ÖZGÜNLAW
PROTECTING YOUR INTERESTS

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 60 Kasım 2022

Başlarken...

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

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

Aralık ayında görüşmek üzere!

Editörler:
Burcu Çelik
Anıl Sağlam

Pandemi Döneminde İşçilere Kullandırılan Ücretsiz İzin Süreleri Kıdem Süresine Dahil Midir?

Ücretsiz izin sıklıkla uygulanmasına rağmen İş Hukukta düzenlenmemiştir. İş Kanunda [1] ücretsiz izin ayrı bir şekilde düzenlenmemekle beraber Kanunda atıf yapıldığı hükümler bulunmaktadır. Bu sebeple de işçiye tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkma olanağı veren yol izni ve analık iznini hariç tutmak gerekir. ***(Sayfa 2)***

Veri İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Hakkı: Avrupa Birliği Adalet Divanı Hukuk Sözcüsünün Görüşünün Değerlendirilmesi

Kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi ya da hukuka aykırı şekilde işlenmesi gibi durumlarda uğradığı zararların tazmini için tazminat talep edebileceği Kişisel Verileri Koruma Kanunu`nda (KVKK) düzenlenmiştir. ***(Sayfa 5)***

Corona Virüsu Pandemisi Sürecinde Özel Okullara Ödenen Ücretin İadesi

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 9)***

İpotek Alacaklısının Adresinin Meçhul Olması veya İpoteği Çözmekten Kaçınması Halinde İİK M.153 Uyarınca İpoteğin Terkini Usulü

İpotek, var olan veya henüz doğmamış olmakla birlikte doğması kesin ya da muhtemel olan herhangi bir alacak için taşınmazın tapu kütüğüne işlenmesi yolu ile alacaklıyı güvence altına alan bir hukuki işlemdir. ***(Sayfa 12)***

Sosyal Medya Yasası" Olarak Bilinen Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Yayımlandı

Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("Değişiklik Getiren Kanun"), Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 13.10.2022 tarihinde kabul edilmiş ve 18.10.2022 tarihli ve 31987 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmıştır. ***(Sayfa 17)***

İşçinin Cep Telefonu Yazışmalarının İşveren Tarafından İncelenmesi Sonucu Yapılan Fesih Geçerli Midir?

İş akdinin feshi süreli fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu dallardan süreli fesih de kendi içerisinde iş akdi feshedilen işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına göre farklılaşmaktadır. ***(Sayfa 19)***

Rehinli Malın Alacaklının Mülkiyetine Geçmesi Yasağı (Lex Commissoria Yasağı)

Lex commissoria, temeli Roma Hukukunda atılan ve Türk hukukumuzda da detaylarıyla incelenen ve günümüze kadar etkisini sürdüren bir yasak olarak tanımlanmaktadır. ***(Sayfa 23)***

Güncel Haberler

BAM Dava Açarken Harcın Yatırılmaması Durumunda Mahkemenin Esasa Girmeden Önce Davacıya Harç İkmali İçin Kesin Süre Vermesi Gerektiğine Karar Vermiştir! (Sayfa 8)

'Cinsel Suçlar'a Özel Savcı Genelgesi! (Sayfa 8)

İngiliz Ticaret Mahkemesi'nin Offshore Kripto Borsasındaki Ticari Bir Hesabın Hak Sahipliğine Dair Güncel Bir Kararı! (Sayfa 16)

Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 7420 Sayılı Kanun Resmî Gazete'de Yayımlandı! (Sayfa 27)

PANDEMİ DÖNEMİNDE İŞÇİLERE KULLANDIRILAN ÜCRETSİZ İZİN SÜRELERİ KIDEM SÜRESİNE DAHİL MİDİR?

1. İş Hukukunda Ücretsiz İzin

Ücretsiz izin sıklıkla uygulanmasına rağmen İş Hukukta düzenlenmemiştir. İş Kanunda [1] ücretsiz izin ayrı bir şekilde düzenlenmemekle beraber Kanunda atıf yapıldığı hükümler bulunmaktadır. Bu sebeple de işçiye tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkma olanağı veren yol izni ve analık iznini hariç tutmak gerekir.

Yargıtay kararları uygulamalarıyla "tarafların ücretsiz izin konusunda anlaşmaları halinde, ücretsiz izin süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağı" esası kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin askıda kaldığı bu süre içerisinde işçi çalışmayacak, işveren de işçiye ücret ödemeyecektir. İş sözleşmesi tamamen askıya alındığı için işçiye hiçbir ödeme yapılmayacaktır. Yani asıl ücret dışında ücret ekleri ve sosyal yardım vb. ödemeleri de yapılmayacaktır. Bu sebeple de ücretsiz izin süresince işverene ait olan işletme riskine işçi katlanmış olacaktır. [2]

İşçinin ücretsiz izne çıkartılması için işçinin muvafakati olması zorunludur. Ücretsiz izne çıkarılması işçi aleyhine bir durumdur ve iş sözleşmesinde yapılacak esaslı bir değişiklidir. Bu sebeple de işveren işçiyi tek taraflı şekilde ücretsiz izne çıkartamayacaktır. Ancak sonradan bu kuralın bir istisnası çıkmıştır. Buna aşağıda değineceğiz. Bu kapsamda kural olarak kanunla bir düzenleme bulunmadığı takdirde işçinin muvafakati olmadan ücretsiz izne çıkartılması mümkün değildir. Yine iş sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesine konulan bir hüküm ile de işçi rızası olmada ücretsiz izne çıkarılabilir yönünde görüşler bulunmaktadır. Ancak bu yöndeki görüşe tarafımca katılmak mümkün değildir. İş sözleşmesine konulan b yöndeki hüküm işçi aleyhine bir düzenleme olduğundan işçi lehine yorum ilkesi kapsamında işçiyi bağlamaması gerekir.

Uygulamada ücretsiz izin verilmesinin amacı tarafların iradelerine bağlı olarak sürekli borç ilişkilerinin devamını sağlamak [3] işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshini önlemek içindir. [4]

2. İş Kanundaki Ücretsiz İzin Uygulamaları

Yukarıda da kısaca belirmiş olduğumuz üzere 4857 sayılı İş Kanunu bazı özel durumlarda işçiye tek taraflı olarak ücretsiz izne ayrılma imkânı tanımıştır. Aşağıda incelenen durumlarda sözleşmede yer alan bir hükmün uygulanması yahut tarafların anlaşması ile çalışma koşullarının değiştirilmesi değil, yasanın işçiye tanıdığı bir hakkın kullanımı söz konusudur.

2.1. Ücretsiz Yol İzni

İşçi yıllık ücretli iznini, işyeri adresinin bulunduğu adresten başka bir yerde kullanmak isteyebilir. Bu durumda, iznini geçirmek istediği yere gidiş ve dönüşünde geçireceği zaman yıllık izin süresinin azalmasına neden olabilecektir. Bu durumda işçinin yıllık izin hakkını kullanma süresi azalacak ve bu durum da işçinin dinlenmesine engel olabilecektir. [5] Bu gibi sorunları engelleme amacıyla İş Kanunun 56/VI maddesinde düzenleme getirilmiştir.

Bu düzenlemeye göre;

"…Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır. İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır…"

Bu düzenleme kapsamında işçinin dört güne kadar ücretsiz izin kullanabilecektir. Verilecek yol izni en çok dört gündür; fakat bu hüküm her isteyene dört günlük ücretsiz yol izni verileceği anlamını taşımamaktadır.

Bu sürenin belirlemesinde, işçinin iznini geçireceği yerin işyeri adresinin bulunduğu yere "uzaklığı" ve kullanılacak "vasıta" göz önünde tutulur belirlenmektedir. [6] İşçi yol izni talebini belgelediğinde işveren gerekli izni işçiye vermek zorundadır.

İşçinin bu yönde bir talebi yoksa işveren kendiliğinden bu şekilde izin veremez ve yol iznini yıllık izne ilave etmesi mümkün değildir. [7]

2.2. Ücretsiz Analık İzni

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni" başlığını taşıyan 74. maddesine göre kadın işçinin doğum öncesi ve sonrasında toplam on altı hafta çalıştırılmaması esastır. Çoğul gebelik halinde, doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenecektir. Yine aynı madde içerisinde isteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin (çoğul gebeliklerde on sekiz hafta) bitiminden sonra, "altı aya kadar ücretsiz izin verileceği" hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir;

"…İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. (Ek cümle: 29/1/2016-6663/22 md.) Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz…"

Bu düzenlemenin amacı kadın işçiye çocuğunun bakımını gerekli şekilde sağlaması ve sağlığın korunmasıdır. [8] Kanununda düzenlenen 6 aylık süre azami bir süredir. Kadın işçinin an fazla talep edeceği süredir. Kadın 6 aydan daha bir kısa süre içinde ücretsiz izin talebinde bulunabilir. İşverenin altı aya kadar talep edilen ücretsiz izni vermesi zorunludur, işverene burada tanınan bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Kadın işçinin işverenin izini almadan bu izini kullanma hakkına sahiptir. [9]

2.3. Ücretsiz İzin Döneminde Geçen Sürelerin Kıdem Sürelerine Etkisi

Bilindiği üzere İş Kanundaki, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süreleri, ihbar süreleri gibi işçi lehine getirilmiş birçok hakkın doğumu ve hesaplanması işçinin işyerindeki kıdemi ile doğrudan ilgilidir. [10] Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere ücretsiz izin sürelerinde iş sözleşmesi askıdadır.

Bu süre içinde işverenin ücret ödeme sorumluluğu bulunmadığı gibi SGK prim ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Yine işçi de bu süre zarfında çalışmamaktadır. Bu açıdan da ücretsiz sürelerinin kıdem sürelerine dahil edilmemesi gerekmektedir. Yargıtayın da görüşü bu yöndedir. [11]

Yargıtay Kararı - 9. HD., E. 2010/11576 K. 2012/16728 T. 14.05.2012 tarihli karar şu şekildedir;

"…4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesi uyarınca ücretleri sözleşme ve kanuna göre hesaplanıp ödenmez ise işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçi bu halde bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır.

Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanununa göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmış sayılmayan süreler, örneğin işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrı usulü çalışmada çağrılmayan sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur.

Keza ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. 2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz. Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır..."

3. İş Kanunun Geçici 10. Maddesi Kapsamında Verilen Ücretsiz İzin Sürelerinin Kıdeme Dahil Olup Olmadığı Sorunu

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere işverenin işçiyi tek taraflı şekilde ücretsiz ize çıkartma hakkı bulunmamaktadır. İş Kanunun geçici 10. Maddesi ile pandemi döneminde işçinin rızası alınmadan işverenlere tek taraflı olarak işçinin ücretsiz izne gönderebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde düzenlemesi şu şekildedir;

"Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir. Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir."

Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere pandemi döneminde işçinin ücretsiz izne çıkmama gibi bir itiraz hakkı dahi bulunmamaktadır. İşverenin tek taraflı kararı ile işçi ücretsiz izne çıkartılmaktadır. Normal ücretsiz izinlerindeki kural bu sürelerin kıdeme eklenmemesi yönündedir. Ancak burada işçinin bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu konuda yargılamada birçok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de en baştan katılmış olduğumuz görüş kapsamında Bölge Adliye Mahkemesi kararı pandemi dönemindeki ücretsiz izin sürelerinin işçinin kıdemine dahil edilmesi gerektiği yönünde karar tesis etmiştir. Uygulamada oluşan boşluk Bölge Adliye mahkemesinin bu yöndeki kararı ile doldurulmuş ve söz konusu karar İş Hukuku İlkelerine uygun olacak şekilde verilmiş ve bu kapsamda kısada pandemi döneminde ücretsiz izin kullanan işçinin bu ücretsiz izin sürelerinde geçen sürenin kıdem sürelerinden sayılması gerektiğine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Sakarya BAM, 11. HD., E. 2022/542 K. 2022/693 T. 23.3.2022 tarihli kararı şu şekildedir; [12]

"4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için davacının en az 6 aylık kıdeminin bulunması gerekir. Hizmet döküm cetvelinin incelenmesinde davacının 2020/03 döneminde 30 gün, 2020/04 döneminde 7 gün, 2020/5 döneminde 18 gün, 2020/6 döneminde 1 gün, 2020/07 döneminde 1 gün sigortalı olarak gösterildiği ve fiili çalışmasının bulunduğu, davacının Nisan, Mayıs ve Temmuz aylarındaki çalışmalarının eksik gün bildiriminin 18 kod nosu ile "Kısa Çalışma Ödeneği" olarak bildirildiği, davacının Haziran dönemi eksik gün bildiriminin 29 kod nosu ile "Pandemi Ücretsiz İzin Ve Diğer" ve 2020 Ağustos döneminden 2021 Haziran dönemi sonuna kadar eksik gün bildiriminin 28 kod nosu ile "Pandemi Ücretsiz İzin" olarak gösterildiği, davacının 01/08/2020 tarihinden 30/06/2021 tarihine kadar kesintisiz olarak ücretsiz izinde bulunduğu anlaşılmıştır.

Çözümlenmesi gereken sorun 4857 sayılı kanunun Geçici 10. maddesi kapsamında kullandırılan ücretsiz izin süresinin işe iade davalarında 6 aylık kıdem süresinde dikkate alınıp alınamayacağıdır.

4857 Sayılı Yasanın Geçici 10. maddesinde;

"Geçici Madde 10
...
Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.
...
*Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine *1* kadar uzatmaya yetkilidir."* şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

28/07/2020 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. Maddesi ile,

"22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun geçici 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına "haller ve benzeri sebepler" ibaresinden sonra gelmek üzere ", belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri" ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan "altı aya" ibaresi "her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine" şeklinde değiştirilmiş ve belirli aralıklarla alınan Cumhurbaşkanı Kararı ile söz konusu hüküm 30/06/2021 tarihine kadar uzatılmıştır.

Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin yerleşik kararlarına göre işçinin ücretsiz izinde bulunduğu sürelerde iş akdi askıdadır. Yargıtay 9 Hukuk Dairesi 09/11/2017 tarih 2016/2890 - 2017/17860 E.K Sayılı Kararında;

"...İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan sürelerde da dahil edilir. Başka bir anlatımla bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz." şeklindeki kararı da dikkate alındığında 7244 sayılı kanun ile 4857 sayılı kanuna eklenen Geçici 10. Madde kapsamında tek taraflı izin uygulaması sonucunda kullandırılan ücretsiz izin süreleri 6 aylık kıdem süresi hesabında dikkate alınması gerektiği bu nedenle ilk derece mahkemesince yargılamaya devam edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması gerekirken dava şartı yokluğundan davanın reddine dair karar verilmesi hatalı olduğu anlaşılmakla oy birliğiyle aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur…"

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

Kaynakça:

1. 4857 Sayılı İş Kanunu (RG: 10.06.2003 tarihli)
2. Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 502.
3. Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 42.
4. Demir, Fevzi: "Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, s. 108; Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 228.
5. Ekonomi, Münir: İş Hukuku C. I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İTÜ Vakfı Kitap Yayınları No: 18, İstanbul 1987, s. 34.; Akyiğit, Ercan: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık, 2011, s. 262.
6. Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, s. 347-348; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s. 267.; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul 2013, s. 387; Uzun, Bekir: "4857 Sayılı İş Yasası ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile Getirilen Düzenlemeler Işığında Yıllık Ücretli İzin", MERCEK, Nisan 2004, s. 77.
7. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2008, s. 959-960; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s. 265; Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, s. 348.
8. Ekonomi, Münir: "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, s. 26.
9. Ekonomi, Gebelik, s. 26.
10. Süzek, Askı, s. 94.
11. Yarg. 9. HD. 14.05.2012, E. 2010/11576, K. 2012/16728, 29.12.2013; Yarg. 9.HD. 15.05.2008, E. 2007/14104, K. 2008/12368; Yarg. 9. HD. 06.02.2007, E. 2007/2147, K. 2008/2294; Yarg. 9. HD. 24.05.2007, E. 2006/30640, K. 2007/16360,
12. Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Sakarya BAM, 11. HD., E. 2022/542 K. 2022/693 T. 23.3.2022 tarihli kararı

UYGULAMADA OLUŞAN BOŞLUK BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN BU YÖNDEKİ KARARI İLE DOLDURULMUŞ VE SÖZ KONUSU KARAR İŞ HUKUKU İLKELERİNE UYGUN OLACAK ŞEKİLDE VERİLMİŞ VE BU KAPSAMDA KISADA PANDEMİ DÖNEMİNDE ÜCRETSİZ İZİN KULLANAN İŞÇİNİN BU ÜCRETSİZ İZİN SÜRELERİNDE GEÇEN SÜRENİN KIDEM SÜRELERİNDEN SAYILMASI GEREKTİĞİNE KARAR VERİLMİŞTİR.

VERİ İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ TAZMİNAT HAKKI: AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI HUKUK SÖZCÜSÜNÜN GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GİRİŞ

Kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi ya da hukuka aykırı şekilde işlenmesi gibi durumlarda uğradığı zararların tazmini için tazminat talep edebileceği Kişisel Verileri Koruma Kanunu`nda (KVKK) düzenlenmiştir. KVKK`nın 14`üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası, "Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır." şeklindedir.

Bu hüküm çerçevesinde, ihlal durumunda ilgili kişilerin Kişisel Verileri Koruma Kurulu`ndan tazminata karar verilmesini talep edip edemeyeceği veya sadece genel mahkemelere başvuru yoluyla mı talepte bulunabileceği hususlarının kanunda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle tartışmalı olduğu kabul edilmektedir. [1]

Ancak tazminat yolunun Kanun`da düzenlenen yaptırım türlerinden biri olması, bu yetkinin kullanılmasının KVK Kurumu`nda olduğu anlamına gelmeyeceği, Kurum`un temelde idari denetim, düzenleme ve yaptırım uygulama şeklinde fonksiyonuna uygun düşmeyeceği ve her halükârda zararın tespiti ve zarar miktarının yargı mercilerinin yetkisinde olan bir konu olduğu dikkate alınmalıdır. [2] KVK Kurulu`nun çeşitli kararlarında, bu görüş ile uyumlu olacak şekilde, bir kişinin kişisel veri ihlalleri sebebiyle zarara uğraması ve bu zarar sebebiyle bir tazminat talebinde bulunması halinde, söz konusu talep ile ilgili genel mahkemelerde dava açabileceği belirtilmiştir. [3] KVKK`daki bu düzenlemenin, Avrupa Birliği mevzuatındaki karşılığı Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü`nün (GDPR) 82. maddesinde yer almaktadır. Madde 82 uyarınca, GDPR kapsamında bir ihlal sonucu maddi veya manevi zarar gören herhangi bir kişi, meydana gelen zarar için veri sorumlusu veya veri işleyicisinden tazminat alma hakkına sahiptir. GDPR kapsamında gerçekleşen veri ihlallerine yönelik tazminat taleplerinin dayanağını bu madde oluşturur.

