ÖZGÜNLAW
PROTECTING YOUR INTERESTS

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 59 Ekim 2022

Başlarken...

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

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

Kasım ayında görüşmek üzere!

Editörler:
Burcu Çelik
Serdar Darama

Hizmet Tespit (Sigortalılığın Tespiti) Davasından Feragat Edilebilinir Mi?

Hizmet tespit davasında, tescillenmiş işe giriş bildirgelerindeki yanlış yazılan kimlik kayıtlarının ve sigorta sicil numaralarının tashihi, sigortalıya ait olması gerekirken başkası adına bildirilen çalışma sürelerinin asıl hak sahibine kazandırılması, hizmet süresinin başlangıç tarihinin doğru olarak tespiti gibi hususlar ele alınmaktadır. *(Sayfa 2)*

Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Karar İngiltere'de Tenfiz Engeline Takıldı (Sas Institute Inc V World Programming Ltd.)

Tenfiz konusunda başka bir anlaşmanın olmaması durumunda, Avrupa Birliği veya ETFA (Avrupa Birliği'nin bir parçası olmayan, Avrupa Serbest Ticaret Birliği) ülkelerinden birinin mahkemesinden alınan bir kararı uygulamak için ulusal hukukun uygulanması gereklidir. *(Sayfa 5)*

Özel Okullarda Çalışan Öğretmenlerin Mesai Saatleri Nedir? Fazla Mesai ve Resmi Tatil Alacaklarını Nasıl İspatlayabilirler?

12.03.1964 tarih ve 11654 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 439 Sayılı Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Yüksek ve Orta Dereceli Okullar Öğretmenleri ile İlkokul Öğretmenlerinin Haftalık Ders Saatleri ile Ek Ders Ücretleri Hakkında Kanun ile öğretmenlerin çalışma saatleri düzenlenmiştir. *(Sayfa 10)*

Hukukta Sınırları Aşmak: Uluslararası Alacak Takibinde "Kesinleşmiş Ödeme Emri"nin Tenfizi

Yabancı bir mahkeme kararının icrai etkilerinin bir başka ülkede icra edilebilmesi prosedürünü ifade eden "tenfiz"; hukukumuzda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 50. Maddesinde düzenlenmiştir. *(Sayfa 13)*

Elektronik Tahkim Uygulamaları

Tahkim, milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda tarafların, mahkemelerin aşırı iş yükü, hâkimlerin konunun uzmanı olmaması, yargılamanın uzun sürmesi ve daha masraflı hale gelmesi gibi sebeplerle başvurdukları yaygın şekilde kullanılan bir çözüm yöntemidir. *(Sayfa 17)*

Gider Sigortası

Sigorta karmaşık bir alandır ve yasal gerekliliklere tabidir. Bununla birlikte, uyulmaması durumunda mahkemenin politikanın uygulanamaz olduğunu tespit etmesine izin vereceği ve bu da giderlerin geri kazanılmasını sınırlayacağı için bu gerekliliklerı anlamak önemlidir. *(Sayfa 21)*

Yargıtay Kararları Doğrultusunda Munzam Zararda İspat

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırı olarak davranarak borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, temerrüde düşmektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarı gerekmektedir. *(Sayfa 23)*

Güncel Haberler

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi`nin Finansal Sıkıntıda Olan Şirketlerde Yöneticilerin Alacaklılara Karşı Sorumluluğuna Dair Güncel Bir Kararı! (Sayfa 9)

İngiliz Ticaret Mahkemesi`nin Hisse Devir Sözleşmesine Taraf Olmayan Hissedarın Yanlış Beyandan Sorumluluğuna Ve Rekabet Etmeme Yasağına Dair Güncel Bir Kararı! (Sayfa 12)

Anayasa Mahkemesi Polise Yapılan Acil Yardım Çağrısına Makul Sürede Cevap Verilmemesi Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edildiğine Karar Verdi! (Sayfa 16)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi Yayımlandı! (Sayfa 16)

Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayımlandı! (Sayfa 20)

HİZMET TESPİT (SİGORTALILIĞIN TESPİTİ) DAVASINDAN FERAGAT EDİLEBİLİNİR Mİ?

1. Hizmet Tespit Davası Nedir?

Hizmet tespit davası, 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan işlerde çalışanların Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tespit edilemediği hallerde veya eksik bildirilmiş hizmetlerin tescil edilmediği sonradan öğrenildiğinde bu hizmetleri tespit etmek amacıyla açılan davadır.

Bu davada, tescillenmiş işe giriş bildirgelerindeki yanlış yazılan kimlik kayıtlarının ve sigorta sicil numaralarının tashihi, sigortalıya ait olması gerekirken başkası adına bildirilen çalışma sürelerinin asıl hak sahibine kazandırılması, hizmet süresinin başlangıç tarihinin doğru olarak tespiti gibi hususlar ele alınmaktadır. [1]

5510 sayılı Kanun m. 86/9'a göre, aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.

Bir olumlu tespit davası olan hizmet tespiti davası ile kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalışmaları Kurumca tespit edilememiş sigortalılara, sigortalı hizmetlerini tespit ettirmesi imkânı sağlanmaktadır. [2]

Hizmet tespit davasında iddia sahibi tarafından dayanılabilecek yazılı delillerin yanında tanık beyanları da hükme esas alınabilir. İşyeri ile alakalı olan veya işveren tarafından işin yürütülmesine esas teşkil eden ya da iddia sahibinin söz konusu işyerinde çalıştığını gösteren her türlü yazılı belge ve evrakın davacı tarafından mahkemeye sunulması gerekir.

Bu belgelerin sonradan düzenlenebilir nitelikte olmaması önem arz etmektedir. [3]

2. Hizmet Tespit Davasından Feragat Edilebilinir Mi?

Bilendiği üzere sosyal güvenlik hakkı, niteliği itibariyle ekonomik ve sosyal haklar arasında yer almaktadır. Bunun yanında, insan hakları ile ilgili tüm uluslararası belgelerde de sosyal güvenlik hakkı yerini almış durumdadır. Ekonomik ve sosyal haklar arasında zikredilen sosyal güvenlik hakkı, devletlere bu hakkın yerine getirilmesi için yükümlülükler yüklemektedir.

Devlet bu yönüyle gereken teşkilatın kurulması, tedbirlerin alınması gibi olumlu edimleri yerine getirmek zorundadır. Bu sosyal devlet olmanın bir zorunluluğudur.

Sosyal devletin amacı sosyal bir devlet olarak ülkede yaşayan vatandaşlara daha iyi hizmetler sunulmasıdır. Bunun yanı sıra bir ülkenin de sosyal devlet olabilmesi için bazı önemli kriterleri de yerine getirmek gerekmektedir.

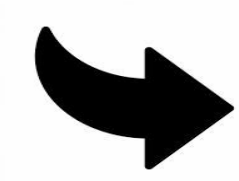
Sosyal devletin oluşturulmasında bazı önemli kriterler bulunuyor. Buna göre devletlerin vatandaşlarına ekonomik ve sosyal haklarını gözeterek oluşturulan bir yönetim biçimi olarak bilinmektedir. Sosyal devlet, toplumun tüm üyelerine onurlu bir yaşamın her zaman bir hak olarak sağlanması gerektiği fikrine dayanmaktadır.

Bu hak onların müşterek servete olan katkılarına bakılmaksızın sağlanmalıdır. [4] Onurlu bir yaşamın toplumun tüm üyelerine bir hak olarak sağlanması fikri, sosyal devletin görev alanıyla yakından ilişkilidir.

Sosyal devletin oldukça geniş olan görev alanı, genel olarak beş başlıkta toplanmaktadır. Bunlar: sosyal güvenlik, eğitim, sağlık, gelirin yeniden dağıtımı ve sosyal refah hizmetleridir. [5]

Görüleceği üzere sosyal devlet kapsamında devlet sağlık hizmetini vatandaşına eksiksiz şekilde vermesi gerekmektedir.

Kişinin sigortalı çalışma hakkı da sosyal devlet ilkesi kapsamında devletin yükümlülüğü kapsamındadır.



Anayasası'nın 12. Maddesinde; [6] "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" düzenlemesi yer almaktadır. Anayasa'nın "sosyal güvenlik hakkı" başlıklı 60. maddesinde ise "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve feragat edilmez bir hak niteliğindedir.

5510 sayılı Kanunda hizmet tespit davasından feragat hususu yer almamaktadır, Yargıtay, birtakım eski kararlarında, sosyal sigortalılık süresinin tespiti davalarından feragatin mümkün olduğunu belirtirken daha sonraki kararlarında ve bir Hukuk Genel Kurulu kararında hizmet tespit davasından feragatin sonuç doğurmayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.2.2004 T. 21-54 E./54 K. sayılı kararında hizmet tespit davalarından davadan feragat edilemeyeceği belirtilmiştir. Karar şu şekildedir; [7]

"Usul hukukumuzda kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar her davadan feragat edilebilir. Ancak bazı istisna hallerinde feragat davayı sona erdirmez. Hâkim feragate rağmen davaya devam etmekle yükümlüdür. Bu istisnalardan biri de sosyal sigortalılık süresinin tespiti için açılan hizmet tespiti davalarıdır…

Sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hâkimin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Zira, sigortalı hizmet tespiti davasının açılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak re'sen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Görüldüğü gibi hizmet tespiti davaları kurumun hak alanını da doğrudan ilgilendirmektedir…Oysa bu nitelikteki bir feragat uluslararası hukuk belgelerinde ve Anayasa'da yer alan ilkeler ile Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinin emredici hükmüne ters düşmektedir. O halde mahkemece, davanın yukarıda belirtilen hukuksal niteliği göz önünde bulundurulup, işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmek gerekirken feragat nedeniyle tespit davasının reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır."

Buna karşın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.2.2017 T. 10-668 E./250 K. [8] sayılı ilamında, hizmet tespit davasından feragat etmekle hakkın özünden vazgeçilmiş olmayacağı belirtilmiş ve davadan feragatin mümkün olduğuna karar verilmiştir. Karar şu şekildedir;

"…Dikkat edilmesi gereken nokta somut olayda davadan feragat etmenin sosyal güvenlik hakkından vazgeçmek anlamına gelmeyeceğidir.

6552 sayılı Kanunun Geçici 60. maddesinde "Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların, bu maddelerde belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." şeklinde düzenleme mevcuttur.

Bu durumda davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak talebiyle Kuruma başvurması için davadan feragat etmesi kanun gereğidir. Hizmet tespiti davalarının amacı kişinin hizmetlerinin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Kaldı ki sosyal devlet ilkesinin gereği olarak hizmet tespiti davalarında kurumun sigortalı olması gereken kişiyi resen tescil etme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu dosyada davadan feragat eden davacı sadece açtığı davadan vazgeçmektedir.

6552 sayılı Kanundan yararlanmak amacıyla davadan feragat edilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı Anayasa ile korunan sosyal güvenlik hakkının varlığını ortadan kaldırmayacaktır. Davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak için kuruma yapmış olduğu başvurunun reddi halinde "sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceğinden" bu davadaki feragate rağmen her zaman dava açma hakkı bulunduğu gibi feragat olsa dahi kurumun resen tescil yetkisi bulunmaktadır. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 309. maddesinde "Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu durumda hizmet tespiti davalarında sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez ilkesi öne sürülerek feragatin sonuç doğurmayacağını belirtmek Hukuk Muhakemeleri Kanunun 309. maddesinin yanlış uygulanmasına sebep olacaktır.

Hizmet tespiti davası da olsa feragatin muvafakate bağlı olmadığı ve sonuç doğurması gerektiği aşikârdır."

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2016/10-1084 E. 2017/248 K. Sayılı kararında da [9]

"Sosyal güvenlik hakkı niteliği itibariyle ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alan bir hak olmakla birlikte, insan haklarına dair bütün milletlerarası belgelerde kabul edilen bir insan hakkıdır. Ekonomik ve sosyal bir hak olarak sosyal güvenlik hakkı devlete bu hakkı hayata geçirmek için gereken tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak gibi yükümlülük yükler. (Arıcı, Kadir, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı, Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, Kocaeli, 2015, s. 184-185.)

Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilmez ve devredilmez nitelikli temel insan haklarından olduğu başta Anayasa olmak üzere mevzuat hükümlerinde yer aldığı gibi, uyuşmazlıkların çözümü nedeniyle verilen yargısal kararlardaki genel bir yaklaşımı da ifade etmektedir. (Turan, Ercan, Sosyal Güvenlik Hakkı, Kamu-İş, C:7, S:3/2003, s. 13.)

1982 Anayasasının 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 60. madde de ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hükmü birlikte değerlendirilecek olursa sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulamaz ve feragat edilmez bir hak olduğu sonucuna ulaşılır. 2926 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında "bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez ve kaçınılamaz." şeklindeki düzenleme sosyal güvenlik hakkından feragat edilemeyeceğine dair Anayasa ile paralel düzenleme getirmektedir. Ancak bu durumda dikkat edilmesi gereken nokta somut olayda davadan feragat etmenin sosyal güvenlik hakkından vazgeçmek anlamına gelmeyeceğidir.

6552 sayılı Kanunun Geçici 60. maddesinde "Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların, bu maddelerde belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." şeklinde düzenleme mevcuttur.

Bu durumda davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak talebiyle Kuruma başvurması için davadan feragat etmesi kanun gereğidir.

Hizmet tespiti davalarının amacı kişinin hizmetlerinin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır.

Kaldı ki sosyal devlet ilkesinin gereği olarak hizmet tespiti davalarında kurumun sigortalı olması gereken kişiyi resen tescil etme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu dosyada davadan feragat eden davacı sadece açtığı davadan vazgeçmektedir.

6552 sayılı Kanundan yararlanmak amacıyla davadan feragat edilmesi kişiye sıkı sık bağlı Anayasa ile korunan sosyal güvenlik hakkının varlığını ortadan kaldırmayacaktır.

Davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak için kuruma yapmış olduğu başvurunun reddi halinde "sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceğinden" bu davadaki feragate rağmen her zaman dava açma hakkı bulunduğu gibi feragat olsa dahi kurumun resen tescil yetkisi bulunmaktadır.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 309. maddesinde "Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu durumda hizmet tespiti davalarında sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez ilkesi öne sürülerek feragatin sonuç doğurmayacağını belirtmek Hukuk Muhakemeleri Kanunun 309. maddesinin yanlış uygulanmasına sebep olacaktır.

Hizmet tespiti davası da olsa feragatin muvafakate bağlı olmadığı ve sonuç doğurması gerektiği aşikârdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, hizmet tespiti davalarının amacının hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunması olduğu ve davadan feragat eden davacının sadece açtığı davadan değil, "sigortalı olduğunun tespitinden" yani sosyal güvenlik hakkından vazgeçmiş sayılacağı, davadan feragatin kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağından feragat halinde hakkın özünden vazgeçileceği, artık Anayasal hak ve yükümlülük olan sosyal güvenlik hakkının mahkemeler önünde ileri sürülme imkanının ortadan kalkacağı, bu nedenle somut olayda olduğu gibi hizmet tespiti davalarında feragatin sonuç doğurmamasının gerektiği belirtilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Şu durumda, yukarıda belirtilen ilke ve maddi olgular dikkate alındığında, yerel mahkemenin davanın feragat nedeniyle reddine ilişkin kararı yerinde olup; usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir."

Sonuç olarak Yargıtay'ın son içtihatlarına göre davacının açmış olduğu davadan feragat edebileceğini bu davadan feragat etmesinin Anayasa ile korunan sosyal güvenlik hakkının varlığından vazgeçmiş sayılmayacağına hükmedilmiştir.

Bu kapsamda kişi davadan feragat edebilir ancak daha sonra bu konuda yeniden dava açabilecektir yani kişinin bu yöndeki dava açma hakkı devam edecektir.

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

Kaynakça:

1. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

2. Atalı, Murat, Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, ss. 631-652, s. 633.

3. Bulut, s. 162; Bulut, Mehmet, Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, TBB dergisi, 2011, ss. 93-116, s. 100.

4. YILDIRIM, E. (2000), "Küreselleşme, Refah Devleti ve Risk Toplumu", Veysel Bozkurt (ed.) Küreselleşmenin İnsani Yüzü, İstanbul: Alfa Basım Yayım, s.78.

5. ÖZDEMİR, S. (2004), "Refah Devleti ve Üstlendiği Temel Görevler Üzerine Bir İnceleme", Alpay Hekimler (ed.), AB-Türkiye & Endüstri İlişkileri, İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 598.

6. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

7. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.2.2004 T. 21-54 E./54 K. Sayılı

8. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.2.2017 T. 10-668 E./250 K.

9. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2016/10-1084 E. 2017/248 K.

YARGITAY'IN SON İÇTİHATLARINA GÖRE DAVACININ AÇMIŞ OLDUĞU DAVADAN FERAGAT EDEBİLECEĞİNİ BU DAVADAN FERAGAT ETMESİNİN ANAYASA İLE KORUNAN SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ VARLIĞINDAN VAZGEÇMİŞ SAYILMAYACAĞINA HÜKMEDİLMİŞTİR.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ALINAN KARAR İNGİLTERE'DE TENFİZ ENGELİNE TAKILDI (SAS INSTITUTE INC V WORLD PROGRAMMING LTD.)

I. İNGİLTERE'DE TENFİZ

1. GENEL OLARAK

İngiltere'de, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi birçok kurala tabidir. Hangi kuralların uygulanacağı, yabancı mahkeme kararının nerede ve ne zaman alındığına bağlı olacaktır.

