

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 3

Eylül, 2017

Başlarken...

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

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

Editörler:
Duygu Kesler
Ayşecan Mantarcı

AİHS ve T.C. Anayasası Hükümleri Kapsamında 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununa, 6745 Sayılı Kanunun 33. ve 34. Maddesi ile Gerçekleştirilen Ekleme-lerin Kısa Analizi

6745 sayılı kanun ile 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 8. ve 30. Madde ile Ek Madde 1, Geçici Madde 6, Geçici Madde 11, Geçici Madde 12 'ye kapsamlı değişiklikler getirilmiştir. (Sayfa 2)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Usulü Değişti

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılması için gerekli olan koşulları içeren Mahkeme İçtüzüğü'nün 47. maddesi yeniden düzenlenerek 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi. (Sayfa 7)

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi'nin Tarafları Ve Konusu Bakımından İnceleme

01.01.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6750 sayılı "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu" ile birlikte 21/07/1971 tarihli ve 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kalkmış olup, işbu Kanun ile mülga kanuna kıyasen esaslı yenilik ve değişiklikler yapılmıştır. (Sayfa 11)

Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Anlaşmalarında Zaman Bakımından Uygulanabilirlik ; "Ratione Temporis"

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları("YKTK Anlaşmaları") ; iki taraf devlet arasında imzalanan, bir devletin gerçek veya tüzel kişileri tarafından, diğer taraf devletin ülkesinde gerçekleştirilecek yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması amacı ile akdedilen uluslararası anlaşmalardır. (Sayfa 16)

Ayıplı Aracın Ayıpsız Misli İle Değiştirilmesi Kararının İcra Ve İflas Kanunu 24. Maddesi Kapsamında İcraya Konulması

Ayıplı araç nedeniyle, TKHK veya BK kapsamında dava açan gerçek ya da tüzel kişiler hakkında mahkemece "Ayıplı aracın iadesine ve ayıpsız misli ile değiştirilmesi" yönünde verilen ilamların icraya konulması halinde, davalı tarafın misli ile değişim kararını yerine getirememesi üzerine, İ.İ.K. 24. maddesine göre işlem yapılmaktadır. (Sayfa 5)

İşçinin Şirket Birleşmesinde Söz Hakkı

Ticari şirketlerin birleşmesinde, "Kanun koyucu işçilere söz hakkı tanımış mıdır?, Devrolan şirket çalışanları yeni işverenle çalışmaya devam etmek zorunda mıdır?, Şirketin devrine işçi itiraz edebilir mi?" gibi sorular 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunumuz tarafından tek tek düzenlenmiştir. (Sayfa 8)

ICO (Initial Coin Offering) Nedir?

ICO (Initial Coin Offering), yeni projelerin bitcoin ve ether karşılığında temel kripto paralarını sattığı para toplama mekanizmasıdır. Bir yünden, yatırımcıların şirket hisselerini satın aldığı IPO (Initial Public Offering – Halka Arz) ile benzerlik göstermektedir. (Sayfa 14)

Güncel Haberler

Kişisel Veriyi Korumadılar (Sayfa 10)

Aihm'den 'İş Yerinde Kişisel Mesajlaşma' Kararı (Sayfa 13)

Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Değişiklik (Sayfa 15)

AIHS VE T.C. ANAYASASI HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNUNA, 6745 SAYILI KANUNUN 33. VE 34. MADDESİ İLE GERÇEKLEŞTİRİLEN EKLEMELERİN KISA ANALİZİ

Giriş

6745 sayılı kanun ile 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 8. ve 30. Madde ile Ek Madde 1, Geçici Madde 6, Geçici Madde 11, Geçici Madde 12 'ye kapsamlı değişiklikler getirilmiştir.

07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen EK madde 1'de; "Uygulama imar planlarında umumî hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6'ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir. Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir. Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6'ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6. maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır. Bu Kanunun geçici 6. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken



yüzde iki oranındaki ödenekler, yüzde dört olarak ayrılır. İlave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödenekler, münhasıran bu ek madde ile geçici 11 inci ve geçici 12. maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılır. Yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödenegin toplamını aşması hâlinde, ödemeler, en fazla on yılda ve geçici 6. maddenin sekizinci fıkrası hükmüne göre yapılır." hükmüne yer verilmiştir.

07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 34. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici Madde 11'de ise; "Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkroda belirtilen süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanır." hükmü yer almaktadır.

Kamulaştırma Kanunu'nda özellikle 6745 sayılı kanunun 33. ve 34. Maddeleri ile getirilen değişiklik ve düzenlemeler, aynı konuya ilişkin gerçekleştirilen eski mevzuat değişiklikleri ile birlikte değerlendirildiğinde temel hak ve hürriyetler bağlamında özel bir incelemeyi gerektirecek seviyede eleştiriye açıktır. Anayasa Mahkemesine başvurulara da konu edilen işbu

düzenlemeler AIHS ve T.C. Anayasası hükümleri ile çelişmektedir.

Bu yazı kapsamında, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunundaki tüm değişikliklerden ziyade salt 6745 sayılı yasanın 33. Ve 34. Maddeleri çerçevesinde bir inceleme amaçlanmıştır.

Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Değerlendirme

Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti", eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık yasaların üstünde yasa koyucunun uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Devletin, kendi koyduğu kurallara uymadan, devletin veya bir kamu tüzel kişisinin, tamamlanmamış olan bir kamulaştırma işlemini, sonradan yürürlüğe koyduğu bir yasa ile tamamlanmış sayarak, el koymas ve bireylerin dava hakkı olmayacağını belirterek ifade etmek isteriz ki mülkiyet hakkından doğan tazminat hakkının ellerinden alınması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Hukuk Devletinde kurallar öngörülebilir olmalıdır. Birey hangi koşullarda neyle karşılaşabileceğini öngörebilmelidir. »

Öngörülebilirlik, mevzuat normunun açık ve anlaşılabilir olmasıdır. Birey kendi davranışının, ya da devletin davranışının, muhtemel sonuçlarını, önceden tahmin edebilecek durumda olmalıdır. A.İ.H.M. 28/09/1999 tarih, 22479/93 başvuru nolu Öztürk - Türkiye ile ilgili kararında, 20/05/1999 tarihli Rekvenyi - Macaristan kararına atıf yaparak, bu ilkeyi belirtmiş ve buna aykırı davranışı, hukuk devletine aykırı görmüştür. Ayrıca, hangi koşullarda ne şekilde dava açabileceğini bilen birey, dava devam ederken, dava hakkının elinden alınabileceğini öngörebilmesi mümkün değildir. Öngörülebilir olması yanında, dava hakkının elinden alınması keyfi bir davranıştır. Bireyler keyfi muamelelere karşı korunmalıdır.

Tüm bunlar göz önüne alındığında getirilen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirme

6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 33. maddesi ile eklenen Ek Madde 1'de yer alan "Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu kanunun geçici 6. Maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkraya hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü sekizinci ve on birinci fıkraya hükümleri uygulanır." şeklindeki hüküm, Anayasanın 10. maddesinde ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesine de açıkça aykırıdır.

Örneğin, aynı tarihte aynı norm nedeni ile bir mağduriyet yaşayan ve dava açan iki ayrı kişinin açtığı davalar işbu yasa yürürlüğe girinceye kadar aynı usul ve esasa göre yürütülmüş iken, bu davalardan birisi yasanın yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş, buna mukabil diğeri hak sahibinin elinde olmayan ve yargılamada ki gecikmelerden dolayı henüz kesinleşmemişse, ya da her iki dava karara çıkmış ama biri kesinleşip ödemesi gerçekleştirilmiş diğeri kesinleşmesine rağmen ödemesi gerçekleştirilmemişse; dava tarihi itibarıyla eşit statü ve hukuki düzende bulunan mağdurlar arasındaki bu eşitlik, davası kesinleşmeyen ve/veya ödemesi gerçekleştirilmeyen

aleyhine açıkça bozulacak ve Kanun önünde eşitsizlik ortaya çıkacaktır.

Hal böyle olunca mezkur cümle, Hukuka Güven İlkesi dolayısıyla Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle maddenin bu cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı tartışmasız bir şekilde ortadadır.

Mülkiyet hakkı yönünden değerlendirme

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde ve AİHS Ek-1 Protokol ile bir temel hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasanın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine sonradan, Ek-1 Protokol ile dahil edilmiştir. Kişinin, mal ve mülkünden yararlanma hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel temel unsurlarından birini oluşturur. AİHS Ek-1 Protokol 1. maddesine göre, herkese mal ve mülkünün dokunulmazlığına riayet edilmesi hakkını tanımakla, özü itibarı ile, mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır.

Mülkiyet hakkı, hem AİHS Ek-1 Protokolün 1. maddesi, hem de sözleşmenin 6. maddesi koruması altındadır. Hakkı ihlal edilen kişi, ulusal bir organa başvurma olanağından yoksun bırakılmış ise, AİHS 13. maddenin ihlaline de sebep olabilmektedir.

2942 sayılı yasaya 6745 sayılı kanununun 33. maddesi ile eklenen Ek 1. Maddesi ve ayrıca 34. maddesi ile eklenen geçici 11. madde, ilgilinin mülkiyet hakkını kullanmasını, süresi belirsiz bir şekilde ötelemesinin yanı sıra, bu süreçte gerçekleştirilecek değer artışlarına bağlı olarak elde edebileceği kazanımlarını da engellemektedir.

Mezkur geçici 11. maddedeki hüküm ile mülkiyet haklarının özüne dokunulmuş ve mülkiyet hakkı engellenmiştir. Temel hak ve özgürlükleri, büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, hakkın özüne dokunur. Kamu yararı, ancak bedeli ödenmek suretiyle, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracaktır.

Her şeyden önce, madde metninde, ödeneğin yetersiz kaldığı halde ne olacağı belirsizdir Ayrıca, ödemelerin gerçekleştirilebilmesinin ön şartı olan yürürlüğün de zaten mağdur konumunda bulunan bireylerin haklarını önemli ölçüde kısıtlayacağı, ortada olup, ne şekilde gerçekleşeceği

kestirilemeyen ödemelerin 10 yıla kadar yayılmasına sebep olabilecek, Türkiye'nin yıllardır içinde bulunduğu enflasyonist ortamda alınan ödemenin eriyip gitmesine neden olacak ve yüksek mağduriyete sebep verecektir.

Bu ise açıkça, Anayasa ile garanti altına alınan ayrıca Türkiye Cumhuriyetinin 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı kanun ile onayladığı AİHS Ek-1 Protokol ile düzenlenen ve korunan mülkiyet hakkının özüne aykırılık teşkil eder. Bu durum, sınırlamayı aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur. Mülkiyet hakkına keyfi bir el koymadır.

Bu meyanda ifade etmek istediğimiz önemli bir başka husus ise şöyledir: Yukarıda alıntı yapılan düzenlemeler ile devlet, getirdiği bu yasal düzenleme ile daha evvel yasa yoluna başvuran fakat bir kaç defa yasama eliyle esas ve usule dönük değişiklikler gerçekleştirildiği için halihazırda yıllardır süren hukuk mücadelesine rağmen hakkını elde edemeyen ve zorda olan, haksızlığa karşı bir çözüm yolu arayan mağdur vatandaşı bir kez daha mağdur etmiştir ve edecektir kanaatindeyiz.

