

**CASE LAW SYMPOSIUM: RECENT DEVELOPMENTS IN
DOMESTIC, INTERNATIONAL, AND FOREIGN JUDICIARIES
ABSTRACTS**

**YENİ İÇTİHA TLAR: ULUSAL, ULUSLARARASI VE YABANCI
MAHKEME KARARLARI SEMPOZYUMU TEBLİĞ
ÖZETLERİ**

KOÇ ÜNİVERSİTESİ LAW SCHOOL / HUKUK FAKÜLTESİ

7 October / Ekim 2022



Opening remarks / Açılış konuşması	9.00 (GMT+3) - Bertil Emrah Oder (Dean/Dekan – Koç Üniversitesi Law School/Hukuk Fakültesi)		
Link / Bağlantı	Webinar ID 952 7934 2636 - https://kocun.zoom.us/j/95279342636		
Session / Seans	Session A / A Seansı (9.15-11.15)	Session B / B Seansı (12.00-14.00)	Session C / C Seansı (15.00-17.00)
Panel no. / Oturum no.	A1	B1	C1
Chair / Oturum Başkanı	Nur Centel (Koç Üniversitesi)	Bertil Emrah Oder (Koç Üniversitesi)	Murat Develioğlu (Galatasaray Üniversitesi)
Presentations / Tebliğler	Hakan A. Yavuz (Yargıtay) - Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü ve Anayasa Mahkemesinin 31.03.2021 ve 21.04.2022 Tarihli İptal Kararlarına İlişkin Düşünceler	Yiğit Sayın (Koç Üniversitesi) - On the Definition of Slavery in Modern Law in Light of Recent Court Decisions	Tuba Birinci Uzun (Akdeniz Üniversitesi) / Ayşegül Dörttepe Okutan (Antalya Bilim Üniversitesi) - Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgili Göstermemesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir mi? Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi
	Büşra Erdem (İstanbul Aydın Üniversitesi) - Almanya/Jena Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 18/1/2022 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Müdafinin Ceza Savunması Yoluyla Ceza Adaletini Engellenmesi	Sanita van Wyk (Tilburg University) - Different Roads to the Same Destination: Climate Change Litigation in South Africa and the Netherlands and the Role of Human Rights in the Mitigation of Climate Change	Özgün Çelebi (Koç Üniversitesi) - İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4A_522/2018 Sayılı, 18 Temmuz 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Mirasçılarının Külli Halef Sıfatıyla Bankalardan Bilgi Alma Haklarının Kapsamı
	Recep Kahraman (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) - Tasarılmanın Tespitinde Kavramın Psikolojik Boyutunun Öne Çıkarılmasına Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi	Abdulkadir Karaarslan - Kozan v. Turkey: The Limits of the Judges' Freedom of Expression	Efe Can Yıldırım (İstanbul Üniversitesi) - Yargıtay'ın Güncel Kararları Işığında Muris Muvazaası Kavramı ile Denkleştirme Kurumunun İlişkisi
	Tuğçe Duygu Köksal (Galatasaray Üniversitesi) - Avukata Erişim Hakkına İlişkin Güvenceleri Zayıflatan İçtihadın Değerlendirilmesi		
Link / Bağlantı	Webinar ID 952 7934 2636 - https://kocun.zoom.us/j/95279342636		

Session / Seans	Session A / A Seansı (9.15-11.15)	Session B / B Seansı (12.00-14.00)	Session C / C Seansı (15.00-17.00)
Panel no. / Oturum no.	A2	B2	C2
Chair / Oturum Başkanı	S. Anlam Altay (Galatasaray Üniversitesi)	R. Murat Önok (Koç Üniversitesi)	Billur Yaltı (Koç Üniversitesi)
Presentations / Tebliğler	Emek Toraman Çolgar (Koç Üniversitesi) - İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görev Süresi Dolan ve Yeniden Seçilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Durumuna İlişkin Verdiği Karar (4A_496/2021) Hakkında Düşünceler	Timuçin Köprülü (Atılım Üniversitesi) - Devlet Başkanına Suikast İddiasıyla İfade: İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kararından Hareketle Bir İnceleme	Ayşegül Küçükdağlı (Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi) - Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 26.03.2019 Tarihli Kararının Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi Rejimine Etkisi ve Güncel Tartışmalar
	Cem Veziroğlu (Koç Üniversitesi) - Kaçış Klozu (TTK m. 493) Bağlamında Güncel Sorunlar: Türk ve İsviçre Hukukunda Yeni İçtihatlar	Barış Işık (İstanbul Okan Üniversitesi) - IŞİD Üyelerinin İşledikleri Suç Fiillerinin Uluslararası Suçlar Bağlamında Değerlendirilmesi - Frankfurt am Main Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı Örneği	İsmail Dede (Galatasaray Üniversitesi) - İnterseks Kişilere Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonları Özelinde Kıta Avrupası'nda Paternalist İdeolojinin Reddi ve Yargıtay Uygulaması
	İbrahim Bektaş / Yasin Barış Özelci (Ankara Üniversitesi) - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Kambiyo Senesinde Borçlunun İbrasına İlişkin 09.02.2022 Gün, E. 2020/6907, K. 2022/941 Sayılı İçtihadı Üzerine Düşünceler	Süleyman Özar (Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcılığı) - Anayasa Mahkemesi Kararlarında Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçların Serencamı	Simay Doğmuş (Yaşar Üniversitesi) - AYM'nin K. 2020/78 ve B.N. 2019/40353 Kararları Özelinde Vergilendirmede Belirlilik İlkesi
	Beyza Aka (Galatasaray Üniversitesi) - Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin (OLG Nürnberg) 20.12.2013 Tarihli ve 12 U 49/13 Sayılı Kararı Işığında Rus Ruleti Klozlarının Geçerliliği ve Uygulanması	Veysel Candan Canoğlu (Kocaeli Üniversitesi) - Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararlarında Ceza Yargılamasında Verilen Kararın Aynı Fiilden Dolayı Yapılan Disiplin Soruşturmasında Kullanılmasının Masumiyet Karinesi Açısından Değerlendirilmesi	Erhan Bayar / Yusuf Öcalmış / Hakan Kepir (İstanbul Okan Üniversitesi) - Yargı Kararları Çerçevesinde Finansman Gider Kısıtlaması Uygulaması
Link / Bağlantı	Webinar ID 932 2333 0523 - https://kocun.zoom.us/j/93223330523		

Session / Seans	Session A / A Seansı (9.15-11.15)	Session B / B Seansı (12.00-14.00)	Session C / C Seansı (15.00-17.00)
Panel no. / Oturum no.	A3	B3	C3
Chair / Oturum Başkanı	Mustafa Erkan (Marmara Üniversitesi)	Nevhis Deren Yıldırım (Koç Üniversitesi)	Veliye Yanlı (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Presentations / Tebliğler	Ayşegül Buğra Şar (Koç Üniversitesi) - Carrier's Liability as Appraised in the UK Supreme Court decision Alize 1954 and Another v. Allianz Elementar Versicherungs AG and Others (The "CMA CGM Libra") [2021] UKSC 51	Hakan Hasırcı (Yeditepe Üniversitesi) - Mahkemeye Elektronik Ortamda İletilen Belgelere Sistemden Kaynaklanan Sebeplerle Ulaşılmasına Dair 08.03.2022 tarih ve VI ZB 25/20 sayılı Alman Federal Mahkemesi Kararı'nın Elektronik Ortamda Yapılacak Usul İşlemlerine Dair Düşündükleri	Mehmet Özdamar (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) İçtihatlar Doğrultusunda Ticari İş ve Ticari Dava İlişkisi (Yargıtay HGK'nın 2015/15-440 Esas, 2015/1769 Karar, 16.09.2015 Tarihli Kararı)
	Mehmet Polat Kalafatoğlu (Koç Üniversitesi) - Reinforcing the Enforcement Mechanisms of Arbitral Awards: An Analysis of the ECHR Judgment in The Case of BTS Holding, A.S. v. Slovakia	Eray Karagöz (Ankara Üniversitesi) - Uber Örneğiyle Bağımlılıktan Bağımsızlığa: Çalışma İlişkilerinde Yaşanan Dönüşüm Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Nasıl Karşılık Bulacak?	Melda Taşkın (İstanbul Üniversitesi) - "Volcafe Ltd and others (Appellants) v. Compania Sud Americana De Vapores SA" Kararı ve İspat Yüküne İlişkin Türk ve Alman Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme
	Ayşegül Kula (Koç Üniversitesi) - European Investment Bank Complaints Mechanism: An Accountability Mechanism of Global Administrative Law	Serpil Işık (İstanbul Üniversitesi) - Ticari Niteliği Haiz İtirazı İptali Davalarının Dava Şartı Arabuluculuk Kuralına Tabi Olup Olmadığı – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 04.12.2020 tarihli Kararı Kapsamında Değerlendirmeler	İsmail Özgün Karaahmetoğlu (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi) - Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Genel Şartlar Işığında İspata Dair Tespitler ve Değerlendirmeler
		Elçin Zengin (Georg-August-Universität Göttingen) - İsviçre Federal Mahkemesinin Video Konferans Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin 4A_182/2020 Sayılı 06.07.2020 Tarihli Kararının İsviçre, Türk ve Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	Elif Akıncı (KTO Karatay Üniversitesi) - Amerikan Sigorta Hukukunda Hukuka Aykırı Reklamlardan Doğabilecek Zararların Teminat Altına Alınması
Link / Bağlantı	Webinar ID 957 7647 2937 - https://kocun.zoom.us/j/95776472937		

Session / Seans	Session A / A Seansı (9.15-11.15)	Session B / B Seansı (12.00-14.00)	Session C / C Seansı (15.00-17.00)
Panel no. / Oturum no.	A4	B4	C4
Chair / Oturum Başkanı	Baki İlkey Engin (İstanbul Üniversitesi)	Nafiye Yücedağ Keskin (İstanbul Üniversitesi)	Ozan Erözden (MEF Üniversitesi)
Presentations / Tebliğler	Umut Yeniocak (Altınbaş Üniversitesi) - Kira Tespit Davalarının Açılma Zamanı ve Emsal Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Analizi	Zeliha Hacımuratlar Sevinç (MEF Üniversitesi) - Yolsuzlukla Mücadele Yöntemi Olarak Yöneticilerin Gelir ve Malvarlığı Bilgilerinin Yayınlanması ile Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki Gerilim: İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın Konu Hakkındaki Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme	Özge Bilge (Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı - Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs) - Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı
	Işık Önay (Koç Üniversitesi) - Onaylanmış Kuruluşlar CE İşaretli Ürünlerin Sebep Olduğu Zararlardan Sorumlu Tutulabilir mi? (Alman Federal Mahkemesinin PIP Kararları)	Sevda Bora Çınar (Akdeniz Üniversitesi) - Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki Nitelik Tartışmaları Bağlamında Avustralya Federal Mahkemesinin “Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879” ve “Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62” Kararlarının Değerlendirilmesi	Pınar Dikmen (Marmara Üniversitesi) - Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Buen Vivir; İyi Yaşam Ölçütü: Latin Amerika Mahkemelerinin Güncel Kararları
	Yasin Alperen Karaşahin (Koç Üniversitesi) - İsviçre Federal Mahkemesi'nin Hasar Gören Taşınmazlarda Değer Kaybına Dair İçtihadının İncelenmesi	Fethiye Nur Baştürk Akkaya (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi) - Avrupa Birliği Adalet Divanının 1 Ağustos 2022 Tarihli C-184/20 - Vyriausioji Tarnybinės Etikos Komisija Kararı Işığında Hassas Kişisel Veri Kavramını Yeniden Düşünmek	Ali Saçar (Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi) - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol No. 16 Uygulamasına Dair Gözlemler
	Ayça Zorluoğlu (Hacettepe Üniversitesi) - Ürün Sorumluluğunda Sorumluluğun Dayanağı ve İspat Yükü Meselesi	Pelin Özkaya (Hacettepe Üniversitesi) - Van Buren & U.S.C. Davası'nın ABD Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'na Etkisi	Royal Maharramov (Bakü Devlet Üniversitesi - Baku State University) - Makuchyan ve Minasyan v. Azerbaycan ve Macaristan Kararının Eleştirisi
Link / Bağlantı	Webinar ID 999 7662 0611 - https://kocun.zoom.us/j/99976620611		

Session / Seans	Session A / A Seansı (9.15-11.15)	Session B / B Seansı (12.00-14.00)	Session C / C Seansı (15.00-17.00)
Panel no. / Oturum no.	A5	B5	C5
Chair / Oturum Başkanı	Burak Oder (İstanbul Bilgi Üniversitesi)	Zeynep Derya Tarman (Koç Üniversitesi)	İlke Göçmen (Ankara Üniversitesi)
Presentations / Tebliğler	Sertaç Işıka (İstanbul Üniversitesi) - Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında "Gerekçeli Karar Hakkı"	Sedat Sirmen (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi) / Işıl Tekdoğan Bahçıvan (Ankara Üniversitesi) - ABD Yüksek Mahkemesinin 15 Haziran 2022 Tarihli Golan v. Saada Kararı ve 1980 La Haye Sözleşmesinde Düzenlenen "Ciddi Risk" Halinde Çocuğun Geri Gönderilmemesinin İstisnası Olarak "İyileştirici Tedbirler"	Zeynep Ayata (Koç Üniversitesi) - Effective Private Enforcement of GDPR in Light of Meta Platforms Ireland Ltd. v VZBV
	Erkan Duymaz (İstanbul Üniversitesi) - Bireysel Başvuruda Yol Ayrımına Doğru: Anayasa Mahkemesinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin Güncel Kararları Hakkında Değerlendirmeler	Sezercan Bektaş (Sakarya Üniversitesi) - Uluslararası Daimî Tahkim Mahkemesinin (Permanent Court of Arbitration – PCA) M/V Enrica Lexie (İtalya v. Hindistan) Kararı Kapsamında Bayrak Devletinin Münhasır Yetkisinin İncelenmesi	Yalçın Yurttaş (Marmara Üniversitesi) - Limits of Democratic Self-Defence in the EU: Hungary and Poland v. Parliament and Council
	Bige Açımız (Koç Üniversitesi) - Fransız Anayasa Konseyi ve Devlet Konseyi Kararları Çerçevesinde Kira Bedeline Devlet Müdahalesi	Şerife Esra Kiraz (Çankırı Karatekin Üniversitesi) - Türk Ticaret Mahkemelerinde Uluslararası Ticari Sözleşmeler: CISG Örneği	Gürkan Çapar (Sant'Anna School of Advanced Studies) - The Schrems and Their Discontents: Legitimacy of Unilateral Regulation
	Sümeyye Hande Akgün (Hacettepe Üniversitesi) - Araştırma Görevlisi: Bilgi Üretim Süreçlerinin Görünmez İşgücü (Anayasa Mahkemesinin 2017/156 Esas, 2019/37 Karar Sayılı İptal Davasında 2547 Sayılı Kanunun Ek 38. Maddesi İle İlgili Değerlendirmeleri Üzerine Düşünceler)	Murat Sarıkaya (Türk-Alman Üniversitesi) - Ulusal Mahkemelerimizin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Bağlamında Verdiği İlk Kararların İncelenmesi	
Link / Bağlantı	Webinar ID 990 0391 7686 - https://kocun.zoom.us/j/99003917686		

Oturum A1 (9.15-11.15)

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü ve Anayasa Mahkemesinin 31.03.2021 ve 21.04.2022 Tarihli İptal Kararlarına İlişkin Düşünceler

Doç. Dr. Hakan Yavuz*

Seri muhakeme usulü Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda çok yeni bir kurumdur. Yöntem 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle değiştirilen ve 24.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinde düzenlenerek sisteme dahil edilmiştir.

Seri muhakeme usulü *yargılamasız ceza olmaz ilkesinin* bir istisnasını teşkil eden ceza kararnamesi türlerinden birisidir. Karşılaştırmalı hukukta ceza kararnamesi (*penal/punishment order*) adıyla anılan benzerlerinin; kovuşturmayaya alternatif bir yöntem olması, soruşturma evresinde büyük ölçüde savcının kontrolünde gerçekleşmesi, suçun sübutuna ve yaptırımın belirlenmesine ilişkin değerlendirmenin bizzat savcı tarafından yapılması, söz konusu belirlemenin şüpheli tarafından kabulü halinde, şayet öngörülmüş ise bir mahkeme tarafından onaylandıktan sonra uygulanabilir hale gelmesi, verilen kararın yargılama sonucunda verilmiş bir mahkûmiyet hükmü ile aynı etkileri doğurması, kararın kesinleşmesi halinde derhal infaz edilebilir olması ve suç kaydına konu olması şeklindeki temel özelliklerinin tümü seri muhakeme usulü bakımından geçerli görünmektedir.

Seri muhakeme usulünde şüpheli ile savcı arasında, kovuşturma yapılıp yapılmaması ya da cezanın türü ve miktarının belirlenmesi konusunda bir müzakere yapılmamakta, yalnızca savcı tarafından belirlenen yaptırıma ve yaptırımın uygulanma şekline ilişkin bir teklifte bulunmaktadır. Aynı şekilde usulün uygulanması şüphelinin suçu kabulü ya da ikrarı koşuluna da bağlanmamıştır. Bu itibarla seri muhakeme usulü “mutabakata dayalı kovuşturmayaya alternatif bir yöntem” olarak kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi CMK'nın 250. maddesiyle ilgili iki ayrı iptal kararı vermiştir.

İlk karar (31.03.2021 tarih ve 2020/35 Esas sayılı karar) ile CMK'nın 250. maddesinin dokuz numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*” ibaresi Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bunun üzerine 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme yapılarak, mahkemenin taleple belirlenen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere takdir edeceği bir yaptırıma hükmedebilmesi sağlanmıştır.