İngiltere'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar; "Yeniden Düzenlenmiş Brüksel Tüzüğü (Yönetmelik (AB) 1215/2012), Önceki Brüksel Tüzüğü (Yönetmelik (AB) 44/2001), 1968 Brüksel Sözleşmesi ve 2007 Lugano Sözleşmesi" İngiltere'de yürürlükte olmaya devam etmektedir.

Ayrıca, İngiltere çeşitli ülkeler ve İngiliz denizaşırı toprakları ile ikili anlaşmalara taraftır.

Tenfiz konusunda başka bir anlaşmanın olmaması durumunda, Avrupa Birliği veya ETFA (Avrupa Birliği'nin bir parçası olmayan, Avrupa Serbest Ticaret Birliği) ülkelerinden birinin mahkemesinden alınan bir kararı uygulamak için ulusal hukukun uygulanması gereklidir.

Yani İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi (Queen's Bench Division) yabancı bir kararın tenfizi için başvurunun yapılacağı mahkemedir. Enforcement Of Judgments in Different Jurisdictions Madde 74 bölümünde belirtildiği üzere yabancı bir kararın İngiltere'de tenfizi için "miktar belli olmalıdır", elimizde "kesinleşmiş bir karar olmalıdır" ve "vergiler, cezalar veya cezai tazminat (a judgment for multiple damages) kararları ile ilgili bir karar düzenlenmemiş olmalıdır" bu şekilde tenfiz yargılaması yapılabilir. [1]

İngiliz Mahkemelerinde yabancı bir kararı uygulamak için, karar alacaklısı, İngiltere'de karar borçlusuna karşı yeni bir dava açmalıdır. Yabancı hükmün tenfizi için dava açılmalı ve kararın verildiği para birimi cinsinden kararın miktarı için talepte bulunması gereklidir. [2]

Eğer yabancı mahkemelerde elde edilen karar, ilgili İngiliz kanunları ihtilafı kurallarına göre yargı yetkisine sahip değilse veya yargıyı dolandırıcılık yoluyla elde ettiyse, kamu politikasına ve doğal adaletin gereklerine aykırı ise İngiliz mahkemeleri böyle durumların varlığı halinde yabancı mahkeme kararının tenfizine izin vermez. [3]

2. NE TÜR KARARLAR TENFİZ EDİLEBİLİR?

Parasal değeri olmayan kararlar sadece AB ve EFTA kuralları veya Lahey Sözleşmesi kapsamına giriyorsa tenfiz edilebilir.

Fakat nihai ve kesin olan parasal kararlar ise yabancı mahkemenin yargı yetkisine bakılmaksınız İngiltere'de genellikle tenfiz edilebilir. Bazı konularda belirli kurallar vardır;

- Vergiler, para cezaları ve cezalarla ilgili kararlar, 1920 Adalet İdaresi Yasası, 1933 Yabancı Kararlar (Karşılıklı Uygulama) Yasası veya ortak hukuk kuralları uyarınca tanınamaz ve uygulanamaz. 1933 yasasının 1/2 Bölümü, bu tür yargıları açıkça kapsamı dışında tutmaktadır. 1920 yasasında açık bir istisna yoktur, ancak bu yasa uyarınca yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi mahkemelerin takdirindedir.

Mahkemenin vergi, para cezası ve cezalara ilişkin kararların tenfizine izin vermemek konusunda takdir yetkisini kullanacağı genel olarak kabul edilmektedir. [4]

- Benzer şekilde, birden fazla cezai zarara ilişkin kararlar, tazminat olarak değerlendirilen bir meblağın iki katına, üçe katlanması veya başka bir şekilde çarpılmasıyla hesaplanan zararlar 920 yasası, 1933 yasası veya PTIA1980 yasası uyarınca tenfiz edilemez.

AB/EFTA/Lahey Sözleşmesi kuralları kapsamında vergi, para cezası ve cezai tazminat (a judgment for multiple damages) kararlarının uygulanması da mümkün değildir. [5]

3. TENFİZ ŞARTLARI

Bir İngiliz mahkemesinde yabancı bir kararın tenfizi için üç koşulun yerine getirilmesi gerekir.

Bunlar, İngiltere Temyiz Mahkemesi tarafından "Anonim Şirket 'Aeroflot-Russian Airlines' v Berezovsky davasında" aynen şu şekilde;

" (1) Karar nihai ve kesin olmalı,

(2) Tenfize yönelik hiçbir savunma olmamalı; ve

(3) Kararı veren mahkeme, davalı üzerinde ""uluslararası yargı yetkisine" sahip olmalı (bu amaçla, davanın tebliği sırasında davalının hazır bulunduğu veya (tartışmalı olarak) mahkemenin yargı yetkisinde ikamet ettiği anlamına gelir)." belirtilmiştir.

Yabancı bir kararın İngiliz mahkemelerinde icra edilebilmesi için 'nihai ve bağlayıcı' bir karar olması gerekli, tenfiz engellerinden birinin bulunmaması ve uluslararası yargı yetkisine sahip olmalı.

Örf ve âdet hukuku kuralları uyarınca, yabancı yargı yetkisinde bir temyizin beklemede olması, İngiltere'de yabancı yargının icrası için bir davaya mutlak bir engel değildir. Ancak, İngiliz mahkemesi, yabancı yargı yetkisinde bir temyiz beklemedeyse, kararı İngiltere'de uygulamak için yargılamayı erteleyebilir. (örneğin; bkz. Scott v Pilkington (1862) 121 ER 978). [6]

4. ZAMANAŞIMI SÜRESİ

İngiltere'de farklı süre sınırlamaları mevcuttur. Hangi sözleşmenin uygulanacağına göre süreler azalıp çoğalmaktadır. 1920 tarihli kanunda "12 Ay", 1933 tarihli kanunda "6 Yıl", PTIA 1980 tarihli kanunda ise "6 Yıl" zamanaşımı süreleri vardır. Lahey sözleşmesi ve Brüksel tüzüğünde ise belirli bir süre sınırlaması mevcut değildir. [7]

5. SÜREÇ

Tenfiz süreci "Yüksek Mahkeme'nin Queen's Bench" başvurusu kolay bir süreçtir genellikle birkaç hafta sürer. Karşı taraf itirazlarda bulunursa süreç daha uzun sürecektir.

"Alacaklının İngiltere'de yeni bir talep başlatması gerekiyorsa, borçlunun talebe nasıl yanıt verdiğine bağlı olarak süreç daha uzun sürebilir:

- Alacaklı, talep formunu ve talebin ayrıntılarını sunduktan sonra, borçlunun genellikle tebligat başvurusunda bulunmak için 14 günü ve savunmasını sunmak için 28 günü vardır.
- Borçlu tebligat dilekçesi verir ve talebi kabul edilirse, alacaklı karar için mahkemeye başvurabilecektir.
- Borçlu, tebligat veya savunmayı gerekli süre içinde yapmazsa, alacaklı temerrüt kararı için mahkemeye başvurabilecektir.
- Borçlu, savunma niyetini gösteren bir tebligat ibraz ederse, alacaklının genellikle kısa karar için başvurması mümkün olacaktır. Böyle bir başvuru, her iki tarafın da başvuruyla ilgili olarak kanıt sunması gerekeceğinden, genellikle en az birkaç hafta sürer. Zamanlama ayrıca mahkemenin başvurunun dinlenmesi için uygun olup olmadığına da bağlı olacaktır.
- Alacaklı kesin hüküm elde edemezse, alacağın yargılamada ele alınması gerekecektir." (8)

8. DAVALI HANGİ GEREKÇE İLE YABANCI BİR MAHKEME KARARININ TENFİZİNE İTİRAZ EDEBİLİR?

Hangi kuralların geçerli olduğuna bağlı olarak değişmekle birlikte, itiraz sebepleri şu şekildedir;

a. Borçluya yabancı işlemler hakkında uygun bir tebligat yapılmazsa,
b. Yabancı mahkemenin iddia üzerinde uygun yargı yetkisi yoksa,
c. Karar İngiliz kamu politikasına aykırı ise,
d. Taraflar arasında aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak İngiltere'de tanınan ve tenfiz edilebilen daha önce verilmiş bir İngiliz kararı veya daha önce verilmiş bir yabancı mahkeme kararı varsa,
e. Yargı dolandırıcılık yoluyla elde edilmiştir,
f. Karar, Cezai tazminatlar (a judgment for multiple damages) için; veya
g. Yabancı davalar bir yetki anlaşmasına aykırı olarak açılmışsa,

Yabancı mahkeme kararının İngiltere'de tenfizine karşı itiraz edilebilir. Ayrıca İngiliz mahkemelerinde yabancı bir kararın kısmı tenfizine izin verilmektedir. [9]

II. PROTECTION OF TRADING INTERESTS ACT 1980 (TİCARET ÇIKARLARININ KORUNMASI KANUNU 1980) TARİHLİ KANUN İNCELEMESİ

PTIA 1980, İngiliz parlamentosu tarafından Amerika'nın sınır ötesi yargı yetkisine karşı koymak için çıkarılan bir parlamento yasasıdır. Birleşik Krallık dışındaki ülkelerin yasaları uyarınca getirilen ve Birleşik Krallık'taki kişilerin ticaretini veya diğer çıkarlarını etkileyen gerekliliklerden, yasaklardan ve hükümlerden koruma sağlayan bir Kanundur. Asıl amaç, Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasalarına karşı, yabancı yasaların ve yabancı mahkemelerin Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinde verilen kararların uygulanmasını engellemektir. [10]

Bu yasa Uluslararası ticareti İngiltere'ye zarar verecek şekilde kontrol eden veya düzenleyen yabancı devlet yasalarına karşı hazırlanmıştır. Ticaret çıkarları ön plandadır.

PTIA 1980, s 5, herhangi bir Birleşik Krallık mahkemesinin, birden fazla cezai zarara ilişkin herhangi bir kararın geri alınması için kovuşturma yürütmesini engellemektedir. Eğer yabancı mahkeme kararı PTIA 1980 madde 5/2 kapsamına girerse yabancı mahkeme kararı tenfizde kısıtlama uygulanır.

"Bu bölüm, aşağıdakileri içeren herhangi bir denizaşırı karar için geçerlidir:

1. Cezai tazminat (a judgment for multiple damages) kararı (PTIA 1980, s 5(3))
2. Anlaşmaların yasaklanması veya düzenlenmesi ve belirli rekabet konularına ilişkin bir kanun hükmüne veya kuralına dayanan bir karar (PTIA 1980, s 5(4))
3. Yukarıdaki iki kategoriye giren bir kararla verilen tazminatlarla ilgili olarak katkı payı talebine ilişkin bir karar"

Bu madde Birleşik Krallık mahkemesinin, birden fazla cezai zarara ilişkin herhangi bir kararın geri alınması için kovuşturma yürütmesini engellemektedir.

Cezai tazminat (a judgment for multiple damages) kararları PTIA madde 5/3;

"Birden fazla cezai zarara ilişkin bir karar, lehinde olan kişinin uğradığı kayıp veya cezai zararın tazmini olarak değerlendirilen bir meblağın iki katına, üçe katlanmasına veya başka bir şekilde çarpılmasıyla ulaşılan bir miktara ilişkin bir karar anlamına gelir" şeklinde açıklanmıştır.

Kısacası cezai tazminat (a judgment for multiple damages), "zarardan fazla olan tazminat" anlamına gelip cezalandırıcı bir amaç gütmektedir.

Böyle kararların tenfizi PTIA 1980 madde 5/2 uyarınca yasaklanmaktadır. [11]

PTIA madde 5/4 ise;

"Dışişleri Bakanı, yukarıdaki PTIA 5/2-b bendinin amaçları doğrultusunda, kendisini sınırlamak için tasarlanmış anlaşmaların, düzenlemelerin veya uygulamaların yasaklanması veya düzenlenmesi ile ilgili görünen herhangi bir kanun hükmü veya kuralı ile ilgili olarak bir emir verebilir." şeklindedir.

Bu madde, anlaşmaların yasaklanması veya düzenlenmesi ve belirli rekabet konularına ilişkin bir kanun hükmüne veya kuralına dayanan bir karar tenfiz engeli ile karşılaşır.

PTIA 1980 madde 6 ise, İngiliz şirketlerine, kararın tazminata atfedilebilir kısmını aşan bir yabancı mahkeme kararı uyarınca ödenen zararları geri alma hakkı vermektedir.

1. PTIA 1980 5. MADDESİNİN UYGULANDIĞI ÖRNEK KARAR "SAS INSTİTUTE INC V WORLD PROGRAMMİNG LTD [2018] EWHC 3452"

Karar İngiliz Mahkemelerinin örf ve âdet hukuku rejimi kapsamında yabancı bir kararı tanımayı ve uygulamayı reddetmesinin örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yabancı ülke mahkemesinde alınan nihai ve kesin kararın İngiltere'de mahkemesinde tenfizi engeline takılır. İngiliz mahkemesi, verdiği önceki kararı koruyup ikinci kez yargılama yapmaz ve İngiliz politikasını korumak için devreye girer.

2. DAVA ÖZETİ

SAS firmasının en büyük rakiplerinden biri World Programming Ltd.'dir. WPL, büyük miktarda veriyi işleyen, yorumlayan ve analiz eden ve faydalı çıktılar üreten güçlü bir bilgisayar yazılımı olan WPS'yi geliştirmiştir.

WPS, (diğerlerinin yanı sıra) SAS dilinde yazılmış programları çalıştırır; bu, kamuya açık bir programlama dilidir ve birçok küresel oyuncu tarafından işletmelerinin kalbinde çalışan program paketini geliştirmek için kullanılır.

SAS dil programlarını doğrudan çalıştırabilen diğer tek yazılım, SAS'ın kendi yazılımı olan SAS Sistemidir. [12]

2009'dan beri SAS ve WPL arasında dava mücadelesi söz konusudur. İlk önce SAS İngiltere mahkemelerinde WPL'ye dava açtı. Süre gelen davalarda SAS, WPS'nin SAS sistemindeki ve beraberindeki SAS kullanım kılavuzlarındaki telif haklarını ihlal ettiğini ve WPL'nin Öğrenme sürümü (Learning Edition) olarak bilinen SAS yazılımının kullanıma hazır bir sürümünün lisans koşullarını ihlal etmiştir.

İngiliz mahkemelerinde WPS'nin SAS sistemindeki ve SAS kullanım kılavuzlarındaki telif haklarını ihlal etmediği kesin olarak kabul edilmiştir. [13]

Bunun üzerine SAS, telif hakkı ve öğrenme sürümü iddialarını ayrıca Öğrenme sürümü lisansına dolandırıcılıkla teşvik ettiği iddiasını "Kuzey Karolina Doğu Bölgesi Mahkemesinde" yeniden değerlendirme aldırdı. Kuzey Karolina Doğu Bölgesi Mahkemesi, "Kuzey Karolina Haksız ve Aldatıcı Ticaret Uygulamaları Yasasını" ihlal ettiği kararını verdi ve üçe katlanan bir tazminat rejimi cezası uygulandı. Mahkeme tarafından telif hakkı ihlali reddedilirken, WPL'nin Öğrenme Sürümü lisansının ihlali nedeniyle yargılama başladı ve dava sonundan WPL'ye hükmedilen tazminat 80.000.000 sterlindi. [14]

SAS, Kuzey Karolina Doğu Bölgesi Mahkemesi'nde aldığı kararı 2017 yılında İngiliz mahkemelerinin önüne getirerek tenfizini talep etti. 1980 tarihli Ticaret Çıkarlarının Korunması Yasası (PTIA 1980) uyarınca ABD kararı cezai tazminata (a judgment for multiple damages) konu olduğu için İngiltere'de tenfiz edilemez olduğuna karar verildi. SAS, ABD mahkemeleri tarafından verilen kararın iki unsurunun tenfiz edilmesini istedi; dolandırıcılık iddiasıyla ilgili olarak tazminat ödenmesi ve WPL'nın UDTPA'yı ihlal ettiği tespitine ilişkin olarak tazminata hükmedilmesi. [15]

Ancak WPL, ABD mahkemeleri tarafından kesinleşen kararının İngiltere uygulanamayacağını şeklinde savunma gerçekleştirdi. Savunma şu şekildedir;

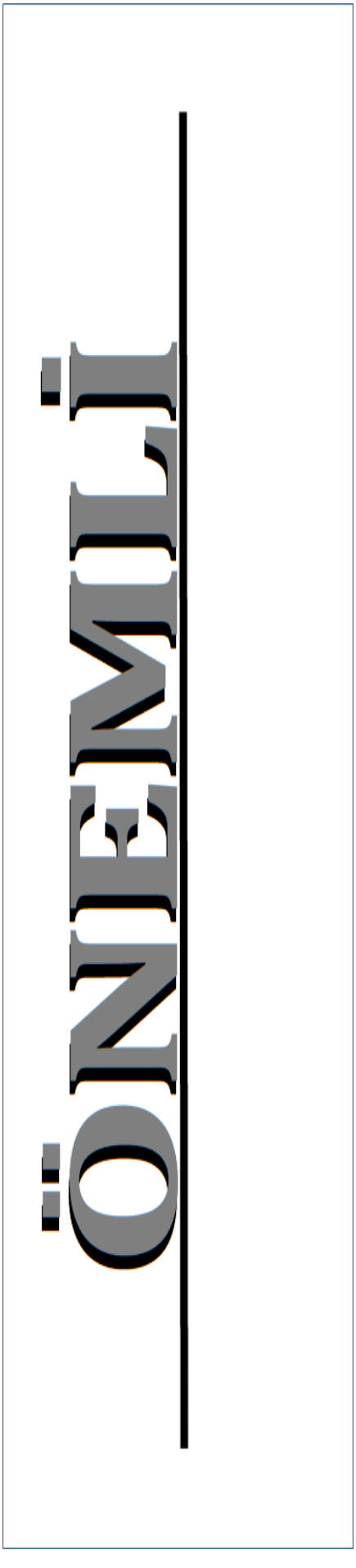
"Önceki İngiliz kararı, Henderson v Henderson doktrini kapsamında dava estoppel ve/veya sürecin kötüye kullanılması temelinde kesin hüküm oluşturmuştur.