Bu mücadele, eşitler arası bir çekişme olmaktan çıkmış, maç başladıktan sonra kuralların değiştirildiği bir oyuna dönüşmüştür. Açıkça güçlü devletin, güçsüz birey karşısındaki hakim pozisyonu vasıtası ile mülkiyet hakkının en ağır şekilde ihlalidir kanaatindeyiz.

Burada bir parantezle belirtmek gerek ki, AİHM'in Sporong ve Lönnroth - İsveç 1982, Ailen Jakobsen/İsveç 1989, Petros Papamichaopoulos/Yunanistan, Erkner ve Hafouer/Avusturya 1987, Nastou - Yunanistan 16163/02, Kutsal Manastırlar - Yunanistan, N.A ve diğerleri - Türkiye başvurusu 37451/97, Akkuş/Türkiye arasındaki 09/07/1997 tarih 30 nolu Aka/Türkiye 24/04/1988 tarih, 49/50 Sayılı kararlarında mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararının korunması arasında, kurulması gereken dengenin, bozulup bozulmadığına bakılmıştır.

Dengenin bozulması halinde, AİHS Ek-1 Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. AİHM 4/07/2006 tarih, 73739/01 başvuru nolu Karaman ve Beyazit / Türkiye davasında (Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür) bedelin geç ödenmesini bile AİHS Ek-1 Protokol 1. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Huzurdaki olayda, »



bedelin 10 yıla yayılan bir süreçte ödenebilmesi imkanı getirilmesi yönünden aykırılık tartışmasıdır.

AİHS Ek-1 Protokol 1. maddesi, devlete sadece mevzuata saygı göstermek ve öngörülebilir, tahmin edilebilir ve tutarlı bir şekilde uygulama görevi yüklemekle kalmamaktadır. Devletin bunun yanı sıra, mülkiyet hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, hukuki ve pratik koşulları sağlama yükümlülüğü de mevcuttur. Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirecek yerde, bunun tam tersini yaptığı an, hatta mevcut yükümlülüğü ötelemek üzere mevzuat değişikliğine gittiği takdirde böyle bir düzenlemenin AİHS Ek-1 Protokol 1. maddesine aykırı olacağı tartışmasıdır.

Burada koruma alanı içinde kalan taşınmazlar özelinde kısa bir değerlendirmede bulunmak gerekirse, taşınmazı kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilen özel kişilere ait taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkının belirsiz süreli kısıtlandığının kabul edildiğini belirtmek isteriz. Diğer ifade ile idarenin uzun süren eylemsizliği açıkça kişisel yarar ve kamu yararı arasındaki dengenin bozulmasına sebebiyet vermekte ve bu da AİHS Ek-1 Protokol ile korunan mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Bu husus Danıştay'ın farklı kararlarında alıntı yapılan Sporrong ve Lönnroth - İsveç 1982 kararı ile tartışılan bir husus olup, makaleye konu edilen "2942 sayılı yasaya 6745 sayılı kanunun 33. maddesi ile eklenen Ek 1. maddesi ve ayrıca 34. maddesi ile eklenen geçici 11. madde" değişikliğinin kamu yararı ile özel yarar arasındaki dengenin bozulması anlamına gelen açık bir mülkiyet hakkı ihlali olduğu açıktır.

Adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirme

Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes,

meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle, yargı mercileri önünde, davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan dava yolu ile hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak olmasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır.

AİHS 6. maddeye göre; herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar, gerekse tarafsız bir mahkeme tarafından, makul sürede, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkı mevcuttur. Kişisel haklar ibaresi, sadece devletin iç hukukuna dayanan hükümler olarak yorumlanamaz.

Mahkemeler önünde açılmış ve görülmekte olan davalar sürerken, bunları da kapsar ve sekteye uğratar mahiyette yasa çıkartılarak, yargı süreci devam ederken bu hakkın ilgililerin ellerinden alınması, sözleşmeyi imzalayan ve hukukun üstünlüğü prensibine saygı göstermeyi taahhüt eden bir ülkeye, en açık ifade ile yakışmayan bir davranıştır.

Tarafların menfaatlerinin söz konusu olduğu davada, her iki tarafta, diğer taraf karşısında, kendisini esaslı bir şekilde dezavantajlı bir duruma sokmayacak şartlar altında, kendi iddiasını savunma imkanı verilmesini ve muhafaza edilmesi gerekmektedir. AİHM 13427/87 başvuru nolu, Stron Greek Refineries ve Stradis Andradis/Yunanistan davasında, 09/12/1994 tarihli kararında, bu müdahalenin AİHS. 6. maddesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. AİHM Selin Aslı Öztürk - Türkiye davasında da mahkemeye başvuru hakkının engellenmesini, AİHS 6. maddesinin ihlali anlamına geldiğini kabul etmiştir.

Devletin yükümlülüğü, açılan davalarda, yargı organı tarafından sonuca bağlanmasını etkilemek amacıyla, yasama organı tarafından, adalet dağıtımına herhangi bir şekilde müdahale edilmesini önlemektir. Devlet, bu madde ile davanın sonuçlarının kendi lehine çevrilmesinde belirleyici tarzda müdahale etmiştir. Bu husus adil yargılanma hakkının ihlalidir.

Sonuç

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. ve 34. maddeleri ile getirilen değişiklik ve düzenlemeler, önceki mevzuat değişiklikleri ile birlikte değerlendirildiğinde en anlaşılır tabiri ile oyunun kurallarının oyun başladıktan sonra değiştirilmesi söz konusudur.

Böylelikle temel hak ve hürriyetler bağlamında yukarıda yapılan tüm değerlendirmeler ışığında "Hukuk Devleti İlkesinin", "Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin" zedelenmesi ve ayrıca kişilerin "Mülkiyet Hakkına", "Adil Yargılanma Hakkına" zarar verilmesi söz konusudur. Bu şekilde ise "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası"na ve "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin korunmasına ilişkin Sözleşme" (AİHS)'e açıkça aykırılık teşkil eden düzenlemeler getirildiği kanaatindeyiz.

Detaylı Bilgi İçin;
Avukat
Gülşah Banu Polat
gulsah@ozgunlaw.com

AYIPLI ARACIN AYIPSIZ MISLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİ KARARININ İCRA VE İFLAS KANUNU 24. MADDESİ KAPSAMINDA İCRAYA KONULMASI



Ayıplı araç nedeniyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya Borçlar Kanunu kapsamında dava açan gerçek ya da tüzel kişiler hakkında mahkemece "Ayıplı aracın iadesine ve ayıpsız misli ile değiştirilmesi" yönünde verilen ilamların icraya konulması halinde, davalı tarafın misli ile değişim kararını yerine getirememesi üzerine, İ.İ.K. 24. maddesine göre işlem yapılmaktadır.

Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, söz konusu hükme göre, aracın değeri icra dairesinde belirlenecek, alacaklı aracı teslim edecek borçlu da parayı ödeyecek olsa da, ilgili hükümde düzenlenmemiş olması nedeniyle uygulamada yaşanan sorunlar Yargıtay içtihatları doğrultusunda çözülmeye çalışılmaktadır.

Bu kapsamda, işbu çalışmada öncelikle genel hatlarıyla İ.İ.K. 24. maddesi gereğince taşınır tesliminde uyulacak usul ve esaslara değinilecek, sonrasında ise, spesifik olarak "ayıplı aracın ayıpsız misli ile değiştirilmesi" yönündeki mahkeme ilamların icrasında dikkat edilmesi gereken hususlar konu ile ilgili Yargıtay içtihatları ışığında izah edilmeye çalışılacaktır.

Para ve teminattan başka alacaklar hakkında icra takibi yapılabilmesi için, alacağın ilk önce bir mahkeme ilamı ile hüküm altına alınmış olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, konusu paradan ve teminattan başka bir şey olan alacaklar için ilamsız icra yoluna başvurulamaz (tek istisna: ilamsız tahliye, md. 269 vd.) Bu kapsamda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanu-

nu'nun ilamların icrası başlıklı ikinci Bap'ında yer alan "Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında ilamların İcrası" başlığı altında 24. madde ile düzenlenen Taşınır tesliminden maksat, taşınır bir malın bir kimseden (borçludan, davalıdan) alınarak, diğer bir kimseye (alacaklıya, davacıya) verilmesine ilişkin ilamların icrasidir. Örnek vermek gerekirse; araç maliki A, aracın ayıplı olması sebebiyle aracın satıcısı B'ye karşı açtığı ayıplı maldan kaynaklanan aracın misli ile değiştirilmesi davasını kazanır; mahkeme, B'yi aracın ayıpsız mislini A'ya teslim etmeye mahkum ederse ve A, bu ilama dayalı (ilamlı) takip yapmaya karar verirse, bu takipte uygulanacak usul ve esaslar İ.İ.K. 24. maddesi ile belirlenmiştir.

Buna göre, öncelikle alacaklı, taşınır teslimi hakkındaki ilamı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. İlamda teslimine karar verilen taşınır malın değeri yazılı olsa bile, alacaklı yalnız, taşınır malın teslimini isteyebilir; yoksa, taşınır malın değeri (para alacağı) için ilamlı takip yapamaz. Belirtmek isteriz ki, alacaklının taşınır teslimi hakkındaki ilamı icraya koyabilmesi için, hükmün kesinleşmiş olması şart değildir.

Takip talebini alan icra müdürü, bir icra emri düzenleyerek borçluya gönderir. İcra

emrini alan borçlu, (yedi gün içinde veya daha sonra) taşınır malı icra dairesine teslim ederse, icra dairesi de bu taşınır malı alacaklıya teslim eder ve böylece icra takibi sona ermiş olur. Buna karşılık, icra emrini alan borçlu, icra emrindeki ihtar uymaz, yani yedi gün içinde taşınır malı teslim etmez (veya eksik teslim eder) ve bir icranın geri bırakılması kararı da göstermezse, alacaklının talebi ile, ilamda yazılı olan taşınır mal veya misli eşya, borçlunun yedinde bulunuyorsa icra dairesi tarafından borçludan zorla alınarak alacaklıya teslim edilir.

Buraya kadar anlatılan kısımda ilama konu taşınır malın borçlunun elinde olması halinde, sürecin nasıl işlediği kısaca izah edilmeye çalışılmış olup, görüldüğü üzere, ilam konusu taşınır mal ya da misli eşyanın borçlunun elinde olması halinde, taşınır malın teslimine ilişkin ilamların icrası sorunsuz bir şekilde tamamlanabilmektedir.

Buna karşılık, ilamda yazılı olan taşınır mal veya misli eşya borçlunun elinde bulunmazsa, bu durumda, borçlu artık aynen ifaya zorlanamaz, taşınır mal teslim borcu para borcuna dönüşür ve borçlu, malın bedelini alacaklıya para olarak ödemek zorundadır. Bu durumda, iki ihtimal ortaya çıkabilir;

İlamda yazılı olan taşınır mal veya misli eşya borçlunun elinde bulunmazsa, bu durumda, borçlu artık aynen ifaya zorlanamaz, taşınır mal teslim borcu para borcuna dönüşür .

i. Taşınır malın değeri ilamda yazılı ise: Borçlu, elinde bulunmayan taşınır malın ilamda yazılı olan bu değerini faizi ile birlikte para olarak ödemek zorundadır.

ii. Taşınır malın değeri ilamda yazılı değilse: Alacaklı (davacı), dava dilekçesinde yalnız taşınır malın teslimine karar veril-

mesini istemiş ise, mahkeme, yalnız taşınır malın teslimine karar verebilir; bulunamazsa bedelinin tahsiline de yani terditli hüküm veremez.