Bu maddeye dayanarak ulusal mahkemelerde açılan çok sayıda dava olmakla ve ulusal mahkemeler nezdinde içtihatlar gelişmekle birlikte [4], Avrupa Adalet Divanı`nın (ABAD) bu hususta bir içtihadı bulunmamaktadır. [5] Ancak Avusturya Yüksek Mahkemesi`nin (Oberster Gerichtshof) ön karar prosedürü ile ABAD`a maddenin yorumlanması için yönelttiği sorular kapsamında, ABAD ilk defa "C-300/21 UI v. Österreichische Post AG" davasında bu maddenin yorumunu içeren bir karar verecektir. Ön karar prosedürü gereği, Divan`ın kararı öncesinde Hukuk Sözcüsü görüş bildirmektedir. ABAD Hukuk Sözcüsü Sanchez- Bordona, bu davaya ilişkin görüşünü 6 Ekim 2022 tarihinde açıklamıştır. [6] Hukuk Sözcüsü`nün görüşü, Divan için bağlayıcı olmayıp, temel işlevi karar ile ilgili müzakereleri yürütürken hâkimlere yardımcı olmaktadır. Ancak bu görüşlerin, uygulamada çoğunlukla Divanca takip edildiği görülmektedir. Bu nedenle, ilk kez verilecek bu karara ilişkin bildirilen bu görüş uluslararası düzeyde yankı bulmuş olup, akademisyenler ve uygulamacılar tarafından tartışılmıştır. İşbu yazı kapsamında öncelikle ulusal mahkemede görülen uyuşmazlık ve ön karar için yönetilen sorular ele alınacaktır. Üçüncü kısımda, Hukuk Sözcüsü`nün Divan`a yöneltilen sorular hakkındaki görüşü özetlenecek ve dördüncü kısımda bu görüşe ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

II. ULUSAL MAHKEMEDE GÖRÜLEN DAVADAKİ UYUŞMAZLIK VE ÖN KARAR İÇİN YÖNELTİLEN SORULAR

Ön karara yol açan anlaşmazlık, Österreichische Post AG (Avusturya Posta Servisi)`ye karşı kişisel verilerinin yasa dışı şekilde işlemesi sebebiyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacının iddiasına göre, davalı kurum tarafından rızası alınmaksızın kişisel verileri işlenmiş ve bir algoritma yardımıyla aşırı sağ bir partiye oy verme olasılığının yüksek olduğu tespit edilmiştir. Davacı, siyasi parti tercihine ilişkin bu hatalı profillemenin aşağılayıcı ve utanç verici olduğunu ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek, manevi zararları için 1.000 avro tutarında tazminat talep etmiştir. İlk derece mahkemesi ve ikinci derece mahkemesi, davacının duyduğu üzüntü ve rahatsızlık gibi duyguların tazminat hakkı doğurmak için gerekli eşiğin altında olduğunu göz önünde bulundurarak davacının tazminat talebini reddetmiştir. Bunun üzerine dava, Avusturya Yüksek Mahkemesi`nin (Oberster Gerichtshof) önüne gelmiş ve davacının taleplerinin dayandığı GDPR`ın 82. maddesinin yorumlanması için aşağıdaki üç soru, Yüksek Mahkeme tarafından ön karar başvurusu ile Avrupa Birliği Adalet Divanı`na yöneltilmiştir.

Bu sorular aşağıdaki gibidir:

1. 82. madde uyarınca tazminat ödenmesi için GDPR hükümlerinin ihlalinin yanı sıra, başvuranın zarar görmüş olması gerekir mi; yoksa GDPR hükümlerinin ihlali, tazminat ödenmesi için tek başına yeterli midir?

2. Tazminat hesaplanırken, etkinlik ve eşdeğerlik ilkelerinin yanı sıra AB hukukunun kapsamındaki diğer düzenlemelere de bakılmalı mıdır?

3. Veri ihlali, rahatsızlık ve üzüntü duygusunun ötesine geçen ağırlığa sahip bir sonuca neden olduğu takdirde manevi zararlar için tazminat ödeneceği görüşü AB hukuku ile uyumlu mudur?

İşbu yazı kapsamında, manevi tazminatın şartlarının sağlanıp sağlanmadığı ve tazminat tutarın ilişkin Divan`a üç ayrı soru yöneltilmekle birlikte, bu sorulardan, manevi tazminatın niteliğine ve şartlarına ilişkin olan 1 ve 3 numaralı sorulara ilişkin Hukuk Sözcüsü`nün yorumlarına yer verilecektir.

III. HUKUK SÖZCÜSÜ`NE YÖNELTİLEN SORULARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Hukuk Sözcüsü Sánchez- Bordona, ilk soru açısından, GDPR kapsamında zararlara ilişkin uygulamaların cezalandırıcı veya caydırıcı işlevi olmadığı tespitinde bulunmaktadır. Hukuk Sözcüsü`ne göre, bir ihlalin otomatik şekilde tazminata dayanak oluşturabileceği iki durum bulunmaktadır: ilki cezai tazminat, ikincisi çürütülemez zarar karinesidir. Ancak her iki durum da GDPR metninde düzenlemediği gibi, GDPR`ın hazırlık belgelerinde de yer almamaktadır. Hukuk Sözcüsü`nün görüşü, GDPR`da cezalandırıcı ve telafi edici hukuki mekanizmaların ayrıldığı kabulüne dayanmaktadır. İlkinin karşılığı denetleyici makamlar tarafından verilen para cezaları iken, ikincisinin karşılığı tazminat talepleridir. Tazminatın cezalandırıcı olması, telafi edici mekanizmaları lüzumsuz kılabileceği gibi, veri sahipleri idareye şikâyette bulunmak yerine yargıya başvurma yolunu tercih edeceğinden, denetleyici makamları kamu menfaatinin korunması için "daha uygun araçlardan" yoksun bırakabilecektir. Hukuk Sözcüsü, bu görüşü ile GDPR`ın iki amacı arasında bir denge kurmaya çalıştığını ileri sürmektedir: (i) kişisel verilerin işlenmesi bakımından gerçek kişilerin korunması ve (ii) korumanın kapsamının, kişisel verilerin Avrupa Birliği içindeki serbest dolaşımı kısıtlayıcı veya yasaklayıcı olmayacak şekilde yapılandırılmasının sağlanması. Hukuki sorumluluğun cezalandırıcı bir niteliğe sahip olması, veri işleme faaliyeti bakımından caydırıcı olabileceğinden, ikinci amacı "olumsuz yönde etkileyebileceği" görüşündedir. [7] Benzer şekilde, bir kişinin verileri üzerinde "mümkün olan en fazla derecede kontrol" kurmak için de benzeri söylenebilecektir. Amaç, mümkün olan en fazla derecede kontrole sahip olmak değil, "her kişinin kişisel verileri koruma hakkını üçüncü şahısların ve toplumun çıkarlarıyla uzlaştırmak"tır. [8] Hukuk Sözcüsü, GDPR`ın amacının, kişisel verilerin işlenmesini sınırlamak değil, aksine kişisel verilen işlenmesini sıkı koşullar bağlamak ve bu koşullar altında, meşrulaştırmak olduğu sonucuna varmıştır.[9] Bu nedenle, GDPR hükümlerinin ihlali, tazminatın ödenmesi için yeterli bir şart olmayacaktır.

Üçüncü soru açısından, manevi zarar ve rahatsızlık arasındaki ayrımın, doğrudan GDPR kapsamında belirlenemeyeceği görüşündedir. Hukuk Sözcüsü, Divan`ın ilgili içtihadından, tüm manevi zararların tazminatı gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır. Ancak "bir rahatsızlık (ki böyle bir durumda tazminata hak kazanılmayacaktır) ile sahici bir manevi zarar (ki böyle bir durumda tazminata hak kazanılacaktır) arasında ince bir çizgi vardır." [10] Bu iki kategori arasında ayrımı yapmak ve bu ayrımı somut bir uyuşmazlığa uygulamak kolay değildir. Bu nedenle, neyin "de minimis düzeyi"nde* olduğu, neyin bu düzeyi aştığı ulusal mahkemelerce değerlendirilmelidir.

IV. HUKUK SÖZCÜSÜ`NÜN GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk Sözcüsü`nün görüşü gerek akademik çevrelerde gerek ise uygulamacılar arasında tartışılmış ve birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bütün görüşler, Hukuk Sözcüsü`nün değerlendirmesinin, GDPR`ın 82. maddesinin dar yorumlanmasını getireceği konusunda hemfikirdir. Ancak bazı görüşler, bu durumu olumlu bulurken, diğer görüşler Hukuk Sözcüsü`nün değerlendirmesini eleştirerek, bunun 82. maddenin amacını karşılayamamasına neden olacağını ileri sürmektedir. İlk grupta yer alan bir görüş, Hukuk Sözcüsü`nün değerlendirmesini temel yorum yöntemlerini kullanarak yaptığını belirtmiş ve veri korumanın esas amacını ve dijital toplumun gerekliliklerini göz önüne aldığından isabetli bulmuştur. [11] Bu görüş, Divan`ın Hukuk Sözcüsü`nün görüşü doğrultusunda karar vermesinin, birden çok etkisi olacağını öngörmektedir.

Öncelikle, veri ihlali sebebiyle bulunulan taleplerde, zararın ortaya konulması ve kanıtlanması gerekecektir. Ayrıca, her somut olayda, söz konusu zararın tazminatı gerektirip gerektirmediğine bakılacak ve veri ihlalinde bir zarar oluşması da tek başına tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle, bu karar, zarara ilişkin kanıt sunulmaksızın verilen tazminat kararlarına ilişkin oluşan ulusal mahkeme içtihatlarına karşıt içtihatların oluşmasının önünü açacaktır.

Bir diğer görüş, Hukuk Sözcüsü`nün görüşünden çıkardığı dört farklı tespit üzerinde durmaktadır: (i.) Zarar doğmadı ise tazminata hak kazanılamaz, (ii.) GDPR`ın 82. maddesinin işlevi telafi edicidir, cezalandırıcı veya caydırıcı değildir, (iii.) Veri üzerinde hakimiyetin kaybedilmesi her durumda zarar teşkil etmez. (iv.) Üzüntü ve rahatsızlık duyguları tek başına manevi zarara dayanak olamaz. Bu tespitler sonucunda, uyuşmazlıklarda manevi tazminata hükmedilmesinin zorlaşacağı görüşündedir.

Tüm Avrupa Birliği ülkelerinde veri ihlali sebebiyle açılan tazminat davalarının çok yaygın olduğu, hatta toplu dava şeklinde açılan ve fon sağlayıcılar tarafından fonlanan davaların bulunduğu ve çoğu durumda bu davalarda taleplerin sadece rahatsızlık ve üzüntüye dayanılarak yapıldığı belirtilmektedir. Bu nedenle, Hukuk Sözcüsü`nün görüşünün olumlu etkileri olacağını öngörmektedir. [12]

Hukuk Sözcüsü`nün değerlendirmesi pek çok eleştiriye de konu olmuştur. Bunlardan ilki, Hukuk Sözcüsü`nün rahatsızlık ve sahici bir zarar arasında çizdiği ayrıma ilişkindir. Bu kapsamda bir görüş, GDPR`ın 82. maddesinde herhangi bir sınır tanımlanmamasına rağmen, Hukuk Sözcüsü tarafından "de minimis" sınırının uygulanmasının önerilmesini doğru bulmamaktadır. [13] Bir diğer görüş ise, rahatsızlık ve sahici zarar arasında belirli bir ayrıma gidilmesinin bekleneceğini, bu ayrımı yapmak yerine Divan tarafından belirsiz bırakılmasının, yargılamada ayrımın tespit edilmesini daha da güçleştireceğini ileri sürmektedir. [14]

İkincisi, bununla ilişkin olarak, yargılama esnasında zararın ispatının veri sahibinden beklenmesine ilişkindir. Kimliği çalınan birinin bu durumda zarara uğrayacağı muhakkaktır. Ancak bunun etkileri henüz yargılama sürerken ortaya çıkmayabileceğinden, kişinin rahatsızlığın ötesine geçen bir zararının olduğunu ispatlaması yargılama sırasında mümkün olmayabilecektir. Bu durumda, kişilere asgari tutarda olsa dahi bir tazminat ödenmemesi, GDPR`ın kişisel verilerin işlenmesi bakımından gerçek kişilerin korunmasına yönelik ilk amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu kapsamda, Hukuk Sözcüsü`nün görüşünün, GDPR`ın veri sahiplerini korumak ve verilerin serbest dolaşımını sağlamak amaçları arasında denge bulmak yerine, ikincisini ilkine tercih ettiği görüşündedirler.

Üstelik kişisel verisi hukuka aykırı şekilde işlendiğinde manevi zarara uğrayan gerçek kişilerin, bir dava açacaklar ise, bu davayı çoğu zaman ulusaşırı, büyük firmalara yöneltmeleri gerektiği ve bunu yapmanın maliyetleri düşünüldüğünde, 82. maddenin kişiler için bir koruma sağlamayacağından işlevsiz hale geleceğini belirtmektedirler. [15] Üçüncüsü, Hukuk Sözcü`nün görüşünün aksine, 82. madde kapsamında tanımlanan hukuki rejiminin denetleyici makamlarının faaliyet alanı ile çatışmadığını, aksine birbirini tamamlayıcı olduğu ileri sürülmektedir. [16] Bu noktada dile getirilen eleştiri, kamuoyundan (bilhassa iş dünyasından) gelen tepki ve/veya talepler sonucunda uygulamada GDPR`ı yumuşatmaya yönelik genel bir eğilim olduğu ve Hukuk Sözcüsü`nün de bu eğilimi takip ettiğidir. [17]

Dördüncüsü, Divan tarafından zarar hakkında net ve açık bir kavramsallaştırmaya gidilmediği takdirde, tek bir uygulama yerine ulusal mahkemeler tarafından takip edilen pek çok farklı uygulamanın ortaya çıkacağına ilişkindir. Bu nedenle, zararın niteliğinin tespiti hususun ulusal mahkemelere bırakılması halinde "forum shopping"** riskinin ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir. [18] Özetle, Hukuk Sözcüsü`nün görüşü tartışmaya yol açan ve alkışları topladığı kadar eleştirilen de değerlendirmeler içermektedir. Bu zıt görüşler, GDPR`ın nasıl uygulanması ve GDPR`da hangi amaçların öncelikli olması gerektiğine ilişkin daha kapsamlı tartışmaların yankılarını taşımaktadır. Divan`ın kararının bu genel tartışmalara ilişkin bir duruş içermesi beklendiği gibi, aynı zamanda Hukuk Sözcüsü`ne yöneltilen eleştiriler dikkate alındığında, 3`üncü soruya ilişkin detaylı bir değerlendirme içermesi de yerinde olacaktır.

*De minimis, özellikle Angola- Amerikan hukukunda sıklıkla kullanılan ve önemsiz zararların tazmin edilmemesini veya dava edilememesini sağlayan bir kurumdur. Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde birebir karşılığı bulunmasa da karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla yaklaşıldığında aynı işlevi gören kuralların izlerini tespit etmek mümkündür. Özellikle haksız fiillere ilişkin bazı düzenlemelerde, önemli ve önemsiz zararlar ayrımı yaptığı görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Merhacı & Erkan 2018 [19]

** Forum shopping, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıklarda, davacının kendisi için fayda sağlayacağını düşündüğü devlet mahkemesinde ikame etmek amacıyla seçimde bulunması, Milletlerarası Usul Hukuku'nda "forum shopping" olarak ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Giray 2020 [20]

Detaylı Bilgi için;
Av. Erse Kahraman
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Saygı, S. (2020) "6698 Sayılı Kanun`un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları." Kişisel Verileri Koruma Dergisi 2 (2), s. 35-37.

2. Küzeci, E. (2019) Kişisel Verilerin Korunması. Ankara: Turhan Kitabevi akt. Saygı 2020

3. Örnek kararlar için: https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6714/2020-41, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6715/2020-43 (Erişim Tarihi: 11.11.2022)

4. Hannsen, H. (2020) "Germany: New Case-Law On Immaterial Damages For GDPR Infringements" Hogan Lovells` Legal Insights and Analysis. Alındığı URL: https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/germany-new-case-law-on-immaterial-damages-for-gdpr-infringements?nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQ71hKXzqW2Ec%3D&key=BcJlhLtdCv6%2FJTDZxvL23TQa3JHL2AIGr93BnQjo2SkGJpG9xDX7S2thDpAQsCconWHAwe6cJTm%2FgTlZF%2BVVmd3OjGmtaEjr&uid=iZAX%2FROFT6Q%3D (Erişim Tarihi: 11.11.2022)

5. Mekat, M., Werkmeister, Barton, R., Ligocki, D. ve Clause, C. (2022) "Data Privacy Litigation: Claiming Non- Material Damages Likely to Become More Difficult" Lexology. Alındığı URL: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=22d5e367-129a-45cc-840c-99a9ed4e0caa (Erişim Tarihi: 12.11.2022)

6. Hukuk Sözcüsü`nün görüşünün tamamına şu linkten erişebilirsiniz: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=79F0B703F7CD84C2DE01BF340FD03C29?text=&docid=266842&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=244110

7. Hukuk Sözcüsü`nün görüşünde paragraf 53-55

8. Hukuk Sözcüsü`nün görüşünde paragraf 68-77

9. Hukuk Sözcüsü`nün görüşünde paragraf 80- 82

10. Hukuk Sözcüsü`nün görüşünde paragraf 116

11. Spittka, J. and Emmerich, F. (2022) "GDPR Enforcement: Advocate General Tends Towards Restrictive Interpretation of Non-Material Damages." Clyde& Co`s Insights. Alındığı URL: https://www.clydeco.com/en/insights/2022/10/first-advocate-general-opinion-on-gdpr-damages-ava (Erişim Tarihi: 15.11.2022)

12. Mekat, M. et al. 2022

13. Schrems, M. (2022) "Legal Analysis: No non-material damages for GDPR violations (C-300/21)?" NOYB. Alındığı URL: https://noyb.eu/en/analysis-no-non-material-damages-gdpr (Erişim Tarihi: 15.11.2022)

14. Bekisz, H. ve Dworniczak, D. (2022) "Towards a data-subject-friendly interpretation of Article 82 GDPR: Comments on the Opinion of AG Sánchez-Bordona in Case C-300/21 Ul v Österreichische Post" VerfBlog. Alındığı URL: https://verfassungsblog.de/data-subject-friendly/ (Erişim tarihi: 11.11.2022)

15. Bekisz and Dworniczak 2022

16. Bekisz and Dworniczak 2022

17. Schrems 2022

18. Bekisz and Dworniczak 2022

19. Özden Merhacı, S. ve Erkan, V.U. (2018) "Anglo- Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukına- Özel Hukukta De Minimis Kuralı." İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2), s. 49-70.