Tenfiz, Yazılım Direktifinde yer alan kamu politikasına aykırı olacaktır

ABD kararında hükmedilen tüm UDTPA tazminatlarının uygulanması PTIA 1980, s 5 tarafından engellenmiştir."
WPL ayrıca, PTIA 1980, s 6 uyarınca, WPL'nin SAS'a ödemek zorunda kaldığı herhangi bir zararın tazmin edilmeyen unsurunu SAS'tan geri almak için karşı talepte bulunmuştur. [16]

3. MAHKEME GÖRÜŞÜ;

Önceden alınmış İngiliz mahkemesi kararı ile ABD kararı tutarsız olduğu için bu kararının İngiltere'de tenfiz edilmesini engelleniyor. SAS'ın ABD'deki iddialarını önce İngiliz yargılamalarına sunması gerektiğini ve ABD'de aldığı kararın İngiliz mahkemesine tekrardan getirmesinin "Henderson v Henderson" doktrini kapsamında "Sürecin Kötüye Kullanılması" olarak görüyor ve tenfizi engelliyor. Çelişen kararı kamu politikasına aykırı olarak tenfizi engelliyor. [17]



Ortak hukuk rejimi kapsamında bakıldığında; yabancı bir kararın tenfizine yönelik kesin hüküm savunmalarının üç yönü vardır:

- Dava Sebebi (Causa of action)
- Kesinleşme (Issue Estoppel)
- Henderson - Henderson Doktrini

Her birinin farklı gereksinimleri olsa da aynı konuda kimsenin iki kez cezalandırılamaz ve buna bağlı olarak davada kesinlik olması gerektiğini garanti eden ortak bir ilkeyi paylaşırlar.

Sonuç olarak İngiltere'de 'aynı taraflar arasındaki yargılamalarda yetkili bir İngiliz mahkemesinin önceki kararıyla tutarsız olması' durumu yabancı mahkeme kararının tenfizini engellemektedir.

İlk davada kararlaştırılan dava nedeninin önemli bir parçası olarak belirlenen konuların yeniden yargılanmasını engeller.

Henderson v Henderson ilkesi, davaya taraf olan bir tarafın tüm davalarını mahkemeler önüne getirmesini ve böylece davanın tüm yönlerinin nihai olarak karara bağlanmasını gerektirir.

Tanınması veya tenfizi kamu politikasına aykırı olacaksa, yabancı bir mahkeme kararı yargılanamaz.

PTIA 1980 madde 5, herhangi bir Birleşik Krallık mahkemesinin, birden fazla cezai zarara ilişkin herhangi bir kararın geri alınması için kovuşturma yürütmesini bu şekilde engellemektedir.

Bu karar, PTIA 1980 madde 5'in etkisi olarak değerlendiren ilk İngiliz kararıydı.

Mahkeme cezai (a judgment for multiple damages) zararları çeken bir dava nedeni olduğuna ve bu nedenle PTIA 1980 madde 5'in SAS'ın ABD kararının UDTPA öğesinin yalnızca cezai (a judgment for multiple damages) kısmı değil, bütünüyle uygulanmasını engellediğine dair karar verdi. [18]

III. SONUÇ

İngiltere'de, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için birden fazla kurala sahiptir. Genel ilkelerin çoğu aynı olmakla birlikte, çeşitli kurallar arasında hem esasa hem de usule ilişkin farklılıklar vardır.

Söz konusu karara hangi özel kuralların uygulanacağını başlangıçta belirlemek ve tanıma ve tenfiz için ilgili prosedürleri dikkatli bir şekilde takip etmek önemlidir. [19]

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Seril İzay Reis
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1.https://www.lawsociety.org.uk/topics/brexit/enforcement-of-foreign-judgments-after-brexit (1)

2. Meclis tarafından belirlenen bir ilke Lords of Miliangos v George Frank (Textiles) Ltd. davası (2)

3.https://www.lawsociety.org.uk/topics/brexit/enforcement-of-foreign-judgments-after-brexit (3)

4. Arlene Daffada, Fordham International Law Journal, Volume 4, Issue 2 1980 Article 4 "The Protection of Trading Interests Act of 1980– Britain's Latest Weapon in the Fight Against United States Antitrust Laws" (10)

5.http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1837 (16)

6. SAS Institute, Inc. v. World Programming Ltd., No. 19-1290 (4th Cir. 2020)(12)(13)(14)

7. SAS Institute, Inc. v. World Programming Ltd. UK Court (15)

8.https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/disputeresolution/document/393750/55KX-HP91-F18B-84RM-00000-00?utm_source=psl_da_mkt&utm_medium=referral&utm_campaign=enforcing-foreign-judgments-common-law-principles (14) (17) (18)

9.https://www.mondaq.com/uk/litigation-mediation-arbitration/854344/enforcement-of-foreign-judgments-comparative-guide (4)(5)(6)(7)(8)(9)(1)

BİRLEŞİK KRALLIK YÜKSEK MAHKEMESİ`NİN FİNANSAL SIKINTIDA OLAN ŞİRKETLERDE YÖNETİCİLERİN ALACAKLILARA KARŞI SORUMLULUĞUNA DAİR GÜNCEL BİR KARARI

I. GİRİŞ

İşbu dava, bir şirketin iflas riski ile karşı karşıya olduğu ve kay payının Mahkeme tarafından 1986 tarihli İflas Kanunu`nun 423. maddesinin alacaklılara zarar vermeyi amaçlayan düşük değerli işlemde bulunulması sebebiyle ihlal edildiği durumda, şirket yöneticilerinin, kâr payının ödenmesine ilişkin sorumluluğuna ilişkindir.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi`nin BTI v Sequana & Diğerleri kararında şirket yöneticilerinin, şirketlerinin finansal sıkıntıda olduğu durumlarda alacaklıların ve şirket ortaklarının menfaatleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

II. DAVANIN KONUSU

Dava, BTA Industries`in ("BAT") iştiraki olan BTI 2014 LLC ("BTT") tarafından Sequana S.A. ("Sequana") ve Windward Prospects Limited`in ("AWA") eski yöneticilerine karşı açılmıştır. Kararın 115. Paragrafında olaya ilişkin vakalar şu şekilde açıklanmaktadır:

"2009 yılı mayıs ayında AWA`nın yöneticilerinin kararı ile mayıs ayı kâr payının tek ortak olan Sequana`ya dağıtılmıştı.

Daha önce Sequana`nın AWA`ya borçlu olduğu daha büyük bir borcun neredeyse tamamı mahsup yoluyla kapatılmıştı. (…) Mayıs ayı kâr payı dağıtıldığında gerek bilanço bakımından gerek ise nakit akışı bakımından, AWA borcunu ödeyebilecek durumdaydı. Varlıkları (aktifi), borçlarından (pasifinden) fazlaydı ve borçlarını vadesi geldiğinde ödeyebiliyordu.

Ancak aktifinde yer alan bir sigorta portföyünün değerine ilişkin belirsizlik ile belirsiz tutarda uzun vadeli kirliliğe ilişkin şarta bağlı borçları vardı. Bu nedenle AWA gelecekte henüz belirişiz, yakın olmayan bir tarihte müflis olabileceğini ilişkin bir ihtimal ötesine geçen hakiki bir risk yaratmakta idi. AWA, neredeyse 10 yıl sonra 2018 yılı Ekim ayında iflas idaresine geçti."

BAT`ın Sequana`ya karşı İflas Kanunu`nun 423. Maddesine dayanarak kâr payını geri almak için açtığı davada, yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi davacı BAT lehine karar vermiştir.

Ancak Sequana kararın gereğini yerine getirmemiştir. Buna dayanarak, eski AWA yöneticileri aleyhine kâr payının ödenmesine ilişkin verdikleri karar sebebiyle alacaklıya karşı yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle BTI tarafından dava açılmıştır. Hem yerel mahkeme hem de istinaf mahkemesi davayı reddetmiştir.

Ret kararının gerekçesi olarak, yöneticilerin, söz konusu şartlarda alacaklarının menfaatlerine gözetme yükümlülüğü bulunmaması gösterilmiştir. Davacı kararı temyiz etmiştir. Yüksek Mahkeme`nin incelemesine konu uyuşmazlık, AWA yöneticilerinin mayıs ayı kâr payının ödemesine karar verirken, alacaklılarının menfaatlerini yeterince veya hiç dikkate almayarak yükümlülüklerine ihlal edip etmediklerine ilişkindir.

BTI, yöneticilerin, benzer durumlarda kâr payının ödenmesine karar verir iken, alacaklıların (ve ortakların) çıkarlarını göz önünde bulundurmak ile yükümlü olduğunu ileri sürmüştür. Mevcut koşullar, AWA için hakiki, gerçekleşmesi imkânsız olmayan bir iflas riskini içeriyordu.

Bu iddiaya cevap olarak, mayıs ayı kâr payı ödemesine karar veren eski yöneticiler şunları savunmuştur:

Alacaklıya karşı herhangi bir yükümlülükleri yoktur. Böyle bir yükümlülükleri var ise dahi, yasa uyarınca yapılan kâr payı ödemesi için geçerli değildir.

Alternatif olarak, böyle bir yükümlülük fiili veya muhtemelen yakın bir iflasın olmadığı bir durumda yerine getirilemez.

Yukarıdakilerinin tümüne alternatif olarak, hakiki bir iflas riski, bir iflas olasılığı bile söz konusu olmadığından, alacaklıya karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektirmez.

III. MAHKEMENİN KARARI VE DEĞERLENDİRME

Yüksek Mahkeme`nin kararı, beş farklı yargıca ait dört ayrı karardan oluşmaktadır. İşbu kararların gerekçeleri ve öne çıkardığı noktalar birbirinden farklı olmakla birlikte, kararlar aşağıdaki hususlarda ortaklaşmaktadır:

Şirket yöneticilerinin alacaklıya karşı yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük, tek başına alacaklarına karşı bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük esasen şirkete karşıdır.

Bu yükümlülük Anglo-Sakson Hukuku`ndan kaynaklanmakta ve 2006 tarihli Şirketler Kanunu`nun 172. maddesi 3. fıkrası gereğince korunmaktadır. Bu yükümlülük, ayrıca, yöneticinin dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğüne düzenleyen 172. Maddesinin farklı bir uygulaması olarak da anlaşılabilecektir.

Bu yükümlülük, fiili iflasın olmadığı noktada ortaya çıkar. Ancak bu noktaya gelindiğinin kabul edilmesi için, hakiki iflas riskinin mevcut olması yeterli değildir.

Alacaklıya karşı yükümlülüğün kapsamı, bir kez ortaya çıktığında, kâr payı ödemesi gibi bir karar alınır iken bir bütün olarak şirket alacaklılarının menfaatlerinin yanı sıra ortaklarının menfaatlerinin dikkate alınmasını içerir.

Ortakların yöneticilerin kararlarını ve fiillerini onaylama hakkı, alacaklıya karşı yükümlülük yerine getirilirken ortadan kalkar. Alacaklıya karşı yükümlülük, eğer bir kez ortaya çıkmış ise, kâr payı beyan etme ve ödeme kararları için geçerlidir.

Yüksek Mahkeme, alacaklıya karşı yükümlülüğün bulunduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca, şirket yöneticilerinin karar alırken şirket alacaklarının yanı sıra, ortakların da menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir.

Bu kararların kapsamına kâr payının dağıtımı ve ödenmesi de girmektedir. Alacaklıya karşı yükümlülüğün gerekçesi ekonomik olup, iflasa yaklaşan şirketin alacaklılarına bir pozisyon yaratmak amaçlanmaktadır.

Bununla birlikte, karar belirli hususları da açıklamadan bırakmıştır. Öncelikle, alacaklıya karşı yükümlülüğün tam olarak hangi zamanda ve/veya noktada ortaya çıkacağı açıklanmamıştır. Hakiki iflas riskinin (real risk of insolvency) bazı Avustralya ve İngiltere makamlarınca kabul edilmesine rağmen, Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmediği açıktır.

Bunun yerine, Yüksek Mahkeme yargıçları tarafından zaman için farklı kavramsallaştırmalar önerilmiştir. Bunlar içinde, "yakın iflas" (yöneticilerin bildiği veya bilmesi gereken, gelmekte olan ve gerçekleşecek iflas) veya iflas tasfiyesi ihtimali veya "iflas sınırında olmak" vardır.

Bu kapsamda, iflas riskinin yakın ve iflas tasfiyesinin muhtemel olmadığı durumlarda, alacaklıya karşı yükümlülük uygulanmayacaktır. Ancak bir yöneticinin bu riskin ve/veya ihtimalin oluştuğuna nasıl veya nelere dayanarak karar vereceği hususu açık olmayıp, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilme yapılacağı anlaşılmaktadır.

Kaynak:
https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/creditor-duty-the-position-after-the-supreme-court-decision-in-bti-v-sequana-and-others

Kararın tamamına aşağıdaki linkten ulaşabilirsiniz:

https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0046-judgment.pdf

Çeviren ve Hazırlayan:
Av. Erse Kahraman

ÖZEL OKULARDA ÇALIŞAN ÖĞRETMENLERİN MESAİ SAATLERİ NEDİR? FAZLA MESAİ VE RESMİ TATİL ALACAKLARINI NASIL İSPATLAYABİLİRLER?

12.03.1964 tarih ve 11654 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 439 Sayılı Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Yüksek ve Orta Dereceli Okullar Öğretmenleri ile İlkokul Öğretmenlerinin Haftalık Ders Saatleri ile Ek Ders Ücretleri Hakkında Kanun ile öğretmenlerin çalışma saatleri düzenlenmiştir.

İlgili tarihlerden itibaren yapılan değişikliklere uygun olarak hareket edilmesi herhangi bir sorunla karşılaşılmaması açısından önem arz etmektedir. Aşağıda dikkat edilecek hususlar başlıklar altında açıklanmıştır.

. MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI YÖNETİCİ VE ÖĞRETMENLERİNİN DERS VE EK DERS SAATLERİNE İLİŞKİN KARAR

Bu kanuna dayanılarak çıkartılan 16.12.2006 tarih ve 26378 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Karar'ın "Aylık karşılığı ders görevi" başlıklı 5. maddesinde;

" (1) Kapsama dahil örgün ve yaygın eğitim kurumlarında görevli;

a) Örgün ve yaygın eğitim kurumlarının müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcıları haftada 6 saat,

b) Okul öncesi ve sınıf öğretmenleri haftada 18 saat,

c) Genel bilgi ve meslek dersleri öğretmenleri haftada 15 saat,

ç) Atölye ve laboratuvar öğretmenleri haftada 20 saat

ders okutmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük öncelikle alanlarında, alanlarında ders bulunmayanlara ise ihtiyaç halinde ve istekleri üzerine alanları dışında ders görevi verilmek suretiyle yerine getirilir." hükümleri ile öğretmen ve yöneticilerin aylık karşılığı ders görevi,

"Ek ders görevi" başlıklı 6. maddesinde ise;

(1) Kapsama dahil örgün ve yaygın eğitim kurumlarında görevli olup, aylık karşılığı ders görevini tamamlayan;
a) Müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcılarına haftada 6 saate,

b) Genel bilgi ve meslek dersleri öğretmenlerine 6 saati zorunlu olmak üzere haftada 15 saate,

c) Atölye ve laboratuvar öğretmenlerine 20 saati zorunlu olmak üzere haftada 24 saate,

kadar alanlarında, alanlarında ek ders görevi verilemeyen veya kısmen verilebilenlere, ihtiyaç halinde ve istekleri üzerine alanları dışında da ek ders görevi verilebilir.

(2) Okul öncesi ve sınıf öğretmenleri ile okuma-yazma kurs öğretmenlerinin aylık karşılığı okutmak zorunda oldukları ders saati dışında ilgili mevzuatına göre fiilen okuttukları her ders saati zorunlu ek ders görevi sayılır. Ancak, bu şekilde verilecek ek ders görevi haftada, okul öncesi öğretmenlerinden anaokulları ile kız teknik öğretim okul ve kurumları bünyesindeki uygulama sınıflarında görevli olanlar için bir sınıfta bir öğretmenle tam gün eğitim yapılması şartına bağlı olarak 24 saati, diğer ana sınıflarında görevli öğretmenler ile sınıf ve okuma yazma kurs öğretmenleri için 12 saati geçemez.

(3) Öğretmenlere, ilgili mevzuatına göre öğretim yılı başında ve sonunda yaptıkları meslekle ilgili çalışma sürelerinde iki haftayı geçmemek üzere ve fiilen görev yapmaları kaydıyla haftada 15 saat ek ders ücreti ödenir.