İkinci karar (21.04.2022 tarih ve 2020/87 Esas sayılı karar) ile usule ilişkin düzenlemenin uygulama koşullarının belirlendiği CMK'nın Geçici 5. maddesinin "d" bendinde yer alan "*kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış*" ibaresi Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İlk karar bakımından, seri muhakeme usulünün özel bir yargılama usulü olmadığı esasen yukarıda temel özellikleri belirtilen "kovuşturmayaya/kamu davasına alternatif (*alternative to prosecution*) bir yöntem olan "ceza kararnamesi" formu olarak "mutabakata dayalı bir yöntem" olduğu hususu göz ardı edilerek eskisinden daha sorunlu bir uygulamaya geçilmesine neden olunmuştur.

İkinci karar bakımından ise, usulün uygulanması halinde cezada bir indirim yapılması şüphelinin lehine olsa da artık kovuşturma evresine geçilerek muhakeme süreci genel usule göre

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı (hayavuz@gmail.com).

tamamlanmış dosyalarda tekrar soruşturma evresine dönülmesi ceza muhakemesinin doğasına aykırıdır. Zira seri muhakeme usulü, kovuşturma evresine geçilmesini engelleyen bir yöntemdir. Bu usulde belirlenen yaptırım her ne kadar bir mahkeme kararına konu edilmekte ise de düzenlenmiş bir iddianame, açılmış bir kamu davası bulunmamaktadır. Dolayısıyla açılmış bir kamu davası ile kovuşturma evresine geçilmiş ve hatta mahkûmiyet kararı verilmiş dosyalarda sonradan yapılan, sanık lehine olan ancak soruşturma evresine ilişkin olan bir düzenleme nedeniyle tekrar soruşturma evresine dönülmesi mümkün olmamalıdır. Söz konusu kararda gerek ceza muhakemesinin evrelere (p.18) ve gerekse usulün bir "yargılama" usulü olduğuna ilişkin (p.32) değerlendirmeler, kurumun ceza muhakemesi hukukundaki yerinin isabetli bir şekilde tespit edilemediğini, basit yargılama usulü ile karıştırıldığını göstermektedir. Seri muhakeme usulü pratik gerekçelerle, ceza muhakemesi süreçlerinin mümkün olduğunda hızlı ve ekonomik bir şekilde tamamlanması amacıyla hizmet eden istisnai bir yöntemdir. Esasen usul, yaptırımda zorunlu olarak indirim öngörülmesi ve hapis cezası belirlenebilmesi nedeniyle baştan beri sorunlu bir görünüm arz etmekle birlikte söz konusu karar yukarıdaki nedenlerle isabetli görünmemektedir.

Tebliğde söz konusu iptal kararlarının neden isabetli olmadığı karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve mahkeme kararları da dikkate alınarak ayrıntılı olarak değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Seri Muhakeme Usulü, Ceza Kararnamesi, Kovuşturmaya Alternatifler, Ceza Muhakemesi, Anayasa Mahkemesi

**Almanya/Jena Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 18/1/2022 Tarihli Kararının¹
Değerlendirilmesi: Müdafiiin Ceza Savunması Yoluyla Ceza Adaletini Engellenmesi**

Dr. Öğr. Üyesi Büşra Erdem*

Müdafii, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı olarak CMK m. 2/1-c'de tanımlanmıştır. Doktrinde kanun koyucunun müdafii terimini tercih etmesinde, ceza muhakemesinde kamu çıkarlarının korunmasının amaçlandığı; bu bağlamda ceza muhakemesinde görev yapan avukatın kamusal bir görev yürüttüğü ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte müdafiiin savunmasını üstlendiği kişinin menfaatlerini gözetmesi ve savunma görevini yerine getirilebilmesi için hukuk düzeninde kendisine birtakım hak ve yetkiler tanınmıştır. Bu yetkilerden biri CMK m. 153'de düzenlenen müdafiiin dosyayı inceleme yetkisidir. CMK m. 153/1'e göre, müdafii soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahiptir. Müdafiiin dosyayı inceleme yetkisi kapsamında, şüpheli hakkındaki ceza soruşturması ile ilgili olarak dosyadan öğrendiği bilgileri şüpheliye bildirme hakkı ve hatta yükümlülüğü de bulunmaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da müdafiiin savunma görevini yerine getirilebilmesi için bazı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerden biri olarak, müdafiiin öğrendiği bilgileri şüpheliye bildirmesi ile ilgili Almanya/Jena Yüksek Bölge Mahkemesi kararında bu husus tartışılmaktadır. Karara konu olayda, şüpheli (B) hakkında başlatılan soruşturma kapsamında şüphelinin kaçma riskine dayalı olarak şüpheli hakkında tutuklama emri çıkarılması için yetkili yerel mahkemeye başvuruda bulunulmuştur. Şüpheli (B)'nin müdafii (K) ise StPO § 147 kapsamında dosyayı inceleme ve örnek alma talebinde bulunmuş ve müdafii (K)'nın talebi üzerine 16 Eylül 2021 tarihinde, içerisinde Cumhuriyet savcısının tutuklama emri taslağının da yer aldığı soruşturma dosyasının tam kopyasına erişim izni verilmiştir. Şüpheli (B) hakkında verilen tutuklama kararının yerine getirilmesi amacıyla yapılan aramada, (B) hakkında verilen tutuklama emri taslağının bir kopyası (B)'nin evinin oturma odasındaki masanın üzerinde bulunmuştur. Bunun üzerine savcılık, müdafii (K) hakkında StGB § 258 uyarınca ceza kovuşturmasının engellemesi suçuna ilişkin soruşturma başlatmış ve ayrıca (K)'nın bir kamu savunucusu olarak müteakip yargılamalara katılmaktan men edilmesini talep etmiştir. Ancak kararı veren Yüksek Bölge Mahkemesi, ihraç nedeninin kesin olarak açıklanamaması nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme gerekçe olarak, (K)'nın usul kanununu ihlal ederek ceza kovuşturmasını engellemeye yönelik hareket ettiğine dair bir karar için, objektif herhangi bir gerekçe bulunmadığını ifade etmiştir. Nitekim, mevcut olayda olduğu gibi bu tür yargılamaların genellikle ihraç sebebinin kanıtlanmaması nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varılmasıyla sona erdiği ifade edilmiştir. Zira, müdafiiin görevi kapsamında bir ceza savunması doğası gereği, şüphelinin ceza kovuşturmasından, tutuklamadan veya mahkumiyetten korunması için tasarlanmıştır. Ceza savunması kapsamında, müdafiiin dosyaların içeriğini kendisiyle paylaşılmasına izin verildiği ölçüde, şüpheliyi ceza soruşturması hakkında bilgilendirme ve hatta dosya alıntılarını ve dosya kopyalarını teslim etme hakkına da sahiptir. Somut olayda, müdafiiin kovuşturma makamlarından edindiği tutuklama emri taslağına ilişkin bilginin objektif olarak

¹ OLG Jena, Beschl. v. 18.1.2022 – 1 Ws 487/21, StRR 2022, 19 mAnm Burhoff. Ayrıca bkz. NJW-Spezial 2022, 153; JuS 2022, 782.

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (busrabodur@aydin.edu.tr).

haksız bir şekilde, örneğin aldatma yoluyla, elde ettiğine dair herhangi bir belirti sunulamamıştır. Alman hukuku doktrininde ve içtihadında, müdafinin bir tutuklama emrinin veya soruşturma makamları tarafından gizli tutulan tutuklama emri taslağının mevcudiyeti hakkında iletilen bilgiyi hukuka aykırı yollardan elde edip etmediğine göre ayırım yapılmaktadır. Hukuka uygun yollardan elde edilmiş bir bilgiyi müdafinin savunmasını üstlendiği kişi ile paylaşması savunmanın doğası gereği olarak kabul edilmektedir. Nitekim verilen kararda da bu husus vurgulanmaktadır. Ayrıca karara konu olayda, hakkında tutuklama kararı verilen şüpheli (B)'nin tutuklama kararının infazı kapsamında yapılan ilk aramadan yaklaşık üç hafta sonra 18 Ekim 2021 tarihinde yakalanması nedeniyle StGB § 258'de düzenlenen ceza kovuşturmasının engellenmesi suçunda, verilen cezanın veya tedbirin uygulanmasının önlenmesi unsurunun tutuklama kararının infazı için Alman doktrininde baskın görüşü oluşturan “önemli bir süre”nin geçmemiş olması nedeniyle, bu unsurun karşılanmadığı da belirtilmektedir. Türk hukukunda ise, StGB § 258'in karşılığı olarak değerlendirilen ve TCK m. 283'de düzenlenen suçluyu kayırma suçu bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız Türk doktrindeki baskın görüş ise, hukuka uygun yollardan elde edilmiş kararı, müdafinin şüpheli ile paylaşması eyleminin tek başına, suçluyu kayırma suçunun tutuklamanın infazından kurtulmaya imkan sağlama unsurunun oluşumu için yeterli olmadığı yönündedir. Zira, suçluyu kayırma suçunun meydana gelmesi için müdafinin yardımlarının hukuka aykırı olması gerekmektedir. Müdafinin sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde şüphelinin bulunduğu yeri bildirme yükümlülüğü bulunmadığı gibi hukuka uygun yollarla elde etmiş olduğu bilgileri müvekkili ile paylaşması da, görevin ifası kapsamında hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Müdafinin hukuka uygun yollarla elde etmesi kaydıyla edindiği bilgileri ceza savunmasında kullanması bir suç teşkil etmeyecektir. Aksine bu bilgilerin kullanılmasının ceza savunmasının doğasında bulunduğunu söylemek mümkündür.

Tasarlamanın Tespitinde Kavramın Psikolojik Boyutunun Öne Çıkarılmasına Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Recep Kahraman*

28.09.2021 tarihli kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kasten öldürme suçunda tasarlamanın varlığı için failin şarta bağlı olarak hareket etmemesi gerektiğine karar vermiştir. Karara göre fail, maktulden ayrılmayı istememekte, bu olasılığı aklından dahi geçirmemektedir. Buluşma sırasında maktul evlenmek istemediğini söylediğinde ise fail, maktule duyduğu öfke ile maktülü öldürmüştür. Fail, tedbiren yanına aldığı bıçağı sağ eline bağlamıştır. Maktul evlenmeyi kabul ederse, bıçağı kullanmayı düşünmemektedir. Maktul ilişkiyi bitirme konusunda ısrarcı olunca fail, duygusal çöküntü ve hiddetin etkisiyle maktülü öldürmüştür. Somut olayda fail, her ne kadar bıçağı yanına almış olsa da öldürme isteğiyle olay yerine gitmemiştir. Maktulün hayır cevabından sonra öldürme isteği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle sanığın, maktülü tasarlayarak öldürdüğü kabul edilemez.¹

Çalışmanın konusu olan Yargıtay kararında; failin kasten öldürme suçunu işleme kararını şarta bağlı olarak vermesi halinde tasarlamanın oluşmayacağı ifade edilmektedir. Çalışmanın amacı, tasarlamanın oluşup oluşmadığının tespitinde, kavramın psikolojik boyutunun öne çıkarılmasına dair Yargıtay'ın yaklaşımını değerlendirerek yapılacak çalışmalara katkı sağlamaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82'nci maddesine göre kasten öldürme suçunun tasarlanarak işlenmesi halinde ceza sorumluluğu artırılmaktadır. Suçun tasarlanarak işlenmesi halinde cezanın artırılmasındaki sebep, failin karşı konulamaz olmasıdır. Tasarlama, failin en tehlikeli ruhsal durumunu dışarı vurmakla birlikte kastın başarılı bir sonuca ulaşmasını mümkün kılmaktadır.

Ceza normunda ve gerekçesinde tasarlamanın ne olduğu açıklanmamış; ceza hukuku bakımından anlam ve kapsamının belirlenmesi, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Çalışmanın konusu olan olayda Yargıtay, tasarlamanın tespitinde failin iç dünyasını öne çıkartan bir yaklaşımı benimsemektedir. Yargıtay'a göre olayda önceden planlanmamış, olay anında oluşan hiddet duygusunun etkisi ve hukuka aykırılık bilinci ile öldürme fiili aniden gerçekleştirilmiştir.

Tasarlama, psikolojik ve dış dünyaya yansıyan iki farklı boyut ihtiva etmektedir. Suç işleme kararında ısrar etme ve soğukkanlı olma, psikolojik boyuttur. Hazırlık ve plan yapma ile plan kapsamında suçun işlenmesi ise dışsal boyuttur. Bu özelliğinden dolayı, tasarlamanın ne olduğunun anlaşılmasında somut olay tek yönlü olarak değerlendirmemelidir. Uygulamada, tasarlamanın psikolojik boyutunun somut olayda bulunduğunu kanıtlamak oldukça zordur. Failin bilinmeyen saikinden yola çıkılarak, bilinen hali ötelemek yerinde olmamaktadır. Suç işleme kararının önceden verilip verilmediğinin objektif olarak tespitinde, somut deliller dikkate alınmalıdır. Bu nedenle dışsal boyutun öne çıkarılması yerinde olacaktır. Failin, dışarıdan fark edilebilen davranışının tahlili, tehlikeliliğinin ve kastının yoğunluğunun kanıtlanması bakımından kolaylık sağlamaktadır. Suç işleme kararının verilmesinden failin gerçekleştirilmesine kadar belli bir zamanın geçmesi ve aracı önceden temin ederek yanına taşıması gibi hususlar basit olsa da bir planın mevcut olduğunu kanıtlar ve tasarlamanın varlığının tespitini kolaylaştırır.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi (recepkhmn@gmail.com).

¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/1-274 Esas, 2021/424 Karar, 28.09.2021.

Tasarlama; failin, suçun icrası ve neticenin kesin olarak gerçekleşmesi için yaptığı hazırlığa, suç işlemeye kararının kapsamına ve fiili gerçekleştirme şekline göre belirlenmelidir. Davaya konu olayda suç işlemeye kararını veren fail, suçun icrasına başlayıncaya kadar suçu nerede, ne zaman, nasıl ve hangi araçla işleyeceği konusunda bir plan yapmaktadır.

Olaydan önce bir düşünme, karar verme, planlama ile icra safhalarının mevcut bulunduğu anlaşılması karşısında, öldürmenin şarta bağlı olduğu yorumuyla tasarlamamanın inkarı ceza adaletini sağlamaktan uzaktır. Somut olayda maktul ilişki yaşamak istemediğini, evlenmek istemediğini faile daha önce defalarca söylemiştir. Failin psikolojik hali reddedilmeyi kaldıramamış ve ilişkinin sürmesi için ısrar etmiştir. Fail, esasen maktulün kararının tutarlı olduğunu bildiğinden maktulü öldürme kararını önceden vermiş ve olay yerine bıçakla gitmiştir. Daha önce maktul tarafından reddedilen fail, planını icraya koymadan önce vazgeçebilecek zamana sahiptir. Ancak bunu tercih etmeyip suç yolunda ilerlemeye devam etmiş, sebat göstermiştir. Fail, maktulün kendisini yine reddetmesini fırsat görmüş ve maktulü öldürmüştür. Özellikle olay yerine eline bağlamış olduğu bıçakla gitmesi failin suç işlemeye kararını önceden verdiğini kanıtlamakla birlikte suçu işlemeye anı ise fırsata bağlı olarak belirlenmiştir. Maktulü öldürme kararını veren ve bunun icrasını planlayan failin, planı uygulama zamanını bir şarta bağlaması halinde de tasarlama oluşabilmektedir. Zira söz konusu şart da önceden karar verilen planın bir parçasıdır.

Anahtar kelimeler: Kasten öldürme, Tasarlama, Plan kurma, Sebat gösterme, Soğukkanlılık.

Avukata Erişim Hakkına İlişkin Güvenceleri Zayıflatan İçtihatın Değerlendirilmesi

Tuğçe Duygu Köksal*

Son yıllarda Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinde soruşturma evresinde avukata erişim hakkına eğişimi kısıtlama ve mülakat gibi usuli güvencelerin devre dışı bırakıldığı uygulamalara yönelimleri olduğu dikkate alındığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *Salduz v. Türkiye* kararından *Beuze v. Belçika* kararına kadar geçen süreçteki içtihat değişikliği oldukça kaygı vericidir. AİHM, *Beuze v. Belçika* kararında avukata erişim hakkı üzerine sistematik olarak uygulanan yasal bir kısıtlamanın, yargılamanın bütününe etkisi değerlendirildiğinde, adil yargılanma hakkını doğrudan ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu durum, Mahkeme içtihatları ile uyumlu olmak adına soruşturma evresinde avukata erişim hakkını halihazırda bir kural olarak benimsemiş olan devletlerin ilerleyen süreçte daha kısıtlayıcı bir yaklaşımda bulunmalarına yol açabilir. Diğer taraftan, savunma hakkı bağlamında usuli güvencelerin gelişmesini de olumsuz yönde etkileyebilir. Kolluk görevlileri tarafından başvuru mülakat uygulaması da bu çerçevede değerlendirilebilir. Bu nedenle, AİHM'nin soruşturma evresinde avukata erişimin kısıtlanmasının savunma hakkına etkisi bakımından, AİHM'nin *Beuze v. Belçika* kararında benimsemiş olduğu yeni yaklaşımından vazgeçerek *Salduz v. Türkiye* ile *Dayanan v. Türkiye* davalarında ortaya koyduğu yaklaşımına geri dönmesi, Sözleşme'ye taraf olan devletlerde bu hakkın etkin ve teorik olmayan bir şekilde kullanılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, özellikle de AİHM önündeki yargılama sürecinin uzaması nedeniyle, bu içtihat değişikliği aynı tarihteki durumu yansıtan ve aynı konudaki başvurularda farklı sonuçlara varılmasına ve doğal olarak da usuli güvencelerin zayıflatılmasına yol açan içtihat değişikliğinin başvuru aleyhine bir durum oluşturmaya da yol açacaktır.