20. Giray, F.K. (2020) "Forum Shopping-Forum Non Conveniens Kavramları ile Anti Suit Injunction Kararlarının Türk Milletlerarası Usul Hukukundaki Görünümleri" Adalete Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı. Sümer Kitabevi: İstanbul, s. 869- 890.

BAM DAVA AÇARKEN HARCIN YATIRILMAMASI DURUMUNDA MAHKEMENİN ESASA GİRMEDEN ÖNCE DAVACIYA HARÇ İKMALİ İÇİN KESİN SÜRE VERMESİ GEREKTİĞİNE KARAR VERMİŞTİR

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 40. Hukuk Dairesi 2022/1556E., 2022/1680K. sayılı kararıyla;

''Dava, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun 277 ve devamı maddeleri ile muvazaa hukuki olgusuna dayanılarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle kendiliğinden incelenmesi gereken yargı harçları bakımından: 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun Varlık Yönetim Şirketi Başlıklı 143. Maddesinin 5. Fıkrasına göre;

'Varlık Yönetim Şirketlerinin yaptıkları işlemler ve bununla ilgili olarak düzenlenen kâğıtlar, kuruluş işlemleri de dahil olmak üzere kuruldukları takvim yılı ve bunu izleyen beş yıl süresince 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre ödenecek damga vergisinden, 492 Sayılı Harçlar Kanunu'na göre ödenecek harçlardan, her ne nam altında olursa olsun tahsil edilecek tutarlar 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu gereği ödenecek banka ve sigorta muameleleri vergisinden, kaynak kullanımını destekleme fonuna yapılacak kesintilerden ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 39uncu maddesi hükmünden istisnadır.'

Madde metninden anlaşılacağı gibi, kanun: varlık yönetim şirketlerinin kendi yaptıkları işlemler ve kendi düzenledikleri kağıtlar ve kuruluş işlemleri yönünden, kuruldukları takvim yılı ve bunu izleyen beş yıl için bazı istisnalar getirmiştir. 492 Sayılı Harçlar Kanunu, çeşitli iş ve işlemlerden harç alınmasını ön görmekte olup bu madde ile getirilen istisna, yargı harçlarını kapsamamaktadır. (Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2017/12-342 (E) - 2020/1030 (K), 2008/12-715 (E) - 2008/717 (K) sayılı kararları ile Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin 2020/7057 (E) 2020/5720 (K), Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesinin 2018/2085 (E) – 2020/1165 (K), Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesinin 2016/13137 (E)- 2016/16960 (K) sayılı kararları)

Somut olayda davacı şirketin eldeki davayı başvuru ve peşin karar ve ilam harcını yatırmaksızın açtığı görülmektedir. HMK'nin 120/1'inci maddesi uyarınca davacı yargılama harçlarını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.

Harçlar Kanununun 32'nci maddesi uyarınca yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Harçlar ile ilgili düzenlemeler emredici nitelikte ve kamu düzeni ile ilgili olarak yapılmış olduğundan görevi gereği mahkemelerce kendiliğinden gözetilir.

Somut olayda davacı harçtan muaf olmadığı halde başvurma ve nispi karar/ilam harcı alınmaksızın yargılamaya devam edilmesi usul ve kanuna uygun değildir. Hal böyle olunca 492 Sayılı Harçlar Kanununun 30'uncu ve 32'nci maddeleri uyarınca harç yatırılmadan müteakip işlemler yapılamayacağından eksik harcın (iptali talep edilen tasarruf ile takip konusu alacak tutarından hangisi daha az ise bunun üzerinden peşin harcın) tamamlanması için davacıya verilecek kesin süreden sonra süresinde harç ikmali yapılmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi; bu sürede harç tamamlanırsa yargılamaya devam edilerek işin esasına girilmesi gerekirken, bu prosedür izlenmeden, işin esasına girilerek hüküm kurulması yerinde değildir.''

ifadelerini kullanarak dava açılma sürecince yatırılmamış harç olması durumunda yerel mahkemenin esasa girmeden önce davacıya harç ikmali için kesin süre verilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

Kaynak: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 40. Hukuk Dairesi 2022/1556E., 2022/1680K. sayılı kararı

'CİNSEL SUÇLAR'A ÖZEL SAVCI GENELGESİ

Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'ın imzaladığı sonucunda yayın genelgeyle her adliyede cinsel suçlarla ilgili savcı görevlendirilmesine karar verildi. Buna göre özel savcı zorunluluk yaratan bir durum olmadıkça dosyayı devretmeyecek. Bu yöntem ile cinsel suç dosyalarında uzmanlaşma sağlanılmaya çalışılacak.

Genelgenin amacı özetle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suç soruşturmalarının daha özenli yürütülmesi ve soruşturmanın gizliliğine riayet edilmesidir.

İkinci kez örselemenin önüne geçebilmek amacıyla mağdur çocuk beyanı Çocuk İzlem Merkezleri'nde (ÇİM) şüpheli ile yüz yüze getirilmeden uzman aracılığıyla alınacak. Mağdurun failleri ile yüz yüze getirilmeden, ifade ve beyan işlemleri alınacak. Zorunluluk bulunmadıkça mağdur yalnızca bir kez dinlenecek.

Mağdurun sözü kesilmeyecek. Kullandığı kelimeler hukuksal veya tıbbi karşılığına dönüştürülmeden zapta geçirilecek. Mağdurun birden fazla adli muayeneye tabi tutulmasına ihtiyaç duyulmayacak şekilde işlemler yerine getirilecek. Bunlara ek olarak birden fazla muayeneye de son verilecek.

Kaynak: https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/170-1-nolu-genelge-8059639418-02-11-20221-48-pm.pdf

CORONA VİRÜSU PANDEMİSİ SÜRECİNDE ÖZEL OKULLARA ÖDENEN ÜCRETİN İADESİ

1. GİRİŞ

Herkesin malumu olduğu üzere tüm dünyayı etkisi altına alan Corona Virüsü pandemisi tüm sektörleri etkilediği gibi hizmet sektörünü de derinden etkiledi. Özellikle eğitim kurumları çalışma şartları ve çalışma metotları açısından tam bir yenilik sergilemek durumunda kaldı ve bu yeni düzene ayak uydurabilmek için birçok farklı yöntem denediler.

Hükümetler de pandemi şartlarına uygun düzenlemeler getirerek eğitimin sekteye uğramaması ve eğitimi iki tarafı olan okullar ile öğrencilerin ayrı ayrı mağdur olmamaları için önlemler almaya çabaladılar.

Eğitim kurumları tarafından özellikle çevrimiçi eğitim metodu örgün eğitime bir alternatif olarak görülerek tüm dünyada yaygınlaştı ve eğitim öğretime yeni bir düzen olarak önümüze getirildi. Pek tabi bu geçiş süreci birçok sorunlara neden olduğu gibi bu sorunlar da birçok hukuki uyuşmazlığı doğurdu.

Günümüzde her ne kadar küresel Corona Virüsü pandemisi etkisini yitirmiş olsa da bu dönemden kalan uyuşmazlıklar halen devam etmekte.

Biz de bu makalemiz ile özellikle pandemi dönemi çocukları uzaktan eğitim görmüş olan velilerin o döneme ilişkin ödemiş oldukları ücretlerin iadesinin mümkün olup olmadığı konusunu açıklamaya çalışacağız.

Bu makalede öncelikle özel okullarda eğitim öğretim ücretinin iadesine yönelik hükümlerin bulunduğu özel mevzuatlar ardından genel borçlar hukuku mevzuatı incelenecek ve devamında ise Corona Virüsü pandemisinin ücretin iadesine bir sebep olup olamayacağı değerlendirilecek. Keyifli okumalar dilerim.

2. SÖZLEŞMELERİN NİTELİĞİ

Özel okullar, etüt ve kurs merkezleri ve vakıf üniversiteleri ile öğrenciler veya velilerinin akdettikleri sözleşmelerin türü eğitim sözleşmeleridir. Eğitim sözleşmeleri karşılıklı borç yükleyen ve sürekli bir sözleşme türüdür. Bir tarafın asli edim yükümlülüğü eğitim ve öğretim hizmeti sunmak iken diğer tarafın asli edim yükümlülüğü eğitim ücretinin ödenmesidir.

Bu sözleşmelerin hukuki niteliğini inceler isek tüketici sözleşmeleri vasfına haiz oldukları görülecektir. Tüketici, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Buna göre sözleşmenin tarafı olan veli ve öğrenciler tüketici olacaktır.

Bu sözleşmelere göre eğitim kurumları kaliteli, profesyonel, bilimsel ve bireyin gelişimine faydalı eğitimler vermeyi taahhüt ederken karşı taraf olan tüketici ise bir maddi mal varlığı ödemeyi kabul etmektedir.

3. YASAL MEVZUATLAR AÇISINDAN ÜCRET İADESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Millî Eğitim Bakanlığı Özel Okullar Yönetmeliğinin "Ücretlerin İadesi" başlıklı 56. Maddesi veliler tarafından ödenmiş olan ücretin iadesini konu almaktadır.

Yönetmeliğin 56. Maddesinde ücretlerin iade edilebilmesi için;

- Okullarda, öğrencinin başka bir okula nakli.

- Sağlık Raporu alarak öğrenci ve kursiyerin sağlık sebebiyle kurumdan ayrılması,

- Kurumun kapanması,

- Dönemin açılamaması,

- Kurumun eğitim ve öğretim ortamının olumsuz yönde değiştiğinin il eğitim denetmenleri tarafından tespit edilmesi,

- Kursiyer veya öğrenci velisinin, öğrenci veya kursiyeri kurumda okutamayacak duruma düştüğünün resmî kurumlarca belgelendirilmesi halleri sayılmıştır.

Görüldüğü üzere 'mücbir sebep' yönetmelikte bir ücret iadesi nedeni olarak sayılmamıştır. [1] Dolayısı ile mücbir sebep, ifanın güçleşmesi ve ifa imkansızlığı durumlarında uygulanacak hükümler Türk Borçlar Kanunu hükümleri ve taraflar arasındaki sözleşmede geçen madde hükümleridir.

Yönetmelikte sayılan durumların yaşanması halinde eğitim ve öğretim faaliyetini üstlenen kurumca veli tarafından ödenmiş ücretin bir bölümünün iadesi yapılabilecektir.

Ücret iadeleri ayrılış tarihinden itibaren en geç bir ay içerisinde yapılması gerekecek söz konusu ücret iadesini yapmayan kurumlara ise 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun m.7/1-d gereği beş asgari ücret ceza kesilecektir.

4. MÜCBİR SEBEP, İFA İMKÂNSIZLIĞI VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ DEĞERLENDİRMESİ

Koronavirüsün mücbir sebep oluşturup oluşturmadığı hususu önem arz etmektedir. Mevzuatta mücbir sebep tanımı yapılmamış olmasından mütevellit doktrin ve Yargıtay Kararları ile bu boşluğun giderilmeye çalışılmıştır.

Buna göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/90 E., 2018/1259 K. 27.6.2018 tarihli kararında;

“Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır.”

ifadelerini kullanarak mücbir sebep ifadesini somutlaştırmıştır.

Bu durum her somut vakıa bakımından ayrıca değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Pandemi sürecinin sonunda veliler ile öğretim kurumları arasında küresel salgının bir mücbir sebep olup olmadığına ilişkin birçok uyuşmazlık ortaya çıkmış ve tüketici hakem heyetleri bu konuda çeşitli kararlar vermiştir.

Örneğin Küçükçekmece İlçe Tüketici Hakem Heyeti 057820220001325 karar numaralı 28.03.2022 tarihli Karar tutanağında da açıkça belirtildiği üzere

"Koronavirüs pandemisinin 2019-2020 yılı için mücbir sebep olduğu değerlendirilse de küresel pandeminin 2020-2021 eğitim öğretim yılı için mücbir sebep teşkil etmeyeceği kanaatine varılmıştır. Eğitim öğretim yılının başında sözleşmeyi feshetme imkanına sahip olan tüketicinin tarafların edimini ifa ettikten ve eğitim öğretim yılı sonra erdikten sonra bedel iadesi talebinde bulunmasının TMK 'nın md2 maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı dikkate alınarak talebin reddine karar verilmiştir." ifadeleri kullanılarak pandemi sürecinin bir mücbir sebep hali sayılamayacağı dolayısı ile tüketicilerin bedel iadesine ilişkin taleplerinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. [2]

Öte yandan salgın nedeniyle akdedilen sözleşme gereğinin yani eğitim ve öğretim faaliyetinin yerine getirilmesi mümkün olmadığı görüşü benimsenir ise, ifa imkansızlığı durumu meydana gelerek ve TBK 136. Maddesinin uygulanması gerekecektir.

İfa İmkânsızlığı MADDE 136: *“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yüklетilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”*

Pandeminin ifayı imkânsız kılmadığı görüşünde ise mücbir sebepten söz edilemeyecekse de aşırı ifa güçlüğü ihtimali doğabilecektir.

“Aşırı ifa güçlüğü MADDE 138

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.”

Bu konudaki Yargıtay kararlarında da uzaktan eğitimin edimin ifasında kısmen veya tamamen imkânsızlık veya aşırı ifa güçlüğü şeklinde değerlendirilemeyeceği ifade olunmaktadır. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2022/3043E., 2022/5665K. ve 09.6.2022 tarihli kararında;

“Mücbir sebebin varlığından söz edilebilmesi için borcun ifasının imkânsız hale gelmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 136 ve 137 ci maddelerinde düzenlenen ifa imkansızlığı hükümleri bu durumda uygulama alanı bulacaktır. İfa imkansızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

Eğer ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık, yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkânsızlık denir. İfa imkansızlığı sözleşme yapılmadan önce var ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise sözleşme geçersizdir.

Bununla birlikte, borcun ifasının güçleşmesi halinde, mücbir sebebe dayanarak borç sona ermemektedir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu’nun aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen 138. maddesi hükmü uyarınca sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebilecektir.

…

Eğitim hizmetinin şekil ve kapsamının kamu otoritesi tarafından belirlendiği, davacı tarafından pandemi nedeniyle yüz yüze eğitime verilen arada dava dışı çocuğa Millî Eğitim Bakanlığının almış olduğu karar gereğince belirlenen şartlarda eğitimin uzaktan verildiği sabit olup, eğitim hizmetine ilişkin borcun yerine getirilmesinde kısmen veya tamamen imkansızlık yahut aşırı ifa güçlüğü söz konusu değildir.

Bu durumda, ara verilen döneme ilişkin servis, yemek, barınma ücreti gibi diğer yan ücretlerin davaya konu edilmediği ve uzaktan eğitimin ayıplı hizmet anlamında eksik veya kusurlu ifa edildiği husunda da bir iddia bulunmadığına göre, davacının eğitim hizmetine ilişkin sözleşmeden doğan edimini uzaktan eğitim vermek suretiyle yerine getirdiği anlaşılmaktadır.’’

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararında da görüleceği üzere Yargıtay da bu makalemiz ile paralel bir görüşte olarak uzaktan eğitim verilmesinin ifada bir imkânsızlık veyahut aşırı ifa güçlüğü teşkil etmeyeceğini bu eğitim modelinin Millî Eğitim Bakanlığının almış olduğu karar gereğince yerine getirildiğini belirtmiştir. [3]

Burada yapılması gereken değerlendirme pandemiden ötürü eğitim ve öğretim faaliyetinin uzaktan sürdürülmesinin mümkün olup olmayacağı noktasında olmalıdır. Uzaktan eğitim mümkün değil ise eğitim ve öğretim faaliyetini sürdürmekle yükümlü kurumun ücreti iadesi gündeme gelecektir.

Örneğin Okul öncesi eğitim belli zaman dilimlerinde verilebilen, çocuğun fiziksel ve mental gelişimi için grup faaliyetleri ve kurum için bireysel uygulamalar gerektiren bir eğitim olmasından dolayı okul öncesi eğitimi konu alan sözleşmeler için edimin ifasının imkânsız hale geldiğinden bahsedilebilecektir. Bu sebeple TBK madde 136 uyarınca tam ifa imkansızlığının sonucu doğacak imkânsızlık sebebiyle eğitim ve öğretim faaliyetini sunma edimini üstlenen okul veliden almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olacaktır.

İfa imkansızlığı bazen kısmi olabilecektir. Örneğin eğitim ve öğretim ediminin yanında bulunan yemek ve servis hizmeti verme, kırtasiye malzemesi temin etme, spor salonundan ve benzeri imkanlardan yararlanma gibi borçların ifası uzaktan öğretim sisteminde mümkün olmayacaktır. TBK madde 137 kapsamında değerlendirildiğinde ise borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaştığından, borçlu yalnızca imkansızlaşan kısmın ifasından kurtulacaktır. Bu durumda her ne kadar eğitim ve öğretim uzaktan çevrimiçi şekilde ilerletiliyor olsa da yan yükümlülüklerin ifasının imkansızlaşması sebebiyle veliler bu gibi hizmetlerin bedelini uzaktan öğretime geçildiği andan itibaren ifa etmeme hakkına sahip olmakla birlikte ifa etmiş bulundukları ihtimalde ise iadelerini isteyebileceklerdir.

5. UZAKTAN EĞİTİMİN VERİLMESİ HALİNDE ÜCRET İADESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilindiği gibi pandeminin tüm hayatı etkilemesi neticesinde Milli Eğitim Bakanı'nın 30.04.2020 tarihli ve 6703986 sayılı Makam Oluru ile Koronavirüs (Covid-19) salgını nedeniyle alınan tedbirler doğrultusunda, 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyette bulunan özel anaokulları, ilkokullar, ortaokullar, ortaöğretim okulları ve tüm özel öğretim kurumları, 16 Mart 2020 Pazartesi gününden 30 Nisan Perşembe gününe kadar tatil edilmiş bu kurumların tatil süreleri 31 Mayıs 2020'ye kadar uzatılmıştır.