(4) Birinci fıkranın (c) bendinde belirtilen atölye ve laboratuvar öğretmenlerinden kendilerine bölüm, atölye ve laboratuvar şefliği görevi verilenlerin, görev yaptıkları eğitim kurumunun bölüm, atölye ve laboratuvarlarındaki çalışmaların planlanması, tezgah, makine, araç ve gerecin sağlanması, bakımı, onarımı ve öğretime hazır halde bulundurulması amacıyla yaptıkları çalışmaların bölüm şefleri için haftada 10, atölye ve laboratuvar şefleri için ise haftada 6 saati ek ders görevi sayılır. Bu dersler ders dağıtım çizelgesinde "Planlama ve Bakım-Onarım Görevi" adıyla gösterilir ve haftada azami okutabilecekleri ek ders saatleri içinde verilir.

(5) Okul öncesi ve sınıf öğretmenleri ile bölüm, atölye ve laboratuvar şefliği görevi verilen öğretmenler hariç olmak üzere, örgün eğitim kurumlarında ilgili mevzuatında belirtilen sosyal etkinlik faaliyetlerinde danışman öğretmen olarak görevlendirilen öğretmenler ile sınıf veya şube sorumluluğu verilen sınıf/şube rehber öğretmenlerinin bu görevlerinin haftada 2 saati ek ders görevi sayılır. Bu dersler, ders dağıtım çizelgesinde "Öğrenci Sosyal ve Kişilik Hizmetleri" adıyla gösterilir.

Bu kapsamda aynı kişiye hem danışman öğretmenlik hem de sınıf/şube rehber öğretmenliği görevi verilmesi halinde sadece bir görev için ek ders ücreti ödenir."

Hükümleri ile öğretmen ve yöneticilerin ek ders görevleri belirlenmiştir. Öğretmen ve yöneticilerin bu görevleri haricinde herhangi bir görevi bulunmamaktadır.

Kısacası "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre öğretmende bir memurdur ve haftada 40 saatlik çalışması gerektir." şeklindeki anlayış yanlıştır.

Bu konu hakkında Isparta İdare Mahkemesi 2011/298 Esas No, 2011/1270 Karar No ve 21.12.2011 tarihli kararında;

"657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile memurların haftalık çalışma saatlerinin düzenlendiği, ancak özel Kanun ve Yönetmelikler uyarınca farklı çalışma saatleri düzenlenebileceği, bu çerçevede ilköğretim okulu öğretmenleri için Milli Eğitim Bakanlığı Yönetici ve öğretmenlerinin Ders ve Ek ders saatlerine ilişkin bakanlar kurulu kararı ile özel düzenlemeler yapıldığı, bu çerçevede ilköğretim okulu öğretmenlerinin çalışma sürelerinin haftalık toplam 30 saat (18-12) olarak belirlendiği, diğer yandan günlük ders ve teneffüs sürelerine ilişkin düzenlemelerin de Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde yer aldığı görülmektedir."

şeklinde tespitte bulunarak öğretmenlerin mesai saatlerinin Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve öğretmenlerinin Ders ve Ek ders saatlerine ilişkin bakanlar kurulu kararı olduğunu açıkça vurgulamıştır.

Zira Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2016/28418 E., 2017/9327 K. ve 30.05.2017 tarihli kararında;

"Davacı fazla çalışma yaptığını ve ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek, alacak talebinde bulunmuştur.

Davalılar ise, davacının fazla çalışmalarının bulunmadığını, bir kısım ödemelerin de yapıldığını savunmuştur.

Özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenlerin aylık ücreti karşılığı olan ders sayısından fazla derse girmeleri halinde fazla girdikleri ders ücretinin fazla mesai olarak değil ders ücreti olarak ödenmesi gerekir.

Başka bir anlatımla özel öğretim kurumlarında aylık ücret karşılığı ders sayısından fazla derse girilmesi durumunda fazladan girilen dersin ücretine hak kazanılır.

Buna göre özel öğretim kuramlarında görev yapan öğretmenlerin fazla mesai iddiaları ancak aylık ücretin karşılığından fazla derse girmeleri halinde girilen fazla derslerin ücretlerinin talep edilmesi durumunda söz konusu olabilir." şeklinde kararında görüleceği üzere öğretmenleri bu haktan mahrum bırakılmaktadır. Yargıtay'ın görüşüne göre öğretmen sözleşmeyle kararlaştırdığı toplam ders sayısından fazla da derse girse; haftalık 45 saati aşan çalışma da yapsa fazladan girdiği dersler için alabileceği ücret tutarı ancak ders saati başı aldığı ücret üzerinden hesaplanabilecektir; bunun dışında öğretmenlerin fazla mesai talep hakkı yoktur.

Bu konuyla ilgili olarak emsal Yerel Mahkeme kararı niteliğinde olan, Ankara 57. İş Mahkemesinin 2021/1281 E., 2022/765 E. ve 15.09.2022 tarihli kararında;

"…davacı taraf iş akdini haklı nedenle feshettiğini savunmuş; ancak davacının sistematik mobbinge maruz kaldığına dair somut bir delil ya da görgüye dayalı tanık beyanının dosyaya sunulamadığı, feshe dayanak yapılan mobbing iddiasının ispatlanamadığı, BUNA EK OLARAK DAVACININ İŞ TANIMI KAPSAMINDA OLAĞAN KARŞILANABİLECEK FARKLI BİR KISIM İŞLERDE ÇALIŞTIĞININ DAVACI TANIKLARININ BEYANLARIYLA DA SABİT OLDUĞU, DAVACININ YAPMIŞ OLDUĞU ÖĞRETMENLİK İŞİNİN DOĞAL SONUÇLARI OLAN TOPLANTILARA YA DA VELİ GÖRÜŞMELERİNE KATILMA, MATERYAL HAZIRLAMA SÜREÇLERİNE DAHİL OLMA VB. İŞLERİ YAPMASININ İŞ AKDİNİN HAKLI SEBEPLE FESHİNİ GEREKTİRMEYECEĞİ, davacının iş akdinin haklı sebeple feshini gerektirir ölçüde bir gerekçenin dosyaya sunulup ispatlanamadığı anlaşılmakla davacının kıdem tazminatı talebinin reddine…

…Davacının fazla mesai çalışması yaptığına ya da UBGT günlerinde çalıştığına dair dosyaya herhangi bir belge sunulmadığı, davacının bu iddialarını tanıkla dahi ispat edemediği, tanıkların resmi bayramlarda tören yapıldığına dair soyut beyanları bulunsa da davacının törenlere katılıp katılmadığı ya da kaç kez törene katıldığı noktasında somut beyanlarının bulunmadığı anlaşılmakla ispatlanamayan davanın tümüyle reddine…"

şeklinde karar vererek Rehber Öğretmen olarak davalı şirket kurumunda çalışan davacının davasına ilişkin tümü yönünden reddine karar vermiştir.

Sonuç olarak bu duruma göre,

Öğretmenlerin haftalık çalışma süresi 40 saat değildir. Çalışma Saatleri girecekleri ders kadardır.

Öğretmenlerin haftalık girmek zorunda oldukları ders saatleri Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Karar'ın "Aylık karşılığı ders görevi" başlıklı 5. maddesinde Aylık karşılığı ders görevi, "Ek ders görevi" başlıklı 6. maddesinde ise Ek ders görevleri belirlenmiştir.

Öğretmenin bu görevleri haricinde herhangi bir görevi bulunmamaktadır.

Kişinin iş sözleşmesinde çalışma saatinin 40 saati geçmeyeceği yazsa dahi bu sözleşme kişinin öğretmenlik göreviyle ilgili olacaktır.

Kişi aynı zamanda müdür, müdür yardımcısı olabileceğinden görevlerindeki çalışma saati farklılık gösterecektir ve bunun için ek ücret almaktadır.

Her bir görevi için çalışma saati ayrı değerlendirilmelidir.

Detaylı Bilgi için;
Av. Ş. Gizem Keskin
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. 439 Sayılı Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Yüksek ve Orta Dereceli Okullar Öğretmenleri ile İlkokul Öğretmenlerinin Haftalık Ders Saatleri ile Ek Ders Ücretleri Hakkında Kanun (12.03.1964 tarih ve 11654 Sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan)

2. Ankara 57. İş Mahkemesinin 2021/1281 E., 2022/765 E. ve 15.09.2022 tarihli kararı

İNGİLİZ TİCARET MAHKEMESİ`NİN HİSSE DEVİR SÖZLEŞMESİNE TARAF OLMAYAN HİSSEDARIN YANLIŞ BEYANDAN SORUMLULUĞUNA VE REKABET ETMEME YASAĞINA DAİR GÜNCEL BİR KARARI

I. GİRİŞ

İşbu dava, davalıların bir kumar işletmesinin kazancı ve karlılığı konusunda yanlış beyanda bulunduğu bir hisse devrine ilişkindir. Davalılardan biri hisse devri sözleşmesinin tarafı iken, diğer sözleşmeye taraf değildir.

İlk olarak, Mahkeme, hisse devri sözleşmesine taraf olmayan hissedarın, hisse devri sözleşmesine taraf olan hissedarın işi satarken yaptığı hileli yanlış beyanlardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Sözleşmeye taraf olan hissedar, davalının temsilcisi olarak beyanda bulunmaya yetkilidir ve yanlış beyanda bulunmuştur.

İkinci olarak, davacının hisse devir sözleşmesinde yer alan rekabet etmeme maddesinin ihlaline ilişkin iddiası, maddenin uygulanamaz olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Madde hem süre bakımından çok uzun, hem de kapsam olarak çok geniş olup, sunulan kanıtlar rekabet etmeme yasağına ilişkin bu düzenlemeyi haklı çıkarmak için yetersiz kalmaktadır.

Davacının mavi-kalem testinin nasıl yapılacağına ilişkin bir talebi olmadığından, Mahkeme tarafından maddenin uygulanabilirliğini sağlamak için "mavi kalem" testini kullanılmamıştır.

II. DAVANIN KONUSU

Davacı Ivy Technology Ltd.`nin iddiaları, Nisan 2019`da tamamlanan bir çevrimiçi kumar işletmesi olan 21Bet`in devir işleminden kaynaklanmaktadır.

Barry Martin, satılan şirketlerin hissedarı ve hisse devir sözleşmesinin tarafıdır. Şirketin hisselerin %50'sinin hamili olan davalı Paul Bell ise hisse devir sözleşmesinin tarafı değildir.

Davacı Ivy, 21Bet`in devrine ilişkin olarak, işletmenin borçlarını ödeyecek durumda olmadığını ve Bell`in 2018 yılı boyunca işletmeye finansal destek sağladığını öğrenmiştir.

Ivy, devrin üzerinden yalnızca iki ay geçtikten sonra, işletmeyi ayakta tutmak için işletmeye önemli meblağlar aktarmak zorunda kaldığını belirtmektedir.

Ivy`nin asıl iddiası, Martin ve Bell`in işletmenin karlılığı ve kazanç miktarıyla ilgili olarak yapıldığı iddia edilen yanlış beyanlara dayanarak aldatılmasına ilişkindir.

Bu nedenle, Ivy tarafından davalılar aleyhine (i) aldatma kastı ile yapılan yanlış beyanda bulunulduğu, (ii) hisse devir sözleşmesi kapsamında düzenlenen güvenceye ilişkin hükümlerin ihlal edildiği, (iii) hisse devir sözleşmesinde rekabeti sınırlayıcı yükümlülüğün ihlal edildiği ve (iv) hukuka aykırı araçlar ile komplo ile haksız fiil işlendiği iddialarıyla dava açılmıştır.

Aldatma ve güvence hükümlerinin ihlaline ilişkin olarak, Martin`in, Bell`in vekili olarak Bell adına beyanda bulunduğu ve/veya hisse devir sözleşmesine taraf olduğu ve bu nedenle asil gibi sorumlu olduğu iddia edilmektedir.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak, Martin`in 21Bet çalışanlarını ve müşterilerini ayartan rakip bir işletme kurduğu iddia edilmektedir.

III. MAHKEMENİN KARARI VE DEĞERLENDİRME

Mahkeme tarafından verilen karar, vekilin yetkileri ve rekabet etmeme yasağına ilişkin sözleşme hükmü bakımından ele alınacaktır.

3.1. VEKİLİN YETKİLERİ

Mahkeme, her iki davalının da aldatma kastı ile yanlış beyanda bulunduğuna ve Ivy`nin bu beyanlara dayanarak hareket ettiğini tespit etmiştir.

Bunun yanı sıra, Martin`in Bell`in vekili olup olmadığı ve Bell`in asil olarak sorumluluğu bulunup bulunmadığı hususlarını da değerlendirmiştir. Martin`in Bell için hisse devir sözleşmesinin bağlayıcılığını doğuracak herhangi bir işlem yapmaya yetkisi olmadığına hükmedilmiştir.
Sözleşme, Martin`in tek pay sahibi olduğu ve başka bir kişinin hisselere ilişkin bir payı olmadığını düzenleyen çeşitli hükümler içermektedir. Bununla birlikte, vekilin görünürdeki yetkileri dahilinde hareket etmek koşu ile, Bell`in Martin`in yanlış beyanlarından sorumlu olabileceği sonucuna varmıştır. Bell, hisse devir sözleşmesinin tarafı olmasa dahi, yapılan hisse devir işlemine çok fazla dahil olmuştur ve bu ticari işlemin lehtarıdır. Martin`in sürece devam etmesi için, onun hisse devir sözleşmesine onayı gerekliydi. Delillere göre, Bell`in Martin`e işletmenin satışına ilişkin müzakereleri yürütmek ve bunları yaparken kendi adına beyanda bulunmak yetkisini vermiştir.

3.2. REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Mahkeme, hisse devir sözleşmesindeki rekabet etmeme hükmünün uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Makul olarak gerekli olanın ötesine geçen bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma, bir işletme satış sözleşmesinde dahi uygulanmayacaktır. (bkz. Dawnay, Day & Co Ltd v D'Alphen [1997] IRLR 285 ve Cavendish Square Holdings BV v El Makdessi [2012] EWHC 3582)

Mahkeme, ayartmamaya ilişkin maddenin kapsamının (bilhassa tüm çalışanları içermesi) ve 5 yıllık süre üzerinde durmuştur. Bu hususların gerekli olduğuna ilişkin açıklama yapılmamış ve delil sunulmamıştır. Mahkemenin, ayartmamaya ilişkin düzenlemeyi Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi`nin Tillman v Egon Zehnder Ltd [2020] AC 154 kararında uyguladığı mavi kalem testi ile kurtarması mümkün olmamıştır. Bunun için oldukça büyük çaplı bir değişiklik yapılması gerekmekte olduğu gibi, davacının da bu düzenlemenin kurtarılmasına ilişkin bir başvurusu olmamıştır.

Kaynak:
https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/non-compete-clause-in-spa-was-unenforceable-ivy-technology-ltd-v-martin

Kararın tamamına aşağıdaki linkten erişebilirsiniz:

https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/1218.html

Çeviren ve Hazırlayan:
Av. Erse Kahraman

HUKUKTA SINIRLARI AŞMAK: ULUSLARARASI ALACAK TAKİBİNDE "KESİNLEŞMİŞ ÖDEME EMRİ"NİN TENFİZİ

Yabancı bir mahkeme kararının icrai etkilerinin bir başka ülkede icra edilebilmesi prosedürünü ifade eden "tenfiz"; hukukumuzda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 50. Maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Aynı Kanun'un 54. Maddesinde ise 54'te ise Türk hukukunda tenfiz kararı verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı bir mahkeme kararının Türkiye de tenfiz edilebilmesi için;

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir "devlet mahkemesince" verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Yukarıda b bendinde yer alan ve altını özellikle çizmiş olduğumuz ilamın "devlet mahkemesince" verilmiş olması şartı, diğer bir deyişle ilamın yabancı bir devletin "yargı organı" tarafından verilmiş bir kararın varlığını ifade etmektedir. MÖHUK md. 50 ve 54 de "mahkeme" ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, uygulamada bu ifadenin amaca uygun olarak geniş yorumlandığını görmek mümkündür.

Zira, mahkeme dışında, hakem kararlarının tenfizinde bir şüphe bulunmadığı gibi, ayrıca Türk Konsolosluklarınca onaylanmış noter senetlerin ilam gibi icrası da mümkündür. Bu anlamda "yargı organı" ifadesini değerlendirirken, bu organın "mahkeme" den ibaret olduğunu belirtmenin dar bir yorum ve şekilci bir bakış açısından ibaret olacağını kabul etmek gerekecektir.

Bununla birlikte, işbu makalemizde tartışılacak husus ise, hakem kararlarının tenfizinden ve/veya onaylanmış noter senetlerinin icrasından da ötede, Türkiye'de başlatılan bir icra takibi kapsamında "kesinleşmiş bir ödeme emrinin" yabancı bir yargı organı nezdinde tenfizinin mümkün olup olmayacağı sorusudur. Zira, her geçen gün daha da küreselleşen ticari ilişkiler ve kişilerin farklı yargı yerlerinde yerleşik ve/veya mal varlığı sahibi olmasının yaygınlaşması karşısında, sınır ötesinde olan alacaklıdan alacağını tahsil etme ihtiyacı artmakta ve bu ihtiyacın artmasıyla birlikte, tenfizde aranan "yargı organı" ifadesi çok daha geniş bir yoruma dayanan ihtiyaç duymaktadır.

