ÖZGÜNLAW
PROTECTING YOUR INTERESTS

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 45 Haziran 2021

Başlarken...

Dünyadan ve Türkiye'den güncel hukuki gelişme ve haberlere yer verdiğimiz Hukuk Bültenimizin Haziran sayısını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duyuyoruz.

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

Temmuz ayında görüşmek üzere!

Editörler:
Burcu Çelik
Serdar Darama

Teminat Mektuplarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

Teminat mektupları uygulamada çoğunlukla bankalar tarafından verilir. Bu ilişkide banka (garanti veren) muhataba (garanti alan) karşı bir üçüncü kişinin (lehtar) fiilini taahhüt etmektedir. Teminat mektubunun içeriğine göre, bankanın taahhüdü bir kefalet ya da bir garanti sözleşmesi oluşturabilecektir. Teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu, söz konusu ilişkinin hukuki niteliğinin çözümlenememesinden kaynaklanmaktadır. *(Sayfa 2)*

Medeni Usul Hukukunda Islah

Islahın sözlük anlamı "daha iyi duruma getirme, düzeltme, iyileştirme" olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay'a göre ise ıslah "Islah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini, bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan ve karşı tarafın onayını gerektirmeyen bir yoldur." olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda ıslah kurumu, taraflar açısından iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının getireceği sakıncaları bertaraf eden önemli bir hak sağlamaktadır. *(Sayfa 11)*

Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakasının Artırılıp Azaltılması ve Kaldırılması Davasına Genel Bakış

Evlilik birliğinin sona ermesinin mali sonuçlarından birisi de yoksulluk nafakasıdır. Yoksulluk nafakası, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan ve diğer eşe kıyasla daha fazla kusuru bulunmayan eş lehine hükmedilen bir nafaka türüdür. Yoksulluk nafakasının öngörülmesinin sebebi; eşler arasındaki bakım ve yardım yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da belirli ölçüde devamını sağlamaktır. *(Sayfa 13)*

Konkordatoda Mühlet İçerisinde Alacaklılar Tarafından İbraz Edilen Çeklere "Karşılıksızdır" Şerhi Vurulmaması

Konkordato müessesi, borçlunun mali durumunu iyileştirip cebri icra tehdidi altında olmadan borçlarını ödemesine imkân sağlarken alacaklıların da haciz ve iflâsın gerektirdiği masrafları yapmadan alacaklarını tahsil etmesine imkân sağlamaktadır. Konkordatoda esas olan konkordato projesine tabi borçların mühlet içerisinde ödenmemesi tasdikle birlikte hükmedilen ödeme planı içerisinde ödenmesidir. *(Sayfa 17)*

Blokzincir Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Uygulama Alanları Nelerdir?

Blokzincir teknolojisi, blokların birbirine zincir gibi bağlandığı, bir merkezi kontrol noktası ve merkezi bir ağı olmayan dağınık bir veri tabanı şeklinde tanımlanabilir. Bu sistemde her bir verinin zaman damgası (time stamp) bulunmaktadır. Bu veriler sistemde yer alan bloklara kaydedilir, ağadaki diğer katılımcıların çoğu bu verileri doğrular ve ayrıca bu veriler uçtan uca şifrelenerek bloklarda muhafaza edilir. *(Sayfa 19)*

Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma

Türkiye'nin de taraf olduğu bazı milletlerarası sözleşmeler tanıma ve tenfize ilişkin hükümler de içermektedir. Türkiye'nin tarafı olduğu bir milletlerarası antlaşmanın uygulama alanına ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tanınması söz konusu olduğunda, bu yabancı mahkeme kararının değerlendirilmesi öncelikle ilgili milletlerarası sözleşme hükümlerine göre değerlendirilmektedir. *(Sayfa 22)*

Güncel Haberler

İcra ve İflas Kanununda Değişiklik! *(Sayfa 25)*

Hukuka Aykırı Veri İşleyen Site Yönetimine Para Cezası! *(Sayfa 25)*

Aym'den Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Hükmünün İptali Talebine Ret Kararı! *(Sayfa 25)*

TEMİNAT MEKTUPLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1. GİRİŞ

Teminat mektupları Türk hukukunda ilk defa 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe giren 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname ile "teminatı katiye mektubu, teminatı muvakkate mektubu" şeklinde yer almıştır.

Bugüne kadar teminat mektuplarının tümünde yer alan ve niteliğini belirleyen muhatabın ilk yazılı talebinde 'protesto keşide etmesine; hüküm istihsaline ve borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın' derhal ödeme taahhüdü ilk olarak bu metinlerde yer almıştır. [1]

Teminat mektupları uygulamada çoğunlukla bankalar tarafından verilir.

Bu ilişkide banka (garanti veren) muhataba (garanti alan) karşı bir üçüncü kişinin (lehtar) fiilini taahhüt etmektedir.

Teminat mektubunun içeriğine göre, bankanın taahhüdü bir kefalet ya da bir garanti sözleşmesi oluşturabilecektir.

Teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu, söz konusu ilişkinin hukuki niteliğinin çözümlenememesinden kaynaklanmaktadır.

Türk Hukuku başta olmak üzere, Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının devreye girdiği alanlarda, teminat mektuplarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin nitelendirme sorunu ve farklı yaklaşımlar bu makalenin asıl konusunu oluşturmaktadır.

Bankalar tarafından verilen teminat mektuplarında dahi, hukuki ilişkinin nitelendirilmesinden kaynaklanan sorunların varlığı uygulamada sık görülmektedir.

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında (11.06.1969, 64/4, 69/6, RG. 03. Ekim. 1969, sa:13317) "İçeriğine göre bir banka dilerse kefalet şeklinde dilerse garanti sözleşmesi niteliğinde teminat mektubu verebilir denilmektedir".

Basit anlamda, teminat mektubu kefalet şeklinde verilirse geçerlilik şartı olarak yazılı şekle tabi olacak, yazılı şekilde düzenlenmemiş olan bir garanti sözleşmesi şeklinde verilirse, bu durumda yazılık geçerlilik şartı olarak değil, bir ispat şartı olarak karşımıza çıkacaktır.

Dolayısıyla, mektupların içerisinde kullanılan terimler yani içerik, teminatın hukuki niteliğinin belirlenmesinde önemlidir.

Teminat mektupları ister kişisel nitelikteki teminatlar, isterse banka teminat mektupları olarak verilsin, bir teminat mektubu ile garanti altına alınmış bir alacak ya da borca dair uyuşmazlıkların çoğunda, teminatın bir garanti mi, bir kefalet mi olduğu muhakkak tartışma konusu yapılacaktır.

Bu bakımdan, teminat mektuplarının hukuki niteliğine uygulanacak olan hukukun Türk hukuku veya başka bir ülke hukuku olduğu veya olacağı alanlarda, uyuşmazlıktaki taraf sıfatının konumuna göre (davacı veya davalı) bu ilişkinin garanti ya da kefalet olarak yorumlanmasını sağlamak maksadıyla, uygulanacak hukuk ve o hukukta konuya ilişkin yüksek mahkeme kararlarını bilmek gerekir.

2. GARANTİ VE KEFALET KAVRAMLARI

Ekonomik hayatta her iki teminat türünün de uygulama alanın oldukça geniş olduğu tahmin edilebilir. Her iki teminat türünün de benzer rolleri sebebiyle yapısal olarak da büyük bir benzerlik ihtiva etmektedir. Bu nedenle hukuki nitelendirmeleri her zaman yoruma açıktır.

Oldukça teorik olan bu vasıflandırma ve yorum zorluğu uygulamada da ciddi sorunlara sebep olmuştur. Her iki sözleşmenin ayırt edilmesindeki zorluğun en büyük sebeplerinden biri de ekonomik fonksiyonlarının neredeyse aynı oluşudur.

Her ikisinde de amaç bir kimsenin malvarlığındaki azalma riskini ortadan kaldırmaktır. Teminat sözleşmelerindeki temel amaç borçlunun, âkit diğer tarafın zarar rizikosunu üstlenmesidir. [2]

Teminat, ayni ve kişisel teminat olarak iki grupta incelenebilir. Ayni teminatla borçlu malvarlığındaki belirli bir şeyi borcunun garantisi olarak özgüler ve alacaklıya o şey üzerinde bir ayni hak (özellikle rehin hakkı) tanır.

Eğer teminat konusu bir taşınmaz ise taşınmaz rehininden, taşınır ise taşınır rehininden bahsedilir.

Ayni teminatlar açısından "numerus clausus" ilkesi geçerlidir.

Kişisel teminat ise teminat alacaklısına bir şey üzerinde ayni bir hak vermez, sadece bir alacak hakkı, alacaklının şartlar oluştuğu takdirde talep edeceği bir kişisel hak verir.

Kişisel teminatta bir veya birden fazla kişi, asıl borçlunun yükümlülüğüne ek olarak yükümlülük altına girerler. Kişisel teminat asıl borçlunun borcunu güvence altına almak amacıyla üçüncü şahsın yükümlülük altına girmesi olarak tanımlanmaktadır. [3]

Kefalet ve bağımsız garanti sözleşmesi, alacaklıya asıl borçlu borcunu ifa etmediği, gereği gibi ifa etmediği veya zamanında ifa etmediği hallerde güvence verene başvurma hakkı tanıyan kişisel teminatlardandır. [4]

Teminat sözleşmelerinden olan garanti sözleşmesi, Kanun tarafından düzenlenmemiş olmakla beraber günümüzde banka teminat mektupları şeklinde geniş bir uygulama alanına sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) sadece belli bir garanti sözleşmesi türü olan başkasının fiilini taahhüt, eksik bir şekilde TBK'nın 128. maddesinde hükme bağlanmıştır. [4]

Kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımına bağlı olarak ortaya çıkacak en önemli pratik sonuç farkı mevzuatta düzenlenip düzenlenmediklerine göre değil, teminat verenin sorumluluğu bakımındandır.

Kefilin sorumlu tutulabilmesi, esas borç mevcut, geçerli ve dava edilebilir olduğu ölçüde mümkündür. Bu bakımdan kefaletin feri'liği ilkesi kabul edilmiştir.

Feri'liğin olağan sonucu ise, kefilin esas borçluya ait her türlü savunmaya – bu savunmaların itiraz veya def'i türünden savunmalar olması bakımından bir fark gözetilmeksizin sahip olmasıdır. [5]

Garanti sözleşmesi ise bağımsız bir borç taahhüdünü oluşturur. Garanti veren bu sebeple, asıl borçlunun sahip olduğu savunmalara sahip olamaz.

Garanti veren, garanti alanla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden kaynaklanan savunma sebepleriyle birlikte, garanti sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan savunmalara dayanmak durumunda kalır. [5]

"818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi bakımından söz konusu olan şekil ve ehliyet sınırlamaları teminat amaçlı garantiler bakımından söz konusu değildi.

Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin kefalete oranla daha sert bir sorumluluk doğurduğu göz önünde tutulursa, şekil ve ehliyet bakımından kefalete oranla daha hafif bir rejime bağlanması çelişkiliydi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu çelişkili durumu ortadan kaldırmış ve TBK m.603'te kefalete ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulama alanını genişletmiştir.

Kişisel nitelikli teminatlar bakımından teminat amaçlı garantiler sözleşmelerinin de bu hükmün kapsamına dahil edildiği açıktır." [5]

Kefalet sözleşmesinde kefili koruyan ayrıntılı düzenlemelerin bertaraf edilmek istenmesi, güvence verenin sorumlu olacağı borcun gösterilmesi gerekliliği olmayan, garanti sözleşmesi şeklinde kişisel teminat sözleşmeleri yapılmasına yol açmıştır. [6]

"Kefalet ile garanti sözleşmelerini birbirinden ayırmadaki en önemli ölçütlerden biri olan "aslilik-fer'ilik" ölçütünü etkisizleştirme, kefalet ve garanti kurumlarını birbirlerine yaklaştırma, kefaletin koruyucu niteliğini bertaraf edeceği cihetle bankalar lehinedir". [7]

Evvelce Yargıtay kararları ile destek bulan "kefalete ilişkin hükümlerin uygulama alanının genişletilmesi" eğilimi, TBK'nın 603. maddesinin yürürlüğe girmesiyle yasal bir dayanak kazanmıştır.

Dolayısıyla anılan yargı kararları varken TBK'nın 603. maddesi önceden yaşanan hukuksal sorunlar ve zayıfların korunması ihtiyacı, kanun koyucuyu tepkisel bir yaklaşımla anılan maddeyi ihdas etmesini sağlamıştır. [8]

Öğretide kimileri tarafından TBK'nın 603. maddesinin gereksiz olduğu savunulmuştur. Örneğin Reisoğlu, "Hukuk Genel Kurulunun 2001 tarihli kararında ve bunu takiben diğer Yargıtay özel daire kararlarında, garanti altında atılan imzalarla, aslında bir kefaletin kastedildiği kabul edilmektedir.

Bu kararlarda asli yükümlülük oluşturan garanti sözleşmelerine de kefalet hükümlerinin uygulanacağı ileri sürülmemektedir.

Ancak bu durumda – kararlar ne kadar eleştirilse eleştirilsin- yeni bir madde kabulüne gerek bulunmamaktaydı." [4] şeklinde görüş belirtmişse de Arif Kocaman ise ülkede bankaların uygulamaları ve benzer uyuşmazlıkların çokluğu dikkate alındığında bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir.

Kocaman'a göre, TBK'nın 603. maddesi tarafların garanti sözleşmesi yapmasını engellememektedir. Kocaman tek taraflı hazırlanmış genel kayıtlar içeren ve âkit tarafa başka imkân bırakmayan şablon sözleşmelerin, serbest iradeyle ortaya çıkartılmış bir garanti sözleşmesi niteliğinde olduğundan bahsetmenin mümkün olmadığı görüşündedir. Hal böyle iken hukuk düzeninin ihtiyatlı davranması ona göre kaçınılmazdır. [8]

Örneğin sıkı şekil şartlarına haiz kefalet hükümleri bakımından, bir kefalet sözleşmesinin geçersizliği ileri sürüldüğünde, uyuşmazlığın diğer tarafı mutlaka, sözleşmenin bir garanti sözleşmesi hükmünde olduğu iddiasında bulunacaktır.

Özellikle kefilin süre ve miktar bakımından borcu üstlenmesi gerektiğine ilişkin geçerlilik şartına uyulmadığı zamanlarda, karşı argüman sözleşmenin bir garanti sözleşmesi olduğu ve bu sebeple herhangi bir geçerlilik şartına haiz olmadığı yönünde olacaktır.

İşte bu noktada, teminatın hukuki niteliğinin nasıl tespit edileceği bir sorundur. Teminat sözleşmelerinde tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için kullandıkları terimler genellikle gerçek iradelerini yansıtmaz.

Tarafların garanti sözleşmesinden bahsettikleri yerde kefalete yönelik bir irade taşımaları mümkünken, kefil olmaktan söz edip garanti sözleşmesi kurmak istemelerine sık olarak rastlanır.

"Reichwien tarafından aktarılmış bir Federal Mahkeme kararında, bankalar uğraşı alanlarında hem kefalet hem de garanti sözleşmelerini sık olarak yaparlar. Hatta tarafların kurumsal statülerine ve bu işle ilgili bir ticari faaliyet sürdürdükleri göz önüne alındığında, bu iki teminat bakımından teknik ve hukuki ayrımı bildikleri dahi söylenebilir.

Buna rağmen iki banka arasında kurulan sözleşmelerde garanti denmesine rağmen kefalet sözleşmesinin kastedildiği haller sık olarak gözlenebilir." [5] Uygulamada banka teminat mektuplarına bakıldığında genellikle aşağıdaki ibarelere rastlanılır.

Banka muhataba hitaben;

"…. azami … TL'sına kadar Bankamız garanti ettiğinden, adı geçenin (lehtarın) yükümlülüklerini kısmen ya da tamamen yerine getirmediğini bildiren ilk yazılı talebinizde protesto çekmeye, hüküm ve adı geçenin iznini almaya gerek kalmaksızın ve …(lehtar) ile aranızda çıkacak herhangi bir uyuşmazlığı ve bunun akıbet ve kanuni sonuçlarını dikkate almaksızın yukarıda yazılı tutarı nakden ve derhal ve tamamen ve talep anından ödeme zamanına kadar geçecek günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeyeceğimizi Banka ad ve hesabına taahhüt ve beyan ederiz."

Yukarıda zikredilen 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararlarında bir teminat mektubunda yer alan bu ibarelerin, kefilin yükümlülüğünü aştığı, garanti verenin fer'i değil, asli borç altına girdiği gerekçeleriyle bu mektupların kefalet değil, fakat garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Garanti sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 110. Maddesi uyarınca, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün bir türü olarak değerlendirilir.

Bu taahhüt garantöre, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak borçlunun edimi için sorumlu olma yükümlülüğü getirmekte ve asıl edimin yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin diğer tarafın (alacaklı) bu sebeple uğradığı zarar ziyanın tazminini gerektirmektedir. [5]

Taraflar arasındaki teminatın hukuki niteliğinin tespitine yönelik yorum sorununa geri dönecek olursak, bu yorum tekniklerinden her birinin teminatın niteliği bakımından ulaşmaya çalıştığı asıl sonuç, borcun bağlı veya bağımsız bir borç taahhüdü olup olmadığıdır.

