ÖZGÜNLAW
PROTECTING YOUR INTERESTS

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 42 Mart 2021

Başlarken...

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

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

Nisan ayında görüşmek üzere!

Editörler:
Burcu Çelik
Serdar Darama

Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Yöntemleri & Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verebilmesi Önündeki Engeller

Geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından, uluslararası tahkim yolu seçildiğinde, şüphesiz hakemlerin, devlet mahkemelerinde hâkimlerin sahip olduğu gibi geçici hukuki koruma kararları vermeye yetkisi vardır. Ancak; hakemler, devlet mahkemelerinin hâkimleri gibi, önlerine gelen her türlü geçici hukuki koruma taleplerini değerlendiremez. ***(Sayfa 2)***

Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Yetki ve Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsur taşıyan sözleşmeler içinde iş sözleşmeleri büyük önem arz etmektedir. Bu önem iş sözleşmelerinde tarafların eşit koşullara sahip olmamasından, bir tarafın daha zayıf olmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus ülkemiz bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü Türkiye, işçi gönderen ülkelerin başında gelmektedir. ***(Sayfa 14)***

Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik İşlemleri Usul ve Esasları ile Başvuru Süreci

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7/p maddesinde, Yükseköğretim Kuruluna yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından alınmış ön lisans, lisans ve lisans üstü diplomaların denkliğini tespit etmek görev olarak verilmiştir. Yönetmelik gereğince, "Tanıma" ve "Diploma Denklik Süreçleri"nde akreditasyon işlemleri YÖK tarafından yerine getirilmektedir. ***(Sayfa 21)***

Devletin İnsan Unsuru ve Milliyetçilik

Bir devletin meydana gelmesi ve oluşması için ilk gerekli olan şey insandır. İnsan topluluğu olmadan devletten söz edilemez. İnsansız bir devlet düşünülemez. Bu sebeple de boş bir ülke, ıssız bir ada boş ya da ıssız bir çöl genişliği ne olursa olsun bir devlet oluşturmaz. Toprak parçasının üzerinde insan yok ise o yer devlet olarak nitelendirilemez. İnsan topluluğu devletin beşerî unsurudur. Bazı yazarlar devletin insan unsuru için "ahali", "tebaa", "nüfus", "halk" "millet" ya da "ulus" kavramını kullanmaktadır. ***(Sayfa 5)***

Dikey Anlaşmalarda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

Dikey anlaşmalar üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır. Örneğin; üretici ve toptancı, üretici ve perakendeci arasındaki anlaşmalar dikey anlaşmalardır. ***(Sayfa 18)***

Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Esasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tahkim anlaşması, taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak düzenlenebilmektedir. Tahkimde dava açılabilmesi için taraflar arasında bir uyuşmazlığın mevcut olması gerekmektedir; ancak tahkim anlaşmasının yapılabilmesi için uyuşmazlığın yalnızca doğabilecek nitelikte olması yeterlidir. ***(Sayfa 23)***

Yapay Zekânın Hukuki Statüsü Hakkındaki Görüşler Üzerine Değerlendirme

Son zamanlarda yapay zekâya sahip varlıkların gerçekleştirdikleri eylemler neticesinde cezai ve hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmayacağı büyük bir tartışma konusu haline geldi. Zira mevcut yapay zekâların pek çoğunun çalışma stili insan kontrolünde ya da her halükârda insan müdahalesi gerekli olacak şekilde tasarlansa da günümüz itibariyle artık yapay zekâya sahip varlıkların tam bağımsız (otonom) olarak tasarlandığını ve hiçbir şekilde insan müdahalesi olmaksızın faaliyette bulunabildiklerini, yalnızca bir kontrol mekanizması olarak insan müdahalesine açık olduklarını artık görmekteyiz. ***(Sayfa 25)***

Güncel Haberler

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 19/01/2021 Tarih ve 2020/8078 E. 2021/513 Sayılı Kararı ile İİK'nın 44. Maddesindeki Mal Beyanında Bulunma Yükümlüğünün Gerçek Kişi Tacirlere Yönelik Bir Yükümlülük Olduğuna ve Ticaret Şirketlerini Kapsamadığına Karar Vermiştir! ***(Sayfa 13)***

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Yeni Düzenlemeler Nelerdir? ***(Sayfa 20)***

Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Resmî Gazete'de Yayımlandı! ***(Sayfa 28)***

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan Ses Kaydı Kararı! ***(Sayfa 28)***

Anayasa Mahkemesi'nden Kurumsal E-Postaların İşveren Tarafından İncelenmesine İlişkin Karar! (Sayfa 28)

MİLLETLERARASI TAHKİMDE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA YÖNTEMLERİ & HAKEMLERİN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARI VEREBİLMESİ ÖNÜNDEKİ ENGELLER

Geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından, uluslararası tahkim yolu seçildiğinde, şüphesiz hakemlerin, devlet mahkemelerinde hâkimlerin sahip olduğu gibi geçici hukuki koruma kararları vermeye yetkisi vardır.

Ancak; hakemler, devlet mahkemelerinin hâkimleri gibi, önlerine gelen her türlü geçici hukuki koruma taleplerini değerlendiremez, söz konusu talebi kabul etmiş olsalar da hakem kararlarının 3. kişilere teşmil edemeyeceği noktalarda, vermiş oldukları böylesi bir karar uygulanabilir olmaktan uzak kalacaktır.

Daha önceki makalelerimizde ticari uyuşmazlıkların çeşitli avantajlardan dolayı tahkimin daha çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıktığını belirtmiştik.

Bu bakımdan, geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkimde nasıl uygulanacağını ve bunun sınırlarını anlamak önemlidir. Bu sınırlar, teoride Roma Hukuku'ndan beri süregelen hâkimlerin sahip olduğu jurisdictio ve imperium'ların, hakemlerde birlikte bulunmamasından gelir.

Aslında hakemleri hâkimlerden ayıran, onların impoerium'larının bulunmamasıdır. Bu da hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun tanıdığı sınırlar içerisinde bazı geçici hukuki koruma tedbirlerine, hâkimler gibi karar verememesi anlamına gelir.

Imperium kavramı, hakemlerin bu konudaki yetkisinin sınırlarını gösteren en önemli tarihsel kavramdır.

Ancak makalemizin konusunda, bu kavramın tarihsel sürecinde yaşananlardan ziyade, uygulamada sık karşılaşılan yetkinin sınırları meselesi üzerinde daha çok durulacaktır.

"Bilindiği üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, kapsamına ve yorumuna, tahkime elverişliliğin tespitine, tahkimde süre uzatımına, yetkiye hüküm yetkisine (competence- competence), hakemlerin seçilmesi veya reddine ve delillerin temini gibi konularda mahkemelerin yardım ve denetimi söz konusu olabilmektedir." [1]

Milletlerarası tahkimde, nasıl ki mahkemelerin müdahale ve denetiminin olduğu noktalar var ise, geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından da yetkilerinin olduğu ancak imperium'larının bulunmaması açısından, verilecek bazı geçici hukuki koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği yoktur.

Yargılamanın sağlıklı ve adil yürütülmesi bakımından, uyuşmazlık konusunda karar vermesi olağan karşılanan hakemlerden, hâkimlerin karar verebileceği ancak hakemler tarafından karar verilmesi mümkün görülmeyen bazı geçici hukuki koruma yollarının varlığının kabul edilmesi, ayrıksı alanların varlığı, doktrinde tartışmalara ve eleştirilere yol açmıştır.

Yargılamanın esasına karar vermesi mümkün olan hakemlerin, geçici hukuki koruma gibi ara kararlar verebilmesi ve yargılamanın yürütülmesinde hâkimler tarafından sahip olunan bazı silahlara sahip olmaması/olamayacağı düşüncesi eleştirilmektedir.

Bu bakımdan, bir an için tarafların tahkim iradesi, yalnızca uyuşmazlığın esası konusunda hakemlere karar verme yetkisinin verilmesi ve geçici hukuki korumaların ise taraf iradeleri ile açıkça mutabık kalınmadığı hallerde dışlandığı sonucu akla gelse de bu yaklaşım doğru değildir.

Ancak tabii ki tartışma konusu yapılabilir.

Buradan hareketle, hakemlerin yürüttükleri yargılama faaliyetinin farkının temelinde, devletin kamusal adalet sunarken, tahkimin bireysel adalet sunması felsefesi bulunmaktadır.

Hâkimlerin yargılama yetkisini devlet adına kullanırken ve kararlarını millet adına verirken, hakemlerin bu yetkiyi taraf anlaşmasından alıp, yine taraflar adına karar vermesinin yanı sıra, mahkeme kararlarının herkes için, hakem kararlarının ise sadece taraflar açısından bağlayıcı olması sonucunda silahların da doğal olarak farklı olacağı sonucuna varan görüşler mevcuttur.

Bu yorum tahkimin çıkış noktasını ve temelini doğru yansıtmakla birlikte, hakem kararlarından alınacak ve tarafların sonuç bağladığı faydayı görmezden gelerek aşırı geniş bir yoruma tabi kılınmamalıdır.

Aksi hâlde, tahkimden elde edilecek fayda, bu dar ve kısıtlayıcı yorum ile sakatlanmış olur.

Bu noktada, herkesin üzerinde anlaştığı nokta hakemlerce üçüncü kişileri bağlayıcı geçici tedbir talebinin verilmeyeceği ancak diğer tedbir kararları bakımından, hakemlerin hâkimler gibi karar verme yetkisi ve gücü olacağının kabul edilmesi gereğidir.

Aşağıda hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri açısından yetkilerinin tabi olduğu sınırlamalar, uluslararası hukuk bakımından ele alınmıştır.

1. Delillerin sağlanmasına yönelik tedbirler:

Bu başlık hakemlerin üçüncü kişiler (tahkim anlaşması dışında kalanlar) yönünden bir emir hükmü verip veremediğine ilişkin tartışmalar çevresinde ortaya çıkmaktadır.

Örneğin; hakemler, tahkim yargılamasında bir üçüncü kişiye tanıklık yapması ya da bazı belgeleri sunması yönünde emir veremektedir.

Örneğin; bir üçüncü kişi elinde bulunan yazılı delillere ulaşım mümkün olmayacaktır.

Aslında hakemler bu konuda bir emir hükmü verebilecek olsalar da bunun icrası ve yaptırımı noktasında usule uygulanacak olan hukukta ortaya çıkacak boşluklar engeller yaratır.

Tahkim yargılaması esnasında üçüncü kişiden istenen evrakın, tahkim kuruluna teslim edilmemesi halinde veya tanığın çağrılan duruşmada hazır bulunmaması sonucunda bir yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bazı hukuk sistemlerine, hakemler tarafından verilmiş olan örneğin geçici bir ödeme emrinin (ancillary order for payment) yerine getirilmemesi hâlinde, uyulmayan her gün veya her ay başına önceden belirlenmiş bir meblağın ödenmesi öngörülmüştür.

Fransa, Belçika ve Hollanda böyle olmakla birlikte, İngiliz Hukukunda 1996 tarihli Arbitration Act md.41/6 ve 7b hakemlerin emrine itaatsizliğe bir yaptırım bağlanmıştır.

İsviçre Hukuku bakımından ise, bu durum ancak taraf iradelerine açıkça bağlanmışsa mümkündür. [2]

2. Sözleşmesel ilişkinin akıbetine ilişkin geçici koruma kararları

Örneğin; FIDIC kurallarına tabi bir inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, yargılama süresince müteahhittin edimini ifa etmeye devam edip etmeyeceği yönündeki bir karar bu bahis altında incelenmeye tabidir.

Sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda, özellikle uyuşmazlık süresince, taraflara ait ifa yükümlülüklerinin akıbetine karar verilmesi gereken durumlar vardır.

Bu noktada, özellikle inşaat sözleşmeleri ve alt yapı projelerine ilişkin sözleşmelerde, çok kapsamlı tahkim klozları yazıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, geçici hukuki korumaya ilişkin tahkim heyetlerine açıkça yetki verildiği görülmektedir.

Hakemler inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda çoğu zaman, söz konusu ilişkide ifaya ilişkin kararları FIDIC kuralları çerçevesinde verebilecektir.

Hakemlerin bu türdeki kararlarına FIDIC gibi hukuki dayanak yaratan belgelerin yoksunluğunda ise taraflar arasındaki sözleşme ve hakemlerin yetkisini düzenleyen hukukta yer alan hükümler önemlidir.

Örnek vermek gerekirse, bozulacak nitelikte malların satışına izin vermek, sahip olunan bir fikri hakkın kullanımını yasaklamak, ticari ilişkinin devamına karar vermek veya durdurmak gibi geçici hukuki koruma talepleri, sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, hakemlerin yetkisine uygulanacak olan hukukta, spesifik bir kararlaştırma yoksa, tahkim yeri hukukuna göre tayin edilir.

GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TALEPLERİ BAKIMINDAN, HAKEMLERİN YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUK YA DA BUNUN YOKLUĞUNDA TAHKİM YERİ HUKUKUNUN BU KONUDA NEYE İZİN VERİP VERMEDİĞİNİN TESPİTİ ÖNEMLİDİR.

BUNUN DIŞINDA USULE UYGULANACAK OLAN HUKUK AÇISINDAN AÇIKÇA BİR YASAK GETİRİLMEMİŞSE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARI UYGULAMA AÇISINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARININ ETKİLENMESİNE YOL AÇMAYACAK VEYA İCRA ORGANLARI YOLU İLE KARARIN İCRA EDİLEBİLİR OLMASI ÖNÜNDE BİR ENGEL YOKSA, GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARLARI HAKEM KARARLARINA BAĞLI OLARAK UYGULANABİLİR.

3. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler

Uyuşmazlığın ortaya çıkmasına istinaden, elinde teminat mektubu bulunduranın avantajlı konumu ile teminat mektubu verenin şartlar oluşmadığı yönündeki iddiaları çoğu kez karşılaşılan bir durumdur.

Her iki tarafın teminat mektubunun paraya çevrilmesi veya çevrilmemesi yönündeki hâkim/hakem kararı engeli arasındaki hassas denge gözetilmelidir.

Bu noktada, verilmiş olan bir hakem kararının üçüncü kişi konumundaki bankaya teşmil edecek nitelikte olmaması veya bu konu üzerinde uygulama bakımından bir birliğin bulunmaması, söz konusu geçici hukuki koruma bakımından devlet mahkemelerine başvurulmasına ve bunun tercih edilmesine yol açmaktadır.

Bu konuda teorik olarak, hakemlerin yetkisinin/jurisdicto'nun olduğu ancak hakemlerin "imperium" gerektiren bu kararı vermesinin etkisiz sonuçlar yaratacağı görüşleri baskındır.

4. İngiliz hukukunda interim payment ve Fransız hukukunda référé provision olarak bilinen dava konusu hakka geçici olarak önceden kavuşmayı sağlayan tedbirler

Söz konusu geçici hukuki tedbirler, her hukuk sisteminde karşılaşılan nitelikte değildir.

Hatta öyle ki, Fransız Hukukunda kanunlarla tesis edilmiş bu hak, hakemler vasıtasıyla dahi kullanılamaz, çünkü bu hak yalnızca hâkimlere tanınmış bir yetki/jurisdicto ve aynı zamanda bir imperium'dur.

Bu tedbirin hukuk sistemlerinde kabul edilebilir olmakla birlikte uygulanması oldukça istisnaidir. Ve ortak şart çoğu zaman alacağın ciddi anlamda tartışmalı olmaktan çıkması şartına bağlıdır.

Bu da yaklaşık ispattan daha çok bir ispatı ve kesin delillerin varlığını gerektirir. Bu tür kararların geçersizliğine ilişkin ise adil yargılanma ilkesinin ihlali oldukça önemli bir iddiadır.

5. İhtiyati Haciz ve malvarlığı üzerinde tasarrufu engelleyici diğer koruma tedbirleri

Uluslararası hukukta, Türk hukukunda olduğu gibi, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini engelleyen geçici hukuki koruma tedbirleri, yalnızca yetki değil aynı zamanda yaptırım niteliğini de ihtiva etmesi gerektiğinden mutlaka imperium kavramını içermelidir.

Bu bakımdan ihtiyati haciz gibi kararların verilmesi ilk bakışta mümkün değil gibi gözükse de tartışmalıdır.

Uyuşmazlığın taraflarından birinin sözleşmesel ilişkide ihtiyati haciz vb. kararlara açıkça muvafakat etmesi, bu gibi tedbirlerin uygulanmasını büyük ölçüde kolaylaştırır.

Ancak, söz konusu malın bir üçüncü kişinin elinde olması da hakem kararının bu yönde vermiş olduğu kararın uygulanabilirliğini neredeyse imkânsız kılar.