Belirtmek isteriz ki, taşınır tesliminde uygulamada en çok karşılaşılan ve yeterli yasal düzenlemeler olmaması nedeniyle Yargıtay içtihatları ile çözümlenmeye çalışılan husus, ilama konu taşınır »

malın veya misli eşyanın borçlunun elinde olmaması ve taşınır malın değerinin ilamda yazılı olmamasıdır.

Bu halde, teslimine hükümlenen malın değeri ilamda yazılı değilse; iki ihtimal söz konusu olacaktır. Şöyle ki;

a. Alacaklı ile borçlu taşınır malın değeri üzerinde anlaşılırsa, borçlu bu anlaşılan miktar parayı ödemek suretiyle taşınır teslimi borcundan kurtulur.

b. Alacaklı ile borçlu taşınır malın değeri üzerinde bir anlaşmaya varmazlarsa, yani bu değer ihtilaflı ise, bu halde taşınır malın değeri icra müdürü tarafından takdir olunur. İcra müdürü, taşınır malın değerini haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir eder (m.24/f.4)

İcra müdürü, taşınır malın değerini takdir ederken, malın değerini borsa veya ticaret odalarından, bu kuruluşların bulunmadığı yerlerde, kendisi tarafından seçilecek bilirkişiden sorar ve alacağı cevaba göre taşınır malın değerini belirler (m.24/f.5) ve bu bedeli bir muhtra ile borçludan ister. Yargıtay içtihatlarına göre, borçlu bu muhtranın kendisine tebliği tarihinde temerrüde düşeceğinden, alacaklı bu tarihten itibaren faiz isteyebilir (Yargıtay 12. HD. 13.11.2006, 18420/21031; 12. HD. 6.4.2009, 27431/7258; HGK 20.10.2010, 12/494-521).

İlgililerin (özellikle alacaklı ve borçlunun) icra müdürünün değer takdirine ve muhtra tebliğine karşı icra mahkemesine şikayet hakları vardır (m.24/f.6).

Ayrıca, özellikle "Ayıplı aracın ayıpsız misli ile değiştirilmesi kararının icrası" nda uygulama alanı bulan İ.İ.K. 24. maddesinde yeterli açıklık bulunmayan hususlar Yargıtay içtihatları ile düzenlenerek konuya açıklık getirilmiştir.

Bu kapsamda, ilam konusu eşyanın araç olması halinde; İ.İ.K. 24. maddesine göre aracın değerinin ne şekilde tespit edileceği konusundaki Yargıtay içtihatlarında birkaç örnek vermek gerekirse;

i. Takibe konu...marka ...model aracın "0" km olarak bugün üretilmiş olması

halinde edeceği değerinin İstanbul Ticaret Odası'na sorularak, verilecek sonuca göre aracın değerinin tespit edilmesi gerekeceğini.(Yargıtay 12. HD. 27.06.2012 T. 9214/22730)

ii. Borçlu ilama konu aracın ellerinde bulunmadığını beyan ettiğinden mahkemece, İİK'nun 24/5. Maddesi hükmüne ilamda belirtilen 2008 model aracın donanımında 0 km ayıpsız misli, bugün üretilse değerinin ne olacağı yeniden ticaret odasından sorularak belirlenmesi... (Yargıtay 8. HD. 26.06.2012 T. 6119/6235). şeklinde sıralanabilir.

Ayrıca, bahsi geçen hükmün dördüncü fıkrası gereğince, icra müdürlüğü tarafından, taşınır malın değerinin haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir edilmesi düzenlenmiş ise de haciz tarihi olarak hangi tarihin kabul edileceği açıkça düzenlenmemiştir.

Bu nedenle, uygulamada Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili içtihatlarına göre işlem yapılmakta ve haciz tarihi olarak aracın aynen teslimi için verilen 7 günlük sürenin sona erdiği tarih kabul edilmektedir.

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer konu ise; ayıpsız aracın misli ile değiştirilmesi, ayıplı aracın ise davalı (borçlu) teslimi yönündeki mahkeme ilamında, İ.İ.K. 24. maddesinin nasıl uygulama alanı bulacağıdır.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin E.2012/3129 K.2012/3582 ve 02.05.2012 tarihli ilamında; "... Alacaklının bedelin tahsilini isteyebilmesi için öncelikle kendisine düşen ilamda belirtilen ayıplı aracın iadesi edimini yerine getirmesi şarttır. (HGK 24.02.2010 Tarih 2010/12-106 E-2010/107 K.)..." şeklinde belirtilmek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir. Buna göre, alacaklı yan kendine düşen edim olan iade koşulunu gerçekleştirilmeden aracın ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebinde bulunamayacaktır.

Sonuç olarak, ilamda yazılı olan taşınır mal veya misli borçlunun elinde bulunamazsa, taşınır malı teslim borcu para borcuna dönüşür ve borçlu yukarıdaki esaslara göre tespit edilen değerini borçlanmış sayılır. Borçlu bu parayı rızası ile ödemezse, ayrıca bir hükme ve icra emrine gerek kalmaksız-

ALACAKLI KENDİNE DÜŞEN EDİM OLAN İADE KOŞULUNU GERÇEKLEŞTİRME-DEN ARACIN AYIP-SIZ MİSLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİ TALEP EDEMEZ

zın borçlunun bu borcu karşılamaya yetecek miktarda malı haczedilir (m.24/f.4).

Detaylı Bilgi İçin;
Avukat
Aslihan Çelik

aslihan@ozgunlaw.com

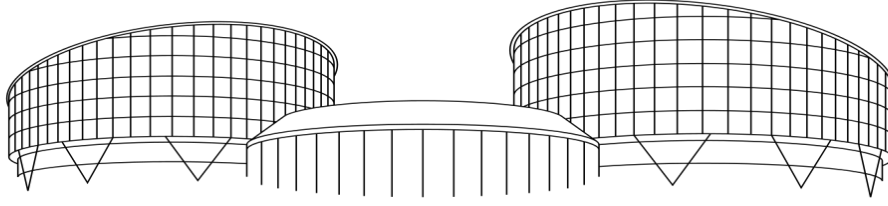
Kaynakça

1.Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, 2. Baskı

2.Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016

3.Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, Beta Basımevi, İstanbul 2015, 6. Baskı

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BAŞVURU USULÜ DEĞİŞTİ



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılması için gerekli olan koşulları içeren Mahkeme İçtüzüğü'nün 47. maddesi yeniden düzenlenerek 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi.

Yapılan değişiklikler neticesinde; "Başvuru Formu" "Başvuru Formunun Doldurulmasına İlişkin Bilgiler" başlıklı belge ve başvuruya ilişkin diğer ilgili tüm belgeler güncellenmiştir. Başvurucular, başvuru formunun değiştirilmiş ve yürürlükte olan geçerli şeklini kullanmalıdırlar. İlgili düzenlemeden önce kullanılan eski başvuru formları ise, işbu düzenleme yapılmadan yani 1 Ocak 2016 tarihinden önce postaya verilmiş ve İçtüzüğü'nün 47. maddesine belirlenen usullere uygun olarak doldurulmuş ise Mahkeme tarafından kabul edilecektir.

Yeni düzenleme kapsamında İçtüzüğü'nün 47. maddesinin 1-c fıkrası aynen; "Başvurucunun temsil edildiği durumlarda, başvuru formunun yetki belgesi bölümünde tarih ve başvurucunun ıslak imzası olmalıdır. Aynı şekilde, temsilcinin de başvuru adına hareket etmeyi kabul ettiğini belirtmesi bakımından başvuru formunun yetki belgesi bölümünde temsilcinin de ıslak imzası bulunmalıdır." şeklinde düzenlenmiştir.

İlgili düzenleme uyarınca 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren yapılan başvurular da; gerçek kişilerin başvurularının avukatlar tarafından yapılması halinde başvuru formunu başvuru kişinin/kişilerin imzalamasına ek olarak avukatların da imzalaması gerekmektedir. Getirilen yeni düzenleme ile birlikte başvuru formlarına ayrıca vekaletname eklenmesine gerek bulunmamaktadır.

Başvuru formunda, başvuran gerçek kişinin imzasının bulunmaması halinde başvuranın imzasının bulunmaması çözümsüz bir sorundan kaynaklanmışsa, bu sorunun

Mahkeme'ye kanıtlanması gerekmektedir. Başvuru süresinin kaçırılmaması amacıyla başvurusunun imzasının eksik bırakılmış olması, Mahkemenin kanaatinde haklı bir gerekçe değildir.

Başvurucunun tüzel kişi olması durumunda ise; Mahkeme İçtüzüğü'nün 47. maddesinin 3/1-d bendi uyarınca; "başvurucunun İçtüzüğü'nün 47. § 1 (a) hükmü uyarınca tüzel bir kişilik olması halinde, başvuruyu yapan kişinin başvuru temsilcisi yetkili olduğunu gösteren belge veya belgeler" denilerek başvuruyu yapan kişinin başvuru temsilcisi yetkili olduğunu gösteren belge veya belgelerin eklenmesinin gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır.

Başvurucunun avukat ile temsil edilmesi halinde başvuru formunun hem avukat hem tüzel kişi yetkili temsilcisi tarafından imzalanacağı, avukatın aynı zamanda tüzel kişi yetkili temsilcisi olması durumunda ise avukatın başvuru formunu hem avukat hem yetkili temsilci olarak ayrı ayrı imzalayacağı düzenlenmiştir.

AİHS 47. maddesinin düzenlenmesinin yanı sıra, 15 No'lu Protokol ile bireysel başvuruların iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren altı ay içerisinde yapılmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesinin 1. paragrafında yer alan ; "altı aylık süre içerisinde" ibaresi "dört aylık süre içerisinde" ibaresi ile değiştirilmiştir.

Türkiye, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Değişiklik Getiren 15 No'lu Protokol'ü 13 Eylül 2013'te imzalamıştı. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu Kanun ise 18 Şubat 2016 tarih ve 29628 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, ilgili Kanun'un yürürlüğe girmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf bütün

devletlerin Protokol'ü onaylaması gerektiğinden ve gelinen aşamada taraf devletler tarafından onaylama sürecinin tamamlanmamış olması nedeniyle başvuru süresi olarak altı aylık süre halen devam etmektedir.

Söz konusu 15 No'lu protokolle getirilen bir diğer düzenleme ise; Sözleşme'nin 35'inci maddesinin 3. paragrafının b bendinde yer alan "ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilmez." hükmünün kaldırılmasıdır.

İlgili düzenlemeden önce, başvuru önemli bir zarara uğramamış olsa dahi ulusal mahkeme davayı gereği gibi incelememişse AİHM tarafından işbu başvurular kabul edebiliyordu. İlgili hükmün kaldırılması neticesinde başvuru önemli bir zarara uğramamışsa, ulusal mahkeme gereği gibi incelememiş olsa dahi başvuruları reddedebilecektir.

Tüm bu getirilen düzenlemeler ile amaçlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünü, yoğunluğunu azaltmak olmakla birlikte aynı zamanda başvuruların ihlal edilen haklarının, menfaatlerinin Mahkeme tarafından çözümlenme dengesinin korunması amaçlanmıştır.