2.1 Yapılacak yorum için sözleşmenin lafzında yer alan dayanaklar

a. Yasal bir tanımın kullanılması

Sözleşmenin lafzında nitelendirmeye olanak verecek göstergelerden biri yasadaki tanımın kullanılmasıdır. Taraflar sözleşmeyi kurarken yasadaki bir tanımı kullanmışlarsa, yasal tanımın ilişkin olduğu sözleşmeyi kurmayı amaçladıkları söylenebilir. Örneğin TBK m. 581'de yer alan kefalet sözleşmesine ya da müteselsil kefalete ilişkin tanımın kullanılması bir göstergedir. [5]

b. Bir borcun ifasının veya bir edimin yerine getirilmesinin teminat altına alınması

Eğer sözleşmede "bir borcun ifasının teminat altına alınmak istendiği" şeklinde bir ifade kullanılmışsa, teminat verence fer'i nitelikte bir yükümlülük üstlenilmek istendiği anlaşılır.

Ancak, geçerli bir borcun konusunu oluşturup oluşturmadığından bağımsız olarak bir edimin teminat altına alınması söz konusu ise, bu durumda teminatın bir garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucu çıkarılabilir.

Ancak yine de uygulamada tarafların her zaman hukuki bilince sahip olduğunu kabul etmek ve bu nitelendirmeleri belli bir uzmanlıkla kullandıklarına inanmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Tarafların kullandıkları ifadeler çoklukla, gerçek iradelerine ilişkin zayıf işaretlerdir. Bu bakımdan taraflarca sarf edilen her bir sözün kullanıldığı bağlam içerisinde ele alınması ve gerçek iradenin göstergesi olabilecek diğer bütün işaretlerle birlikte göz önünde tutulması gerekir.

Örneğin sözleşme içerisinde, borçlunun sahip olduğu tüm itiraz ve defilerden yararlanılmayacağı yönünde kesin bir vazgeçiş, teminatın bağımsız karakterini gösteren bir olgu olarak anlaşılabilir. [5]

c. Teminat verenin sorumluluğunun koşulları ve kapsamının soyut olarak belirlenmesi

Kefil esas borcun ifası bakımından kişisel bir sorumluluk üstlenmiştir. Kefilin sorumluluğunun doğup doğmadığını, eğer doğmuşsa kapsamını belirlemek bakımından, kefaletle teminat altına alınmış borcun ve bu borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin dikkate alınması gerekmektedir.

Teminat amacıyla garanti veren kişi, borç konusu bir edimin yerine getirilmemesi riskini üstlenmiştir.

Bir açıdan onun teminatının da bir borca ilişkin olduğu söylenebilse de teminatın ve teminat verenin sorumluluğunun koşulları, kapsamı, teminatın ilişkin olduğu borçtan bağımsız olarak ve soyut bir biçimde tanımlanabilir.

Bu yapılmadığı takdirde, garanti verenin sorumluluğuna gidilebilmesi için dikkatleri teminatın ilişkin olduğu borca çevirmek gerekecektir. Söz konusu borcun yerine getirilmemesi yüzünden garanti alanın uğradığı zararın kapsamı ortaya konmalıdır ki, garanti verenin sorumluluğunun kapsamı belirlenebilsin. [5]

Teminat veren kişi bağımsız bir yükümlülük altına girmek istemiyorsa, üstleneceği yükümlülüğün şartlarını ve kapsamını soyut olarak belirlemekten kaçınma eğilimindedir.

Teminat altına almak istediği temel borç ilişkisine atıf yapmakla yetinir. Fer'i bir borç altına girme iradesi, yükümlülüğün şartları ve kapsamı belirlenirken bağlı hareket etme ve temel borç ilişkisine atıf yapma olasılığın arttırır. O halde teminat verenin yerine getireceği edimin koşulları ve kapsamının bağımsız olarak tanımlanma derecesi, söz konusu teminatın niteliğine bir işaret olarak görülebilir.

Teminat verenin yerine getireceği edimin koşulları ve kapsamı bağımsız olarak tanımlanma derecesi, söz konusu teminatın niteliğine ilişkin bir işaret olarak kabul edilebilir. Teminat verenin yerine getireceği edimin koşulları ve kapsamı bağımsız olarak tanımlandığı ölçüde bir garanti sözleşmesi yapıldığına ilişkin belirtinin yoğunluğunu artırır.

Teminat verenin yükümlülüğü bütünüyle teminat altına alınan borç ilişkisine atıf yoluyla belirlenmişse, bu durum söz konusu sözleşmenin fer'i bir yükümlülük doğurduğuna ilişkin önemli bir belirti oluşturur. [5]

Uygulamada bazı sözleşmelerde, garanti sözleşmesinin, asıl borcu doğuran sözleşme ile birlikte aynı sözleşme içerisinde ve hatta garantörün de sözleşme altına imza koyduğu bir formatta kaleme alındığı örnekler mevcuttur.

Her ne kadar, sözleşmenin lafzı anlamında, teminat verenin sorumluluğu bir garanti sözleşmesini işaret ediyor olsa da bu noktada borcun kefalet derecesinde aynı evrak içerisinde somutlaşması ve bağımsız bir karaktere sırf bu sebeple bürünememesi nedeniyle, hukuki ilişkinin kefalet olarak yorumlanması mümkündür.

Bu nokta bu bağımsızlığın tespitinde, kimi zaman teminat verenin asıl borçlu ile olan ilişkisi, bir grup şirketinin parçaları olması ve aralarındaki organik bağın durumu da bu ilişkinin kefalet olarak yorumlanmasına neden olabilir.

d. Teminat konusu edimin açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanması

Teminat sözleşmesinde teminat altına alınmak istenen edimin açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanması yoluna gidilebilir.

Bu durumda açıkça ve somut ayrıntılar verilerek tanımlanmış edimin gerçekleşmemesi teminat alanca üstlenilmek istenen riskin doğması anlamına gelecek ve teminat verenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Örneğin: belirli bir malın belirli bir miktarının, belirlenen bir tarihte teslim edilmemesi, üzerine teminat veren için sorumluluğun doğacağı kararlaştırılmış olabilir.

Ne var ki sözleşmede teminat altına alınmak istenen edimin borçtan soyutlanarak ve bağımsız olarak tanımlanması yoluna gidildiğine göre, bir borcun ifasının değil, bir sonucun ortaya çıkmasının teminat altına alınmak istendiğini düşünmek daha makul olacaktır. [5]

Böyle bir durumda belirli bir sonucun ortaya çıkmasına yönelik bir garanti verildiğinden bahsedilir.

"Tarafların soyut olarak tanımladıkları edimin geçerli bir borcun konusunu oluşturup oluşturmadığıyla ilgilenmedikleri söylenebildiği ölçüde kefalet düşüncesinden uzaklaşırız.

Teminat altına alınan edimi ayrıca ve bağımsız olarak tanımlama yoluna gitmeyen, bu edimi konu alan borca atıfta bulunmakla yetinen tarafın da bağımsız bir sorumluluk yaratmak istedikleri kolaylıkla söylenemez.

Sözleşmede, teminatın konusunu oluşturan edimin açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmasıyla yetinilmiş ve söz konusu edimi konu alan borçtan hiç söz edilmemişse, hatta temel borç ilişkisiyle ilgili en ufak bir değinme bile yer almıyorsa, bağımsız bir yükümlülüğün arzu edildiğine ilişkin belirti oldukça kuvvetlenmiş demektir.

Teminat altına alınmak istenen edimin açık ve ayrıntılı olarak tanımlanmasıyla birlikte, bu edimi konu alan borcun kaynaklandığı temel ilişkiye de değinilmiş olabilir.

Böyle durumlarda bağımsız bir yükümlülük üstlenilmek istendiğine ilişkin belirti zayıftır." [5]

e. Belirli belgelerin ibrazı veya ibraz edilmemesi üzerine ödeme yapılacağının kararlaştırılması

Kefalete konu olan borcun ifa edilmediği veya gereği gibi ifa edilmediği olgusu, genellikle belirli belgelerle ispatlanamaz.

Kefilin sorumluluğuna gitmek için, esas borçlunun ifaya yönelik fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin incelenmesiyle yetinilemez. Kefalete konu olan borç veya borçların kaynaklandığı hukuki ilişkinin bütünüyle ele alınması, sağlıklı bir sonuca varılması için zorunludur.

Kefalet konusu borcun kaynaklandığı borç ilişkisini varlığı ve geçerliliğinin saptanması, ayrıca bir karşı edim kararlaştırılmışsa, bu karşı edimin yerine getirilip getirilmediğinin ele alınması, kefilin sorumluluğuna gidilebilmesi için kaçınılmazdır.

Kefalete konu olan borç açısından zamanaşımın gerçekleşip gerçekleşmediği, bu borcun kaynaklandığı hukuki ilişkinin ortadan kalkıp kalkmadığı da ayrıca ele alınması gerekli olgulardır.

Bu çizilen tablo göstermelidir ki, kefilin sorumluluğunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılması için temel borç ilişkisinin çeşitli durumlar ele alınmaktadır.

Önceden belirlenmiş bir veya birkaç belgenin ibraz edilmesi, kefilin sorumluluk şartlarının ortaya çıkıp çıkmadığının ortaya koymada aydınlatıcı olmaz.

Bu nedenle bir kefalet sözleşmesinde, belirli belgelerin ibraz edilmesi veya açıklamaların yapılması üzerine kefil için ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılmaz.

Bir garanti sözleşmesinde, garantinin konusu olan edimin gerçekleşip gerçekleşmediği maddi bir olgudur. Bu olguya ilişkin tespit de maddi bir olgu tespitidir.

Bu maddi olgunun tespitinin belirli belgeler aracılığıyla gerçekleşmesi pekâlâ mümkündür.

Bu nedenle, teminat altına alınan riskin doğduğunu gösteren belirli belgelerin ibrazı üzerine ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılabilir.

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin bir sözleşmede, belirli belgelerin ibrazı veya belirli bir tarihe kadar ibraz edilmemesi üzerine ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkacağı kararlaştırılmışsa, tarafların iradesinin "garanti sözleşmesi" yapmak olduğu söylenebilir.
Teminat verenin ödeme yükümlülüğünün doğması için belirli maddi olguları saptayan belgelerin ibrazı yeterli görüldüğüne göre, sözleşmenin lafzı bağımsız bir yükümlülüğü işaret etmektedir.

Teminat alan kişinin belirli bir riskin gerçekleştiğine ilişkin sözlü veya yazılı açıklaması ödeme yükümlüğünün doğması için yeterli görülmüşse, benzer bir işaretle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. [5]

Teminat sözleşmesinde salt maddi olguların tespitine yönelik belgeler yerine, hukuki durumu irdeleyen, sözleşmesel borçların yerine getirilmediğini veya gereği gibi yerine getirilmediğini saptayan belgelerin ibrazı aranmış olabilir.

Böyle bir durumda, garanti sözleşmesinden değil, kefalet sözleşmesi yapma iradesinden bahsedilir. [5]

f. İlk talepte ödeme kaydının varlığı

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmede, teminat alan kişinin ilk talebi veya ilk yazılı talebi üzerine ödeme yapılacağı kararlaştırılmış olabilir.

Böyle bir mutabakat, kişisel teminat veren tarafından, ileri sürülen talebin haklılığının sorgulanmayacağı ve bu talebin haklılığını ortadan kaldıran olguların ileri sürülemeyeceği anlamına gelir.

Bu bakımdan ilk talepte ödemeyi yapacak olan teminat borçlusu, asıl borçlunun sahip olduğu def'i ve itirazlar ile savunmaları yapmadan ödemeyi yapacaktır.

İlk talepte ödemenin yapılacağına ilişkin kayıt, bu beklenti ile konmuş olsa da her zaman teminat borcunun bağımsız karakterini ispata yetmez.

Bu olasılıkta, temel borç ilişkisine ilişkin savunma sebeplerinden tamamen ve kesin olarak vazgeçildiğinden değil, bunların ileri sürülmesinden geçici olarak vazgeçme söz konusudur.

O halde ilk talepte ödeme kaydıyla yetinilmemesi ve böyle bir kayda başkaca birtakım olguların eklenmesi, garanti sözleşmesinin bulunduğu yönünde bir nitelendirme yapmak için zorunludur.

"Teminat veren, alacaklının ilk talebinde ödeme yapacağını belirttikten başka, temel borç ilişkisinden kaynaklanan itiraz veya def'i türünden savunmalardan kesin bir biçimde vazgeçtiğini ayrıca belirtmişse, sözleşmenin lafzından yola çıkarak, garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin bulunduğu sonucu çıkarılabilir.

İlk talepte ödeme kaydının yer aldığı teminat sözleşmesi, uluslararası ticari alanda kalan bir işleme ilişkin teminat verme amacıyla yapılmışsa, yine garanti sözleşmesinin varlığı yönünde bir belirtinin bulunduğundan söz edilebilir.

Uluslararası ticari alanda kalan işlemler için verilen teminatların garanti sözleşmesi türünden olması yolundaki teamül ilk talepte kaydına eklenince, garanti sözleşmesinin varlığına ilişkin bir belirtiden söz etmek mümkün hale gelmektedir.

Verilen örnekler göstermektedir ki, sadece ilk talepte ödeme kaydının değil, bu kayda eklenen başkaca olgular sayesinde garanti sözleşmesinin varlığı yönünde bir belirti ortaya çıkmaktadır.

İlk talepte ödeme kaydına ilişkin kayıtlar ve buna eklenen diğer olgu ve kayıtlar her zaman dikkatle incelenmelidir.

Öncelikle temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalardan kesin bir vazgeçiş olgusu, teminatın garanti olarak vasıflandırılmasında önemli bir göstergedir.

Teminatın, uluslararası nitelikte ticari bir işleme ilişkin teminat olarak verilmesi olgusu da bu hukuki ilişkinin vasıflandırılmasında yolunda önemli bir teamüldür." [5]

g. Sözleşmenin lafzında yer alan başkaca dayanaklar

Tarafların kullandığı ifadelerde yer alan kimi belirtileri esas alarak yapılacak nitelendirmelerde, şu hususlar üzerinde de durulmalıdır: Teminat verenin müteselsil sorumluluğundan bahsedilmişse, bu durumda teminat veren mevcut borca katılma veya kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenmektedir.

Eğer bu yorumdan başkaca farklı bir olgu duruma eşlik etmiyorsa, bu halde teminatın garanti olarak vasıflandırılmaması gerekir. Teminat içerisinde, teminat verenin yalnızca kefalete özgü olan bazı def'i'lerden vazgeçmesi de bu teminatın kefalet olarak yorumlanmasına neden olabilecektir. Örneğin, "tartışma def'i ve bölme def'i" böyledir.

Teminat veren kişi teminat konusu edimle yükümlü olan kişinin kusurlu hareket etmesi olasılığı için sorumluluk üstlenmişse "kefalet sözleşmesi" doğrultusunda bir iradeye sahip olduğu söylenebilir.

Teminat verenin sorumlu tutulmasının ön koşulu olarak "bir edimin kusurlu olarak yerine getirilmemesi" olgusunun kararlaştırılması, borca aykırılıktan sorumluluğun kararlaştırıldığı anlamına gelir.

Teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi bakımından edim yükümlüsünün kusuruna yapılan vurgu, borca aykırılık rejiminin dikkate alındığının bir göstergesidir.

Borca aykırılık rejiminin göz önünde tutulması da teminat konusu edimin geçerli bir borcun konusunu oluşturduğuna önem verildiği sonucunun çıkmasına yol açabilir.

Borçlunun sorumlu olmadığı bazı durumlardan teminat verenin sorumlu olduğuna ilişkin açıklamalar, bir garanti karşısında bulunulduğunu söylemeye olanak verir. [5]

"Asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşmenin kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını sağlamaya yönelik sözleşmenin ise garanti olarak nitelendirilmesi gerekmektedir."
(Yargıtay 11 HD. 28.01.2002 tarih, E. 2001/10654, K. 2002/506, Kazancı)

2.2. Yapılacak yorumun sözleşmenin lafzı dışındaki olgulara bağlı dayanakları

Sözleşmenin yorumunda tarafların gerçek ve ortak iradelerinin belirlenmesi amaçlanır. Tarafların ortak iradesi sözleşme içerisindeki beyanlarına rağmen dikkate alınacaktır.

İrade beyanlarının güven ilkesi doğrultusunda yorumlanması gereği de bu sonucu haklı gösterir.

Sözleşme taraflarının nasıl bir iradeye sahip oldukları, sözleşmeyi çevreleyen durum ve koşulların güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesiyle saptanacaktır.

O halde kişisel bir teminat veren kişi, teminat alanın haklı beklentilerini, bu beklentiler kendisi tarafından tanınıp bilinebilir olduğu ölçüde dikkate almalıdır.

Teminat alan, kendisinin karşı karşıya olduğu rizikoyu borçlusunun ödeme gücüne sahip olmamasında görüyorsa ve teminat veren de bu durumun farkındaysa, taraf iradelerinin kefalet sözleşmesine yönelik olduğu söylenebilir.