Bu noktada ülke hukukunun, hakemlerin böyle bir karar vermesine öncelikle kesin bir yasak getirip getirmediğine bakmak ilk adım olmalıdır.

Eğer böyle bir yasak açıkça düzenlenmediyse, bu durumda taraf iradeleri ve tahkim klozu yol gösterici olabilir.

Örneğin; Fransa Hukukunda bu konu tamamen devlet mahkemelerinin hak ve yetkisi altındadır ve kanunda açık yasak düzenlenmiştir.

Belçika Yargılama Usulü Kanunu md.1696/I ise mahkemeye başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla, talep hâlinde ihtiyati haciz ve geçici veya koruyucu tedbirlerin hakemler vasıtasıyla verilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Alman ve İsviçre Hukuku ise ihtiyati tedbir kararlarının hakemler vasıtasıyla verilmesine icazet verirken, ihtiyati haciz ile ilgili ise kesin bir yasak getirmemiştir.

Bu hâlde, bu hukuk sistemleri bakımından ihtiyati haciz korumasının hakemler yolu ile işletilmesi kesin olarak yasaklanmamakla birlikte, belki de ihtiyati haciz benzeri işlemler mümkün olabilir.

Örneğin borçlunun mallarını haczetmek yerine yalnızca çeşitli mallar üzerinde tasarruf hakkının engellenmesinin mümkün olması (bankadaki parasının borçlu tarafından çekilmesinin engellenmesi yönündeki bir karar) tartışmalıdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ise ihtiyati haczi tamamen benimsediği 6. maddenin 2. fıkrası ise uygulama bakımından çelişki yaratmaktadır.

Sonuç

Geçici hukuki koruma talepleri bakımından, hakemlerin yetkisine uygulanacak hukuk ya da bunun yokluğunda tahkim yeri hukukunun bu konuda neye izin verip vermediğinin tespiti önemlidir.

Bunun dışında usule uygulanacak olan hukuk açısından açıkça bir yasak getirilmemişse geçici hukuki koruma kararı uygulama açısından üçüncü kişilerin haklarının etkilenmesine yol açmayacak veya icra organları yolu ile kararın icra edilebilir olması önünde bir engel yoksa, geçici hukuki koruma kararları hakem kararlarına bağlı olarak uygulanabilir.

Ancak yukarıda sayılan hususlar dikkate alındığında, zaten karmaşık ve çok hukuklu bir yapıda ortaya çıkan tahkim yargılamasında, kesin olmadıkça geçici hukuki koruma yöntemleri açısından hakem kararlarının sınırlandırıldığı alanlar her zaman dikkate alınmalı, zaman kayıplarının önlenmesi amacıyla, ilgili ülkenin hukukunu bilen, tahkim konusunda uzman kişilerle süreçlerin takip edilmesi önerilmektedir.

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

Kaynakça:

1. Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2008 s.1 vd.; Balkar, Bozkurt, Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsız Yükümlülüğü, İstanbul, 2016, s.292)

2. Balkar, Bozkurt, Süheyla, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16 Sayı:2, Temmuz 2017 s.259-293)

DEVLETİN İNSAN UNSURU VE MİLLİYETÇİLİK

1. DEVLETİN İNSAN UNSURU

1.1. Genel Olarak

Devletin tüzel kişiliği üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar insan, ülke ve egemenliktir.

Bu üç unsur modern devletin olmazsa olmaz şartı olarak gösterilmiştir. Günümüzde devletler hangi ideolojiyi benimserse benimsesin (liberal, sosyalist, faşist...) ya da hangi şekilde yapılırsa yapılsınlar (uniter, federal, bölgeli devlet) bu üç unsura sahip olması gerektiği belirtilmiştir. [1]

Bir devletin meydana gelmesi ve oluşması için ilk gerekli olan şey insandır. İnsan topluluğu olmadan devletten söz edilemez. İnsansız bir devlet düşünülemez.

Bu sebeple de boş bir ülke, ıssız bir ada boş ya da ıssız bir çöl genişliği ne olursa olsun bir devlet oluşturmaz. [2]

Toprak parçasının üzerinde insan yok ise o yer devlet olarak nitelendirilemez. İnsan topluluğu devletin beşerî unsurudur.

Bazı yazarlar devletin insan unsuru için "ahali", "tebaa", "nüfus", "halk" "millet" ya da "ulus" kavramını kullanmaktadır. [3]

Bu çalışmamızda tarafımızca insan unsuru için ulus kavramı kullanılacaktır.

Bir devletin kurulması için insan sayısının bir önemi bulunmamaktadır.

Ancak bence bir kişinin tek başına bir devletin insan unsurunu oluşturması da mümkün değildir.

Bir ulustan söz edebilmek için en azından bir kişiden fazla sayıya ihtiyaç duyulmaktadır.

Ulustan söz edebilmek için en az kaç kişiye ihtiyaç olduğu sorusuna henüz içtihat tarafından verilmiş bir cevap bulunmamaktadır.

Ancak bence ulus olma iradesine sahip bir kişiden fazla kişinin bir ulus oluşturduğundan söz edilebilir.

Dolayısı ile bir ulustan söz edebilmek için insan sayısının bir alt ve üst miktarı belirtilmemiştir.

Dünyada ulus unsuruna sahip farklı nüfuslu devletler bulunmaktadır. Örneğin nüfusu yüz binden az Andora, San-Marino, Nauru, Tuvalu, Vatikan gibi mikro devletler varken nüfusu bir milyonu geçen Çin ve Hindistan gibi büyük devletler de bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi bu, önemli olanın insan sayısının değil bu insanların ulus olma iradesine sahip olması gerektiğini göstermektedir.

Bu sebeple de burada önemli olan belli bir toprak parçası üzerinde sayının miktarından bağımsız şekilde insan topluğunun egemen olmasıdır. [4]

Bazen devlet önce kurulup insan ulusu sonradan oluşurken bazen de tam tersi şekilde önce ulus var olmakta daha sonra devlet kurulmaktadır.

Gerçekten de bazı devletler henüz ortada yokken ulus bulunmaktadır.

Örneğin Polonya devleti ortadan kalmış olmasına rağmen Polonya ulusu varlıklarını sürdürmüşler ve sonra yeniden devletlerini kurmuşlardır.

Yine aynı şekilde batı Avrupa'da devletler henüz oluşmadan ulus devletten önce oluşmuş ve devlet yokken de varlığını sürdürmüştür. [5]

Örneğin Almanya ve İtalya henüz devlet değilken Alman ve İtalyan olarak varlığını sürdürmekteydi. [6] Bazen de bir ulusun kendi içinde birden fazla devlet oluşturduğu görülmektedir.

Örneğin Almanya ve Avusturya, Hindistan ve Pakistan, Sırbistan, Saray Bosna, Hırvatistan ve Karadağ bu şekildedir.

Bu açıklamalardan sonra devletin beşerî unsurunun insan topluluğu olduğunu görmekteyiz.

Ancak insanların bir araya gelmesi onların otomatik olarak devlet kuracakları ya da devletin bir unsurunu oluşturacakları anlamına gelmemektedir.

Sadece belli bir niteliğe sahip insan toplulukları devlet kurabilmektedir.

Bu nitelikte insan topluluğunu meydana getiren bireylerin birbirlerine bağlı olmasıdır.

Yani kısaca bir arada yaşayan insanların bir devlet kurabilmeleri için birtakım bağlar ile birbirlerine bağlı olmaları aranmıştır.

Aksi hâlde bu insan topluluğu bir devlet kuramaz; olsa olsa bir sürü oluştururlar. İşte ulus birbirlerine birtakım bağlar ile bağlanmış insanlardan oluşmaktadır.

Bu sebeple de ancak belli bir topluluğun ulus niteliğine sahip insan toplulukları bir devlet kurabilir. [7]

1.2. Ulus Kavramı

Georg Jellinek bir ulus için devletin zorunlu bir unsur olmadığını çünkü bir ulusun farklı ülkelere dağılmış olabileceğini savunmuştur. [8]

Devlet kavramı ise ulus topluluğundan ayrı ve bağımsız olarak düşünülemez. [9] Buna göre; ulusun devletten önce var olduğu savunulmaktadır.

Aksi yönde istisnaları bulunmakla birlikte bence genelde devletten önce ulus var olmaktadır. Var olan ulus bir araya gelerek devleti kurmaktadırlar. Ancak tarihte aksi yönde olduğu da görülmüştür.

Ulusu birbirine bağlayan etkenlerin nelerden ibaret olduğu ve dolayısı ile onun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlar objektif ulus anlayışı ve sübjektif ulus anlayışıdır. [10] Bu görüşleri açıklayarak açıklamalarımıza devam edeceğiz.

1.2.1. Objektif Ulus Anlayışı

Bu görüş Alman millet anlayışı olarak da adlandırılmakta olup, Alman düşünür Gottlieb Yohann Fichte (1762-1814) ve Gottfried Herder (1744-1803) tarafından savunulmuştur.

Bu görüş zamanla dine ve ırka dayalı çeşitli ayrımcılıkların temelini oluşturmuştur. Bu görüş Alman nasyonalizmini esas alan öğretilerin önemli esin kaynağını oluşturmuştur. Zamanla Nazizm'e kaynak olarak gösterilmiştir. [11]

Bu anlayışa göre ulus birtakım objektif bağlar ile birbirine bağlanmış insanların oluşturduğu bir topluluktur.

Bu bağlar maddi yani elle tutulur gözle görülür kısaca beş duyu ile hissedilen niteliklerdir.

Irksal bağların bu nitelikte olduğunu söylememiz mümkündür. Gerçekten de ırk insanların gözle görülebilen objektif bir özelliğidir.

Bir kişinin hangi ırka sahip olduğunu genellikle dış görünüşünden anlamak mümkündür.

Dil bağı da objektif nitelikte bir bağdır.

Zira dil, insan seslerinden oluşmakta ve bu sesler dış dünyada algılanabilir yani maddi (objektif) niteliktedir.

Din bağı ise inanç ve ibadetten oluşmaktadır.

Kural olarak inanç objektif nitelikte değildir. Kişi açıkça kendisinin hangi inançta olduğunu beyan etmedikçe dini inancın beş duyu ile algılanabilmesi ve dıştan anlaşılması mümkün değildir.

Ancak dinin diğer bir yönü olan ibadet tamamıyla objektif bir unsurdur. İbadet genellikle gözle görülen bir insan fiilidir.

İbadet eden insanlar söz konusu olduğunda, ibadetin biçimine bakılarak kimin hangi dinden ve hatta bazen yerine göre hangi mezhepten olduğunu anlamak mümkündür.

Eğer ulusu oluşturan ve insanları birbirine bağlayan bağ din birliği veya belirli bir din içinde mezhep birliği ise ortada objektif bir ulus anlayışı olduğunu söylemek mümkündür. [12]

Kısaca belirtecek olursak insanları birbirine bağlayan objektif unsurlar ırk, dil ve din birliğidir.

Bu unsurları kısaca aşağıda açıklayacağız.

2.2.1.1. Irk Birliği

Bu görüşe göre insanları bir araya getirerek ulus haline getiren şeyin bu insanlar arasındaki ırk birliği olduğu ileri sürülmektedir.

Bu görüşe göre insan topluğunun ulus olabilmesi için yani bir devlet kurabilmesi için aynı ırka sahip insan topluluğundan oluşması gerekmektedir. [13]

Yine bu görüşe göre, "damarlarından geçmiş zamanların karanlıklarına gömülmüş müşterek ataların kanı dolaşan ve aynı soy kökünden gelen insanlar, nerede doğarsa doğsun ve yaşarsa yaşasın aynı bir milleti teşkil ederler." [14]

Bu görüşün doğruluk payı olduğunu söylemek mümkündür. [15]

Gerçekten de geçmişte ve günümüzde devletlerin önemli bir kısmında grosso modo (ana hatlarıyla) ırk birliği vardır. Irk bakımından homojen bir toplum üzerinde kurulu bir devletin daha sağlam temeller üzerinde kurulu olduğunu söylemek mümkün olabilir.

Beşerî unsuru değişik ırklardan oluşmuş devletlerin daha az istikrarlı oldukları bir krizle karşılaştıklarında ırksal bütünlüğe sahip devletlere nazaran bu krizi çok zor atlattıkları ve hatta devletlerin parçalandıkları gözlenmektedir.

Irk birliği teorisine göre; bir devlet başka bir devletin egemenliği altında yaşayan ırktaşlarını o devletin egemenliğinden kurtarmaları ve nihayet ırktaşlarının yaşadığı bütün toprakları zapt etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir.

Bu görüşün dışa karşı yayımcı emperyalist bir devlet anlayışına vücut verdiğini söyleyebiliriz. [16]

Irk teorisine göre devletin vatandaşı olan ama o ırka mensup olmayan kişilerden devletin kurtulması gerekir.

Bu görüş aslında içte tehcirci veya soykırımcı politikaların uygulanmasına yol açmaktadır.

Almanya'da Nazi döneminde her iki görüş uygulanmaya konulmuştur. Alman ırkından olanların yaşadığı ve o zamanki Almanya sınırları dışında olan yerler, Naziler tarafından zapt edilmiş ve tüm Almanları birleştiren devlet kurulmaya çalışılmıştır.

Diğer yandan Almanya'nın kendi içinde bulunan ve Alman vatandaşı olmakla birlikte Alman ırkından olmayan Yahudi ve Çingenelerden jenosit dahil çeşitli uygulamalarla kurtulmaya çalışmıştır. [17]

Ancak uygulamaya baktığımızda farklı farklı ırkları içinde barındıran devletlerin kurulduğunu da görmekteyiz. Hatta aynı ırka sahip olup da farlı ülkelerin kurulduğu da görülmektedir. Bu da aslında bu görüşün tek başına bir ulus topluluğunu oluşturmak için yeterli olmadığını göstermektedir.

Örneğin; aynı ırka sahip Sırbistan, Karadağ, Saray Bosna ve Hırvatistan ülkeleri mevcuttur. Yine Almanya ve Avusturya, Hindistan ve Pakistan, Arap Devletleri de bu şekildedir. Burada aynı ırka sahip bir ulus topluluğu tek bir devlet çatısı altında toplanamamıştır. Ve aynı ırka sahip bu insan toplulukları iki, dört, hatta daha fazla sayıda farklı ülke kurmuşlar ve birbirinden ayrılmışlardır.

Demek aynı ırka sahip olmanın yeterli olmadığı bu ulusları birbirinden ayıran başkaca önemli sebepler daha bulunmaktadır.

Ayrıca şunu da belirtmek faydalı olacaktır. Ortadoğu ve Avrupa ülkelerinde saf ırklardan ziyade melez ırklar vardır.

Bu coğrafyada iki komşu devletin beşerî unsurları arasında gözle görülen apaçık ırk farklılıklarını anlamak genellikle çok zordur.

Bir Türk ile Yunan, bir Yunan ile Makedon, bir Makedon ile bir Bulgar, bir Bulgar ile bir Romen, bir Romen ile bir Sırp, bir Sırp ile bir Macar, bir Macar ile bir Çek, bir Çek ile bir Alman arasında gözle görülür apaçık ırk farklılıkları olduğunu söylemek zordur.

Bu coğrafyada yüzyıllar boyunca ırklar birbiri ile bir şekilde karışmıştır.

Aslında bunlar açısından saf bir ırktan da söz etmek mümkün değildir. [18]

Bu da ırk birliği görüşünün çok da etkili olmadığını göstermektedir. Ancak görünüşten anlaşılmasa bile bazı toplumlar için ırk birliği her zaman önemli olmuştur.

Bununla birlikte açık ırksal farklılıkların olduğu ülkelerde örneğin eski İngiliz ve Fransız sömürgelerinde yeni devletlerin kurulmasında ırksak farklılıkların rol oynadığı açıktır.

Keza çok ırklı ülkelerde siyasal mücadelenin bir boyutu da ırksal farklılık üzerine kurulmuştur. Böyle ülkelerde ırk farklılığı bazen bir ulus topluluğu oluşturmaktan yana bir devletin parçalanmasına da yol açabilir. [19]

Dolayısı ile ırk birliğinin kesin bir şekilde uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Irksal birliğe önem verilip verilmemesi her topluma göre değişkenlik gösteren bir şeydir. Tarihte ırk birliği de genelde dönemdeki ihtiyaçlara göre savunulmuştur.

2.2.1.2. Dil Birliği

Bu görüş, insan topluluğunu bir ulus haline getiren faktörün insanların aynı ortak dili konuşması olduğunu savunmaktadır.

Buna göre; ulus aynı dili konuşan insanların oluşturduğu bir topluluktur. Bu görüşün de gerçeklik payı olduğunu söylemek mümkündür.