01/01/2016 tarihinde yürürlüğe giren Mahkeme İçtüzüğü'nün 47. maddesine uygun 2016/1 Başvuru Formunu Görüntülemek için [tıklayınız.](#)

Detaylı Bilgi İçin;
Avukat
İpek Öztaş
ipek@ozgunlaw.com

İŞÇİLERİN ŞİRKET BİRLEŞMESİNDE SÖZ HAKKI



Günümüz ticaret hayatında ticari şirketlerin birleşmesi sıkça karşılaştığımız bir durum olup şirketin kaderini etkileyen bir kararda devrolunan şirket çalışanlarının durumlarının ne olacağı önem teşkil etmektedir. Göz ardı edilen fakat ciddi önem teşkil eden işçilerin pozisyonu hakkında "Kanun koyucu işçilere söz hakkı tanımış mıdır?, Devrolan şirket çalışanları yeni işverenle çalışmaya devam etmek zorunda mıdır?, Şirketin devrine işçi itiraz edebilir mi?" gibi sorular 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tek tek düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekirse; ticaret şirketlerinin birleşmesi yoluyla yeniden yapılandırılması hususu TTK 134 ile 158. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kanun koyucu tarafından ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin iki tür belirtilmiş olup, madde 136/1 kapsamında "yeni kuruluş yoluyla" ve "devralma yoluyla" olmak üzere birleşme türleri ifade edilmiştir. En az iki ortaklığın ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birlikte birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesi dağılmaları sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesine ise " yeni kuruluş yoluyla birleşme" denir. Bu tür birleşmede birleşen şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin malvarlığı değerlerini yeni kurulan şirketin bünyesinde birleştirmektedir. Diğer bir birleşme türü olan "devralma yoluyla birleşme" ise ticaret şirketlerinin birleşmesi en az bir

ortaklığın ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında, malvarlığı veya işletmesinin aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmasına denir. Bu şekilde bir şirket kendi hukuki varlığını sonlandırarak (infisah) başka bir şirketin bünyesine dahil olup ticaret sicilinden silinir.

Yukarıda da değinildiği gibi; yeni kuruluş yolu ile birleşmede yeni bir ortaklık kurulmakta ve böylece tüm işçiler bakımından bir işveren değişikliği söz konusu olmakta iken katılma yoluyla birleşmede ise katılan şirketin işçiler açısından işveren değişikliği ortaya çıkacaktır.

Birleşmede külli halefiyet ile intikal prensibi kabul edildiğinden dolayı devrolunan şirkete ait tüm aktifler ve pasiflerle birlikte sözleşmeler de kendiliğinden yeni kurulan veya katılan ortaklığa geçmesi söz konusudur. Fakat işçi bakımından da külli halefiyet prensibinin geçerliliği tartışmalıdır. Zira bu hususta devrolunan şirketteki işçilerin işverenlerindeki veya işyerlerindeki düzenlerinin değişmesi ile ilgili olarak söz sahibi olup olmadığı 4857 sayılı İş Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşyeri devri ile ilgili 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6'ncı maddesindeki düzenlemeye göre; işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceği, devreden veya devralan işverenin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceği ve işyeri devrinin işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi işyeri devrinde, devir nedeniyle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından fesih yasağı öngörmüş ve devir ile birlikte iş ilişkilerinin devralan işverene geçmesini esas almış olup devre konu işçilere iş ilişkilerinin devralana geçişine itiraz hakkı tanımamıştır. Ayrıca, işyeri devri konusunda işçilerin bilgilendirilmesi de düzenlenmiştir. Böylece işyeri devrinde, iş ilişkisi, iradesi dışında devralan işverene geçecek işçi, kendi mesleki ve ekonomik geleceği bakımından öngörmediği bir işveren ile iş ilişkisine devam zorunluluğunda bırakılmıştır.

İK madde 6'da birleşme ve tür değiştirme bakımından getirilen tek istisna mü-

teselsil sorumluluk bakımındandır. İK 6/IV uyarınca "tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz".

Her ne kadar 4857 sayılı İK'nun 6'ncı maddesi, işyeri devrinde iş ilişkisinin devralan işverene geçmesi konusunda bir itiraz hakkı öngörmemiş olsa da, 6102 sayılı TTK'nın

178'inci maddesi, işyeri devrinin oluşturduğu hallerde, devirden etkilenen işçilere itiraz hakkı tanınmıştır.

6102 sayılı TTK'nın "iş ilişkilerinin geçmesi" başlıklı 178'inci maddesi "(1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla »

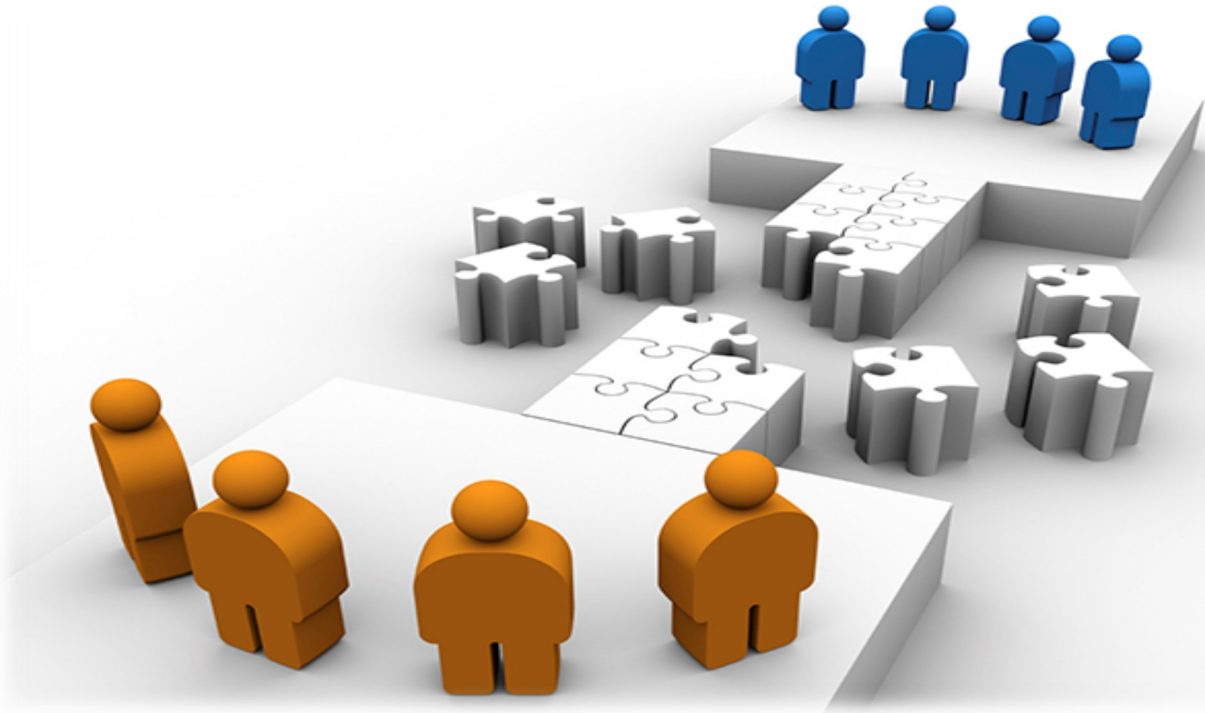
*Kanun koyucu işçilere söz hakkı tanımış mıdır?
Devrolan şirket çalışanları yeni işverenle çalışmaya devam etmek zorunda mıdır?
Şirketin devrine işçi itiraz edebilir mi?*

devralana geçer. (2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi sona erdirmekle yükümlüdür. (3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur. (4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya halin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü kişiye devredemez. (5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler. (6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.” hükmünü içermektedir. Her ne kadar anılan hüküm şirket bölünmelerine ilişkin bir düzenleme getiriyor gibi görünse de “Birleşme” başlığı altında düzenlenen TTK madde 158 hükmü birleşme bakımından iş ilişkileri açısından madde 178 hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir.

Bu durumda yeni TTK'nın yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden itibaren Türk hukukunda (birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile sınırlı olsa da) işyeri veya bir bölümünün devrinde, 6102 sayılı TTK'nın 178'inci maddesi ile 4857 sayılı İK'nun 6'ncı maddesi arasında bir çatışmanın olduğu görülmektedir. Ancak, TBMM Adalet Komisyonu raporu, 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesi (55'inci ve 114'üncü maddeler) dikkate alındığında 6102 sayılı TTK'nın 178'inci maddesi, 4857 sayılı İK'nın 6'ncı maddesi karşısında hangisinin özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanacağı değerlendirildiğinde, 6102 sayılı TTK, 4857 sayılı İK'na göre sonraki yeni kanun durumundadır. Ayrıca, TTK 178 iş ilişkisinin geçmesine bağlı sonuçları sadece ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerine özgü, olarak düzenlendiği için tüm işyeri devirlerini ve bundan doğan hukuki sonuçlarını kapsayan İK 6'ya göre özel hüküm niteliğindedir. Her ne kadar TTK ile İK arasında bir özel kanun-genel kanun ilişkisinden söz edilemezse de, bir genel kanun içinde dahi özel hükümler yer alabilir. Nitekim, TBMM Adalet Komisyonu raporunda bu husus “Tasarının 178'inci maddesi ise, sadece Bölünme, birleşme (Tasarı m.158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m.191) hallerinde uygulanan İş Kanununun 6'ncı maddesine nazaran özel bir hükümdür” denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Bu itibarla, TTK 178 hükmü hem sonraki kanun içinde yer alması hem de sadece ticari şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerini düzenlemesi nedeniyle İK 6'ya göre özel hüküm niteliği taşıdığından, bu hallerde uygulanma önceliğine sahiptir. Bu durumda özetlemek gerekirse birleşme, bölünme ve tür değiştirme dışındaki tüm işyeri devirlerinde ise İK 6 uygulama alanı bulacaktır.

İşçinin itirazı, tam veya kısmi bölünmede, birleşmede işlemleri durdurmaya, sadece iş akdinin devralana geçmesini önleyecektir. Devralan işverenin ise bir itiraz hakkı olmamakla birlikte (İK madde 22 kapsamındaki esaslı değişiklik hükmü saklı kalmak üzere) devrolunan şirketin işçileri itiraz etmediği takdirde iş akitleri tüm hak ve borçları ile devralana geçecektir. İşçinin devre itiraz hakkı bir yenilik doğurucu haktır ve bu hakkın kullanılması ile iş akdi sona ermektedir. Ancak işçinin devre itiraz etmemesi hâlinde devre onay vermiş sayılacağı belirtilmiş olup itiraz hakkının hangi süre içerisinde kullanılacağı kanun hükmünde belirtilmemiştir. Fakat 4857 sayılı İK'nın “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” başlıklı 22'nci maddesinde, çalışma koşullarında esaslı değişiklikte işçiye tanınan 6 günlük sürenin dikkate alınması yerinde bir uygulama olacaktır.



İtirazın şekli konusunda da 6102 sayılı TTK'da bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, işçinin sözlü veya yazılı beyanı ile itiraz etmesi mümkündür. Ancak ispat kolaylığı bakımından itirazın yazılı olması gerekmektedir.

İşçi iş akdinin devrine itiraz ederse, TTK 178/2 uyarınca sözleşme "kanuni işten çıkarılma süresinin sonunda" sona erer. İşçi ve devralan işveren bu sürenin sonuna kadar sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Belirli süreli iş akitlerinin fesih bildirimini ile sona erdirilmesi mümkün değilse de, bu tür sözleşmelerde de en geç yasal bildirim süresinin dolmasıyla iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilmelidir. Çünkü uzun olabilecek belirli sürenin beklenmesi halinde, işçiyi koruma amacını izleyen itiraz hakkını içeren TTK hükmünün pratik bir değeri kalmayacaktır. İşçinin itirazı halinde iş akdi yasal bildirim süresinin sonuna kadar devam ettiğinden, işyerini devralan şirket işçinin itirazına rağmen söz konusu süre dolana kadar bu sözleşmenin tarafı haline gelir. Bu süre içinde iş akdinden doğan tüm hak ve borçlarla bağlı olur. Örneğin, bildirim süresi içinde işçiye ücretli hafta tatili ve ücretinde bir kesinti olmaksızın günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür (İK 27). Yine işveren, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini kısırlayarak engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemek zorundadır (TBK 408).

Ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme iş akdinin devrine itiraz etmesi nedeniyle

sözleşmesi sona eren işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde düzenlenmemiştir. TTK 178'de yer alan işçinin devre itirazı ile iş akdinin sona ermesinde, işverenin fesih iradesi bulunmadığından, kıdem tazminatı hakkının doğumu için gerekli olan işveren tarafından yapılmış bir fesih söz konusu olmasa bile TTK 178'deki düzenlemeye göre işçinin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığından da söz edilemez.

İş akdi işçinin fesih yönündeki iradesi sonucunda değil; yasa gereği sona ermektedir. Anılan hükümde düzenleme yokluğu nedeniyle kanun boşluğu söz konusudur. Esasen, yasanın gerekçesinde, TTK 178 hükmünün işçiyi korumayı amaçladığını, "işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6'ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme" getirdiğini ifade eden yasa koyucunun, bu durumdaki işçileri bilerek kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakmayı amaçladığı ileri sürülemez.

O nedenle, bu konuda ortaya çıkan boşluk, aynı menfaat durumunu düzenleyen ve halen yürürlükteki 1475 sayılı eski İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doldurulmalı; bu durumdaki işçiler kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakılmamalıdır.

TTK 178'de bu maddenin kapsamına giren şirket devirlerinde, işçinin korunması için müteselsilen sorumluluk konusunda İK 6/3'ten farklı bir düzenleme getirmiştir. Müteselsil sorumluluğun kapsamına giren işçilik alacakları bakımından TTK 178'de devir tarihinden sonra fakat iş akdinin normal sona erme tarihinden önce muaccel olan alacaklardan da müteselsil sorumluluk esasının benimsenmiş olmasıdır. Bu nedenle devreden, devralan işveren döneminde muaccel olacak alacaklardan da birlikte sorumlu tutulabilecektir. Fakat İK madde 6'ya göre bu sorumluluk 2 yıl ile sınırlandırılmıştır. Burada da hem işçi bakımından lehe olan kanun ve kuralların uygulanması ilkesi gereğince hem de yukarıda anılan sebeplerden ötürü TTK 178 hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Detaylı Bilgi için;
Stajyer Avukat
Nurve Çiltas
n.ciltas@ozgunlaw.com

KİŞİSEL VERİYİ KORUMADILAR

İspanya'daki Kişisel Verileri Koruma Kurulu (AEPD), sosyal paylaşım sitesi Facebook'a, kişisel verileri reklam amaçlı kullandığı gerekçesiyle 1,2 milyon Euro para cezası verdiğini duyurdu. AEPD'den yapılan açıklamada, İspanya'daki kişisel verileri koruma yasasının ihlali ve hiçbir talep olmaksızın kullanıcıların verilerini reklam amaçlı kullandığı gerekçesiyle Facebook'un 1,2 milyon Euro para cezasına çarptırıldığı bildirildi.

Facebook'u, kullanıcılarının özel bilgilerini yasaya aykırı bir şekilde kullanmakla suçlayan kurul, bu bilgileri tamamen silme talebine ret yanıtı alındığını vurguladı.



Kurul, Facebook'un nerede kullanılacağına açık bir şekilde belirtilmemesine rağmen kullanıcılardan cinsiyet, ideoloji, dini inanç, kişisel zevkler veya internette dolaşım bilgilerini topladığını belirtti.

İspanya'daki kişisel verileri koruma yasasının ihlalinin 'ciddi bir suç' olduğunu vurgulayan kurul, özellikle korumalı bilgilerin kullanıcı talebi olmaksızın reklam amaçlı kullanılmasının bu ihlallerden biri olduğunun altını çizdi.

Kurul ayrıca Facebook'un gizlilik politikasındaki ifadelerin çok genel olduğunu ve net ifadeler kullanılması gerektiğini kaydetti.

Kaynak: www.starkibris.net

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHİNİ KANUNU KAPSAMINDA REHİN SÖZLEŞMESİ'NİN TARAFLARI VE KONUSU BAKIMINDAN İNCELEME

01.01.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6750 sayılı "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu" ile birlikte 21/07/1971 tarihli ve 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kalkmış olup, işbu Kanun ile mülga kanuna kıyasen esaslı yenilik ve değişiklikler yapılmıştır. Rehni sözleşmesinin şekli açısından mülga kanunda olduğu üzere yine yazılı bir sözleşme gerekmektedir; Kanun'un 4. Maddesi gereğince rehni hakkı, bu sözleşmenin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı nezdinde kurulan "Rehni Taşınır Siciline" tescili ile doğacağı düzenleme altına alınmıştır. Sicile yapılacak tescilin ise, kurucu etkiye sahip olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu kapsamda öncelikle taşınır rehni bakımından Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun getirdiği en önemli değişiklikler kanaatimizce sözleşmenin konusu ile tarafları hakkındadır. Zira, diğer yenilik ve değişikliklerde Kanun'un amacı göz önünde bulundurularak sözleşmenin esaslı noktalarına paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, mülga Kanun gereğince, ticari işletmenin istisna haller saklı kalmak kaydıyla tamamının rehni sözleşmesinin konusunu oluşturması zorunlu iken Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ticari işletmenin tamamı üzerinde rehni kurulmasına imkan tanımının yanı sıra Kanun'un 5. maddesi kapsamında son derece geniş olarak sayılan taşınırların tek başına da rehni sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesine olanak sağlamıştır.

Burada aslında Kanun rehni kapsamını arttırırken bunun nedenini "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde açıklamış;

"Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehni hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehni aleniyetin sağlanması ile rehni paraya çevrilmesinde alternatif yolların

sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır."

Küçük ölçekli işletmelere, tacirlere ve esnafın finansmana erişimini kolaylaştırmak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Bu noktada, Kanun sadece rehni sözleşmesinin konusu oluşturabilecek unsurların artırılması ile kalmamış olup, rehni sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin kapsamını da son derece genişletmiştir. Buna göre; Mülga TİRK kapsamında rehni sözleşmesinin tarafları, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve koopera-

-esnaf ise; rehni veren tacir veya esnaf olabilecektir.

Görülebileceği üzere mevcut düzenlemeler ile birlikte ticari işletmelerde rehni sözleşmesine taraf olabilecekler ile sözleşmenin konusu bakımından mülga Kanun'a göre oldukça genişleme söz konusudur. Mülga Kanun'da esas olan rehni alan bakımından kredi kuruluşlarının ve istisnai durumlarda kooperatif ve kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişilerin olabilmemesinin nedeni rehni verenleri bir nevi korumak; ticari hayatın işleyişi ve devamlılığı noktasında tacir ve esnafı belirsizlikten korumak iken; yeni Kanun bu hususu küçük esnaf

ve tacirlerin ticari hayattaki rollerini arttırabilmek ve güvenilirliklerini arttırarak finansmana ulaşmalarını kolaylaştırmak amacıyla yukarıda açıklandığı üzere belirli değişikliklerde bulunmuş olsa da ilgili amaca ulaşılabilmesi noktasında iktisadi, ticari ve hukuki açıdan ortak bir faydanın sağlanıp sağlanmadığı belirsizdir. Zira, örnek olarak tacir ve esnafın ele alındığında rehni veren konumunda bulun-



dukları durumlarda Mülga Kanun varken rehni verebileceği kurumların güvenilirliği ile mevcut düzenleme kapsamında iki tacirin aralarında yapacakları rehni sözleşmesinde rehni alan konumunda bulunan kişinin güvenilirliği açısından büyük fark ve neticesi itibarıyla olumsuz sonuçlara yol açabileceği; taciri güvenilir kişi ve kimseler ile iş yapmaya sevk etmekten, zor durumda bulunan tacir, esnaf ya da diğer rehni verenlerin buldukları koşullar nedeniyle zararlarına da olsa ödeme yapabilecekleri saikiyle sözleşmenin tarafı olarak kendilerini bulmalarının engellenmesi ile sömürüye maruz bırakılmalarının önlenmesi ve ticari işleyişin sağlıklı bir şekilde devam etmesi için alınması gerekli olan önlemler düşünüldüğünde işbu düzenlemeler tartışma konusu-

-kredi kuruluşu ise; rehni veren konumunda tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler,

-kredi kuruluşu niteliğinde olmayan tacir ise; rehni veren, tacir veya esnaf,

dur. Yine, Kanun'un 14. maddesinde 1/a bendinde; rehin verenin borcunu süresinde ifa etmemesi halinde, rehin alana, rehinli malın mülkiyetini 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre kendisine devredilmesini imkanı tanınmıştır.

Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu'na göre alacağın muaccel olmasından önce; borcun ödenmemesi halinde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine yönelik her türlü anlaşma geçersiz iken Kanun kapsamında "lex commissoria" yasağı olarak adlandırılan bu yasağa istisna da getirilmiş olmaktadır.

Burada asıl önem arz eden husus; Kanun tarafından yeni bir istisna getirilmesi değil, rehinli malın (hammadde, stoklanan ürünler vb.) mülkiyetinin devrinin kısıtlanmadığı düşünüldüğünde rehin verenin sadece rehin alacaklısı tarafından değil, üzerinde rehin kurduğu hammadde, ürün ya da Kanun kapsamında sayılan envaiçeşit unsur bakımından muhtemel satış yapacağı üçüncü kişiler bakımından da sömürüye açık bırakılacaktır.

Zira, üzerinde işbu Kanun kapsamında rehin bulunan ve mülkiyetinin başkasına geçme ihtimali olan unsurlar açısından 3. kişilerin daha az fiyat teklif ederek rehin vereni zor durumda bırakması muhtemel olacaktır.

Sonuç itibarıyla; mevcut düzenlemeler kapsamında, rehin sözleşmesine konu olabilecek unsurların artırılması ve bu unsurlardan yararlanmak isteyen mülkiyet sahibi tacir veya esnafın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi ile finansman sağlama imkanlarına yönelik düzenlemeler getirilmesi, üzerinde rehin kurulmuş unsurların üçüncü kişiler açısından

da aleniyeti sağlamak üzere Bakanlık nezdinde "Rehinli Taşınır Sicili" kurulması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecek iken, yukarıda arz ve izah edildiği üzere sözleşmenin tarafları olabilecek kişilerin oldukça genişletilmesi, rehinin hüküm ve sonuçları bakımından rehin verenin gerek rehin alan, gerekse de üçüncü kişilerle yapacağı işler noktasında sömürülme ihtimali yönlerinden kanaatimizce Kanun'un amaç ve gayesine uygun düşmemektedir.

Detaylı Bilgi İçin;
Stajyer Avukat
Burak Şen
burak@ozgunlaw.com

Kaynakça

1. Belin Köroğlu Ölmez, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni", TBB Dergisi, 2017
2. Başak Şit İmamoğlu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017
3. Gökhan Antalya, Faruk Acar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 1. bs, İstanbul,

REHİN HAKKI, YAZILI REHİN SÖZLEŞMESİNİN GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI NEZDİNDE KURULAN REHİNLİ TAŞINIR SİCİLİNE TESCİL İLE DOĞAR.