Avrupa Birliği, Birlik üyesi devletlerde yargı organı tarafından verilmeyen, ancak hukuki kesinlik arz eden belgelerin tenfizi konusunda oldukça önemli düzenlemeler yapmış, keza dünyada da bu hususta imzalanan pek çok çok taraflı uluslararası sözleşme ile bu düzenlemelerin kapsamı daha da genişletilmiştir. Bu bağlamda, tenfize konu edilen kararı veren makam, organik olarak mahkeme niteliğinde olmasa dahi fonksiyonel olarak yargılama faaliyetinde bulunmakta ise o kararın tenfizinin mümkün olduğunu söylemek mümkündür. [1] Keza, uluslararası hukukun kurumsallaşma amacı ile adil yargılanma ve hak arama hürriyetlerini geliştirme üzerine kurulan doğasına uygun olan da budur. İşte tam da bu gereklilik ve önem çerçevesinde, bu makalemizde sizlere, bu alanda uluslararası hukukun getirdiği düzenlemelerden ve son yıllarda bilfiil takip ettiğimiz hukuki çalışmalar kapsamında dile getirmekten çekince duymayacağımız "kesinleşmiş bir ödeme emrinin de tıpkı ilamlar gibi tenfizinin mümkün olabileceği" den bahsedeceğiz.

- Türk Hukukunda Ödeme Emrinin "Adli Karar Olma Niteliği"

Takip Hukuku (İcra İflas Hukuku) özel hukuk ilişkilerinden doğan ve yükümlüsü tarafından rızayla yerine getirilmeyen borçların devlet gücüyle zorlanarak yerine getirilmesini konu alan hukuk dalıdır. Borcunu rızası ile yerine getirmeyen borçlu, alacaklının talebi üzerine devletin yargı gücü ile borcunu yerine getirmeye zorlanır. Bunun sonucunda Devletin yetkili organları borçlunun mallarına el koyar, bu malları paraya çevirir ve satış bedelini alacaklıya öder.

Borçlunun borçlu olduğu edimi kendi rızasıyla ifa etmemesi halinde, alacaklının hakkının Devlet kuvveti ile borçludan zorla alınıp, alacaklıya teslimi usulüne cebri icra denir. Cebri icranın usulü, kısaca, Devletin belirlediği icra organları vasıtasıyla borçlunun malvarlığına müdahale edilerek, alacak bir şey ise ve borçlunun mal varlığında mevcut ise bunun alınıp (aynen ifa), eğer aynen ifa mümkün değil ise bunun bedelinin veya alacak bir miktar para ise yeter miktarın borçludan alınıp alacaklıya verilmesidir. Diğer bir ifade ile cebri icra, rızaen yerine getirilmeyen mükellefiyetin Devlet zoruyla yerine getirilmesidir. Alacaklının hakkına nasıl kavuşacağını düzenleyen bu hukuk dalına ise, icra ve iflas hukuku veya cebri icra hukuku denir.İcra Müdürlükleri icra işlerinde birinci derecede görevli icra organıdır. Doğrudan doğruya hangi takip yolu seçilirse seçilsin başvurulacak ilk yer icra dairesidir. İcra dairesine başvurulmadan icra takibi başlatılamaz. İcra Dairesi alacaklının alacağını tahsil veya bir mahkeme hükmünün icrası bakımından gereken bütün işlemleri yapmaya yetkilidir. Bu bakımdan icra dairesi, alacaklının takip talebi üzerine, ödeme emri veya icra emri gönderir; bu emirlerin gereği yerine getirilmez ve icra takibi "kesinleşirse" alacaklının talebi üzerine borçlunun mallarını haczeder, satar ve elde edilen para ile alacaklının alacağını öder; konusu paradan başka bir şey olan ilamları ise zorla icra eder.

Yani cebri icra, özel hukuka ilişkin sabit olmuş veya resmi bir ihtarat sonucunda şeklen sabit sayılabilecek Kanuni yükümlülüklerini yerine getirmesi için borçlunun aktif malvarlığı unsurlarına ve gerektiğinde şahsına karşı Kanuni bir usule uyularak zor kullanılmasıdır. [2] Türk hukukunda icra-iflas dairesi yetkilileri cebri icra yetkilerini kullanan devlet memurlarıdır. Üstlendiği cebri icra görevinin yerine getirilmesini teminen, icra iflas dairesi, takibin inşası veya seyrine ilişkin işlem tesis etmek üzere, bir kamu hukuku yetkisi kullanır.

İcra İflas Dairesi tarafından kullanılan bu yetki doğrudan Kanundan doğmakta olup ya kanun hükmünün emrini yerine getirmeye bağlı yetki ya da yine kanunun tanıdığı tekdiri yetki şeklinde iki türdedir. Bu açıdan icra iflas dairesi kararları yargısal bir karara da gerek olmaksızın borçlunun kişisel haklarına etki edebilmektedir. [3]
Bizzat hak alma yasağı ve hukuki istikrarın temini, rızaen yerine getirilmeyen alacaklar bakımından icra edilebilir bir belge istihsali ve bunda tanımlanan hakların cebri icrası için devlete başvurma yükümlülüğünün yanı sıra alacaklıya cebri icra hakkı/takip hakkı tanınmasını da gerektirmiştir. Bu hak kamusal nitelikli bir hak olan hukuki koruma veya adaletin temini talebinden (Anayasa madde 36) çıkmakta olup onu etkinleştirir. [4]

İcra Dairesi tarafların talep-iddia ve beyanları temelinde takibi yürütmekte veya takip sürecini tek başına inşa ve intaç etmektedir. [5] Cebri icra faaliyeti bu hususta icra organının iradesini ortaya koyan işlemlerle yürütülür. Bu itibarla icra dairesi yetkilisi cebri icrayı genellikle bir karar ittihazı ve gereğinde bunun hukuki sonuçlarını maddi dünyaya aktararak yerine getirir. [6]

Özetle, Hukukumuzda icra dairesi devlet adına, kural olarak özel hukuk cebri icra faaliyetini yürüten asli kurumdur. İcra iflas memurları cebri icra işlemlerini yerine getirirken bağımsız olup bir üstün emri ile hareket etmezler. Mahkemeler ile icra daireleri arasında bir ast-üst ilişkisi söz konusu değildir İcra müdürlükleri Türk Hukuk Sistemi içerisinde, tıpkı mahkemeler gibi Adalet Bakanlığına Bağlı "adli kuruluş" lardır. Keza, icra müdürlüklerinde görevli olanlar "adli memur" ve buralarda yapılan işlemler "adli işlemler"dir. Bu anlamda "ödeme emri", kesinleşmesini müteakiben, alacaklıya başkaca bir ilama gerek olmaksızın borçlunun malvarlığı üzerinde cebri icra yetkisi tanıyan bir "adli karardır". Buna karşın pek çok ülkede, borçlunun malvarlığını haczetme ve satma yetkisi ("icra yetkisi") bir mahkeme kararı olarak alınabilmekte ve alınan karar sonrasında icra memurlarına icrayı gerçekleştirmesi için teslim edilmektedir. Bu durum, verilen icra yetkisinin bir "adli karar" olma niteliği ile ilgili değil de yalnızca ülkelerin adli yapılanmaları ve örgütlenmeleri ile ilgilidir. Keza belirtildiği üzere yabancı ülkelerde mahkemelerce verilebilen "icra yetkisinin" Türkiye'deki karşılığı ödeme emridir.

Bu anlamda, Türkiye'de kesinleşen bir ödeme emrinin yabancı bir ülkede tenfizini isterken, ödeme emrinin organik yapısının ve hukuki mahiyetinin Türk Hukuku ve Türk Yargı Örgütü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Keza doktrinde de tenfizi talep edilen kararın bir mahkeme kararı olup olmadığının o ülke hukukuna göre belirleneceği; kararı veren organın yetkisini devletten alması gerektiği kabul edilmektedir. [7]Bununla birlikte, doktrinde milletlerarası anlaşmalar veya özel bir kanun hükmüyle yabancı idari makamlarca verilen kararların tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir. [8]

Konuya ilişkin uluslararası düzenlemelere baktığımızda karşımıza öncelikle Avrupa Birliği Konseyi'nin Besides, EN 44/2001 sayılı ve 22 Aralık 2000 tarihli, "Ticari ve Medeni Meseleler ile ilgili Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında" Düzenleme çıkmaktadır. İlgili Düzenlemede karar ("judgement") tanımı aşağıdaki şekilde yapılmıştır.

Article 32

For the purposes of this Regulation, .judgment. means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.

Tanımın tercümesini yaptığımızda, tenfiz edilebilecek belgelerin yalnızca "mahkeme kararları" ile sınırlı olmadığını, görmek mümkündür. Keza "ödeme emrini" tanımda geçen "order" kavramı ile eşleştirmek mümkün olduğu gibi, icra dosyası kapsamında alınan kesinleşmeye ilişkin derkenarların da birer "adli belge" niteliğinde olup, muhteviyatı itibarı ile kesin bir borç içeren belgeyi kapsadığı bu kapsamda tenfiz edilebilme kabiliyetinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Belirtmek gerekir ki Türkiye'nin taraf olduğu ve tenfize ilişkin düzenlemeler içeren pek çok Karşılık Adli Yardımlaşma Anlaşmasında benzer şekilde, tenfizi kabil olan kararlar "mahkeme kararı" ile sınırlı tutulmamış ve "adli nitelikteki kararların" tenfizinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu anlamda, herhangi bir uyuşmazlıkta, yabancı bir ülkede tenfiz süreci başlatılırken öncelikle o ülke ile Türkiye arasında akdedilen uluslararası anlaşmaları iyi okumak ve tanıdığı imkanları doğru değerlendirmek önemlidir.

Bununla birlikte, bu durum yalnızca Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarda da düzenlenmemiş olup, Uluslararası hukukta karşımıza çıkan pek çok materyalde de benzer düzenlemeler olduğu görülebilecektir.

Örneğin, Lugano Konvansiyonu çerçevesinde, yukarıda Avrupa Birliği mevzuatında bulunan düzenleme benzer şekilde yer almakta olup bu düzenleme çerçevesinde Konvansiyonu imzalayan ülkeler arasında, icra takip prosedürlerinin ve bu kapsamdaki ödeme emirlerinin kolaylıkla tenfizi yapılabilmektedir.

Örneğin Polonya- İsviçre ülkeleri arasında gerçekleşen bir tenfiz sürecinde mahkeme 07 Kasım 2011 tarihli kararında, Polonya menşeli ödeme emirlerinin ("writ of summons") Lugano Konvansiyou çerçevesinde tenfiz edilebileceğine karar vermiştir. [9]

Tenfizde "Kesinleşme Koşulu" Bağlamında; Borçluya İtiraz Hakkı Tanınması ve Ödeme Emrinin Kesinleşmesinin Sonuçları

Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi için gerekli olan koşullardan biri de tenfize konu kararın verildiği ülke hukukuna göre "kesinleşmiş" olması gerekliliğidir. Yabancı mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşip kesinleşmediği ise yabancı ülkenin hukukuna göre belirlenecektir. Takip Hukukunda, kanuna uygun bir takip talebi sunan alacaklının bu talebi üzerine İcra Müdürlüğü ödeme emri düzenleyerek borçluya gönderir.

İcra Müdürü, talebin kanuna uygun şartları taşıyıp taşımadığını inceleyerek ödeme emrini düzenleme konusunda bir karar verir. Ödeme emri ile borçluya borcu ödemesi veya itirazı varsa bunu bildirmesi ve bunları yapmazsa hakkında cebri icraya devam olunacağı ve mallarının haczedileceği bildirilir.

Borçluya takip türüne gören değişen bir süre verilerek itirazını sunabileceği hususu açıkça tebligat üzerinde belirtilir.

Borçlu ilgili tebligatı almasının ardından herhangi bir itiraz sunarsa takip durur, alacaklının itirazın kaldırılması ya da iptali için dava açması gerekir.

Borçlunun itiraz sunmaması durumunda ise takip kesinleşir ve haciz işlemlerine devam edilebilir.
Görüldüğü üzere, Türk hukukunda ödeme emrinin kesinleşmesinden önce borçluya, itiraz hakkı tanınmaktadır. Bu, tenfiz için önemli bir koşuldur.

Keza, konuya ilişkin uluslararası uygulamalara baktığımızda da kesinleşmiş karardan söz edebilmek için karşı tarafa kendini savunma imkanının verilmiş, ancak buna karşın kararın karşı taraf aleyhine kesinleşmiş olması şartı aranmaktadır.

Bu hususta özellikle Avrupa Birliği ülkelerindeki uygulamada esas alınan unsur, kararın Brüksel Konvansiyonu 27/2 maddesinde yer alan şartlara uyup uymadığıdır.

Madde metninden de anlaşılabileceği üzere, bir karar karşı tarafa kendini savunması için makul bir süre verilip itiraz hakkı tanınmadıkça ve bu yol tüketilmedikçe, tenfiz edilemeyecektir.

'A judgment shall not be recognized:

Where it was given in default of appearance, if the defendant was not duly served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time to enable him to arrange for his defence'

Keza Topluluk Mahkemesinin "Hengst Import BV v Anna Maria Campese" kararında (10) Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun 633-653. maddelerinde yer alan ödeme emrinin kesin hüküm niteliğinde bir karar olduğuna hükmetmiştir.

Topluluk Mahkemesine sorulan soruya konu olan uyuşmazlık; ayakkabı satışından doğan faturaların ödenmemesinden doğan alacak hakkına ilişkindir.

İtalya'da ikamet eden Bayan Campese, Hollanda'da ofisi olan Hengst Import BV şirketine karşı ödenmemiş ayakkabı faturalarının tahsili için ödeme emri göndermiş ve davalı da 20 günlük itiraz süresi içinde ayakkabıların borcunu ödememiş veya iade etmemiş olduğundan takip kesinleşmiştir.

Bunun üzerine davacı taraf, söz konusu ödeme emri kararına istinaden 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hükümleri uyarınca tenfizini talep etmiştir.

Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ödeme emrinin hukuki niteliğini tahlil ederken; itiraz süresi dolmaksızın icrailik kararının verilemeyecek olmasından ve de davalıya usulüne uygun tebligat yapılmadıkça yargı faaliyetine geçilemeyecek olması gerekçesiyle, "ödeme emri kararının" Brüksel Konvansiyonun 27/2. maddesi bağlamında tenfize edilebilecek karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Topluluk Mahkemesi nihai hükmünde, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun IV. Kitabının 633-656. maddeleri arasında düzenlenen ödeme emri kararının, Brüksel Sözleşmesinin 27/2. maddesi kapsamında tenfize konu bir karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. [11]

Sonuç;
Yukarıda özetlediğimiz gibi, her ne kadar tenfiz denildiğinde akla ilk olarak mahkeme kararları ve hakem kararları gelse de günümüzde farklı ülkelerde farklı hukuki mevzuatlar, ikili ve/veya çok taraflı anlaşmalar ve/veya uluslararası düzenlemeler çerçevesinde "tenfiz edilebilir karar" kavramının tanımı dar yorumlamaların dışına çıkmıştır.

Öyle ki, son üç yıl içerisinde bilfiil deneyimlediğimiz de her ne kadar Türkiye yukarda bahsettiğimiz AB mevzuatı ile bağlı olmasa da yerleşik uygulamalara, karşılıklı ve/veya çok taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarına ve uluslararası regülasyonlara dayanarak pek çok farklı yargı yetkisinde, Türkiye'de kesinleşen ödeme emirlerinin tenfizini sağlamanın mümkün hale geldiğidir.

Günümüzde; Belçika, Hırvatistan, Arnavutluk, Lüksemburg, İsviçre, Bulgaristan, Hollanda, İngiltere, Kanada gibi birbirinden oldukça farklı hukuk sistemlerine sahip pek çok ülke ödeme emirlerinin tenfiz kabiliyetini farklı hukuki dayanaklar tahtında kabul eder durumdadır. Bu kabul, alacağını yurtiçinde tahsil etmekte zorlanan alacaklıya sınır ötesinde, oldukça kısa sürelerde olumlu neticeler almasını sağlamakta, böylelikle bir zamanlar ulaşılamaz olarak adlandırılan yurtdışına çıkarılan malvarlıkları üzerinden önemli tahsilatlar sağlanabilmektedir.

Burada başarılı sonuçlar elde edebilmek için öncelikli yol, Türkiye ile tenfiz sürecinin başlatılacağı ülke arasındaki ikili ve/veya çok taraflı anlaşmaları ve/veya yabancı ülkenin uyguladığı regülasyonları dikkatlice okuma ve değerlendirmekten geçmektedir.

Detaylı Bilgi için;
Av. Semra Gürçal
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Köle, s. 46.

2. V.R. Seviğ, Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve İflas Kanunu, C, 1-2 Ankara-1966 C1, s82

3. B. UMAR, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi İzmir, 1973 s.209

4. H. Pekcanıtez, O. Atalay. M. Dubgurtekin Özkan. M. Özekeş, İcra İflas Hukuku 10. Baskı Ankara 20120, s.64.

5. Karslı, İcra tetkik Mercii s. 10

6. Ç.T. Çelikoğlu, İcra Dairesi Kararı, 2017, s. 9

7. Doğan, s. 108; Güven, s. 30; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 538.

8. Köle, s. 46; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 540. (http://www.baskahukuk.com/yabanci-mahkeme-kararlarinin-turkiyede-tenfizi-icin-aranan-sartlar/#_ftn8)

9. Decision of the Swiss Tribunal of 7 November 2011 BGer 4A 372/2011.

10. Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1995. Hengst Import BV v Anna Maria Campese. Reference for a preliminary ruling: Arrondissementsrechtbank Zwolle - Netherlands. Brussels Convention - Article 27 (2) - Concept of document instituting the proceedings or equivalent document. Case C-474/93.

11. Doç. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tenfize Ilişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı Ilâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi? https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/47850/646342)

ANAYASA MAHKEMESİ POLİSE YAPILAN ACİL YARDIM ÇAĞRISINA MAKUL SÜREDE CEVAP VERİLMEMESİ NEDENİYLE YAŞAM HAKKININ İHLAL EDİLDİĞİNE KARAR VERDİ

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 28/7/2022 tarihinde, Gökhan Yiğit Koç ve diğerleri (B. No: 2019/25727) başvurusunda Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutu yönünden ihlal edildiğine karar verdi.