Zira aynı dili konuşmayan yani birbirini anlamayan insanlar arasında bir bağ kurulması çok zordur. Bu insanlar arasında bir bağ kurulabilmesi dolayısı ile bunların bir ulus oluşturabilmesi ve devlet kurabilmeleri için öncelikle bu kişilerin konuşarak birbirini anlamaları ve iradelerin uyuşması için anlaşmaları gerekmektedir. [20]

Ancak bu görüşün de uygulamada aksi yönde örneklerini görmemiz mümkündür. Aynı dili konuşan insanların bir ulus haline gelmesinin tek başına yeterli olmadığını birden çok dile sahip devletler ispatlamaktadır.

Bazı devletlerde birkaç tane resmî dil bulunmaktadır. Bu devletlerde ulus haline gelmiş insanlar birbirinden farklı diller konuşmaktadır.

Örneğin İsviçre (Fransızca, Almanca, Romançça, İtalyanca dilleri resmî dildir), Belçika (Felemenkçe, Fransızca, Almanca dilleri resmî dildir) ve Kanada (İngilizce ve Fransızca dilleri resmî dildir) gibi birden fazla dilin konuşulduğu ülkeler mevcuttur.

Ayrıca aynı dilin konuşulduğu farklı devletler de uygulamada mevcuttur. Örneğin İngiltere, Yeni Zelanda, ABD ve İrlanda vardır (her dört ülkede de İngilizce resmî dildir). Yine benzer şekilde; Güney Amerika devletlerinin birçoğu da İspanyolca konuşmaktadır.

Arap devletlerinin yine hepsi aynı ortak dil olan Arapçayı konuşuyorlar; ancak ayrı devletler kurmuşlardır. Bu örnekler dil birliğinin de tek başına yeterli olmadığını ispatlar niteliktedir.

Bu görüş, aynı dili konuşan kişilerin ulus haline gelerek devlet kurmaları gerektiğini savunmaktadır.

Şunu da belirtmek faydalı olacaktır ki dil birliği görüşünün tehlikeli olduğu yönü de bulunmaktadır.

Zira ayrı bir dil konuşan her insan topluluğunun ayrı bir ulus oluşturup kendi devletini kurama hakkı vardır denemez.

Çünkü yeryüzünde 7330 civarında dil bulunmaktadır. Bunların her biri ayrı bir devlet kurmaya kalksa, yeryüzü bu kişilere yetmeyecektir.

Dil sayısı devlet sayısından kat ve kat fazla olduğuna göre kaçınılmaz olarak bazı devletlerde birden fazla dil konuşuluyor olacaktır. [21]

Bu görüşü savunan kişiler aynı dili konuşan insanların aynı devletin egemenliği altında toplanması gerektiğini de ileri sürmektedirler.

Bildiğimiz gibi, insan toplulukları tarih boyunca göç etmişlerdir. Bu sebeple de aynı dili konuşan insanların değişik coğrafyalara dağılmaları pek muhtemeldir.

Örneğin; Türkçe dili kesintisiz olmamakla birlikte Balkanlardan Çin'e kadar konuşulan bir dildir.

Değişik coğrafyalara yayılmış aynı dili konuşan insanların aynı devlet egemenliği altında coğrafyalara yayılmış aynı dili konuşan insanları aynı devlet egemenliği altında toplamak fikri yayılmacı, emperyalist politikalara yol açmaktadır. [22]

Ayrıca sürekli göç halinde olmak insanın göç ettiği devlet ya da toplum dilini konuşmasına da neden olmaktadır.

Böylece ana dilini unutan kişilerin dil birliği içinde yer alamayacağını da söylememiz gerekecektir. Dil sonradan öğrenilen bir şey olduğu için sonradan öğrenerek de o ulusa kişilerin dahil olması gerekmektedir.

2.2.1.3. Din Birliği

Bu görüşü savunanlara göre, bir arada yaşayan insanların bir ulusu oluşturabilmesi ve dolayısı ile bir devlet kurabilmesi için aynı dine sahip olmaları gerekmektedir.

Yani kısaca bu görüşe göre ulus aynı dine mensup insanların oluşturduğu bir topluluktur. [23]

Bu görüşün de büyük bir gerçeklik payı olduğunu söyleyebiliriz.

Zira din ayrımı sınırlarının geçtiği bölgelerde açıkçası farklı dinlerden insanların yaşadığı bölgelerde ve özellikle de üzerinde yaşadığı Ortadoğu ve Balkanlarda din birliği ve ayrılığı ulus kavramı bakımından çok önemli bir faktördür.

Bunun en tipik örneği Boşnak, Hırvat ve Sırp ulusları arasındaki ayrımdır. Boşnak, Hırvat ve Sırplar aynı ırktan olmalarına ve aynı ortak dili konuşmalarına rağmen üç ayrı ulusu oluşturmaktadırlar.

Bunların ayrı ulus oluşturmalarına yol açan faktör dindir.

Boşnaklar Müslüman, Hırvatlar Katolik, Sırplar ise Ortodoks'tur. Diğer yandan üç bölgede bulunan birçok devlet, varlığını doğrudan dine borçludur.

Örneğin; Pakistan ve Endonezya bugüne kadar varlıklarını sürdürebilmişler ise bunu Müslümanlıklarına borçludurlar. [24]

Bazen ulus kavramı bakımından sadece din farkı değil mezhep farklılıkları da önem arz etmiştir.

Örneğin; yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Hırvat ile Sırplar arasında sadece mezhep farklılığı mevcuttur. Keza tarihte Osmanlı İmparatorluğu ile İran arasındaki fark ve mücadele de esasen mezhep farklılığına dayanmaktadır.

Osmanlılar Sünni (Hanefi), İranlılar Şii idi. Çaldıran Savaşı aralarında ırk farklılığı, dil farklılığı olan iki taraf arasında değil aralarında mezhep farklılığı olan iki taraf arasında yapılmıştır.

Bilindiği üzere Şah İsmail Türk asıllıdır, Türkçe şiirleri vardır. [25]

Ulus oluşumunda din faktörünün önemi o kadar da önemli değildir çünkü yeryüzünde yüzlerce devlet olmasına rağmen birkaç tane din vardır. Bu nedenle kaçınılmaz olarak birçok devletin aynı dinden ve aynı mezhepten olması olağan bir şeydir.

Aynı dinden ve aynı mezhepten olan insanlar çeşitli nedenlerle ayrı bir ulus oluşturduklarını düşünmekte ve ayrı devlet kurmaktadırlar.

Örneğin; Türkler ve Araplar aynı dine sahip olmalarına rağmen kendilerini aynı ulusa ait olarak görmemişler ve kendilerine ayrı devletler kurmuşlardır.

Bu sebeple de din ayrılığının ulus veya dolayısı ile devlet ayrılığına yol açması yüksek bir ihtimal iken devlet birliğine yol açması düşük bir ihtimaldir.

Yeryüzünde çok az din vardır ve bu din sayısı kadar devlet kurulması da mümkün olmadığı için aynı dine ve hatta aynı din ve mezhebe sahip kişiler farklı devletler kurmuşlardır.

Bu da din birliği unsurunun tek başına ulus oluşması için yeterli olmadığını göstermektedir.

2.2.2. Sübjektif Ulus Anlayışı

Bu anlayış Fransız millet anlayışı olarak da adlandırılmaktadır. Bu anlayışa göre ulus birtakım sübjektif bağlar ile birbirlerine bağlanmış insanların oluşturduğu bir topluluktur.

Bu bağlar manevi nitelikte olan birtakım duygu ve düşünceden oluşmaktadır. Jules Michelet (1789-1874), De Fustel de Coulanges (1830-1889) ve Ernest Renan (1823-1892) gibi düşünürler tarafından temellendirilmiştir.

Ancak bu görüş hemen hemen Ernest Renan ile özdeşleşmektedir. [26]

Bu anlayış ilk defa Ernest Renan (1823-1892) tarafından 11 Mart 1882 tarihinde Sorbonne'da verdiği "Millet Nedir" isimli konferansta ortaya atılmış ve savunulmuştur. [27]

Bu görüşe göre; ulusu oluşturan insanları birbirine bağlayan bu sübjektif bağlar arasında, mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, ülkü birliği gibi hususların yer aldığı savunulmuştur. [28]

Geçmişte yaşanılan ortak acılar veya birlikte kazanılan başarılar ortak amaca varmak için mücadeleler, ortak tehlikelere karşı birlikte karşı koymak isteği gibi faktörler insanları birbirine bağlar ve ulusu oluşturur. [29]

Ernest Renan, ulusun objektif faktörlerle oluştuğu düşüncesini reddetmektedir.

Yazara göre, "İnsan ne ırkının, ne dilinin, ne dininin, ne de nehirlerin izlediği yolun, ne de sıradağların yönünün esiridir. Temiz ruhlu ve sıcak kalpli insanların bir araya gelmesi manevi bir şuur yaratır, buna ulus denir". [30]

Ernest Renan ulusu açıkça bir ruh, bir manevi prensip olarak tanımlamıştır. [31]

Bu ruh ya da manevi ilke biri geçmişte öteki ise içinde yaşanılan zamanda bulunan iki unsurun birleşmesiyle oluşmaktadır.

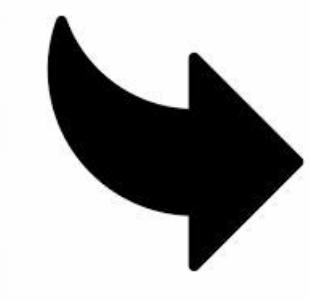
Bu unsurlardan birincisi zengin bir hatıra mirasına sahip olmaktır. Bu unsurla Renan'ın kastettiği şey tarihten ziyade milli bir mitoloji yani geçmişin ululuklarını kurtaracak ve geçmişte yaşanan güçlükleri kutsayacak bir bakış açısıdır. [32]

Geçmişte yaşanılan ortak acılar veya birlikte kazanılan zaferler insanları birbirine bağlar.

Bu unsurlardan ikincisi ise birlikte yaşama ve olabildiğinde çok ortak miras yaratma isteğidir. Bu ikinci unsurda amaç, mefkûre, istikbal, ülkü birliği gibi hususlar yer almaktadır. [33]

Kısaca Ernest Renan'a göre ulusu yaratan şey "birlikte acı çekmek, sevinmiş ve birlikte umut etmiş" olmaktır.

O halde Renan'a göre; ulusu, ortak bir maziye sahip olan ve gelecekte birlikte yaşama arzusuna sahip olan insanlar topluluğudur diye tanımlayabiliriz. [34]



Ancak bu görüş somut değil soyut bir görüş olup gerçek anlamda uygulanıp uygulanmadığının tespiti zordur.

Bu görüşün getirilme nedeninin aslında farklı ırka, farklı dine veya farklı dile sahip kişilerin aralarında birlik olup yeni bir devlet kurmalarını engellemek amacıyla ileri sürüldüğünü düşünmekteyim.

Birlikte yaşama arzusunun tamamen uygulanması için kişiler arasında somut bir bağın da kurulması gerekmektedir.

Zira uygulamada aralarında hiç bağ olmayan kişilerin ulus birliğine dahil edilmediğini görmekteyiz.

Özellikle aynı devletin ulusu içinde var olan etnik gruplar ayrımcılığa uğramaya devam etmektedirler.

Burada aslında aranan sübjektif unsur yani birlikte olma iradesi tam olarak gerçekleşmemiş olmaktadır.

Bu sebeple de sadece birlikte yaşama iradesi ile kurulan ulusların aslında gerçek anlamda bu iradeye sahip olmadıklarını ve bu görüşün tek başına kalıcı bir ulusun kurulması için yeterli olmadığını düşünmekteyim.

2.2.3. İnsanları Birbirine Bağlayan En İdeal Ulus Anlayışının Ne Olduğu Hususu

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi ırk, din, dil gibi objektif unsurlarda ortaklıktan ziyade farklılıklar konusunda belirleyicidirler.

Geçmişte ırk birliği ulus birliğine yol açmıştır; ancak ırk birliği ulus ayrılığına da yol açmıştır.

Diğer yandan yine yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, dil birliği her zaman ulus birliğine yol açmamıştır; ancak bazen dil birliği ulus ayrılığına yol açmıştır.

Aynı şekilde din birliği ulus birliğine yol açmamıştır; ancak din veya mezhep ayrılığı ulus ayrılığına yol açmıştır.

Bu üç faktörden hangisinin daha önemli olduğu konusuna gelecek olursak, bu konuda kesin bir şey söylemek mümkün değildir; çünkü uygulamada her birinin önemli olduğu durumlarla karşılaşılmıştır. Irk birliği önemlidir; ancak tek başına ulus olgusunu oluşturmak için yeterli değildir.

Aynı ırk mensubu olan değişik insanlar ve devletler vardır.

Dil insanları birbirine bağlayan en önemli faktörlerden birisidir. Ancak aynı dili konuşan farklı devletler kurulmuştur.

Diğer yandan din de ulus oluşturmak da önemlidir; ancak farklı dinden olan, farklı mezhepten olan insanlar genellikle farklı uluslar oluşturmuşlar ve farklı devletler kurmuşlardır.

Ayrıca aynı dinden olanların mutlaka aynı ulusu oluşturacakları da söylenemez. Zira aynı din ve mezhepte olmakla birlikte farklı devlet kuran birçok ulus vardır.

Görüldüğü gibi, bu faktörlerden hangisinin daha önemli olduğunu söylememiz mümkün değildir.

Bu faktörlerden her biri değişik yer ve zamanlarda diğerine nazaran daha belirleyici olmuştur.

Örneğin; Boşnak, Hırvat ve Sırp ulusu bakımından belirleyici faktör ırk ve dil değil, din olmuştur. Buna karşılık Arnavut milleti için ise belirleyici unsur dil olmuştur.

Arnavutların bir kısmı Müslüman geri kalan kısmı Hristiyan olmasına rağmen bu farklılık iki ulusa yol açmamıştır. Arnavutlar dil birliğini yeterli bulmuşlar ve birlik olup ülkelerini kurmuşlardır.

Aralarında ırk, din ve dil birliği bakımından birlik olmasına rağmen kendilerini ayrı ulustan hissetmiş insan toplulukları bulunmaktadır. Örneğin Araplar bu şekildedir.

Buna karşılık bazen aralarında ırk ve dil bakımından birlik olmamasına rağmen kendilerini aynı ulustan hissetmiş insan toplulukları da vardır.

Ya da bu üç unsuru da taşıyan uluslarda bazen tek devletken ayrılıp iki devlet olmuşlardır.

Örneğin; çok yakın bir tarihte Karadağ ve Sırbistan aynı ırk, aynı dil ve aynı dine sahip olmalarına rağmen iki farklı devlet olarak ayrılmışlardır.

Bu durum da aslında bir devletin kurulması için sadece objektif faktörlerinin bazen yeterli olmadığını, sübjektif faktörlere de ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

Karadağ ve Sırbistan objektif unsurların tamamını taşımalarına rağmen sübjektif faktör açısından birlikte yol alma iradelerine sahip olmadıkları için birbirlerine bağlanamamışlar ve devlet olamamışlardır.

OBJEKTİF VE SÜBJEKTİF GÖRÜŞ TEMELDE BİRBİRİ İLE ÇATIŞMAKTADIR. KISACA BELİRTECEK OLURSAK, OBJEKTİF (ALMAN) ULUS ANLAYIŞI "BEDENİ", SÜBJEKTİF (FRANSIZ) ULUS ANLAYIŞI İSE "RUHU" ESAS ALMAKTADIR. OBJEKTİF ULUS ANLAYIŞINDA KİŞİ AİDİYETİNİ SEÇEBİLME İMKÂNINA SAHİP DEĞİLDİR.

AİDİYET, KİŞİNİN KENDİ İRADESİ VE TERCİHLERİNDEN ÇIKIP BİR TÜR MİRAS YOLUYLA ELDE EDİLMEKTEDİR. BUNA KARŞILIK SÜBJEKTİF ULUS ANLAYIŞI BİREYİN ÖZGÜRLÜĞÜNE VURGU YAPMAKTA VE TARİHİNİ, DİNİ, DİLİ, KÜLTÜRÜ NE OLURSA OLSUN KENDİ KENDİNİ BELİRLEME İMKÂNI VERMEKTEDİR.

Sonuç olarak bir ulusun oluşmasında objektif faktörlerden başka sübjektif faktörler de rol oynayabilmektedir.

Yani bazen ırk, din, dil gibi objektif unsurlar bakımından aralarında birlik olan insan toplulukları kendilerini farklı ulus olarak algılarken, diğer yandan aralarında ırk, din ve dil gibi objektif bakımdan önemli farklılıklar olan diğer bazı insan toplulukları kendilerini aynı ulusa ait olarak kabul etmişler ve aynı ortak devletin egemenliğinde yaşamayı kabul etmişlerdir.