SİCİLE TESCİL KURUCU ETKİYE SAHIPTİR.



TARES
TAŞINIR REHİN SİCİL SİSTEMİ

AIHM'DEN 'İŞ YERİNDE KİŞİSEL MESAJLAŞMA' KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM), Romanya'da mesai saatinde faydalanılan profesyonel amaçlı mesajlaşma sistemini kişisel amaçla kullanan çalışanın işten atılmasını haksız buldu.

AIHM'in son karar organı Büyük Daire, işçinin, profesyonel mesajlaşma programını kişisel amaçlarla kullandığı gerekçeyle işten çıkarılması hakkındaki itirazını görüşerek, karara bağladı.

Bükreş'te mukim bir Romanya vatandaşı olan başvuru sahibi Bogdan Mihai Bărbulescu, 1 Ağustos 2004 tarihinden 6 Ağustos 2007 tarihine kadar özel bir şirkette satıştan sorumlu mühendis olarak çalışmıştır. İşverenin talebi ile Bărbulescu müşteri talep ve şikayetlerini cevaplandırmak amacıyla bir Yahoo Messenger hesabı oluşturmuştur.

3 Temmuz 2007 tarihinde şirket içerisinden; bir çalışanın interneti, telefonu ve fotokopi makinasını gizlice kişisel amaçları için kullanması sebebiyle işten çıkarıldığına dair bir bilgilendirme yapılmıştır. 13 Temmuz 2007 tarihinde işveren tarafından Yahoo Messenger yazışmalarının izlendiği ve bunun sonucunda da Bărbulescu'nun Yahoo Messenger'ı kişisel amaçları için kullandığının tespit edildiği bildirilmiş ve buna ilişkin savunması talep edilmiştir.

Bărbulescu savunmasında, söz konusu hesabı sadece iş amaçlarıyla kullandığını belirtmiştir. Bu ifadenin ardından işveren, Bărbulescu'nun 5 Temmuz ile 12 Temmuz 2007 tarihleri arasında kardeşi ve nişanlısıyla yaptığı kişisel konuşmaları da içeren 45 sayfalık dökümü Bărbulescu'nun dikkatine sunmuştur. 1 Ağustos 2007 tarihinde, şirket kurallarına aykırılık ve şirket kaynaklarının kişisel amaçlarla kullanılması sebepleriyle işveren, Bărbulescu ile olan hizmet sözleşmesini feshetmiştir. İşbu olay Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınmıştır.

Mahkeme, iş yerinde yapılan yazışmaların ve her türlü iletişimin "özel hayat" ve "yazışma" kapsamında değerlendirilebileceği bu nedenle de 8. maddenin söz konusu davaya uygulanabileceği kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, her ne kadar Bărbulescu'nun iş yerinde kendi mahremiyetine ilişkin makul beklentileri olup olmaması gerektiği husus sorgulanabilir olsa da işverenin talimatları işçinin, iş yerindeki



özel ve sosyal hayatını sifra indiremez. Özel hayata ve yazışmanın gizliliğine saygı hakkı her ne kadar gerekli hallerde sınırlandırılabilir olsa da söz konusu haklar var olmaya devam eder.

Başvurunun konusu Bărbulescu'nun yazışmalarının ve iletişiminin izlenerek, istihdam ilişkisi içerisinde bulunduğu özel şirket tarafından işten çıkarılması ve işten çıkarmanın yerel mahkemeler tarafından haklı bulunmasıdır.

Bu nedenle Mahkeme, başvurunun Devlet'in pozitif yükümlülükleri açısından da değerlendirilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Yerel kamu kurum ve kuruluşları, Bărbulescu'nun özel hayata saygı hakkı ile işverenin şirketin faaliyetlerini gerektiği şekilde devam ettirmek için tedbirler alınmasına ilişkin menfaatler arasında bir denge sağlamakla yükümlüdür.

Mahkeme çalışma hayatı bağlamında özel yaşam ve haberleşmeye saygının temin edilmesinde devletin pozitif yükümlülüklerine dair genel esasları bir liste halinde belirlemiştir. Her bir somut olay aşağıda yer alan bu esaslar çerçevesinde çözülecektir;

(i) İşverenin çalışanın haberleşmesini ve diğer iletişimini izlemeye yönelik tedbirler alabilme ihtimalinin, ve bu tip tedbirler alındıysa bunların uygulanıyor olduğunun çalışana bildirip bildirilmediği. AIHM'e göre, burada söz konusu olan bildirim Sözleşmenin 8. maddesinin gereklerine uygun addedilebilmesi için, bildirim izleme faaliyetinin niteliğini açık şekilde içermesi ve izleme faaliyetinden önce yapılması gerekmektedir;

(ii) İşverenin yürüttüğü izleme faaliyetinin kapsamı ve çalışanın mahremiyetine ne ölçüde girildiği. Bu bağlamda iletişimin akışının takibi ile iletişiminin içeriğinin

izlenmesi arasında ayırım yapılmalıdır. Ayrıca iletişimin tamamının mı izlendiği yoksa bir kısmının mı takip edildiği dikkate alınmalıdır.

(iii) İşverenin iletişimin izlenmesi ve içeriğine erişilmesini haklılaştırılan meşru gerekçeler gösterip göstermediği.

(iv) Çalışanın özel yaşamına daha az müdahale eden yöntemlere ve çalışanın iletişiminin içeriğinin doğrudan erişilmesine yönelik tedbirler dışındaki tedbirlere dayanan hafif bir izleme sistemi kurulmasının mümkün olup olmadığı.

(v) İletişimin izlenmesinin buna muhatap olan çalışan üzerindeki etkisi ve sonuçları; ve işverenin izleme aktivitesinin sonuçlarını nasıl kullandığı (özellikle tedbirin belirtilen amacına ulaşmak için kullanılıp kullanılmadığı);

(vi) İşverenin izleme faaliyetinin çok müdahaleci olduğu haller başta olmak üzere, çalışana uygun güvenceler sağlanıp sağlanmadığı. Söz konusu güvenceler bilhassa, çalışan önceden bu olasılık hakkında bilgilendirilmedikçe, işverenin takip edilen iletişiminin hakiki içeriğine erişememesini, sağlamalıdır.

Mahkeme söz konusu olayda işverenin; izlemenin kapsamı ve içeriği veya işverenin Bărbulescu'nun yazışmalarına erişim sağlayabilme ihtimaline dair bir bilgilendirme yapmadığı ve yukarıda 6 maddede halinde sayılan esaslara riayet edilmediği sonucuna varmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alarak Mahkeme; yerel kamu kurum ve kuruluşların Bărbulescu'nun özel hayatı ile yazışmanın gizliliği hakkına saygı kapsamında yeterli korumayı sağlamadığına ve menfaatler arasında adil ve meşru bir denge sağlanmadığına ve bu nedenlerle, 8. maddenin ihlal edildiğine ve manevi zarar kapsamında ihlale hükmedilmesinin yeterli olduğuna karar vermiştir.

Kaynak : www.kpveri.com

ICO (INITIAL COIN OFFERING) NEDİR?



ICO (Initial Coin Offering), yeni projelerin bitcoin ve ether karşılığında temel kripto paralarını sattığı para toplama mekanizmasıdır. Bir yönden, yatırımcıların şirket hisselerini satın aldığı IPO (Initial Public Offering – Halka Arz) ile benzerlik göstermektedir.

ICO'lar nispeten yeni bir olgudur ancak blockchain topluluğunda tartışmaların ana konusu olmaya hızla başlamıştır. Pek çok kişi ICO'yu kurucuların haksız sermaye artırımını sağlama sağlayan herhangi bir düzenlemeye tabi olmayan menkul değer olarak görürken, bir kısmı ise geleneksel girişim fonlama modelinde bir yenilik olduğunu savunmaktadır.

ABD Sermaye Piyasası Kurumu, pek çok ICO'nun fonlama modelini yeniden incelemeleri için birçok proje ve yatırımcıyı zorlayan kötü bir itibara sahip DAO ICO'sunda işlem gören tokenlerin durumlarına ilişkin olarak bir karara varmıştır. Dikkate alınması gereken en önemli kıstas ise tokenin Howey testini geçip geçmediğidir. Geçmiş olması halinde, menkul kıymet olarak değerlendirilmeli ve ABD Sermaye Piyasası Kurumu tarafından uygulanan belirli kısıtlamalara tabi olmalıdır.

ICO'lar, kriptografik malvarlığı üretmek için gerekli olan pek çok geliştirme sürecini kısaltan ERC20 Token Standardı gibi teknolojiler sayesinde kolay bir şekilde yapılandırılmaktadır. Çoğu ICO, yatırımcıların genellikle bitcoin ya da ether olan fonlarını, fonları depolayan ve ileriki bir zamanda yeni bir tokene eşit değer dağı-

tan akıllı sözleşmeye göndertmek suretiyle çalışmaktadır.

Tokenin aslında menkul değer olmadığı farz edilerek, ICO'ya kimin katılabileceğine ilişkin birkaç kısıtlama bulunmaktadır. Dünya çapında bir yatırımcı havuzundan para almanız halinde, ICO'da toplanan meblağlar çok yüksek olabilecektir. ICO'lar ile ilgili en temel sorun ise paraları ürün öncesi toplamalarıdır. Bu da yatırımları oldukça tehlikeli ve riskli hale getirmektedir. Bunun karşı savunması ise, bu para toplama şeklinin protokol geliştirme-yi teşvik etmek amacıyla özellikle faydalı hatta gerekli olduğu yönündedir.

ICO'nun esaslarına ilişkin tartışmaya başlamadan önce bu trendin nasıl başladığına dair tarihsel bağlam hakkında bilgi sahibi olmak önem arz etmektedir.

ICO'nun Tarihi

Birçok proje 2013 yılında geliştirmeleri denemek ve fonlamak amacıyla crowdsale (kitle satış) modelini kullanmıştır. Ripple ağı önceden 1 milyar XRP token madenciliği yapmış olup, itibari para ya da bitcoin karşılığında bunları gönüllü yatırımcılara satmıştır. Ethereum ise 2014 yılının başlarında o dönemdeki tamamlanmış en büyük ICO olan yaklaşık 18 milyon USD değerinde fon toplamıştır.

DAO, Ethereum'da yeni bir token için yapılan ilk para toplama girişimidir. Diğer blockchain projelerini fonlayacak merkez-sizleştirilmiş bir ağ oluşturmayı vadetmiş

ancak yönetim kararlarının token sahiplerinin kendisi tarafından verilmesi bakımından emsalsiz olmuştur. DAO'nun 150 milyon USD'den fazla para toplayarak başarı sağladığı sırada bilinmeyen bir saldırgan tarafından teknik zafiyet dolayısıyla milyonlar bu ağdan boşaltılmıştır. Ethereum Vakfı, en iyi yolun çalınan fonları geri almalarını sağlayan hard fork (çatallanma/ikiye bölünme) yoluna gitmek olduğuna karar vermiştir.

Ethereum platformunda güvenli bir şekilde token fonlama girişimi ilk aşamada başarısız olsa da, blockchain geliştiricileri, Ethereum kullanarak token piyasaya sürmenin alışılmış girişim sermayesi modeliyle tohum yatırım turunu takip etmekten daha kolay olduğunu fark etmiştir. Özellikle, ERC20 standartları, Ethereum blockchain'inde kendi kriptografik tokenlerini yaratmaları açısından geliştiricilere kolaylık sağlamaktadır.