Buna karşılık kendisine teminat verilen kişi, borçlusunun ödeme gücü bulunmamasının ötesinde kaygı taşıyorsa ve belirli bir edimin elde edilmemesi rizikosuna karşı korunma beklentisi içindeyse, teminat verenin bu beklentiyi algılayabilir olduğu ölçüde bir garanti sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılabilir. [5]

Teminat verenin karşı tarafı belirli bir hareket tarzına yöneltmekte çıkarının olması, verdiği teminatın nitelendirilmesinde etkili olabilir.

Bir borç ilişkisinin kurulmasında çıkarı olan taraf, söz konusu ilişkinin kurulmasını kolaylaştırmak için teminat verdiği takdirde, bağımsız bir yükümlülük altına girme iradesini taşıdığı söylenebilir.

Buna karşılık bir borç ilişkisinin kurulmasında özel bir çıkarı olmayan tarafın, sırf borçluya duyduğu kişisel bir yakınlık yüzünden teminat vermek durumunda kalması kefalet olarak yorumlanabilir. [5]

"Bu tür belirtilerin öneminin fazla abartılmaması gerekir. Olağan uğraşı teminat vermeye ilişkin işlemler yapmak olan kuruluşlar, örneğin bankalar, hiçbir kişisel çıkarları olmadığı halde müşterileriyle borç ilişkisi içerisinde olan kişilere teminat verebilirler.

Bu durumda teminat verenin niyeti, müşterisinden komisyon almaktır. Ne var ki müşterisinin borcu için teminat veren kuruluşun kişisel çıkara sahip olamaması, verilen teminatın garanti olarak nitelendirilmesine engel olmaz.

Müşteriden elde edilecek komisyonun teminat vermeye yönelten bir kişisel çıkar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Verilen teminatın nitelendirilmesinde etkili olacak kişisel çıkar, teminatın konusunu oluşturan borcun kaynağı olan hukuki ilişkinin (sözleşmenin) kurulmasına ilişkin bir çıkar olmalıdır.

Ancak böyle bir teminat, verilen teminatla bağımsız bir yükümlülük altın girilmek istendiğinin göstergesi olarak yorumlanabilir". [5]

"…hiçbir menfaati olmayan, ticari gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkân tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanmasını yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder…"
(YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN 04/07/2001 GÜN, 2001/19-534 ESAS ve 2001/583 KARAR SAYILI İÇTİHADI)

Yine HGK'nın bu içtihatta: "Garanti Şerhi beyanı ve bu beyanda kullanılan sözcük ve deyimleri fer'i kıstaslardan olan sözleşmede kullanılan deyimler kıstasına göre ilk bakışta bir garanti akdinin oluştuğu intibaı bırakıyor ise de, sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi mümkün de değildir." şeklinde tespitte bulunmuştur.

Teminat sözleşmesinde güvence verenin güvence alanı tam olarak tatmin etmeden önce üçüncü şahsa rücû edemeyeceğine dair bir kayıt varsa, bu kefalete işaret eder; çünkü, rücû garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz. [6]

Bu noktada "kontrgaranti" kavramını da açıklamakta fayda vardır. Banka teminat mektuplarında bilindiği üzere banka garanti veren, muhatap garanti alan ve üçüncü kişi de edimi vaat edilen; yani lehdar kişidir.

İşte bu üç köşeli hukuki ilişkide banka ile lehdar arasında bir kontrgaranti sözleşmesi varsa, banka muhataba borcu ödedikten sonra lehdara rücu edemeyecektir.

Bankanın, karşıladığı bu güvenceyi lehdardan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edip edemeyeceği ise tartışmalıdır. [6]

2.3. Kefalet karinesi

Kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmeyi, irade beyanlarının lafzında ve bu beyanları destekleyen diğer olgulardan hareketle vasıflandırmak yeterli görünmüyor ve bu çaba bir sonuca ulaştırmıyorsa, kefalet karinesinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.

Yapılacak nitelendirme bakımından ortaya çıkan kuşkulu durum, kefalet karinesinin uygulanması ile aşılabilir. Ancak yine de bu noktada farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. [5]

Bir görüşe göre, kuşkulu durumlarda, yükümlülük altına giren bakımından daha elverişli, yani teminat vereni koruyan bir yorumun ve dolayısıyla nitelendirmenin yapılması daha doğru olacaktır.

Çoğu zamanda, feri nitelikteki kefalet yükümlülükleri teminat veren açısından çok daha elverişli sonuçlar doğurmaktadır. Ancak bir diğer görüş, kefalet karinesinin benimsenmesini her zaman doğru bulmaz.

Onlara göre borçlunun veya teminat verenin korunması şeklinde bir hüküm hukukumuzda kabul edilemez.

TEMİNAT VERENİN KARŞI TARAFI BELİRLİ BİR HAREKET TARZINA YÖNELTMEKTE ÇIKARININ OLMASI, VERDİĞİ TEMİNATIN NİTELENDİRİLMESİNDE ETKİLİ OLABİLİR.

BİR BORÇ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA ÇIKARI OLAN TARAF, SÖZ KONUSU İLİŞKİNİN KURULMASINI KOLAYLAŞTIRMAK İÇİN TEMİNAT VERDİĞİ TAKDİRDE, BAĞIMSIZ BİR YÜKÜMLÜLÜK ALTINA GİRME İRADESİNİ TAŞIDIĞI SÖYLENEBİLİR.

Öncelikle anayasal eşitlik kavramı bu karinenin uygulanmasına engel oluşturacaktır. Hakkaniyet ilkesi de her zaman borçlunun korunmasını gerektirmez.

Bir sözleşmesel ilişkide borçlu her zaman ilişkinin zayıf olan tarafında yer almaz, bu bakımdan hakkaniyet ilkesi çerçevesinde onu koruyacak karinelerden yararlanılması kabul edilemez.

Örneğin teminat verenin, alan karşısında çok daha güçlü olduğu ilişkiler mevcuttur.

Bankalar tarafından verilen teminat mektuplarının durumu böyledir. [5]

Uluslararası işlemlerle bağlantılı olarak verilen teminatların nitelendirilmesinde kuşku bulunan durumlarda, bu alandaki teamüle uygun olarak, garanti sözleşmesi lehine yorum yapmanın daha doğru olacağı ifade edilmiştir.

Uluslararası işlemlerle bağlantılı teminatlar bakımından, hem de uzman kuruluşlar olan bankaların verdiği teminatlar bakımından garanti lehine bir karinenin kabulü daha isabetli olacaktır. [5]

Buna karşılık, Erden Kuntalp'in de aralarında bulunduğu bir grup, gerçek kişilerin verdiği teminatlarda kefalet karinesinin özel bir ağırlık taşıdığının ve tüm gücüyle etkili olacağının belirtildiği durumlar vardır. [5]

Vasıflandırma sorununa ilişkin bu açıklamaların dışında, milletlerarası teminat mektubu niteliğinde özellikle bankalar tarafından verilen teminat mektuplarına ilişkin, bazı milletlerarası antlaşmaların varlığından da bahsetmek gerekir.

3. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI BAKIMINDAN MİLLETLERARASI ANTLAŞMALAR

UNCITRAL tarafından hazırlanan Bağımsız Teminatlar ve Standby Akreditife ilişkin Konvansiyon 95 yılında imzaya açılmış ve içlerinde ABD, Panama Tunus gibi ülkelerin bulunduğu bir grup ülke tarafından Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu konvansiyon daha çok garanti veren banka ile garanti alan muhatap arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.

Garanti veren ile onun müşterisi arasındaki ilişkiler ise kural olarak 95 yılındaki konvansiyonun dışında tutulmuştur. [9]

Uluslararası ticaretin teminat mektupları bakımından ilk akla gelen iki önemli unsuru, bağımsız teminatlar ile stanby akreditiftir.

Konvansiyonun uygulama alanı, garanti verenin iş yerinin akit devletlerden birinde olması veya konvansiyonun uygulanmasının teminat mektubunda/stanby akreditifte bertaraf edilmediği hallerde kanunlar ihtilafı kurallarının akit devletlerden birinin uygulanması sonucunu doğurması kaydıyla, milletlerarası nitelikli teminatlara ve stanby akreditiflere uygulanacaktır.

Ayrıca konvansiyonun akreditif metninde açıkça Konvansiyonun uygulanması kararlaştırılan hallerde de milletlerarası nitelikli akreditiflere uygulanacaktır.

Konvansiyon ayrıca teminat mektubuna ve standby akreditife uygulanacak olan hukuk konusunda da düzenleme yapmıştır. 21. Madde ve 22. Maddede yer alan bu düzenlemeye göre, taraflar hukuk seçimi yapmakta serbesttir.

Ancak tarafların hukuk seçimi yapmadıkları noktada, teminat mektubu/standby akreditif, garanti vereninin mektubu ya da akreditifi düzenlediği sırada iş yerinin bulunduğu ülke uygulanacak olan hukuktur.

Bu konvansiyona Türkiye taraf değildir. Ancak taraflar, teminat mektubuna ya da akreditife koyacakları bir kloz ile konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. [9]

4. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN ICC KURALLARI

ICC'nin 325 ve 758 sayılı kuralları uyuşmazlıkların çözümünde bir dizi belirlemeler getirmiştir. Eğer teminat mektubunda, mektubun hangi hukuka tabi olacağı gösterilmemişse uygulanacak olan hukuk, teminatı verenin işyerinin bulunduğu ülke hukukudur.

Eğer birden fazla işyeri varsa, teminatı verenin şubesinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacak hukuktur.

758 sayılı kurallarda farklı bir düzenleme öngörmemiştir. Buna göre, garanti sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise, teminat verenin teminat mektubunu düzenlediği şubesi veya ofisinin bulunduğu yer hukuku uygulanacak olan hukuktur.

Kontrgaranti bakımından da kontrgarantiyi verenin, kontrgarantiyi düzenlediği şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukuku, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça uygulanır. [9]

325 ve 758 sayılı kurallarda uygulanacak olan hukuk dışında, tarafların yetkili yer mahkemesi tespit etmediği hallerde münhasır yetki yeri tayin eder.

5. MÖHUK AÇISINDAN DURUM

Möhuk'ta garanti verenin bir Türk bankası olması ve muhatabın bir yabancı olması halinde veya tam tersi durumda, garanti alanın Türkiye'de yerleşik olması ve garanti verenin bir yabancı banka olması halinde, bu teminat mektuplarının hukuki niteliği hâkimin hukukuna göre tayin edilecektir.

Yani davaya bakan mahkeme kendi hukukunu uygulayarak, teminat mektubunun, bir kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğuna karar verecektir.

Uyuşmazlığın bir Türk mahkemesi önünde görülmesi halinde, teminat mektuplarının şekline uygulanacak olan hukuk MÖHUK m. 7 kapsamında tespit edilecektir.

Buna göre hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

Yine tarafların ehliyeti MÖHUK madde 9 kapsamında tespit edilecektir.

Teminat mektubuna uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi mümkündür.

Eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa bu halde, garanti verenin faaliyette bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. [9]

Yukarıda anlatılan klasik anlamda yabancılık unsuru tespiti dışında, yeni anlayışa göre, taraflar arasındaki borç ilişkisi klasik anlamda yabancı unsur içermese dahi, milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirmesi halinde, artık taraflar arasındaki ilişkinin yabancı unsura sahip olduğu kabul edilir.

Bu halde sözleşmenin ekonomik karakteri ön plandadır, uluslararası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeler yabancı unsurlu sayılmalıdır. [10]

Ancak teminat mektuplarının üç köşeli yapısı (muhatap-banka-lehdar) olduğu ve banka ile muhatap arasındaki ilişkinin temel ilişkiden bağımsız olduğu dikkate alındığında; her durumda bankanın muhataba verdiği teminat mektubunda klasik anlamda bir yabancı unsurun varlığına rastlanmayabilir.

Bu konuda Vahit Doğan, şu örneği verir: "Türkiye'de açılan bir milletlerarası ihalede, ihale şartları arasında ihaleye katılacak kişilerden Türk Bankalarından alınmış bir teminat mektubunun verilmesi bulunuyor ise ve ihaleyi kazanan yabancı şirketin Türk bankasından lehine teminat mektubu veya banka garantisi verilmesi talep edildiğinde Türk bankasının Türk muhataba vermiş olduğu bu teminat mektubunda klasik manada bir yabancılık unsurunun bulunmadığının kabulü gerekir. [10]

Bir taraftan da Lex Causa istisnasının varlığı da göz önüne alınmalıdır.

Hâkimin kendi hukukunda tanınmayan olay ve ilişkiler ile karşılaştığında, lex fori uyarınca yapılan niteleme tatminkâr sonuçlar vermediğinde, taraf menfaatlerine veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyete aykırı sonuçlar doğduğunda ilişkinin esasına uygulanması gereken hukuka göre vasıflandırma yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

Örneğin, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin hâkimin hukuku uyarınca tespit edildiği hallerde taraf menfaatlerine veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğuruyorsa artık lex fori değil de lex causae'ya göre vasıflandırma yapılması gerektiğinden bahsedilir.

Eğer teminat mektubunda taraflar bir hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, bu halde vasıflandırma, seçilen hukuka yani lex causae'ya göre yapılacaktır. [10]
Yine bu kapsamda yetkili mahkemenin tespiti sorunu ile karşılaşılabilir. Teminat mektupları bakımından yetkili mahkemenin açıkça belirlenmesi söz konusu değilse, örtülü bir irade beyanının var olup olmadığı tartışılabilir.

Örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi genellikle "yetkili mahkemenin tespiti" ile veya "yalnızca belirli bir hukuk düzeninde tanımlanabilir nitelikte teminat mektubu sözleşmesinin yapılması" ile gerçekleşmektedir. [10]

Teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun örtülü hukuk beyanı yolu ile seçildiğinin kabulü için somut delillerden veya vakıalardan birkaçı somut olayda tespit edilebiliyorsa ancak bu halde örtülü hukuk seçiminden bahsedilebilecektir.

Çünkü bu yolla, tarafların hukuk seçimi konusundaki gerçek iradelerine de ulaşılmaktadır. [10] Örtülü hukuk seçimi farazi hukuk seçimi olarak anlaşılmamalıdır.

MÖHUK 24/1-c II uyarınca örtülü hukuk seçimi yapılması mümkündür.

Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının uygulama alanı bulacağı, uluslararası nitelikte banka teminat mektupları bakımından atıf prensibinin uygulanması nasıl olacaktır?

Bu soruya da kısaca değinmek gerekir.

Bilindiği üzere, tarafların MÖHUK m.24/1 kapsamında hukuk seçimi yapmış olmaları halinde seçilen hukuka yapılan atıf maddi norm atfıdır.

Bu halde, taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk kurallarının seçildiği kabul edilir. [10]

Bu noktada genel olarak kabul edilen kural olan atıf teorisinden, hukuk seçiminde ayrılmıştır.

Atıf teorisi, MÖHUK m. 2/3'te yer almaktadır. Bu teoriye göre, yabancı hukuka atıf yapıldığında, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına da atıf yapılmaktadır.

Bu kuralların başka bir hukuka (devam eden atıf) veya kendi ülkesinin hukukunu (iade atıf) yetkili kılması halinde, bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.

MÖHUK m. 2/3 atıf teorisini, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarla sınırlı tutmuştur.

Yabancı unsurlu teminat sözleşmeleri bakımından uygulanmaz. [10]

Bu bakımdan özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından hukuk seçimine ilişkin klozlarda, seçilen hukukun maddi kurallarının uygulanacağı ve kanunlar ihtilafı kurallarının bu seçime dahil olmadığı belirtilmelidir.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde ise, Türk hâkimi önüne gelen uyuşmazlıkta MÖHUK madde 24/4'e başvuracaktır.

Buna göre, taraflarca hukuk seçimim yapılmamışsa, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.

Milletlerarası özel hukukta objektif bağlama noktası olarak bilinen bu kurum açısından, en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edimi dikkate alan, karinelerden yararlanılır.

MÖHUK 24/4'te karakteristik edim borçlusunun mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku en sıkı ilişkili hukuktur.

Aynı şekilde ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun iş yeri, iş yeri bulunmuyorsa yerleşim yerinin bulunduğu ülke, karakteristik edim borçlusunun birden fazla iş yeri varsa, söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisinde bulunan iş yeri hukuku, karine olarak en sıkı ilişkili hukuktur. [10]

Fakat bu karinelerin aksine, sözleşme ile daha sıkı ilişkili olan bir hukuk varsa o halde, zorunlu olarak uygulanacak olan hukuk en sıkı ilişkili olan ülkenin hukukudur.

Karakteristik edim, garanti sözleşmeleri bakımından garanti verenin, kefalet sözleşmeleri bakımından kefilin edimidir.

Banka teminat mektupları, açısından uygulanacak hukukun tespitinde, teminat mektubunun çeşidine bakmak gerekir.

Eğer banka muhataba teminat mektubunun doğrudan düzenleyecekse, bu halde doğrudan teminat mektubu ilişkisi vardır.

Ancak bazı hallerde, bankalar, lehtarın talebi üzerine, muhatabın bulunduğu ülkede bulunan bir bankaya kontr garantisini vererek muhatabın ülkesinde bir bankadan teminat mektubu temin edebilir.

Bu durumda lehdar ile banka arasındaki uyuşmazlıklarda, hukuki ilişkinin vasıflandırması ayrı yapılmalıdır. Bu halde lehdar ile banka arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetinin vekalet ilişkisi olduğu, dolayısıyla karakteristik edimin vekilin edimi olduğu söylenebilir.