Somut olayda özet olarak Başvuruculaların yakını H.H.K., olay günü saat 01.58'den 02.00'ye 13 saniye kalıncaya kadar geçen sürede 155 Polis İmdat hattında görevli kişiyle yaptığı telefon görüşmesinde ölümle tehdit edildiğini aktarmıştır.

Ayrıca olayın meydana geldiği siteye gelen kurye Ö.K. yaralama eyleminden kısa süre önce Polisi arayarak İ.H.B.nin bıçakla H.H.K.yı tehdit ettiğini söylemiştir. H.H.K. saat 02.09'da İ.H.B. tarafından bacağından bıçaklanmıştır. Polis ekipleri saat 02.25'te, cankurtaran ise 02.30'da olay yerine gelmiştir. H.H.K. olaydan iki gün sonra vefat etmiştir. Bu olay sonrasında başvurucular İçişleri Bakanlığı aleyhine idare mahkemesi nezdinde tam yargı davası açmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde ''H.H.K.nın olaydan iki gün sonra kesici, delici alet yaralanmasına bağlı büyük damar kesisi ile gelişen kanama sonucu vefat ettiği anlaşıldığına göre gerek saldırının önlenmesi gerekse de saldırı sonrası alınacak tedbirler yönünden kolluk görevlilerinin olay yerine süratle ulaşmasının yaşam hakkının korunması bakımından son derece önem taşıdığı kuşkusuzdur.

Bununla birlikte idare mahkemesi ve istinaf mahkemesince olay günü ilgili mahalleden sorumlu asıl ekibin görevde olmamasının polisin olay yerine geç ulaşmasına neden olup olmadığı, ölümle tehdidin öğrenilmesinden sonra durumun olay yerine en kısa sürede ulaşabilecek polis ekibine veya karakola bildirilip bildirilmediği, yapılan anons üzerine harekete geçen ekiplerin olay yerine süratle ulaşmak için azami özen ve gayreti gösterip göstermediği hususlarında Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği düzeyde bir değerlendirme yapılmadığı sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda derece mahkemeleri, polisin hem bıçaklı saldırıyı önlemek hem de sonrasında yaşam hakkının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak üzere bir an önce olay yerine ulaşıp ulaşmadığı bakımından son derece önemli olan iddialar hakkında ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya koyamamış, olayı bu yönüyle yeterince aydınlatamamıştır. Yaşam hakkının usul boyutuyla ilgili yukarıdaki tespitler nazara alındığında yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın bu aşamada incelenmesi mümkün değildir.'' İfadelerini kullanarak yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kaynak: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/25727

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU HAKEM ÜCRET TARİFESİ YAYIMLANDI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi, 30 Eylül 2022 Tarihli ve 31969 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı. Kanunun amaç ve kapsam başlıklı ilk maddesinde işbu kanunun amacının 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tahkim yoluyla görülen dava ve işlerde, taraflarla hakem veya hakem kurulları arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaması veya tahkim anlaşmasında bir hüküm bulunmaması ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmaması hallerinde hakem veya hakem kuruluna ödenecek ücretin miktarı ile ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu belirtildi.

Kanunda ücret tablosu ise madde 12'de aşağıdaki şekilde yer aldı. Bu Tarifeye göre verilecek ücretler aşağıdaki ücret tablosuna göre hesaplanır:

	ÜCRET	
ANLAŞMAZLIK KONUSU DEĞER	TEK HAKEM	3 VEYA DAHA FAZLA SAYIDA HAKEM
İlk gelen 500.000,00 TL için	% 5	% 8
Sonra gelen 500.000,00 TL için	% 4	% 7
Sonra gelen 1.000.000,00 TL için	% 3	% 6
Sonra gelen 3.000.000,00 TL için	% 2	% 4
Sonra gelen 5.000.000,00 TL için	% 1	% 2
10.000.000,00 TL'den yukarısı için	% 0,1	% 0,2

Bu kanun ile birlikte 02/10/2021 tarihli ve 31616 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi yürürlükten kaldırıldı ve işbu kanundaki tarifenin 01.10.2022 tarihinden itibaren geçerli olacağı belirtildi.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220930-3.htm

ELEKTRONİK TAHKİM UYGULAMALARI

Tahkim, milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda tarafların, mahkemelerin aşırı iş yükü, hâkimlerin konunun uzmanı olmaması, yargılamanın uzun sürmesi ve daha masraflı hale gelmesi gibi sebeplerle başvurdukları yaygın şekilde kullanılan bir çözüm yöntemidir.

Ancak, milletlerarası ticari anlaşmazlıklarda anlaşmazlık konusunun karmaşık hale gelmesi, birden çok tarafın olması gibi sebepler tahkim yargılamasında da uzamaya yol açmıştır.

Teknolojik gelişmeler tahkimde, elektronik tahkim kavramını ortaya çıkarmış; ticari uyuşmazlıkların çözümü için uygulanan klasik tahkim ile birlikte elektronik tahkim de uygulanmaya başlamıştır.

I. TAHKİM KAVRAMI

Tahkim kavramının hukuki tanımı konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamakla birlikte tahkim unsurlarından sayılan tahkim sözleşmesi, hakem sözleşmesi ve tahkim usulü kavramları sıklıkla kullanılmaktadır. Tahkim kavramı, aslında tahkim sözleşmesi, hakem sözleşmesi ve tahkim usulü unsurlarını da kapsamaktadır. Tahkimi tam olarak tanımlayabilmek için bu kavrama ilişkin öne çıkan özellikler ele alınmalıdır. Bu özellikler şu şekilde sayılabilir:

i) Yasa tarafından tahkimle çözülmesine izin verilen uyuşmazlık olmalıdır.

ii) Kural olarak, tarafların iradesi ile tahkime başvurulabilirken, bazı yasalarda tahkime başvuru zorunlu kılınmıştır.

iii) Tahkim yolu yalnızca mevcut anlaşmazlıklar için değil gelecekte oluşabilecek anlaşmazlıkları da kapsayabilir.

iv) Taraflar hakemi seçebilir veya bu seçimin yapılması bir merci veya mahkeme vasıtasıyla da yapılabilir.

Bu unsurlar dikkate alınarak öğretide tahkim, yasalarda salt mahkemelerin yetkili kılınmadığı konularda taraflar arasında meydana gelmiş veya gelecekte meydana çıkabilecek uyuşmazlıkların bir sözleşme ya da yasal düzenleme gereğince devlet mahkemesine başvuru yapmadan; taraflarca, mahkemece bunların yetkilendirdiği bir kurumca veya kanun tarafından doğrudan seçilmiş tarafsız bir üçüncü kişiler aracılığı ile çözümlenmesi şeklinde ifade edilmiştir. [1]

II. ELEKTRONİK TAHKİM

Milletlerarası tahkimde duruşma yapılmadan karar verilebilen davalarda hakemler fiziki olarak bir araya gelmeden karar verebilmektedirler.

Hatta haberleşme olanaklarının geliştiği günümüzde hakemler bir araya gelmeksizin, tele-konferans veya elektronik posta yoluyla müzakere edebilmekte ve karar alabilmektedirler.

Bu teknolojik gelişmeler 'Elektronik Tahkim' kavramının doğmasına neden olmuştur. [2]
Elektronik tahkim, tahkim yargılamasının sanal ortamda yürütüldüğü tahkim türü olup bu tahkim türünde tarafların ve hakemlerin fiziksel olarak bir araya gelmesi gerekmemektedir.

Ayrıca, elektronik tahkim klasik tahkimin tüm özelliklerine sahip olduğundan elektronik tahkimin kararları klasik tahkim kararları gibi bağlayıcıdır ve tenfizi istenebilir.

Elektronik tahkim, daha çok telekomünikasyon, marka ve alan adı gibi teknoloji temelli uyuşmazlıklarda kullanılıyor olsa da uygulanması sadece bu alanlarla sınırlı değildir.

Tüketiciler arasındaki uyuşmazlıklarda, tacirler ile tüketiciler arasındaki uyuşmazlıklarda ve tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda da elektronik tahkim kullanılabilmektedir.

III. ELEKTRONİK TAHKİMDE GENEL UYGULAMA USULÜ VE ELEKTRONİK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK YÖNTEMLERİ

Teknolojinin gelişimiyle birlikte elektronik tahkim uygulamasında ilerlemeler olmuş, elektronik posta yoluyla tahkim sözleşmeleri yapılmaya, hakemler ve taraflar elektronik yolla yargılamaya katılmaya ve kurumsal elektronik tahkim hizmeti veren internet siteleri kurulmaya başlanmıştır.

Taraflar uyuşmazlıklarını bu site aracılığıyla çözmek istediğinde sitedeki ilgili formları doldurarak ve gerekli ödemeleri (hakem ücretleri, idari harç ve diğer masraflar) yaparak elektronik tahkim sürecini başlatabilmektedir.

Süreç başladıktan sonra taraflar yargılamaya elektronik posta ile katılabilir ve duruşmalar tele-konferans yoluyla gerçekleştirilebilir. Ayrıca, bazı elektronik tahkim kuruluşları, telefon ve faks gibi haberleşme yöntemlerini kullanmakla birlikte tanık veya bilirkişileri bizzat dinleme olanağı sağlamaktadır.

Elektronik tahkimde elektronik dosya yönetimi tekniği ile uyuşmazlık konusu tüm bilgi ve belgeler bir yazılım programı sayesinde herhangi bir fiziksel ortama ihtiyaç duymadan gönderilebilir, saklanabilir, ulaşılabilir ve karşılaştırma ile çıktı alma işlemi yapılabilir. Belgeler elektronik ortamda kaydedilerek taşınabilir.

Elektronik tahkimde kullanılan bir başka teknik sanal bir platformdur. Bu platform merkeze bağlı olarak yöneticiler tarafından idare edilmektedir. Yönetim taraflara ve hakemlere sisteme giriş için bir şifre vermektedir. Taraflar ve hakemler bu şifre ile sisteme girerek dava konusu tüm bilgi ve belgelere ulaşmaktadır. [3]

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafların resmi bir yargılama usulüne gereksinim duymadan uyuşmazlıklarını çözmek için taraflara yardımcı olan bazı usullerden oluşan yöntemlerdir. Diğer bir deyişle, devlet yargısının yaptığı yargılama haricindeki uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ifade eder. Uygulamada en çok başvurulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri; müzakere, arabuluculuk ve tahkimdir.

Elektronik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri müzakere, uzlaştırma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin internet ortamında gerçekleştirilmesi anlamına gelmekte olup bu açıdan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir türü sayılabilir. Elektronik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilk örneklerinden biri Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Araştırma Merkezi tarafından 1996 yılında uygulamaya konulan Cybertribunal projesidir. Proje, 1998 yılında uygulamaya geçmiş, fakat bir süre sonra internet alan adı uyuşmazlıklarını çözmek için kurulan ICANN'ın ortaya çıkardığı e-Resolution'a yerini devretmiştir.

Başka bir örnek ise ABD'de Massachusetts Üniversitesi girişimi ile Online Ombuds Office'in kurulması ve yine ABD Pittsburgh'da gerçekleştirilen Virtual Magistrate76 projesidir.

Bu çalışmalara bakıldığında, teknolojik iletişim vasıtaları aracılığıyla anlaşmazlıkların çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. [4] Müzakere alternatif uyuşmazlık çözümlerinin en çok başvurulan yöntem olup tarafların uluslararası ticaretin uzun vadeli olduğunu düşünerek, bu sektörde uzun süreli kalma isteği, uyuşmazlığın müzakere yöntemiyle çözümüne uygun olması, müzakerenin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre (yargı yoluna başvurmanın neden olacağı muhtemel zarar nedeniyle) avantajlı olması ve bazen de sözleşme konusu mal ve hizmetin sigortalanmış olması tarafların uyuşmazlığı müzakere yoluyla çözmesinde önemli etkenlerdendir.

Elektronik müzakere, tarafların müzakere yaparken fiziki şekilde bir araya gelmeksizin elektronik ortamda veya internet üzerinden araçlar yardımıyla müzakere yapılması şeklinde tanımlanır ve otomatik müzakere ve destekle müzakere olarak ikiye ayrılır. Otomatik müzakerede, müzakereyi başlatmayı talep eden taraf ilk olarak site üzerinden kurumla irtibata geçer. Akabinde müzakereyi idare eden kurum, uyuşmazlığın diğer tarafıyla bağlantı kurarak uyuşmazlığa ilişkin müzakere etmeyi isteyip istemediğini sorar. Müzakereyi istemesi üzerine taraflar; taleplerini ve varsa tekliflerini elektronik şekilde iletirler. Otomatik müzakere sistemi, yapısı gereği çoğunlukla para alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar için kullanılmaktadır.Bu sistem kolay ve basit olmakla birlikte, fiziki olarak görüşmeye ihtiyaç bırakmayıp, gereken tek şey internet bağlantısıdır.

Destekle müzakerede, bu hizmeti veren kurum veya site adına bir kişi veya temsilci müzakerelere katılmayacaktır. İnternet sitesi, taraflara elektronik bir iletişim ortamı sağlar ve taraflar görüşme tarihlerini belirler. Otomatik müzakerede sistemin bizzat yardımı bulunuyorken, destekle müzakerede taraflar, sistemi aracı olarak kullansalar da kendileri anlaşmaya varmaktadırlar.

Elektronik arabuluculuk ise arabuluculuk usulünün internet üzerinden veya elektronik cihazlar yardımıyla gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir. Arabulucu tarafların anlaşmasına yardımcı olmakla birlikte görüş bildirebilir veya çözüm geliştirebilir. Ancak taraflar arabulucunun görüş ve çözümünü kabul etmek zorunda değildir. Elektronik arabuluculuk hizmeti sağlayan siteler taraflar ve taraflar ile arabulucu arasındaki iletişimi internet ortamında sağlayarak iletişimi kolaylaştırmaktadır.

SÜREÇ BAŞLADIKTAN SONRA TARAFLAR YARGILAMAYA ELEKTRONİK POSTA İLE KATILABİLİR VE DURUŞMALAR TELE-KONFERANS YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLEBİLİR. AYRICA, BAZI ELEKTRONİK TAHKİM KURULUŞLARI, TELEFON VE FAKS GİBİ HABERLEŞME YÖNTEMLERİNİ KULLANMAKLA BİRLİKTE TANIK VEYA BİLİRKİŞİLERİ BİZZAT DİNLEME OLANAĞI SAĞLAMAKTADIR.

Sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında taraflar, tahkimde yargılama usulünü serbest şekilde tespit edebilirler. Taraflar aralarında bunu kararlaştırmamışsa hakem/hakemler yargılama usulünü ilgili kanun hükümlerine göre yürütülür. Nitekim, 6100 sayılı kanunun 425. maddesinde ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8/A. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Tahkimde ve elektronik tahkimde yargılama usulü, sözlü ve yazılı yargılama usulüdür.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRONİK TAHKİM

Tahkim, 6100 sayılı kanunun 407. İle 444. maddeleri arasında düzenlenmiş olup 407. maddeye göre, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanacaktır. 6100 sayılı kanunun 412/3 maddesine göre;

'' Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin 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 sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.''

Anılan kanun hükmündeki yazılılık şartı 6100 sayılı kanunun 205/2 '' Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir." ve Elektronik İmza Kanunu'nun madde 5/1 "Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur." hükümleri ile birlikte değerlendirdiğimizde elektronik imza ile imzalanan tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır. Ayrıca hükümden anlaşılacağı üzere elektronik ortama geçirmiş olan tahkim sözleşmesi de geçerlidir. Yani taraflar elektronik posta yoluyla tahkim sözleşmesi yaptığında yazılılık şartı yerine getirilmiş olacaktır.

4.1. İstanbul Tahkim Merkezinin (İstanbul Arbitration Center – ISTAC) Uygulaması

İstanbul Tahkim Merkezi de Nisan 2020'de yayınladığı ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları'na göre hakem veya hakem heyeti, tarafların anlaşması ya da re'sen duruşmanın video konferans ya da telekonferans yöntemiyle çevrimiçi (online) şekilde yapılmasına karar verebilmektedir. Ancak maddede yalnızca "taraflardan birinin talebi üzerine" duruşmaların çevrimiçi yapılabileceği ifade edilse de tarafların tek taraflı talepleriyle online duruşma yapılmayacaktır.

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları m.3/1'e göre taraflara danışan hakem veya hakem kurulu, duruşmanın hangi yazılım ve program aracılığıyla yapılacağı, duruşmanın gizliliği amacıyla alınacak tedbirleri, tarafların duruşmaya iştiraki için gereken kullanıcı adı, şifre veya telefon numarası gibi diğer konuları duruşmadan önce saptayıp duruşmanın teknik altyapısını oluşturarak taraflarla paylaşacaktır. Dördüncü madde uyarınca taraflar, duruşmaya katılacak şahısları duruşmadan evvel hakem ya da hakem kuruluna bildirecektir. Bununla birlikte taraflar, duruşmaya katılacağı iletilen ve katılmasına izin verilenler haricinde, duruşma sırasında, üçüncü bir kişiyi duruşmaya dahil edemeyecektir.