Böyle durumlarda önemli olan bu insan topluluklarının objektif olarak hangi ırksal, dinsel ve dilsel özellikleri taşıdıkları değil, sübjektif olarak kendilerini ne olarak gördükleri ve kendilerini hangi milletten hissettikleridir.

Bu bakımdan aralarında birtakım farklılıklar olsa da kendilerini aynı ulustan hisseden kişileri o milletten kabul etmek gerekir. Örneğin ABD bu şekildedir. Resmî dili tek olsa da özel hayatta farklı dil konuşulan, farklı ırk ve dine sahip insanlardan oluşmuş bir devlettir. Bu kişiler farklı dile de sahiptirler; sadece ülkede geçerli olan resmî dili iletişim amacıyla kullanmaktadırlar. ABD'nin karma bir ülke olduğunu söylemek mümkündür.

Burada bir ulusun oluşması için sübjektif unsur yeterli olmuştur. Ancak sübjektif unsurun gerçek anlamda uygulandığını söylememiz mümkün değildir. Söz konusu devlette halen ırkçılık devam etmektedir.

Ernest Renan'un teorisine gönderme yapan Georg Jellinek, ulusun sübjektif bir şey olduğunu ifade etmektedir.

Objektif anlayışın yani bir kökene bağlı olmanın ancak hatırlanabilecek kadar eski olduğunu belirtir. Georg Jellinek, burada ırka bağlı bir kavramı tercih etmemiştir.

Bu nedenle sübjektif yönü vurgulayarak ulusu kültür olarak ele almaktadır. İnsan topluluğunun ortak kültürel unsurları, ortak bir tarihi geçmiş ile birleşmesi ve bu şekilde başka topluluklardan kendisini ayırması ile açıklanır. [35]

Objektif ve sübjektif görüş temelde birbiri ile çatışmaktadır. Kısaca belirtecek olursak, objektif (Alman) ulus anlayışı "bedeni", sübjektif (Fransız) ulus anlayışı ise "ruhu" esas almaktadır. [36]

Objektif ulus anlayışında kişi aidiyetini seçebilme imkânına sahip değildir. Aidiyet, kişinin kendi iradesi ve tercihlerinden çıkıp bir tür miras yoluyla elde edilmektedir.

Buna karşılık sübjektif ulus anlayışı bireyin özgürlüğüne vurgu yapmakta ve tarihini, dini, dili, kültürü ne olursa olsun kendi kendini belirleme imkânı vermektedir.

Bu sebeple de bu anlayışın görünürde çok daha demokratik göründüğünü söylemek mümkündür. [37]

Bence bir ulusun kurulması için iki unsur da tek başına yeterli değildir.

Yukarıda belitmiş olduğum gibi, özellikle sübjektif ulus anlayışı çok soyut bir anlayıştır.

Sadece teorik anlamda demokratik kalmaktadır. Teoride çok mükemmel dursa da uygulamada ileri sürüldüğü gibi uygulanmadığı görülmektedir.

Aynı ülkenin vatandaşı olan farklı ırka sahip kişilerin dışlandığı ve eşit haklara sahip olmadığı görülmektedir.

Söz konusu bu anlayışın aslında Fransa'nın sömürgesi altında bulunan sömürge devletlerin ulusunun birlik olup bağımsızlık ilan etmemeleri amacıyla getirildiğini düşünüyorum.

Aslında gerek objektif gerekse sübjektif unsur o dönemki ihtiyaç ve arayışa göre ileri sürülmüştür.

O zamanlar da buna ihtiyaç vardı ve bu sebeple ileri sürüldü. Bu sebeple de başka bir anlayışa ihtiyaç duyulur ise o da ileri sürülebilir.

Yani bir ulusun kurulması için sadece objektif ve sübjektif ulus anlayışı ile kurulacak ulusun irade bağlarının neden kaynaklanabileceğini sınırlamamız mümkün değildir.

Bir ulusun kurulması için her toplum farklı ortak özelliklere ihtiyaç duyabilir. Önemli olan insan topluluklarının birlik olup aynı iradeye sahip olarak bir ulus kurmasıdır.

Sonuç olarak bir ulusun kurulması için sübjektif ulus anlayışının yanında objektif unsurlardan birinin de var olması gerekmektedir. Objektif anlayıştan tüm insanlar için önemli olan ırk birliğinin var olması gerektiğini düşünüyorum. Bu özelliklere sahip bir ulusun yıkılması ve ayrılması daha zordur.

Geçmiş tarih bunu göstermiştir. İnsanlar için ırk birliği her zaman önemli olmuştur. Her insan kendi ırkından kişiyi sever, korur ve kollar. Tarih bize bunu kanıtlamıştır. Ancak ırk birliği tek başına yeterli bir unsur değildir. Irk birliğinin yanında bir unsurun daha olması şarttır.

Bu unsurun da sübjektif unsur olabileceği gibi insanların aradığı başka bir unsur da olabilir. Önemli olan ulus kurmak isteyen insan topluluklarının neyi istediği ve aradığıdır. İstenen ve arzulanan şey diğer kişilerce de isteniyorsa söz konusu kalıcı bir ulusun oluşmasından söz edebiliriz.

2. MİLLİYETÇİLİK

2.1. Genel Olarak

Milliyetçilik ulusal kişilik ve benlik duygusunun bir ifadesi olarak öne çıkmaktadır.

Bir ulusun diğer başka uluslara bakmak suretiyle kendi içerisindeki doğal ve kazanılmış özel karakterleri yansıtmaktadır.

Tarihini ve kültürünü benimsemek ile beraber, diğer uluslardan farklı bir varlık meydana getirmiş olması şeklinde ifade edilebilir.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi devlet ile ulusun her zaman ortaya eşzamanlı çıktığı söylenemez.

Yukarıda açıkladığımız gibi bazı devletler henüz ortada yokken de milletler de bulunmaktadır.

Bu durumda çoğu zaman millet devletten önce gelmektedir. Uluslararası hukuk olarak kabul edilmiş "milletler prensibi" ile "her topluluğun kendi kaderini tayin hakkı" ilkeleri devlet yokken milletin varlığını kabul anlamına gelmektedir. [38]

Milliyetler prensibi, 1789 Fransız Devrimi'nin ertesinde ortaya çıkmış ve Osmanlı İmparatorluğu, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu ve Rus Çarlığı gibi çok uluslu devletlerin parçalanması amacıyla kullanılmıştır. Bu ilkeye göre millet teşkil edecek derecede gelişmiş her insan topluluğu kendi devletini kurma hakkına sahiptir. Diğer ifade ile bu ilke ne kadar millet var ise o kadar da devlet olması gerektiğini ileri sürmektedir.

Ancak bu ilke hiçbir zaman geçerli bir ilke olarak kabul edilmemiş; ancak uluslararası ilişkilerde bazı devletlerin diğer devletlere müdahale etmelerini meşrulaştıran bir diplomatik araç olarak kullanılmıştır. Yani bu ilke hukuki, diğeri siyasi bir ilke olarak kalmıştır. [39] Milliyetler ilkesi Birinci ve özellikle de İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yerini "milletlerin kendi kendini bizzat tayin hakkı"na bırakmıştır. Bu hakka kısaca "self-determinasyon hakkı" denilmektedir. Bu hak 1918 Wilson ilkelerinden kaynaklanmaktadır.

Self-determinasyon hakkı 1945 Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 1, 55 ve 76. Maddelerinde de geçmektedir.

"Self-determinasyon hakkı" bir halkın bağımsız bir devlet kurmak dahil dilediği devlete bağlı olmayı seçme hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu hak uluslararası hukukta sadece başka bir devletin sömürgesi altında bulunan halklara tanınmıştır. Yani bu hak sömürgelikten kurtulma durumunda geçerli olan bir haktır.

Bu hak kendisini sömürge olmayan bir devletin ülkesi üzerinde yaşayan insan topluluklarına tanınmamaktadır. Sömürgelikten yeni kurtulmuş bir devlette yaşayan farklı etnik grupların da kendi kaderini tayin hakkı yoktur.

Bu hak ayrılma yoluyla devlet kurmak için geçerli bir hak değildir; çünkü uluslararası hukukun temel ilkelerinden birisi devlet ilkesinin bütünlüğü ilkesidir. Dolayısı ile ülkenin bütünlüğü ilkesi ile çatıştığında self-determinasyon ilkesi geçerliliğini kaybeder. [40]

2.2. Milliyetçilik Kavramı

Ulus devlet anlayışıyla ön plana çıkan milliyetçilik; topluluğun din, dil, ırk, kültür temelinden ayrıştırılması değil bilakis bu temeller etrafında buluşturmayı ve bu unsurlara dayalı olarak ortak/milli kimlik oluşturmayı amaçlayan bir düşünce akımıdır.

Bu nedenle milliyetçilik kapsayıcı, kucaklayıcı ve bütünleştirici bir öze sahiptir. Milliyetçilik kendi özünde ırk esasına dayanmasa da döneme ve konjonktüre bağlı olarak ırk ile yan yana getirilme potansiyeli vardır. [41]

Etnik Milliyetçilik azınlıkları görmezden gelen ve inkâr eden bir milliyetçiliktir. 1800 ve 1900 yıllarının başında Avrupa'da hâkim olmuş milliyetçilik anlayışıdır.

Yurttaş Milliyetçiliği ise baskın bir etnik çekirdeğe sahip olmakla birlikte başka etnik gruplara mensup vatandaşları sistemden dışlayan milletçilik anlayışıdır. [42] Bu sebeple de milliyetçilik ırkçı olmamakla beraber kendi milletini seven ve destekleyen olarak ifade edilmektedir.

3. SONUÇ

Bu çalışmada devletin üç temel unsuru olduğuna, bu unsurlardan insan unsurunun ne olduğuna, insan unsurunun oluşması için hangi insanların nasıl bağlar ile birbirlerine bağlanması gerektiğine ve bu bağlarla ilgili ileri sürülen görüşlere değindim.

İnsanları birbirine bağlayan bağlarla ilgili ileri sürülen iki görüşün anlamını ve alt başlıklarını açıkladım.

Ulusu birbirine bağlayan etkenlerin nelerden ibaret olduğu ve dolayısı ile onun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar objektif ulus anlayışı ve sübjektif ulus anlayışıdır.

Objektif anlayışa göre; ulus, birtakım objektif bağlar ile birbirine bağlanmış insanların oluşturduğu bir topluluktur. Bu bağlar maddi yani elle tutulur gözle görülür kısaca beş duyu ile hissedilen netliktedir. Bunlar ırk, dil ve din birliğidir.

Ulusu oluşturan insanları birbirine bağlayan sübjektif bağların arasında ise mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, ülkü birliği gibi hususlar yer almaktadır.

Geçmişte yaşanılan ortak acılar veya birlikte kazanılan başarılar ortak amaca varmak için mücadeleler, ortak tehlikelere karşı birlikte karşı koymak isteği gibi faktörler insanları birbirine bağlamakta ve ulusu oluşturmaktadır.

Sonuç olarak; ileri sürülen bu iki görüşün ulusun oluşması için sınırlı olmadığını, önemli olanın insan topluluğunun devlet kurmak için aynı iradede birleşmesi gerektiğini belirttim. İrade birliğinin sağlanması her topluma göre değişmektedir.

Bir ulusun kurulması için sübjektif ulus anlayışının yanında objektif unsurlardan birinin de var olması gerekmektedir. Objektif anlayıştan ırk birliğinin var olması gerektiğini düşünüyorum. Bu özelliklere sahip bir ulusun yıkılması ve parçalanması daha zordur. Geçmiş tarih bunu göstermiştir.

İnsanlar için ırk birliği hep önemli olmuştur. Her insan kendi ırkından kişiyi sever, korur ve kollar. Irk birliğinin yanında bir unsurun olması daha şarttır. Bu sübjektif unsur olabileceği gibi insanların aradığı başka bir unsur da olabilir.

Ulusun oluşması için sayılan bu anlayışların sınırlı olmamakla beraber ulusu oluşturacak insan topluğunun iradesine göre belirlenebileceğini düşünmekteyim.

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

Kaynakça:

1. AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2020.

2. GÖZLER, Kemal, Devletin Genel Teorisi, Bursa, 2020.

3. ZUBUNOĞLU, Yahya Kazım, Kamu Hukukuna Giriş: Devlet, Ankara, 1973, s. 76; OKANDAN, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1968, s. 677.

4. GÖZLER, s. 49-50.

5. TEZİÇ, Erdoğan, Anaysa Hukuku, İstanbul, 2016, 134; ARSEL, İlhan, Anayasa Hukuku (Demokrasi), İstanbul, 1968, s. 20.

6. ANAYURT, Ömer, Anaysa Hukuku Genel Kısımlar, Ankara, 2020, s. 233.

7. GÖZLER, s. 50.

8. GÖNGÖREN BULGAN, Birden, Georg Jellink'in Hak ve Devlet Kuramı, İstanbul, 2017, s. 132.

9. AYBAY, Rona, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2020, s. 124.

10. AKİPEK, İlhan, Devletler Hukuku, Ankara, 1966, s. 87;

11. ANAYURT, s. 234. AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 125; ANAYURT, s. 234.

12. GÖZLER, s. 51-52.

13. GÖZLER, s. 52.

14. BAŞGİL, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul, 1960, s. 138.

15. BAŞGİL, s. 138.

16. GÖZLER, s. 52.

17. GÖZLER, s. 52

18. GÖZLER, s. 53.

19. GÖZLER, s. 53.

20. GÖZLER, s. 53.

21. GÖZLER, s. 7.

22. GÖZLER, s. 54.

23. GÖZLER, s. 54.

24. GÖZLER, s. 55.

25. BAŞGİL, s. 141.

26. ANAYURT, s. 235.

27. RENAN, Ernes, "Millet Nedir" (Çev: Kadir Koçdemir), Türkiye Günlüğü, S. 99, 2009, s. 182-193.

28. OKANDAN, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İÜHFY, 1968, s. 693.

29. GÖZLER, s. 57.

30. GÖZLER, s. 57.

31. RENAN, s.26.

32. GÖZLER, s. 58.

33. OKANDAN, s. 693.

34. GÖZLER, s. 58

35. GÖNGÖREN BULGAN, s. 131.

36. ANAYURT, s.236.

37. GÖZLER, s. 56.

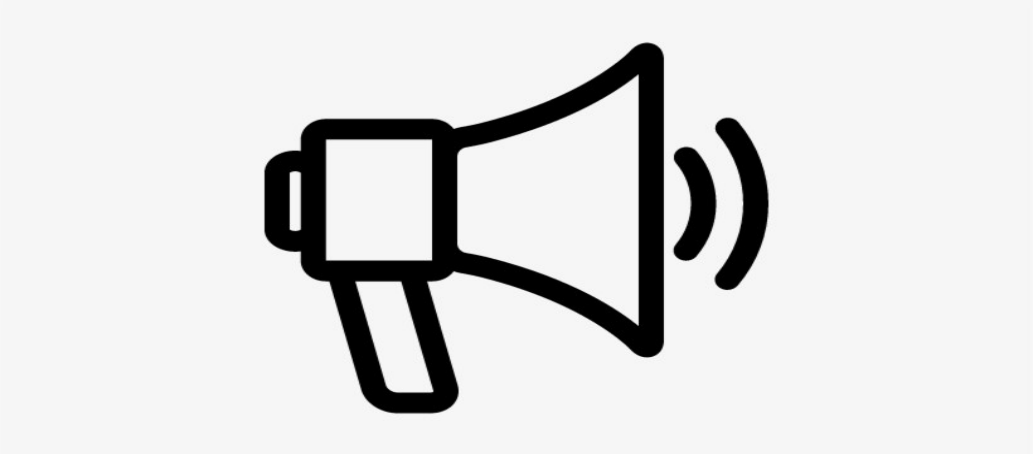
38. ANAYURT, s. 232.

39. GÖZLER, s. 61.

40. GÖZLER, s. 61.

41. ANAYURT, s. 241.

42. GÖZLER, s. 60.



YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ 19/01/2021 TARİH VE 2020/8078 E. 2021/513 SAYILI KARARI İLE İİK'NIN 44. MADDESİNDEKİ MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMLÜĞÜNÜN GERÇEK KİŞİ TACİRLERE YÖNELİK BİR YÜKÜMLÜLÜK OLDUĞUNA VE TİCARET ŞİRKETLERİNİ KAPSAMADIĞINA KARAR VERMİŞTİR!