Banka ile lehdar arasındaki vekalet sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu, ticari veya mesleki faaliyetler amacıyla kurulduğu için karakteristik edimle ilgili bağlama kriteri olarak vekilin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. [10]

Bir diğer husus dolaylı teminat mektuplarında ilk banka ile yabancı garantör banka arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Bu noktada yine 24. Madde uygulama alanı bulacaktır.

6. SONUÇ

Sözleşme taraflarına tanınmış olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uygulamada ortaya çıkan banka teminat mektupları değişik görünümlerde karşımıza çıkmaktadır.

Teminat mektuplarının tümünün aynı nitelikteki hukuki ilişkiyi doğurmadığı görülmektedir.

Bu mektupların her birinin içeriğinin farklı olabilmesi nedeniyle, teminat mektuplarının hukuki niteliğinin, teminat sözleşmelerinden hangisine uyduğu konusunda vasıflandırma yapılmalıdır.

Bu vasıflandırma yapılırken, elbette uyuşmazlığı çözecek hâkim uygulanacak olan hukuk kapsamında bu nitelendirmeleri yapmak zorundadır.

Türk Hukuk sisteminde teminat mektupları, genellikle garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilseler de bu mektupların kefalet veya garanti sözleşmesi şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Hatta bu ilişki karma tipte bir sözleşme ilişkisini de içerebilir.

Türk hukukunda, teminat mektupları açısından hukuki niteliğinin nasıl tespit edileceği Yargıtay kararları ile ortaya konmuş, bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları bağlayıcı olduğundan, mevcut sistemde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda vasıflandırmanın bu kararlar temelinde yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

Milletlerarası özel hukuk kurallarının devreye girdiği alanlarda ise hukuk seçiminin var olup olmaması, yetki sorunu, taraf ehliyetleri meselesi, atıf teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ve bu bağlamda, teminat mektuplarının içermesi gereken kayıtlar aktarılmaya çalışılmıştır.

Görüleceği gibi gerek Türk hukukunda, yabancılık unsuru ihtiva etmeyen teminat mektuplarının düzenlenmesinde, gerekse, yabancılık unsuru ihtiva eden teminat mektuplarının düzenlenmesinde, uyuşmazlık noktalarının yoruma açık olması ve kanuni düzenlemelerle kesin kaidelere bağlanmamış olması, bu alanda çalışan uygulayıcıların çok dikkatli olmasını gerektirmektedir.

Teminat mektuplarının yazılması aşamasında, hukuki niteliğinin tespit edilmesi noktasında, mektupta yer alan tabirler vasıflandırmada önem teşkil edecektir.

Bu açıdan uygulanacak olan hukukta bu vasıflandırmanın nasıl yapılacağının bilinmesi ve gerçek iradenin yansıtılması için terimlerin yerinde ve doğru kullanılması önemlidir.

Yine bir uyuşmazlığın çıkması halinde, çok taraflı hukuki ilişkiyi barındıran teminat mektuplarında usuli problem ve tartışmaları bertaraf edebilmek için, tarafların esasa uygulanacak olan hukuku, yetkili mahkemeyi seçmelerinde fayda vardır.

Detaylı Bilgi için;
Av. İlke Boyacıoğlu
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. CANBOLAT, Ferhat. Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler. Yetkin Yayınları, Ankara 2009

2. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016

3. DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009

4. REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013

5. ÖZEN, Burak. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmeleri. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

6. ÇEKER, Mustafa, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları", Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 1-2, 2004

7. ÇINAR, Gökhan. "Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Ayrım", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 69, Sayı 2, Ocak 2020

8. KOCAMAN, Arif. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Üzerine Bir Değerlendirme-Kefalete İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Seçkin Kitabevi

9. EKŞİ, Nuray. Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020

10. TOKER, Ali Gümrah. Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesi'ne Uygulanacak Hukuk. DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 12, Özel Sayı, 2010

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ISLAH

I. Giriş

Medeni usul hukukunda davanın açılması ile birlikte taraflar belirli bir aşamadan sonra iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı ile karşılaşırlar.

Bu husus 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesinde düzenlenmiş ve dilekçeler teatisin tamamlanması ile yasağın başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

"Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez." (HMK md 141)

28.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15. Maddesinde belirtilen değişiklikle birlikte bu kuralın uygulanabilirliği yargılama aşamasında zamansal açıdan daraltılmıştır.

Söz konusu değişiklikten önceki düzenleme ile ön inceleme duruşmasında karşı tarafın açık muvafakati veya taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeretsiz gelmemesi halinde muvafakate gerek kalmadan iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesine olanak tanınmıştı.

Anılan değişiklikle birlikte iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağının istisnası olan ıslah kurumunun önemi ise eskiye oranla daha da artmıştır.

Islahın sözlük anlamı "daha iyi duruma getirme, düzeltme, iyileştirme" olarak tanımlanmaktadır.

Yargıtay'a göre ise ıslah *"Islah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini, bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan ve karşı tarafın onayını gerektirmeyen bir yoldur."* [1] olarak tanımlanmıştır.

Bu doğrultuda ıslah kurumu, taraflar açısından iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının getireceği sakıncaları bertaraf eden önemli bir hak sağlamaktadır.

II. Islahın Şartları

1. Taraf Usul İşleminin Varlığı

HMK md. 176 da genel olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir. Buna göre ancak taraf işlemlerine konu edilmiş işlemler ıslaha konu olabilir.

Başka bir deyişle yargılama sırasında yapılmamış işlemlerin ıslahı söz konusu değildir.

Örnek vermek gerekirse süresi içinde verilmemiş cevap dilekçesinin ıslahı söz konusu olamaz.

"Cevap dilekçesinin hiç verilmemiş olması halinde ortada ıslah edilmesi mümkün bir usul işleminin varlığından söz edilemez. Aksi halde, suskun kalınarak hiç cevap verilmemiş olması halinin bir usul işlemi olarak kabulü gerekir.

Bu çerçevede süresi geçtikten sonra yapılan ve karşı çıkılan savunmanın da hiç yapılmamış gibi olduğunu ve aynı hukuki sonucu doğuracağını belirtmek gerekir. Usul işleminin ıslahla düzeltilmesi öncelikle geçerli bir hukuki işlemin varlığını gerektirdiğinden, yapılmamış hükmünde sayılan bir usul işleminin ıslahla düzeltilmesi de düşünülemez." [2]

Taraf usul işlemleri dışındaki işlemlere mahkeme usul işlemleri denilir ve bu işlemler ıslah ile düzeltilemez. Bir işlemin ıslaha elverişli bir işlem olmasının sınırı, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında olup olmamasıdır.

Mahkemenin yaptığı usul işlemleri iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında değildir. Bu nedenle ıslaha konu olmazlar. [3]

2. Islahın Taraflarca İstenmesi

HMK md. 177'ye göre ıslah sözlü veya yazılı şekilde yapılır. Islahın sonuç doğurabilmesi için, ıslah işleminin yapıldığına dair irade beyanının mahkemeye yöneltilmesi gerekir. Duruşmada ıslah beyanının duruşma zaptına geçirilmesi suretiyle ıslah yapılabileceği gibi, dilekçenin mahkemeye sunulması ile de ıslah gerçekleştirilebilir. Uygulamada ıslah genel olarak yazılı olarak mahkemeye bir dilekçe sunulması ile yapılır.

Ayrıca ıslah beyanı mahkemeye sunulurken karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir. Islah beyanının karşı tarafa tebliği ıslah açısından bir geçerlilik şartı değildir.

3. Islaha Bir Kez Başvurma Hakkı

HMK md. 176'ya göre taraflar ancak 1 kez ıslah hakkını kullanabilir. Buna göre taraflardan biri ikinci kez ıslah hakkını kullanırsa mahkeme bu husus re'sen göz önünde bulundurarak ikinci kez yapılan ıslahı reddetmesi veya dikkate almaması gerekir.

Çünkü söz konusu hüküm emredici niteliktedir.

"...aynı davada her taraf ancak bir kez ıslah hakkını kullanabilir" hükmü öngörülmüş olup, açıklanan gerekçe ile davacı tarafın 2. ıslah isteminin reddedilmesi ve davanın alacak miktarı yönünden ilk dava dilekçesindeki talebi ve ilk ıslah dilekçesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bu hususların dikkate alınmaması doğru görülmemiş ve kararın bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." [4]

Taraflara bir kez ıslah hakkının tanınmış olması, tarafların davayı uzatmak amacıyla kötü niyetli hareketlerin önüne geçme gayesi nedeniyledir.

Öyle ki ıslah hakkının kullanılması durumunda öncelikli olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi gündeme gelecek ve mahkemenin bu hususları incelemesi gerekeceğinden yapılan ıslah işlemi davanın uzamasına neden olacaktır.

4. Yargılamanın Belirli Evresinde Islahın Yapılması

Islah HMK md. 177 gereğince süre bakımından kısıtlanmış ve ancak belirli bir süre içinde yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Hükme göre ıslah ancak tahkikat aşamasının sona ermesine kadar yapılabilir. Başka bir deyişle mahkemece taraflara tahkikat aşamasının bittiği bildirilmesi ile birlikte artık ıslah hakkı kullanılamaz.

III. Islahın Çeşitleri

1. Davanın Tamamen Islahı

Davanın tamamen ıslahı dava dilekçesinden itibaren yapılan ıslahtır. HMK 180'e göre davanın tamamen ıslahı bazı sonuçlara bağlanmıştır. Buna göre davacı davanın tamamen ıslah ettiğini bildirmesi üzerine 1 hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır. Aksi halde ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam olunur. Tamamen ıslah dava sebebinin veya talep sonucunun değiştirilmesi ile mümkündür.

Tamamen ıslah ile dava tümüyle değişmektedir. Çünkü tamamen ıslah ile davanın açıldığı ilk andan başlayarak tüm işlemler ve dava dilekçesi değiştirilmektedir.

Tamamen ıslah, maddi hukuk işlemleri ve HMK'nın 179. maddesinin ikinci fıkrasındaki istisnalar haricinde dava dilekçesi de dâhil tüm usul işlemlerinin yapılmamış sayılmasını sağlar.

2. Kısmi Islah

Kısmen ıslahta yargılamada bir veya birkaç taraf usul işleminin ıslahı söz konusudur. Kısmen ıslah davacı veya davalı tarafından yapılabilir. Tamamen ıslahta olduğu gibi kısmi ıslahta da mahkemeye ıslah beyanında bulunan taraf bir haftalık süre içerisinde ıslah ettiği usul işlemini belirtmesi gerekir.

Kısmi ıslah ile ıslah edilen işlem ve davanın aldığı yeni durum açısından, zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin hesaplanması davanın açıldığı tarihe göre değil, ıslahın yapıldığı tarihe göre hesaplanır.

III. Talep Artırım ile Islah Arasındaki Fark

6100 sayılı HMK'nın 107. maddesinde belirsiz alacak davası düzenlemiştir. Hükme göre alacaklı, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

Maddenin ikinci fıkrasında alacağın yargılama ile belirlenebilir hale gelmesi durumunda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olunmaksızın talebin artırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

"Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır."

İşte belirsiz alacak davalarında alacağın belirli hale gelmesi durumunda alacak değerinin yükseltilmesi durumunda, yapılan işlem ıslah olarak anılmayacaktır.

"…davacı tarafından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince verilen talep artırım dilekçesi ile talep sonucu artırılmıştır. Mahkeme kararının gerekçesinde belirtildiğinin aksine, somut uyuşmazlıkta bozmadan sonra yapılan bir ıslah işlemi söz konusu olmayıp, davacı tarafından talep artırım hakkı kullanılmıştır. Hukuki nitelik itibariyle talep artırım işlemi ıslah olmadığından, bozmadan sonra yapılan bir ıslah da söz konusu değildir…" [5]

Uygulamada, belirsiz alacak davalarında bedelin artırımına ilişkin mahkemeye sunulan beyanda, bedelin ıslah edildiği belirtilmekte ve buna ilişkin yatırılan harçta ıslah harcı adı altında yatırılmaktadır.

Oysa ıslahı lüzumu olmayan bir işlem için taraflar ıslah hakkını kullanmış gibi görünmektedir. Her ne kadar taraflar talep artırım işlemini ıslah olarak nitelendirse de HMK md. 107'de yer alan hüküm gereğince davacı taraf belirsiz alacak davasında, alacağın belirlenebilir hale gelmesi durumunda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini artırabilir.

Talep artırım talebinde bulunan tarafın iradesi de esasında bedeli ıslah etmek olmadığı söylenebilir. Bu durumda ıslah adı altında yapılan talebin artırımı ile ıslah hakkının kullanıldığında söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

IV. Sonuç

Taraflar dava aşamasında dilekçeler teatisinin tamamlanması ile birlikte iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabidirler. Bu yasağın istisnası ise HMK'da düzenlenen ıslah kurumudur. Buna göre iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının getireceği sakıncaların bertaraf edilmesi için ıslaha bir seferliğine başvurulabilecektir.

Islah ile tanınan bu önemli hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesinin istenilmesi nedeniyle de zaman ve sefer açısından kısıtlama getirilmiş ve davaların kötü niyetli şekilde uzatılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Islah kurumu ile bir taraftan önemli hak kayıplarının önüne geçilmesi arzu edilirken diğer taraftan bu hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenerek bir denge arayışına girilmiştir. Bu haliyle ıslah kurumunun yeterli dengeye sahip olduğunu düşünmekteyim.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davalarında, alacağın belirli hale gelmesi halinde talebin artırılması iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadığı hususu kanun tarafından hükme bağlanması nedeniyle de söz konusu talep artırım beyanlarının ve ıslah adı altında yapılmamasının yargılamada ıslah hakkının tüketilmesine ilişkin konuda uyuşmazlıkların önüne geçecektir.

Detaylı Bilgi için;
Av. Semih Akın Çakır
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Yargıtay Kararı - 3. HD., E. 2015/18341 K. 2017/4945 T. 10.4.2017

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas: 2017 / 1093 Karar: 2017 / 1090 Karar Tarihi: 07.06.2017

3. Eroğlu. Orhan, Medeni Usul Hukukunda Islah, Doktora Tezi, (2017, İstanbul)

4. Yargıtay Kararı 13.H.D. 27.06.2011 T. 2010/2271E.-2011/10212K

5. Yargıtay Kararı - 22. HD., E. 2019/6528 K. 2019/21446 T. 25.11.2019

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA YOKSULLUK NAFAKASININ ARTIRILIP AZALTILMASI VE KALDIRILMASI DAVASINA GENEL BAKIŞ

I- GİRİŞ

Evlilik birliğinin sona ermesinin mali sonuçlarından birisi de yoksulluk nafakasıdır. Yoksulluk nafakası, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan ve diğer eşe kıyasla daha fazla kusuru bulunmayan eş lehine hükmedilen bir nafaka türüdür.

Yoksulluk nafakasının öngörülmesinin sebebi; eşler arasındaki bakım ve yardım yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da belirli ölçüde devamını sağlamaktır.

Yoksulluk nafakasının amacı hiçbir zaman nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir.

Yoksulluk nafakasının dayandığı temel düşünce, esas itibariyle, boşanan taraflardan birisinin boşanma sonucunda düşmüş olduğu yoksulluk halinin sosyal dayanışma fikri ve ahlaksal değerler gereğince nispeten giderilmeye çalışılmasıdır. [1]

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmektedir ancak belirli durumlarda kendiliğinden veya mahkeme kararı ile sona erebilmektedir.

Sona erme dışında, yoksulluk nafakasının tarafların mali durumlarının değişmesi sebebiyle talep üzerine artırılıp azaltılması da mümkün olmaktadır.

1- Yoksulluk Nafakasının Uyarlanması; Bu Kapsamda Artırılıp Azaltılması

Uygulamada mahkemeler genellikle yoksulluk nafakasının irat olarak ödenmesine hükmetmektedir.

Tarafların mali durumunun değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, talep üzerine ödenecek nafaka miktarı artırılıp azaltılabilmektedir.

TMK 176/4 'e göre; "Tarafların mali durumunun değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iradın artırılmasına ya da azaltılmasına karar verilebilir."

Hükmün zıt kavramından anlaşılacağı üzere; sermaye şeklinde ödenmesine karar verilmiş nafakanın daha sonra ne sebeple olursa olsun artırılması ya da azaltılması istenemez.

TMK m.176/4'ün kapsamına yalnızca irat şeklinde ödenecek olan nafaka ya da maddi tazminat girmektedir. [2]

Yoksulluk nafakasının artırılması veya azaltılması için talep şarttır.

Bu talep için mali durumların değişmesi ya da hakkaniyetin artırmayı ya da azaltmayı haklı göstermesi gerekmektedir.

Artırma ya da azaltma talebinin kabul edilebilmesi için, talebe gerekçe olan değişimlerin sürekli ve kalıcı nitelikte olması gerekir.

Örneğin; çalışma gücünün yeniden kazanılması, nafaka alacaklısının büyük bir miras elde etmesi, yükümlünün ödeme gücünün önemli derecede azalması, nafaka ya da tazminatın indirilmesi talebini haklı gösteren sebepler olabilir. [3]

Taraflar nafaka miktarını aralarında yapmış oldukları sözleşme ile kararlaştırabilirler.