Ayrıca, duruşma yönetimine ilişkin bir hüküm getirilmiş ve duruşma boyunca ses ve görüntü kalitesinin etkilenmemesi için aynı anda yalnızca bir kişinin konuşmasına izin verilmiş ve bu kişi konuşurken duruşmadaki diğer tarafların ve bulunanların mikrofonlarını sessize alacağı hükmü getirilmiştir (m.5). Beyanda bulunmak isteyen taraf, hakem ya da hakem kurulunun söz vermesi üzerine konuşabilecektir (m.5). Bu kurallarda duruşmada belge sunulmasına ilişkin hüküm de getirilmiştir. Duruşma sırasında belgelerin elektronik ortamda sunulması hakem veya hakem kurulunun iznine tabi tutulmuştur (m.6).

ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları'nın yedinci maddesiyle, hakem veya hakem kuruluna tarafların hukuki dinlenilme hakkını kullanırken eşitliği sağlama yükümlülüğü verilmiştir.

Duruşmanın gizliliğinin sağlanması, duruşma esnasında elektronik olarak belge sunabilmesinin sağlanması, yetkili olmayan kişilerin duruşma sırasında hazır bulunmaması ve tarafların iddia ve savunmalarını ileri süremeden haksız bir şekilde engellenmemiş olması hukuki dinlenilme hakkının boyutlarından olup hakemler, hukuki dinlenilme hakkına aykırı davranmamak için gereken özeni göstererek duruşma sırasında bu hakkın ihlal edildiğine kanaatine varmaları durumunda, duruşmayı sonlandırabilir. ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarına göre, çevrimiçi duruşmada dinlenecek tanıklar, video konferans yoluyla ve görüntülü şekilde duruşmaya katılır. Online duruşmaya katılan tanık, kameranın karşısında yüzü açıkça görülebilir bir biçimde hazır bulunacaktır (m.8/1). Bu önlemin alınmasının nedeni tanığın kimliğinin tam olarak tespit edilmesinin sağlanması ve tarafların şüphesinin bulunmamasıdır.

Bununla birlikte, tanığın bir yönlendirmeye maruz kalmaması için tanığın yanında bir belge olup olmayacağına hakem veya hakem kurulu karar verir. Yine hakemler, beyanının alınması için duruşma esnasında belli bir belgenin tanığa gösterilmesine onay verebilir. Tanığa gösterilecek belge, duruşma sırasında elektronik şekilde taraflarla paylaşılarak soru sorulabilir (m.8/2) [5] Hakem veya hakem kurulu, tarafları bilgilendirerek, duruşmanın görüntülü ya da sesli şekilde kaydına karar verebilir ve bu kayıt taraflarla paylaşılır (m.10/1). Hakem kurulu, masrafları taraflarca karşılanmak kaydıyla, ses kayıtlarının yazıya dökülmesinde de karar verebilir (m.10/2). Hakem kurulunun izni olmaksızın duruşmada ses ve görüntü kaydı yapmak yasaktır (m.10/3).

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Anıl Sağlam
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Konuralp C.S., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, s. 128

2. AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim

3. Enez Ortacalar, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Uygulanan Elektronik Tahkim: Dünyadaki Uygulamalar ve Türkiye İçin Öneriler (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020)

4. Serhat Kısakürek, Elektronik Tahkim ve Tahkimin Djitalleşmesi (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2021)

5. Ahmet Dülger, Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: Istac ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelemesi, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Bildiri Tam Metin Kitabı

ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ HAKKINDA YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK YAYIMLANDI

18.08.2022 tarihli ve 31927 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ''Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'' ile 26.06.2016 tarihli ve 29636 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ''Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik''te birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerden en önemlisi, 11. maddede düzenlenen ''Ortak Giderler'' kısmında yapılmıştır. Anılan hükmün eski halinde, ortak kullanım alanlarına ilişkin elektrik, su, ısınma, yenileme niteliğinde olmayan bakım-onarım, güvenlik, temizlik gibi ortak giderler; öncelikle AVM'deki her bir işyerinin alanı ile Yönetmelik ekinde düzenlenen tabloda işyeri alanına karşılık gelen katsayıların çarpılmak ve çarpım sonuçları toplanmak suretiyle öncelikle ''Toplam Katılım Değeri'' hesaplanması, ardından AVM'nin toplam ortak giderinin ''Toplam Katılım Değeri''ne bölünerek ''Birim Maliyet''in hesaplanması ve neticeten işyerinin alanı ve bu alanın karşılığı olan dağıtım katsayısı ile ''Birim Maliyet''in çarpılmasıyla AVM'deki her bir işyeri için ''Ortak Gider Katılım Payı'' bulunmaktaydı. Yapılan değişiklikle, ortak giderler, AVM'deki perakende işletmelerin satış alanlarının AVM satış alanına oranı ölçüsünde paylaştırılacaktır.

Bir diğer önemli değişiklik, AVM'lerin yöntem, pazarlama, danışmanlık hizmetlerine ilişkin giderleri konusunda yapılmıştır. AVM'lerdeki işletmelerden, taraflar arasında sözleşme yapılmasına bağlı olarak pazarlama ve yönetim gibi ortak faydaya yönelik hizmetler için katılım payı talep edilebiliyorken yapılan değişiklikle AVM'lerdeki işletmelerden reklam, pazarlama ve danışmanlık giderleri gibi giderler ile belgelendirilmeyen giderler için herhangi bir bedel talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu giderler için, önceki yılın kesinleşen giderlerinin yeniden değerleme oranında arttırılması suretiyle hesaplanacak muhtemel gider tutarı üzerinden avans talep edilebilmekte ve söz konusu giderler için avans alınması durumunda, avansın ait olduğu yılın sonuna kadar mahsup işlemi gerçekleştirilmekteyken, yapılan değişiklikle avansın alınması halinde, avansın ait olduğu yılı izleyen şubat ayı sonuna kadar mahsup işleminin gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/08/20220818-3.htm

GİDER SİGORTASI

Bu Uygulama Notu, sigortalı bir kişinin davada aleyhte bir gider kararının risklerine karşı korunma aracı olan gider sigortasını (bazen yasal gider sigortası (LEI) olarak da bilinmektedir) incelemektedir. Olay öncesi sigortası (BTE sigortası) ve olay sonrası sigortası (ATE sigortası) olmak üzere iki ana tiptir.

Sigorta karmaşık bir alandır ve yasal gerekliliklere tabidir. Bununla birlikte, uyulmaması durumunda mahkemenin politikanın uygulanamaz olduğunu tespit etmesine izin vereceği ve bu da giderlerin geri kazanılmasını sınırlayacağı için bu gerekliliklerı anlamak önemlidir.

LEI politikaları, Sigorta Şirketleri (Yasal Gider Sigortası) Düzenlemeleri 1990, SI 1990/1159 tarafından düzenlenmektedir.

LEI sigortası, sigorta teminatı için bir prim ödenmesini gerektirecektir ve teminat bir fazlaya tabi olacaktır, yani ilk £X sigorta kapsamında olmayacak ve müvekkil tarafından ödenecektir.

Primin gideri, aranan teminat miktarına bağlı olacaktır ve binlerce ila milyonlarca sterlin arasında değişebilir. Prim düzeyi ya sigortalı meblağ üzerinden ya da tazminatın sona erdiği tarihte, yani uzlaşma ya da davada yapılan masrafların yüzdesi olarak belirlenebilir.

Bir müvekkil için mevcut olabilecek finansman türleri göz önüne alındığında bu, daha genel olarak giderlerle ilgili hususlar ile birlikte yapılmalıdır. Gider konusunu ele alırken, bir avukat olarak mesleki yükümlülüklerinize uymanızı sağlamak önemlidir.

Andrews ile Beg davasında, bir avukatın, genel olarak davanın finansmanı konusunda tavsiyede bulunmak için bir dava avukatı ile aynı görevlere sahip olmadığına karar verildiğine dikkat edin.

Gider sigortası türleri

İki ana tür gider sigortası vardır:

Olay öncesi yasal giderler sigortası (BTE Sigortası)

Bu; müvekkilin, yani dava açılmadan önce halihazırda sahip olduğu herhangi bir yasal gider sigortası anlamına gelir. Kurumsal olmayan müvekkiller için bu, örneğin bir ev, araba veya seyahat sigortası poliçesinin bir parçasını oluşturan LEI olabilir. Bir kişi, şirket yetkilisi veya müdürü sıfatıyla dava ediliyorsa, talebi kapsayabilecek 'yönetici ve memur sigortasından' (D&O sigortası) yararlanabilir.

BTE sigortasının amacı, sigortalıyı dava açma veya davayı savunma giderlerine karşı potansiyel sorumluluğa karşı sigortalamak olsa da sorumluluk teminatından ziyade birinci şahıs teminatı, yani poliçe sahibi teminatı sağlamaktır. Poliçe genellikle sigortalının yargılamalarda makul bir başarı ihtimaline sahip olmasını sağlar ve bazı poliçeler, başarılı bir sonucun olasılığını belirlemek için davanın bir avukat tarafından değerlendirilmesini gerektirir.

Olay sonrası sigortası (ATE Sigortası)

Bir davada başarısız olan taraf, genel gider kuralına göre, başarılı tarafın masraflarının bir kısmını ödemekle yükümlü olacaktır. ATE sigortası, davanın kazanılamaması veya giderlerin başka bir şekilde geri alınamaması durumunda, sigortalıya verilen masrafların karşılanacağını bilerek, davacıya dava açması için bir mekanizma sağlar.

ATE sigortası genellikle yasal giderleri karşılamak için bir anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılır. Adalete erişimi kolaylaştırmanın bir yoludur (bkz.: Temyiz Mahkemesi'nin West ile Stockport NHS Foundation Trust; Demouilpied ile Stockport NHS Foundation Trust davasındaki hükmü). İki temel türü vardır:

- her iki tarafın ATE'si - Bu, hem sigortalının kendi masraflarını hem de onlara karşı yapılan gider emirlerini karşılar

- Bir CFA ile bağlantılı ATE sigortası—bu, sigortalının masraflarını değil, karşı tarafın masraflarını karşılar (çünkü sigortalının başarısız olması durumunda CFA kapsamında ödenmeyecektir.

ATE sigortası, poliçenin çıkarılmasından önce yapılan masrafları içerebilir.

ATE sigortası, davanın başlamasından önce veya davanın herhangi bir aşamasında alınabilir.

Bununla birlikte, teminat ne kadar geç aranırsa, teminat almak o kadar zor olabilir ve primlerin daha pahalı olması muhtemeldir. Dava sırasında koşullar değişirse, teminat seviyesi artırılabilir ve bu, ek prim ödenmesini gerektirir.

ATE primlerinin geri alınabilirliği

ATE primleri bir zamanlar gider olarak büyük ölçüde geri alınabilirdi. Ancak, 1 Nisan 2013'ten ve Jackson gider reformlarının uygulamaya konulmasından bu yana, ATE sigorta primi ücretleri, yalnızca geçiş hükümlerinin geçerli olması durumunda geri alınabilmektedir.

CPR 48 ve CPR PD 48'de yer alan ve yayın ve gizlilik taleplerini içeren geçiş düzenlemeleri kapsamına giren bu tarihten önce girilen sigorta veya o tarihten sonra girilen sigorta ile ilgili olarak ATE primlerinin geri alınabilirliği ile ilgili sorunlar hala ortaya çıkmaktadır.

Finansman bildirimi—ATE primi

ATE primlerini geri alma yeteneğinin sınırlı olması nedeniyle, finansman bildirimi artık büyük ölçüde tarihseldir. Ancak, ATE primlerini geri almanın hâlâ mümkün olduğu durumlarda, fonlama bildirimi hala geçerlidir ve eski kurallar uygulanır.

Tarafın, başarılı olması durumunda, kaybeden taraftan ATE sigorta primini geri alma hakkına sahip olduğu durumlarda, bu taraf fon düzenlemesi hakkında mahkemeye ve davadaki diğer tüm taraflara bir bildirimde bulunmalıdır - ATE sigorta primi tutarının açıklanmasına gerek yoktur; ancak sigortalınız primi talep etmek istiyorsa sigorta şirketinin adının belirtilmesi gerekir. İlgili mahkeme formu N251 formudur.

Sigorta poliçesi ile ilgili daha önce verilen bilgiler artık doğru değilse, güncel bilgiler verilmelidir. Örneğin, sigorta poliçesi sağlayıcısı değiştiyse (eski kural 44.15(3)).

Bunu yapmak için, güncellenmiş bir Form N251 hazırlanarak değişiklikten sonraki yedi gün içinde sunulmalıdır.

Ayrıca, (a) bir tahsis anketi veya (b) bir duruşma öncesi kontrol listesi zaten doldurulmuşsa, yeni bir gider tahmininin hazırlanması ve değişiklik bildirimi ile birlikte sunulması gerekeceğini akılda tutmak önemlidir. Normal hizmet hükümleri geçerlidir.

Uygulama Yönergesi Dava Öncesi Davranış ve Protokoller, paragraf 9.3 (artık yürürlükte değil), şu şartla ki, bir taraf bir finansman düzenlemesine girmişse, o taraf:

'…diğer tarafları bu düzenleme hakkında mümkün olan en kısa sürede ve her durumda ya ilgili finansman düzenlemesine girdikten sonraki yedi gün içinde ya da bir talep sahibinin bir talep mektubu göndermeden önce bir finansman düzenlemesine girmesi durumunda, talep mektubunda bilgilendirmelidir.'

Bu gerekliliğe uyulmaması, Nisan 2013 öncesi CPR kapsamında kural 44.3B'de belirtilen, fonlama düzenlemeleri kapsamında geri kazanımı sınırlayan ve ilk bakışta ATE sigorta priminin tamamına izin vermeyen yaptırımla sonuçlanır.

Uygulama Yönergesi Dava Öncesi Davranış ve Protokoller, paragraf 9.3 (artık yürürlükte değil) hükmü, Springer ((Merhum) Springer'in Mirasının Şahsi Temsilcisi) ile Leicester NHS Tröstü'nün Üniversite Hastaneleri davasında Temyiz Mahkemesi tarafından değerlendirilerek yargısal inceleme işlemlerindeki gerekliliklere benzer olduğu düşünülmüştür.

Talep mektubunda yer alan tebligat hükmünün genel olarak ihtiyacı karşılamaya yeterli olduğu düşünülürken, mahkeme tarafından tebligatın 'mümkün olan en kısa sürede' verilmesinin şart koşulmuştur; bunun adı üstünde anlamı da bellidir.

Talep mektubunda yer alan bildirim, belirli olgular hakkında 'mümkün olan en kısa sürede' olabilir, ancak olmayabilir ve Springer davasında değildi.

Davacı bu nedenle yaptırımlardan muafiyet için bir başvuruda bulundu; ancak bu, kanıtların tebligat sunmanın neden bu kadar uzun sürdüğünü açıklamadığı ve davalının iddiayı gerektiği gibi araştırma ve dava kapsamındaki konuları ele alacak olan tanıkları belirleme fırsatını kaybettiği gerekçesiyle reddedildi - bu fırsatın kaçırılması, geç bildirimden kaynaklandı.

Finansman bildiriminin zamanında yapılmaması durumunda, yaptırımlardan muafiyet için bir başvuru yapılması gerekecektir.

Bu, bildirimin neden 'mümkün olan en kısa sürede' verildiğine dair bir açıklama gerektirecek ve neden sadece muafiyet için verilmesi gerektiği konusunda üç aşamalı Denton testine değinecektir.

Uygulamalı değerlendirme:

ATE sigorta primini geri almaya çalışan bir müvekkil adına hareket ediliyorsa, ek yükümlülüklere ilişkin bildirimin ne zaman verildiğini ve 'mümkün olan en kısa sürede' verilip verilmediğinin tartışmaya açık olup olmadığını kontrol etmeniz önerilir.

Eğer öyleyse, bu bildirimin neden 'mümkün olan en kısa sürede' verildiğini iddia ettiğinize dair bir açıklama yaparak ve/veya değilse, neden muafiyet verileceğine dair üç aşamalı Denton testini uygulayarak yaptırımlardan muafiyet için bir başvuruda bulunup bulunmayacağınızı düşünün.

Başka bir tarafın ATE sigorta primini ödemesi gerekebilecek bir müvekkil adına hareket ediliyorsa, talep mektubunda yapılmış olsa dahi en kısa sürede bildirim yapılıp yapılmadığını kontrol edin ve aksi iddia ediliyorsa yaptırımın bu şekilde uygulandığını savunmaya çalışın. Böylece, müvekkiliniz ATE sigorta priminin ek yükümlülüklerini ödemekten kaçınabilecektir.

Sigorta yapılmışsa, hangi avukatlar hareket edebilir?

Genel olarak, bir sigorta poliçesi, sigortalının, sigortacının kendi avukat heyetinden bir avukat kullanmasını sağlayacaktır. Bir sigortalı bu heyette olmayan bir avukat atayabilir; ancak bunun sigortalı için maliyet sonuçları olabilir.

Bu nedenle, seçilen avukat bir heyet avukatı değilse, bu yönü dikkate almak önemlidir.

Bu, örneğin bir avukat, BTE sigortasının yürürlükte olduğunu fark etmeden önce bir müvekkil adına hareket ederse veya müvekkil heyet avukatlarından birine talimat vermek istemezse oluşabilir.

Bu konu, Temyiz Mahkemesi tarafından Brown-Quinn ile Equity Syndicate davasında ele alınmıştır.

Sigortalı taraflar, kendi adlarına hareket etmeleri için heyet dışı avukatlar atadı.

Sigortacıların daha sonra avukatlara ödemeyi teklif ettikleri oranlarla ilgili bir sorun ortaya çıktı; sorun, oranların üstlenilen iş türü için avukatların normal oranlarının altında olmasıydı.