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19/01/2021 Tarihli 2020/8078 E. -2021/513 K. Sayılı Değişen İçtihatında;

"İİK'nun 337/a maddesi ile yaptırıma bağlanan eylemin, tacirin ticareti terk etmesi değil, 44. maddesine göre terk keyfiyetini 15 günlük süre içinde kayıtlı bulunduğu ticaret sicili memurluğuna bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini içeren bir mal beyanında bulunmaması olduğu" şeklinde tanımlamış akabinde de

> *"sermaye şirketlerinin İİK 44. maddesinde belirtilen mal beyanında bulunma zorunluluğunun olmadığı, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, ticareti terk, sermaye şirketinin ticaret unvanının ticaret sicili kayıtlarından silinmesi anlamına gelmekte olduğu, kaydın silinmesinden önce tasfiye sürecinin başlaması gerekmekte olduğu, bu kapsamda şirketin aktif ve pasifleri belirlendiği, varsa mal varlığının değeri saptandığı, aktif mal varlığı satılarak borçları ödendiği, kalan bir para olduğu takdirde hissesi oranında ortaklarına dağıtılmakta olduğu, buna ilişkin hazırlanan bilanço ile birlikte ticaret sicili müdürlüğüne başvurularak şirketin kayıtlardan silinmesinin (terkini) sağlandığı, Ticaret unvanı ticaret sicilinden silinen bir sermaye şirketi, 6102 sayılı Kanun uyarınca tasfiye sürecini tamamladığından, artık bundan sonra aktif ve pasifini gösteren bir mal beyanını vermesi fiilen mümkün olamayacağından, mal beyanında bulunmadığından bahisle mahkûmiyetine karar verilmesi Kanuna aykırı olacağına"*

hükmetmiştir.
Açıklanan nedenlerle de

> *"İİK'nun 44 ncü maddesindeki mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik bir yükümlülük olduğu ve ticaret şirketlerini kapsamadığı"*

Ve bu itibarla **sermaye şirketi yetkilisi hakkında mahkumiyet kararı verilemeyeceği** yönünde hüküm tesis etmiştir.

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE YETKİ VE UYGULANACAK HUKUK

Giriş

Son yıllarda ülkeler arası kültürel, siyasi, ticari, ekonomik etkileşimlerin artmasıyla birlikte yabancı unsurlu sözleşmelerin önemi de aynı ölçüde artmıştır.

Yabancı unsur taşıyan sözleşmeler içinde iş sözleşmeleri büyük önem arz etmektedir.

Bu önem iş sözleşmelerinde tarafların eşit koşullara sahip olmamasından, bir tarafın daha zayıf olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu husus ülkemiz bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü Türkiye, işçi gönderen ülkelerin başında gelmektedir.

AET alanında 19.6.1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü, milletlerarası iş sözleşmeleri bakımından özel düzenlemelere yer vermiştir.

5718 sayılı MÖHUK ise milletlerarası iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ve yetki konusunda özel düzenlemeler içermektedir.

Konunun önemine binaen bu çalışmada "yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yetki" ve "uygulanacak hukuk" konuları irdelenip; bu konularla ilgili olarak "yabancılık unsuru", "mutad işyeri", "irade özerkliği", "zayıf tarafın korunması ilkesi" gibi kavramlara değinilecektir.

1-Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Uluslararası Yetki

a-Yabancılık Unsuru Kavramı

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yetki konusunu açıklayabilmemiz için öncelikle yabancılık unsuru üzerinde durulması gerekmektedir.

Sözleşmelerde karşılaşılan yabancılık unsuru farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

İş sözleşmeleri özelinde; işçi veya işverenin yabancı olması, işçinin işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede olması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olması gibi unsurlar yabancılık unsuru teşkil edebilir.

b-Mutad İşyeri Kavramı

Mutad işyeri kavramı, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve yetkili mahkemenin tayini hususunda büyük bir öneme sahiptir.

MÖHUK'ta mutad işyeri kavramı açıkça tanımlanmamakla birlikte, doktrinde mutad işyeri işçinin işini fiilen yerine getirdiği yer olarak kabul edilmektedir.

Mutad işyerini esas olarak tarafların iradesi belirlemektedir. Ancak tarafların iradesi belirlenemiyorsa, hizmetin niteliği onun ağırlık merkezini belirleyecektir.

c-İrade Özerkliği Kavramı

Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeyi belirli bir hukuka bağlı tutabilmelerine ilişkin yetkileri, uluslararası sözleşme hukukunda, irade özerkliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'un 24.maddesinde irade özerkliği ilkesine bağlı olarak

> *"İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir."*

hükmüne yer verilmiştir.

d-Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi sözleşme yapma özgürlüğü ile sıkı ilişkilidir.

Tarafların biri diğer tarafa göre daha fazla pazarlık gücüne sahipse zayıf tarafın korunması gerekliliği ortaya çıkar.

İş sözleşmeleri açısından işçi ve işverenin eşit pazarlık gücüne sahip olmadıkları açıktır.

Bu eşitsizlik milletlerarası özel hukukta da kendisini göstermiş ve çeşitli hükümlerle işçinin korunması amaçlanmıştır.

1-1 MÖHUK Kapsamında Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Yetki

5718 sayılı MÖHUK'un 40/1 maddesi

> *"Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder."*

şeklinde genel yetki kuralı getirmektedir.

Ancak iş sözleşmelerinde işçinin zayıf taraf teşkil etmesi nedeniyle, iş sözleşmeleri bakımından özel yetki kuralı tayin etmek gerekli olmuştur.

Bu nedenle MÖHUK'un 40. maddesi iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları bakımından

"Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir."

şeklinde özel yetki kuralı tayin etmiştir. Bu maddeye göre; mutad işyerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlıklarda işveren işçi aleyhine Türkiye'de dava açamayacaktır.

İşçinin işverene karşı açacağı davalarda ise işçinin dava açabileceği birden çok yetkili mahkeme bulunmaktadır.

1-2 Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Yetki Sözleşmesi

Bireysel iş uyuşmazlığında tarafların aslında yetkili olmayan Türk mahkemesine uluslararası yetki tanınması konusunda yapılan yetki sözleşmesinin geçerliliği belli şartlara bağlanmıştır.

Yetki sözleşmesiyle ilgili MÖHUK m.47/2'deki

"44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez."

ifadesinin münhasır yetki tesis edip etmediği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre; MÖHUK m. 44'te getirilen yetki kuralları sınırlı milletlerarası münhasır yetki tesis etmektedir.

Buna göre yabancı mahkemeden alınan ilam, işçi aleyhine ise tenfiz bu nedenle reddedilecektir. [1]

Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre ise, MÖHUK m.44, 45 ve 46. maddelerde düzenlenen yetki kuralları münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiştir. [2]

Bu görüşe göre; MÖHUK m.47/2'ye göre iş, tüketici ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda m.44, 45 ve 46'da belirlenen Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bertaraf edilemez.

Buna göre yetkinin bertaraf edilememesi ile münhasır yetki aynı anlamda kullanılmamıştır. Madde 44, 45 ve 46'da belirlenen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilmediği sürece, bu yetkili mahkemelere ek olarak yeni yetkili mahkemeler taraflar arasında belirlenebilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan somut olayda işçi ile işveren arasındaki sözleşmede "Sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda şirketin tescil edildiği ülkenin Brıtısh Vırgın Islands mahkemeleri yetkilidir.

Taraflar yalnız bu mahkemelerin yetkili olacağı konusunda anlaşmaya varmışlardır." şeklinde yetki şartı bulunmaktadır. Yerel mahkemenin yetkisizlik kararı 9. Hukuk Dairesi tarafından özetle; "Münhasır (kesin) yetki kaideleri, dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kaidelerdir.

Örneğin; iş davalarında, davalının ikametgah mahkemesi ile işyeri mahkemesini yetkili kabul eden 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi; "İşçiyi" korumak gayesiyle konulmuştur ve kamu düzeni düşüncesine dayanır.

O nedenle bu iki yetkiyi bertaraf eden yetki sözleşmeleri geçerli değildir. Türkiye'deki taşınmazların aynına ilişkin davaların görülmesinde de Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır." gerekçeleriyle bozulmuştur. [3]

2-Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tayininden sonra "uygulanacak hukuk" konusu gündeme gelecektir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk konusuna iş sözleşmesi yapma ehliyeti, iş sözleşmesinin şekli ve hukuk seçimi açısından bakmak gerekmektedir.

2-1-Tarafların Sözleşme Yapma Ehliyeti

Türk hukukunda yabancı unsurlu işlem ve ilişkiler bakımından ehliyete ilişkin genel kural MÖHUK m.9'da hak ve fiil ehliyetinin kişinin milli hukukuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme uyarınca gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti kişinin milli hukukuna yani vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna tabidir. [4]

İş sözleşmeleri bakımından ehliyete uygulanacak hukuk ile ilgili özel bir bağlama kuralı getirilmemiştir.

Bu husus genel kurala göre belirlenecektir.

SÖZLEŞMELERDE KARŞILAŞILAN YABANCILIK UNSURU FARKLI ŞEKİLLERDE ORTAYA ÇIKABİLİR. İŞ SÖZLEŞMELERİ ÖZELİNDE; İŞÇİ VEYA İŞVERENİN YABANCI OLMASI, İŞÇİNİN İŞİNİ MUTAD OLARAK YABANCI BİR ÜLKEDE YAPIYOR OLMASI, İŞVERENİN İŞLETME MERKEZİNİN YABANCI BİR ÜLKEDE OLMASI VEYA İŞ İLİŞKİSİNİN YABANCI BİR ÜLKE İLE SIKI İRTİBATLI OLMASI GİBİ UNSURLAR YABANCILIK UNSURU TEŞKİL EDEBİLİR.

2-2-Yabancı Unsurlu İş Sözleşmesinin Şeklinin Tabi Olduğu Hukuk

Hukuki işlemlerde şekil MÖHUK m.7'de

> *"Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."*

hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm ile iki seçenek getirilmiştir.

Alternatif kuralın getirilmesinin amacı ise hukuki işlemlerin şekil açısından mümkün olduğunca geçerli olmasını sağlamaktır. İş sözleşmelerinin şeklinin tabi olacağı hukuk bakımından da özel bir bağlama kuralı öngörülmemiştir.

2-3-Yabancı Unsurlu İş Sözleşmesinde Hukuk Seçimi

MÖHUK m.27/1'de

> *"İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir."*

düzenlemesine yer verilerek kural olarak tarafların iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilecekleri kabul edilmiştir.

İşçiye sağlanan asgari koruma kuralları ise hukuk seçiminin istisnasını oluşturmaktadır. Hukuk seçimi, zayıf taraf olduğu kabul edilen işçinin korunması ilkesi gereği, işçi lehine olacak şekilde sınırlandırılmıştır.

Buna göre hukuk seçimi ancak işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumayı temin eden hükümler saklı kalmak kaydıyla yapılabilecektir.

Hangi hukukun daha fazla koruma sağladığı ve işçinin menfaatine olduğu "elverişlilik ilkesi" uyarınca yapılacak karşılaştırma ile anlaşılacaktır.

Seçilen hukuk, m.27/f.2 uyarınca uygulanacak olan hukukun sağladığı korumadan daha geride kalıyor ise, tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, objektif iş akdi statüsünün işçiyi koruyucu hükümleri uygulanacaktır.

Doktrinde ve uygulamada hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için; tarafların milli hukuku, ikametgahları, mutad meskenleri, iş yerleri, iş sözleşmesinin akdedildiği yer, işin ifa edildiği yer gibi birçok bağlama noktasının kullanıldığı görülmektedir.

MÖHUK düzenlemesine göre taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa iş sözleşmesi, öncelikle işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. [5]

İşçinin işini yaptığı mutad iş yerinin bulunmaması hâlinde, sözleşmeye işverenin esas iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Bunlara ek olarak sözleşme ile daha sıkı irtibatlı bir hukukun bulunması halinde bu hukuk uygulama alanı bulacaktır.

2-4-Doğrudan Uygulanan Kuralların İş Sözleşmesine Müdahalesi

Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin politik, ekonomik ve sosyal açıdan kamu menfaatini korumak amacıyla getirdiği kurallardır.

Bu açıdan vatandaş yabancı ayrımı gözetilmeden, yabancılık unsuru taşısın taşımasın, hukuk seçimi yapılsın yapılmasın, uygulama alanına giren her ilgili olay ve hukukî ilişkide mutlaka uygulanması gereken kurallardır. [6] İş sözleşmeleri, doğrudan uygulanan kuralların en çok kullanıldığı sözleşme tiplerinden biridir.

Bu müdahaleler bazı ehliyet kurallarında ve şekil şartlarında karşımıza çıkabileceği gibi zayıf tarafın korunması, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin hükümlerde, işçiye asgari koruma sağlayan hükümlerde ve iş görme edimlerinin ifası bakımından söz konusu olabilmektedir.

Doğrudan uygulanan kurallara, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler ve yasal greve ilişkin hükümler ve asgarî ücrete ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir. Mutlak emredici kurallar, işçi ile işveren arasında bir sözleşme ile işçi lehine olsa dahi hiçbir şekilde değiştirilmesi mümkün olmayan iç hukuk kurallarıdır.

Bu kurallar çalışma düzenine ilişkinlerdir ve ülkesellik prensibi gereğince yürürlükte oldukları ülkede icra edilen tüm iş sözleşmelerine uygulanmaları zorunludur. [7] Bununla birlikte, emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır.

Örneğin; İş Kanunu'na göre on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde böyle bir uyuşmazlık olması hâlinde, Türk vatandaşı çocuk işçinin Türk mahkemelerinde dava açması hâlinde, Türk hâkim ülkesellik prensibini kabul ederek yabancı ülke hukukunun uygulanmasını engelleyebilecektir.

İş sözleşmesinde; işverenin işçiyi işten çıkarma şartlarının tespiti, bu çerçevede işverenin uyması gereken asgari ihbar süresi, asgari ücrete ilişkin kurallar, kıdem tazminatı gibi hususlar MÖHUK m. 27 uyarınca tayin edilen hukuka göre değerlendirilmelidir.

Hafta tatili, dinî ve millî bayram günleri ve ücretlerini düzenleyen hükümler, doğrudan uygulanan kuraldır; ancak uygulama alanına giren iş ilişkilerine uygulanır.

24.11.2020 tarihli 2020/5617 E. 2020/16556 K. sayılı kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, uygulanacak hukuk konusunda uyuşmazlık olan bir hususta

"Somut uyuşmazlıkta, davalı …..şirketi davacının Umman'da çalıştırılmak üzere işe alındığını ve sadece bu ülkede çalıştırıldığı için MÖHUK 27.maddesi uyarınca işçinin işini ifa ettiği yer olan Umman Hukukunun geçerli olması gerektiğini savunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince davalılar arasında iş ortaklığı bulunsa da davacının iş ortaklarından ……..şirketi tarafından götürüldüğü, iş ortağı davalı ……..'nin Türkiye'de şubesinin bulunduğu gerekçesi ile uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanmasında isabetsizlik bulunmadığı belirtilmiştir. Davacı ile davalı işveren ….. arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin fesih, yıllık izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağının belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de sözleşme maddelerinde belirtilen hususlarda çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun ifade edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir. Diğer yandan, davacı söz konusu iş sözleşmesi kapsamında tüm hizmet süresi boyunca sadece davalıların Umman'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı yer olan Umman olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, taraflar arasında MÖHUK'un 27/1 hükmü kapsamında hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlığa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Umman hukuku, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere aynı zamanda mutad işyeri hukukudur. Hal böyle olunca gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk konusunda bazı hususlarda uygulamada ve doktrinde halen bir görüş birliği bulunmamaktadır.

2-5-Kamu Düzeni İlkesinin Getirdiği Sınırlamalar

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimine sınırlama getiren bir başka ölçüt de kamu düzeni ilkesidir. MÖHUK m.5'te

"Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır."

hükmü getirilerek kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına müdahalesi istisnai olarak düzenlenmiştir. [8] Yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmü Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise bu hüküm gerektiğinde uygulanmayacağı gibi yerine Türk hukuku da uygulanabilecektir.

Bir kuralın doğrudan uygulanması ile kamu düzeni müdahalesi ile yetkili yabancı hukukun uygulanmayıp hâkimin hukukunun uygulanması birbirinden farklı durumlardır. [9]

Kamu düzeni müdahalesi, Türk hukukunun temel prensiplerine açık bir aykırılık olması durumunda ortaya çıkacaktır. Doğrudan uygulanan kurallar ise yabancı hukuka hiç başvurmadan uyuşmazlığa doğrudan uygulanırlar.