Bu durumda dahi nafakanın miktarının indirilmesi talep edilebilir.

Ancak sözleşmenin yapılmasından çok kısa süre sonra indirilmesinin talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasını arz edebilir. [4] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2016/7535 E. 2016/10920 K. sayılı 19.09.2016 tarihli kararı;

"TMK'nun 175. maddesine göre; boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Aynı Kanun'un 176/4. maddesine göre de; tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iradın arttırılması veya azaltılmasına karar verilebilir.

Anılan yasal düzenlemeye göre, iradın arttırılması veya azaltılması için ya tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin bunu sağlaması gerekmektedir. Nafaka iradı, tarafların yaptıkları sözleşmeye dayansa bile indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.

Ancak sözleşme ile kararlaştırılmış ve hakim tarafından onaylanmış olan iradın, yasada aranan şartlar gerçekleşmeden tamamen kaldırılmasını ya da indirilmesini istemek hakkın kötüye kullanılması mahiyetini arz eder.

Bunun gibi sırf boşanmayı sağlayabilmek için, bilerek ve isteyerek mali gücünün üzerinde bir yükümlülüğü üstlenen ya da karşı tarafın mali durumunun iyi olduğunu ve geçinmek için nafakaya ihtiyacı olmadığını bilen kişinin, sonradan bu yükümlülüğün kaldırılması veya azaltılması yönünde talepte bulunması da iyi niyet ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile bağdaşmaz.

Somut olaya dönüldüğünde; her ne kadar davalı kadının boşanma kararının kesinleşmesi sonrasında çalışmaya başlayarak asgari ücret miktarı üzerinde bir geliri olduğu saptanmış ise de; davalı kadının tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları tarih ve öncesinde de çalıştığının anlaşılması ve bu duruma karşın davacının sırf boşanmayı sağlayabilmek için taraflar arasındaki protokol doğrultusunda yoksulluk nafakası ödemeyi kabul etmesi sonrasında aradan geçen çok kısa süre içerisinde eldeki davanın açılması karşısında, söz konusu talebin iyi niyet ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile bağdaşmayacağı hususu değerlendirilmeden, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir. [5]

Nafaka borçlusunun çalışmakta olduğu işten çıkarılması, yoksulluk nafakasının azaltılması talebinin doğrudan kabul edileceği anlamına gelmemektedir.

Her somut olayda, kapsamlı bir araştırma yapılarak, nafaka borçlusunun gelir durumu araştırılmalıdır.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2014/143 E. 2014/1023 K. sayılı ve 28.01.2014 tarihli kararı ile;

"Somut olayda, davacının (nafaka yükümlüsünün) işinden çıkartılmış olması mahkemece önemli değişiklik olarak kabul edilmiştir.

Bu husus, davacının tüm gelirini kaybettiği işinden elde etmesi halinde geçerli bir neden olarak kabul edilebilecektir.

Ne var ki, taraflar arasında daha önce görülmüş olan davalarda; davacının taşınmazlarından (işyerleri ve tavuk çiftliğinden) kira geliri elde ettiği belirlenmiş olup mahkemece bu yönde bir araştırma yapılmamıştır.

Bundan ayrı, işinden çıkartılmış olan davacının, bu sebeple dava dışı işyerinden işçilik alacaklarına karşılık bir tazminat alıp almadığı veya bu tazminatı almak amacıyla dava açıp açmadığı hususları da açıklığa kavuşturulmamıştır.

Buna göre mahkemece; davacının tüm gelir kalemleri, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilmeli, davacının elde ettiği kira gelirlerinin, toplam geliri içindeki oranı belirlenmeli, ayrıca davacının dava dışı işyerinden işçilik alacakları sebebiyle tazminat alıp almadığı açıklığa kavuşturulmalı, bundan sonra davacının ekonomik ve sosyal durumunda önemli ölçüde bir değişiklik olup olmadığı karar yerinde tartışılmalı ve ortaya çıkacak sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında bir hüküm tesis edilmelidir." şeklinde hüküm tesis etmiştir. [6]

Uygulamada nafaka artırım ya da azaltım oranlarında 'tarafların sosyal ve ekonomik' durumları ölçü alınır.

Tarafların ekonomik durumlarının yanı sıra sosyal durumlarının da göz önünde bulundurulması isabetli olmuştur. [7]

Nafakanın arttırılması davasında davacı, hükmedilen nafakanın geçimine yetmediğini, davalının mali durumunun arttığını, kendisininkinin ise azaldığını kanıtlamalıdır.

Yoksulluk nafakasının azaltılması davasında ise, davacı mali gücünün nafakayı ödemeye yetmediğini, davalının mali gücünün düzeldiğini ya da kendi hayatında değişiklikler meydana geldiğini ispatlamalıdır. [8]

2- Yoksulluk Nafakasının Kaldırılması

Kanun'da yoksulluk nafakasının sona ereceği haller tahdidi olarak sayılmıştır.

İrat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakası, Medeni Kanun'un ilgili hükmüne göre, alacaklının ölümü ve yeniden evlenmesi hallerinde kendiliğinden; alacaklı tarafın evlilik dışı yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi, yoksulluğunun ortadan kalkması hallerinde ise mahkeme kararı ile ortadan kalkmaktadır.

TMK'nın 176/3 maddesi aynen;

"İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır." şeklindedir.

İlgili maddenin zıt anlamından da anlaşılacağı üzere; TMK m.176/3 hükmünde gösterilen sebepler irat biçiminde hükmedilen nafaka istemleri için geçerli olup, toptan ödenmesine hükmedilen nafaka istemleri bu hüküm kapsamına girmemektedir.

NAFAKANIN ARTTIRILMASI DAVASINDA DAVACI, HÜKMEDİLEN NAFAKANIN GEÇİMİNE YETMEDİĞİNİ, DAVALININ MALİ DURUMUNUN ARTTIĞINI, KENDİSİNİNKİNİN İSE AZALDIĞINI KANITLAMALIDIR.

YOKSULLUK NAFAKASININ AZALTILMASI DAVASINDA İSE, DAVACI MALİ GÜCÜNÜN NAFAKAYI ÖDEMEYE YETMEDİĞİNİ, DAVALININ MALİ GÜCÜNÜN DÜZELDİĞİNİ YA DA KENDİ HAYATINDA DEĞİŞİKLİKLER MEYDANA GELDİĞİNİ İSPATLAMALIDIR.

TMK m.176/3 hükmü göz önüne alındığında yoksulluk nafakasının sona erme halleri, kendiliğinden sona erme ve mahkeme kararı ile sona erme halleri olarak iki başlık altında ele alınabilir.

Yoksulluk nafakası, taraflardan birinin ölümü halinde ve nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde kendiliğinden sona erecektir. Bu hallerde nafaka yükümlüsünün, nafakanın kaldırılması için mahkemeye başvurması gerekmemektedir.

Bu incelemede, yoksulluk nafakasının kendiliğinden sona ermesi hallerinden ziyade, mahkeme kararı ile sona erme halleri irdelenecektir.

İrat şeklinde ödenmesine karar verilmiş yoksulluk nafakasının hakim kararı ile sona erme halleri nafaka alacaklısının; evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ve haysiyetsiz hayat sürmesidir.

Bu hallerden biri varsa, başvuru üzerine hakim, nafakanın sona ermesine karar vermek zorundadır.

Böyle bir durumda takdir yetkisinin olmadığı, sona ermeye karar vermek zorunda olduğu, hükümdeki mahkeme kararıyla kaldırılır ibaresinden açık olarak anlaşılmaktadır. [9]

2.1- Fiilen Evli Gibi Yaşama

Nafaka alacaklısı evlendiği zaman yoksulluk nafakası kendiliğinden sona ermekteyken; nafaka alacaklısının fiilen evli gibi yaşaması yoksulluk nafakasını kendiliğinden sona erdirmemektedir.

Fiilen evli gibi yaşama halinde nafakanın sona ermesi, talep üzerine mahkeme kararıyla söz konusu olabilir.

Evlenme olmaksızın evli gibi birlikte yaşamanın, yoksulluk nafakasının sona erme hallerinden biri olarak sayılmasının en önemli sebeplerinden biri; yoksulluk nafakası alan eşin, bundan mahrum kalmamak için resmi nikah olmadan başka bir erkekle ya da kadınla evliymiş gibi yaşaması durumunun sıkça görülmesidir.

Hiç şüphesiz ki; bu durum açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır.

Fiilen evli gibi yaşamanın yoksulluk nafakasına son verilmesini gerektiren bir hal olarak düzenlenmesinin gerekçesi olarak nafaka alacaklısının hayatının birlikte yaşadığı kimse tarafından idame ettirildiği ya da idame ettirilme ihtimalinin varlığı gösterilmektedir. [10]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/3-634 E. 2010/677 K. sayılı 22.12.2010 tarihli kararı ile; lehine yoksulluk nafakası hükmedilen kişinin, sonradan imam nikahıyla evlenmesi durumunda, yoksulluk nafakasının kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir.

Kanunda "fiilen evli gibi yaşama" kavramı açık olarak tanımlanmamıştır.

Ancak hiç şüphesiz ki fiilen evli gibi yaşama durumunun söz konusu olabilmesi için kişiler arasındaki ilişkinin çok kısa sürmemesi gerekir.

Doktrinde kabul gören görüşe göre; nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması tanık dahil her türlü hukuka uygun delil ile ispatlanabilir. [11]

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2006/1415 E. 2016/7669 K. sayılı, 17.05.2006 tarihli kararı ile;

"Davalı kadının gayrı resmi evli olarak başka biriyle yaşadığı tanık beyanlarından anlaşılmakta olup, yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." şeklinde hüküm tesis etmiştir.

2.2- Yoksulluğun Ortadan Kalkması

Nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması nedeniyle nafakanın kaldırılması için, nafaka borçlusunun mahkemeden talepte bulunması gerekmektedir.

Kanunda nafakanın kaldırılması halleri içerisinde nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması halinin yer alması, nafakanın varlık gerekçesine uygun olmuştur.

Nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması kendisini geçindirmeye yetecek kadar gelir düzeyine kavuşmuş olmasını ifade etmektedir. [12]

Nafaka alacaklısının yoksulluğunu ortadan kaldıran olgunun niteliği önem arz etmemektedir.

Nafaka alacaklısının yoksulluğunu ortadan kaldıran sebep, meslek veya sanat sahibi olmasından ileri gelebileceği gibi kendisine miras intikal etmesi sebebiyle de olabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarih ve 1998/2-656-688 Sayılı kararında da kabul edildiği gibi yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki; Hukuk Genel Kurulunun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (HGK. 07.10.1998 gün, 1998/2-656 E.- 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 sayılı kararları)

Nafaka alacaklısının asgari ücretle çalışmaya başlaması, yoksulluk nafakasının kaldırılması için tek başına yeterli olmasa da, nafakanın belirlenmesinde, şartlar gerektiriyorsa indirilmesinde göz önüne alınabilecektir.

Şüphesiz ki yoksulluğun ortadan kalkması nedeniyle nafakanın kaldırılması davasında, hakim somut olayın şartlarını değerlendirerek hakkaniyete uygun bir hüküm kuracaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/3-1025 E. 2019/1135 K. sayılı 05.11.2019 tarihli kararı ile aynen;

"Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir. Dosya içeriğinden, taraflar arasında görülen boşanma davası sonucunda, Maçka Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.06.2012 tarihli ve 2012/119 E., 2012/148 K. sayılı kararı ile tarafların anlaşma sebebiyle boşanmalarına, davalı kadın için dava tarihinden itibaren aylık 700,00TL tedbir nafakasının davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar verildiği, kararın davacı tarafından temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 28.01.2013 tarihli ve 2012/16423 E., 2013/2155 K. sayılı kararı ile onandığı, davacının karar düzeltme isteğinin Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.04.2013 tarihli, 2013/7167 E., 2013/11267 K. sayılı kararı ile oy çokluğu ile reddine karar verilmekle, kararın 10.05.2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, davacının aylık gelirinin nafaka miktarı düşüldükten sonra net 1.600,00TL olduğu, davalının müteveffa sigortalı babasından dolayı kendisine 272,50TL yetim aylığı bağlandığı ve babasından kalan taşınmazdan 150TL kira geliri elde ettiği hususları dosya kapsamı ile sabittir.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında somut olay değerlendirildiğinde, davalının belirtilen şekilde gelir elde etmesi, nafakanın kaldırılmasına değil azaltılmasına etki edecek olgulardan olduğundan, mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak, davalının yoksulluğunun ortadan kalkmadığı gözetilmekle, 4721 Sayılı TMK'nın 4. Maddesinde düzenlenen hakkaniyet ilkesi uyarınca nafakanın uygun bir miktarda indirilmesi gerekmektedir." şeklinde hüküm kurmuştur. [13]

2.3- Haysiyetsiz Hayat Sürme

Bilindiği üzere; yoksulluk nafakasının temel amacı boşanmadan sonra kusursuz veya daha az kusurlu olan eşin evliliğin sona ermesinden sonra da eşinden mali açıdan destek görerek; eşler arasındaki yardımlaşmanın ve dayanışmanın devamının belirli ölçüde sağlanmasıdır.

Nafakanın ahlaki ve manevi boyutu göz önüne alındığında haysiyetsiz hayat sürmeyi tercih eden eşin; nafaka yükümlüsü eski eşinden destek görmeye devam etmesi beklenemez.

Böylece nafaka alacaklısının yoksulluğunun giderilmesi amacıyla elde ettiği meblağı haysiyetsiz yaşama özgülemesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir. [14] Haysiyetsiz yaşam sürmenin ne olduğu kanunda düzenlenmemiştir.

Nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürüp sürmediği, her somut olayın özelliği dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilmesi gereken bir hususdur. Haysiyetsiz hayat süren eş; toplumun şeref, namus, haysiyet ve ahlak gibi müşterek değer yargıları ile çatışan bir hayatı, süreklilik arz edecek şekilde yaşayan kişidir. [15]

Haysiyetsiz hayat sürmenin kabulü için, süreklilik arz eden bir hayat tarzı olarak benimsenmiş olması gerekmektedir. Aynı zamanda nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürmesi, nafaka borçlusunun onurunu, haysiyetini kıracak nitelikte olmalıdır.

II- SONUÇ

Ahlaki ve sosyal temele sahip olan yoksulluk nafakası, boşanmada kusursuz ya da daha az kusurlu olan tarafın boşanma nedeniyle düşebileceği yoksulluk durumunu ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir.

Süreli veya süresiz olarak hükmedilebilen yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra da eşler arasındaki yardımlaşma ve dayanışmanın devamının tesisine hizmet eden bir kurumdur.

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesi; nafakanın kaldırılması konusunun önemini artırmaktadır.

Yoksulluk nafakası, bazı durumlarda kendiliğinden bazı durumlarda ise mahkeme kararı ile ortadan kalkabilmektedir.

Unutulmamalıdır ki; nafakanın ortadan kaldırılması halleri yalnızca irat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakaları için geçerli olacaktır.

Yoksulluk nafakası; nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkarken; nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evli gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hallerinde mahkeme kararı ile kaldırılmaktadır.

Yoksulluk nafakasının mahkeme kararıyla kaldırıldığı hallerde; hâkimin somut olaya ve hakkaniyete göre değerlendirme yapması büyük önem taşımaktadır. Bu noktada değerlendirme yaparken ise özellikle Yargıtay İçtihatları önem arz etmektedir.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Gülşah Işık
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. ARBEK, Boşanmanın Mali Sonuçları, s. 139-140.

2. DURAL ÖĞÜZ/GÜMÜŞ Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku s.151

3. DURAL ÖĞÜZ/GÜMÜŞ Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku s.152

4. BULUT, s. 106

5. Yargıtay 3. HD 2016/7535 E. 2016/10920 K. 19.09.2016 T.

6. Yargıtay 3. HD 2014/143 E. 2014/1023 K. 28.01.2014 T.

7. UZUN, s. 68

8. BULUT, s. 107-108

9. DURAL ÖĞÜZ/GÜMÜŞ Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku s.153-154

10. ARBEK s.150

11. ÖZUĞUR s.303

12. ATEŞ s.566

13. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/3-1025 E. 2019/1135 K. 05.11.2019 T.

14. DEDE s.564

15. Remzi Demir, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar s.233

KONKORDATODA MÜHLET İÇERİSİNDE ALACAKLILAR TARAFINDAN İBRAZ EDİLEN ÇEKLERE "KARŞILIKSIZDIR" ŞERHİ VURULMAMASI

Hukukumuzda çekin karşılıksız çıkması ve belirlenen diğer yükümlülüklere aykırılık hâllerinde ilgililer hakkında uygulanacak yaptırımlar 5941 sayılı Çek Kanununda düzenlenmiştir. [1] 5941 sayılı Çek Kanunun 5. maddesi gereğince, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Cezaya hükmeden mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder.