Avukat yardımı olmadan şüphelinin polise verdiği kendisini suçlayıcı nitelikteki bir ifadenin mahkumiyet için kullanılması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair bir karine getiren "*Salduz testi*", avukata erişim hakkına genel ve zorunlu bir yasal kısıtlama getirildiği durumları ele alırken, *İbrahim ve diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında ortaya çıkan "*İbrahim testi*" bu yönde genel ve zorunlu bir yasal kısıtlamanın olmadığı durumları ele almaktadır. Dolayısıyla, *Salduz* ve *İbrahim* kararları kısmen örtüşen ve kısmen de birbirini tamamlayan kararlar olarak görülmelidir. Diğer bir ifadeyle *Salduz* testinde "otomatik ihlale yol açan karine", avukata erişim hakkına yönelik genel ve zorunlu bir kanuni kısıtlamanın bulunduğu durumları kapsarken, *İbrahim* testi "sıkı inceleme" gerektiren ve yargılamanın bütünü adillğine bakılmasını öngören diğer halleri kapsamaktadır.

Adil yargılama hakkı güvencelerine sınırlama getirebilmek için zorlayıcı bir nedenin gösterilemediği hallerde, yargılamanın adillğinin zedelenmediğini ispatlamak da çok zordur. Bu nedenle de, yargılamanın bütünü adillğine ilişkin yapılacak inceleme zorlayıcı nedenin gösterilemediği durumda çok sıkı bir şekilde yapılmalıdır. Bununla birlikte, genel ve emredici bir sınırlamanın olduğu ancak zorlayıcı nedenin bulunmadığı durumda, *İbrahim* testinin son aşaması olan "yargılamanın bütünü adillği" kriterine başvurmak *Salduz* içtihadı ile bağdaşmaz. Nitekim *Beuze v. Belçika* kararına kadar gelen süreçte, *Salduz v. Türkiye* kararının ortadan kaldırıldığı söylenemez. *Salduz* testi somut olayın koşullarına göre uygulanmaya devam etmelidir.

* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi (tugceduygukoksal@gmail.com).

Öte yandan, *İbrahim ve diğçerleri* kararı ile *Salduz* kararı kısıtlamanın genelliği ve sistematikliği bakımından farklı iken, *Beuze v. Belçika* kararı *Salduz v. Türkiye* ile benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, *Beuze* testinde yargılamanın adilliği bir bütün olarak incelenmiş ancak bu inceleme çok katı ve detaylı şekilde yapılmıştır. Kısa ve tek düze gerekçe ile yargılamanın adilliğinin incelenmesi usuli güvencelere ilişkin içtihatları kazanımlarla bağdaşmaz. Nitekim, şüphelilerin kendilerine adil davranılıp davranılmadığına ilişkin algıları, sonucun adilliğine ilişkin algılarından daha önemlidir. Bu algının yaratılmasında önemli faktörler arasında avukata erişim kilit rol oynamakla birlikte, yargı güvencesinden çıkartarak polis tarafından yapılan mülakatlar da usuli güvencelerin gerilemesine yol açmaktadır. *Dubois v. Fransa* ve *Wang v. Fransa* kararlarında AİHM, polis tarafından şüphelilerden usuli güvenceler sağlanmadan elde edilen ifadeleri ele almış ve adil yargılanma hakkı üzerindeki etkilerini iki farklı sonuca vararak tartışmıştır. Bununla birlikte, usuli güvenceler olmadan alınan kolluk ifadelerinde, diğçer destekleyici delillerin varlığına bakılmaksızın, her zaman soruşturma dosyasında delili olarak yer almaya devam ettiğinden, yargı makamlarını etkileyebilme potansiyeli yüksektir.

Sonuç olarak, AİHM'nin avukata erişim sağlanmadan ve usuli güvencelere riayet edilmeden alınan ifadelerin, dosyadan çıkartılmadıkları müddetçe, adil yargılanma hakkını zedelediğine karar vermesi ve somut olayın şartlarına göre *Salduz* içtihadına geri dönmesi gerekir. Bu somut olay temelli yaklaşımın *İbrahim ve diğçerleri* ve sonrasında *Beuze* kararları ile değişen adil yargılanma testinin, usuli güvencelere ilişkin sistematik ve genel kısıtlamaların bulunduğu hukuk uygulamalarında, şüpheliler için yargılamanın adilliğine ve dolayısıyla ceza mahkemesinin meşruiyetine ilişkin algıları tartışmasız bir şekilde iyileştireceği söylenebilir.

Oturum A2 (9.15-11.15)

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görev Süresi Dolan ve Yeniden Seçilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Durumuna İlişkin Verdiği Karar (4A_496/2021) Hakkında Düşünceler

Dr. Öğr. Üyesi Emek Toraman Çolgar*

Tebliğ ile tartışılmak istenen mesele, süresi dolan ve yeniden seçilmeyen yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarının devam edip etmeyeceğidir. Öğreti ve yargı kararlarını oldukça meşgul eden bu sorun öncelikle, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 03.12.2021 tarih ve 4A_496/2021 sayılı kararı çerçevesinde ele alınacak ve söz konusu kararın İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik uygulaması ile örtüşüp örtüşmediği sorgulanacaktır. Ardından, İsviçre öğretisinde konu hakkında ileri sürülen görüşlere değinilecektir. İsviçre öğretisi ve yargısınca ileri sürülen görüşlerin Türk hukuku için benimsenebilir olup olmadığının tespiti amacıyla, ilk olarak Yargıtay tarafından verilen kararlar değerlendirilecek ve öğretinin bu konudaki görüşleri açıklanarak bir kanaate varılacaktır.

Uyuşmazlık konusu anonim şirketin (Şirket) hisselerinin %51'ine B. AG, %49'una ise eşit oranda iki Çinli iş insanı sahiptir. Şirketin yönetim kurulu yapısı zaman içinde yapılan olağanüstü genel kurul toplantıları ile değişmiştir. En son yapılan 16 Nisan 2019 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında seçilen dört üyeden ikisi 16/17 Eylül 2019 tarihlerinde istifa etmiş ve böylece Şirket'in ticaret sicilinde kayıtlı iki yönetim kurulu üyesi kalmıştır. B. AG'nin Şirket'e gönderdiği 12 Nisan 2021 tarihli mektup ile iki yıldır genel kurulun toplanmadığı belirtilerek derhal toplantı yapılması ve Şirket'in Çin Halk Cumhuriyeti'ndeki yatırımları hakkında bilgi sağlanması amacıyla Şirket'e denetçi atanması talep edilmiştir. Talebe rağmen genel kurulun toplantıya davet edilmemesi nedeniyle B. AG, 21 Mayıs 2021 tarihinde Zürih Mahkemesi'ne başvurmuş ve görevi genel kurul toplantısının yapılması ile sınırlı olan bir kayyum atanmasını ve belirli gündem maddelerinin gündeme eklenmesini talep etmiştir. Zürih Mahkemesi de davacı pay sahibinin bu taleplerini, şirketin zorunlu organlarındaki eksiklik hâlinde mahkemeye kayyum atama yetkisi veren OR m. 731, b hükmünü uygulayarak kabul etmiştir.

Federal Mahkeme kararında öncelikle yönetim kurulu üyelerini seçmenin genel kurulun münhasır ve kaldırılamaz yetkisi olduğunu, yönetim kurulu üyelerinin kural olarak görev süresinin en çok üç yıl olabileceğini ancak bu sürenin esas sözleşmeyle altı yıla kadar çıkarılmasının mümkün olduğunu belirttikten sonra, Şirket esas sözleşmesinde “*yönetim kurulu üyelerinin bir yıl için seçileceğini ve görevlerinin bir sonraki olağan genel kurul toplantısı ile sona ereceğini*” öngören düzenlemeyi yorumlamıştır. Mahkemeye göre, üyelerin görev süresi ilgili hesap dönemi sonu olan 31 Aralık 2019 tarihinde değil, genel kurul toplantısının hesap döneminden itibaren altı ay içinde yapılması gereğini hükme bağlayan OR m. 699/2 uyarınca, 30 Haziran 2020 tarihinde sona ermiştir. Alt derece mahkemesinin kararını temyiz eden Şirket ise, organsız kalınması nedeniyle şirkete kayyum atanamayacağını, zira üyelerin görev sürelerinin zımnen uzatıldığını iddia etmiştir.

Federal Mahkeme'nin de kararında özetlediği gibi, İsviçre öğretisinde bu konuda üç farklı görüş ileri sürülmektedir: (i) Genel kurulun yapılmasının unutulması nedeniyle seçim yapılmaması hâlinde bir sonraki genel kurulda seçim yapılınca kadar üyelerin yetkileri devam eder, (ii)

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ecolgar@ku.edu.tr).

yetkiler devam etmez, çünkü zımnem yetkilerin uzadığının kabulü, bu konuda genel kurulun açık iradesine ihtiyaç bulunması nedeniyle mümkün değildir, (iii) genel kurulun yapılması ihmal edilirse yetkilerin devam edeceği kabul edilir, ancak genel kurul toplanır fakat seçim yapılmazsa yetkiler sona erer. Federal Mahkeme'nin önceki kararlarında ise konu hakkında doğrudan bir sonuca varılmamış olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin finansal yılın bitiminden itibaren yetkilerinin sona ereceğinin belirtildiği ve zımnem süre uzatımının mümkün olup olmadığının dolaylı olarak tartışıldığı görülmektedir. Tebliğde bu kararlar da irdelenecektir.

Somut uyuşmazlıkta ise Federal Mahkeme, süresi dolan üyelerin görevlerinin zımnem uzatıldığı görüşünün, özellikle azledilmek istemeyen yöneticilerin bilinçli olarak genel kurulu toplamadığı durumlarda kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. İyi niyetli üçüncü kişilerin ticaret siciline güvenini koruyan OR m. 936b/3 ile, şirketin ve pay sahiplerinin ise süresi bitmesine rağmen şirketi temsilen işlemler yaparak şirketi zarara uğratan fiili üyenin sorumluluğu hakkındaki OR m. 754 ile korunacağı gerekçesiyle zımnem uzatma görüşünü reddetmiştir. Şirketin organsız kalma riskinin ise azınlığın toplantıya davet etme hakkı ile giderilebileceği gerekçesiyle alt derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Tartışılacak kararın Türk öğretisi ve uygulamasına katkı sağlayabilmesi amacıyla tebliğde, öncelikle OR'den farklı olarak süresi dolan yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırabileceklerini açıkça öngören TTK m. 410'un farklı bir sonuca varılmasını gerektirip gerektirmeyeceği irdelenecektir. Ardından üyelerin görev süresinin ne zaman bitmiş sayılacağı tespit edilerek, kanundaki azami sürenin benimsenmesi ile esas sözleşmede daha kısa bir süre düzenlenmesi ihtimallerinde zımnem uzatma görüşünün kabul edilebilirliği sorgulanacaktır. Görev ve yetkilerinin zımnem uzatılacağına ilişkin görüşün yerindeliği yine yönetim kurulunun azil korkusu nedeniyle genel kurulu toplantıya davet etmeme hâli ile, örneğin Kovid-19 önlemleri nedeniyle genel kurulun toplanamaması hâlinde olduğu gibi, pay sahipleri arasında herhangi bir ihtilafın bulunmadığı hâller için ayrı ayrı ele alınacaktır. Özellikle pay sahipleri arasındaki ihtilafın tespitinde, azlığın (TTK m. 411) ya da pay sahibinin (TTK m. 410/2) genel kurulun toplanması için bir girişimde bulunup bulunmadığı dikkate alınacaktır. Genel kurulun münhasır yetkisini sınırlamak pahasına zımnem uzatmayı savunan görüşün temel dayanağı şirketin organsız kalmaması ve faaliyetlerine devam edebilmesidir. Nitekim Yargıtay'ın da birçok kararında acil ve zorunlu işler bakımından bir ayırım yaptığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu işlerin neler olduğu tespit edilerek, zımnem yetkilerin devam etmeyeceği görüşü benimsenmesi hâlinde şirketin bu işlemleri nasıl yapabileceği konusunda önerilerde bulunulacaktır. Son olarak, zımnem uzatım reddedildiğinde, süresi bitmesine rağmen şirketi temsilen işlemler yapan kişilerin hukuki statüleri ile sorumlulukları belirlenecektir.

Kaçış Klozu (TTK m. 493) Bağlamında Güncel Sorunlar:

Türk ve İsviçre Hukukunda Yeni İctihatlar

Dr. Öğr. Üyesi Cem Veziroğlu*

Payları devrolunan anonim ortaklık, TTK m. 493/1 çerçevesinde, devredene, paylarını başvurma anındaki gerçek değeriyle satın almayı önererek, onay ve pay defterine kayıt istemini reddedebilir. Ortaklığın, devre konu payları kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermesi mümkündür. Farklı bağlamlarda ve çeşitli mülahazalarla, paylarının bir başkasına devredilmesini önlemek isteyen ortaklıklara tanınmış olan bu imkân, öğretilde, “kaçış klozu” (*escape clause*) olarak anılmaktadır.

Öte yandan kanun, kaçış klotuna ilişkin birçok mesele hakkında herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bunlar arasında; (i) kaçış klotunun kullanılması için bir esas sözleşmesel dayanağa ihtiyaç olup olmadığı, (ii) şirketin devre konu payları satın alma önerisinin hukuki niteliği (icap, alım hakkı vb.), (iii) şirketin yapacağı önerinin TTK m. 493/1 anlamında geçerli olabilmesi bakımından içermesi gereken hususlar, (iv) şirketin, payları kendi adına ve hesabına satın almak istemesi hâlinde, kendi paylarını iktisap kurallarını düzenleyen TTK m. 379 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, (v) devir işleminin hukuka aykırı şekilde reddedilmesi durumunda, müktesibin şirkete karşı pay devrinin onaylanmasını isteme yönünde bir dava hakkı olup olmadığı, (vi) söz konusu davanın hukuki niteliği (tespit davası, eda davası, inşai dava), (vii) iradi devirlerde önerinin muhatabı olan “devreden”in, TTK m. 493/5 uyarınca, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini talep edip edemeyeceği, (viii) şirketin pay devrini onaylama kararına karşı, diğer pay sahiplerinin dava hakkı olup olmadığı ve (ix) kaçış klotunun kullanımında şirketin (yönetim kurulunun) dikkat etmesi gereken kurallar sayılabilir.

TTK m. 493’te öngörülen kaçış klotuna dair düzenlemenin mehaızı, İsviçre Borçlar Kanunu m. 685b hükmüdür. Bu itibarla Türk hukukunun yukarıda belirtilen -ve başkaca- sorunlar bakımından, İsviçre hukukunda öğretilde ve içtihat hukukunda benimsenen yaklaşımlardan ve çözümlerden etkilendiği gözlenmektedir. Esasında Türkiye’de kurulu anonim ortaklık sayısına bağlı olarak, özellikle Yargıtay kararlarının niceliksel yoğunluğu dikkate alınacak olursa, iki hukuk sistemi arasındaki ilişkinin karşılıklı olması beklenir. Bu anlayış ve perspektifle, tebliğimde Yargıtay’ın ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin özellikle son beş yıl içinde vermiş olduğu kararları incelemeyi planlanmaktayım. Nitekim yukarıda belirtilen sorunların tamamı hakkında tespitler, cevaplar veya öneriler, Federal Mahkeme’nin ve Yargıtay’ın son beş yıllık içtihadında yer bulmuştur.

Tebliğ kapsamında analiz edilen kararlar tasniflenecek olursa, özetle; (i) BGE 147 II 61 – 26.11.2020 sayılı kararda, kaçış klozu ile kendi paylarını iktisap kuralları arasındaki etkileşim (ictihadın değişimini takip açısından bkz. BGE 110 II 293 – 29.5.1984) ve şirketin bu bağlamda sahip olduğu hakkın hukuki niteliği, (ii) BGE 145 III 351 – 31.7.2019 sayılı kararda, pay müktesibinin dava hakkı, kaçış klozu mekanizmasının işletilmesinde haklı sebep olgusunun aranması ile hakkın kötüye kullanılması prensibinin rolü (ictihat hukukunun bu bağlamda izlediği tarihsel çizgiyi ortaya koyabilmek için ayrıca BGE 4C.242/2001 – 5.3.2003 sayılı karara da değinilecektir), (iii) Yargıtay 11. HD’nin, E. 2020/338 K. 2021/5306 sayılı ve 22.6.2021 tarihli kararında, paylarını devreden kişinin TTK m. 493/4 hükmünde öngörülen gerçek değerin tespiti

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (cveziroglu@ku.edu.tr).

davasını açıp açamayacağı, (iv) Yargıtay 11. HD'nin, E. 2016/8960 K. 2018/2472 sayılı ve 5.4.2018 tarihli kararında, kaçış klozuna başvurmak için esas sözleşmesel dayanak ihtiyacı ile şirketin önerisinin muhtevasına dair tespitler, (v) Yargıtay 11. HD'nin, E.2015/8218 K. 2016/3239 sayılı ve 23.03.2016 tarihli kararında, payları devralması engellenen kişinin dava hakkı ile pay devrinin reddinde dikkat edilmesi gereken prensipler ve son olarak (vi) Yargıtay 11. HD'nin, E. 2016/4923 K. 2017/6892 sayılı ve 5.12.2017 tarihli kararı kapsamında pay devrine onay verilmesine karşı mevcut pay sahiplerinin dava hakkı incelenecektir.