Bir kısım ise, kitle fonlama projelerinin ICO'ların sıklığı ve büyüklüğü açısından Ethereum'un gözde uygulaması olabileceğini savunmaktadır. Daha önce hiçbir yeni başlayan ürün öncesi şirket bu kadar parayı bu kadar kısa sürede toplamamıştır. Aragon yalnızca 15 dakika içerisinde 25 milyon USD, Basic Attention Token sadece 30 saniye içerisinde 35 milyon USD ve Status.im ise birkaç saat içerisinde 270 milyon USD toplamıştır. Birkaç düzenleme ve bu şekilde bir kullanım kolaylığı ile ICO dünya çapında çeşitli düzenleyici kurumun yanı sıra toplu tarafından da incelenmeye alınmıştır.

ICO yasal mıdır?

Bu soruya verilecek kısa cevap “belki” olacaktır. Oldukça yeni ve herhangi bir düzenlemeye tabi olmayan finansal varlıklar olmalarına ilişkin hem lehte hem de aleyhte savunmalar yapıldığından ICO’lar hukuki açıdan oldukça gri bir bölgede yer almaktadır.

Ancak ABD Sermaye Piyasası Kurumu’nun son kararı bu gri bölgenin bir kısmını aydınlığa kavuşturmayı başarmıştır. Bazı durumlarda, token yalnızca faydalı bir token olarak değerlendirilir.

Yani, token sahibine belirli bir protokole ya da bir ağa erişim imkanı sunar ve böylece finansal bir menkul değer olarak değerlendirilemeyebilir.

Öte yandan, tokenin öz sermaye tokeni olması halinde, tek amacı değerini artırmak olup bu yönden daha çok menkul değer olarak görünmektedir.

Çoğu kişi, gelecekte öncelikli platformlara erişim sağlamak amacıyla token satın alırken, pek çok kişinin ise spekülatif yatırım amaçlarıyla token satın aldığı kanısının aksini ispatlamak zordur.

ABD Sermaye Piyasası Kurumu’nun kararı faydalı token ve menkul kıymet tokenlerinin durumuna ilişkin açıklık getirmiş olsa da yasa uygunluk sınırlarının test edilmesi için hala pek çok alan bulunmaktadır.

Şimdilik ve yeni bir mevzuata ilişkin sınırlama getirilene kadar, girişimciler bu yeni

olgunun avantajlarından yararlanmaya devam edecektir.

Çeviren ;
Mütercim-Tercüman
Ayşecan Mantarcı
aysecan@ozgunlaw.com

Kaynak:
<http://m.nasdaq.com/article/what-is-an-ico-cm830484>

ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 25 Ağustos 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlandı.

Yönetmelik ile muvazaalı alt işverenlik tespiti halinde yapılacak işlemler ile ilgili önemli değişiklikler yapıldı.

- Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin iş müfettişlerince incelenmesi sonucunda muvazaanın tespitine ilişkin gerekçeli müfettiş raporu ve tutulan tutanaklar hakkında, tebliğ tarihinden itibaren 6 işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilirken değişikliklerle bu süre 30 işgününe çıkartılmıştır.

- İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılacaktır.

- Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay 6 ay içinde kesin olarak karar verecektir.

- Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunlu kılındı.

Yönetmeliğin 13 üncü maddesinin son fıkrasındaki idari para cezası uygulanmasına ilişkin hüküm kaldırıldı. Ancak alt işverenlik muvazaasının tespiti halinde uygu-

lanacak idari para cezası İş Kanunu'nda yer almaktadır (98. Madde). Buna göre, işyerini muvazaalı olarak bildiren (alt işverenle ilgili bildirim muvazaalı olan) asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı 18.377 TL (2017 için) idari para cezası uygulanmaya devam edilecektir.

Kaynak: Resmi Gazete

YATIRIMLARIN KARŞILIKLI TEŞVİKİ VE KORUNMASI ANLAŞMALARINDA ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİK ; “RATIONE TEMPORIS”

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları (“YTKK Anlaşmaları”) ; iki taraf devlet arasında imzalanan, bir devletin gerçek veya tüzel kişileri tarafından, diğer taraf devletin ülkesinde gerçekleştirilecek yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması amacı ile akdedilen uluslararası anlaşmalardır.

YTKK Anlaşmaları sayesinde taraf ülkelerde yapılacak yatırımlar ve bu yatırımları gerçekleştirecek olan yatırımcılar, uluslararası hukuk normları kapsamında ve Anlaşma ile belirlenen uluslararası çözüm mekanizmaları aracılığı ile korunmaktadır. Bu çerçevede, YTKK Anlaşmaları kapsamında değerlendirilebilecek yatırımlar bakımından yatırımcıya uluslararası alanda objektif temel üzerine kurulu uyumsuzluk bir çözüm sistemi sağlanması amaçlanmaktadır.

Kural olarak, YTKK Anlaşmalarının hangi yatırım ve uyumsuzluklara uygulanacağı anlaşma içerisinde yapılan tanım ve düzenlemeler ile belirlenir. Örneğin, Anlaşma kapsamında yatırımın neyi ifade ettiği, hangi yatırımların anlaşma kapsamında yer aldığı, yatırımcı teriminden kimlerin anlaşılması gerektiği YTKK Anlaşmasında düzenlenir.

Anlaşmalarda özel olarak hüküm bulunmayan hallerde ise, atf yapılan hukuki çözüm mekanizmaları (ICSID, UNCITRAL, NAFTA, vs.) esas alınmaktadır.

Gerek Anlaşma metninde yer alan düzenlemeler gerekse başvurulması halinde diğer uluslararası mevzuat kapsamında; YTKK Anlaşmasının bir uyumsuzluğa uygulanıp uygulanmayacağı ise üç temel ölçüt ile belirlenmektedir.

Taraflar Bakımından Uygulanabilirlik (ratione personae) Taraflar bakımından uygulanabilirliğin tespiti yapılırken sözleşme kapsamına düzenlenen “yatırımcı” kelimesi inceleme altına alınacaktır.

Konu Bakımından Uygulanabilirlik (rationemateriae) Konu bakımından Uygulanabilirliğin tespiti yapılırken Anlaşma kapsamında düzenlenen «yatırım» tanımı ve kapsamı inceleme altına alınacaktır.



Zaman Bakımından Uygulanabilirlik (ratione temporis) Aşağıda detaylı bir biçimde açıklanacak olan zaman bakımından Uygulanabilirlik ölçütü; «yatırım» ve/veya «uyumsuzluğun» ortaya çıkış tarihi bakımından, YTKK anlaşması kapsamında kalıp kalmayacağını değerlendirilmesini ifade eder.

Bu makalemiz içeriğinde, YTKK Anlaşmaları ile sağlanan uluslararası hukuki korumanın, yabancı yatırımlar neticesinde ortaya çıkan uyumsuzluklara uygulanmasında “zaman bakımından uygulanabilirlik(ratione temporis)” yetkisi ve bu yetkinin kapsamı üzerinde durulacaktır.

YTKK Anlaşmalarının Uyumsuzluklara Uygulanmasında “Zaman Bakımından Uygulanabilirlik (Ratione Temporis)”

Zaman Bakımından Uygulanabilirlik (ratione temporis) yetkisi; yabancı yatırımlardan doğan uyumsuzlukların YTKK Anlaşmaları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu anlamda uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının, uyumsuzluk üzerinde yargılama yetkisinin olup olmayacağı hususlarının Anlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi itibarı ile değerlendirilmesini ifade etmektedir.

Pek çok YTKK Anlaşması içeriğinde, anlaşmanın zaman bakımından uygulanabilirliğine ilişkin uygulama maddesi düzenlenmiştir. Anlaşma içeriğinde uygulanabilirlik maddesi içerip içermemesine ve düzen-

lenmiş ise uygulama maddesinin türüne göre yatırım anlaşmaları dörde ayrılmaktadır. Buna göre;

Uygulanabilirlik maddesi içermeyen YTKK Anlaşmaları: Bu tip YTKK Anlaşmaları , Anlaşmanın, yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan uyumsuzluklara uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir düzenlemeyi ihtiva etmemektedir. Örneğin, Avusturalya- Endonezya, Avusturalya-Hong kong, Avusturalya- Litvanya YTKK.

Kısıtlama koşulu içermeyen YTKK Anlaşmaları : Bu anlaşmaların içerisinde, B “Anlaşmanın bir taraf devlet ile diğer taraf devletin yatırımcısı arasında doğan tüm uyumsuzluklara uygulanabileceği ” düzenlenmektedir. Örneğin; Türkiye-Pakistan YTKK.

Tekil İstisna Koşulunu Düzenleyen YTKK Anlaşmaları : Tekil İstisna Koşulunu düzenleyen YTKK Anlaşmalarda , Anlaşmanın “bir taraf devlet ile diğer taraf devletin yatırımcısı arasında anlaşmanın yürürlük tarihinden önce doğan uyumsuzluklara uygulanmayacağı” şeklinde ifade mevcuttur. Örneğin; Libya – Türkiye YTKK.

İkili İstisna Koşulunu Düzenleyen anlaşmalar : İkili istisna koşulunu düzenleyen YTKK Anlaşmalarda Anlaşmanın “bir taraf devlet ile diğer taraf devletin yatırımcısı arasında anlaşmanın yürürlük tarihinden önce doğmuş talep ve uyumsuzluklara »

uygulanmayacağı” şeklinde ifade mevcuttur. Örneğin; İsviçre-Çin, İsviçre- Kolombiya, Japonya-Özbekistan, Japonya-Kore YKTK.

Yukarıda sayılı uygulanabilirlik koşulunun düzenlenişi bakımından anlaşma türlerinden başka, *ratione temporis* yetkisi değerlendirmesi yapılırken kullanılan ölçütlerden bir diğeri de ; “Dava konusu olma istisnası”dır. Bu istisna kapsamında “*ratione temporis*” bakımından yetki değerlendirilirken; Anlaşma yürürlüğe girmeden önceki bir tarihte uyuşmazlığın taraf devletin mahkemeleri nezdinde görülüp görülmediği tartışılır.

Buna göre, eğer anlaşma yürürlük tarihinden önce taraf devletlerinden birinin mahkemelerinde gündeme gelen bir uyuşmazlık var ve bu uyuşmazlık üzerinde mahkeme kararını vermiş ise, artık uyuşmazlık YKTK Anlaşması kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Ancak uyuşmazlık taraf devletlerden birinin mahkemelerinde görülürken, Anlaşma yürürlüğe girmiş ve dava henüz neticelenmemiş ise, bu davada verilecek olan karar uyuşmazlığın doğumu olarak esas alınır ve *ratione temporis* kapsamında yargılama yetkisinin var olduğuna karar verilir.

Örneğin, Mondev ile Amerika Birleşik Devletleri arasında görülen davada bu şekilde karar verilmiştir.

“Ratione Temporis” Yetkisinin Değerlendirmesinde Geriye Yürümezlik İlkesi :

Geriye yürümezlik ilkesi; YKTK Anlaşmalarının, anlaşmanın yürürlük tarihinden önce doğan uyuşmazlıklara uygulanmayacağı görüşünü içermektedir.

Kaynağını Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 28. maddesinden alan “geriye yürümezlik” (“*non-retroactivity*”) ilkesini savunan görüşlere göre, devletlerin Anlaşma ile bağitlanarak yükümlülüklerinin başladığı tarihten önce ortaya çıkan durumlardan sorumlu tutulmalarının hukuka uygun olmayacağından bahisle, YKTK Anlaşmalarının yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından “*ratione temporis*” yetkisinin varlığından söz edilemeyecektir.