MEB Özel Eğitim Kurumları Genel Müdürlüğünün 08.05.2020 tarihli ve 6847742 sayılı yazısında 16 Mart 2020 ile 31 Mayıs 2020 tarihleri arasında eğitime ara verildiği ve verilen bu ara süresince okullarda uzaktan eğitim uygulanacağı, uzaktan eğitim faaliyetlerinin telafi eğitiminin bir türü ve parçası olduğu, içeriğinin rastgele belirlenen bir içerik olmadığı bu dönemde normal okul müfredatının birebir takip edileceği ve bu süreçte öğrencilere yüz yüze eğitime denk bir eğitim verilmiş olacağı belirtilmiştir.

Uzaktan eğitimde eğitime ara verilmeyip eğitimin metodunun değiştirildiği, çoğu özel okulda eğitimin uzaktan olmasından dolayı verimin artması için eğitim süresinin örgün eğitimden daha uzun süreli olduğu, derslerin kaydedilmesinden dolayı öğrencilerin dersleri tekrar edebildikleri ve MEB tarafından uzaktan eğitimin yüz yüze eğitimle denk sayıldığı göz önüne alındığında uzaktan eğitimin bir kusurlu veya eksik ifa sayılamayacağı pek açıktır.

Ek olarak makalemizin 4. Başlığı altında yer alan yargıtay kararına da uzaktan eğitimin bir aşırı ifa güçlüğü yahut ifa imkansızlığı yaratmadığı yönünden katılmakta olduğumuzu vurgulayarak burada asıl dikkat edilmesi gerekenin eğitimin uzaktan mı örgün mü olduğundan ziyade verilen eğitimin MEB standartlarına uygun kalitede ve yeterlilikte olup olmadığının değerlendirilmesi olduğunu düşünmekteyiz.

Eğitim ve öğretim faaliyetinin ifasını üstlenmiş kurum tarafından verilen uzaktan eğitim eğer örgün eğitimi aratmıyor ve öğrenciye gerekli bilgi ve görgüyü aşılayabiliyorsa bu durumda kurumda yapılan edimin ifasında salt uzaktan olmasından dolayı bir kusur veya eksik olamayacaktır. Yüz yüze verilen eğitim ve öğretim faaliyetlerine ara verildiği durumlarda eğitimin uzaktan yapılabileceğine ilişkin düzenlemelerin MEB yasal düzenlemelerinde de yer aldığı göz önüne alındığında uzaktan eğitimin salt uzaktan olması sebebiyle kusurlu ve eksik ifa olduğuna ilişkin görüşün tarafımızca savunulması pek mümkün görünmemektedir.

6. SONUÇ

Koronavirüsün küresel bir salgın olmasından dolayı mücbir sebep olarak kabul edildiği ihtimalde dahi sözleşmelerin geçersiz olduğunu veya sözleşmelerde yer alan edimlerin imkânsız hale geldiğini, tarafların edimlerini ifadan kurtulduğunu söylemek yanlış olacaktır. Eğitim ve öğretim faaliyetini bünyesinde sürdürme edimini üstlenen taraf olan Özel eğitim kurumları uzaktan eğitim yolu ile MEB standartlarına uygun kalitede ve örgün eğitimi karşılayacak şekilde bir eğitim programı düzenleyip uygulamışlar ise bu durumda eksik ve kusurlu ifadan bahsedilemeyecek ve ücretin iadesi istenemeyecektir. Tabi ki burada kastedilen uzaktan eğitimin uygulanabileceği yaş gruplarına ait çocukların bulunduğu sınıflardır. Yukarıda da açıklandığı üzere okul öncesi eğitimin verildiği yaş gruplarında uzaktan eğitim mümkün olamayacağı ve bu ihtimalde özel eğitim kurumu kendi edimini asgari kalitede dahi ifa edemeyeceği için kurumun veliden alınan ücreti iade etmesi gerekmektedir.

Bunlara ek olarak eğitim ve öğretimin uzaktan olmasından ötürü bir takım yan hizmetleri alamayan veli bunlara ilişkin ödemelerin ise iadesini pek tabi talep edebilecektir. Örneğin yemek, kahvaltı, yatakhane, kitap-kırtasiye, kıyafet, servis gibi yan hizmetler uzaktan eğitimde mümkün olamayacağı için bu hizmetlere ilişkin yapılan ödemelerin veliye iade edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak küresel koronavirüs pandemisi her sektörü etkilediği gibi eğitim sektörünü de çok derinden etkilemiştir. Bu sebeple veliler ile kurumlar arasında hizmetin kalitesine, devamlılığına, bedeline ilişkin birçok sorun çıkmış veya çıkmaktadır. Makalemizde de izah edildiği üzere verilen uzaktan eğitimin kalitesine ve şartlarına göre edimin kurumca ifa edilip edilmediği öncelikli olarak belirlenmeli sonrasında ise sonuca göre bedel iadesi işleminin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Alperen Çelik
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Millî Eğitim Bakanlığı Özel Okullar Yönetmeliği

2. Küçükçekmece İlçe Tüketici Hakem Heyeti 057820220001325 karar numaralı 28.03.2022 tarihli Karar

İPOTEK ALACAKLISININ ADRESİNİN MEÇHUL OLMASI VEYA İPOTEĞİ ÇÖZMEKTEN KAÇINMASI HALİNDE İİK M.153 UYARINCA İPOTEĞİN TERKİNİ USULÜ

I. İPOTEK KAVRAMI

İpotek, var olan veya henüz doğmamış olmakla birlikte doğması kesin ya da muhtemel olan herhangi bir alacak için taşınmazın tapu kütüğüne işlenmesi yolu ile alacaklıyı güvence altına alan bir hukuki işlemdir.

Başka bir tanımı ise, bir alacağın güvence altına alınması amacı ile taşınmazın bedelinden alacağın tahsiline olanak sağlayan hakka ipotek denir.

İpoteğin sona ermesi farklı nedenler ile mümkün olabilir. İpoteğin sona erme halleri; ipotek tescilinin terkini, taşınmazın yok olması ve kamulaştırmadır. Ancak uygulamada bu nedenlerden farklı sebeplerle ile de ipoteğin sonlandırıldığı görülmektedir.

Bunlardan farklı olarak, İcra İflas Kanunu'nun 153. Maddesine göre borçlu ya da malik ipoteğe konu olan borcu icra dairesine ifa etmek sureti ile ipoteğin kaldırılmasını sağlayabilir.

II. İCRA VE İFLAS KANUNU 153. MADDESİ UYGULAMASI

İİK m. 153'e göre ipoteğin terkini sebeplerini; alacaklının gaip ve yerleşim yerinin meçhul olması (alacaklıya ulaşılamaması) ve alacaklının borcu almaktan ve ipoteği çözmekten kaçınması (alacaklının temerrüdü) olmak üzere iki başlık altında değerlendirmek mümkündür.

Makalemizde alacaklının gaip ve yerleşim yerinin meçhul olması halinde tebligatın nasıl yapılacağı ve ipoteğin tapu sicilinden nasıl terkin edileceği ele alınmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 153. maddesine göre, ipotekle teminat altına alınan alacaklarda, alacaklının gaip olması veya yerleşim yerinin meçhul olması veya borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina etmesi hallerinde, borçlu İİK'da öngörülen belirli şekli şartları yerine getirmek suretiyle ipoteğin tapu sicilinden terkin edilmesini talep edebilir. İİK 153'ün madde metni şu şekildedir:

"İpotekle temin edilmiş ve vadesi gelmiş bir alacağın borçlusu icra dairesine müracaatla alacaklısının gaip ve yerleşim yerinin meçhul bulunduğunu veya borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina ettiğini beyan ederse icra dairesi on beş gün içinde daireye gelerek parayı almasını ve ipoteği çözmesini alacaklıya usulüne göre tebliğ eder.

Alacaklı bu müddet içinde gelmediği veya gelipte kanunen makbul bir sebep beyan etmeksizin parayı almaktan ve ipoteği çözmekten imtina eylediği takdirde borçlu borcunu icra dairesine tamamiyle yatırırsa icra mahkemesi verilen paranın alacaklı namına hıfzına ve ipotek kaydının terkinine karar verir. Bu karar tapu dairesine tebliğ edilerek ipotekli taşınmazın sicilline geçirilir.

Vadesi gelmeyen borcun ipotek senedi mucibince işlemiş ve işleyecek bütün faizleri ile birlikte tediyesini deruhde eden borçlu hakkında da yukarıki hüküm cereyan eder."

Tapu kayıtlarının ancak mahkeme kararı ile değiştirebilmesi esasına nazaran ipotekli gayrimenkullerde alacaklının ortada bulunmaması veya borçlunun teklifi ile alacağını alarak ipoteği çözmekten imtina etmesi halinde borçlunun müracaatı üzerine icra dairesi alacaklıya şahsen veya ikametgâhı meçhul ise ilânen tebligat yaparak daireye gelip alacağını almaya davet olunur.

Bunun üzerine alacaklı tebliğden itibaren 15 gün içinde gelmez veya gelip de imtinaı hakkında makbul bir sebep beyan etmezse borçlu tarafından borcun icra veznesine yatırılmasına ve ipotek kaydının terkinine tetkik merciince karar verilir ve bu karar tapu dairesine bildirilir.

1. Alacaklının Gaip ve Yerleşim Yerinin Meçhul Olması

İİK madde 153'e göre ipoteğin terkin ettirilebilmesi için öngörülen sebeplerden biri alacaklının gaip ve yerleşim yerinin meçhul olmasıdır.

Alacaklının gaip ve yerleşim yerinin meçhul olması şartı, maddi hukukta içerdiği anlamdan farklıdır.

Buna göre gaiplik ve yerleşim yerinin meçhul olması şartının mevcut olması için TMK'da düzenlenen dar ve teknik anlamda gaipliğin veya yerleşim yerinin bulunmaması şartının gerçekleşmesi aranmamalıdır.

Gaiplik TMK'da şu şekilde ifade edilmiştir:

"Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. ..." (TMK m. 32, I).

İİK m. 153'de gerçek anlamda gaiplikten söz edilmekte olsaydı, mirasçılarına tebligat yapılması gerekirdi. Oysaki İİK madde 153 alacaklıya tebligat yapılmasından bahsetmektedir.

En önemlisi ise ipoteğin terkinine karar verecek olan icra mahkemesinin inceleme yetkisi sınırlı olup, alacaklının gaipliği hakkında inceleme yapması ve gaiplik kararı vermesi mümkün değildir.

Alacaklının yerleşim yerinin meçhul olması şartı bakımından da "yerleşim yeri" kavramı TMK'da düzenlenen dar ve teknik anlamından farklıdır.

Gerçek ve tüzel kişilerin yerleşim yerlerinin bilinmesi birçok durumda önemli olmasının yanı sıra tebligat yapılabilmesi bakımından ayrıca önemlidir.

İcra ve İfas Kanunu m. 153 bakımından yerleşim yerinin meçhul olması demek kişinin adresinin meçhul olması anlamına gelmektedir.

Zira yerleşim yerinin meçhul olup olmaması alacaklıya hangi şekilde tebligat yapılacağının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Eğer alacaklının adresi meçhul ise Tebligat Kanunu'nun 28 ila 31'inci ve Tebligat Kanunu Hakkında Yönetmelik'in (TKHY) 48 ila 52'nci maddelerine göre ilanen tebligat yapılmalıdır.

Alacaklının adresinin meçhul olup olmadığı ise Tebligat Kanunu ve TKHY hükümlerine göre belirlenir.

Tebligat Kanunu'nun 8 ila 27'nci maddelerine göre *"kendisine tebligat yapılamayan ve ikametgâhı, meskeni veya işyeri bulunmayan kişilerin adresi meçhul sayılır (Teb. K m. 28, II)."*

Tebligat Kanunu Hakkında Yönetmelik'e göre ise

"Bu Yönetmelik hükümleri uyarınca kendisine tebligat yapılamayan, tebliğ memuru tarafından adresi tespit edilemeyen, adres kayıt sisteminde de yerleşim yeri adresi bulunmayan kişinin adresinin tespiti için tebligatı çıkaran merci tarafından adres araştırması yapılır.

Tebligatı çıkaran merci, muhatabın adresini öncelikle resmî veya özel kurum ve dairelerden, bunlardan sonuç alınamadığı takdirde kolluk vasıtasıyla araştırabilir ve tespit ettirebilir. Yapılan araştırmalara rağmen muhatabın adresinin tespit edilememesi halinde adres meçhul sayılır." (TKHY m. 48, I-II).

"Adresi meçhul sayılan kişilere ilanen tebligat yapılır." (Teb. K m. 28, I; TKHY m. 48, III).

Yargıtay bir kararında gaiplik ile ilgili tartışmaya girmeden alacaklıya adresinde ulaşılamamasını yeterli görmüş ve bozma kararı vermemiştir;

"İİK'nun 153. maddesi gereğince ipotek veren borçlu, icra dairesine müracaat ederek "alacaklının gaip olduğundan" bahisle borcunu ödemek istediğini ve ipoteğin kaldırılmasını istemiştir.

Bu talep üzerine alacaklıların gösterilen adreste bulunmaması sebebi ile tebligat, ilanen yapılmış ise de, icraya gelip yatırılan esas parayı almadıkları ve herhangi bir beyanda bulunmadıkları anlaşılmıştır." (Y. 12. HD, 10.5.1979, 4022/4253), [1]

Başka bir Yargıtay kararında da alacaklının adresini terk edip yeni adresini beyan etmemiş olmasından dolayı bilinmemesi durumunda da İİK'nın 153. Maddesinin uygulanmasını hukuka uygun kabul etmiştir.
(Y. 12. HD, 17.2.1977, 1551/1647), [2]

KANUNA GÖRE KENDİSİNE USULÜNE UYGUN İHBAR TEBLİĞ EDİLEN ALACAKLI BİLDİRİLEN SÜRE İÇİNDE İCRA DAİRESİNE GELMEZ VEYA GELMESİNE RAĞMEN KANUNEN MAKBUL BİR SEBEP BEYAN ETMEKSİZİN ALACAĞI ALMAKTAN VE İPOTEK KAYDINI TERKİN ETTİRMEKTEN KAÇINIRSA, YATIRILAN PARANIN ALACAKLI NAMINA HIFZINA VE İPOTEK KAYDININ TERKİNİNE KARAR VERİLİR.

Önemle belirtilmelidir ki adresin meçhul olması daha ziyade gerçek kişiler bakımından söz konusu olabilir. Bu nedenle ilanen tebligat hükümleri tüzel kişilerden ziyade gerçek kişiler bakımından uygulanır.

İlgili düzenlemeler ışığında icra dairesi, alacaklıya ihbarı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ eder. Tebliğin şekli bakımından; alacaklının adresi meçhul ise ilanen tebligat yapılması yeterlidir.

İlanen tebligatta 15 günlük süre son ilanın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

Adresi meçhul olmamakla birlikte, alacaklı borcu almaktan ve ipoteği çözmekten kaçınmaktaysa, kural olarak borçlu tarafından beyan edilen adreste (alacaklının bilinen en son adresinde) Tebligat Kanunu'nun genel hükümlerine göre tebligat yapması gerekir.

Kanuna göre kendisine usulüne uygun ihbar tebliğ edilen alacaklı bildirilen süre içinde icra dairesine gelmez veya gelmesine rağmen kanunen makbul bir sebep beyan etmeksizin alacağı almaktan ve ipotek kaydını terkin ettirmekten kaçınırsa, yatırılan paranın alacaklı namına hıfzına ve ipotek kaydının terkinine karar verilir.

2. Alacaklının Borcu Alma ve İpoteği Çözmeden Kaçınma Durumu

İİK'nın 153. Maddesinde belirtilen ipoteğin terkini sebeplerinden bir diğeri de alacaklının borcu almaması ve ipoteği çözmemesi durumudur.

İİK'nın 153. Maddesine uyarınca ipoteğin terkini usulüne başvurulması, ayni hak değişikliğine sebebiyet vermesi ve sicilden ipoteğin terkin edilmesini sağlaması nedeniyle, TMK m. 883'e göre alacak sona erince ipotekli taşınmazın malikinin alacaklıdan ipoteğin terkinini talep etmesine de benzemektedir.

Ancak iki hüküm arasında nitelik, inceleme usulü ve sonuç bakımından ciddi farklılıklar bulunmaktadır.

III. İİK M.153 UYARINCA İPOTEĞİN TERKİNİ ŞARTLARI VE USULÜ

Kanun koyucu İİK m.153'e göre ipoteğin terkinini talep edebilmek için kanunda öngörülen şartların yerine getirilmiş olması ve kanunda belirlenen usule uygun bir şekilde başvuru yapılmış olmasını aramaktadır.

Kanunda belirtilen bu şartlara kısaca değinmek gerekirse;

1. İpotek Alacaklısı Tarafından Daha Önce İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Yapılmamış Olması

İpoteğin terkininin İİK m.153'e göre yapılabilmesi için ipotek alacaklısının daha önce borçluya ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmamış olmalıdır. İpotek alacaklısı tarafından borçluya karşı böyle bir takibe başvurmuş olması durumunda borçlunun İİK m.153 uyarınca ipoteğin terkinini talep etme hususunda hukuki yararı bulunmayacaktır. [3]

Borçlunun ipoteği kaldırabilmesinin tek yolu ipotek alacaklısı tarafından başlatılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte talep edilen alacağın tamamının ödenmesi gerekmektedir. Borçlunun alacağın tamamını ödemesinden sonra icra müdürlüğünce ilgili tapu müdürlüğüne yazı yazılarak ipoteğin terkini sağlanabilecektir.

İcra müdürlüğü tarafından ipoteğin terkini ile ilgili müzekkereyi alan tapu memurlarının yazının gereğini yerine getirip ipoteğin terkinini yapmaları gerekmektedir. Yazının gereğinin tapu memurlarınca uygulanmaması durumunda ise şikâyet üzerine ilgili memurlar hakkında İİK m.357 uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılabilir. [4]

2. İpotek Borçlusunun İpoteğin Terkini Nedenlerinden Biriyle İcra Dairesine Başvurmuş Olması

Borçlu tarafından İİK m.153 uyarınca yapılan başvuru icra takibi niteliğinde bir işlem değildir. Çünkü bu başvuruda ipotek alacaklısına bir ödeme emri veya icra emri gönderilememektedir.