İncelemenin ilk aşamasında, yukarıda belirtilen sorunlar bağlamında Türk ve İsviçre hukuku öğretisinde dile getirilen tartışmalara kısaca değinilecek; ardından her bir sorun bakımından, iki hukuk sisteminde içtihat hukukunda geliştirilen çözümler karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Karşılaştırmalı hukuk yöntemine ek olarak, incelenen hukuk düzenlerinde Yüksek Mahkeme kararlarının tarihsel süreçte gösterdiği değişim ortaya koyulacaktır. Pay devrinin devreden, devralan ve şirketten oluşan üç taraflı bir ilişki içinde cereyan etmesi; ayrıca, kaçış klozunun kullanımında şirket ilgililerinin menfaatlerinin kristalleştiği bir kavram olarak "şirket menfaati"nin değerlendirilmesi ihtiyacı, ekonomik analiz yöntemine başvurmayı da gerekli kılmaktadır. Zira kaçış klozunun kullanımında farklı menfaatlerin tartılması, üstelik bunun ekonomik bir perspektifle yapılması gerekmektedir.

**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Kambiyo Senedinde Borçlunun İbrasına
İlişkin 09.02.2022 Gün, E. 2020/6907, K. 2022/941 Sayılı İçtihadı Üzerine Düşünceler**

İbrahim Bektaş* / Yasin Barış Özeltci**

Bu tebliğin amacı, bir kambiyo senedinin üzerine borçlu tarafından “*Bu çeke istinaden tarafımca 13,000,00 TL’si ödendi. Kalan kısım (bakiye) M... şirketi tarafından ödenecektir.*” şeklinde kayıt konulmasının ve bu kaydın hem borçlu hem yetkili hamil tarafından imzalanmasının hüküm ve sonuçlarını araştırmaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 09.02.2022 tarih ve 2020/6907 Esas, 2022/941 Karar sayılı güncel içtihadına konu olan bu uyuşmazlıkta, anılan kaydın hukukî niteliği konusunda ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi ve Yargıtay arasında görüş ayrılığı doğmuştur. Mahkemeler bu kayıt hakkında sırasıyla “borcun temliki”, “aval” ve “ibra” nitelendirmelerinde bulunmuş, kararlarını farklı yönlerde vermişlerdir. Yargıtay kararındaki karşı oya göre ise, burada geçersiz bir “sorumluluk kaydı” bulunmaktadır. Böylece ulusal mahkeme kararlarında, aynı konuda dört farklı görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.

İlk derece mahkemesi olan Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 24.04.2017 tarih, 2016/480 Esas, 2017/383 Karar sayılı kararında bu kaydın bir “borcun temliki”, diğer bir deyişle TBK m. 196 anlamında “borcun dış üstlenilmesi” kurumu olduğu ifade edilmiştir. Ancak borçlunun yerine yenisinin geçmesini amaçlayan bu tür borç devirlerinde, devir sözleşmesinin alacaklı ve borcu üstlenen kişi arasında yapılması gerektiği kuşkusuzdur. Oysa olayda bakiye borcun muhatabı olarak gösterilen M... şirketinin imzası bulunmadığından ve düzenleyen ve hamilin anlaşmasıyla borcun devredildiği kabul edilemeyeceğinden, mahkemenin nitelendirmesi kanaatimizce olaya uygun görünmemektedir.

İstinaf mahkemesi ise, senetteki kaydın hem hamil tarafından hem de düzenleyen şirketi temsilen (A) tarafından imzalandığını; ancak imzada temsile ilişkin kayıt ve kaşe bulunmadığından bunun düzenleyeni bağlamayacağını, sadece imzayı atan (A)'yı bakiye borç için “avalist” durumuna getireceğini ifade etmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2020 gün, 2017/4565 Esas, 2020/1149 Karar sayılı kararındaki bu görüşe katılmıyoruz. Zira anılan kayıta TTK m. 701/1 ve 818 anlamında “aval içindir” veya imzayı atan (A)'nın sorumluluğu üzerine aldığı benzer bir ifade bulunmadığı gibi, TTK m. 701/3-4 anlamında kimin için verildiği anlaşılabilen, kayıtsız bir imza da bulunmamaktadır.

Kararın temyizi ile birlikte konuyu inceleyen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne göre ise, TBK m. 132'deki “Borcu doğuran işlem tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen ve kısmen ortadan kaldırılabılır” hükmü nazara alındığında, hamilin bu olayda 13.000,00 TL'yi tahsilden sonra düzenleyeni ibra ettiği kabul edilmelidir. Kanımızca TBK'da düzenlen ibra sözleşmesinin özellikleri dikkate alındığında farklı bir sonuca varılması uygun

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ibektas@ankara.edu.tr).

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ybozelci@ankara.edu.tr).

olur. Öncelikle her sözleşmede olduğu gibi, ibra sözleşmesinde de tarafların iradeleri aynı yönde olmalı, dolayısıyla somut olayda irade beyanları ibra amacını taşımalıdır. Senetteki kayıta, ibra hakkında açık bir ifade yoktur. Zımnî ibra sözleşmesinin gereklilikleri ise öğretide özel olarak değerlendirilmekte; ibranın özellikle somut olaydaki gibi ivazsız olduğu hallerde, borçlunun yararına, alacaklının zararına olan bir sözleşme olduğu göz önünde tutulmakta ve bu nedenle alacaklının iradesinden şüphe duyulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Kanımızca senetteki kayıttan, bu vasıftaki ibra iradesi anlaşılabilir.

Yargıtay kararının karşı oyunda yer alan itiraza gelince, bu görüşe göre somut olaydaki kayıt, düzenleyenin, çekin ödenmemesinden sorumlu olmayacağını göstermekte olup TTK m. 679 ve 818 anlamında yazılmamış sayılmalıdır. Bununla birlikte kanunen yasaklanan sorumsuzluk kayıtları, düzenleyenin tek taraflı olarak ve genellikle senedin tedavüle sokulmasından önce koyduğu sorumsuzluk kayıtlarını yasaklama amacı taşıdığından, somut olayda senedin ibrazından ve kısmen ödenmesinden sonra konulan kayıt yönünden farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Kanımızca somut olaydaki *“Bu çeki istinaden tarafımda 13,000,00 TL’si ödendi.”* ifadesi, kısmi ödemenin senet üzerinde gösterilmesinden ibarettir. *“Kalan kısım M... şirketi tarafından ödenecektir.”* ifadesinin ise, esasen yeni bir *“havale”* niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda değinilen kararlarda, bu tür kayıtların, havale edenin (düzenleyenin) havale alıcısına (hamile) olan borcunun ifası (tahsil) amacıyla konulduğu, bu nedenle TBK m. 556 uyarınca bu borcun ancak havale ödeyicisinin (M... şirketinin) havaleyi kabul ve ifa etmesiyle sona ereceği üzerinde durulmamıştır. Oysa somut olaya uygun bu tür bir nitelendirme, borcun ifa edilmemesi halinde, Yargıtay’ın ibra kabulünün aksine, düzenleyene başvurma hakkını devam ettirdiğinden menfaatler dengesine daha uygun görünmektedir.

Tebliğ’de bu hususlar tartışılarak, anılan türdeki kayıtlar üzerine farklı bir bakış açısı sunulmaya çalışılacaktır.

Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin (OLG Nürnberg) 20.12.2013 Tarihli ve 12 U 49/13 Sayılı Kararı Işığında Rus Ruleti Klozlarının Geçerliliği ve Uygulanması

Beyza Aka*

Sermayenin iki eşit bloğa (%50-%50) ayrıldığı sermaye şirketlerinde karar alınabilmesi ve şirketin faaliyetlerini yürütebilmesi, ancak ortakların oybirliği ile mümkün olmaktadır¹. Bu tür şirketlerde, pay sahipleri arasında meydana gelebilecek muhtemel fikir ayrılıkları ve anlaşmazlıklar, şirketin karar alma mekanizmalarının kilitlenmesine (*deadlock*)², şirketin organsız kalmasına³ ve nihayet feshine yol açabilmektedir⁴. Şirket açısından istenmeyen bu olumsuz sonuçların önüne geçmek amacıyla uygulamada tarafların pay sahipleri sözleşmeleriyle birbirleri lehine alım ve satım opsiyonları (*call and put options*) tanıdıkları görülmektedir⁵. Böylece olası bir kilitlenme durumunda payların tek elde toplanması ve şirketin devamının sağlanması amaçlanmaktadır.

Opsiyon haklarının sınırlı sayı ilkesine tabi olmaması⁶, alım ve satım opsiyonlarının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çeşitlendirilmesine ve karmaşık opsiyon haklarının yaratılmasına olanak tanımaktadır⁷. 1960'lı yıllarda Anglo-Amerikan uygulamasında geliştirilen ve başta Fransa ve Almanya'da olmak üzere Kıta Avrupası'nda da giderek yaygınlaşan Rus ruleti klozları da bunlardan biridir⁸. Bu tür klozlara özellikle ortak girişimlerin (*joint venture*), iki kişilik ortaklıkların, startup'ların ve girişim sermayesi ortaklıklarının (*venture capital*)

* Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi (aka.beyza@gmail.com).

¹ Hans Caspar von der Crone, "Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften", **SJZ 89/1993**, s. 38; Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul 2004, s. 224; Ali Haydar Yıldırım, **Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Bursa 2013, s. 163-164; Natalie Höck, **Russian-Roulette-Klauseln und Shoot-Out-Klauseln**, Baden-Baden 2021, s. 27; Salih Tayfun İnce, **Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul 2019, s. 115; Mustafa İsmail Çalış, **İki Ortaklı Limited Şirketlerde Kilitlenme (Pat) Durumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2022, s. 21.

² Okutan Nilsson, s. 224; Sinan Yüksel, **Paysahipleri Sözleşmeleri**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 143.

³ Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**, İstanbul 2009, s. 575; H. Ali Dural, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005, s. 141; İsmail Cem Soykan, **Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu**, İstanbul 2012, s. 194, 237-238.

⁴ Altay, s. 376; Yıldırım, s. 164-165, 169-170; Dural, s. 143; Ali Murat Sevi, "Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları", **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 336 vd.; Soykan, s. 255 vd.; Musa Can, **Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası**, İstanbul 2020, s. 48 vd., 67 vd.; Çalış, s. 68 vd.

⁵ Okutan Nilsson, s. 225; Dural, s. 161-162; Norbert Schulte / Jürgen J. Sieger, "„Russian Roulette” und „Texan Shoot Out” - Zur Gestaltung von radikalen Ausstiegs-klauseln in Gesellschaftsverträgen von Joint-Venture-Gesellschaften (GmbH und GmbH & Co. KG)", **NZG 2005**, s. 24; Matthias Weidmann, "Beilegung von Gesellschafterstreitigkeiten bei zweigliedrigen Gesellschaften mit identischen Beteiligungsverhältnissen", **DStR 2014**, s. 1501; İnce, s. 115; Kerem Bilge, **Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması**, İstanbul 2017, s. 53.

⁶ Rifat Cankat, **Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 21.

⁷ Okutan Nilsson, s. 227; Yüksel, s. 144 vd.

⁸ Hubertus Hillerström / Laure Burrus, "Validité et efficacité de la clause shotgun en droit suisse", **SZW/RSDA 6/2018**, s. 696; Höck, s. 31.

sözleşmelerinde yer verilmektedir⁹. Alım ile satım opsiyonlarının bileşiminden oluşan Rus ruleti klozları¹⁰, en basit hâliyle, taraflardan birine, karşı tarafın paylarını kendi belirlediği bir fiyattan satın almayı önerme, önerinin kabul edilmemesi hâlinde ise kendi paylarını karşı tarafa aynı fiyattan satma yetkisi vermektedir¹¹. Rus ruleti klozlarının, artırma, kapalı teklif gibi farklı fiyat belirleme mekanizmalarını içeren ve “shoot out”, “Sicilya açılışı” gibi farklı isimlerle adlandırılan çeşitlenmeleri de bulunmaktadır¹². Hangi adla anılırsa anılsın, bu tür klozların alım ve satım opsiyonlarından temel farkı, payların kimin tarafından satın alınacağına önceden belirli olmamasıdır¹³.

Rus ruleti klozlarına uygulamada giderek daha çok sözleşmede yer verilmekte birlikte, bu klozların geçerliliğine ilişkin yargı kararlarının sayısı oldukça azdır¹⁴. Kıta Avrupası’nda konuya ilişkin ilk yüksek mahkeme kararı, 2006 yılında Fransa’da, Paris İstinaf Mahkemesi (*Cour d’appel de Paris*) tarafından verilmiştir¹⁵. Bu kararı, Viyana Eyalet Yüksek Mahkemesinin (*Oberlandesgericht Wien*) 20.04.2009 tarihli kararı takip etmiştir¹⁶. Bu konuda Kıta Avrupası’nda verilmiş üçüncü kararı ise Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin (*Oberlandesgericht Nürnberg*) çalışmamızda ele alacağımız 20.12.2013 tarihli ve 12 U 49/13 sayılı kararı oluşturmaktadır. Bu karar aynı zamanda konuya ilişkin olarak Almanya’da verilmiş ilk¹⁷ ve tespit edebildiğimiz kadarıyla tek yüksek mahkeme kararıdır. Rus ruleti klozları Türkiye’de ve İsviçre’de¹⁸ henüz yargı kararlarına konu olmadığından, çalışmamızda bu klozlar Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin söz konusu kararı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Mezkûr kararında Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, daha önce Fransa ve Avusturya’da verilen kararlara da atıf yaparak, Rus ruleti klozlarının *per se* geçersiz olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, taraflardan birinin ekonomik açıdan diğerinden daha zayıf konumda olması ve bunu diğer tarafın bilmesi durumunda, Rus ruleti klozlarının kötüye kullanılabilmesine de işaret ederek iki aşamalı bir denetim yapmıştır. Geçerlilik denetimi olarak adlandırabileceğimiz ilk aşamada, Rus ruleti klozlarının geçerliliği, ahlaka aykırılık açısından değerlendirilmiştir. Uygulama denetimi olarak ifade edebileceğimiz ikinci aşamada ise geçerli olduğu tespit edilen Rus ruleti klozunun uygulanmasının somut olay bakımından hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği incelenmiştir.

Yüksek Mahkeme, yaptığı geçerlilik denetimi sonucunda, Rus ruleti klozlarının şirketteki kilitlenmeleri çözmek amacıyla öngörüldüğüne, bunların sebep göstermeksizin ortaklıktan

⁹ Holger Fleischer / Stephan Schneider, “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations”, **ECFR** **1/2012**, s. 37-38; Höck, s. 31.

¹⁰ Schulte / Sieger, s. 28; Wolfgang Weitnauer, **Handbuch Venture Capital**, 7. Auflage, München 2022, Rn. 206.

¹¹ von der Crone, s. 43; Okutan Nilsson, s. 22; Dural, s. 162-163; Yüksel, s. 145-146; Cankat, s. 65.

¹² Schulte / Sieger, s. 25; Fleischer / Schneider, s. 38 vd.; Torsten Fett / Christoph Spiering, **Handbuch Joint Venture**, 2. Auflage, Heidelberg 2015, Rn. 591 vd.; OLG Nürnberg, Urteil vom 20.12.2013 – 12 U 49/13, **NJW-22 2014**, s. 419-420.

¹³ Sevi, s. 367; Höck, s. 74.

¹⁴ Paul Le Cannu, “Validation de la clause *buy or sell*, et durée des pactes d'actionnaires”, **RTD Com.** **2007**, s. 170.

¹⁵ CA Paris, 3^e ch. B, 5 déc. 2006, n° RG: 06/18133.

¹⁶ OLG Wien, Urteil vom 20.4.2009 – 28 R 53/09.

¹⁷ Daniel Valdini / Malte Koch, “Die missbräuchliche Verwendung von Russian-Roulette-Klauseln”, **GWR** **2016**, s. 180.

¹⁸ Hillerström / Burrus, s. 697.

çıkarma yetkisi veren klozlar (*Hinauskündigungsklauseln*) gibi değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Paris İstinaf Mahkemesine atıfla, Rus ruleti klozları yaptırım özelliği gösteren geçersiz birer çıkarma klozu değil, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kararlaştırdığı bir ortaklıktan çıkma prosedürüdür. Bu tür klozların kendi içinde taşıdığı denetleme ve denge sistemi, taraflardan birinin diğerinin paylarını çok düşük bir bedelden satın almasını engellemektedir. Ancak sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların ekonomik güçleri arasında açık oransızlık varsa ve ekonomik yönden güçlü olan taraf, bunu bilerek Rus ruleti klozunu diğer tarafa dayattıysa, ahlaka aykırılıktan söz edilebilir¹⁹.

Taraflar arasındaki ekonomik dengesizliğin sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması da mümkündür²⁰. Yüksek Mahkemenin de işaret ettiği üzere, bu hâlde ekonomik olarak güçlü olan tarafın, diğer tarafın karşılayamayacağını bildiği stratejik bir fiyat üzerinden teklif vererek payları düşük bir bedelle satın alması riski bulunmaktadır. Bu durumda Rus ruleti klozunu harekete geçirmek isteyen pay sahibinin yapay bir kilitleme durumu yaratması veya mevcut kilitleme durumunu kötüye kullanması söz konusu olabilmektedir²¹. Dolayısıyla kötüye kullanılmaya çok açık olan bu klozların dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde uygulama denetimine tabi tutulması, uygulamada geçerlilik denetiminden daha büyük önem taşımaktadır.