Hatta ve hatta bu görüşü sıkı sıkıya uygulayarak, YKTK Anlaşması içeriğinde kısıtlama içeren düzenleme olmasa dahi anlaşmanın yalnızca anlaşmanın yürürlük tarihi

sonrasında doğacak uyuşmazlıklara uygulanabileceği yönünde verilmiş kararlar mevcuttur.

Örneğin; Impregilo-Pakistan tahkim yargılaması neticesinde hakem heyeti; YKTK Anlaşması içeriğinde anlaşmanın “bir taraf devlet ile diğer taraf devletin yatırımcısı arasında doğan tüm uyuşmazlıklara” uygulanacağı belirtilmiş olmasına rağmen, “doğan tüm uyuşmazlıklar” ifadesinden Anlaşma’nın yürürlük tarihinden sonra doğan uyuşmazlıkların anlaşılması gerektiğinden bahisle, anlaşmanın yürürlük tarihi öncesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar için uygulanmayacağını belirtmiştir.

Benzer şekilde, İtalya ve Ürdün arasındaki YKTK Anlaşması kapsamında görülen Salini-Ürdün davasında da YKTK Anlaşmasında sınırlandırıcı hüküm olmamasına rağmen, geriye yürümezlik ilkesinin uygulanacağı yönünde karar tesis edilmiştir.

Bununla birlikte, “geriye yürümezlik (*non-retroactivity*)” ilkesinin bu kısıtlayıcı niteliği ile bağlı kalmayıp, uyuşmazlıkların “Devam Eden ve Birleşik Eylemler” olarak sınıflandırılması neticesinde farklı yönde tesis edilmiş kararlar da mevcut olup bu durum “geriye yürümezlik (*non-retroactivity*)” ilkesinin bağlayıcı olarak nitelendirilemeyeceğini göstermektedir.

Devam Eden ve Birleşik Eylemler Bakımından “Ratione Temporis”

Yukarıda belirttiğimiz üzere, “geriye yürümezlik (*non-retroactivity*)” ilkesi kapsamında; YKTK Anlaşmalarının yalnızca yürürlük tarihinden sonraki uyuşmazlıklara uygulanacağı görüşü pek çok tahkim kararının dayanağı olmuştur

Ancakbu hâkim görüşün aksine, uyuşmazlığın «devam eder ve birleşik (*continuing and composit*)» nitelikte olup olmadığı hususunu değerlendirerek “*ratione temporis*” yetkisini bu kapsamda tartışan ve geriye yürümezlik ilkesini yumuşatarak, uygulanabilirlik sınırlarını genişleten kararlar da mevcut olup makalemizin devamında “devam eden ve birleşen eylemler” ile “taleplerin dönüşümü” durumu ile ilgili açıklamalara yer verilecektir.

i. Devam eden eylemler(Continuing Acts): Devam eden eylemler sürekli bir hareket ile süregelen ve varlığı boyunca uluslararası bir yükümlülüğü ihlal eden tek bir eylem olarak tanımlanır.

Sözleşmeye bağlı olarak belirlenmiş ödemelerin yapılmaması, sözleşme kapsamında yapılan yatırımın gerçekleştirilmesinin engellenmesi, izin ve imtiyazların durdurulması, ulusal mahkemelerde görülen uyuşmazlıkların sürüncemede kalması devam eden eylemlere örnek olarak verilebilir.

Devam eden eylemlerin olması durumunda, uyuşmazlığın neticelenmediği kabul edilerek uyuşmazlık neticeleninceye dek herhangi bir yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasının yürürlüğe girmesi durumunda, henüz sonuçlanmayan uyuşmazlığın zaman bakımından anlaşma kapsamına alınabileceği kabul edilir. Zira pek çok tahkim yargılaması neticesinde, YKTK Anlaşmalarında sınırlayıcı düzenlemeler olsa dahi, bu düzenlemelerin doğrudan doğruya uygulanmasının maddi hukuk ve uluslararası genel geçer normlar bakımından doğru olmayacağı, yatırımların teşviki ve korunması amacının öncelikli tutularak, zaman bakımından uygulanabilirlik ölçütünün esnek bir biçimde değerlendirilmesinin gerektiği yönünde kararlar verilmiştir.

Devam eden eylemlerin tanımı ve esaslarına ilişkin düzenlemelere milletlerarası haksız fiilden ötürü, devletin milletlerarası sorumluluğunu düzenleyen “BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Maddeleri” kapsamında 14. madde içeriğinde yer verilmiştir. Buna göre, “devletin süreklilik niteliği olan bir fiilden yahut belirli bir olayı önleme noktasındaki ihmalden ötürü milletlerarası yükümlülüklerini ihlâli, fiilin ve/veya olayların devam ettiği ve milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı süre boyunca zamana yayılacaktır”.

Devam eden eylemlerde *ratione temporis* yetkisinin uygulanmasına ilişkin kararlara, verebileceğimiz en açık örneklerden biri “Middle East Cement-Mısır” davasında verilmiş olan karardır. Bu davada, yatırımcı Mısır devletine karşı Yunanistan ve Mısır arasındaki YKTK anlaşmasına başvurmak suretiyle ICSID nezdinde dava açmıştır. Davacının buradaki en önemli iddiası »

Uyuşmazlıkların devam eden ve birleşik eylemler olarak sınıflandırılması neticesinde verilmiş olan kararlar geriye yürümezlik ilkesinin bağlayıcı olarak nitelendirilemeyeceğini göstermektedir.



serbest bölgeye çimento ithal etmesi amacıyla verilen lisansın kamulaştırıldığına ilişkindir.

Lisans, 19 Ocak 1983 tarihinde verilmiştir. İddia edilen kamulaştırılma ise bakanlık kararı sebebiyle 28 Mayıs 1989 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, lisans süresinin 10 yıllık olduğu ve 18 Ocak 1993 tarihinde sonlanmış olması gerektiğini anlamış olup 28 Mayıs 1989 ve 18 Ocak 1993 arasındaki dönemde mahrum kalınan karın tazminine hükmetmiştir. Yunanistan ve Mısır arasındaki YKTK Anlaşması ise 6 Nisan 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Görüldüğü üzere bu kararda, zaman bakımından uygulanabilirlik oldukça geniş bir kapsamda değerlendirilmiş ve yürürlük tarihi öncesinde gerçekleşen eylemler kapsamında zararın ve ihlalin devam etmiş olması sebebiyle bu dava "ratione temporis" yetkisi kapsamında görülmüştür.

Benzer şekilde, YKTK Anlaşmasının yürürlük tarihinden önce ortaya çıkmış olan hak ediş alacağının ödenmemesini de "devam eden eylem" olarak görerek ratione temporis yetkisi kapsamında değerlendiren SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A.-Filipinler kararı da oldukça önemli bir karardır. Karar içeriğinde ; "sözleşmeyle ödenmesi gereken meblağların ödenmemesinin devam eden ihlale bir örnek olduğu" kesin bir dille belirtilmiştir.

ii. Birleşik Eylemler(Composit Acts) : BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Maddelerinin 15. maddesinde birleşik eylemler «Bileşik bir davranışla meydana gelen ihlâl» olarak ifade edilmiştir. Buna göre bütününde haksız olarak tanımlanan, bir dizi, icra ya da ihmal suretindeki davranış nedeniyle, bir milletlerarası yükümlülüğün

ihlâlî durumunda, ihlâl, dizinin ilk icra ya da ihmal suretindeki davranışıyla başlayan bütün süreye yayılır ve bu icra ya da ihmal suretindeki davranışlar tekrar edildiği ve söz konusu milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı sürece devam eder.

Bu kurala, YKTK Anlaşmalarından kaynaklanan pek çok uyuşmazlıkta başvurulmakta olup; buna göre, ihlali gerçekleştiren birden fazla davranışın varlığı durumunda, serideki her olaydan ziyade, tamamlanma noktasının, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşmiş olması «ratione temporis» yargı yetkisini tesis edilmesi için yeterli olacaktır.

iii. Taleplerin Dönüşümü(Transformation of the Claims) : Bu durum devam eden ve birleşen eylemler altında konumlandırılabilir olmakla birlikte, spesifik olarak taşıdığı özellik nedeni ile ayrıca değerlendirilmekte yarar görmekteyiz.

Şöyle ki, bazı durumlarda; anlaşmazlığın kaynağı olan eylem ve eylemlerin gerçekleştiği tarihten ziyade, uyuşmazlığın niteliğinin ve bu uyuşmazlıktan kaynaklanan taleplerin " teknik ve yasal anlamda şekil almaya başladığı tarih" in uyuşmazlığının başlangıç tarihi olarak esas alınması gerekmektedir.

Bu gibi durumlara en güncel örnekler Libya, Mısır, Yemen gibi yakın dönemde siyasi iç karışıklıklar yaşanan devletlerde yapılan yatırımlarda görülmektedir. Zira başlangıçta ortaya çıkan siyasi durum neticesinde bu ülkelerde yapılan yatırımların "durdurulması" gerekmiş, ancak işin yerine getirilip getirilemeyeceği ve uğrılan zararların nitelik ve neticeleri çok daha sonra, süreçlerin devam etmesiyle ortaya çıkmıştır. İşte bu noktada, uyuşmazlığın doğum tarihinin, uyuşmazlığı meydana getiren olayın çıkış noktası değil de; bu

uyuşmazlıktan kaynaklanan taleplerin teknik ve yasal anlamda şekil almaya başladığı tarih olarak algılanması gerekecektir.

Bu duruma ilişkin en önemli kararlardan biri, Emilio Agust n Maffezini - İspanya davasında görülmektedir. İspanya ile Arjantin arasındaki BIT anlaşmasında her ne kadar sınırları düzenleme yapılarak anlaşmanın yürürlük tarihi öncesindeki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı düzenlenmiş olsa da; ICSID tahkim yargılaması neticesinde, uyuşmazlık konusu eylemin kaynağının YKTK Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkmış olmasına rağmen, " teknik ve yasal bir anlamda şekil almaya başlamasının" Anlaşmanın yürürlük tarihi sonrasında gerçekleştiği ve bu tarihten sonra "talep edilebilir niteliğe dönüştüğü" belirtilerek , uyuşmazlığın ratione temporis yetkisi dahilinde olduğu kanaatine varılmıştır.

Görüldüğü üzere, YKTK Anlaşmaları ile sağlanan hukuki korumanın, yabancı yatırımlar kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklara zaman bakımından uygulanabilirliğini ifade eden "ratione temporis" yetkisi değerlendirilirken "uyuşmazlığın çıkış tarihinin" anlaşmanın yürürlük tarihinden önce olup olmadığı hususu oldukça önemlidir.

Ancak bununla birlikte, uyuşmazlığın devam eder yahut birleşik nitelikte eylemlerden oluşması durumunda, YKTK Anlaşmasının yürürlük tarihinden sonra ortaya çıkmış olması halinde dahi, "ratione temporis" yetkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu nedenle, yabancı yatırımlar neticesinde ortaya çıkan her bir uyuşmazlığın kendi şartları ve taşıdığı nitelikler bakımından ayrı ayrı incelenerek, yetki alanı kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi pek çok uyuşmazlığın çözümü bakımından oldukça büyük önem arz etmektedir.

Detaylı Bilgi İçin;
Avukat

Semra Gürçal

semra@ozgunlaw.com



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

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

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

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

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

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

Bizi Takip Edin!