Temyiz Mahkemesi, sigortalıların kendileri adına hareket edecek avukatları seçme hakkına sahip olduklarına karar verdi.

Ayrıca, heyet avukatları tayin etmemiş olsalar bile, sigorta sözleşmesinde belirtilen oranları, yani heyet avukatları tayin etselerdi uygulanacak oranları geri alma hakları vardı.

Sadece heyet oranlarının geri alınabilmesi gerçeği, Temyiz Mahkemesi'nin görüşüne göre, onları kendi avukatlarını seçme haklarından mahrum bırakmadı. Sonuç olarak, heyet dışı bir avukat atayarak üstlendikleri ek masrafları geri alma hakkına sahip değillerdi.

Avukatlar, ATE sigortacılarıyla bağlantı kurma giderlerini geri alabilir mi?

ATE sigortacılarıyla bağlantı kurmak için önemli miktarda zaman harcanabilir. Müvekkiller için sorun, bu tür giderlerin diğer taraftan tahsil edilip edilemeyeceği olacaktır.

Trafigura davasında Temyiz Mahkemesi bu konuyu değerlendirdi ve dava sırasında ATE sigortacılarından talimat alma ve onlarla müzakerelerde bulunma giderlerinin, 'davanın bir gider olmaktan çok, davanın teminatı olan bir gider olduğundan, davacıların giderler açısından risk altında olmamasını sağlamak için katlanılan bir gider' olduğuna ve bu nedenle geri alınamayacağına hükmetmiştir.

Bu tür giderlerin geri alınabilir olup olmadığı değerlendirilirken, bu tür giderlerin kovuşturmayla ilgili olup olmadığı sorusu ortaya çıkacaktır.

Bu sorun, Ecology Support Services ile Patel davasında, Yargıç Hancock'un önündeki sorun, hukuken ATE sigortasıyla ilgili giderlerin geri alınamaz olup olmadığıyla ilgiliydi. 'Bu sorun ile ilgili herhangi bir hüküm görmedim ve kanaatimce bu konu, zamanı gelince gider yargıcının ilgileneceği bir iş olacaktır' diye ifade etti.

Çeviren: Burcu Çelik Gökçen

Kaynak:
https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/disputeresolution/docfromresult/D-WA-A-AVBWC-AUUU-MsSAAWC-UUA-UZEYAAUUW-U-U-U-U-U-U-AZZEWUEVDW-AZZZDEUWDW-ZBWAYBBBD-U-U/1/393750?lni=55KX-HP91-F18B-830W-00000-00

YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA MUNZAM ZARARDA İSPAT

Temerrüt

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırı olarak davranarak borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, temerrüde düşmektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarı gerekmektedir.

Ancak alacaklının ihtar etmemesi durumunda dahi borçlunun temerrüde düşmesi mümkündür. Taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisinde, ifa zamanının (kesin vade) belirlenmiş olması halinde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtara ihtiyaç duyulmamaktadır. Zira, Borçlar Kanunu m.177'den görüleceği üzere;

*"**B. Borçlunun temerrüdü***

***MADDE 117-** Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır."*

Borçlunun temerrüde düşmesi, alacaklının bildirimine bağlıdır. İfa zamanının belirlenmiş olduğu sözleşme ilişkilerinde ise herhangi bir bildirime gerek kalmadan borçlu, söz konusu tarihte temerrüde düşmektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda alacaklı, alacağına ek olarak bazı taleplerde bulunabilmektedir. Temerrüdün gerçekleşmesi sonucunda alacaklı gecikme tazminatı talep edebilmektedir. Ayrıca alacağa temerrüt faizi de uygulanmaktadır. Temerrüt faizi, taraflarca sözleşmede belirlenebilir. Sözleşmede belirlenmediği hallerde, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Ancak bazı durumlarda alacaklı, temerrüt faizini aşan zarara uğrayabilmektedir. Böyle durumlarda, alacaklının temerrüt faizini aşan zararının da borçlu tarafından giderilmesi gerekmektedir. Temerrüt faizini aşan zarar, munzam zarar (aşkın zarar) olarak tanımlanmaktadır.

Munzam (Aşkın) Zarar

Munzam (Aşkın) Zarar, Borçlar Kanunu m.122'de "Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir. Yani munzam zarar, "borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının kazanacağı durum ile temerrüdün sonunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farkın temerrüt faizi ile karşılanmayan, onu aşan bölüme tekabül eden zarardır." [1] Kanunda düzenlenen maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, temerrüt faizinde zararın varlığının ispatı konusunda alacaklıya herhangi bir ispat yükü yüklenmemekte iken, ek zarar olarak da tanımlanan aşkın zararın giderilmesi için, alacaklının zararın varlığını ispatlaması gerekmektedir.

Munzam zarar, para borçları kapsamında ortaya çıkmaktadır. Taraflar arasında para unsuru dışındaki borç ilişkilerinde munzam zararın varlığından söz edilemez. Munzam zararın konusunu tamamen maddi zararlar oluşturmaktadır. Borçlunun temerrüde düşmesiyle alacaklının uğramış olduğu her türlü maddi zararın tazminini alacaklı talep edebilmektedir. Böylece manevi zararların munzam zarar davasına konu teşkil etmesinin hukuken imkânı bulunmamaktadır. Alacaklının temerrüt faizini aştığı her durum munzam zararının olduğu anlamına gelmemektedir. Munzam zararın tazmini bazı şartlara tabidir. Bu şartlar;

1. Borcun (para) ifasında temerrüde düşülmüş olmalıdır.
2. Alacaklının temerrüt faizinden fazla bir zararının olması gerekmektedir.
3. Borçlunun kusurlu olması gerekmektedir.
4. Alacaklının aşkın zararı ile borçlunun temerrüdü arasında illiyet bağı olmalıdır.

şeklinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen şartların bulunmaması halinde, borçlunun munzam zarardan yükümlü olması mümkün değildir.

Munzam Zararda İspat

Temerrüt faizini aşan miktarda zararı olduğunu iddia eden alacaklı, söz konusu zararını ispatlamakla yükümlüdür. Munzam zararın ispatı konusunda genellikle somut verilerin ortaya koyulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Alacaklının munzam zararını ispatlaması sonrasında, kusur konusunda ispat yükü borçluya geçmektedir. Borçlunun munzam zararın tazmininden sorumlu tutulamamasının tek yolu temerrüde düşmesinde kusurunun bulunmadığını ispatlamasıdır. Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında alacaklının, munzam zararını somut verilerle ispatlaması gerektiğine ilişkin görüş birliği bulunmaktadır. Alacaklının, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Alacaklı tarafından ispat edilmesi gereken, soyut olgulardan ziyade kendisinin bizzat uğramış olduğu zarardır. Örneğin; temerrüt alacaklısı alacağına kavuşmasının gecikmesi nedeniyle, kendi alacaklısına edimini ifa edememesi nedeniyle zarara uğramasından bahisle bu zararın tazmini talep edilebilecektir. Konuya ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2018/1690 E. 2019/2185 K. sayılı 02.04.2019 tarihli kararında aşağıda yer alan açıklamalara yer verilmiştir:

"Davacı vekili, davalıların maliki olduğu ... Konutlarının yönetim işlerini yapan ... Hizm. A.Ş. ile davacı arasında 20/05/1997 tarihinde "Kalorifer Yakıtı Temini Sözleşmesi" yapıldığını, sözleşmenin 5. Maddesinde yakıtın fiilen teslimi ve faturanın şirkete ulaşmasından sonra ödemenin en geç 20 gün içerisinde gerçekleşmemesi durumunda kalorifer yakıtına gelecek zamların işverene yansıtılacağının belirtildiğini, davalılara gönderilen ihtarnameye rağmen kalorifer yakıtına gelen zamların ödenmediğini, davacının ana parayı icra takibine itiraz üzerine açtığı itirazın iptali davası sonucunda tahsil ettiğini, ancak icra dosyasında ana paranın ödenme tarihi olan 02/08/2006 tarihine kadar kalorifer yakıtına zam geldiğini ileri sürerek şimdilik 500.000,00 TL'nin %70 sözleşme faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının alacağını zamanında almış olsa idi bu bedel ile tekrar akaryakıt alıp satması mümkün olduğundan munzam zararının borç zamanında ödense idi alınabilecek akaryakıt miktarı ile borcun fiilen ödendiği tarihte alınabilecek akaryakıt miktarı arasındaki fark olarak kabul edilmesi gerekmekte olduğu, davacının teslim ettiği akaryakıt miktarının 1.170.010 lt yani 1.167.669,98 kg olduğu ve 02/08/2006 tarihinde 1.844.918,57 TL yaptığı, davacının akaryakıt bedeli ile vade farkı olmak üzere tahsil tarihi itibariyle faiziyle birlikte 443.200,00 TL tahsil ettiği, bu durumda davacının munzam zararının 1.844.918,57 TL'den ödenen bedel olan 443.200,00 TL'nin düşüldüğünde kalan 1.401.718,57 TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 1.401.718,57 TL'nin 500.000,00TL'sine 12/03/2009 bakiye 901.718,57 TL'sine ise 28/07/2016 tarihinden itibaren avans faizi uygulanmasına, fazlaya ilişkin isteğin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

818 sayılı BK'nın 105. maddesi (6098 sayılı Kanunun 22. maddesi) ''alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir'' hükmünü içermektedir. Burada alacaklı uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır.

Mücerret enflasyon, döviz kurlarındaki yükselme veya bankaların uyguladığı faiz oranlarındaki artışlar tek başına munzam zararın gerçekleştiği veya kanıtlandığı anlamına gelmez. Alacaklının kanıtlaması gereken husus yukarıda açıklanan genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir. Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden eksik inceleme ile düzenlenen bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru olmamıştır." [2]

Yakın zamana kadar, munzam zararın ispatında alacaklının zararını somut verilerle ispat etmesi gerektiği hususu katı olarak uygulanmaktayken, Anayasa Mahkemesi'nin 2014/2267 başvuru no'lu 21.12.2017 tarihli kararı ile munzam zararın ispatı konusunda somut ispat şartı katı olarak uygulanmamaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu karar kapsamında "mülkiyet hakkı" kapsamında yapmış olduğu değerlendirme aynen;

"Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonosu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi, borçlunun yararlanması, alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borçlu borcunu süresinde ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı süresini uzatma gayreti göstermekte; böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak alma düşüncesi yaygınlaşarak kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır. Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkanı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğramaktadır." şeklindedir. [3]

Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan bu karar sonrasında; Yargıtay daireleri tarafından munzam zararın ispatında "somut ispat şartı" katı olarak uygulanmamaya başlamıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2017/2736 E. 2018/1742 K. sayılı 25.04.2018 tarihli kararı ile, yerleşik içtihadını değiştirmiş ve munzam zararın ispatı konusunda, her yıl gerçekleşen enflasyon oranı, mevduat ve devlet tahvillerine uygulanan faiz oranları, döviz kurları ve diğer yatırım araçları ile ilgili belgeler resmî kurumlardan getirtilerek, uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle, gerçek zararın belirlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Kararda yer alan ifadelerden bir kısmı aynen;

"Dairemizin, uzun süreden beri yerleşik uygulaması ve kararlarında munzam zararın davacı tarafından somut olarak ispatlanması kabul edilmekle birlikte gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkının hukukta korunması görüşü benimsenerek kararların bu yönde oluşması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı da gözönüne alındığında, genel ispat kuralından ayrılarak, enflasyon baskısı sürdüğü sürece maruf ve meşhur vakıa niteliğinde kabul edilerek alacaklının BK'nın 105/1. maddesi anlatımda munzam zararının varlığını kanıtlama zorunluluğundan vazgeçilmek zorunda kalınmıştır.

ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN VERİLMİŞ OLAN BU KARAR SONRASINDA; YARGITAY DAİRELERİ TARAFINDAN MUNZAM ZARARIN İSPATINDA "SOMUT İSPAT ŞARTI" KATI OLARAK UYGULANMAMAYA BAŞLAMIŞTIR.

Esasında Yargıtay'ın muhtelif dairelerinde bu yönde değerlendirme yapılmakta ve munzam zarar kanıtlandığı taktirde hüküm altına alınmaktadır. Az yukarıda açıklanan hususlar, değinilen ilkeler ve görüşler doğrultusunda, davacı taraf alacağının geç ödenmesi nedeniyle kredilerini ödeyemez ve taşınmazlarının icra sonucu satımı ile karşı karşıya kaldığını ileri sürmüş ise de, taşınmazlar şirket müdürü adına kayıtlı ve şirketin mülkiyetinde olduğu anlaşılamadığı gibi, illiyet bağının varlığı da ispatlamamıştır.

Ne var ki, az yukarıda açıklandığı üzere, ülkemizde yaşanan ve herkesçe bilinen enflasyon olgusu nedeniyle alacaklıların zararının temerrüt faiziyle karşılanabilmesi Anayasa Mahkemesi'nin son ihlal kararına göre mümkün olamayacağı ve bu karinenin aksi borçlu tarafça ispatlanamadığından, her yıl gerçekleşen enflasyon oranı, mevduat ve devlet tahvillerine uygulanan faiz oranları, döviz kurları ve diğer yatırım araçları ile ilgili belgeler resmi kurumlardan getirtilerek, uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle, gerçek zararın belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, bölge adliye mahkemesince yapılacak iş; HMK'nın 266 ve 267. maddeleri uyarınca, konusunda uzman mali müşavirin de bulunduğu bilirkişi heyeti oluşturularak ilgili resmi kuruluşlardan tahsil tarihi ile dava tarihi arasındaki enflasyon verilerini gösteren TEFE-TÜFE-ÜFE oranları, bankalardan faiz oranları ve diğer yatırım araçlarındaki hareketlere ilişkin dökümanlar getirtilerek bilirkişi raporu alınmalı ve davacının zararı olup olmadığı belirlenmeli ve taleple bağlı kalınarak hüküm altına alınmalıdır. Bu hususlar gözetilmeden, hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle ... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi'nin kararının BOZULMASINA, dava dosyasının bölge adliye mahkemesine, kararın bir örneğinin yerel mahkemeye gönderilmesine, 1.630,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davalıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 25.04.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi." şeklindedir. [4]

Benzer olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 2018/1512 E. 2019/3201 K. sayılı 29.04.2019 tarihli karar aynen;

"Munzam zararın enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde doğmuş olması halinde ise, ispat yükü bakımından durum farklı olup, buna ilişkin Dairemiz'in uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olarak kanıtlaması gerektiği yönündedir. Somut olayda, davaya konu paranın 09.12.1999 tarihinde Egeabank A.Ş'ye yatırıldığı ve 09.05.2016 tarihinde temerrüt faizi ile birlikte tahsil edildiği, munzam zararının oluştuğu iddia edilen dönemin 16 yıllık bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece, munzam zararın oluşumundaki zaman kesitinin ekonomik koşullarının farklılığı gözetilmeden tüm dönem için somut ispat arayan yazılı gerekçe ile sonuca gidilmesi isabetli görülmemiştir.

Bu durumda, ilk derece mahkemesince,munzam zararın ispatı noktasında yukarıda açıklanan ilkeler gözetilerek, Dairemizin yerleşik içtihatlarında belirtildiği şekilde sepet formülüne göre munzam zararı hesabı yapılması, bu doğrultuda, munzam zararın tespit edilebilmesi için borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılamaz olduğu ve nihayet her somut olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK'nın 50 ve 51. maddeleri (mülga BK'nun 42 ve 43.) çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bulunan bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken aldığı temerrüt faizi miktarı düşülerek hasıl olacak sonuç çerçevesinde davacının munzam zararının olup olmadığı ve miktarı tayin ve tespit edilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir. [5]

Hukuk kurallarını, içinde bulunulan ekonomik şartlardan bağımsız olarak uygulamak doğru bir yaklaşım değildir. Ekonomik koşullar, faiz ve enflasyon oranı, döviz kurundaki sürekli artış göz önünde bulundurulduğunda, alacaklının munzam zararını somut bir şekilde ispat etmesi kuralını katı bir şekilde uygulamak alacaklı ile borçlu arasındaki dengeyi bozacak ve hakkaniyeti zedeleyecek şekilde alacaklı aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Alacaklının ispat yükümlülüğü çok sıkı şartlara bağlanmamalı ve her olay özelinde değerlendirme yapılmalıdır.

SONUÇ

Munzam zarar, para borçları bakımından talep edilebilmekte olup, alacaklıya temerrüt faizini aşan zararını tazmin etme imkanını vermektedir.

Munzam zararın tazmini için; para borcunun var olması, borçlunun borcu ödemede temerrüde düşmesi, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğraması, borçlunun temerrüt faizini aşan zarar bakımından kusurlu olmadığını ispat edememiş olması ve munzam zarar ile borçlunun temerrüdü arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Munzam zararın alacaklı tarafından ispatı konusunda ise somut olay özelinde değerlendirme yapılmakta ve dönemin ekonomik koşulları bu değerlendirmede göz önünde bulundurulmaktadır.

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

Kaynakça:

1. Uygur, 2003; 3427

2. Yargıtay 19. HD., E. 2018/1690 K. 2019/2185 T. 2.4.2019

3. Anayasa Mahkemesi 2014/2267 E. 21.12.2017 K.

4. Yargıtay 15. HD., E. 2017/2736 K. 2018/1742 T. 25.4.2018

5. Yargıtay 11. HD., E. 2018/1512 K. 2019/3201 T. 29.4.2019

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 - 2022 Özgün Law Firm