Çalışmamızda, Rus ruleti klozlarının hukuki niteliği ile avantajları ve dezavantajlarına değinilerek, pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan bu tür klozların Türk hukuku açısından geçerliliği ve uygulanması, Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin 20.12.2013 tarihli ve 12 U 49/13 sayılı kararı ışığında ele alınacaktır.

¹⁹ Weidmann, s. 1503.

²⁰ Bu durumda uygulama denetiminin devreye gireceği hakkında bkz. Weidmann, s. 1504.

²¹ Fleischer / Schneider, s. 48; Valdin / Koch, s. 181 vd.; Sevi, s. 374; Höck, s. 161.

Oturum A3 (9.15-11.15)

Carrier's Liability as Appraised in the UK Supreme Court decision *Alize 1954 and Another v. Allianz Elementar Versicherungs AG and Others (The "CMA CGM Libra")* [2021] UKSC 51

Dr. Ayşegül Buğra Şar*

The vessel "CMA CGM Libra" grounded on 17 May 2011 as it was leaving the port of Xiamen in China. The carrier (owner) claimed general average contribution from the cargo interests contending that the cause of the grounding was an uncharted shoal. The cargo interests refused to contribute, arguing that the vessel's passage plan¹ was defective which made it unseaworthy and that the cause of the grounding was therefore rather the failure of the carrier to exercise due diligence to make the ship seaworthy in breach of Article III rule 1 of the Hague Rules². The dispute was brought before Teare J in the first instance who decided that the defective plan caused the grounding and that the plan being defective involved the carrier's breach to make the vessel seaworthy.³ The cargo interests were accordingly not held liable to contribute in general average. Teare J's decision was upheld by the Court of Appeal.⁴ The carrier subsequently appealed to the Supreme Court arguing that the vessel was not unseaworthy, or even if it was, that due diligence was exercised to make it seaworthy by equipping the vessel with all that was required for it to navigate safely; that passage planning was related to navigation for which the master and crew were responsible and that any negligence in passage planning exempted the carrier as per the nautical fault exception under Article IV rule 2(a).

The Supreme Court held, *inter alia*,

- i) that the carrier could not rely on the exception where the carrier's duty to exercise due diligence to make seaworthy was not complied with and was causative of the loss,
- ii) that the preparation of the passage plan related to navigation which was within the scope of the master's duty, that the plan was defective and this could be regarded as within the exception,
- iii) however, that the carrier's breach of the duty to exercise due diligence to make the ship seaworthy extended to the failure of the master and crew to exercise reasonable skill and care while preparing the passage planning,
- iv) that the carrier's such failure was causative of the loss and that therefore the carrier could not avail itself of liability under the exception.

* Assistant Professor, Koç University Law School (abugra@ku.edu.tr).

¹ The development of a passage plan is essential for "safety of life at sea, safety and efficiency of navigation and protection of the marine environment" as per the Guidelines for Voyage Planning adopted by Resolution A893(21) of the International Maritime Organization (IMO).

² International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading, 1924

³ [2019] 1 Lloyd's Rep 595

⁴ [2020] 2 Lloyd's Rep 565

The proposed presentation will seek to critically appraise whether the approach of the UK Supreme Court to the duty of the carrier to exercise due diligence to provide a seaworthy vessel under the Hague Rules 1924 is sound. To this end, focus will be placed on the risk allocation under the Hague Rules between decision making involving navigation that forms part of the master's and crew's sphere of control, and unseaworthiness that is imputed to the carrier. Reference will be made, where necessary, to the interpretive rules found in the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, to the *travaux préparatoires* of the Hague Rules and to judgments from other jurisdictions decided on similar facts to those in *The CMA CGM Libra*.

Reinforcing the Enforcement Mechanisms of Arbitral Awards: An Analysis of The ECHR Judgment in the Case of BTS Holding, A.S. v. Slovakia

Dr. Mehmet Polat Kalafatoğlu*

Voluntary arbitration is a private dispute resolution method based on parties' consent. By signing an arbitration agreement, parties agree to resolve their dispute outside of the jurisdiction of state courts. Despite this private nature of arbitration, a certain relationship exists between international arbitration law and the European Convention on Human Rights (ECHR) in relation to different points of arbitration proceedings. For example, one may consider the protection of the procedural guarantees stipulated in Article 6(1) of the ECHR in arbitration proceedings and by arbitral tribunals, or the possibility of the indirect application of the ECHR by the arbitral tribunals, or the validity of the waiver agreements for setting aside proceedings when this question is raised before State courts. Another crucial point of this relationship is related to the State courts' interference in the enforcement of arbitral awards.

The subject of this presentation is the analysis of the European Court of Human Rights' (the Court) judgment dated 30 June 2022 in the case of BTS Holding, a.s. v. Slovakia. This case concerns the non-enforcement of a final and binding international arbitral award rendered under the ICC Arbitration Rules and against the National Property Fund (the NPF) of Slovakia. The original legal dispute arose between a private company (*i.e.* BTS Holding, a.s.) and the NPF pursuant to a share-purchase agreement in Bratislava Airport. Following the rescindment of the share-purchase agreement by the NPF, BTS Holding, a.s. initiated an arbitration proceeding that resulted in an arbitral award in its favor. Then, BTS Holding, a.s. proceeded with the enforcement action of this arbitral award in Slovakia pursuant to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention). After the Slovakian courts' refusal of enforcement of the award, BTS Holding, a.s. applied to the Court for an alleged violation Article 1 of Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms dated 20 March 1952 (Protocol No.1).

In this case, the Court qualified this arbitral award as a "*possession*" within the meaning of Article 1 of Protocol No.1. Then, the Court proceeded with the analysis of whether this interference of the State courts was compatible with Article 1 of Protocol No.1. The Court further analyzed the legal grounds used by the Slovakian courts to justify dismissing the enforcement action. In conclusion, the Court held that an unjustified refusal to enforce such award by national courts amounts to the violation of Article 1 of Protocol No.1, namely the peaceful enjoyment of possessions.

In this framework, first, this presentation aims to generally describe the relationship between the ECHR and international arbitration law. Second, the enforcement mechanism of arbitral awards (including the grounds for refusing enforcement) as determined in the New York Convention will be briefly presented. Third, the facts and the background of the present case, the outcome of the arbitration proceedings, and the enforcement proceedings before the

* Assistant Professor, Koç University Law School (mkalafatoglu@ku.edu.tr).

Slovakian courts will be outlined. Fourth, the legal grounds of the Court's judgment will be examined in detail. Finally, the author will demonstrate how this judgment reinforces the existing enforcement mechanisms of arbitral awards provided within the New York Convention.

This judgment is therefore relevant for all the signatory States of the ECHR, including Turkey, especially in cases of arbitrary refusal of enforcement of arbitral awards rendered against States or State entities and where State courts make an excessive use of the public policy notion to refuse the enforcement of arbitral awards.

European Investment Bank Complaints Mechanism: An Accountability Mechanism of Global Administrative Law

Ayşegül Kula*

The infrastructure projects are internationalized and engaged with the global world as international organizations are involved. The involvement of multilateral lending institutions that contribute to the realization of infrastructure projects serves as an example of this internalization. European Investment Bank (the EIB), which was created with the objectives of development, integration and investment is one of the largest multilateral development banks (MDBs).

However, the projects funded by MDBs may have negative impacts by harming the environment or negatively affecting the lives of people. Therefore, infrastructure projects should be financed in a way to avoid negative externalities. The accountability mechanisms, i.e., holding MDBs accountable, are established to redress such negative impacts. The European Investment Bank Complaint Mechanism (the EIB CM) was established in 2008 as an accountability mechanism of the EIB. The EIB CM primarily aims to ensure the stakeholders' right to be heard and the right to complain with regards to maladministration.

This paper aims to evaluate whether and how the EIB CM can offer a solution to the negative impacts of the infrastructure projects and plans to understand the potentials and limitations of the EIB CM. This paper plans to review the cases decided by the EIB CM since November 2018, the year when the EIB Group Complaints Mechanism Policy and EIB Group Complaints Mechanism Procedures are amended. It should be noted that this paper will analyse 67 cases related to environmental and social impacts (Relevant Cases) (cases of complaints received after November 2018 until December 2021), of which initial assessment reports, conclusion reports, dispute resolution reports and/or concluding letters are available. This paper intends to focus on the aim, scope, nature and outcomes of the compliance review, guiding principles and their realization, the important characteristics of the EIB CM and the problem of enforceability of the EIB CM decisions.

Relevant Cases show that the review performed by analysing different legislations, applying the most protective legislation, and not foreseeing a threshold for the impact of the projects provides wide protection for both the environment and the infrastructure public. EIB CM's accessibility to all individuals also constitutes a promise in terms of giving the EIB CM chance to investigate the impacts of all projects. Moreover, the EIB CM's motivation to review the compliance of the EIB in relation to the projects developed for non-EU countries shows the EIB CM's expansive approach. Furthermore, the characteristics of the EIB CM staff and the tools such as site visits may enhance the quality of the compliance review.

EIB CM's pursuance of real-time review is also a significant aspect of the review as the motivation to use the funding may lead the promoter/borrower to correct its actions or compensate the damages duly. Moreover, the acceptance of the two-tier review (i.e. appeal process to the European Ombudsman) constitutes a significant potential for the review.

* Research Assistant, Koç University Law School (akula@ku.edu.tr).

Furthermore, the existence of the compliance review can also be a promise itself. Relevant Cases show that the involvement of the EIB in the process may have positive impacts regardless of the result of the compliance review.

On the other hand, Relevant Cases establish that EIB CM is reluctant to declare ‘violation’ and there is unclarity with respect to which omissions can constitute maladministration might be considered as a limitation. Moreover, the failure of the EIB CM to complete the reviews timely and the lack of publication of all relevant information are limitations. EIB’s involvement in the reporting process is also a limitation as the EIB can impact the decisions through its comments. The most significant limitation seems to be the non-enforceability of EIB CM decisions, as it may cause the compliance review to become meaningless.

In conclusion, the analysis indicates that despite several shortcomings, the complaints review of the EIB CM constitutes a promising option as its existence does not create any negative impact, whereas any solution it provides is valuable for the environment and the infrastructure publics.

Keywords: Complaints Mechanism, European Investment Bank, Global Administrative Law, Infrastructure, International Accountability Mechanisms, Multilateral Development Banks

Oturum A4 (9.15-11.15)

Kira Tespit Davalarının Açılma Zamanı ve Emsal Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Analizi

Doç. Dr. Umut Yeniocak*

Kira tespit davalarının kuralları, 1964'ten 2012'ye kadar yargı içtihatlarıyla belirlenmiştir. 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda, kira tespit davalarını düzenleyen TBK 344/3 ve TBK 345 hükümleri kaleme alınırken yerleşik yargı içtihatları büyük ölçüde dikkate alınmış olmakla birlikte, bazı önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

Öte yandan, TBK 344'ün yürürlüğünün, kiracısı tacir ya da tüzel kişi olan iş yeri kiralari bakımından sekiz yıl süreyle ertelenmiş olması, yeni tarihli bazı yargı kararlarının eski içtihat dönemi kurallarına göre, bazılarının ise TBK 344/3'e göre verilmesine sebep olmuş ve kira tespit davalarıyla ilgili uygulama birliği bozulmuştur.

Tebliğimizde, davanın açılma zamanına ve emsal kira bedelinin belirlenme yöntemine ilişkin olarak iki alt başlık bulunmaktadır.

1. Kira Tespit Davalarının Açılma Zamanına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Analizi

Bu başlık altında, özellikle şu iki soruya cevap arıyoruz:

- TBK 345/1, davanın her zaman açılabileceğini söyler. Ancak bu hükümdeki “her zaman” ifadesinden ne anlamak gerekir?
- Beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde, sözleşme süresi içinde kira tespit davası açılabilir mi?

1.1. TBK 345/1 Kuralının Amaca Uygun Olarak Sınırlanması

Yargıtay, TBK 345/1'in lafzından yola çıkarak, davanın açılma zamanıyla ilgili sınırsız bir serbesti tanımakta, dava TBK 344/3'e göre açılmış olsa dahi, açılma zamanından dolayı ret kararı verilmemesi gerektiği yönünde bir uygulama geliştirmektedir. Her ne kadar hükümde “her zaman” ifadesi kullanılmış olsa da bu ifade, amaca uygun olarak sınırlanmalıdır. Bunu sağlamak üzere, kira bedelinin tespiti istenilen yeni kira yılından önceki kira yılı içinde ya da yeni kira yılı içinde açılma şartı getirilerek hüküm sınırlanmalıdır. Zira, daha erken bir tarihte açılan davada birkaç yıl sonrası için kira bedelini doğru şekilde tespit etmek oldukça zor, hatta yaşadığımız enflasyonist ortamda neredeyse imkânsızdır. Kira tespiti istenilen yeni kira yılından sonra açılan tespit davası ise, geçmiş kira yıllarına ilişkin kira tespiti talep edilemeyeceği yönündeki yerleşik uygulamaya aykırı olacaktır.

1.2. Beş Yıldan Uzun Süreli Sözleşmelerde Davanın Açılma Zamanı

Doktrindeki baskın görüşe göre, beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde beş yıl geçmekle ve sözleşme süresi bitmeden, TBK 344/3 uyarınca, kira tespit davasıyla sözleşmeye müdahale edilebilir. Ancak bu yaklaşım, hükmün lafzına ve amacına aykırı olduğu gibi, özellikle kiracılar açısından büyük bir hukuki belirsizlik oluşturmaktadır. Zira bu görüşe göre, on yıllık bir sözleşme yapıp geçerli bir kira artış oranını belirlemiş olsanız dahi, beş yıl geçtikten sonra

* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (umut.yeniocak@altinbas.edu.tr).

açılacak davayla hâkim, sözleşmeye müdahale edebilmekte, kira bedelini on yıl boyunca belirli bir düzeyde tutma sözü vermiş olan tarafların sözleşmedeki irade beyanları kendilerini bağlamamaktadır.

Hâlbuki TBK 344/3, sözleşme süresinden sonra TBK 347/1 uyarınca yenilenen kira yılı için düzenlenmiştir. Bu hükümdeki kira tespit davası ise, özellikle kiraya verenin kira artışlarındaki TÜFE sınırlamasından daha çok mağdur olmaması için getirilen bir denge mekanizmasıdır. Fakat bu dava türü, sadece kanunun getirdiği artış sınırlamasını dengelemek için kabul edilmiştir. Yoksa TBK 344/3'ün amacı, beş yıldan uzun kira anlaşması yapmayı anlamsız hâle getirmek değildir. Sözleşme süresi içinde uygulanacak kira artış oranı, koşulları oluştuğunda, sadece TBK 138 kapsamında uyarılama hakkının kullanılmasıyla değiştirilebilir. Bu sebeple, doktrindeki baskın görüş isabetli değildir.

2. Emsal Kira Bedeli Olarak Geçmiş Üç Yılın Ortalamasının Dikkate Alınması Önerisi

Tebliğimizin ikinci alt başlığında ise, kira tespit davalarında emsal kira bedeli belirlenirken, doğrudan ve sadece, yeni tarihli kira sözleşmelerindeki bedellerin dikkate alınması yönündeki uygulama üzerinde durulmaktadır.

Öteden beri yargı içtihatlarıyla oluşan bu uygulama, bugün ihtiyaca cevap veremez hâle gelmiştir. Özellikle, içinde bulunduğumuz dönemde olduğu gibi, kira bedellerinin çok kısa süre içinde aşırı şekilde yükseldiği durumlarda, emsal olarak sadece yeni sözleşmelerdeki kira bedellerini dikkate almak, kanun koyucunun kira artışlarının dizginlenmesi yönündeki amacıyla bağdaşmamaktadır.

Bu amaca hizmet etmek üzere, kira tespit davalarında emsal kira bedeli belirlenirken sadece ve doğrudan yeni kira bedelleri yerine, geçmiş üç yıllık kira bedellerinin ortalamasını dikkate almak, amaca daha uygun olacaktır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da bu uygulamanın benzerlerine rastlanmaktadır. Örneğin Almanya'da, daha önce, geçmiş dört yılda gerçekleşen kira bedelleri dikkate alınarak yapılan emsal kira bedeli tespiti, BGB'de yapılan değişikliklerle, 1 Ocak 2020'den itibaren geçerli olmak üzere, geçmiş altı yıl dikkate alınarak yapılmaya başlanmıştır (BGB 558/2). Böylece emsal kira bedellerinin ve Ülkedeki kira artışlarının, kısa dönemde gerçekleşen kira dalgalanmalarından daha az etkilenmesi amaçlanmıştır.

TBK 344/3 kapsamındaki emsal kira bedelinin belirlenmesinde geçmiş üç yıllık sürenin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmemizdeki sebep ise, belirlenecek daha uzun sürelerin Ülkemizin enflasyonist ekonomik yapısı karşısında, kiraya verenler için katlanılması güç sonuçlar doğurabilecek olmasıdır.