İş sözleşmesi statüsünün işçiye bizim hukukumuzdan daha az koruma getirmesi durumunda dikkat edilmesi gereken, yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olmasının kamu düzeni müdahalesi için asla yeterli bir sebep olmadığıdır.

Örneğin, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlenmeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyuşmazlıkta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden MÖHUK m.5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz.

Kamu düzeninin söz konusu olabilmesi için çok daha ağır ihlaller bulunmalıdır. Yabancı hukukun Türk hukukundan daha az koruma getirmesi tek başına kamu düzenini ihlal etmeyecektir. Kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzeni anlayışı, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı ve daha dar kapsamlıdır.

3-Sonuç

MÖHUK m.27 doktrinin eleştirdiği hususları hüküm altına alan ve uygulamadaki ihtiyacı karşılayan bir düzenleme getirmiştir.

Avrupa'daki gelişmelere paralel olarak, iç hukukumuzda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme getirmek olumlu bir gelişme olmuştur. İlk olarak iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk açısından taraflara seçim hakkı getirilmiştir.

Yabancılık unsuru içeren bir iş sözleşmesinde kural, yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasıdır. Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesinin istisnai bir etkisi olduğu unutulmamalıdır.

Kamu düzeni müdahalesinin istisnai özelliği göz ardı edilerek hareket edildiğinde, tarafların irade özgürlüğünü de ağır şekilde ihlâl etmek kaçınılmaz olacaktır.

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

Kaynakça:

1. NOMER s. 524, ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE s.536

2. Doğan, Milletlerarası, s.75; Nuray Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s.207; Bayraktaroğlu Özçelik, Tüketici Sözleşmeleri, s.866.

3. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 03.06.2010 T. 2010/7381 E. ve 2010/16168 K. sayılı karar(www.lexpera.com.tr)

4.ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE s.110

5. NOMER s.346

6. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2019, s. 7; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, s. 155

7. Kudsiye Nazlı KAFA KARAKAYA s.88

8. Nomer/Şanlı, s. 163; Tekinalp, s. 49.

9. Kudsiye Nazlı KAFA KARAKAYA s.121

DİKEY ANLAŞMALARDA YENİDEN SATIŞ FİYATININ BELİRLENMESİ

Giriş

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uygulamalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde açıkça yasaklanmıştır. İlgili maddenin 1. fıkrasında *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."* hükmü yer almakta olup ardından yasaklanan faaliyetler örnekleme yoluyla belirlenmiştir.

Buna göre; "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" gibi faaliyetler açıkça hukuka aykırı işlemler olarak belirtilmiştir.

Bu örnekler tahdidi nitelikte değildir. Kanun maddesinde yer almayan uygulamalar da pekâlâ hukuka aykırı eylem teşkil edebilecektir.

Dikey Anlaşmalar

Dikey anlaşmalar üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır.

Örneğin; üretici ve toptancı, üretici ve perakendeci arasındaki anlaşmalar dikey anlaşmalardır.

Burada önemli olan hususlardan biri; taraflardan 2 ya da daha fazlası rekabet hukuku kapsamında teşebbüs olmalıdır.

Yine bir diğer önemli nokta; anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olmaları gerekmektedir.

Dikey Anlaşmalara ilişkin 2002/2 sayılı Tebliğ

Yukarıda da belirtildiği üzere RKHK'nın 4. maddesi gereğince rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlama amacı taşıyan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı anlaşmalar olarak sayılmıştır.

Dikey anlaşmalara ilişkin 2002/2 sayılı Tebliğ ise anılan kanun maddesinden muaf tutulan anlaşmaları düzenlemektedir.

Başka bir deyişle; kanunun 4. maddesinin dikey anlaşmalar bakımından neyi yasakladığı hususunu netleştirmektedir.

Tebliğ'in 2. maddesinin 6. fıkrasında, başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara bu tebliğin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu hâlde sektörel bazda özel bir dikey anlaşmalara ilişkin tebliğ olması durumunda ve söz konusu tebliğde bu konuda bir muafiyete yer verilmesi durumunda, bu hususta özel olarak düzenlenen tebliğ uygulanacaktır.

Tebliğ'in 4. maddesinde yer alan sınırlamalardan birini içeren dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanamamakta, başka bir deyişle RKHK md. 4. kapsamında yasaklanmaktadır. Bu kapsamda yeniden fiyat belirlenmesi Tebliğ'de de yasaklanmıştır.

Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ile Rekabetin Kısıtlanması

Tebliğ'in 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi, alıcı teşebbüsün kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesine ilişkindir. Buna göre; alıcının sabit veya asgari satış fiyatını belirlemesi kesinlikle yasaktır.

Ancak fiyatın tavsiye edilmesi veya tavan fiyat tespiti bu yasak kapsamında değerlendirilmemektedir. Tavsiye fiyatlar ile tavan fiyat tespiti belirlenirken dikkat edilmesi gereken hususlar mevcuttur.

Şöyle ki; Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamında belirtildiği üzere söz konusu tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulama alanı bulacaktır.

Aksi hâlde, ilgili teşebbüslerin grup muafiyetinin sağladığı imkanlardan faydalanabilmesi için bireysel muafiyet alması gerekecektir.

Bu yasağın temel sonucu bayinin serbest bir şekilde fiyatlandırma yapmasına dair çıkarının muhafaza edilmesi, özellikle fiyat rekabeti hususunda tam bir serbestiye sahip olmasıdır.

Sağlayıcı teşebbüsler akdetmiş oldukları dikey anlaşmalara açık hüküm koyarak alıcının satış fiyatını doğrudan belirlemesi yanında, aynı ihlali değişik uygulamalarla gerçekleştirebilmektedir.

Örneğin; alıcının kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcıya tavsiye edilen fiyatlara uyduğu oranda kendisine ilave indirimler uygulanması ya da bu fiyatlara uymaması durumunda teslimatların geciktirilmesi, askıya alınması veya anlaşmanın sona erdirilmesi şeklinde alıcının tehdit edilmesi ya da fiilen bu tür cezai yaptırımların uygulanması yeniden satış fiyatı belirleme uygulamalarındandır.

Yeniden Satış Fiyatı Belirlemenin Olumsuz Etkileri

Sağlayıcının alıcılarının satış fiyatını belirlemesi fiyat üzerinden yapılabilecek marka içi rekabeti engellerken, diğer yandan pazarda faaliyette bulunan diğer firmalar arasında yatay iş birliğini kolaylaştırabilecektir.

Yeniden Satış Fiyatı Belirlemenin Olumlu Etkileri

Yeniden satış fiyatı belirlemenin önemli etkilerinden biri bedavacılık sorununu çözmesidir.

Ürünlerin promosyonuyla uğraşan her bir dağıtıcı, diğer dağıtıcılar ve sağlayıcı üzerinde pozitif dışsallık yaratır.

Bu pozitif dışsallıktan yararlanan diğer sağlayıcılar herhangi bir maliyete katlanmadan satışlarını arttırabilirler. Bu durumda hiçbir dağıtıcı ürünle ilgili tanıtım ve özendirme faaliyetine girişmek istemeyecektir.

Belirli dikey kısıtların uygulanması suretiyle bedavacılık sorunu çözülerek her dağıtıcının tanıtım ve özendirme faaliyetlerine katılması sağlanabilir.

Ayrıca yeniden satış fiyatının belirlenmesinin tekel sorununa da çözüm üreteceği kabul edilmektedir.

Yaptırımlar

56. madde uyarınca; Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersiz olup, bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemeyecektir. Ayrıca, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.

Sonuç

Sonuç olarak rekabeti sınırlayan anlaşma ve eylemler RKHK'nın 4. maddesinde açıkça yasaklanmış olup, yeniden fiyat tespiti örnekleme yoluyla zikredilerek yasak kapsamına alınmıştır.

Her ne kadar dikey anlaşmalara ilişkin yayınlanan 2002/2 sayılı Tebliğ ile RKHK md. 4'ten muaf tutulacak şartlar belirtilmişse de yeniden fiyat tespiti muafiyet kapsamında değerlendirilmemiştir.

Dikey anlaşmalarda yeniden fiyat tespitinin açık hüküm koymak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi aynı ihlal çeşitli uygulamalar ile de gerçekleştirilebilir.

Ancak dikey anlaşmada sağlayıcının tavsiye fiyatta bulunması veya tavan fiyatı belirlemesi yasak kapsamında değerlendirilmemiştir.

Sonuç olarak yeniden fiyat tespiti RKHK tarafından açıkça yasaklanmış, dikey anlaşmalara ilişkin 2002/2 sayılı Tebliğ'de de muafiyet kapsamına alınmamıştır.

Bu nedenle yeniden fiyat tespitinin yapılması durumunda teşebbüsler RKHK gereğince yaptırıma maruz kalabilecektir.

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

Kaynakça:

1. Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı (On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2019)

2. Küçükayhan Aşçıoğlu, Meltem, Rekabet Hukuk ve Dağıtım Sözleşmeleri (Adalet, 2011)

3. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz (https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/dikeykilavuz2018-20180330155908926.pdf)

YENİDEN FİYAT TESPİTİ RKHK TARAFINDAN AÇIKÇA YASAKLANMIŞ, DİKEY ANLAŞMALARA İLİŞKİN 2002/2 SAYILI TEBLİĞ'DE DE MUAFİYET KAPSAMINA ALINMAMIŞTIR.

BU NEDENLE YENİDEN FİYAT TESPİTİNİN YAPILMASI DURUMUNDA TEŞEBBÜSLER RKHK GEREĞİNCE YAPTIRIMA MARUZ KALABİLECEKTİR.

TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN İLE TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YAPILAN YENİ DÜZENLEMELER

03.02.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7263 Sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesi uyarınca imza beyannamelerine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 40. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Yapılan değişiklik ile gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacir adına imzaya yetkili olanların imzalarının daha önce elde edilmiş, kamu kurum ve kuruluşlarının veri tabanlarında tutulan imza örneklerinin ortak veri tabanındaki sicil dosyasına kaydedilebileceği hususu düzenlenmiştir.

Bu itibarla da, kamu kurum ve kuruşlarının veri tabanların imza örneği bulunması halinde yeniden imza beyannamesi düzenlenmesi zorunluluğu kaldırılmış, kamu kurum ve kuruluşlarının veri tabanlarında imza kaydının bulunmaması halinde, imzaya yetkili kişilerin imza beyanlarının ticaret sicil müdürlüğüne verilmesinin usul ve esasları ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Ticaret Bakanlığınca belirleneceği belirtilmiştir.

7263 Sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik, imza beyanının herhangi bir ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda yazılı beyanda bulunmak suretiyle verileceği yönündeki hüküm kaldırılmıştır.

22. Madde ile Ticaret Bakanlığı tarafından 20 Şubat 2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliğ'de değişiklik yapılmıştır.

Yapılan önemli değişiklikler özetle aşağıdaki gibidir:

* 7263 sayılı Kanun'un 22'nci maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 'Tescil' başlıklı 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

TTK m.40/2'de yapılan bu değişiklik ile;

- Gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacir adına imzaya yetkili olanların imzalarının ticaret siciline tescili sırasında kamu kurum ve kuruluşlarının veri tabanlarında tutulan imza verilerinden elektronik ortamda temin edilerek elektronik ortamdan Merkezi Sicil Kayıt Sistemi'ne (MERSİS) kaydedilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, tescil talebi doğrultusunda ilgili veri tabanından temin edilerek merkezi ortak veri tabanındaki ticaret sicili dosyasına aktarılabilmesi ve ticari işletme ile ticaret şirketlerinin kuruluşu ve yetkili değişikliği tescili işlemlerinin daha az belge ve maliyetle yerine getirilmesi amaçlanmıştır.

- Veri tabanında bulunan imzaların elektronik ortamda temin edilebilmesi ile ticaret sicili müdürlüğünde huzurda imza beyanında bulunma zorunluluğu ortadan kaldırılmış olup bu uygulamanın bir sonucu olarak ticaret sicili işlemleri tamamen elektronik ortamda yerine getirilebilmesi sağlanmıştır.

- Veri tabanında imzası bulunmayan şahısların imza beyanlarının ticaret sicili müdürlüğüne verilmesinin usul ve esasları ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esasların belirlenmesi hususunda Ticaret Bakanlığı yetkilendirilmiştir.

* Aynı zamanda, 7263 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle de TTK'nın 'Tescil ve ilan' başlıklı 373'üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir;

"(3) Kamu kurum ve kuruluşları tarafından, ticaret siciline tescil olunan temsile yetkili kişiler ile bunların temsil şekilleri hakkında ticaret sicili kayıtları esas alınır ve şirketten bu kayıtlara ilişkin ticaret sicili müdürlüklerince düzenlenen belgeler ile Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilan dışında hiçbir belge istenemez."

TTK'nın 373'üncü maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, ticaret siciline tescil olunan temsile yetkili kişiler ile bunların temsil şekilleri hakkında kamu kurum ve kuruluşlarınca ticaret sicili müdürlüklerince düzenlenen belge ve ticaret sicili gazetesinde yayımlanan ilanlar dışında ilave belge aranmaması hususu düzenlenmiştir.

~~*(2) (Değişik: 15/2/2018-7099/21 md.) Her tacir kullanacağı ticaret unvanını ve bunun altına atacağı imzayı sicil müdürlüğüne verir. Tacir, tüzel kişi ise unvanla birlikte onun adına imzaya yetkili kimselerin imzaları da sicil müdürlüğüne verilir. İmza beyanı, herhangi bir ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda yazılı beyanda bulunmak suretiyle verilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.*~~	*"(2) Gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacir adına imzaya yetkili olanların imzaları, kamu kurum ve kuruluşlarınca veri tabanlarında tutulan imza verilerinden elektronik ortamda temin edilerek merkezi ortak veri tabanındaki sicil dosyasına kaydedilir. Kamu kurum ve kuruluşlarının veri tabanlarında imza kaydının bulunmaması halinde, imzaya yetkili kişilerin imza beyanlarının ticaret sicili müdürlüğüne verilmesinin usul ve esasları ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak tebliğ ile belirlenir."*

YURTDIŞI YÜKSEKÖĞRETİM DİPLOMALARI TANIMA VE DENKLİK İŞLEMLERİ USUL VE ESASLARI İLE BAŞVURU SÜRECİ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7/p maddesinde, Yükseköğretim Kuruluna yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından alınmış ön lisans, lisans ve lisans üstü diplomaların denkliğini tespit etmek görev olarak verilmiştir.

Bu kapsamda Yükseköğretim Kurulu tarafından, Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik Yönetmeliği, Yurt Dışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik İşlemlerine İlişkin Çalışma Usul ve Esasları ve Yurtdışındaki Yükseköğretim Kurumları, Programları ve Derecelerinin Tanınmasına İlişkin Usul ve Esasları hazırlanmıştır.

Yönetmelik gereğince, "Tanıma" ve "Diploma Denklik Süreçleri"nde akreditasyon işlemleri Yükseköğretim Kurulu tarafından yerine getirilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tanıma ve denklik birbirinden farklı kavramlardır.

Yurt dışı bir yükseköğretim kurumunun ve bu kurumun ilgili programının akademik derece vermeye yetkili olduğunun Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilmesi tanımadır.

Denklik ise, Yükseköğretim Kurulunca tanınan yurt dışı yükseköğretim kurumlarından ve programlarından alınan ön lisans, lisans ve yüksek lisans diplomalarının, ilgili eğitim düzeyindeki kazanımlar bakımından Türkiye'deki yükseköğretim kurumlarınca verilen ön lisans, lisans ve yüksek lisans diplomalarına eş değerliğinin tespit edilmesidir.

Bir yükseköğretim kurumunun tanınması için aranan koşullar Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre; bir yüksek öğretim kurumunun tanınması için,

1) Diplomayı veren yükseköğretim kurumunun faaliyet gösterdiği ülke yetkili makamlarınca kendi yükseköğretim sistemi içinde akademik derece vermeye yetkili bir kurum olarak kabul edilmiş olması,

2) Bir ülkenin yükseköğretim kurumuna bağlı olarak başka bir ülkede faaliyet gösteren kurumların menşe ülke ve faaliyet gösterdiği ülke tarafından tanınıyor olması,

3) Türkiye'nin üyesi olduğu uluslararası örgütlerin çatısı altında faaliyet gösteren bir yükseköğretim kurumu olması

koşullarından birinin sağlanmış olması yeterlidir.