İpotek borçlusu ipotek konusu alacağı doğuran hukuki ilişkinin taraflarından biri olabileceği gibi, taşınmazı üzerinde ipotek kurulmasına muvafakat eden ve daha sonradan ipotekli taşınmazın mülkiyetini elde eden 3. Kişi de olabilecektir. [5]

Yetkili icra dairesinin tespitinde ise kanaatimizce ipoteğin terkini işlemi taşınmazlar bakımından ayni hak değişikliğine yol açtığından ipotekli taşınmazın bulunduğu yerdeki icra dairesine başvurulması gerekmektedir. [6]

3. İpotek Borçlusunun İpotekle Teminat Altına Alınan Borcu İcra Dairesine Yatırması

İcra dairesince ipotek alacaklısına ipoteğin terkini ile ilgili muhtıra gönderilebilmesi için borçlu tarafından ipotekle teminat altına alınmış olan borcun tümünün icra dairesinin banka hesabına yatırmış olması gerekmektedir.

4. İcra Dairesince Alacaklıya İhbarda Bulunması ve Alacaklıya Parayı Alması İçin Süre Verilmesi

İpotek borçlusu tarafından ipotekle teminat altına alınmış olan borcun tamamının icra dairesine yatırılmasından sonra ipotek borçlusunun talebi ile icra dairesince ipotek alacaklısına ihbarname gönderilmektedir.

İpotek alacaklısının vefat etmiş olması durumunda ihbarname alacaklının mirasçılarına gönderilmelidir.

İhbarnamenin tebliği için yapılacak tebligatın usulü Tebligat Kanunu'na göre belirlenecektir.

İpotek alacaklısının adresinin meçhul olması durumunda ilanen tebligat yapılması yeterli olacaktır.

İpotek alacaklısının adresinin meçhul olmamasına rağmen alacaklının borcu almaması veya ipoteği çözmemesi durumunda borçlu tarafından beyan edilen adreste Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tebligat yapılmalıdır.

5. İpotek Alacaklısının Yasal Sürede İcra Dairesine Gitmemesi veya Gitmesine Rağmen Makul Bir Mazeret Olmaksızın Alacağı Tahsil ve İpoteği Terkinden Kaçınması

İpotek alacaklısının yasal sürede icra dairesine gitmemesi veya gitmesine rağmen makul bir mazeret olmaksızın alacağı tahsil ve ipoteği terkinden kaçınması durumunda, borçlu tarafından yatırılan paranın alacaklı adına hıfzına ve ipoteğin terkinine karar verilir.

Alacaklı tarafından muhtıradan sonra üç şekilde hareket edilebilecektir; icra dairesine gelerek alacağı tahsil etmek ancak ipoteğin terkini için tapu müdürlüğüne başvurmaması, icra dairesine gelmemesi veya gelmesine rağmen hiçbir sebep belirtmeden alacağı tahsil etmemesi.

Üç ihtimalde de ipoteğin terkini için ipotek borçlusunun icra mahkemesine başvurması gerekmektedir.

6. İpotek Borçlusunca İcra Mahkemesinden İpoteğin Terkininin Talep Edilmesi

İİK'nın 153. Maddesine göre ipoteğin tapu sicilinden terkin edilebilmesi için ipotekle teminat altına alınmış borcun icra dairesine depo edilmesinden sonra borçlu tarafından icra mahkemesine başvuru yapılarak icra mahkemesinden ipoteğin terkini kararı alınması gerekmektedir.

İcra mahkemesinin ipoteğin terkini ile ilgili karar verebilmesi için ilk olarak İİK m.153 uyarınca ipoteğin terkini şartlarının sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir.

İcra mahkemesi şartların oluşup oluşmadığını re'sen incelemelidir. İcra mahkemesince yapılacak inceleme sonucunda İİK m.153 uyarınca ipoteğin terkini sebeplerinin oluştuğu ve kanunen öngörülen şekli şartların gerçekleştiği tespit edilirse, borçlu tarafından icra dairesine depo edilen paranın ipotek alacaklısı adına saklanmasına ve ipoteğin tapu sicilinden terkinine, şartların oluşmadığını tespit ederse de terkin talebinin reddine karar verir.

IV. UYGULAMADA HARÇ İLE İLGİLİ KARŞILAŞILAN SORUNLAR

İİK m.153 uyarınca ipoteğin terkinini sağlamak için icra dairesine başvuran borçludan sadece başvurma harcı alınması gerekmektedir. Bu harç takip sonunda ipotek alacaklısına yüklетilmektedir.

Uygulamada ise yerine getirme harcı ve tahsil harcı da talep edildiği görülmektedir. Ancak ipotek borçlusu tarafından icra dairesine yapılan başvuru tahsilat sağlamaya yönelik bir başvuru olmadığı için yerine getirme harcı ve tahsil harcının alınması hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarifenin B/I- 3. Fıkrasında belirlenen durumlarda ve takip durumu göz önünde bulundurularak belirli oranlarda tahsil harcı alınmaktadır. İİK m.153 uyarınca ise ipoteğin fekki talebinin alacaklı tarafından değil de ipotek borçlusu tarafından yapılması sebebiyle anılan madde kapsamında tahsil harcı alınması mümkün değildir.

"492 Sayılı Kanuna göre; harç, yapılan bir hizmet karşılığı olarak devletin aldığı paradır. Harç tahsil edilebilmesi için açık bir yasal düzenleme bulunması zorunludur. 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarifenin B/I- 3. fıkrasında belirtilen hallerde ve takip safhalarına göre tahsil harcı alınır. Ancak bu tahsil harcının doğabilmesi için takibin o safhasının yerine getirilmesi gerekir.

İİK'nun 153. maddesi uyarınca ipoteğin fekki talebinde alacaklı tarafından yapılmış bir takip bulunmadığından anılan maddeye dayalı olarak tahsil harcı alınması mümkün değildir. Öte yandan İİK'nun 153. maddesinde de ipotek bedelinin depo edilip alacaklıya ödeme yapılması halinde harç alınacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından maktu başvurma harcı dışında başka harç alınamaz.

Bu durumda icra müdürlüğünün tahsil harcı kesilmesine ilişkin işlemi yasaya aykırı olduğundan mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." [7]

V. SONUÇ

İİK 153. Maddesi uyarınca ipoteğin terkininin sağlanabilmesi için, ipotek alacaklısının adresinin tespit edilememesi veya ipotek alacaklısının geçerli bir neden olmaksızın ipotekle teminat altına alınmış olan alacağını almaktan ve ipoteği çözmekten imtina etmesi halinde, ipotek borçlusunun belirli şartları yerine getirmesi ve borcu icra dairesine depo ederek taşınmazda bulunan ipoteği terkin edebilecektir. İpoteğin terkini İcra Mahkemesi'nce değerlendirilmekte olup icra mahkemesi çekişmesiz yargı işi kapsamında dosyada yargılama yapılmaktadır.

Yargıtay içtihatları uyarınca da İİK m.153 kapsamında ipoteğin terkini talebini inceleyen icra mahkemesinin uygulama alanı oldukça sınırlıdır. İcra mahkemesince ipoteğin terkini talepli yapılan yargılamada alacağın esasına ilişkin itirazlar incelenememektedir. Alacağın esasına ilişkin itirazın incelenebileceği merci icra mahkemeleri değil genel mahkemelerdir.

İpoteğin terkinine ilişkin başvurulacak yetkili icra dairesi/mahkemesi kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen kanımızca ipoteğin terkini işlemi, taşınmazın aynına ilişkin bir işlem olduğundan taşınmazın bulunduğu yerdeki icra dairesi/mahkemesi kesin yetkili sayılmalıdır.

Detaylı Bilgi için;
Av. Cahit Yavuz
Stj. Av. Hivda Keskin
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Yargıtay 12. HD, 10.5.1979, 4022/4253

2. Yargıtay 12. HD, 17.2.1977, 1551/1647

3. Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A., İİK Şerhi, Madde 100-176/b, 3. Cilt, Ankara 2007, s. 3743; Budak, İpoteğin Terkini, s. 51, dn. 25; Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1032

4. Uyar, Rehnin Paraya Çevrilmesi, s. 484.

5. Budak İpoteğin Terkini, s. 50, dn. 24; Uyar, T./Uyar A./Uyar, C., İcra ve İflas Kanunu Şerhi El Kitabı, C. II, Ankara 2012, s. 2085-2086; Uyar, Rehnin Paraya Çevrilmesi, s. 475.

6. Y. 12. HD, 10.5.1979, 2014/22986 E., 2014/29810 K.

7. Budak, İpoteğin Terkini, s. 46.

İNGİLİZ TİCARET MAHKEMESİ'NİN OFFSHORE KRİPTO BORSASINDAKİ TİCARİ BİR HESABIN HAK SAHİPLİĞİNE DAİR GÜNCEL BİR KARARI

I. GİRİŞ

İşbu dava, ticari bir kripto para hesabına ilişkin hak sahipliğinin eski şirket yöneticisine mi, şirkete mi ait olduğunun belirlenmesi için hesabın bulunduğu kripto para borsasının işleticisi şirket tarafından açılan, Hukuk Muhakemeleri Usul Kuralları ("Civil Procedure Rules" veya "CPR")`nın 86. maddesi uyarınca hak sahibinin tespit edilmesi istemli davadır.

II. CPR MADDE 86 KAPSAMINDA PAYDAŞ BAŞVURUSU

CPR`ın 86. maddesi uyarınca paydaş başvurusu (stakeholder application), bir parayı veya malı elinde bulunduran ancak bunlara ilişkin bir hak iddiası olmayan kişi tarafından yapılmakta ve paraya veya mala ilişkin hak sahipliğinin kime ait olduğunun belirlenmesi için kullanılmaktadır. Bu başvuru yolu, İngiliz Hukuku`nda bir borca veya paraya ilişkin yarışan taleplerin olduğu veya olabileceği durumlarda, bu durumdan etkilenen kişiye (paydaşa), borcun veya paranın kime ödeneceğinin tespit edilmesini talep etmek imkânı tanımaktadır. Genellikle finansal kurumların, birden çok kişinin bir miktar para üzerinde hak iddia ettiği durumlarda, bu yola başvurdukları görülmektedir.

III. DAVANIN KONUSU

Dava, Seyşeller`de kurulan BitMEX kripto para borsasının işleticisi olan HDR Global Trading Limited ("HDR") tarafından Shulev ve Nexo Capital Inc ("Nexo")`e karşı açılmıştır. HDR, Shulev adına açılan ticari kripto para hesabının kontrolünün ve kripto varlıklar dahil muhteviyatının kime ait olacağına ilişkin uyuşmazlığın çözümü için paydaşın tespit edilmesi istemli başvuruda bulunmuştur.

Nexo, Kayman Adaları`nda kurulan ve kripto para ödünç verme, kripto para alım satım vb. faaliyetler yürüten ve sanal cüzdanları işleten bir platformdur. 2019 yılı Mayıs ayında, Nexo Grubu`nun kurucu ortağı ve o zamanki genel müdürü olan Shulev, Nexo uzantılı e-posta adresini kullanarak BitMEX`de bir hesap açmıştır. Ardından binlerce Bitcoin Nexo hesaplarından, BitMEX`teki hesaba aktarılmış ve hesap üzerinden çok sayıda vadeli işlem sözleşmesi alım satımı yapılmıştır. Karar tarihi itibarıyla, hesapta yaklaşık 30 milyon İngiliz sterlini bulunmaktadır. 2019 yılı Eylül ayında, Shulev`in genel müdür pozisyonundaki görevi sona ermiş ve hesaba erişimi engellenmiştir.

Nexo ve Shulev arasında, hesaptaki varlıkların hak sahipliğine ilişkin uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Shulev, hesabı, şirketi temsilen açmadığını ve hesaptaki kripto varlıkların bir kısmının kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Öte yandan, Nexo`nun iddiaları, hesabın Shulev tarafından Nexo`daki görevi ve pozisyon gereği açıldığı, Nexo tarafından ticari alım satım hesabı olarak ticari amaçlarla kullanıldığı ve hesaptaki varlıkların da şirket malvarlığı olduğu yönündedir. HDR, bu iddialar karşısında hesabı dondurmuş ve CPR`ın 86. maddesi kapsamında hak sahibinin tespit edilmesi için 2020 yılında Mahkeme`ye başvuruda bulunmuştur. HDR`nin paydaş başvurusuna ilişkin duruşmasının yapılacağı gün, Shulev ve Nexo akdederek hak sahipliğine ilişkin uyuşmazlığı sona erdirmek için bir anlaşmaya varmışlardır. Ancak uzun süre geçmeden taraflar bu kez anlaşmaya ilişkin ihtilaf düşmüş, birbirlerinin anlaşmaya bağlı kalıp kalmadığı ve paydaş başvurusunu nasıl etkileyeceği hususlarında anlaşmazlığa düşmüştür.

IV. MAHKEMENİN KARARI VE DEĞERLENDİRME

Yüksek Mahkeme taraflar arasında yapılan anlaşmanın geçerli olduğunu ve hesaba ilişkin hak sahipliğinin kime ait olduğu hususunu çözüme kavuşturduğunu tespit etmiştir. Ancak, aynı zamanda, anlaşmanın geçerli olmadığı takdirde, hesabın hak sahipliğinin Nexo`ya ait olacağını belirtmiştir. Bu nedenle, davacının başvurusu, İngiliz Hukuku`nun bu ve benzeri konulara yaklaşımına ilişkin ilginç bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

Nexo`nun temel iddiası, kripto borsa işleticisi HDR ile akdedilen sözleşmenin açıkça tarafı olarak tanımlanmamış olsa dahi, anlaşmanın yerine getirilmesini HDR`den talep etmek hakkına sahip olduğuna ilişkindir. Bunu iddia eden Nexo, İngiliz Hukuku`nda yer alan dolaylı temsil kurumuna dayanmakta ve şirketin adı söylenmeksizin adına işlem yapılan kişi (undisclosed principal) olduğu kabulü ile HDR`den talepte bulunmaktadır.

İngiliz Hukuku`na göre, "undisclosed principal" adı verilen temsil edilen, aşağıdaki iki şart bulunduğu takdirde, temsilcinin kendisi adına yaptığı işleme ilişkin olarak dava açabileceği gibi, kendisi aleyhine dava da açılabilecektir:

i. Temsilci, sözleşmeyi akdederken temsil edilen adına hareket etmelidir.

ii. Sözleşmede, temsil edilenin dava açamayacağına veya temsil edilen aleyhine dava açılamayacağına ilişkin açık veya örtülü düzenlemeler bulunmamalıdır.

Ne Nexo ne de Shulev, ikinci şartın somut olayda bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunmuştur. HDR`nin hesaba ilişkin hizmet kullanım şartlarında, bir kişinin başka bir kişiyi temsilen hesap açabileceği ve açtığı hesabı işletebileceğini belirtilmektedir. Ayrıca bir kripto borsasında Nexo adına hesap açmanın, genel müdür olan Shulev`in genel yetkileri dışında kaldığı her iki davalı tarafından da ileri sürülmemiştir. Bu kapsamda, uyuşmazlık, Shulev`in hesabı açarken Nexo adına mı hareket edip etmediğine ilişkin birinci şartın etrafında toplanmaktadır. Mahkeme, bu husus ile ilgili aşağıdaki tespitleri yapmaktadır:

a. Hesabın açılma amacının, Nexo`nun diğer ticari hesaplarında elde ettiğinden daha iyi bir oran yakalamak olduğu anlaşılmaktadır.
b. Hesaba yatırılan paralar, Nexo`nun diğer hesaplarından gelmektedir.
c. Hesap, Shulev`in kişisel e-posta adresi ile değil, Nexo uzantılı iş e-posta adresi ile açılmıştır.
d. Nexo`daki diğer çalışanlar hesaba erişmiş ve hesap üzerinden işlem gerçekleştirmiş olmasına rağmen, Shulev`in hesapta herhangi bir işlem gerçekleştirdiğine ilişkin kanıt sunulamamıştır.
e. Shulev tarafından, hesap üzerinden yapılan yazışmalarda "biz" ifadesi kullanılmıştır. Bu durum, Shulev`in hesabı kişisel bir hesap değil, şirket hesabı olarak gördüğünü göstermektedir.

Bu tespitler doğrultusunda, Mahkemece hesaba ve hesaptaki kripto varlıklara ilişkin hakların şirkete ait olması gerektiğine hükmedilmiştir. Buna göre, Shulev`in hesabı Nexo`nun varlık edinmesi için ve Nexo adına açtığına ve bu nedenle Shulev`in hesap ile ilgili yaptığı işlemlerde Nexo`nun temsilcisi olarak, Nexo`nun talimatları doğrultusunda hesabı kullanmıştır.

İngiliz mahkemelerinde görülen kripto varlıklar ile ilgili uyuşmazlıkların giderek arttığı görülmektedir. Bu karar, hızla gelişen bu alanda gelişen içtihata katkı sağlamaktadır. Ayrıca kripto hesaplarına ve kripto varlıklara ilişkin farklı kişilerin hak iddiasında bulunduğu durumlarda, hak sahipliğinin tespit edilmesine yönelik CPR`ın 86. maddesinin kullanım alanı bulacağını göstermesi açısından önemlidir.

Çeviren ve Hazırlayan: Av. Erse Kahraman
info@ozgunlaw.com

Kaynak:
https://www.whitecase.com/insight-alert/offshore-cryptocurrency-exchange-obtains-clarity-english-high-court-ownership-and

Kararın tamamına aşağıdaki linkten ulaşabilirsiniz:
https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/bankingandfinance/document/316762/65TT-39C3-GXF6-82BD-00000-00/HDR-Global-Training-Ltd-v-Shulev-and-another

"SOSYAL MEDYA YASASI" OLARAK BİLİNEN BASIN KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN YAYIMLANDI

Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("Değişiklik Getiren Kanun"), Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 13.10.2022 tarihinde kabul edilmiş ve 18.10.2022 tarihli ve 31987 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanmıştır. 7418 sayılı Kanun uyarınca; 5187 sayılı Basın Kanunu, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gibi kanunlarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Getirilen değişikliklerin başlıcaları şu şekilde özetlenebilir:

I- 5187 Sayılı Basın Kanunu'nda Yapılan Önemli Değişiklikler

1- 7418 sayılı Kanunun 1. Maddesi ile Basın Kanunu'nun amaçları arasına basın kartına ilişkin usul ve esasları belirlemek de eklenmiştir. Basın kartı düzenlemesi bakımından basın kartı talep eden medya mensupları ve enformasyon görevlileri 5187 sayılı Basın Kanunu'nun kapsamına dahil edilmiştir.

