunun başvurulabileceği bir diğer yol, mahkemeden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını istenmesi ve bunun mümkün olmadığı hallerde ise sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 'Aşırı İfa Güçlüğü' nü düzenleyen 138. maddesinde;

"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen hükme göre edimin ifasının güçleşmesi sebebiyle uyarlama ya da

sözleşmeden dönme şu koşullara bağlanmıştır;¹⁹

- Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması,
- Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların önceden tahmin etmesi, öngörmesi ve göz önünde tutması mümkün olmayan olağanüstü olayların meydana gelmesi,
- Ortaya çıkan yeni koşulların edimin ifasını güçleştirmiş olması ve borçlunun bunda kusurunun bulunmaması,

Borçlunun edimini yerine getirmemiş ya da haklarını saklı tutarak yerine getirmiş olması.

Önemle belirtmek gerekir ki sürekli edimli (*kira sözleşmesi gibi*) sözleşmelerde kural olarak dönme yerine fesih hakkı kullanılır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkan ilave mali yükümlülükler sebebiyle sözleşmenin uyarlanması uygun görülmüştür.²⁰

Yine başka bir Yargıtay kararında “*Beklenmeyen mücbir sebeplerin varlığı sonucu, sözleşmenin yapıldığı tarihteki şartlara uyulması hâlinde işlemin temelinden çökmesine neden oluyorsa bu hâlde uyarlama istenilebileceği*” sonucuna varılmıştır.²¹

Bununla birlikte tacirler arasında düzenlenen sözleşmelerde sözleşme serbestisi ve basiretli tacir ilkeleri gereğince sözleşmelerde yer alan mücbir sebep maddelerinde açıkça “genel salgın hastalık” ibarelerinin bulunması önem arz etmektedir.

Sonuç olarak; Borçlar Kanunu'nun “*Aşırı İfa Güçlüğü*” başlıklı 138. Maddesi koşullarının sağlanması halinde, bir sözleşmenin yapıldığı

sırada taraflarca öngörülemeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması nedeniyle, sözleşmedeki yükümlülüklerin dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişmesi halinde, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilecektir.

Bu durumda COVID-19 salgını sebebiyle mevcut durumun Borçlar Kanunu Madde 138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü oluşturması durumunda sözleşmenin uyarlanması da gündeme gelebilecektir. Ancak mevcut durumun her sözleşme özelinde, her somut olaya ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

İmtiyaz Sahibi

© 2020
Kılıç Çaylı & Partners
Hukuk Ofisi adına

Av. Duygu Kılıç Çaylı, LLM

Kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz, kısmen veya tamamen yayımlanamaz.

İletişim

Mutlukent Mah. Arda Sk.
No:9 Beysukent 06800
Çankaya
Ankara/TURKİYE

¹⁹ KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, s.256

²⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 06.07.2006 E. 2006/4025, 206/8017 K. sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayıp, sonradan

çıkartılan yönetmelikle idare ile sözleşme akdeden şirkete ilave mali yükümlülükler getirilmesinin MK madde 2 gereğince sözleşmenin uyarlanmasını haklı kıldığı kabul edilmiştir.

²¹ Y. 13. HD., K.T. 12.06.2003, E. 2003/4175, K. 2003/7683