Onaylanmış Kuruluşlar CE İşaretli Ürünlerin Sebep Olduğu Zararlardan Sorumlu Tutulabilir mi? (Alman Federal Mahkemesinin PIP Kararları)

Dr. Öğr. Üyesi Işık Önay*

Bu tebliğin konusunu, Avrupa'da "*PIP* silikon skandalı" olarak nitelenen olayın ardından Alman Federal Mahkemesi (*BGH*) tarafından verilen iki karar oluşturmaktadır. Bu kararlarda üzerinde durulan temel sorun, CE (*Conformité Européenne*) işaretli bir ürünün sebep olduğu zararlardan bu ürüne ilişkin "uygunluk değerlendirme faaliyeti" gerçekleştiren onaylanmış kuruluşun sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu kararlar, iki sebeple Türk hukuku bakımından da önem taşımaktadır. Birincisi, kararda incelenen sistem ve kurallar AB ile Gümrük Birliği Anlaşması yapmış olan Türkiye bakımından da geçerlidir. İkincisi, *BGH*'nin onaylanmış kuruluşların sorumluluğuna ilişkin değerlendirmesinde üzerinde durduğu "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme", "güven sorumluluğu", "koruma normu" ve "normun koruma amacı" gibi kavramlar Türk sorumluluk hukuku bakımından da önem taşıyan kavramlardır.

Karara konu olan olaya ilişkin ayrıntıların açıklanmasından önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için "CE işareti" ve "uygunluk değerlendirme faaliyeti" ve "onaylanmış kuruluş" kavramlarına ilişkin izahat verilmesinde fayda bulunmaktadır. CE işareti, üzerinde bulunduğu ürünün, bu ürüne ilişkin teknik mevzuatta öngörülen kurallara uygun olduğunu gösteren işarettir. Bu işaret, yalnızca teknik düzenlemelerin bu işaretlerin konulmasını öngördüğü ürünlerde kullanılır. CE işaretinin ürüne koyulması, üreticinin, ürünün ilgili teknik düzenlemelere uygun olduğu yönündeki bir beyanı niteliğindedir. Teknik düzenlemelere göre üzerinde CE işareti bulunması gereken ürünlerin piyasaya sürülebilmesi için, ürüne ilişkin uygunluk değerlendirmesinin olumlu sonuçlanıp ürünün üzerine CE işareti koyulması gerekir. Bazı ürün grupları bakımından CE işaretinin ürüne koyulması için, uygunluk değerlendirmesinin bağımsız ve şeffaf şekilde hizmet veren bir onaylanmış kuruluş tarafından gerçekleştirilmiş olması ve kuruluşça uygunluk sertifikası düzenlenmiş olması aranmaktadır. Onaylanmış kuruluş tarafından yapılacak uygunluk değerlendirmesinin yöntem ve kapsamı ilgili ürüne ilişkin teknik düzenlemelerle belirlenmektedir.

BGH'nin bu çalışmada değerlendirilen kararlarına konu olan olay şu şekilde gelişmiştir: Fransız imalatçı *Poly Implant Prothèse (PIP)* göğüs implantları üreten bir şirkettir. *PIP*, 1997-2010 yılları arasında söz konusu ürünlerin kalite yönetim sistemi ve teknik dokümantasyonu ile ilgili uygunluk değerlendirmesini onaylanmış kuruluş sıfatını haiz *TÜV-Rheinland*'a yaptırmıştır. 2010 yılında *PIP*'in ürettiği implantlarda, dokümantasyonda öngörülenden farklı olarak, insan vücuduna uygun nitelikte silikon yerine, sanayi tipi silikon kullandığı ortaya çıkmıştır. *PIP* 2011 yılında iflasını açıklamış, 2012 yılının başında da Almanya Federal İlaç ve Tıbbi Cihaz Enstitüsü, kullanılan silikon nedeniyle implantların yırtılma riski bulunduğu için bu implantların tedbiren çıkarılması yönünde tavsiyede bulunmuştur. Bu tavsiye üzerine birçok hasta ameliyat olmuş ve bunlardan bazılarının yaptıkları masraflar sigorta şirketlerince karşılanmıştır.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ionay@ku.edu.tr).

BGH'nin 2017 yılında verdiği karar¹, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanının (*ECJ*) konuya ilişkin açıklama yapmasına vesile olması bakımından önemlidir. Bu karara konu olan olayda *PIP* tarafından üretilen implantları kullanmış bir hasta *TÜV-Rheinland*'a dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Dava ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Dosya *BGH*'nin önüne geldiğinde, mahkeme, *ECJ*'e, 93/42/EEC sayılı Yönerge'de öngörülen uygunluk değerlendirmesinin amacı, onaylanmış kuruluşların sorumluluğunun doğup doğmayacağı ve onaylanmış kuruluşların yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin sorular yöneltmiştir. *ECJ*, onaylanmış kuruluşların yürüttüğü faaliyetin amacının kapsamına son kullanıcıların korunmasının da girdiğini kabul etmiş, ancak onaylanmış kuruluşların doğabilecek zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunda ilgili ulusal hukukun belirleyici olacağını belirtmiştir. *ECJ* ayrıca onaylanmış kuruluşların, önceden bildirmeden denetime gelmek, cihazları ve imalatçının ticari belgelerini incelemek gibi genel yükümlülüklerinin bulunmadığını ancak bir tıbbi cihazın yönergeye uygunluğu konusunda şüphe doğuran delillerin varlığı durumunda onaylanmış kuruluşun, yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli tüm önlemleri alması gerektiğini belirtmiştir.² *BGH*, bu bilgiler ışığında, somut olayda davacının *TÜV-Rheinland*'ın implantların yönergeye uygunluğu konusunda şüphelenmesini gerektiren olguların mevcudiyetini ispat edemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Dava bu gerekçeyle reddedildiğinden mahkeme onaylanmış kuruluşun yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılması durumunda sorumluluğunun dayanağının ne olabileceği konusunda bir değerlendirme yapmamıştır.

BGH'nin onaylanmış kuruluşun sorumluluğunun dayanağına ilişkin değerlendirmeleri 2020 yılında verdiği kararda³ bulunmaktadır. Bu karara konu olan olayda, davacı sigorta şirketi, sigortalı bir hastaya ödemek durumunda kaldığı sigorta tazminatını *TÜV-Rheinland*'dan talep etmiştir. Dava hem ilk derece mahkemesi tarafından hem de istinaf aşamasında reddedilmiştir. İstinaf aşamasında Nürnberg Yüksek Eyalet Mahkemesi, sözleşmeden veya haksız fiilden doğan bir sorumluluğun söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, somut olayda davalının uygunluk değerlendirmesi sırasında bir yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin önemi olmadığını, zira bu yükümlülüklerin implantın kullanıcılarına karşı üstlenilmediği sonucuna varmış; bu gerekçeyle davayı -bir yükümlülük ihlali olup olmadığını değerlendirmeksizin- reddetmiştir. *BGH*, *TÜV-Rheinland*'ın sorumluluğunun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye, güven sorumluluğuna ve haksız fiile dayanıp dayanamayacağı ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Mahkeme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ve güven sorumluluğunun kabulü için aranan şartların gerçekleşmediği sonucuna varmış ancak onaylanmış kuruluşun yükümlülüklerini ihlal etmiş olması durumunda haksız fiil sorumluluğunun doğabileceğinden hareketle, bir yükümlülük ihlali olup olmadığının değerlendirilmesi için dosyayı istinaf mahkemesine geri göndermiştir.

¹ *BGH*, 22.06.2017, VII ZR 36/14 (NJW 2017, 2617).

² *ECJ*, 16.02.2017, C-219/5.

³ *BGH*, 27.02.2020, VII ZR 151/18 (NJW 2020, 1514).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Hasar Gören Taşınmazlarda Değer Kaybına Dair İçtihadının İncelenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Yasin Alperen Kardeşahin*

Hasar gören eşya teknik açıdan mükemmel olarak tamir edilse bile, hasar görmemiş bir eşyaya nazaran piyasada daha düşük bir değer sahibi olabilmektedir. Bunun nedeni, kişilerin tamir edilen eşyaya tam bir güven duymamasıdır. Tamir edilen eşyanın ileride arızalanması ihtimali, hasar ve tamir görmemiş bir eşyaya nazaran daha yüksek kabul edilebilmektedir.¹

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, hasar gören motorlu taşıtların değer kaybının tazmini talep edilebilmektedir.² Hasar gören motorlu taşıt satılmasa ve kullanılmaya devam etse bile değer kaybının tazmini gerekmektedir.³ İsviçre doktrini, hasar gören taşınmazlarda da değer kaybının tazminini kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu konudaki içtihadını 2019 yılında verilen ve bu bildiriye incelenecek olan kararı ile oluşturmuştur.⁴

Karara konu olan olayda davacılar, üç ayrı evli çifttir⁵ ve yan yana bulunan üç taşınmazın mülkiyetine sahiptir. Davalılardan biri yüklenici şirket, öteki ise bu şirketin yönetim ve temsille yetkili organı olan gerçek kişinin mirasçısıdır. Davacılar, taşınmazlarında birebir aynı üç ev inşa ettirmek için yüklenici şirket ile anlaşmıştır. Evlerin inşasından ve kullanılmasına başlanmasından bir süre sonra, yoğun yağış nedeniyle taşınmazlarda yer alan evleri su basmıştır. Yüklenici şirketin ayıbı gidermeye yanaşmaması üzerine, davacılar su baskınından kaynaklanan hasarı gidermek ve evleri tekrar su basmasını engellemek için üçüncü kişiye tamirat yaptırmışlardır. Davacı çiftlerden biri, taşınmazını dava tarihinden önce üçüncü kişiye satıp devretmiştir. Alıcıya su basması ve tamirat hakkında bilgi verilmiştir. Öteki iki çift ise, dava tarihinde taşınmazlarını kullanmaya devam etmektedir. Hem taşınmazlarını satan davacılar hem de taşınmazlarını kullanmaya devam eden davacılar değer kaybının tazminini talep etmektedir. Davalılardan yüklenici şirket iflâs etmiş ve bu davalı hakkındaki dava durmuştur. Şirketin yönetim ve temsille yetkili organı olan ikinci davalı ise, kusuru nedeniyle kişisel olarak sorumlu tutulmuştur (İsvMK 55 III, karş. TMK 50 III).⁶ İkinci davalının sorumlu olması ihtilaf konusu değildir.

Federal Mahkeme, değer kaybının giderek azalabilen ve bir süre sonra ortadan kalkabilen bir zarar türü olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, bu durumu, tamir edilen eşyanın bir süre

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (yakarasahin@ku.edu.tr).

¹ Vito Roberto, Ersatzfähigkeit abstrakter Schäden: Merkantiler Minderwert, Nutzungsausfall und Schadensregulierung, Aktuelle Juristische Praxis, Yıl: 2019, Sayı: 12, s. 1242.

² BGE 56 II 116, n. 6; 64 II 137, n. 3a-c.

³ BGE 64 II 137, n. 3c.

⁴ BGE 145 III 225. Federal Mahkeme aslında 2017 yılında da taşınmazlarda değer kaybına dair bir karar vermişti (6 Eylül 2017, 4A_113/2017). Ancak 2017 tarihli kararını bu bildiriye incelenen ve resmî olarak yayımlanan 2019 tarihli kararı ile kısmen değiştirmiştir (BGE 145 III 225, n. 4.2.3, son kısım).

⁵ Vito Roberto/Burim Pavataj, Merkantiler Minderwert – Bemerkungen zu BGE 145 III 225, Aktuelle Juristische Praxis, Yıl: 2019, Sayı: 10, s. 985

⁶ Roberto/Pavataj (dn. 5) s. 986; Markus Vischer, BGER 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, Aktuelle Juristische Praxis, Yıl: 2019, Sayı: 8, s. 842-843.

boyunca arızalanmaması üzerine ona duyulan güvenin tekrar artması ile açıklamaktadır.⁷ Mahkeme, değer kaybının zamanla azalıp azalmaması meselesini incelerken hasar gören eşyanın türüne göre bir ayırım yapmıştır.⁸ Bunu yaparken, değer kaybının eşyanın ekonomik ömrü boyunca mevcut olup olmamasını dikkate almıştır.

- Motorlu taşıtlarda değer kaybı kalıcıdır. Aslında motorlu taşıtlarda da zamanla değer kaybı azalmaktadır. Ancak bu durum motorlu taşıtın ekonomik ömrünün azalması nedeniyle genel olarak değer kaybetmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla motorlu taşıt ekonomik ömrü boyunca değerinin bir kısmını (tamir edilen) hasar nedeniyle kaybetmektedir. Başka bir ifade ile değer kaybı (motorlu taşıtın ekonomik ömrü boyunca) kalıcı niteliktedir.⁹
- Taşınmazlarda ise, değer kaybı geçici niteliktedir. Nitekim bir taşınmazda yer alan binalar, motorlu taşıtlara nazaran uzun bir ekonomik ömre sahiptir. Taşınmazda yaşanan değer kaybı, binanın ekonomik ömrü devam ederken zamanla azalıp bir süre sonra sona ermektedir. Federal Mahkeme'nin kabulüne göre, taşınmazlarda oluşan değer kaybı zarar verici olaydan itibaren en geç 15 yıl geçince ortadan kalkmaktadır.¹⁰ Dolayısıyla, taşınmazlarda değer kaybı, motorlu taşıtların aksine, geçici niteliktedir.¹¹

Motorlu taşıtlar ile taşınmazlar arasında belirlenen bu fark, İsviçre Federal Mahkemesi'nin taşınmazlarda değer kaybına dair içtihadını motorlu taşıtlarda değer kaybına dair içtihadından başka yönde geliştirmesine dayanak teşkil etmektedir. Federal Mahkeme'nin kabulüne göre, taşınmazlarda değer kaybının geçici olması, değer kaybının – motorlu taşıtların aksine – soyut olarak tazminine engeldir. Mahkeme'ye göre, sadece malik taşınmazını satmış ve değer kaybı nedeniyle somut olarak zarar görmüşse değer kaybının tazminini talep edebilecektir.¹²

Somut olayda, davacı iki evli çift taşınmazlarını satmadıklarından onların tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Üçüncü çift ise, taşınmazlarını bilirkişi raporu ile belirlenen hasarsız değerinden yüksek bir bedele satmış olmaları nedeniyle, Mahkeme'ye göre somut olarak değer kaybından zarar görmemiştir.

Federal Mahkeme'nin açıklanan kararı İsviçre doktrininde birçok açıdan eleştirilmiştir.¹³ Bildiride, kararın açıklanmasını müteakip bu eleştiriler de değerlendirilecektir.

⁷ BGE 145 III 225, n. 3.2.1 ve 4.1.4.

⁸ BGE 145 III 225, n. 4.2.1.

⁹ BGE 145 III 225, n. 4.2.2.

¹⁰ BGE 145 III 225, n. 3.2.1 ve 4.2.3.

¹¹ BGE 145 III 225, n. 4.2.3.

¹² BGE 145 III 225, n. 4.2.3.

¹³ Walter Fellmann/Yvonne Burger, Der merkantile Minderwert bei Grundstücken, Haftung und Versicherung, Yıl: 2019, Sayı:3, s. 266-267; Roberto (dn. 1), s. 1242-1244; Roberto/Pavataj (dn. 5), s. 987-991; Vischer (dn. 6), s. 848-849, 851.

Ürün Sorumluluğunda Sorumluluğun Dayanağı ve İspat Yükü Meselesi

Dr. Öğr. Üyesi Ayça Zorluoğlu*

Çalışmamızda İsviçre Federal Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2021 tarih ve 4A_635/2020 sayılı, doktrinde "Asansör Kapısı Davası" olarak bilinen içtihat üzerinde durulmuştur. Karara konu olayda davacı B, bir şirkette temizlik işçisi olarak çalışmıştır. 1998 yılında kolu, çalıştığı şirketteki asansörün kapısına sıkışarak ezilmiş ve B bu sebeple bedensel zarara uğramıştır. Uğradığı bu zarar sebebiyle şirketten maddi zararını tazmin etmiş, ayrıca kendisine emekli aylığı bağlanmıştır. 2019 yılına gelindiğinde B, manevi zararlarının tazmini amacıyla bu sefer asansörü üreten şirkete karşı dava açmıştır. Somut olay bakımından zararın üreticiden dolayı mı yoksa asansörde bulunan bir kusurundan mı meydana geldiği tartışılmıştır. Olayda asansör 1993 yılında monte edilerek çalışmaya başlamıştır. Bu sebeple 1994 tarihli İsviçre Ürün Sorumluluk Kanunu, olayda uygulama alanı bulmamıştır.

Olay bakımından zararın kusurlu üründen kaynaklandığı kabul edilecek olursa adam çalıştırmanın sorumluluğu (Art. 55 OR- TBK md 66) hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Mahkeme tarafından görevlendirilen teknisyen bilirkişi, zararın tam olarak hangi sebepten oluştuğunun belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. B, dava içerisinde yalnızca zarara uğradığını ve bu zararın asansör sebebiyle meydana geldiğini ispat edebilmiştir. Alt Mahkeme, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerini uygulamış ve asansör üreticisi şirketin, ancak asansörü bu gibi durumlarda zararı önleyecek şekilde inşa etmiş olması halinde sorumluluktan kurtulabileceğine, sonuç olarak şirketin zarar sebebiyle sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Temyiz Mahkemesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 55/1 maddesi uyarınca asansör üreticisi şirketin kurtuluş kanıtı sağlamayı başarmadığını incelemiştir. Hem asansöre monte edilen asansör ışık bariyeri sensörünün hem de kapanma kuvveti sınırlayıcısının koruyucu mekanizmalar olarak başarısız olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple de şirketin meydana gelen türden bir zararı önlemek için koşullar altında gerekli olan tüm özeni gösterdiğini kanıtlamadığına hükmetmiştir.