2- 7418 sayılı Kanunun 5. Maddesi ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 8. Maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

''Birinci fıkrada düzenlenen yayım durdurma müeyyidesi internet haber siteleri bakımından uygulanmaz. İnternet haber sitesinin bu madde hükmüne uymaması hâlinde, Cumhuriyet Başsavcılığı iki hafta içinde eksikliğin giderilmesini veya gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesini internet haber sitesinden ister. İstemin iki hafta içinde yerine getirilmemesi durumunda, Cumhuriyet Başsavcılığı internet haber sitesi vasfının kazanılmadığının tespiti amacıyla asliye ceza mahkemesine başvurur. Mahkeme en geç iki hafta içinde kararını verir. Bu karara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Başvurunun kabul edilmesi hâlinde internet haber siteleri için sağlanabilecek resmî ilan ve reklam ile çalışanlarının basın kartına ilişkin hakları ortadan kalkar. İnternet haber sitesi için sağlanan hakların ortadan kaldırılması, bu Kanun ve/veya ilgili mevzuat uyarınca öngörülen yaptırımların uygulanmasına engel değildir.''

Yapılan değişiklik ve düzenlemelerle birlikte, internet haber sitesinin beyanname verilmesine ilişkin hükümlere uymaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı, beyannamenin verilmesinden itibaren iki hafta içinde eksikliğin giderilmesini veya gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesini yayın sahibinden (internet haber sitesinden) isteyecek, istemin iki hafta içerisinde yerine getirilmemesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı internet haber sitesi vasfının kazanılmadığının tespiti amacıyla asliye ceza mahkemesine başvuracaktır. Asliye ceza mahkemesi en geç iki hafta içerisinde karar verecek ve bu karara karşı itiraz yolu açık olacaktır. Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusunun kabul edilmesi durumunda, internet haber siteleri için sağlanabilecek resmi ilan ve reklam ile çalışanlarının basın kartına ilişkin hakları ortadan kalkacaktır. Ayrıca, yukarıda belirtilen tüm hususlarla birlikte, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 8/1 maddesinde düzenlenen yayım durdurma yaptırımının internet haber siteleri bakımından uygulanmayacağı da bu değişiklikle hüküm altına alınmıştır.

3- 5187 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 6 ile, basın kartı sahibinin Ek 3. maddede yer alan niteliklere sahip olmadığının veya bu nitelikleri sonradan kaybettiğinin anlaşılması halinde basın kartının İletişim Başkanlığınca iptal edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, basın kartı sahibinin, basın ahlak esaslarına aykırı davranışlarda bulunması halinde Basın Kartı Komisyonu kararıyla basın kartının iptal edileceği aynı maddede düzenlenmiştir. Basın kartının bu sebeple iptali durumunda, kartın iade edildiği tarihten itibaren bir yıl geçmedikçe yeniden basın kartı verilmeyecektir. Adli sicil kaydında basın kartı verilmesine engel bir suçtan mahkumiyeti mevcut olan kişilere, bu mahkumiyetler adli sicil kayıtlarından silinmedikçe veya yasaklanmış hakların geri verilmesine karar verilmedikçe basın kartı düzenlenmeyecektir.

4- 5187 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 4 ile, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce faaliyet gösteren internet haber sitelerinin, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde kanunda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olacaktır.

5- Değişiklik Getiren Kanunun 7. maddesi uyarınca, 5187 sayılı Basın kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hükümle, internet haber sitesinde yayımlanan bir içeriğe karşı cevap ve düzeltme yazısı hazırlanarak ilgili sitede yayınlanması talep edilebilecektir:

''İnternet haber sitelerinde ise zarar gören kişinin düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç bir gün içinde, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, URL bağlantısı sağlanmak suretiyle, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Yayın hakkında verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının uygulanması ya da internet haber sitesi tarafından içeriğin kendiliğinden çıkarılması durumunda, düzeltme ve cevap metni ilgili yayının yapıldığı internet haber sitesinde ilk yirmi dört saati ana sayfada olmak üzere bir hafta süreyle yayımlanır.''

Cevap ve düzeltme yazısı, internet haber sitesi sorumlu müdürü tarafından hiçbir değişiklik yapılmadan, ilgili haberin yayınlandığı sayfada veya içerik kaldırıldı ise ana sayfada en geç bir gün içinde yayınlanmak zorundadır. Bu sürenin sonunda yazı yayınlanmaz ise Sulh Ceza Hakimliği'ne başvuru yapılarak yazının yayınlanması sağlanabilecektir.

II- 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da Yapılan Önemli Değişiklikler

1- Değişiklik Getiren Kanunun 31. Maddesi uyarınca, 5651 sayılı kanunun 6/A maddesinde değişiklik yapılmış; Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne içerik çıkarma ve erişim engelleme kararlarını uygulama yetkisi tanınmıştır. Yapılan düzenlemeyle birlikte, 5651 sayılı kanunun 8 ve 8/A maddeleri kapsamı dışındaki tüm içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik kararların uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiştir.

2- 5651 sayılı Kanunun 8. Maddesinin birinci fıkrasına;

"ç) 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 27 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçlar." bendi eklenerek bir içeriğin, 2937 sayılı kanunun 27/1 ve 27/2 maddelerinde yer alan,

''Madde 27 – (Değişik: 17/4/2014-6532/7 md.)

Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini, makam, görev ve faaliyetlerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.''

Suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe bulunması halinde içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebileceği düzenlemiştir.

3- Değişiklik Getiren Kanun'un 34 ve 35. maddelerinde uyarınca 5651 sayılı Kanun'un Sosyal Ağ Sağlayıcıları'na (Twitter, Instagram, Facebook vb.) ilişkin Ek 4. maddesinde birtakım düzenlemeler yapılmıştır.

Bu değişiklikler doğrultusunda;

- Türkiye'de temsilci bulundurması zorunlu olan Sosyal Ağ Sağlayıcıları'nın gerçek kişi temsilcisinin Türk vatandaşı olması ve
- Türkiye'de yerleşik olması zorunluluğu getirilmiştir.

- Günlük erişimi on milyondan fazla olan Sosyal Ağ Sağlayıcıları'nın temsilcisinin, sağlayıcı ile birlikte teknik, idari, hukuki ve mali yönden tam yetkili ve sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Değişiklik Getiren Kanun kapsamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma" suçu dahil bu maddede yazılı suçların faillerine ulaşmak için gereken bilginin, talep halinde, Sosyal Ağ Sağlayıcı tarafından savcılığa bildirilmesi zorunlu kılınmıştır. Talebin gereğini yerine getirmeyen Sosyal Ağ Sağlayıcı'nın internet trafiği yüzde doksan oranında daraltılabilecektir. Erişim engeli veya içerik çıkarma kararını yerine getirmeyen Sosyal Ağ Sağlayıcı'nın internet trafiğinin yüzde doksan oranında daraltılabileceği düzenlenmiştir.

4- Ek 4/5 maddesiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan,

a) Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

b) Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (madde 217/A),

c) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302), ç) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

d) Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337)

suçlarına konu internet içeriklerini oluşturan veya yayan faillere ulaşmak için gerekli olan bilgilerin, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında yargılamanın yürütüldüğü mahkeme tarafından talep edilmesi halinde, ilgili sosyal ağ sağlayıcılarının Türkiye'deki temsilcileri tarafından adli mercilere verileceği,

Bu bilgilerin talep eden merciye verilmemesi halinde ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin yüzde doksan oranında daraltılması talebiyle Ankara Sulh Ceza Hakimliğine başvurabileceği düzenlenmiştir.

İnternet trafiği bant genişliğinin daraltılması kararı verilmesi halinde, bu karar erişim sağlayıcılara bildirilmek üzere BTK'ye gönderilecektir.

Kararın gereği, bildirimden itibaren derhal ve en geç 4 saat içinde erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilecek, sosyal ağ sağlayıcının, yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde yaptırımlar kaldırılacak ve BTK'ye bildirilecektir.

5- Ek 4/10 Madde uyarınca, 8 ve 8/A maddeleri kapsamındaki istisnalar dışında,5651 sayılı Kanun kapsamında Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, Türkiye'de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilerin, ilgili yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıya altı aya kadar reklam vermesinin yasaklanmasına Başkan tarafından karar verilebileceği, bu kapsamda yeni sözleşme kurulamayacağı ve buna ilişkin para transferi yapılamayacağı da düzenlenmiştir.

Ayrıca, Ek 4/11 maddesiyle, 5651 sayılı Kanun kapsamında verilen para cezalarının yasal süresinde ödenmemesi durumunun bir yıl içinde birden fazla gerçekleşmesi hâlinde, Başkan tarafından yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıya Türkiye'de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilerin ilgili sosyal ağ sağlayıcısına altı aya kadar yeni reklam vermesinin yasaklanmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

III- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Eklenen 217/A Maddesi ile ''Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma'' Suçu Düzenlenmiştir.

1- Değişiklik Getiren Kanunun 29. Maddesi ile 5237 sayılı kanuna, 217. Maddesinden sonra gelmek üzere 217/A maddesi eklenmiş, ''Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma'' suçu düzenlenmiştir:

'' Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma

Madde 217/A- (Ek:13/10/2022-7418/29 md.) (1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır. ''

2- Ayrıca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 286/3 maddesi gereğince, ''Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma'' suçu nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilebilecektir.

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

Kaynak:
https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221018-1.htm

İŞÇİNİN CEP TELEFONU YAZIŞMALARININ İŞVEREN TARAFINDAN İNCELENMESİ SONUCU YAPILAN FESİH GEÇERLİ MİDİR?

1.Genel Olarak Fesih

"İş akdinin belirli hallerde bir fesih hakkına dayanılarak işçi veya işveren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkündür. Genel olarak iş akdini fesih hakkı, hak sahibine karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş akdini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğurucu haktır. Yenilik doğuran haklar bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamazlar, kullanılmakla tüketilirler, iki kez üst üste kullanılamazlar." [1]

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sonuçlarını doğurur, bu kapsamda kullanımı karşı tarafın kabulüne bağlı bir hak değildir. Ancak her şeyden önce tarafların iş akdini fesih hakkını kullanması hususu feshin son çare olması ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir.

İş akdinin feshi süreli fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu dallardan süreli fesih de kendi içerisinde iş akdi feshedilen işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına göre farklılaşmaktadır.

1.1. Süreli Fesih

Süreli feshin söz konusu olması için ortada bir belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunması gerekir. Bu fesih türünde işveren tarafından da işçi tarafından da sözleşmenin sona erdirilmesi için sözleşmenin bitmeden işçinin kıdemine göre belirlenecek süre kadar önceden bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bu bildirim süresine uymaksızın iş akdini fesheden taraf iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına bakılmaksızın karşı tarafa ihbar tazminatı ödemelidir.

Bu fesih türünde işçinin iş güvencesine sahip olup olmaması feshin sebebi ve işe iade davası açılabilmesi açısından ayırt edici bir hususdur. 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde belirsiz süreli sözleşme ile çalışan ve en az 6 aylık kıdemi bulunan işçiler İş Kanunu'na göre iş güvencesinden yararlanmaktadır. Ancak bunun için işçinin işyerinde işveren gibi hareket eden üst düzey işçi (işyerinin bütününü sevk ve idare etmeli, işçi alma ve çıkarma yetkisi olmalı) olmaması gerekmektedir. Sayılan şartları sağlamayan işçiler kıdemleri ne olursa olsun iş güvencesinden yararlanamamaktadırlar. İş güvencesinden yararlanan bir işçinin sözleşmesini feshetmek isteyen işveren fesih nedenini geçerli bir nedene dayandırması ve açıkça belirtmesi gerekirken iş güvencesinden yararlanmayan bir işçinin sözleşmesini feshetmek için işverence neden belirtilmesine dahi gerek yoktur, hiçbir sebep bildirmeden iş akdini feshedebilir.

Ayrıca iş güvencesinden yararlanan işçiler iş sözleşmelerinin geçerli nedene dayanmadan feshedilmesi sonucunda işe iade davası açabilecekken aynı imkân iş güvencesinden yararlanmayan işçiler için söz konusu değildir. Bu kapsamda geçerli nedenlerin ne olduğunun düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde de görüleceği üzere iş güvencesinden yararlanan işçilerin iş akdini feshetmek isteyen işveren, iş sözleşmesinin feshini işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırmak zorundadır.

İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan bir geçerli neden söz konusuysa işveren fesihten önce işçinin mutlaka savunmasını almalıdır, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerde ise böyle bir savunmanın alınması aranmamaktadır. Yalnızca feshin geçerli nedene dayandırılması da yeterli değildir bunun yanında fesih bildirimi de yazılı olarak yapılmalıdır. Yazılı fesih bildirimi, iş güvencesine tabi işçi söz konusuysa geçerlilik şartıyken iş güvencesine tabi olmayan işçiler için ispat şartı teşkil etmektedir. Geçerli nedene dayanan fesihte, fesih hakkının kullanılması için herhangi bir süre şartı öngörülmemiştir.

- Feshin Geçerli Nedene Dayanmamasının Sonuçları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açılabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Yukarıda da bahsedildiği gibi iade davası ancak iş güvencesinden yararlanan işçiler tarafından açılabilecek bir davadır; zira işveren, iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş akdini feshetmek için herhangi bir sebep dahi göstermek zorunda değildir.

4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinde de düzenlendiği üzere mahkemece işçinin işe iadesine karar verildiğinde; başka bir ifadeyle işçinin iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı tespit edildiğinde işveren işçiyi 1 ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. İşverenin işçiyi işe başlatması içinse önce işçinin on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir.

İşveren başvuru üzerine işçiyi bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemelidir. Ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için de işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekmektedir. İşçi işe başlamak için başvuru yapmaz ya da işe alındıktan sonra işe başlamazsa yapılan fesih artık geçerli bir fesih sayılır ve işveren bunun hukuki sonuçlarıyla sorumlu olur. İşveren tarafından gerçekleştirilen geçerli nedene dayanan fesihlerde, işçi, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmaktadır.

Sonuç olarak iş güvencesinden yararlanan işçiler geçerli nedene dayanmayan fesihte işe iade yoluna gidip işe başlatılmadığında iş güvencesi tazminatına hak kazanmanın yanında her halükârda boşta geçen süre alacağına da hak kazanmaktadır. İş güvencesinden yararlanmayan işçiler ise yalnızca iş akitlerinin fesih hakkının kötüye kullanılması suretiyle sona erdirilmesi gerekçesiyle kötü niyet tazminatı yoluna giderek bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat talep edebilmektedirler.

1.2. İşveren Tarafından Yapılan Haklı Nedenle Fesih

Diğer fesih türü olan işverence haklı nedenle derhal fesih ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmektedir. Madde kapsamında haklı nedenler 4 başlığa ayrılmıştır, örneklerle incelemek gerekirse:

I. Sağlık sebepleri:

-İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi (devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmeli)
-İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması

II. Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

-İş sözleşmesinin esaslı noktalarından biri için işçinin işvereni yanıltması.
-İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması
-İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, İşyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.
-İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması vb.

III. Zorlayıcı sebepler:

-İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.

IV. İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığının kıdemine göre belirlenecek bildirim süresini aşması

"İş Kanunu m. 25 çerçevesinde haklı bir nedenin varlığı halinde işverenin iş ilişkisinin devamına katlanması ve iş ilişkisini devam ettirmesi beklenemez. Haklı neden, iş sözleşmesine devamın taraflar için katlanılamaz olduğu, objektif iyi niyet kuralları gereğince sözleşmeyi derhal sona erdirme hakkı veren hukuki bir olaydır. Söz konusu haklı nedenler sadece kanunda belirtilenler ile sınırlı olmayıp, bunlara benzer durumlarda da işverenin fesih hakkının doğacağı kabul edilmektedir." [2] Haklı nedenle fesihte işveren için fesih nedenini belirtmek bir zorunluluk olmamakla birlikte fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması da ispat şartıdır. İşveren tarafından yapılan ve iş ilişkisini çekilmez hale getiren haklı nedenlere dayanan fesihlerde işçi feshe bağlı olan alacaklara hak kazanamamaktadır. Bu kapsamda geçerli nedene dayanan fesihten farklı olarak işçi kıdem ve ihbar tazminatı talep edemez. Haklı nedenle derhal fesih hakkı nedenin öğrenildiği günden başlayarak altı iş günü ve her halükârda fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. Bu süre hak düşürücü süre niteliğine haizdir. Ayrıca haklı nedenle fesihte işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmamasına göre bir ayrım söz konusu değildir.

- Feshin Haklı Nedene Dayanmamasının Sonuçları

Yukarıda bahsedilen 25. maddenin son bendi gereğince işçi feshin haklı sebebe dayanmadığının iddiası ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. Bu kapsamda yapılan atıf gereği iş akdinin feshinin haklı sebebe dayanmaması sonucunda işçi yukarıda açıklanan iş güvencesinden yararlanan işçilerin süreli fesihteki haklarından yararlanabilmektedir. (Bknz. Feshin Geçerli Nedene Dayanmamasının Sonuçları)

2. İşverenin Denetim Hakkı ile İşçinin Özel Hayatının Gizliliği

İşverenin işçilere sağlanan malları kontrol etme ve denetleme yetkisi söz konusudur. Her ne kadar kanunda bu yetki açıkça yazılmasa da sağlanan malların işin gereği için tesis edilip işverenin mülkiyetinde olduğu ve işverenin işçinin performansını değerlendirebileceği birlikte dikkate alınırsa bu yetkinin varlığı aşikardır. Zira işyerinde işlerin gereği gibi yapılmasında işverenin üstün yararı söz konusudur ve bu kapsamda işveren işçileri kontrol edecektir.

"İşverenin, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini denetlemekte menfaati vardır. Özellikle işçinin iş görme edimini yerine getirip getirmediğinin tespiti veya yerine getirmiş olsa da bu edimin hangi şartlarda yerine getirildiğinin tespit edilmesi hem iş sözleşmesinin devamında hem de iş sözleşmesi sona erdiğinde ispat bakımından işverenin yararınadır. Ayrıca işverenin yönetim hakkı kapsamında işçilerine vermiş olduğu emir ve talimatlara uyulup uyulmadığını veya işçilerin davranışlarının sadakat yükümlülüğüne uygunluğunu denetlemekte de menfaati bulunmaktadır." [3]

Öte yandan işveren bu yetkiyi kullanırken işçinin kişilik haklarına saygı göstermeli ve özel hayatını ihlal etmemelidir. İşverenin denetleme yetkisi ile işçinin özel hayatının korunması birbiriyle çatışan ayrı olgulardır ve her iki tarafın hakkının, menfaatlerin dengelenmesi yoluyla korunması gerekmektedir. İşveren işçi üzerindeki denetleme ve kontrol yetkisini işçinin haklarını en az kısıtlayacak şekilde ölçülü olarak kullanmalıdır. Bu kapsamda işyerlerinde giriş çıkışların denetlenmesi, işçinin çantasının aranması gibi işçinin kişiliğine dokunulan bazı uygulamalar olabilmektedir. Bazen işin nitelikleri gereği böyle uygulamaların yapılabilmesine izin vermek gerekmektedir ancak bütün bu uygulamalar dengeli ve işverenin işçinin kişiliğini koruma borcuna uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. Maddesine göre, işveren işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlü olduğu gibi kanuna ve sözleşmeye aykırı olarak işçinin kişilik haklarını ihlal ederse buna karşı da sorumludur.

İşveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yakınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. TBK ve İş Kanunu'nda kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin maddeler bulunmaktayken işçilerin kişisel verilerinin işlenmesi KVKK kapsamında korunmaktadır. TBMM'nin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kabul edilmesi gerekçelerini incelersek; kişisel verinin, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlandığı ve bu bağlamda kişinin kimlik, iletişim, sağlık ve mali bilgileri ile özel hayatına, dini inancına ve siyasi görüşüne ilişkin bilgilerin, kişisel veri olarak nitelendirildiği görülmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi, verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini ifade etmektedir. [4] Belirtmek gerekir ki kişisel veriler ancak kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli ve bu işlenme işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalıdır. (KVKK m.5) Bu kapsamda işveren tarafından işçiye ait verilerin işlenebilmesi için ya kanunda açıkça bir hüküm bulunmalı ya da işçinin buna açıkça onay vermesi gerekmektedir. Aynı zamanda veri işlenmesi sadece işçinin onay verdiği kapsamda kalmalı ve başkalarıyla paylaşılmamalıdır.

Anayasa'mızda kişisel veriler 'özel hayatın gizliliği' kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa'nın aynı isimli 20. Maddesine göre herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini ve kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Aşağıdaki makale konusu örnek kararda da görüleceği üzere bahsedilen maddeler kapsamında işveren işçinin işiyle ilgili olmayan özel hayatını ilgilendiren bilgilere saygı duymak ve bunları hiçbir şekilde işçinin rızası olmaksızın kullanmamak zorundadır.

Örnek Olay: Anayasa Mahkemesinin 21.09.2022 tarih ve 2019/25605 başvuru numaralı kararı [5]

Olay Özeti: Özel şirket çalışanı olan işçinin iş akdi aynı işyerinde çalışmış olduğu iş arkadaşının işten ayrıldıktan sonra işveren tarafından kendisine tahsis edilen özel mesajlarının okunması sonucunda bu mesajlar sebep gösterilerek feshedilmiştir. İşçi tarafından açılan işe iade davası Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde yazışmaların haklı fesih sebebi teşkil edebileceği, cep telefonunun işveren tarafından verilmesi nedeniyle anılan yazışmaların hukuka uygun olarak elde edildiğinin kabulünün gerekeceği vurgulanmıştır. Dava dilekçesinde başvurucu; iş akdinin haksız olarak feshedildiğini şirketin verdiği telefon hatlarının çalışanların özel hayatlarında da kullanıldığını, bu yazışmaların kişisel veri olarak korunması gerektiğini ifade etmiştir. Davalı şirket vekili davaya cevabında; işten ayrılan şirket çalışanına iş amacıyla tahsis edilen cep telefonunun müşterilerin iletişim bilgilerine ulaşmak için incelendiğini, başvurucu ile arasındaki mesajlaşmaların feshe dayanak yapılan içeriklerine ulaşıldığı vurgulanmıştır. Anılan mesaj içeriklerinde şirket çalışanları hakkında rahatsız edici, şirket çalışanlarının görev ve sorumluluklarını yerine getirmekten imtina ettiklerine dair hakaret içeren ifadeler olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine taşınan söz konusu olaya ilişkin mahkeme tarafından verilen kararı incelemek gerekirse:

"V. İNCELEME VE GEREKÇE

İşverenin işçinin iletişimini denetlemesi yetkisini özel hayata saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında irdelemek gerekmektedir. (E.Ü., § 68).

23. Bu bağlamda işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi ile bilgi akışının kontrolünü sağlamak, işçinin eylemlerine bağlı cezai ve hukuki sorumluluğa karşı korunmak, verimliliği ölçmek veya güvenlik endişeleri gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlerle işverenin yönetim yetkisi kapsamında kural olarak işçinin kullanımına sunduğu iletişim araçlarını denetleyebileceği ve kullanıma ilişkin sınırlamalar öngörebileceği söylenebilir. Ancak işverenin yönetim yetkisinin işyerinde işin yürütülmesi, işyerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasıyla sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda işverenin yetki ve haklarının sınırsız olmadığı, çalışana tanınan temel hak ve özgürlüklerin somut olayda haberleşme hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının işyeri sınırları dâhilinde de korunduğu, aynı zamanda kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu işyeri kurallarının çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği vurgulanmalıdır.

İŞVEREN TARAFINDAN İŞÇİYE AİT VERİLERİN İŞLENEBİLMESİ İÇİN YA KANUNDA AÇIKÇA BİR HÜKÜM BULUNMALI YA DA İŞÇİNİN BUNA AÇIKÇA ONAY VERMESİ GEREKMEKTEDİR.

Bu çerçevede işyerinde kullanıma sunulan iletişim araçlarının işverene ait olduğu gözetilerek sırf bu nedenle bile işverenin iletişim araçları üzerinde sınırsız ve mutlak bir gözetleme ve denetleme yetkisinin olduğunu kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacaktır (E.Ü., § 69).

i. İşverenin çalışanın kullanımına sunduğu iletişim araçlarının ve iletişim içeriklerini incelemesinin haklı olduğunu gösteren meşru gerekçeleri olup olmadığı denetlenmelidir … içeriklerin incelenmesi yönünden daha ciddi gerekçeler aranmalıdır.
ii. Demokratik bir toplumda iletişimin denetlenmesi ve kişisel verilerin işlenmesi süreci şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmeli ve bunun bir gereği olarak da süreçle ilgili olarak çalışanlar işveren tarafından önceden bilgilendirilmelidir. … Ayrıca bildirimde iletişim araçlarının kullanımına ilişkin olarak işveren tarafından öngörülen sınırlamalara da yer verilmelidir. Bilgilendirmenin mutlaka belli şekilde yapılması şart olmayıp şeffaflığı sağlamak bakımından bireylere kişisel verilerin işlenmesine ve iletişimin denetlenmesine ilişkin süreçten yukarıda belirtilen kapsamda haberdar olma imkânı sağlayan uygun bir yöntem tercih edilebilir.
iii. Çalışanın temel hak ve hürriyetlerine işveren tarafından yapılan müdahale, ulaşılmak istenen amaç ile ilgili ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Ayrıca inceleme faaliyetiyle elde edilen verilerin işveren tarafından hedeflenen amaç doğrultusunda kullanılması gerekir.
iv. İşveren tarafından yapılan müdahalenin gerekli kabul edilebilmesi için aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılması mümkün olmamalı, müdahale ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmalıdır. Çalışanın iletişiminin içeriğine girilmesi yerine daha az müdahale içeren yöntem ve tedbirlerin uygulanmasının mümkün olup olmadığı denetlenmelidir. Bu kapsamda işverenin ulaşmak istediği amaca çalışanın iletişimi incelenmeden de erişme imkânı olup olmadığı her bir vakıanın somut özellikleri ışığında değerlendirilmelidir.
v. Müdahalenin orantılı kabul edilebilmesi için iletişimin denetlenmesi ile işlenecek veya herhangi bir şekilde yararlanılacak veriler, ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalı; bu amacı aşacak şekilde sınırlama ya da müdahaleye izin verilmemelidir.
vi. Ayrıca iletişimin incelenmesinin muhatabı olan çalışan üzerindeki etkisi ve çalışan bakımından sonuçları göz önünde tutularak tarafların çatışan menfaat ve haklarının adil bir biçimde dengelenip dengelenmediğine bakılması gerekmektedir. Taraflardan birine şahsi olarak aşırı bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varılabilir.
26. Öncelikle işverenin işçinin kullanımına sunulan iletişim araçlarını denetlemesine ilişkin olarak 4857 sayılı Kanun'da özel bir düzenleme olmadığı görülmüştür. Ancak Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde yer bulan özel hayata saygı hakkına ve haberleşme hürriyetine ilişkin güvenceler ile hukuk sistemimizde mevcut olan düzenlemelerin iş hukuku uyuşmazlıklarında uygulanması yönünde bir engel olmadığı gözetildiğinde yasal altyapı oluşturmak bağlamında pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmiş olduğu söylenebilir (E.Ü., § 72).
…
30. Kaldı ki mesajlaşma programlarının kişisel olarak da kullanılabileceği gözetildiğinde bir başkasına ait olan cep telefonunun denetlenmesinin ve başvurucuya ait mesajların ele geçirilmesinin başvurucunun özel hayatının ve haberleşmesinin gizliğinin korunması konusundaki makul beklentisine aykırı olduğu açıktır.
31. Nitekim Anayasa Mahkemesi başvuruya benzer olayları incelediği E.Ü. ve Samet Ayyıldız kararlarında, başvurucuların kurumsal e-posta ve kişisel Whatsapp hesabı içeriklerinin işveren tarafından denetlenmesi ve bu yazışmalar gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedilmesi şeklindeki müdahalelerde ihlal kararları vermiştir.
32. Açıklanan gerekçelerle özel hukuk iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemeleri tarafından yukarıda belirtilen anayasal güvenceleri gözeten özenli bir yargılama yapılarak pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşıldığından başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ile Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."
Kararda da görüleceği üzere her ne kadar söz konusu telefon işveren tarafından sağlansa ve işyeri için gerekli olan müşteri bilgilerine ulaşmak amacıyla incelense de işçilerin bu inceleme konusunda açıkça bilgilendirilmeyip onaylarının alınmaması Anayasa'ya aykırıdır. Veri sorumlusu olan işverenin işçilerin bilgilerini bu şekilde onayları olmaksızın işlemesi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na da aykırıdır.

İşveren tarafından yapılan denetim, ölçülülük sınırlarını aşmış ve dengeyi koruyamamıştır. Kaldı ki herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. İşverenin söz konusu işçiye ait iş telefonundaki şahsi mesajları onun bilgisi ve onayı olmaksızın incelemesi işçinin kişilik haklarını önemli şekilde ihlal edecek niteliktedir. Zira uluslararası sözleşmelerle de garanti altına alınmış en temel insan haklarından biri olan iletişim ve haberleşme özgürlüğünü ihlal etmiştir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi kararı ve yukarıda açıklanan bilgiler ışığında işverenin işin gereği gibi yapılmasını sağlamak amacıyla işçinin menfaatine aykırı birtakım önlemler alıp işçi üzerinde kontrol ve denetim yetkisini kullanabileceği fakat işverenin bu uygulamalarının amaca ulaşmak için zorunlu olduğu ölçüde ve işçinin kişilik haklarını en az ihlal edecek şekilde olması gerektiği kabul edilmektedir.

Bütün bu açıklamalar incelendiğinde işverenin işçinin telefonundaki mesajları inceleyerek iş sözleşmesini feshetmesinin işçi ile işveren arasında korunması gereken menfaat dengesini önemli ölçüde işçinin aleyhine olacak şekilde bozduğu görülmektedir. Kaldı ki işveren-işçi ilişkisinde zayıf ve korunması gereken tarafın işçi olduğu göz önüne alındığında işverenin denetim yetkisinin bu kadar geniş kapsamda yorumlanmasının hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacağı da aşikardır.

Sonuç olarak işverenin kontrol ve denetim yetkisi ile işçinin özel hayatının korunmasının dengelenmesinin yanında feshin son çare olması ilkesi de dikkate alındığında işveren tarafından bu şekilde yapılan feshin geçerli bir fesih olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. Beyza Nur Göksel
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Süzek, Sarper, İş Hukuku, s.454
2. Arslan Seda, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, s.5
3. Okur, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, s. 98
4. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf
5. Anayasa Mahkemesi 21.09.2022 tarih ve 2019/25605 Başvuru Numaralı Karar

REHİNLİ MALIN ALACAKLININ MÜLKİYETİNE GEÇMESİ YASAĞI (LEX COMMISSORIA YASAĞI)

A. GİRİŞ

1. Lex Commissoria Kavramı ve Kelime Anlamı

Lex commissoria, temeli Roma Hukukunda atılan ve Türk hukukumuzda da detaylarıyla incelenen ve günümüze kadar etkisini sürdüren bir yasak olarak tanımlanmaktadır. Hukuken lex commissoria yasağı, borç muaccel olmadan önce, borcun vaktinde ifa edilmemesi durumunda rehine konu mal veya malların mülkiyetinin doğrudan doğruya alacaklıya geçmesine dair sözleşme yapılmasının veya sözleşmelere bu tip kayıt konulmasının yasak olması anlamına gelmektedir. Latincede "sözleşme kaydı" anlamına gelen "lex" ile committo fiilinden türetilmiş olan "commissoria" kelimesinin dilimizdeki karşılığı "birleştirmek" anlamına gelir. Dolayısıyla "Lex Commissoria"yı kısaca "sözleşmeye bağlı kayıt" şeklinde adlandırmak isabetli olacaktır.

2. Lex Commissoria Yasağı Nedir?

Hukukumuzda "mürtehinin merhunu temellük yasağı" olarak da bilinen lex commissoria yasağı, Türk Medeni Kanunu'nun 873. maddesi kapsamında "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir." şeklinde ve 949. maddesi kapsamında "Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir." şeklinde düzenlenmiştir.

Lex commissoria yasağının temeli Roma Hukuku'na dayanmakta olup, bu yasağa konu olan sözleşmeler, genelde taraflar arasında borç ödenmediği takdirde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini taahhüt eden sözleşmelerdir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar kapsamında, borcun ifa edilmemesi sebebiyle hisse senetlerinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükümleri bu yasağa dayandırılarak geçersiz kabul edilmiştir. Bahsedilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2001/7126, K. 2011/9409, 29.11.2011 tarihli kararı aynen;

"Rehin işleminin, davacının da imzasının bulunduğu karar ile yönetim kurulu kararı haline getirildiği nazara alındığında, artık rehin işleminin şirket lehine yapıldığının kabulü gerekir ise de, rehin protokolünde yer alan, ihracat taahhüdünü yerine getirmez ise, rehinli hisse senetlerinin devredileceği yani mülkiyetin geçeceği yönündeki hüküm, Lex Commissoria yasağına aykırı ve hükümsüzdür." şeklindedir.

3. Yasağın Amacı

Lex Commissoria yasağı, kredi ihtiyacı sebebiyle edim altına giren borçludan aşırı faydalanılmaması ve sömürülmemesi adına getirilmiş, kanunla düzenleme altına alınmış bir yasaktır. Tabiri caizse borçluyu koruyan bu yasak, alacaklının haksız kazancını ve menfaatini önlemeye dair konulmuş etkili bir ilkedir.

Lex Commissoria yasağı, rehine konu eşyanın pahasının rehinli alacağın miktarından fazla kısmının alacaklının mülkiyetine geçmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Böylece ödeme güçlüğü içinde bulunan borçludan aşırı yararlanılması (gabin) ve rehin alanın da alacağından fazlasını elde etmesi engellenmiş olmaktadır. Bu yasağa rağmen yapılan sözleşmelerin hukukumuzdaki yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Lex Commissoria yasağının amacı Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2011/8337, K. 2011/10611, 21.09.2011 tarihli kararında şöyle ifade edilmiştir:

"Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanunu'nun 873 üncü maddesi hükmü gereğince borçlunun borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazı temellük etme hakkı veren her türlü sözleşme geçersizdir. Bu kuralın alacaklının borçlunun ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur. Anılan bu kural Roma Hukukundan gelen "Lex commissoria yasağı" olarak bilinir. Buradaki amaç alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmesini önlemektir."

4. Yasağın Devreye Girmesi İçin Oluşması Gereken Unsurlar ve İşlevi

Bir sözleşmenin veyahut akde eklenmiş bir kaydın Lex Commissoria kapsamında değerlendirilebilmesi için üç temel unsur aranmaktadır. Bu unsurlar;

i. Rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçirileceğine dair kayıt veya sözleşmenin varlığı,

ii. Sözleşmenin alacağın muaccel olmasından önce yapılmış olması,

iii. Sözleşmenin alacaklıyı memnun edip hak kazandırmak adına yapılmış olması gerekmektedir.

B. HUKUKUMUZDA LEX COMMISSORIA YASAĞI

1. Türk Medeni Kanunu'ndaki Düzenleme

TMK'nın 873/1. maddesi uyarınca, taşınmazlar hakkında, borcunu elde edemeyen alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden alma hakkına sahiptir ve yine TMK'nın 873/2. maddesine göre borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.

Bu düzenleme, açıkça bir Lex Commissoria yasağı düzenlemesidir. TMK'nın 946. maddesi uyarınca ise taşınır rehni yönünden alacaklı, ödenmeyen alacağının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir. Aynı Kanun'un 949. maddesi uyarınca, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir. Bu yasal düzenleme ile taşınır rehni yönünden de Lex Commissoria yasağı getirilmiştir.

Öte yandan TMK'nın 954/2. maddesi uyarınca, alacak rehni yönünden taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulanır. Borç ödenmediği takdirde ise söz konusu rehnedilen eşyanın rehinli alacaklıya devrini taahhüt eden lex commissoria anlaşmaları hükümsüz sayılacaktır. Nitekim, TMK'nın 965. maddesi uyarınca, alacak rehninin paraya çevrilmesinin cebri icra yoluyla olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca TMK'nın 966. maddesi uyarınca da rehin konusu alacak paraya çevrildiğinde, satış bedelinin rehinli alacak miktarından fazla olması halinde, fazla miktarın borçluya iade edileceği emredici biçimde düzenlenmiştir. Böylece, Lex Commissoria yasağının amacı doğrultusunda, alacağı aşan rehin tutarının borçluya iadesi sağlanmış olmaktadır.

2. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme

Daha önce yürürlükten kaldırılmış 6762 sayılı TTK m.919 hükmünce, "Alacak muaccel olmadan önce malik, alacaklıya alacağını tahsil amacıyla gemiyi temlik etmek veya cebri icra yolundan başka bir şekilde elden çıkarmak hakkını veremez" düzenlemesi mevcuttur. İçerisinde alenen bir Lex Commissoria yasağı bulunduran bu madde 6102 sayılı TTK'da kendine yer bulamamıştır.