Konkordato ise, vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi bulunan borçlunun, alacaklıları ile anlaşmak suretiyle borçlarını tasfiye etmesine veya işletmesinin mali durumunu düzeltmesine imkân veren bir cebri icra hukuku müessesidir. [2]

Konkordato müessesi, borçlunun mali durumunu iyileştirip cebri icra tehdidi altında olmadan borçlarını ödemesine imkân sağlarken alacaklıların da haciz ve iflâsın gerektirdiği masrafları yapmadan alacaklarını tahsil etmesine imkân sağlamaktadır. [3]

Konkordatoda esas olan konkordato projesine tabi borçların mühlet içerisinde ödenmemesi tasdikle birlikte hükmedilen ödeme planı içerisinde ödenmesidir.

Konkordatoya başvurup mühlet içerisinde olan borçluların borçlarını mühlet içerisinde ödememesi esas olmasına rağmen "karşılıksız" şerhi vurulan çeklerin 5941 sayılı Çek Kanunun 5. Maddesi uyarınca uygulamada ceza yargılamasına konu olması üzerine 7101 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi öncesi veya sonrasında; konkordato (tasdiki) yargılamasını yapacak olan mahkemeye başvuran borçlu tüzel kişilerin yetkili temsilcilerinin, henüz konkordato talebi ile mahkemeye başvurmadan keşide ettikleri veya geçici mühlet kararı öncesinde keşide ederek alacaklıya teslim ettikleri anlaşılan ileri tarihli (postdate) piyasaya sürdükleri çeklerin, geçici mühlet kararı ile başlayıp konkordatonun tasdiki veya reddi ile sonuçlanan konkordato (tasdiki) yargılaması süreci içinde bankaya ibrazında karşılıksız çıkması halinde, 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 5/1. maddesi kapsamında cezai sorumluluklarının devam edip etmeyeceğine ilişkin uyuşmazlığı Yargıtay 19. Ceza Dairesi karara bağlamıştır.

Uyuşmazlığı 2019/23974 E. numarasıyla inceleyen Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 19.06.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 2019/9339 K. sayılı kararında,

"Tam da bu noktada; açılan ceza davasına bakmakla görevli ve yetkili icra ceza mahkemelerinin;

Açılan ceza davasında sanık olarak yargıladıkları tüzel kişi şirket yetkililerinin, şikayetçi olarak gelen alacaklılarla, suça konu çekin miktarı ve ödeme tarihi (vadesi) hususunda anlaşma müzakerelerini yürüttükleri, çekin karşılığını ödemek veya ödememek hususunda özel hukuk mahkemesince verilecek konkordato tasdiki kararını bekledikleri, suçun sübutu halinde verilecek cezanın miktarını belirleyecek olan çek bedelinin, karşılıksız çıkan miktarın veya suçun işlendiği tarihi belirleyecek olan keşide / (vadeli çekte) ödeme süresinin dahi başka bir mahkeme huzurunda henüz muarazalı olduğu, konkordato tasdik edilecek olursa; çekin karşılığının ne zaman ve ne miktarda ödeneceğinin bir hukuk mahkemesi kararıyla yeniden belirleneceği, dolayısıyla bankaya ibrazında karşılıksızdır kaşesi vurulduğu (suçun işlendiği) tarihten sonra belki de suçun konusunun dahi ortada kalmayacağı değerlendirilmek suretiyle 5271 Sayılı CMK'nin 218/1. maddesi gereği, bekletici sorun kararı vermeleri gerekeceği" kanaatine varmıştır. [4]

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin işbu kararıyla birlikte uygulamada 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 5/1. maddesi İcra Ceza Mahkemelerinde sanık sıfatıyla yargılanan konkordato dosyası borçlularının konkordato dosyaları ceza dosyalarına bekletici mesele olarak gerekçe gösterilmiştir.

Kanaatimizce de mühlet içerisinde "Karşılıksızdır" şerhi vurulan çeklere konkordato borçlularının cezai sorumluklarına dair karar verilebilmesi için konkordato dava dosyasının beklenilmesine ilişkin Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 2019/23974 E., 2019/9339 K. sayılı kararı yerindedir. Zira konkordatoya başvuran borçlunun konkordato projesine tabi olan borçlarını mühlet içerisinde ödemesi diğer konkordato dosyasında alacaklı olan diğer alacaklıların haklarını zedeleyeceği gibi mühlet kapsamında konkordatonun amaçlarına ulaşılmasını da engelleyecektir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin kararıyla konkordato sürecinde borçluların olan karşılıksız şerhi vurulan çeklerinden kaynaklı cezai sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuşsa da mühlet içerisinde çeklere vurulan karşılıksızdır şerhi konkordatonun amaçlarından biri olan mali durumunun düzeltilmesinde ve iktisadi sürekliliğin sağlanmasına engel olmaktadır.

Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği ile Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezinin kuruluşuna, faaliyetine ve çalışmasına, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi yönetiminin oluşumuna, toplanmasına ve karar almasına, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezine verilen bilgilerin kapsam, biçim ve içeriğine ve bunların paylaşılmasına, paylaşılacak bilgilerin kapsam ve içeriğine, ücretlendirilmesine ve üyelerce ödenecek aidatların belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir. [5] Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliğin 6. Maddesi uyarınca, üye banka ve banka dışı finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerinin toplanmasını ve paylaşılmasını sağlamakla ve topladığı her türlü bilgiyi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Merkez Bankasına belirlenen biçim ve sürede vermekle yükümlüdür.

Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezinin topladığı bu verilerden üye banka ve banka dışı finansal kuruluşları gerçek veya tüzel kişilere kredi verirken faydalanmaktadır. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından toplanan verilerden biri de Yönetmeliğin 9. Maddesi kapsamında ödenen ve karşılıksız işlemi yapılan çekler ve hesap sahibiyle ilgili bilgilerdir. Nitekim Kredi Kayıt Bürosu tarafından Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne vekaleten yürütülen operasyonel ve teknik faaliyetlerle Karekodlu Çek Sistemi ile Karekodlu Çek Skoru ve Karekodlu Çek raporları hazırlanmakta olup keşidecinin finansal skoru oluşturulmaktadır. [6]

Dolayısıyla, mühlet içerisinde yer alan konkordato borçlusunun konkordato projesine tabi olan borçlarına ilişkin keşide edilen çeke, karşılıksızdır şerhi vurulması konkordato borçlusunun finansal skorunu düşürmekte ve üye banka ve banka dışı finansal kuruluşları nezdinde kredibilitesini düşürmekte olup bahsedildiği üzere konkordatonun amaçlarından biri olan mali durumunun düzeltilmesi ve iktisadi sürekliliğin sağlanmasına da engel olmaktadır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi çekin karşılıksızdır işlemine tabi tutulmaması ile 'konkordato geçici mühleti verildiğinden işlem yapılamayacağına' ilişkin şerh düşülmesi yönündeki talebe ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıkları E. 2019/119 ve E. 2019/492 dosyalardan incelemiştir.

İstinaf Mahkemesi E. 2019/492, K. 2019/894, T. 16.5.2019 ve E. 2019/119, K. 2019/1072, T. 13.6.2019 kararlarında,

"Oysa konkordatoda temel ilke borçlunun malvarlığının başında bulunması ve işletmesini yeniden sağlam bir yapıya kavuşturmasıdır. Bu dönemde, borçlunun tedbirlerin alınmaması sonucunda malvarlığının tasfiye edilmesi durumu ile karşılaşması hali, konkordato kurumunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Farklı nedenlerle, nakit döngüsünde ciddi sıkıntılar yaşayan, mali yönden ödeme güçlüğü içinde olan ve bu sebeple konkordato talebinde bulunan borçlu şirketin, ticari hayatının devamında önemli yer tutan keşide ettiği çeklerin bankaya ibrazında "karşılıksızdır" şerhi yazılması, yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere, çek kanunu kapsamında karşılaşacağı yaptırımlar ve özellikle, adli para cezası, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankaya iade etmekle yükümlü olması, yeni çek hesabı açılamayacağı, mevcut olan organ üyelikleri görev sürelerinin sonuna kadar devam etse dahi, yasaklılık süresi içinde sermaye şirketlerinin yönetim organlarında görev alamamaları halleri gözetildiğinde, proje kapsamında borçlarını ödemek suretiyle alacaklıların İflas tasfiyesine göre daha iyi bir şekilde ve eşit koşullar altında tatmin etmeye yönelik konkordato ile ulaşılması öngörülen hedefe uygun düşeceğinin kabulü mümkün görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle ve özellikle 2004 Sayılı İİK 287. maddedeki mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır düzenlemesi de göz önünde bulundurularak, konkordatonun amacı ile aykırı düşmeyecek olan, borçlu şirketin keşide etmiş olduğu çeklerin muhatap bankaya ibrazı ve karşılığının olmaması halinde " karşılıksızdır " şerhi düşülmeyerek, geçici mühletin ilan tarihi sonrasında bankaya ibraz edilen borçlu şirketin keşide ettiği ve karşılıkları bulunmayan çekler yönünden, " konkordato tedbiri nedeniyle işlem yapılamayacağına dair şerh düşülmesi yönünden ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken" gerekçesiyle mühlet içerisinde yer alan konkordato borçlularının projeye tabi borçlarına ilişkin keşide ettiği çeklerine "konkordato tedbiri nedeniyle işlem yapılamayacağına" şerh düşürülmesi tedbirine talep halinde hükmedilmesine kanaat getirmiştir. [7]

Kanaatimizce de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu karar konkordatonun ruhuna ve amacına en uygun karardır. Yukarıda da değinildiği üzere, mühlet içerisinde olan borçlunun konkordatoya tabi borçlarını tasdikle beraber ödemeye başlaması, mühlet içerisinde ödememesi esastır. Anılan Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin kararı her ne kadar konkordato borçlusunun cezai sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklara çözüm getirse de konkordatonun amaçları gereğince borçlunun mali durumunun düzeltilmesi, mali istikrarın ve iktisadi sürekliliğin sağlanması için en uygun yöntem konkordato projesine tabi borçlara ilişkin keşide edilen çeklere mühlet içerisinde karşılıksızdır şerhi vurulmamasıdır. Zira karşılıksızdır şerhi vurulduğu takdirde, borçlunun finansal skoru düşmekte ve kredi veren bankalar ve bankalar dışındaki finansal kuruluşlar nezdinde itibar kaybı yaşatmaktadır. Bunun neticesinde de konkordatonun amacına aykırı olarak mali istikrarın ve iktisadi sürekliliğin sağlanamaması durumu söz konusu olabilmektedir.

Dolayısıyla konkordatoya başvuran borçluların mutlaka projeye tabi borçları sebebiyle keşide edilen çeklerine ilişkin olarak "karşılıksızdır" şerhi vurulmaması talebini yetkili yer Asliye Ticaret Mahkemesinden talep etmesi ve yetkili yer Asliye Ticaret Mahkemesinin de konkordatonun amaçlarına uygun olarak tedbire hükmetmesi gerekmektedir.

Detaylı Bilgi için;
Av. Sezer Emre
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. 5941 sayılı Çek Kanunu

2. PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018

3. BELGESAY, İcra ve İflas Hukuku Sentetik Bölüm, C.II, İstanbul 1953

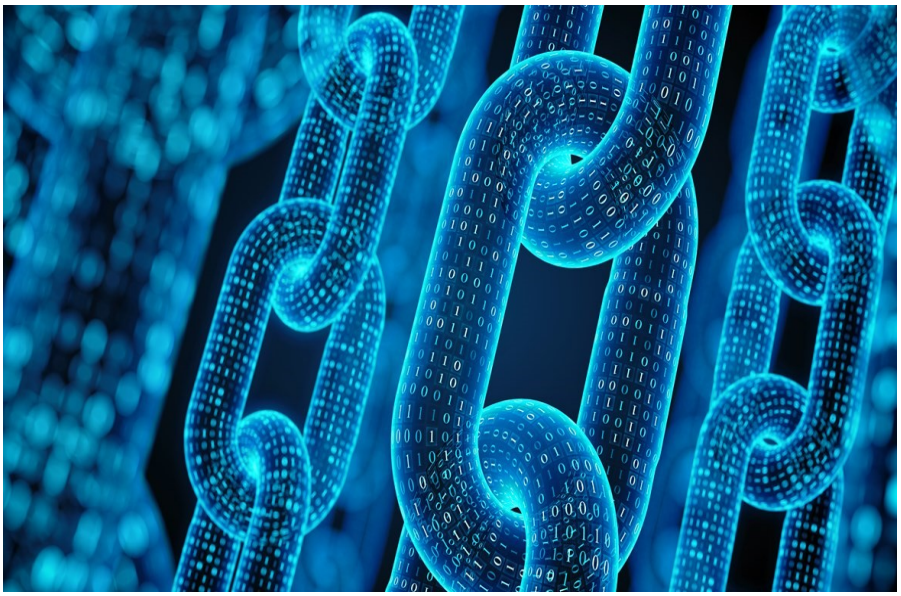
4. Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 2019/23974 E., 2019/9339 K. sayılı kararı

5. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği

6.https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiyede-bireylerin-kredi-notu-ortalamasi-bin-413e-yukseldi/1595904

7. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi E. 2019/492, K. 2019/894, T. 16.5.2019 ve E. 2019/119, K. 2019/1072, T. 13.6.2019 kararları KAZANCI - İÇTİHAT BİLGİ BANKASI

BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ NEDİR? NE DEĞİLDİR? UYGULAMA ALANLARI NELERDİR?



1. Blokzincir Kavramı ve Özellikleri

1.1. Blokzincir Kavramı

Blokzincir teknolojisi, blokların birbirine zincir gibi bağlandığı, bir merkezi kontrol noktası ve merkezi bir ağı olmayan dağınık bir veri tabanı şeklinde tanımlanabilir [1]

Bu sistemde her bir verinin zaman damgası (time stamp) bulunmaktadır. Bu veriler sistemde yer alan bloklara kaydedilir, ağadaki diğer katılımcıların çoğu bu verileri doğrular ve ayrıca bu veriler uçtan uca şifrelenerek bloklarda muhafaza edilir [2].

Her blok sınırlı veri kapasitesine sahip olabildiğinden, kapasitesi dolan bloğun "hash" olarak anılan ve bloğa kaydedilmiş tüm verilere karşılık gelen sabit uzunluktaki bir çıktısı oluşturulur [3].

Bir bloğun kapasitesi dolunca hemen yeni bir blok üretilir ve yeni veriler bu yukarıda açıkladığımız aynı işlemlerden geçerek kaydedilir. Yani yeni blok bir önceki bloğa eklenmektedir. Bu durum sürekli şekilde bir döngü halinde devam eder ve sonsuz sayıda birbirine bağlı veri blokları zinciri oluşmuş olur [4].

Önceki bloğun hash'i bir sonraki yeni bloğun içerisinde tutuğu verilerden bir tanesidir [5].

Bu durumda bloğa kaydedilerek sisteme girilmiş bir verinin değiştirilmesi ya da yeni bir verinin eklenmek istenmesi halinde bloğun hash'i değişeceğinden devamında oluşan tüm blokların hash'i de değişecektir.

Bu durum orijinalliğin kaybedilmesine yol açtığı şeklinde anlaşılacaktır [6]. Bir diğer ifadeyle iki blok arasındaki özet değeri anlatan hash'ler birbirleriyle tutarlı olmayacak, burada değişiklik yapıldığı çok kolay bir şekilde anlaşılacaktır [7].

Bu sebepledir ki blokzincir teknolojisi en güvenilir sistemlerden birisi olarak kabul edilmektedir.

Blokzincir teknolojisinin hiçbir merkezi kontrol noktası bulunmamaktadır. Bu sebeple de blokzincir teknolojisi dağınık veri veya dağınık defter olarak değerlendirilmektedir [8].

Bu dağınık defterin devlet tarafından manipüle edilmesi veya bozulması söz konusu olmamaktadır [9].

Defter kavramını kısaca, sürekli olarak yenileri eklenen ve şifrelemeyle güvence altına alınan elektronik işlem sicili olarak ifade edebiliriz [10].

1.2. Blokzincir Teknolojisinin Özellikleri

Blokzincirin farklı farklı tanımları bulunmakla beraber tüm tanımlar incelendiğinde temel olarak şu ortak özeliklerin ortak olduğunu söyleyebiliriz: Dağınık veri tabanına sahip olması, tüm kayıtların şeffaf olması, deftere kaydedilen verilere geçmişe etkili işlem yapılamaması, üçüncü kişilere duyulan ihtiyacın azalması, edimlerin otomatik ifasını mümkün kılmasıdır [11].

Bu özellikleri, daha net bir şekilde anlaşılması için kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

a. Dağınık Veri Tabanına Sahip Olması Özelliği

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere blokzincir teknolojisinin merkezi bir otoritesi veya ana sunucusu bulunmamaktadır. Bunun sebebi blokzincir teknolojisine güvenilirliğin bu çalışma sisteminin dağınık bir veri tabanı tarafından tasarlanmasından gelmektedir. Zira blokzincir teknolojisinin veri tabanı, düğümler arasında dağınık bir şekildedir [12].