Bu koşullardan herhangi birini sağlamayan bir yurtdışı yükseköğretim kurumunun tanınması için,

a) Fakülte, program, anabilim dalı, bilim dalı yapılanmalarının Türk yükseköğretim sisteminde bulunan temel esasları sağlıyor olması,

b) Bünyesinde en az üç fakülte ve bir lisansüstü eğitim veren enstitünün mevcut olması,

c) Programlarının Türkiye'deki muadil programların akademik kadro yeterliklerini karşılıyor olması,

ç) Programlarının eğitim sürelerinin örgün veya uzaktan eğitim türünde olması ve AKTS karşılıklarının Türkiye'deki benzer programlar ile uyumlu olması,

d) Kurum ve programlara ilişkin bilgiye ulaşılabilecek açık mekanizmaların mevcut olması,

e) Akreditasyon ve kalite güvence süreçlerinin tam ve anlaşılır olması,

f) En az bir dönem mezun vermiş olması

koşullarının tamamının sağlanması aranmaktadır.

Bir yükseköğretim kurumunun tanınıp tanınmadığının belirlenmesi için "Kurum Tanıma Belgesi" talep edilebilir.

Bir yükseköğretim kurumunun Yükseköğretim Kurulu tarafından tanınıp tanınmadığını gösteren, talep edilmesi hâlinde ilgililere verilen ancak diploma denklik belgesi niteliği taşımayan okul tanıma belgesi, kurum tanıma belgesidir.

Kurum tanıma belgesinin verilmesi için talepte bulunabilecek ilgililer sınırlı olup yurt dışında öğrenim görmek isteyen ve öğrenimlerine devam eden öğrenciler, yurt dışındaki yükseköğretim kuruluşlarından Türkiye'deki yükseköğretim kurumlarına yatay geçiş yapmak isteyen öğrenciler, Türkiye'de lisansüstü öğretime başlayacak olan yabancı uyruklu öğrenciler, başta sağlık ödemeleri için SGK olmak üzere, üniversiteler, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, barolar, valilikler gibi resmî makamlara bilgi vermek isteyenler ve yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarında alınan doktora eğitimi için doktora denkliği almak üzere Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına başvuru yapacak ilgililer Yükseköğretim Kurumuna başvuruda bulunabilirler.

Diploma belgesinin verilmesi için ise, yurt dışındaki üniversitelerin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ve yurt dışındaki üniversitelerin ön lisans, lisans veya yüksek lisans programlarından mezun yabancı uyruklular denklik başvurusunda bulunabilirler. Denklik başvurusunun kabul edilmesi neticesinde verilen diploma denklik belgesi diplomanın Türk yükseköğretim sisteminde hangi alan ve düzeye eş değer olduğunu gösterir belgeyi ifade eder.

Denklik başvurusunun usulü, denklik başvurusunun kabul edilmesi için aranan kriterler ve talep edilen evraklar, Yükseköğretim Kurulu tarafından hazırlanan "Yurt Dışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik İşlemlerine İlişkin Çalışma Usul ve Esasları"nda belirlenmiştir.

Öncelikle tanıma ve denklik talebinde bulunacak kişi/vekilinin e-Devlet sistemi üzerinden online başvuru yapması gerekmektedir. Vekaleten başvuracak kişilerin resmi vekaletnamesi aranmaktadır.

Başvuru tarihinden itibaren 15 (on beş) iş günü içerisinde Yönetmelik 4. maddesinde sayılan belgeler ile birlikte Yükseköğretim Kuruluna şahsen veya resmî vekâletle başvurulması, Kuruldan online belgelerin aslıyla aynı olduklarına dair tasdik onayın alınması ve sürecin başlatılması gerekmektedir.

Ayrıca talep edilen evraklar bakımından, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için ön lisans ve lisans denklik başvurularında, T.C. vatandaşları için yüksek lisans denklik başvurularında, yabancı uyruklular için ön lisans ve lisans denklik başvurularında ve yabancı uyruklular için yüksek lisans denklik başvurularında istenilen belgeler değişkenlik göstermekte olup güncellendiğinden başvuru öncesinde Yükseköğretim Kurulunun internet adresinden kontrolü sağlanmalıdır.

Başvuru için talep edilen evrakların eksiksiz olduğunun tespit edilmesi akabinde denklik başvurusunu inceleyen Yükseköğretim Kurulu, "Yurt Dışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik İşlemlerine İlişkin Çalışma Usul ve Esasları"nın 13. Maddesinde yer alan şart sağlanması halinde doğrudan denklik verilmesine, 14. Madde kapsamında seviye ve yeterlilik belirleme işlemlerinin uygulanmasına veya 15. Madde gereğince denklik başvurusunun reddine karar verebilir.

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

Kaynakça:

1. Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik Yönetmeliği

2. Yurt Dışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik İşlemlerine İlişkin Çalışma Usul ve Esasları

3. Yurtdışındaki Yükseköğretim Kurumları, Programları ve Derecelerinin Tanınmasına İlişkin Usul ve Esasları

4. Yurt Dışı Yükseköğretim Diplomaları Tanıma ve Denklik El Kitabı, Yükseköğretim Kurulu, Ankara 2018

TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ VE ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

Tahkim anlaşması, Milletlerarası Tahkim Kanunu IV. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede Tahkim Anlaşması; "Tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma" olarak tanımlanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer verilen bu tanım, New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin 1. fıkrası göz önüne alınarak düzenlenmiştir.

Tahkim anlaşması, taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak düzenlenebilmektedir.

Tahkimde dava açılabilmesi için taraflar arasında bir uyuşmazlığın mevcut olması gerekmektedir; ancak tahkim anlaşmasının yapılabilmesi için uyuşmazlığın yalnızca doğabilecek nitelikte olması yeterlidir. Doğacak uyuşmazlıkların tümünün ya da bu uyuşmazlıkların sadece belirli bir kısmının tahkim yoluyla çözülebileceği taraflarca kararlaştırılabilmektedir.

Tarafların, aralarındaki sözleşmelerden bazılarının ya da tek bir sözleşmenin belirli bir bölümünden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırmaları da mümkündür. Tahkim anlaşmasının maddi anlamda geçerliliği tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir.

New York sözleşmesi tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin açıkça bir hüküm içermemekte ancak II. maddesinin 1 ve 2. bentlerinde, tahkim anlaşmasının şekli konusu düzenleme altına alınmaktadır.

İlgili düzenlemenin 1. bendinde anlaşmanın yazılı olarak yapılması gereği, 2. bendinde ise yazılı anlaşmadan ne anlaşılması gerektiği örneklerle belirtilmiştir. [1]

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre; tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır.

Yazılı şekil şartının sağlanması için anlaşmanın taraflarca imzalanmış, yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş, olması gerekmektedir. Burada asıl dikkat edilmesi gereken husus tahkim şartıdır.

Kanun koyucu asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye gönderme yapılmasını da geçerli bir tahkim anlaşması olarak kabul etmektedir.

Bu hüküm de New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınarak yazılmıştır. [2] Tahkim anlaşmalarının birden çok geçersizlik nedeni bulunmaktadır.

Tahkim anlaşması veya şartı söz konusu olması için ehliyet, şekil ve esas bakımından geçerli bir tahkim anlaşması veya şartının bulunması gerekir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği, New York Sözleşmesi'nde ifade edilmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğinde mahkeme, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuku dikkate alacaktır. [3]

Usulüne uygun olarak düzenlenmiş ve geçerli bir tahkim anlaşması yoksa uyuşmazlığın yerel mahkemelerde görülmesi gerekmektedir.

Bu durum Türk hukuku açısından Anayasa'da düzenlenmekte olan bir zorunluluktur.
Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması gerekmektedir.

Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmede tahkim şartı belirlememişler ve münferiden bir tahkim anlaşması da yapmamışlarsa Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun II. Maddesine göre tahkim şartı içeren bir sözleşmeye atıf yapılması durumunda da tahkim anlaşmasının var olduğu kabul edilmektedir. [4]

Tahkim anlaşmasının tabi olduğu şekil New York Sözleşmesi'nin II. Maddesinde düzenlenmektedir.

Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da düzenlenmektedir. Buna göre, aranan şekil şartı geçerlilik şeklidir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyen bir diğer husus tahkime elverişliliktir.

Uyuşmazlığın tahkime elverişliliği ile tahkim anlaşmasının geçerliliği birbirlerinden farklı konulardır.

Tahkime elverişlilik mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak bir iptal sebebi, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca tarafların ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir.

Objektif tahkime elverişlilik; bir uyuşmazlığın konu itibariyle tahkime elverişli olmasını ifade etmektedir.

Subjektif tahkime elverişlilik ise bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması veya yargılamasının tarafı olup olmaya-

Uyuşmazlığın konusu belirli değilse tahkim anlaşması geçerli olmamaktadır.

Tarafların tahkim sözleşmesi yaparken hangi uyuşmazlık hakkında sözleşme yaptıklarını belirtmesi veya belli bir hukuki ilişkiden doğacak olan uyuşmazlıkların tahkime tabi olacağının kararlaştırılması halinde uyuşmazlık belirli sayılmaktadır.

Tahkim anlaşmasını düzenleyen tarafların ehliyetlerine haiz olmaları gerekmektedir. Tahkim anlaşması yapma ehliyetinin kapsamı ve sınırları ehliyeti yöneten hukuka tabidir.

New York Sözleşmesi'ne taraf devlet kurum veya şirketlerinin tahkim sözleşmesi yapma yetkileri kısıtlanmış veya onay gibi bazı işlemlerin gerçekleştirilmesine bağlanmış ise ehliyetsizlik itirazı ile karşılaşılabilmektedir. [6]

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmasının şekline ve taraflarının ehliyetine uygulanacak hukuktan da ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak olan hukuk tahkim anlaşmasına, taraf iradelerinin geçerliliğine veya geçersizliğine, tahkim sözleşmesinin ifasına ve tahkim sözleşmesinin kapsamına ilişkindir, bu nedenle anlaşmanın şekline ve tarafların ehliyetine uygulanmaz.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için sözleşmeyi düzenleyen tarafların iradelerinin dikkate alınması gerekmektedir. Taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde sorun ve tartışmalar ortaya çıkmaktadır.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için meselenin hangi aşamada inceleneceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasının esasına ilişkin iddialar hakem yargılaması sırasında, verilen hakem kararının iptali veya tenfizi aşamalarında veya tahkim şartının varlığına rağmen ulusal mahkemeler nezdinde açılan davalarda tahkim itirazı olarak ileri sürülebilir. [7] Tahkim anlaşmasının esasının geçersizliği hakem heyeti önünde ileri sürülebilmektedir.

Geçersizlik ileri sürüldüğü takdirde hakemler ilk olarak taraf iradelerini dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını inceleyerek karara bağlayacaklardır. Hakemler, tahkim yeri hukuku, sözleşmeye uygulanacak hukuk, seçilen tahkim kurumlarının kuralları gibi kriterleri göz önüne alarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit edebilmektedirler.

Taraflarca tahkim anlaşması düzenlenmiş olmasına rağmen yerel mahkemelerde dava açılması durumunda karşı taraf tahkim itirazını ileri sürmekte, yerel mahkeme de tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek itiraz hakkında karar vermektedir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği meselesi, hâkimin hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. Maddesinin 3. Fıkrası, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku sözleşmeden ayrı tutmuş ve tahkim anlaşmasını, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa doğrudan Türk hukukuna tabi kılmıştır.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ayrıca belirlenmemiş ve sözleşme Türk hukukundan başka bir hukuka tabi kılınmış ise, tahkim anlaşması bu hukuka göre değerlendirilmemekte ve tahkim anlaşmasının geçerliliği doğrudan Türk hukuku bakımından incelenmektedir.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Öykü Kaygusuz
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Gelgel, Günseli: New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2), 2011, s. 1138

2. Eyüboğlu, Ceren: Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

3. Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim s.88

4. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Madde 2

5. Eyüboğlu, Ceren: Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

6. Eyüboğlu, Ceren: Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

7. Işık, Fatih: Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİ OLABİLMESİ İÇİN TARAFLARIN, UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMLENMESİNE İLİŞKİN İRADE AÇIKLAMASI GEREKMEKTEDİR.

TARAFLAR ARALARINDA YAPMIŞ OLDUKLARI SÖZLEŞMEDE TAHKİM ŞARTI BELİRLEMEMİŞLER VE MÜNFERİDEN BİR TAHKİM ANLAŞMASI DA YAPMAMIŞLARSA MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU'NUN II. MADDESİNE GÖRE TAHKİM ŞARTI İÇEREN BİR SÖZLEŞMEYE ATIF YAPILMASI DURUMUNDA DA TAHKİM ANLAŞMASININ VAR OLDUĞU KABUL EDİLMEKTEDİR

YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Son zamanlarda yapay zekaya sahip varlıkların gerçekleştirdikleri eylemler neticesinde cezai ve hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmayacağı büyük bir tartışma konusu haline geldi.

Zira mevcut yapay zekaların pek çoğunun çalışma stili insan kontrolünde ya da her halükârda insan müdahalesi gerekli olacak şekilde tasarlansa da günümüz itibariyle artık yapay zekaya sahip varlıkların tam bağımsız (otonom) olarak tasarlandığını ve hiçbir şekilde insan müdahalesi olmaksızın faaliyette bulunabildiklerini, yalnızca bir kontrol mekanizması olarak insan müdahalesine açık olduklarını artık görmekteyiz.

Sürücüsüz otomobillerden, insansız silahlı hava araçlarına kadar artık birçok noktada tamamen otonom şekilde hareket edebilen yapay zekaya sahip varlıkların hayatımızda bu kadar yer edinmesi, bu varlıkların gerçekleştirdikleri fiiller neticesinde hukuki ve cezai sorumluluğun kimin üzerinde olacağı tartışmasını da bir süredir beraberinde getiriyor.

Ancak tartışmalar bununla da sınırlı kalmamalı, zira artık yapay zekaya sahip varlıların artık hiçbir insan müdahalesi olmaksızın, tamamen kendi iradeleri neticesinde fikri sınai ürünler dahi meydana getirebilmekte.

Bir fikri eserin sahibi, en genel tanımıyla onu meydana getiren kişidir.

Bu eserin meydana getiriliş şekli söylenmesi, yazılması, tasarlanması veya programlanması gibi çeşitli şekillerde olabilir. Eğer fikri eser çalışanlar tarafından meydana getirilmişse; meydana gelen eseri niteliği gereği hak sahipliği pozitif ve negatif yönde eğim gösterebilecekse, ürününün mülkiyet hakkı işverene ait olacaktır.

Ancak yapay zekaya sahip programların her geçen gün gelişmesiyle yeni bir hukuki tartışma ortaya çıkmıştır. Yapay zekâ meydana getirilen eserin fikri mülkiyet hakları kime ait olacaktır?

Bu tartışmanın sebebi ise artık teknolojide gelinen noktada, hiçbir şekilde insan müdahalesi olmaksızın tamamen yapay zekâ tarafından bağımsız bir şekilde eserlerin meydana getirilebiliyor olmasıdır.

Buna örnek olarak beste yapabilen Amper isimli yapay zekadan, şiir yazabilen Annie isimli yapay zekayı ve EPO nezdindeki bir patent başvurusunda buluşçu olarak gösterilen DABUS isimli yapay zekayı gösterebiliriz.

Ancak henüz bir yapay zekanın ya da makinenin buluşçu olamayacağı gerekçesi ile bu başvuru EPO tarafından reddedilmiştir.

Yapay zekanın ürettiği fikri sınai ürünler yapay zeka adına tescil edilmesi veya bir şekilde yapay zekanın mülkiyetinde olması şuan için kamuoyunun doğru bir şekilde aydınlatma ve gerekli koruma sağlanmadığı taktirde bu alana gereken yatırımların yapılamayabileceği gerekçelerinden fazla bir nedene dayanamıyor.[1]

Ancak ileride, yapay zeka sahip varlıkların bir eşyadan ya da bilgisayar programından fazlası olduğunun kabulü ile; bu husus da hiç şüphesiz ki işçinin ya da akademisyenin ürettiği fikri sınai ürünlerin mülkiyetine ilişkin tartışmalardaki benzer gerekçeler ile tartışmaya açılacaktır.

Dolayısıyla artık hukuk doktrini tarafından öncelikle ve acil bir şekilde ele alması gereken, tamamen bağımsız bir şekilde fikri mülkiyet ürünü üretebilen ve hukuki ya da cezai sorumluluk doğurabilecek birtakım fiillerde bulunabilen yapay zekaların bağımsız bir özne olarak nasıl dikkate alınacağıdır.

Zira mevcut hukuki mevzuatlar uyarınca yapay zekalar ve yapay zekaya sahip varlıklar bir eşya ya da bir bilgisayar programından ibaret görülmektedir. Hiç şüphesiz ki meydana gelen ve gelecek problemlerin çözümü yapay zekaların bunlardan çok daha fazlası olduklarının kabulü ve ardından bu kabule uygun gerekli yasal zeminin oluşturulmasında saklıdır.