Federal Mahkeme ise konuya farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Asansörün daha güvenli bir şekilde tasarlanıp tasarlanmayacağı meselesinin adam çalıştırın bakımından bir kurtuluş kanıtı unsuru olamayacağına, bunun zarar gören tarafından ispatlanması gerektiğine karar vermiştir. Ürünün kusurlu olduğuna dair kanıt bulunmadığı takdirde üreticinin sorumlu tutulamayacağına işaret etmiştir.

Çalışmamıza konu olan karar ürün sorumluluğunda ispat yükünün hangi taraf üzerine kaldığını ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu noktada da adam çalıştırın sorumluluğu ile ürün sorumluluğu arasında bir karşılaştırma yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Kararın İsviçre Ürün Sorumluluk Kanunu öncesinde üretilen bir asansöre ilişkin olması sebebiyle, üreticinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğu meselesi gündeme gelmiştir. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin Menfez Çerçevesi Kararı (BGE 110 II 456) ve Kahve Cezvesi Kararı (BGE 133 III 81) da tekrar değerlendirilmiştir. Çalışmamız kapsamında İsviçre Federal

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (aycazorluoglu@gmail.com).

Mahkemesi'nin 4A_635/2020 sayılı karardan yola çıkılarak İsviçre hukukundaki durumun Ürün Sorumluluk Kanunu öncesi ve sonrasındaki dönem nazara alınarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Akabinde Türk hukuku bakımından konu ele alınacaktır. Türk hukuku bakımından konu ele alınırken Türk Borçlar Kanunu md 66 hükmü ve özellikle 66. maddenin 3. fıkrası nazara alınmalıdır. Bunun yanı sıra AB Konseyi'nin 25 Temmuz 1985 tarih ve 85/374/AET sayılı Direktifi ile 2001 tarihli Ürün Güvenliği Yönergesi (2001/95/EC), ayrıca Türk hukuk mevzuatını AB hukuku mevzuatı ile uyumlaştırma çabaları kapsamında ortaya konulan 12 Mart 2021 tarihli 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu incelenmelidir. Bu çerçevede 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile AB Konsey Direktifi hükümleri arasındaki farklılıklara da değinilmelidir. Doktrinde 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu çok sert eleştirilere uğramıştır. Çalışmamız kapsamında ürün sorumluluğunun hukuki dayanağı ve niteliği tespit edilmeye çalışılmış, buna bağlı olarak da ispat yükü meselesi üzerinde durulmuştur.

Oturum A5 (9.15-11.15)

Fransız Anayasa Konseyi ve Devlet Konseyi Kararları Çerçevesinde Kira Bedeline Devlet Müdahalesi

Dr. Öğr. Üyesi Bige Açımız*

Konut krizi, özellikle kiralık konut arz ve talebi arasındaki dengesizlik, birçok ülkede olduğu gibi Fransa’da da devletin konut kirası sözleşmelerine müdahalesine yol açmıştır. 2014 ve 2018 yıllarında çıkarılan kanunlarda, devletin sadece kira artış oranını değil, sözleşme akdedilirken belirlenecek kira bedelini de kısmen de olsa düzenlemesi öngörülmektedir. Kurulan sistem, mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğüne müdahale yanında eşitlik ilkesi ve iktisadi ve sosyal etkileri bakımından da halen tartışılmaktadır. Kira kontrolü düzenlemelerine getirilen eleştiriler arasında sistemin karmaşıklığı, piyasa verilerinden yola çıkılması nedeniyle sadece fahiş kiralar bakımından anlamlı olduğu, piyasanın katılaşmasına neden olacağı ve bazı kiracılar bakımından dezavantajlı olabileceği yer almaktadır. Bu sorgulamalar yargı kararlarında kısmen yer bulabilmektedir. Bu çalışmada Anayasa Konseyi’nin 20.3.2014’te ve Devlet Konseyi’nin 22 Mayıs 2022 tarihinde verdiği kararlardan hareket edilerek devletin kira bedeline müdahalesinin hukuka uygunluk koşulları üzerinde durulacaktır. Bunun için öncelikle Fransız hukukunda kira kontrolünün hatlarıyla ortaya konulmalıdır.

Fransa’da kira bedelleri kural olarak serbestçe belirlenmekle birlikte, bu serbestliğin sınırları ve istisnaları mevcuttur. Kararların konusunu oluşturan 24.3.2014 tarihli kanunla (ALUR) getirilen ve 23.11.2018 tarihli kanunla (ELAN) nihai şeklini alan istisna, “gerilimli” bölgelerde idari kararlar birincil konutlar hakkında uygulanacak olan kira bedellerinin alt ve üst sınırlarının belirlenmesidir. Kira kontrolünde gönüllülük esaslı öngörülmekte olup bu gönüllülük, yerel yönetimlerin başvurularıyla sağlanmaktadır. Ardından Başbakanlık kira denetimi uygulanacak alanın sınırlarını belirlemektedir. Sonrasında valilik genelgesiyle taşınmazın coğrafi konumuna (bulduğu mahalleye), hangi tarihte inşa edildiğine, oda sayısına ve eşyalı olarak kiralanıp kiralanmadığına göre değişen metrekare başı referans kira bedeliyle bu bedelin %30’u oranındaki alt ve %20’si oranındaki üst sınırlar tespit edilmektedir. Kanunun uygulanabilmesi için kira kontrolü uygulanan yerlerde yerel kira gözlem büroları kurulması gereklidir. Zira referans kira, bu bürolar tarafından, ilgili yerleşim yerindeki en düşük ve en yüksek kiraların medyanı hesaplanarak oluşturulmaktadır. Sözleşmelerde kira bedeli belirlenirken valiliğin tespit ettiği sınırlar içinde kalınması zorunludur. Ancak özel nitelikli bazı konutlar için tamamlayıcı kira bedeli öngörülmek suretiyle bu sınırın üzerine çıkılabilmektedir. Düzenlemenin bir diğer özelliği ise deneysel niteliğidir: uygulama ayrıca bir yasa çıkarılmazsa 23 Kasım 2023’te sonra erecektir.

Devlet Konseyi’nin 24.5.2022 tarihinde verdiği kararın konusu, Paris’te kira bedeli sınırı uygulanacak olan alanın tespitine ilişkin Başbakanlık işleminin denetimidir. Mahkeme bu karar vesilesiyle, öngörülen sistemin AİHS’te öngörülen mülkiyet hakkını ve eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Yargıca göre kanunla mülkiyet hakkına müdahale edilse de yapılan düzenlemelerle konut arzı ve talebi arasında dengesizlik olan bölgelerde konuta erişimin

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (bacimuz@ku.edu.tr).

sağlanması olarak somutlaşan kamu yararı amaçlanmaktadır. Öngörülen sınırlamanın, kanunla gözetilen kamu yararı karşısında ölçülü olduğuna hükmeden mahkeme, bunu desteklemek için düzenlemenin deneyselliğine vurgu yapmıştır. Eşitlik ilkesi bakımından sorgulanan husus ise Paris'e komşu beldelerin kapsama alınmamasının eşitliğe aykırı olup olmadığıdır. Zira düzenleme nedeniyle kira kontrolü uygulanan illerin sınırındaki illerde taşınmaz piyasasının olumsuz etkilenmesi ihtimal dahilindedir. Devlet Konseyi, diğer yerel yönetimlerin talep haklarının varlığından ve bu olanağı kullanmadıklarından yola çıkarak eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Devlet Konseyi'nin değerlendirmeleri, büyük ölçüde Anayasa Konseyi'nin 2014'te çıkarılan kanuna ilişkin anayasallık denetimiyle paraleldir. Ancak anayasa yargıcı, kendisine yöneltilen talebin de etkisiyle düzenlemeyi sadece mülkiyet hakkı değil sözleşme özgürlüğü bakımından da incelemiştir. Yine de geleneksel yaklaşımından sapmayarak kararında kanun koyucunun takdir yetkisini öne çıkarmıştır. Fransa'da öngörülen sisteme getirilen eleştiriler arasında sistemin orta ve uzun vadede piyasanın rolünü tamamen ortadan kaldıracak olması ve dar gelirliyle halihazırda düşük kira ödeyenlerin durumlarını olumsuz etkileme olasılığı yer almaktadır. Bu iki olgunun doğru olması ihtimalinde, ölçülülük değerlendirmesi kapsamında düzenlemenin amacını gerçekleştirmek bakımından "elverişli" olup olmadığı sorgulanabilecektir. Bu konudaki inceleme yetkisini yasa koyucunun öngördüğü araçların hedeflenen amaca açıkça elverişsiz olduğu durumlarla sınırlı gören Anayasa Konseyi ise bu sorgulamayı yasa koyucunun öngördüğü amacın başka araçlarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği değerlendirmesi olarak nitelemiş ve konuyu incelememiştir. AİHM de sosyal adalet kapsamında gördüğü bu alanlarda devletin geniş takdir marjına dokunmamaya çalışsa da özellikle kiraya veren malikin taşınmazından yararlanmasının önemli ölçüde sınırlandırıldığı hallerde detaylı bir ölçülülük değerlendirmesi yaparak mülkiyet hakkı ihlaline karar verebilmektedir.

Bu tür ekonomik kolluk müdahalelerinin taşınmaz piyasasına etkisi ve etkililiği, ortaya çıkan riskler nedeniyle de ayrıca incelenmesi gereken bir konudur. Zira özellikle katı kira kontrolü yapılan ülkelerde kayıt dışılık arttığı gibi kira gelirinin azalması nedeniyle kiralık konut arzının düşmesi ve konut kalitesinin bozulması gibi orta ve uzun vadeli risklerle de karşılaşılabilir.

Bireysel Başvuruda Yol Ayrımına Doğru: Anayasa Mahkemesinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkına İlişkin Güncel Kararları Hakkında Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Erkan Duymaz*

Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yolu, yürürlüğe girişinin onuncu yılında ciddi sarsıntılar yaşamaktadır. Bunun nedenlerini en az üç başlıkta toplamak mümkündür: AYM'nin her geçen gün katlanarak büyüyen iş yükü; bireysel başvuru kararlarının icrasında ve daha genel olarak AYM içtihadının diğer ulusal mahkemelerce uygulanmasında yaşanan sorunlar; AYM ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) arasında belirli konularda gün yüzüne çıkan ve AİHM önünde hak ihlallerine yol açan derin görüş ayrılıkları. Bunlardan ilk ikisi, son derece önemli olmakla birlikte, AYM'nin yargısal faaliyetinden kaynaklanan sorunlar değildir. Buna karşın üçüncüsü, doğrudan AYM tarafından uygulanan denetimin niteliği ve temel hak ve özgürlüklere sağlanan korumanın düzeyi ile ilgilidir. AYM'ye bireysel başvuru hakkının tanınması ile güdülen amaç göz önüne alındığında, AYM ile AİHM kararları arasındaki esasa ilişkin yorum ve standart farklılıklarının potansiyel bir "sorun" teşkil ettiğini, bu farklılıkların kalıcı hâle gelerek sürekli hak ihlalleri doğurmasının ise bireysel başvuru yolunun etkililiğini tartışmaya açtığını söylemek mümkündür. Çalışmamız, bu güncel sorunun tespitine ve bireysel başvuru yolunun geleceği üzerindeki etkilerine odaklanmaktadır.

AYM ve AİHM tarafından uygulanan denetim standartları arasında öteden gelen bir seviye farkının bulunduğunu ileri sürmek hiç kuşku yok ki doğru olmayacaktır. Aksine AYM, bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte, birçok alanda ve istikrarlı bir biçimde AİHM'nin içtihadı birikimini benimsemiş ve kararlarında başarıyla uygulamıştır. AYM, AİHM'nin yeni ihlal kararlarını dikkate alarak kendi içtihadını geliştirmiş ve hatta bazı kararlarında Avrupa standartlarının bir adım ötesine geçebilmiştir. Bununla birlikte AYM'nin performansı, bilhassa iki alanda -ifade özgürlüğü ve özgürlük ve güvenlik hakkı-, aynı düzeyde olmamıştır. AİHM'nin son yıllarda verdiği ihlal kararlarına bakıldığında, AYM'nin incelemesinden geçmiş olmasına rağmen AİHM önünde ihlalle sonuçlanan başvuruların büyük çoğunluğunun söz konusu haklara ilişkin olduğu göze çarpmaktadır. Öte yandan, yine başvuruların önemli bir kısmında, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkına ilişkin iddiaların bağlantılı olduğu ve AİHM tarafından tespit edilen ifade özgürlüğü ihlallerinin doğrudan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlallerinden kaynaklandığı görülmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın esas konusunu özgürlük ve güvenlik hakkı oluşturmaktadır.

Çalışma, AİHM'nin son üç yılda verdiği özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin ihlal kararlarıyla sınırlı olacaktır. Bu kararlara konu olan başvuruların birçok ortak yönü bulunmaktadır. Öncelikle, söz konusu başvuruların büyük çoğunluğunun olağanüstü hâl döneminde uygulanan tutuklama tedbirlerini konu aldığı söylenmelidir. Öte yandan, başvuru sahipleri genellikle, siyasetçi, gazeteci, yazar, iş insanı gibi tanınırlığa sahip yahut hâkim/savcı/milletvekili gibi özel anayasal güvencelerden yararlanan kişilerdir. Bununla bağlantılı olarak, incelenen ihlal kararlarında sadece özgürlük ve güvenlik hakkı değil, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile güvence altına alınan başka temel hak ve özgürlüklerin de ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (erkan.duymaz@istanbul.edu.tr).

Çalışma, özgürlük ve güvenlik hakkının içerdiği bütün alt güvencelere değinmekle birlikte, yalnızca AYM ile AİHM arasındaki “derin” görüş ayrılıklarını yansıttığı düşünölen konuları ön plana çıkarmaktadır. Bunlar sırasıyla “kanunilik”, “suç şüphesi ve tutuklama nedenleri” ve “meşru amaç” unsurlarıdır. Çalışmada, bu alt başlıklar altında AYM’nin ve AİHM’nin güncel kararlarının karşılaştırılması suretiyle Mahkemelerin yaklaşımları arasındaki temel farklılıkların ortaya konulması ve bunun bireysel başvuru yolunun etkililiğı üzerindeki sonuçlarının tartışılması hedeflenmektedir.

Gerçekte, AYM ile İHM arasında özgürlük ve güvenlik hakkı temelinde ortaya çıkan standart farklılığı teknik bir hukuki meseleden ibaret değildir. İki Mahkeme tarafından son üç yılda verilen kararlar birçok “ilk”in yaşanmasına neden olmuştur. Bunlardan birincisi, AYM ilk kez, ulusal bir hukuk normunun yorumu konusunda AİHM tarafından yapılan değerlendirmelere katılmamış ve AİHM önünde hak ihlaline sebebiyet verme pahasına mevcut içtihadını devam ettireceğini açıklamıştır (*Yıldırım Turan* [GK], B. No: 2017/10536, 4/6/2020). İkincisi, AİHM, ilk kez, iki farklı kararda, başvuruçuların Sözleşme’de öngörölmeyen bir amaçla özgürlüklerinden yoksun bırakıldığına, bir başka ifadeyle ulusal makamların kendilerine tanınan hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisini amacından saptırdığına (AİHS m. 18) kanaat getirmiştir (*Kavala/Türkiye*, B. No: 28749/18, 10/12/2019; *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 2)*, B. No: 14305/17, 22/12/2020). Üçüncüsü, Türkiye hakkında, ilk kez, *Kavala* kararında tespit edilen hak ihlalinin giderilmediğı gerekçesiyle Avrupa Konseyi tarafından “ihlal prosedürü” başlatılmış, bu sürecin sonunda AİHM, ilk kez, Türkiye’nin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlölüklerini yerine getirmediğıne (AİHS m. 46) karar vermiştir (*Kavala/Türkiye* [BD], B. No: 28749/18, 11/07/2022).

Bu gelişmeler, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin güncel kararlarla ortaya çıkan standart farklılığının basit bir yorum farklılığına indirgenemeyeceğini göstermektedir. AİHM kararları, AYM’nin, bireysel başvuru yolu ile üstlendiğı “insan hakları mahkemesi” rolünü özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında yerine getiremediğini tespit etmiştir. Bu nedenle, AYM’ye bireysel başvuru yolunun etkililiğini sorgulamak hatta bireysel başvuruda bir yol ayrımına geldiğini öne sürmek abartılı olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında "Gerekçeli Karar Hakkı"

Dr. Öğr. Üyesi Sertaç Işıka*

Bireylerin adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi, açıkça zikretmemekle birlikte bünyesinde birçok hak ve güvenceleri barındırmaktadır. Bu doğrultuda gerekçeli karar hakkı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumlamasıyla kabul edilmiş olan içtihadi bir haktır. AİHM, bireylerin haklarındaki kararların sebeplerini bilmek ve buna göre kanun yoluna etkili bir biçimde bulunmalarına imkan vermek üzere mahkemelerin verdikleri kararlarda gerekçe göstermelerini zorunlu tutmaktadır. AİHM, kararın gerekçesiz olması ile yetersiz bir gerekçe sahip olmasını da aynı kapsamda değerlendirmektedir.