Bu sistemdeki kullanıcıların her biri veri tabanına yeni veri ekleyebileceği gibi yeni eklenen verileri doğrulayabilir ve verilerin geçmişini izleyebilir. Ancak tek kullanıcının zincirde depolanan veriyi kontrol etmesi mümkün değildir [13].

b. Sisteme Kaydedilen Tüm Kayıtların Şeffaf Olması

Blokzincir teknolojisinin en önemli özelliklerinden birisi de şeffaf olmasıdır. Bu sistem, erişimi olan ve burada işlem yapan herkese açıktır. Her bir düğüm ya da kullanıcının kendisini adlandırılmasına hizmet eden ve otuzdan fazla harf veya numara karışımından meydana gelen bir adresi bulunmaktadır. Sistemdeki tüm veri değiş tokuş işlemleri bu adresler arasında yapılmaktadır. Ayrıca veriler bloklara kaydedilirken de bu adresler gözükmektedir. Kişiler bu adresleri oluştururken kimliklerini açıklayabilecekleri gibi sadece tamamen ya da kısmen açıklayabilir ya da anonim kalabilirler. Bu özellik güvenilir işlem açısından eleştirilmiştir [14].

c. Deftere Kaydedilen Verilerle İlgili Geçmişe Etkili İşlem Yapılamaması

Blokzincir teknolojisinin en çok tartışma konusu olan özelliği sistemde yapılan işlemlerin geri dönülmez şekilde sisteme kaydedilmesidir. Bu özellik sistemin güvenilir olması yönünde en önemli özelliğidir. Bir veri %50'yi geçen bir doğrulamayı sağlayarak bir bloğa kaydedildiği anda söz konusu veri üzerinde geçmişe etkili bir işlem yapılması artık mümkün olmayacaktır.

Başka bir şekilde ifade edecek olursak bir veri deftere bir kez işlendikten sonra silinemez, değiştirilemez ve geçmişe etkili olacak şekilde üzerinde işlem yapılamaz [15].

Blokzincir kavramının tanımı yapılırken bahsettiğimiz gibi zincirdeki her bloğun hash'i kendisini takip eden bir sonraki bloğun ana girdisi olduğundan bloklardan herhangi birindeki veriye sonradan müdahale etmek neredeyse imkansızdır çünkü bunun yapılması için kişinin ilgili tüm bloklarda değişiklik yapması gerekmektedir.

Ayrıca geçmişteki sistemde değişiklik yapmak isteyen kişinin sistemde bulunan diğer kullanıcılardan daha hızlı çalışması gerekmektedir ancak bunun yapılması insanüstü bir çabayı gerektirmektedir bu nedenle de imkânsız olduğunu söyleyebiliriz [16].

d. Üçüncü Kişilere Duyulan İhtiyacın Azaltılması Özelliği

Blokzincir teknolojisinin diğer bir özelliği sistemin herhangi bir aracı kuruma duyulan ihtiyacın kaldırması ya da azaltmasıdır. Ancak uygulamada bazı kullanıcılar yine de aracı kurumlara başvurma gereği duymaktadırlar. Bunun asıl nedeni yapılan işlemleri ve ilgili belgeleri doğrulayarak bunlara resmiyet kazandırmaktır.

Blokzincir teknolojisi kırılması imkânsız ve uçtan uca şifrelenmiş kriptografik işlemlerinin sonsuza kadar saklanmasını vadettiği için noterlik kurumuna bir alternatif olarak görülmektedir. Yine ayrıca bir ödeme yöntemi olarak üretildiğinde blokzincir teknolojisini bankaların yerini almayı vadeden bir teknoloji olarak değerlendirmek de mümkündür [17].

e. Edimlerin Otomatik İfasını Sağlama Özelliği

Blokzincir teknolojisinin diğer bir özelliği akıllı sözleşmelerin ortaya çıkmasını sağlamasıdır. Blokzincirin dijital yapısı ve veri tabanının doğası gereği, sisteme kaydedilmiş olan ve otomatik tetikleyici olarak ifade edebileceğimiz, önceden programlanmış algoritmalar ya da kurallar, taraflar arasında kurulmuş olan bir sözleşmenin sonucu olarak gerçekleşecek işlemlerin kendiliğinden sitem üzerinden gerçekleşmesini sağlayabilmektedir [18]. Basit kurallarla oluşturulan yazılımlar sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasını herhangi bir müdahaleye gerek olmadan otomatik olarak sağlamaktadır [18].

2. Blokzincir Teknolojisinin Uygulama Alanları ve Yapılan İşlemler

Günümüzde blokzincir teknolojisi genellikle bitcoin transferini sağlayan bir sistem olarak kullanılmaktadır. Ancak blokzincir teknolojisi başka alanlarda kullanılabilmeye uygun bir sistem olarak tasarlanmış bir alt yapıya da sahiptir. Dolayısıyla blokzincir teknilojisinin tek uygulama alanı bitcoin değildir. Aşağıda açıklayacağımız üzere blokzincir ayrıca kripto paraların değiş tokuş edilebilmesini sağlayan bir sistemdir [19].

Söz konusu bu sistem genel/izinsiz (public/permissionless) ya da özel/izinli (private/permissioned) kullanıma uygun olarak tasarlanmıştır. Genel/izinsiz kullanımın en önemli örneği bitcoin ve altcoinlerin işlem gördüğü ağlardır.

Söz konusu bu ağa herkes özgürce ulaşabilir, işlemleri takip edebilir ve işlem yapabilir. Yukarıda açıkladığımız üzere bu sistemin en önemli avantajı blokzincirde herhangi bir merkezi otorite olmaması ve dolayısıyla ağda yapılan işlemlere müdahale edilememesidir [20].

Özel/izinli kullanımda ise blokzincir ağı tek bir kuruluş tarafından kontrol edilir ve sadece bu sisteme girmesi için izin verilen kişi ya da kuruluşlar bu ağa erişim sağlayabilir. Söz konusu bu ağ tipleri genellikle bankalar ve çeşitli sektörlerde faaliyette bulunan şirketlerin yanı sıra devletlerin de araştırma alanına girmiştir [21].

Blokzincir düşüncesi Bitcoin'den önce de mevcuttur. 2008 yılında blokzincir tabanlı Bitcoin'i yaratan makalenin yayınlanması dijital para birimlerinin kaderini tümüyle değiştirmiştir. Esasında blokzincir teknolojisi, Dei'nin ''B-Money'' ve Szalo'nun ''Proof of Work'' fikirlerini dağıtılmış defter teknolojisiyle birleştirmiş ve dijital para birimlerinin bir kullanıcıdan diğerine aktarılmasını kolaylaştırmıştır [22]. Bu dönemde blokzincir teknolojisinin popülerlik kazanmasının asıl sebebi kayıtların merkezi bir sistem veya ağ tarafından tutulmaması veya diğer üçüncü kişilerin aracılığına gerek olmadan kripto paralarla online ödemeler yapılabilmesidir.

Bu kapsamda Bitcoin blokzincirinde işlem yapan kişiler güvenilir bir üçüncü kişiye gerek duymadan birbirlerine Bitcoin göndermişlerdir. Bu yönüyle de sanal para birimi olan Bitcoin de diğer sanal para birimleri gibi ödeme prosedürünü dijital hale getirmekte ve ödeme yapmak için ihtiyaç duyulan başkaca aracıları ortadan kaldırmaktadır [23].

Bitcoin mal ve hizmetlerin alımında kullanılabilen sanal para olarak ifade edilmektedir. Sanal paralar kanuni ödeme aracı olarak kabul edilmemekte ancak toplulu-ğun katılımcıları tarafından ödeme aracı olarak kabul edilmektedir [24].

Bitcoin'e tüm dünyada ilgi arttıkça, blokzincirin eksiklikleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere Bitcoin blokzincir temel alınarak dijital para değiş tokuşu olarak oluşturulmuş bir sistemdir ancak temelinde yatan protokolde bir değişiklik yapılmadıkça para değiş tokuşu dışında başka bir işlevi olmayacaktır.

Yine Bitcoin ağı yaklaşık her on dakikada bir mutabakata ulaşıp işlemler onaylanabildiği için de oldukça yavaş bulunmaktadır. Bitcoin'in bu yöndeki eksikliklerinin giderilmesi için yeni blokzincir projeleri başlatılmıştır.

Bu projelerin amacı blokzincirde dijital paraya ilişkin bilgilerin depo edilmesi ve merkezi olmayan uygulamaların üzerinde de çalışılabileceği bir sistem yaratılmasıdır [25]. Akıllı sözleşmeleri destekleyen birden çok blokzincir bulunmakla birlikte bunların en büyüğü Ethereum blokzinciridir.

Ethereum tıpkı Bitcoin'de olduğu gibi blokzincir tabanlı ve merkezi otoriteye ihtiyaç duymayan bir sisteme sahiptir ancak Bitcoin'e kıyasla önemli farklılıkları bulunmaktadır [26]. Ethereum blokzincirinde, sadece kripto varlık transferi yapılmaz buna ek olarak bilgisayar programları da yaratılabilir [27].

Bitcoin'de her bir bloğun oluşturulma süresi 10 dakika iken Ethereum'da bu süre 15 saniye olmuştur.

Ethereum'un Bitcoin'den diğer bir farkı ise farklı bir doğrulama algoritması (Ethash) kullanmasıdır. Ayrıca Ethereum blokzincir ağına katılanlar akıllı sözleşme kurabilir.

Akıllı sözleşmeler herhangi bir aracı bulunmaksızın para, gayrimenkul ya da alım satım gibi işlemlere konu olabilecek her türlü varlığın değişimini sağlayan bilgisayar protokolü olarak adırılmaktadır.

Bu sözleşmelerde gerçekleştirilen her türlü işlem bilgisayar koduna dönüştürülüp, saklanır ve blokzincir ağında bulunan kullanıcılar tarafından denetlenir.

Ayrıca akıllı sözleşmeler para transferi, ürün veya hizmet alım satımları gibi işlemlerin muhasebesel geri bildirimlerini de sağlamaktadır [28].

3. Blokzincir Teknolojisinin Fayda ve Sakıncaları

3.1. Blokzincir Teknolojisinin Faydaları

Yukarıda da bahsetmiş olduğum üzere blokzincir teknolojisinin öne çıkan en önemli özelliği sistemin şeffaf olmasıdır.

Merkezi olmayan dağınık bir veri tabanına sahip olması, verilerin herkesin erişimine açık olması ve ancak belli orandaki kullanıcının onaylanması halinde veri tabanına kaydedilebilmesi bu sistemin şeffaflığını göstermektedir.

Bu özellik herhangi bir merkez tarafından bu sistemin kapatılmaması veya hacklenememesi gibi faydaları da sağlamaktadır [29].

Bu şeffaflık güvenilirliğe ve aracı kurumlara duyulan ihtiyacın da ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Söz konusu sistem gerek dijital imzalar gerekse kullanıcıların doğrulama yapma özelliklerinden dolayı güvenli ortam yaratmaktadır [30].

Söz konusu sistemin diğer bir özelliği de mahremiyettir. Sistemin sağladığı anonimlik özelliği sayesinde kişiler bu şekilde açık ve şeffaf bir sistemde dahi gizlilik ve mahremiyet sorunu yaşamadan anonim şekilde finansal veya hukuksal işlemleri rahatlıkla yapabilmektedirler [31].

3.2. Blokzincir Teknolojisinin Sakıncaları

Blokzincir teknolojisinin faydaları olduğu kadar birçok sakıncası da bulunmaktadır. Blokzincir teknolojisinin sadece 13 yıllık bir geçmişi olduğu için kullanımı halen çok yaygınlaşmamıştır. Henüz bu sisteme tam güvenmeyen kişiler bulunmaktadır.

Bu güvensizliğin nedeninin Bitcoin takas merkezlerinde yaşanan hırsızlık olaylarından kaynaklandığı düşünülmektedir [32].

Ancak meydana gelen bu hırsızlık olaylarının genellikle asıl sebebinin kişilerin çoklu imza hususuna gerekli hassasiyeti göstermemeleri ve çevrimiçi cüzdan ile entegrasyonu çevrimdışı cüzdanlara tercih etmeleridir [33].

Bu sistemin diğer bir sakıncası ise Blokzincir siteminin işlem süresinin uzunluğu ve iş hacminin düşüklüğünden kaynaklanan gecikmeli işlemlerdir.

Blokzincir teknolojisindeki işlemler algoritmaların çözümüyle doğrulandığından ve bunlar pek karışık olduğundan ticari ve finansal hayatın aradığı hızı yakalayamamıştır [34].

Blokzincir teknolojilerinde anonimlik unsuru da söz konusu verilerin gerçek kişi olarak kime ait olduğunun tespitini zorlaştırmakta hatta imkânsız hale getirmektedir.

Diğer bir ifadeyle sisteme yüklenen verilerin, uçtan uca şifresi kırılarak bir veya birkaç kişi tarafından erişilebilir hale gelmesi durumunda bile veri sahibi taraf ya da taraflar anonim olarak işlem yapabilmektedirler.

Bu kişilerin tespiti yapıldığında ise sadece kullanıcı adı olarak seçilen isimleri gözükecek gerçek isimleri ve kimlikleri tespit edilemeyecektir. Bu durum da söz konusu sistemin başka bir sakıncasıdır [35].

Detaylı Bilgi için;
Av. Gülden Mehmed Altın
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Üstün, Ece Su, TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllık Sözleşmeler Blokzincir Teknolojisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 21.

2. Bilgili, Fatih/Cengiz M. Fatih, Bitcoin Özelinden Kripto Paralarının Eşya Niteliği Sorunu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(3), 3-23.

3. Güven, Vedat/Şahinöz Erkin, Blokzinciri, Kripto Paralar, Bitcoin, Kronik Kitap, İstanbul, 2018, s. 45; Bilgili/Cengiz, s. 3.

4. Üstün, s. 22.

5. Bilgili/Cengiz, s. 4; Güven/Şahinöz, s. 53.

6. Bilgili/Cengiz, s. 4.

7. Ünsal, Ersin/ Kocaoğlu, Ömer, Blok Zinciri Teknolojisi: Kullanım Alanları, Açık Noktaları ve Gelecek Beklentileri, Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi, S.13 (Ağustos 2018), s.55.

8. Bilgili/Cengiz, s. 4.

9. Aksoy Çağlayan, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 18.

10. Aksoy Çağlayan, s. 18.

11. Üstün, s.27 vd.

12. Avunduk, Hüseyin/Aşan, Hakan, Blok Zinciri (Blockchain) Teknolojisi ve İşletme Uygulamaları: Genel Bir Değerlendirme, Dokuz Eylül Üniversitesi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 2018, 374.

13. Avunduk/Aşan, s. 374; Üstün, s. 28.

14. Üstün, s. 29.

15. Üstün, s. 30.

16. Avunduk/Aşan, s. 372.

17. Tanrıverdi, Mustafa/Uysal, Mevlüt/ Üstündağ, Mutlu Tahsin, Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi, Bilişim Teknolojileri Dergisi, C. 12, S 13 Temmuz 2019., s. 204.

18. Avunduk/Aşan, s. 376; Üstün, s. 31.

19. Çağlayan Aksoy, s. 34.

20. Yavuz, Melih Sefa, Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerinde Bir İnceleme, Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırma Dergisi, C. 4, S. 1, s. 18.

21. Yavuz, s. 18.

22. Yavuz, s. 18; Çağlayan Aksoy, s. 33.

23. Çağlayan Aksoy, s. 33.

24. Çağlayan Aksoy, s. 34.

25. Çağlayan Aksoy, s. 35.

26. Yavuz, s. 20.

27. Çağlayan Aksoy, s. 35.

28. Yavuz, s. 20.

29. Tanrıverdi/Uysal/Üstündağ, s. 205.

30. Tanrıverdi/Uysal/Üstündağ, s. 205.

31. Avunduk/Aşan, s. 375; Üstün, s. 33.

32. Ünal/Kocaoğlu, s. 61.

33. Ünal/Kocaoğlu, s. 61.

34. Üstün, s. 35.

35. Üstün, s. 35.

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER ÇERÇEVESİNDE DOĞRUDAN TANIMA

Türk hukuk sisteminde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusu MÖHUK m.58'de düzenlenmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ancak MÖHUK m.58 kapsamında mümkün kılınmakta iken yabancı mahkeme kararlarının tanınması hususunda Türkiye tanıma veya tenfize ilişkin şartların düzenlendiği bir milletlerarası antlaşmaya taraf ise, tanıma MÖHUK çerçevesine göre değil, Türkiye'nin taraf olduğu sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. [1]

Türkiye'nin de taraf olduğu bazı milletlerarası sözleşmeler tanıma ve tenfize ilişkin hükümler de içermektedir. Türkiye'nin tarafı olduğu bir milletlerarası antlaşmanın uygulama alanına ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tanınması söz konusu olduğunda, bu yabancı mahkeme kararının değerlendirilmesi öncelikle ilgili milletlerarası sözleşme hükümlerine göre değerlendirilmektedir. [2]

Doğrudan Tanıma Kavramının Niteliği ve Türk Hukuk'undaki Yeri

Yabancı bir mahkeme tarafından verilen kararların tanınması kural olarak, iki usulde gerçekleşir;

i. Bağımsız bir dava açarak tanıma,

ii. Görülmekte olan bir dava içinde tanıma [3]

Söz konusu her iki usulde de MÖHUK m. 58 uyarınca, yabancı mahkeme kararının verildiği ülkede sahip olduğu kesin hüküm etkisinin Türkiye'de kabulü, Türk mahkemesinin verdiği tanıma kararına bağlı olarak gerçekleşmektedir. [4]

Ancak MÖHUK m.1/f.2 hükmü, "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır." şeklindedir. Bu kapsamda, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeler yer alıyorsa, yabancı karar Türk mahkemelerince tanıma kararı verilmeksizin, kendiliğinden kesin hüküm veya kesin delil etkisini doğuracaktır.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların bazılarında, bu antlaşmaların uygulama alanına giren taraf devlet yetkili makamlarınca verilen kararların, tanıma şartına veya MÖHUK uyarınca belirlenmiş olan tanıma usulüne tabi olmaksızın, sözleşmeye taraf devletlerde, ipso iure kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmasının kabul edildiği görülmekte olup, Türk hukukunda, milletlerarası antlaşmalar ile kabul edilen durumlarda, "Doğrudan Tanıma Usulü" olarak adlandırabileceğimiz bir tanıma usulünün de söz konusu olduğu görülmektedir.