Mevcut Hukuki Durumda Yapay Zekâ Varlıklarının Statüleri

Öncelikle mevcut hukuki altyapıda yapay zekâ programları ve yapay zekaya sahip varlıkları nasıl bir hukuki statüye sahip olduğunu irdelememiz gerekiyor.

Yapay zekâ yapısı gereği bir yazılım niteliğinde olup, Türk Hukukuna göre Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bilgisayar programlarına sağlanan koruma uyarınca korunmaktadır.

Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu m.82 uyarınca bilgisayar programlarının patent alamayacağı belirtilmişse de ABD ve AB doktrininde yaygın görüş yapay zekâ yazılımlarının patent konusu olduğu da görülmektedir.

Buluş olarak kabul edilen bir yapay zekâ patentle korunabilecektir. Yine yapay zekaya sahip varlıklar ise hukuki statü olarak hala eşya olarak nitelendirilmektedir.

Ancak mevcut hukuki altyapı, artık çevresini algılama yeteneğine ve kendi iradesine sahip olan yapay zekaya sahip varlıkların gerçekleştirecekleri fiillerden doğacak sorumluluğun kimin üzerinde olacağı noktasında yeterli korumayı sağlayamamaktadır.

Örneğin sürücüsüz bir şekilde, otomatik pilot halde seyredebilen bir aracın karıştığı kazada cezai ve hukuki sorumluluk kimin üzerinde olacaktır?

Aracı üreten firmanın mı, araç sahibinin mi?

Dünya genelinde mevcut olan karayolları kanunlarında hala araç tanımı içerisinde sürücüyü barındıracak şekilde olduğu için, bu durumda sürücünün cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi söz konusu olacak. 2018 yılında Amerika'da yaşanan bir kazada, UBER'in insansız aracı test sürüşü sırasında bir yayanın ölümüne sebebiyet verdi.

İnceleme neticesinde aracın hem sürücülü hem sürücüsüz idare edilebilecek olmasından dolayı UBER sorumlu tutulmamış, kaza sırasında sürücünün müdahalede bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Ancak ilerleyen dönemlerde mevzuatlarda gerçekleştirilecek değişiklikler ile, araçların trafiğe sürücüsüz olarak çıkabilmesinin önü açılacaktır.

Bu durumda ise cezai sorumluluğun nasıl şekilleneceği ise büyük merak konusu.

Hukuki sorumluluk konusunda ise aynı örnekte sürücünün ve üreticinin sorumluluğu tartışılabilecekse de herhangi bir sürücüsü ya da kontrol edeni bulunmayan tamamen otonom çalışmakta olan yapay zekalı varlıklar için bu tartışmaların sonu gelmeyecektir.

Bu tartışmaların artık çözüme bağlanması için öne sürülen birçok görüşe göre ise yapay zekalı varlıkların, bir program ya da eşya niteliğindeki hukuki statüsünden çok daha fazlasına ihtiyaç duyuyor.

Tavsiye edilen hukuki statü fikirlerinden bir kısmının, en azından günümüzde ve yakın gelecekte yeterli korumayı sağlayabileceğini düşünmekteyim.

Yapay Zekâya Sahip Varlığın "Kişi" Olarak Görülemeyeceğini Belirten ve Çözüm Önerisi Olarak Sigorta Usulünü Öneren Görüş

Bu görüşe göre yapay zekânın geldiği noktanın bir takım hukuki mevzuatta birtakım yenilikler getirilmesi gerektiği kabul edilse, yine de bu varlıkların eşya statüsünde kalmaya devam etmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bu görüşe göre artık yapay zekanın tam otonom varlıklar haline gelmesinin doğuracağı hukuki sorumluluk onlara kişilik tanınarak ya da hukuki sorumluluk yüklenerek çözümlenmemelidir.[2]

Yapay zekaya sahip varlıkların eşya statüsünü koruyacağı bu görüşe göre, yalnızca çeşitli sigorta ve teminat sistemleri ile birlikte yapay zekalı varlıkların fiilleri neticesinde meydana gelen sorunlar çözülebilecektir.

Ancak bu çözüm yolu yalnızca doğacak hukuki sorumluluğa kısıtlı da olsa bir cevap bulmakta olup, cezai sorumluluk açısından ise tamamen çaresizdir.

Yapay Zekâya Hukuki Statü, "Kişilik" Atfeden Görüşler:

Kölelik Görüşü

Bu görüş kaynadığını yine, modern hukukun her alanında olduğu gibi Roma Hukukunda buluyor.

"Roma hukukunda kölelerin durumu ayrıntılı incelendiğinde yakın gelecekte hayatımızın bir parçası olacağına inandığımız robotlar ile durumlarının benzerlik gösterdiği görülebilir.

Köle bir çeşit kendi kendine düşünebilen, karar verebilen duygusal bir mal olarak tanımlanabilir.

Aynı özellikler geleceğimizin robotlarında da görülecektir.

Yani robotları hukuki durumları bakımından kölelerin teknolojik akrabaları olarak değerlendirmek mümkündür".[3]

Bu görüşe göre hem yapay zekalı varlıklar hem de köleler "zekâ sahibi eşya olarak" nitelendirilmektedir.[4]

Bu görüşe gibi tıpkı köleler gibi akla ve iradeye sahip olduklarından hukuki işlemlerde bulunmalarının önü açılmalıdır.

Ancak hak ehliyeti olmadıkları için, bu durumda kazanılan tüm haklar ve doğacak hukuki sorumluluk kölelerde olduğu gibi yine efendi de yani eşya sahibinde olacaktır.

Cezai sorumluluk konusunda ise bu görüş yeteri kadar çözüm bulamamakta olup, ancak yapay zekâlı varlığın sahibinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilmektedir.

Gerçek Kişi Görüşü

Otonom yapay zekanın bir eşya gibi düşünülemeyeceğini, kendi varlığının dahi bilincinde olan ve insanlarla aynı tür çeşitli özelliklere sahip olan yapay zekâ varlıkların da kişi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne dayanır.

Ancak bu görüşün hukuki bir altyapısının oluşturulması şu an için mümkün bulunmamaktadır.

Zira tüm hukuki mevzuatlar gerçek kişiler fiziksel yapıya sahip insanlar olup, insanlar doğumları itibari ile hak ehliyetine sahip olmaktadırlar.

Şu an için mevcut hukuki altyapıda bu görüşün yeri olmadığı gibi, yapay zekâ varlıkların şu anki durumu da bu denli bir devrimi gerektirmemektedir.

Tüzel Kişi Görüşü

Bu görüş uyarınca, yapay zekâların otonom ve bilişsel yapıları sebebiyle, asla gerçek kişi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.[5]

Ancak hukuki statülerin yalnızca insanlara tanınmadığı belirtilerek, yapay zekâ bakımından tartışılan birçok problemin çözümü onları bir hukuki statü altında tanımak olarak gösterilmiştir.

Zira tüzel kişilik; bir takım toplumsal, ekonomik ve birçok sebep ile insan dışında olan bir hukuki soyut kişiliktir.

Bu görüş uyarınca, yapay zekâlara şirketlere olduğu gibi bir tüzel kişilik tanınması ve yine bu yöntem ile mülkiyete konu edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Elektronik Kişilik Önerisi

Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından hazırlanan tavsiye niteliğindeki 27 Ocak 2017 tarihli raporda yer alan görüşlerden biridir.

Bu görüş, otonom bir şekilde kendi kararlarını alabilen yapay zekâya sahip robotların sorumlu tutulabilmesi için ortaya atılmıştır.

Elektronik Kişilik görüşü, mevcut hukuk sistemlerinde yer alan hukuki statülerden biri olmayıp, bu alanda tamamen yeni bir statü yaratılması gerektiğini belirtmektedir.[6]

Zira Rapordaki görüşe göre, yapay zekâların verdikleri zarar nedeniyle hukuki sorumluluklarının bulunduğunun benimsenmelidir.[7]

Bu hukuki sorumluluk kapsamında ise, her yapay zekânın resmi bir sicile kaydedilmesi ve tazminat sorumluluğunun oluşması halinde yapay zekâ varlıklara özgü kurulan maddi fonlara başvurulması gerekeceği yönünde bir görüş de bildirilmiştir.[8]

DEĞERLENDİRME:

Gelişen yapay ve zekâ ve robotik teknolojisi ile, yapay zekâya sahip varlık üreticisinden tamamen bağımsız bir şekilde kararlar alarak hareket edebilmektedir.

Bu fiiller neticesinde gerek yapay zekânın sahip olabileceği fikri mülkiyet hakları gibi birtakım haklar gündeme gelebileceği gibi, yapay zekânın fiillerinden ötürü hukuki ve cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir.

Nasıl bir noktaya ulaşacağı öngörülemese de yapay zekâ teknolojisinin hızla geliştiği ve her geçen gün yapay zekâya sahip varlıkların bağımsız bilinci oluşturan insani özelliklere daha fazla sahip olduğunu görmekteyiz.

Hal böyle iken durağan, yapay zekâya yalnızca bir eşya muamelesi yapan mevcut hukuki uygulamalardan derhal vazgeçilmesi gerektiği ortadadır.

Yapay zekâya sahip varlıklara insan ve tüzel kişi mülkiyetine tabi bir eşya olmaktan öte bir hukuki statü tanınmalı ve bu hukuki statünün gelişen yapay zekâ teknolojisi ile güncellenebilecek bir altyapıya sahip olması gerekmektedir.

Gerçek kişilik tanınması gerektiği görüşü, şu an için böylesine gereklilik olmadığı gibi henüz hayali bir noktadadır.

Tüzel kişilik görüşü ise, bir takım hukuki sorumluluklar noktası faydalı bir çözüm olabilecekse de devamlı gelişmekte olan yapay zekâ teknolojisi karşısında kısa bir süre içerisinde yetersiz bir statü konumuna geleceğini tahmin ediyorum.

"Elektronik Tüzel Kişilik" görüşü ise, tamamen yeni bir hukuki statü yaratılması anlamına geldiğinden ve henüz bu yönde atılmış bir adım olmadığı için uygulanabilirliği düşük bir ihtimal gibi görünse de mevcut ve geleceği muhtemel olan tüm hukuki problemlere çözüm getireceği için en tutarlı ve uygulanabilir görüş olduğu kanaatindeyim.

Zira Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu'nun Raporunda, elektronik tüzel kişiliğin, aynen tüzel kişilerde olduğu gibi bir sicile kaydedilmesini öngörmekte ve sigorta fonu görüşünde olduğu gibi tazminat sorumluluğu için ise oluşturulacak maddi fona başvuru öngörülmektedir.

Bu statü ile yapay zekâ borç altına girebilecek, fikri mülkiyet ürünleri sahibi olabilecek, patent buluşçusu ve hatta sahibi olabilecektir.

Bunun yanı sıra verdikleri zararlar kapsamında hukuki sorumlulukları gündeme gelecektir. Yani şirketler için nasıl yasal kişilik hak ve sorumluluklar anlamına geliyorsa, aynı mantık yapay zekâya sahip varlıklar açısından da geçerli olacaktır.

Şahsi kanaatim ise, çözüme en yakın görüşün "Elektronik Tüzel Kişilik" statüsü olmakla birlikte, bu görüşün revize edilmesi gerektiğidir.

Bu kapsamda, elektronik tüzel kişilerin aynen tüzel kişilerde olduğu gibi tüzel kişi ya da gerçek kişi pay sahipleri olabilmesi gerektiğini, elektronik tüzel kişi siciline kayıt için şartlardan birinin her bir kişi özelinde teminat olarak yatırılması gereken bir nakdi ücretin şart koşulmasını (sigorta fonu görüşünden farklı olarak her bir elektronik tüzel kişi adına, bir nakdi teminatın yatırılması gerektiğini düşünmekteyim) ve hukuki sorumluluk halinde bu nakdi teminattan karşılanması öngörülebilir.

Bu teminat tutarının tekrar tamamlatılmadığı durumda ise elektronik tüzel kişi kaydının sicilden terkin edilerek tüzel kişiliğe ve faaliyetlerine son verilmesi söz konusu olabilecektir.

Detaylı Bilgi için;
Av. Serdar Darama
info@ozgunlaw.com

Kaynaklar:

1. Mustafa Zorluel, Yapay Zekâ ve Telif Hakkı, s.333

2. Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, s.378

3. Taşdemir; Özbay; Kireçtepe, Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu üzerine bir deneme, özet

4. Taşdemir; Özbay; Kireçtepe, Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu üzerine bir deneme, s.804

5. Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, s.379

6.https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html

7. Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, s. 380

8. Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, s. 380 (ERSOY, s.89)

Çağlar Ersoy; Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk

Doç. Dr. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel; Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku

UZAKTAN ÇALIŞMA YÖNETMELİĞİ RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANDI!

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından hazırlanan Uzaktan Çalışma Yönetmeliği 10.03.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandı.

Yönetmelikte uzaktan çalışma, işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik uyarınca uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalı ve sözleşmede işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar işveren tarafından sağlanan iş araçları, ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer almalıdır.

Uzaktan çalışanın mal ve hizmet üretimi için gerekli malzeme ve iş araçlarının iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından sağlanması da esas olacaktır.

Uzaktan çalışmaya geçiş işe, doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabilecek veya hâlihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi, işçinin ve işverenin anlaşması halinde, uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülerek yapılacaktır. İşçinin yazılı uzaktan çalışma talebinde bulunması hâlinde ise, sonucu işveren tarafından otuz gün içinde yazılı olarak bildirilmelidir. Ayrıca, uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmayacaktır.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210310-2.htm

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU'NDAN SES KAYDI KARARI!

Bir kamu kurumu olan veri sorumlusu tarafından ses kayıt özelliği bulunan güvenlik kamerası kullanılmasından kaynaklı olarak yapılan başvuruya ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 12/03/2020 tarihli ve 2020/212 sayılı karar özeti yayımlandı.

Başvuruyu inceleyen Kurul, öncelikli olarak Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 4. Maddesine atıf yaparak işlenen verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerektiğine değinmiştir.

Akabinde ise, Anayasaya ve Anayasa Mahkemesi'nin 28/09/2017 tarihli ve 2016/125 E. 2017/143 K. sayılı kararına da atıf yapılarak, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin hakkın özüne dokunmaması gerektiği ve ölçülü olması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Somut olayda Kurul, söz konusu kayıt ile beklenen faydanın ses kaydı olmaksızın görüntü kaydı ile elde edilebileceği hâllerde ses kaydının da yapılması, gerçekleştirilecek kişisel veri işleme faaliyeti ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki dengenin bozulmasına yol açacağından ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceğine ve kameralar vasıtasıyla görüntü ile birlikte ses kaydı yapılması, bireylerde her açıdan gözetim altında tutuldukları endişesi yaratabilecek olup, kişilerin kamusal alanda bile özel bir kısım diyaloglarının ya da yaşantı kesitlerinin bulunabileceği de dikkate alındığında bu yönde bir uygulamanın hakkın özüne zarar vereceğine kanaat getirmiştir.

Kaynak: https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6892/2020-212

ANAYASA MAHKEMESİ'NDEN KURUMSAL E-POSTALARIN İŞVEREN TARAFINDAN İNCELENMESİNE İLİŞKİN KARAR!

Anayasa Mahkemesi'nin, özel bir bankada çalışan başvurucunun kurumsal e-posta hesabı içeriğinin işveren tarafından incelenmesi ve bu yazışmalar gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedilmesi nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edilip edilmediğini incelediği 2018/31036 başvuru numaralı ve 12.01.2021 tarihli kararı, 05.02.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandı.

Başvuruyu inceleyen Mahkeme, e-posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin denetlenebileceğine ve iletişim araçlarının kullanım koşullarına ilişkin olarak önceden tam ve açık bir bilgilendirme yapılmadığı hâllerde temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de korunacağı yönündeki haklı beklentiyle çalışan kişinin kurumsal e-posta üzerinden kişisel yazışmalar yapabileceğinin işveren tarafından da öngörülebilecek bir durum olduğu, açık bir bilgilendirme yapılması hâlinde, işverenin kurumsal e-postayı incelemeden önce çalışanın ayrıca rızasını alması beklenemeyeceği ve işçi ile işveren arasında yapılan iş akdi incelendiğinde başvurucuya tahsis edilen kurumsal e-postanın sadece iş amaçlı olarak kullanılacağının ve kurumsal e-postanın banka yönetimi tarafından haber verilmeksizin denetlenebileceğinin, personelin bu konuda itirazının olmayacağı ve talimatlara uyacağı hususlarının düzenlendiği görüldüğünden, meşru amaçla sınırlı olarak işveren tarafından inceleme yapıldığı gerekçesiyle hak ihlâli bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/02/20210205-15.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