6102 sayılı TTK'nın 1014. Maddesi uyarınca gemi ipoteği alacaklıya, alacağını geminin bedelinden alma yetkisini vermektedir. Gemi rehni alacaklıya, sadece rehinli geminin değerine yönelme ve satış değerinden alacağını tahsil etme yetkisi verir. Bu nedenle, alacaklının borcu elde edememesi halinde geminin mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşmeler TMK'nın 873/2. maddesi uyarınca geçersiz olacaktır.

3. Yasağın Uygulama Alanı

Teminat amaçlı hazırlanmış çoğu sözleşme için Lex Commissoria yasağı geçerlidir. İpotekli borç senetleri ve irat senetlerinin mevzuatımızda yer almasına rağmen uygulaması bulunmamaktadır. Aynı şekilde taşınmaz yükü de İsviçre'den hukukumuza geçmiş olup yine uygulaması bulunmamaktadır.

Lex commissoria yasağının taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin uygulanması pek çok tartışmaya konu olmuştur. Lex commissoria yasağı ile ilgili TMK'da hüküm bulunmasının yanı sıra Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda hükümler bulunmaktadır. Bu yasakla ile ilgili hükümler hak ve alacak rehni gibi diğer teminatlara da kıyasen uygulanır.

4. Yasak Bakımından İnançlı İşlemler

Borcun temerrüdü halinde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı kanunumuzca düzenlenmiştir. Rehin sözleşmesinin içinde bir hüküm veya ayrı bir sözleşme olarak düzenlenen bu tür lex commissoria anlaşmalarının geçersiz olacağı konusunda tereddüt yoktur.

Borçlu veya bir üçüncü kişinin bir eşya üzerindeki mülkiyet ya da alacak hakkını alacaklıya inançlı bir şekilde devrettiği durumlarda inançlı işlemlerden söz edilir. Bu durum lex commissoria yasağı açısından önem arz etmektedir. Teminat sağlama amacıyla alacaklı ve borçlu arasında yapılan bazı inançlı anlaşma türleri vardır. Bunlardan biri İnanç Anlaşmasıdır.

"İnanç anlaşması; inananın bir eşya üzerindeki ayni hakkı veya bir hakkın sahipliğini inanılana tam olarak devretmeyi; inanılanın ise devredilen eşya veya hakkı inanç anlaşmasının hükümlerine uygun biçimde idare ve/veya muhafaza etmeyi ve inanç anlaşması sona erdiğinde inanana iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir."

İnançlı devir işlemlerinin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar, fikri ve sınai mülkiyet konusu malvarlığı değerleri veya alacaklar oluşturabilir. Bu hususta taraflar rehin hakkı tesis etmez. Bunun yerine borçlunun veyahut onun yararına teminat veren üçüncü bir şahsın bir malı teminat olarak alacaklıya devreder. Alacaklı ise borç ödendiği zaman, verilmiş bu teminatı borçluya iade etmekle yükümlüdür.

İnançlı işlemle, hukuken geçerli sözleşmelerdir ancak bu tür sözleşmelerin her zaman kanuna karşı bir hile yoluyla yapıldığı söylenemez. Bir hile yahut aldatma olduğunu iddia eden tarafın bunu ispatlaması gerekmektedir. Bu tür işlemlere Karma İnançlı İşlemler denir ve bazı türleri bulunur. Teminat amaçlı inançlı gayrimenkul devir anlaşmaları, inançlı satış vaadi, teminat amaçlı vefa hakkı tanıyarak devir anlaşmaları ve teminat amaçlı alım sözleşmeleri bu türlerdendir.

5. Rehnin Paraya Çevrilmesi ile İlgili Özel Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Lex Commissoria Yasağı ile İlişkisi

Lex commissoria anlaşması maddi hukuka ilişkin bir düzenlemedir. Şayet, TMK m.872/2 ve m.949'da yasak açıkça düzenlenmiş ve geçersizlik yaptırımına bağlanmıştır.

Rehin hakkı alacaklıya, rehnin değerine yönelme hakkı verir ve alacaklı, rehinli malın satışını sağlayarak alacağını satış bedeli üzerinden alır. Kanun koyucu, alacaklının alacağına satış bedeli üzerinden kavuşmasını sağlamak üzere, rehinli malın paraya nasıl çevrileceğini özel olarak düzenlemiştir.

Lex commissoria yasağı nedeniyle rehinli malın mülkiyetini alamayan alacaklı, borçlunun borcunu ödememesi yahut temerrüdü halinde, rehinli malın değerine yönelme ilkesi uyarınca, rehinli malı paraya çevirerek satış bedeli üzerinden alacağına kavuşabilecektir.

Bu sebeple, rehinli malın paraya çevrilmesi usulü, doğrudan olmasa da dolaylı yoldan lex commissoria yasağıyla ilişkilidir. Çünkü, lex commissoria yasağının amacı, alacaklının alacağı karşılayan değerden fazlasını ele geçirmesini önlemektir. Yani lex commissoria yasağı kapsamında alacaklının önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla alacağını talep etmesi gerekmektedir.

C. İPOTEK SÖZLEŞMELERİ VE LEX COMMISSORIA

1. İpoteğin Kuruluşu

İpotek, Türk Medeni Kanunu uyarınca, taşınmaz rehini türleri arasında bulunmaktadır. TMK'nın 856/1. Maddesinde düzenlendiği üzere ipotek, taşınmaz rehinine ilişkin genel hükümlerle birlikte yer almaktadır. İpotek hakkı bir ayni hak olmakla birlikte tapu kütüğüne tescil ile kurulmaktadır. Buradaki tescil kurucu niteliktedir ve tapu kütüğüne tescil ile üçüncü kişilerin buna güvenerek işlem yapacak olması kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla TMK m.1023 ile iyi niyetin korunması da devreye girecektir.

2. Sözleşme

TMK m. 856/f. 2; "Taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır." şeklinde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, ipoteğin kurulabilmesi için tescil zorunluluğu dışında hukuki bir sebebin varlığı şartı da aranmaktadır.

İpotek sözleşmesi alacaklı ile tapuya kayıtlı taşınmazın maliki arasında kurulup, üçüncü şahsa veya alacaklıya karşı borcun temerrüdü halinde alacaklıya taşınmazın paraya çevrilmesi yolu ile satış bedelinden kendi payını alma hakkı veren sözleşmedir. İpotek hakkının doğabilmesi için genel sözleşme şartlarının varlığı da zorunlu tutulmuştur.

TBK m. 1 hükmünde yer alan "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur." koşulunun sağlanması gerekmektedir. Ayrıca ipotek sözleşmesinde herhangi bir hukuka aykırılığın yer alması da TBK m. 27 hükmünün "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." ifadesi gereği sebebe bağlılık ilkesi ile ipotek hakkının da doğmamasına neden olacaktır.

İpotek Sözleşmesinin geçerli bir sözleşme niteliğine sahip olabilmesi için içeriğinde yer alması gereken bazı unsurlar bulunmaktadır.

Bu unsurlar;

-İpoteği kuran taşınmaz malikinin kimliği

-İpotekli alacaklının kimliği

-Üçüncü kişi ipoteğinde ayrıca borçlunun kimliği

-İpotek konusu taşınmaz veya taşınmazlar

-İpotek alacağı

şeklindedir.

3. Taşınmaz Malikinin Borcu İçin İpotek

İpotek sözleşmesinin taraflarından biri olan taşınmaz malikinin tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisi varsa sözleşme konusu taşınmaz üzerine ipotek kurulabilir. TST m. 19'da belirtildiği üzere; *"(1) İstemde bulunanların fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılır. (2) Müdürlük, istem sahibinin ifade, tavır ve davranışlarından fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşerse resmî veya özel sağlık kuruluşundan ilgilinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hakkında fotoğraflı sağlık raporu ister. Raporun tarihi ve numarası resmî senet veya istem belgesi içeriğinde belirtilir ve raporun aslı işlem dosyasında saklanır."*

Hükmünce tasarruf ehliyeti ve yetkisine sahip olmayanların taşınmazları üzerinde ipotek kurulmasına dair talepleri, tapu sicil memuru tarafından reddedilecektir. Ayrıca gerek ipotek sözleşmesinin geçersizliğine rağmen gerekse tasarruf ehliyeti olmaksızın hatayla bir ipotek tescil edilir ise bu yolsuz tescile karşı malik, süreye bağlı olmadan ipotek kaydının terkinini talep edebilecektir. (TMK m.1025)

İİK m.45'te belirtildiği üzere; *"Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflâs veya haciz yolu ile takip edebilir."*

Bu hükme göre taşınmaz malikinin ipotek borcu olarak kendini teminat gösterdiği durumlarda alacaklıya karşı hem taşınmazın değeriyle hem de diğer tüm varlıklarıyla sorumlu olacaktır. Ancak ipotekli alacaklı, doğrudan doğruya borçlunun şahsi sorumluluğuna dayanarak iflas veya haciz yolu ile takibe geçemeyecektir. Alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi ile alacak tutarı kadar olan kısmı tahsil edecek, ipoteğin alacağı karşılamadığı kısım içinse borçlunun diğer malvarlıklarına başvurabilecektir.

4. Üçüncü Kişinin Taşınmazı Üzerindeki İpotek

TMK m. 881 f/2; "*İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez."* Uyarınca ipoteğin kurulmasında, borçlu ile malikin aynı kişi olması şart değildir. Üçüncü kişinin ipotek borcuyla ilgili sorumluluğu yukarıda bahsettiğimiz taşınmaz malikinin sorumluluğundan farklıdır. Üçüncü kişinin, ipotek ile teminat altına alınan borç ile ilgili şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır. Temel borç ilişkisinde yer almayan üçüncü kişi sadece taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satışına katlanmak ile yükümlüdür. İpotekli alacaklı, ipotekli taşınmazın satışından sonra yeniden alacağının tamamını elde edemez ise kalan kısım için asıl borçluya başvuracaktır.

Borcu ödeyen rehinli taşınmaz maliki (üçüncü kişi), taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasıyla birlikte alacağın kendi üzerine geçmesini talep edebilir.

TMK m. 887'de; *"İpotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya hem kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır."* Hükmü ipotekli taşınmazı daha sonra devralan malik için de uygulanacaktır.

Buna göre, ipotekli taşınmaz, borçluya yapılan muacceliyet ihbarından sonra üçüncü bir kişiye satılmış olsa dahi bu ihbarın yeni malike de yapılması gerekecektir. Bununla birlikte, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ilişkin ödeme ve icra emrinin, İİK m. 149 uyarınca yine borçlu ile taşınmaz malikine de gönderilmiş olması şarttır.

5. İpotek Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, ipotek sözleşmelerinde, sözleşmenin bir tarafı alacaklı iken diğer taraf asıl borçlu olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilmektedir. Ancak taraflar arasında kurulan ipotek ilişkisi neticesinde taşınmaz üzerinde ipotek hakkına sahip olan alacaklının söz konusu taşınmazın maliki olması hukuken mümkün değildir. Zira sözleşme kapsamında elde edilen ipotek hakkı alacaklıya, borcun ödenmemesi durumunda yalnızca ipoteğin paraya çevrilmesi talebinde bulunabilme hakkı tanımaktadır.

Taşınmazın paraya çevrilmesi sonrasında, borç tutarındaki miktar alacaklıya ödenmekte, alacaklının alacağı karşılayan değerden fazlasını ele geçirmesi önlenmektedir. Roma hukukundan günümüze kadar gelen ipotekli taşınmazın alacaklının mülkiyetine geçmesine imkân tanımayan ve alacaklının alacak değerinden fazlasını elde etmesini önleyen bu yasak, Lex Commissoria Yasağı olarak tanımlanmaktadır.

D. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Emredici nitelikteki TMK madde 873 ve 949 uyarınca Lex Commissoria yasağına aykırı sözleşme hükümleri veya Bağımsız Lex Commissoria sözleşmeleri kesin hükümsüzdür.

Lex Commissoria, ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı durumda Kanunun emredici hükmünde belirtildiği üzere kesin hükümsüz sayılır. Rehin sözleşmesi içinde bir şart olması durumunda da taşınır ve taşınmaz rehni hükümleri uyarınca şart geçersiz olacaktır.

Lex commissoria yasağına aykırı davranmanın yaptırımlarıyla ilgili iki ayrı görüş vardır. Bunlardan ilki; "Zorunlu Kısmi Hükümsüzlük" ikincisi ise "Kısmi Hükümsüzlük" görüşüdür.

-Zorunlu Kısmi Hükümsüzlük; Bu görüşe göre rehin sözleşmesinin geçersiz olma ihtimalinde borçlunun durumunun daha da ağırlaşacağı, bundan dolayı borçluyu koruma amacına aykırı davranıldığı belirtilir.

Buna göre; emredici hükmün amacı veya dürüstlük kuralı sözleşmenin geri kalanının geçerli olmasını gerektirmekte olup, taraf iradelerinin araştırılmaksızın sözleşmenin kısmi hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

-Kısmi Hükümsüzlük: Bu görüş öğretideki baskın görüş olmakla birlikte, bir sözleşmenin kısmi hükümsüz sayılabilmesi için TBK m.27/2'de belirtilen unsurların gerçekleşmiş olmasını aramaktadır.

Sakatlığın sözleşmenin belli bir kısmına ilişkin olması objektif unsur, tarafların o kısım olmasa dahi sözleşmeyi yapmaya dair farazi arzularını belirten sübjektif unsurdur.

Eğer bir rehin sözleşmesinde Lex Commissoria hükmü var ise objektif şart tamamlanmış olur. Subjektif unsur ise öğretide tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre taraf iradelerinin araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerekmektedir.

E. SONUÇ

Lex Commissoria yasağı, alacaklının karşısında zayıf konumda olduğu kabul edilen borçlunun korunması amacıyla düzenlenmiş olup, alacaklının borç miktarından daha fazlasını ele geçirmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yasak kapsamında alacaklı, üzerinde ipotek bulunan taşınmazı, ipotek veren asıl borçlu veya üçüncü kişi ile anlaşsa dahi hiçbir şekilde mülkiyetine geçiremeyecektir. Zira sözleşmede alacaklının mülkiyeti ele geçireceğine dair bulunan hükümler geçersizdir.

Detaylı Bilgi için;
Stj. Av. M. Çağrı Telligözoğlu
Stj. Av. İrfan Hakan Aydın
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.

2. DERELİ Zeliha, "Lex Commissoria Yasağı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009

3. KARAMAN Başak, Roma Hukukunda Rehin Akdi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

4. ÖZEL Bengisu, İpotek Hakkının Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019

5. EKER Ece Ayça, Lex Commissoria Yasağı ve Uygulama Alanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 2020

LEX COMMISSORIA YASAĞI, ALACAKLININ KARŞISINDA ZAYIF KONUMDA OLDUĞU KABUL EDİLEN BORÇLUNUN KORUNMASI AMACIYLA DÜZENLENMİŞ OLUP, ALACAKLININ BORÇ MİKTARINDAN DAHA FAZLASINI ELE GEÇİRMESİNİ ÖNLEMEYİ AMAÇLAMAKTADIR.

GELİR VERGİSİ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR 7420 SAYILI KANUN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANDI

1. 09.11.2022 tarihli ve 32008 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 7420 Sayılı Kanun (''Kanun'') ile;
2. Değişiklik Getiren Kanunun 1. Maddesiyle, sahibi oldukları veya kiraladıkları konutların çatı ve/veya cephelerinde kurdukları üretim tesisinden üretilen elektrik enerjisinin ihtiyaç fazlasının, son tedarik şirketine satılması durumundaki muafiyet şartlarından olan üretim tesisi kurulu gücünün azami 25 kW olması koşulu 50 kW olarak değiştirilmiştir.
3. Değişiklik Getiren Kanunun 2. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/1-8 maddesi değiştirilmiş; işverenlerce, işyerinde veya müştemilatında yemek verilmeyen hallerde çalışılan günlere ait bir günlük yemek bedelinin 51 Türk lirasını aşmayan kısmı istisna kapsamında alınmıştır. Bu düzenleme ile, işverence yemek verilmeyen durumlarda istisna kapsamında verilen yemek kartları uygulaması genişletilmiştir. Bu kapsamda, yemek bedelinin nakden ödenebilmesi imkanının önü açılarak yemek kartı şirketi kullanma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.
4. Ayrıca, Değişiklik Getiren Kanunun 2. Maddesiyle 193 sayılı Kanunun 23. Maddesine eklenen fıkra ile yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerde çalışan hizmet erbabına, fiilen yurt dışındaki çalışmaları karşılığı işverenin yurt dışı kazançlarından karşılanarak yapılan ücret ödemeleri istisna kapsamına alınmıştır.
5. Değişiklik Getiren Kanunun 3. Maddesiyle 193 sayılı kanunun geçici 82. Maddesinde düzenlenen ve bireysel katılım yatırımcılarına tanınan istisnanın süresi 31.1.2027 tarihine kadar uzatılmış ve kullanılabilecek istisnanın üst sınırı 2.500.000-TL'ye çıkarılmıştır.
6. Kanunun Geçici 1. Maddesi ile, işverenlerce, çalışanların 1.000-TL'ye kadar elektrik, doğalgaz ve ısınma giderlerinin ödenmesi amacıyla sağlanan menfaatler gelir vergisinden istisna edilmiştir.
7. Kanunun 22. maddesiyle, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na sermaye azaltımında, sermaye unsurlarına ve sermaye unsurlarının sermayeye eklenmesinden sermaye azaltımı yapıldığı tarihe kadar geçen zamana bağlı olarak yeni bir vergileme öngörülmüştür.
8. Değişiklik Getiren Kanunun 14. maddesiyle;

Covid-19 sebebiyle gerçekleştirilen kısa çalışma başvurularının alınması, değerlendirilmesi ve ödenmesine ilişkin işlemler ile nakdi ücret desteği ödemelerinde Bakanlık ve Kurum personeline herhangi bir sorumluluk yüklenmeyeceği,

Covid-19 sebebiyle ödenen kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği ödemelerinde hatalı işlemlerden kaynaklanan tüm fazla ödemelerin terkin kapsamına alınması ve tahsil edilenlerin ise iade veya mahsup kapsamına alınmayacağı,

İş Kanunu'nun 25/II (ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan sebeplerle işveren tarafından fesih) bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işçi çıkarılmasına istinaden oluşan fazla ve yersiz ödemeler ile ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına konu olmuş kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği ödemelerinin terkin kapsamı dışında tutulacağı,

Ceza soruşturması veya kovuşturması neticesinde KYOK veya beraat kararı verilenler hakkında terkin hükümlerinin uygulanacağı,

hüküm altına alınmıştır.

Kaynak: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/11/20221109-10.htm

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