Doğrudan Tanıma Usulü

Hukuk sistemimizde, yabancı bir ülkede yetki makamlarca verilmiş kararların doğrudan tanınması milletlerarası sözleşmeler ile kabul edilmiştir böylece yeni bir tanıma usulü olarak yerini almıştır. Doktrinde, bu usulün, birbirine yakın hukuk sistemleri olan ve özel hukuk ilişkilerini karşılıklı güven içerisinde yürütülebilen ülkeler arasında işleyebilecek bir usul olması sebebiyle milletlerarası alandaki iş birliği anlayışına uygun olarak, bu usulün Türk hukukunda milletlerarası antlaşmalar yoluyla kabul edilmesinin isabetli olduğu görüşü hakimdir. [5]

Doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına giren yabancı ülkelerde yetkili makamlarca verilmiş olan kararların kesin hüküm veya kesil delil etkisi herhangi bir şarta bağlanmaksızın, Türk mahkemelerinde tanıma kararı almaksızın kendiliğinden doğmaktadır.

İşbu sözleşmeler uyarınca, tanınacak kararın kesin hüküm veya kesin delil etkisi mi doğuracağı hususu söz konusu sözleşmelere göre belirlenmekte iken yabancı kararın verildiği ülkede kesin hüküm veya kesin delil etkisine sahip olduğu andan itibaren işbu etkiyi Türkiye'de de herhangi bir tanıma kararına gerek olmaksızın doğuracağı kabul edilmiştir. [6]

Milletlerarası sözleşmelere göre doğrudan kesin hüküm veya kesin delil etkisine sahip yabancı mahkeme kararlarına dayanarak, idari bir işlem yapılmak istendiğinde Türk mahkemelerinde tanıma davası açılmasına gerek olmadığı gibi, görülmekte olan bir davada milletlerarası sözleşmeler uyarınca kesin hüküm veya kesin delil etkisine sahip bir karar, dava dosyasına delil olarak sunulursa veya hakim tarafından dosyada böyle bir karara rastlanırsa, tanıma talebine gerek olmaksızın işbu kararın kesin delil veya kesin hüküm etkisi hakim tarafından resen kabul edilecektir. [7]

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği bazı milletlerarası antlaşmalarda, bazı kontrol şartları söz konusu olmaktadır.

Bu kontrol şartları doğrudan tanıma engelleri olarak kabul edilmektedir.

Doğrudan tanıma engeli olarak kontrol şartlarının kabul edildiği kabul eden milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı bulduğu yabancı yetkili makamlarca verilmiş kararın doğrudan tanınmasında, ilgililerin veya yetkili makamın itiraz etmesi halinde, bu kararların doğrudan tanınıp tanınamayacağının kontrolü gerekecektir.

Kontrol şartı diğer bir deyişle doğrudan tanıma engeli kabul edilmeyen milletlerarası sözleşmelerde ise, böyle bir kontrolün yapılması mümkün olmayacaktır. [8]

Kontrol Usulü

Milletlerarası sözleşmeler uyarınca, doğrudan tanınma usulünün kabul edildiği yabancı mahkeme kararlarından doğrudan tanıma engelleri yahut kamu düzenine aykırılık olup olmadığının kontrolü hukuk sistemimiz açısından, adli makamlarca yani Türk mahkemelerince yapılmaktadır.

Görülmekte Olan Davada Kontrol

Türkiye'de halihazırda görülmekte olan bir davada, milletlerarası sözleşme uyarınca doğrudan tanınan bir kararın kesin delil veya kesin hüküm etkisine karşı bir itiraz söz konusu olursa, davaya bakmakta olan hakim öncelikle, söz konusu kararın, milletlerarası sözleşmenin uygulama alanına girip girmediğini, sözleşmenin uygulama alanına girdiğinin tespit edilmesinin ardından da milletlerarası sözleşme uyarınca kabul edilen kontrol şartları diğer bir deyişle doğrudan tanıma engelleri yönünden yabancı yetkili makamlarca verilen kararın Türkiye'de tanıma kararı alınmasına gerek olmaksızın etki doğurup doğurmayacağı inceleyecektir. [9]

Doğrudan tanıma hususunda, sözleşmede tanıma engelleri söz konusu ise ve taraflarca ileri sürülmemişse bile, mahkeme tarafından işbu engeller resen incelenmelidir.

Milletlerarası sözleşmeden herhangi bir kontrol şartının öngörülmemesi halinde ise karara doğrudan kesin hüküm veya delil etkisi tanınmalıdır. [10]

Tanımama Davası

Milletlerarası usul hukukunun temel prensiplerinden birine göre, usulle ilgili konularda hâkimin hukuku (lex fori) uygulanmaktadır. [11] Türk mahkemelerinde kontrol, müspet tespit davası niteliğindeki tanıma davası (pozitif kontrol) yoluyla yapılmaktadır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, doğrudan tanıma usulü ise yabancı ülkelerce verilmiş olan mahkeme kararlarının herhangi bir şart incelenmeksizin ve mahkemeden tanıma kararı alınmasına olmaksızın, kesin hüküm etkisinin başka bir ülkede doğrudan kabul görmesidir.

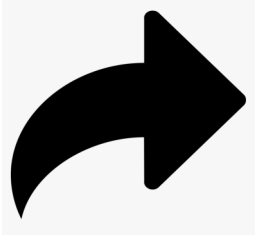
Doktrinde, bu kararlara karşı itirazı olan ilgililerin, kararın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin engellenebilmesi için menfi tespit davası açılması gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir şöyle ki; HMK m. 106 uyarınca,

> *"Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir."*

İki çeşit tespit davası söz konusudur. Bunlardan birincisi müspet (olumlu) tespit davası, ikincisi ise menfi (olumsuz) tespit davasıdır.

Müspet tespit davası, hak veya hukuki ilişkinin varlığının iddia edilmesi ancak karşı tarafın inkâr etmesi halinde açılan dava türü iken menfi tespit davası ise hak veya hukuki ilişkinin olmadığı, ancak karşı tarafın olduğunu iddia etmesi üzerine açılan davadır.

Bu itibarla, doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği milletlerarası sözleşme uyarınca doğrudan kesin hüküm veya kesin delil etkisine sahip olan yabancı mahkeme karara karşı itirazı olan ilgililerin menfi tespit davası açması gerekecektir.



MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE DOĞRUDAN KESİN HÜKÜM VEYA KESİN DELİL ETKİSİNE SAHİP YABANCI MAHKEME KARARLARINA DAYANARAK, İDARİ BİR İŞLEM YAPILMAK İSTENDİĞİNDE TÜRK MAHKEMELERİNDE TANIMA DAVASI AÇILMASINA GEREK OLMADIĞI GİBİ, GÖRÜLMEKTE OLAN BİR DAVADA MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER UYARINCA KESİN HÜKÜM VEYA KESİN DELİL ETKİSİNE SAHİP BİR KARAR, DAVA DOSYASINA DELİL OLARAK SUNULURSA VEYA HAKİM TARAFINDAN DOSYADA BÖYLE BİR KARARA RASTLANIRSA, TANIMA TALEBİNE GEREK OLMAKSIZIN İŞBU KARARIN KESİN DELİL VEYA KESİN HÜKÜM ETKİSİ HAKİM TARAFINDAN RESEN KABUL EDİLECEKTİR

I. DOĞRUDAN TANIMA USULÜNÜN KABUL EDİLDİĞİ MİLLETLERARASI ANTLAŞMALAR

Türkiye'nin taraf olduğu ve doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği milletlerarası antlaşmalar şu şekildedir;

i. Türkiye-Irak arasındaki adli yardım sözleşmesi (m.84)
ii. Bazı Ölümlerin Tespitine Dair Sözleşme (m.4),
iii. Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme (m. 6),
iv. Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçhelerine Dair 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi (m. 14),
v. Kişi Hallerine İlişkin İşlemlerin Düzeltilmesi Kararları ilgili Sözleşme (m.2, 3; doğrudan tanıma engeli m.4),
vi. Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi (m.23; doğrudan tanıma engeli m. 24),
vii. Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi (m.7; doğrudan tanıma engeli m. 16; çekince m.15).

Sonuç

Anayasa'nın 90. Maddesi ve MÖHUK'un 1. Maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un uygulamasında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tespit edilmiştir. Bu kapsamda da MÖHUK m.58'de kabul edilen, "Türk Mahkemesinde Bağımsız Bir Tanıma Davası Açılması" ve "Türk Mahkemesinde Görülmekte Olan Bir Dava İçinde Tanıma Talep Edilmesi" usullerine ek olarak "Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma"nın yeni bir tanıma usulü olarak Türk hukukunda yerini almaktadır.

Doğrudan tanıma usulü ise yabancı ülkelerce verilmiş olan mahkeme kararlarının herhangi bir şart incelenmeksizin ve mahkemeden tanıma kararı alınmasına olmaksızın, kesin hüküm etkisinin başka bir ülkede doğrudan kabul görmesidir.

Türk mahkemelerince, milletlerarası antlaşmalar uyarınca, doğrudan tanınan bir karar söz konusu olduğunda, MÖHUK'nda yer alan tanıma şartları araştırılmaksızın, sadece Sözleşmede kabul edilen doğrudan tanıma engellerinin bulunup bulunmadığını kontrol edilecek, yabancı karar başka bir sebeple kontrol edilemeyecektir.

Doğrudan tanımayı kabul eden milletlerarası sözleşmelerde, doğrudan tanıma engeli olarak bazı kontrol şartlar diğer bir deyişle kontrol şartları kabul edilmiş ise, ilgililerin veya yetkili makamın itirazı etmesi durumunda, bu kararların Türk hukukunda doğrudan tanınıp tanımayacağının kontrolü gerekmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu ve doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden, doğrudan tanıma usulü kabul edip, hiçbir doğrudan tanıma engeli kabul etmeyen sözleşmeler, Türkiye-Irak arasındaki iki taraflı adli yardım sözleşmesi (m. 84), Bazı Ölümlerin Tespitine Dair 14 Eylül 1966 tarihli Sözleşme (m.4), Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında 10 Eylül 1970 tarihli Sözleşme (m.6), 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (m. 14); doğrudan tanıma usulünü kabul etmekle birlikte doğrudan tanıma engeli kabul eden sözleşmeler ise, Kişi Hallerine İlişkin İşlemlerin Düzeltilmesi Kararlarıyla İlgili 10 Eylül 1964 tarihli Sözleşme (m.2 ve 3; doğrudan tanıma engeli m.4), Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliği Hakkındaki 29 Mayıs 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi (m.23; doğrudan tanıma engeli m. 24), 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Karar Verecek Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi (m. 7; doğrudan tanıma engeli m.16)'dir.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. D. Roza Doğan
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

2. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMANFİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 3.Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.

3. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

4. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

5. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

6. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

7. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

8. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

9. ŞENSÖZ, Ebru, Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.

10. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMANFİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 3.Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.

11. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMANFİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 3.Bası,Vedat Kitapçılık,

İCRA VE İFLAS KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK

İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Meclis Genel Kurulu'nda kabul edildi. Kabul edilen kanun teklifi İcra ve İflas Kanunu'nun yanı sıra 492 sayılı Harçlar Kanunu ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda değişiklik getiriyor.

Yapılan değişikliğe göre, iflas idare memurları, bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan iflas idare memurları listesinden seçilecek. Bu şekilde seçilen iflas idare memurlarından birinin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir, birinin ise hukukçu olması zorunlu olacak.

Değişiklikte iflas halinde malların paraya çevrilmesine ilişkin de düzenleme yer almakta. Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün halinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar ile bu mal ve hakları bünyesinde bulunduran işletmeler bir bütün olarak satılacak ve taşınmazın paraya çevrilmesi hükümleri uygulanacak. İşletmenin bir bütün olarak devredilerek paraya çevrilmesi usulüne olarak ayrıca Adalet Bakanlığı'nın yönetmelik çıkartacağı da düzenlenmiştir.

Bir diğer önemli değişiklik ise İcra ve İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde gerçekleşmiştir. Konkordato borçlusunun rehin tesis ettiği mal konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması öngörülmüyorsa veya kıymeti düşecek ya da muhafazası masraflı olacaksa komiserin görüşünün, alacaklılar kurulunun muvafakati ve mahkemenin izniyle satılabilecek. Satış gelirinden rehinli alacaklıya rehin miktarı kadar ödeme yapılacak.

Konkordato süreci iflasla sonuçlandığı takdirde, iflas kararını veren mahkeme adi tasfiyenin konkordato komiserleri yapılabileceğine karar verebilecek. Ayrıca, kredi kurumları tarafından verilen krediler de dahil olmak üzere, geçici mühlet kararından sonra komiserin izniyle akdedilmiş borçlar, adi konkordatoda konkordato şartlarına tabi olmayacak ve temerrüt halinde mühlet sırasında dahi icra takibine konu edilebilecektir. İşbu alacakların rehinli alacaklardan hemen sonra gelecek şekilde imtiyazı olacak.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan değişiklikle ise yapı kullanma izin belgesi düzenlenen tüm yapıların cins değişikliği işlemleri resen yapılacak.

Yapı kullanma izin belgesini düzenlemeye yetkili idare tarafından Mekânsal Adres Kayıt Sistemi'ne yüklenerek elektronik ortamda kadastro müdürlüğüne gönderilen yapı kullanma izin belgesi ile yapı aplikasyon projesine göre kadastro müdürlüğünce tescil bildirimi düzenlenecek.

Tapu müdürlüğüne gönderilen tescil bildirimi üzerine başkaca bir belge aranmaksızın cins değişikliği resen tescil edilecek. Cins değişikliği yapılmış taşınmaz kat irtifakı tesisli ise kat irtifakının tesciline ait resmi senede ve kat mülkiyetinin kurulmasındaki istem ve belgelere dayalı olarak başkaca bir belge aranmaksızın resen kat mülkiyetine çevrilecek.

Kaynak: https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3592.pdf

HUKUKA AYKIRI VERİ İŞLEYEN SİTE YÖNETİMİNE PARA CEZASI

Oturduğu sitenin yönetiminden sorumlu şirketin kendisine ait telefon numarasını yönetim hizmetleri kapsamında kullanılan bir mobil uygulama ile rızası dışında paylaştığı ve ilgili uygulamadan kendisine bilgi mesajı gönderildiği belirtilerek 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun) kapsamında gerekli yaptırımların uygulanması talebiyle site sakininin Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na başvurması akabinde başvuruyu inceleyen Kurul 13/04/2021 tarihli ve 2021/359 sayılı Karar Özeti yayımlandı.

Başvuruyu inceleyen Kurul, Kişisel verilerin aktarıldığı iddia edilen uygulamaya katılımın, site yönetim işlerinden ayrı bir amaca hizmet ettiği ve isteğe bağlı olduğu, bu uygulamaya ilgili kişilerin katılımını sağlamak amacıyla kişisel verilerin işlenmesinin Kanunun 5'inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan işleme şartlarına dayandırılamayacağı ancak ilgili kişinin açık rızası ile gerçekleştirilebileceği, ilgili kişinin açık rızasının ise alınmadığı hususları göz önünde bulundurularak kişisel verilerin hukuka aykırı işlendiği kanaatine varılmış olup, bu çerçevede Kanunun 12'nci maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmüne aykırı hareket eden veri sorumlusu Yönetim Hizmeti Sunan Şirket hakkında Kanunun 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına kanaat getirmiştir.

Kaynak: https://kvkk.gov.tr/Icerik/6966/2021-359

AYM'DEN REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU HÜKMÜNÜN İPTALİ TALEBİNE RET KARARI

Anayasa Mahkemesi'nin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu 104. Maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemenin, hükmün iptali talebiyle yaptığı başvuruyu reddettiği 2020/82 E., 2021/20 K., 18.03.2021 tarihli kararı 11.06.2021 Resmî Gazete'de yayımlandı.

Başvuruyu inceleyen Mahkeme, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen kuralın kanunilik şartını karşıladığı, belirli bir yaş aralığında bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel fiillerin cezalandırılması suretiyle anılan madde kapsamında çocukların korunması meşru amacının bulunduğu, on beş yaşındaki çocuğun cinsel farkındalık dönemine girdiği kabul edilse de henüz kişiliği yeterince gelişmediğinden cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını tam manasıyla kavrayamayacağından etkin bir şekilde korunması gerektiği ve suçun takibinin şikayete bağlı olması, ağırlığı ile yaptırımın niteliği göz önünde bulundurulduğunda orantılı olması nedeniyle itirazın reddine karar vermiştir.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210611-14.pdf

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

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

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

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

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

Bizi Takip Edin!

© 2017 - 2021 Özgün Law Firm