Ulusal mevzuatımıza baktığımızda ise Anayasamızın 36. Maddesi herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmekle birlikte gerekçeli karar hakkından açıkça bahsetmemiştir. Ancak bu hak mahkemeler için anayasal bir yükümlülük olarak Anayasa m.141'de düzenlenmiştir. AY. m.141/3'e göre, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmak zorundadır. Bu yükümlülük Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. Maddesinde de, hakim ve mahkemelerin her türlü kararının, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılması gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere ceza muhakemesini sonlandıran hüküm başta olmak üzere, ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma süreçlerini kapsayan tüm aşamaları bir takım işlemlerin yapılması ve kararların alınması suretiyle ilerlemektedir. CMK m.34'de düzenlenen genel gerekçe yükümlülüğünün süreç boyunca alınan tüm kararlara bakımından geçerli bir yükümlülük olduğunu vurgulamalıyız.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanının açılmasıyla birlikte, gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkı bünyesinde Anayasa Mahkemesi tarafından da güvenceye alınan bir hak haline almıştır. Gerekçeli karar hakkının ihlalinin özellikle kanun yolu aşamasında gideriminin sağlanmadığı hallerde bireysel başvuru yolu ile AYM önüne gelmesi iç hukuk çerçevesinde son imkan olması nedeniyle büyük önem taşımaktadır. AYM'nin denetim kapsamında kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamayacağını dikkate aldığımızda ise gerekçeli karar hakkı yönünden ihlal incelemesinin sınırlı bir alanda yapılabileceği ortaya çıkmakta. Örneğin delillerin değerlendirilmesi meselesi müstakil biçimde AYM'nin yapabileceği bir inceleme değildir. Ancak AYM'nin adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen gerekçeli karar hakkı bakımından incelemeyi AİHM içtihatlarıyla paralel olarak yargılamanın bütünü açısından yaptığını söyleyebiliriz.

AYM içtihatlarında, derece mahkemelerinin dava konusu maddi olayın ispatı sürecinde delilleri değerlendirmesi, hukuk kurallarının uygulanması, yargılama sürecinde alınan tüm kararların gerekçelendirilmek zorunda olduğunu, bu hususun adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu ifade etmektedir. AYM, mahkemelerin, tarafların ileri sürdüğü tüm iddialara yanıt vermek zorunda olmadığını ancak davanın esasını teşkil eden sorunun çözümüne yönelik iddiaların incelenmiş olduğunun gerekçeli karardan anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. AYM'ne göre, bir davada tarafların hangi nedenle haklı veya haksız olduğunu anlayıp

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (sertacisika@istanbul.edu.tr).

değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş hükümde nelerin dikkate alınıp alınmadığını gösteren gerekçe bölümünün bulunması gerekçeli karar hakkının gereğidir.

AYM, gerekçeli karar hakkını kararlarında “makul gerekçe” kavramı ile ifade etmektedir. AYM’ye göre “makul gerekçe” şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekmektedir. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.*”. Bu doğrultuda makul gerekçenin varlığı, bu kararda belirtilen kriterler varlığı ile tespit edilmektedir.

Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru yolu ile önünde gelen dosyalarda gerekçeli karar hakkı çerçevesinde yaptığı incelemeler değerlendirilecektir. Bu çerçevede verilen kararlarda delillerin tartışılması ya da iddiaların değerlendirilmesi hususunun yargılamanın bütünü üzerinde etki gösterip göstermediği meselesi güncel karar örnekleri üzerinden değerlendirilecektir.

Araştırma Görevlisi: Bilgi Üretim Süreçlerinin Görünmez İşgücü (Anayasa Mahkemesinin 2017/156 Esas, 2019/37 Karar Sayılı İptal Davasında 2547 Sayılı Kanunun Ek 38. Maddesi ile İlgili Değerlendirmeleri Üzerine Düşünceler)

Sümeyye Hande Akgün *

Personel, bir işi yapmak üzere bir işletmede istihdam edilen, bir hizmet veya kuruluşun görevlileri, bir iş yerinde çalışanların tümü demektir. Bu doğrultuda akademik personel de akademik çalışma gerçekleştirmek üzere yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen kişilerdir. Akademik çalışmanın araştırma, öğretim ve kamu hizmeti olmak üzere üç bileşeni bulunmaktadır. Bu bileşenlerin ilki olan araştırma, akademik çalışmanın kalitesinin ve bilgi temelli öğretimin bir öncülü olarak tanımlanmakla birlikte bilgi üretimi dolayısıyla sermaye yaratımına da ön ayak olmaktadır. Bu çalışma araştırma görevlisini akademik çalışmanın araştırma bileşenini yerine getiren bir işgücü kategorisi olarak ele almaktadır.

Türk Yükseköğretim sisteminde geleneksel olarak araştırma görevlisi üniversitelerde gerçekleştirilen araştırma ve öğretim faaliyetlerinin ikincil bir parçası, bir yardımcı öğretim elemanı olarak kabul edilmektedir. Oysa araştırma görevlisinin araştırmalara yaptığı katkının kapsamı, becerilerinin genişliği ve araştırma görevlisi kadrolarında aranan niteliklerin derinliği düşünüldüğünde, bu işgücü kategorisinin ikincilliği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında mevzuatta araştırma görevlisinin iş güvencesine yahut gelecek kariyer planlamalarına dair açık bir düzenleme bulunmuyor olması da sorunun başka bir boyutunu teşkil etmektedir. Bilgi üretim süreçlerinde araştırma, öğretim ve kamu hizmeti aşamalarında değişen oranlardaki katkılarıyla aktif rol alan araştırma görevlisinin statüsünün tanımlanmasında örtülü, muğlak bir dil tercih edilmesi de bu sorunlara yol açan sebeplerden birisidir. Rolün tanımlanmasındaki bu belirsizlik, disiplinler arasında farklılaşan uygulamaları ifade etmeyi de zorlaştırmaktadır.

2547 Sayılı YÖK Kanunu araştırma görevlisi istihdamında 33/a ve 50/d olarak bilinen iki ayrı usul öngörmekteydi. Bu iki ayrı atama usulü YÖK'ün kuruluş amacında yer alan üniversitelere öğretim elemanı yetiştirilmesi hususunda ülke gündemini meşgul eden tartışmalara yol açmıştır. Araştırma görevlisi kadrosunun niteliğine, görev tanımına, sözleşme sürelerine, atanma usullerine ilişkin ve ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi, hukuki öngörülebilirlik ve güvenceli çalışma gibi başlıklar ekseninde yürütülen tartışmalara son vermek amacıyla YÖK Kanununa bir torba yasayla eklenen Ek Madde 38 hükmü gündeme gelmiştir. Buna göre *“Yükseköğretim kurumları araştırma görevlisi kadrolarına atamalar, 33 üncü maddede belirtilen usule uygun olarak 50 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yapılır.”*¹ Bu düzenleme ayrı uygulamaları ortadan kaldırıyor görünmekle birlikte başka bir tartışmanın doğmasına sebep olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2547 sayılı Kanunun Ek 38.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (sumeyyehandecakir@gmail.com).

¹ 2547 sayılı Kanunun 50/d hükmü *“Lisansüstü öğretim yapan öğrenciler, kendilerine tahsis edilebilecek burslardan yararlanabilecekleri gibi, her defasında bir yıl için olmak üzere araştırma görevlisi kadrosuna da atanabilirler.”*

Maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında araştırma görevlilerinin **akademik niteliği bulunmayan kadroya** atandıklarına dair tespiti dikkate değerdir. Kanımızca tartışmalı kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

“25. 2547 sayılı Kanun’un 33. maddesine göre lisansüstü öğrenimi devam eden araştırma görevlisi ise, yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan **öğretim elemanı** olarak belirtilmiştir. Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde **öğretim üyelerinin, bir başka deyişle profesör, doçent ve doktor öğretim üyelerinin akademik unvana sahip oldukları hükme bağlanmıştır. Bu itibarla Kanun’da araştırma görevliliği akademik bir kadro olarak belirtilmemiştir.**

26. Araştırma görevlilerinin her defasında bir yıl süreyle olmak üzere **akademik niteliği bulunmayan kadroya atanmaları**, bu kişilerin yapmakta oldukları lisansüstü eğitimler kapsamındaki **akademik çalışmalarını** kolaylaştırmak ve hızlandırmak üzere kanun koyucu tarafından alınmış bir tedbir özelliği taşımaktadır. **Yüksek lisans ve doktora çalışmalarının** Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının (t) bendi uyarınca **lisansüstü eğitimin birer parçası** olarak kabul edildiği de gözetildiğinde araştırma görevlilerinin anılan çalışmalarda bulunmalarının **akademik personel** olarak sınıflandırılmalarını **zorunlu kılmadığı** açıktır. Bu itibarla araştırma görevlilerinin her defasında bir yıl olmak üzere atanmalarının bilimsel özerklik temelinde denetime tabi tutulması mümkün görünmemektedir.”

Söz konusu kararın bu çalışmada ele alınmasına neden olan birkaç özelliği öne çıkmaktadır. Birincisi araştırma görevliliği kadrosunun akademik niteliği bulunmayan bir kadro olduğu tespitidir. İkincisi akademik unvan ve akademik kadro ayrımının² net bir şekilde yapılmamış olmasıdır. Üçüncüsü anayasaya aykırılık iddiasının araştırma görevliliğinin akademik bir kadro olmadığından bahisle bilimsel özerklikle bağlantısının olmadığı tespitinin yerinde olmayışıdır. Anayasa Mahkemesi’nin 2017/156 Esas, 2019/37 Karar sayılı kararı ile, son dönemlerde anayasal sorunları kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi usulünden daha çok bireysel başvuru mekanizması ile çözüme eğiliminde olduğu görünür hale gelmektedir. Bu yaklaşımın sakıncaları ise başka bir çalışmanın konusudur.

² Akademik unvan ve akademik kadronun aynı şey olmadığına dair bkz. M. Ayhan TEKİNSOY ve Mustafa Bayram MISIR, (2012). “Öğretim Üyelikine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları”, **AÜHFD**, 61 (1): 351-382, s. 352.

Oturum B1 (12.00-14.00)

On the Definition of Slavery in Modern Law in Light of Recent Court Decisions

Dr. Yiğit Sayın*

Roman law is arguably the tenet of the legacies that the Romans bequeathed to modern civilizations in the course of history. As elegantly expressed in the words of Paul Koschaker; “The European civilization, had achieved the cultural unity relying on classical Rome rather than the political unity being sought to be achieved by the Holy Roman-Germanic Empire,”. And although the Roman literature, art, architecture, politics system etc. would be amongst the first of heritages that comes to mind; the social residues of Rome may not all involve happy memories but rather be characterized as 'dark', as in the deep-seated stains left by thousands year old sediments of ‘slavery and its law’.

In that regard it might be taken as a tell-tale sign that in modern law the definition of slavery can still not shake off the Roman influence and bases its elements on Roman law. Accordingly, the ‘modern’ definition of slavery that can be found in the 1926 convention read as “*Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership is exercised.*” presupposing that we all have ‘ownership’ rights over our bodies. Notwithstanding the ‘inapplicability’ of this approach to the totality of the legal systems of the world and its ‘out of touch’ nature with the contemporary understanding of law and legal issues, this legal definition has surprisingly been already confirmed twice: first, in the ‘1956 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (Supplementary Convention)’ and, then, in the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute).

The ‘modern’ definition of slavery is also emphasized in contemporary court decisions, both domestic and international. Amongst those decisions, especially three of them will be considered in terms of this study: The Case of the European Court of Human Rights, *Siliadin v. France* (2005) and *Rantsev v Cyprus and Russia* (2010), for an outlook of international law on slavery and the case of the Australian High Court *Queen v Tang* (2008) for an outlook of domestic law. While the ECHR case of *Siliadin v France* moves from the premise that the 1926 definition of slavery and ‘ownership’ aspect embedded within, shall be taken into consideration while determining whether or not there is the practice of slavery in a given case; the recent ECHR case of *Rantsev v Cyprus and Russia* did take a different stand and avoided to engage with such qualifications. The *Rantsve v Cyprus and Russia* decision further muddied the waters for the legal distinguishment between ‘slavery’ and ‘forced labour’ as the Court determined that it ‘considers that trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership’, further stating that in view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment that is the subject of complaint constitutes ‘slavery’, ‘servitude’ or ‘forced and compulsory labour’ as they are all covered by

* Assistant Professor, Koç University Law School (ysayin@ku.edu.tr).

article 4, which by the Court's own admission, is not an article that the Court is frequently invoked to consider its application.

Therefore, in light of ECHR decisions, it can be argued that there is no difference between 'slavery', 'servitude' or 'forced/compulsory' labour, hence no need to distinguish between neither the concepts themselves nor their legal effects, although there exists indeed a difference in terms of derogability between sections of article 4.

The Australian High Court decision of *Queen v Tang* (2008), on the other hand, tackles a question, the answers of which were also relevant in the ECHR cases. Shall the 1926 definition of slavery be only applicable to *de jure* cases of slavery (which is actually impossible under modern law) or be also extended to *de facto* instances? The Court answered the question in the affirmative and while following the ECHR approach in finding it unnecessary, and unhelpful, to try to draw boundaries between slavery and all other forms of exploitation, the Australian High Court also determined that slavery required, either the *de facto* or *de jure*, buying, selling, transferring of a person, or the total control of their labour or the fruits of that labours. Thus, the question now becomes two-layered: In a contemporary setting where slavery is no longer legally allowed; is there a meaningful and normative difference between the concepts of 'slavery', 'servitude', 'forced labour', and is there -or should there- be a distinction between the *de jure* cases of slavery and the *de facto* ones?

In order to provide an intellectual and historical underpinning to the current debate, the main aspects of the Roman law of slavery will be considered. Furthermore, shedding light on the main elements of the Roman law of slavery will also provide a meaningful comparison between the definitions of antiquarian and contemporary law. The types of 'legally sanctioned slavery in Roman law will be considered while surveying the *de facto* of types slavery under modernity and their legal effects or lackthereof. The fact that the definition of slavery still follows the realities of Roman law will also be critically assessed while the dynamics of slavery-like relations -such as child labour – conscription – forced marriages – prison labour - forced migrant labour, etc. are also examined in light of the contemporary legal definition of *in jure* slavery, with the assistance of the '*Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery*' (2012).

Different Roads to the Same Destination: Climate Change Litigation in South Africa and the Netherlands and the Role of Human Rights in the Mitigation of Climate Change

Dr. Sanita van Wyk*

Globally, climate change litigation is growing and related court decisions delivered in the Global North, as opposed to the Global South, have gained significant international attention. Among these prominent court decisions, the Dutch decision in the Urgenda case¹ is heralded as the first decision in the world where a government was held responsible by its citizens to prevent dangerous climate change based on inter alia human rights grounds. But what about climate change court decisions on the other side of the globe, in South Africa specifically? What is the relevance of South African judgements to systemic climate change litigation? What do South African cases tell us about the current approach to rights-based climate change litigation in this part of the world? Can South African judgments also be heralded as preventing dangerous climate change and mitigating climate change in the same vein as the Urgenda decision? Is it possible to say that the Dutch and South African approach to climate change litigation indicates two different roads to the same destination of human-rights based climate change litigation? Answers to these questions and others make up this timely contribution to the discussion on the development of climate change litigation across the two contrasting jurisdictions of the Netherlands and South Africa.

This contribution considers climate change litigation in South Africa and the Netherlands, and considers if two different judicial approaches, set in two different national contexts, can ultimately lead to the same outcome, namely human rights-based climate change litigation, in order to mitigate the impact of climate change. More specifically, this contribution investigates how a court decision in a South African climate change case might differ from the climate change decision of the Supreme Court of the Netherlands in the Urgenda case. In doing so, the role of national- and international law in climate change litigation, including the role of administrative law and human rights, is explored.

This contribution is able to identify two initially different approaches to climate change litigation, namely a Dutch approach, where climate change is framed as a central issue in the litigation, and a South African approach where climate change is arguably framed as a peripheral or secondary issue in the litigation. In practice this means that the Dutch approach, as illustrated by the Urgenda case, is known as a “systemic mitigation” case, which means that the “overall efforts of a State to mitigate climate change is challenged”.² The South African approach, where comparably less systemic mitigation cases can be identified than in the Netherlands, means that a South African climate change case is currently likely to be focused on a “specific project or initiative”³ that has greenhouse gas emission implications, such as the construction of a coal-fired power plant. **However, the aforementioned point is challenged by the discussion of the most recent case law in South**

* Lecturer, Tilburg University Law School (s.vanwyk@tilburguniversity.edu).

¹ *Urgenda Foundation v The Kingdom of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)* 2019 19/00135 (Hoge Raad) (English translation).

² Lucy Maxwell, Sarah Mead & Dennis van Berkel “Standards for adjudicating the next generation or Urgenda-style climate cases” 12:1 *Journal of Human Rights and the Environment* (2022) 35-63 38.

³ Lucy Maxwell, Sarah Mead & Dennis van Berkel “Standards for adjudicating the next generation or Urgenda-style climate cases” 12:1 *Journal of Human Rights and the Environment* (2022) 35-63 38-39.

Africa (three decided cases and one pending case will be discussed), including the Thabametsi or Earthlife Africa case,⁴ the Deadly Air case,⁵ the Philippi case,⁶ and the pending Cancel Coal case.⁷ These cases illustrate a significant and contemporary judicial development in South Africa within the context of climate change litigation, and an alignment in outcome to the Urgenda case of the Netherlands.

In analysing the different approaches in South Africa and the Netherlands, this contribution does not serve to argue that one approach is preferred over another, or that one jurisdiction should emulate another. Instead, the contribution serves to highlight the differences in the national judicial approaches of the two selected jurisdictions located respectively in the Global North and the Global South, in order to ascertain the value in the different responses, and to determine if both approaches ultimately reach the same destination, namely human rights- based climate change litigation in order to mitigate the impact of climate change.

⁴ Earthlife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others, 2017, Case no. 65662/16, High Court of South Africa.

⁵ Trustees for the Time Being of Groundwork Trust & Vukani Environmental Justice Alliance Movement in Action v. Minister of Environmental Affairs, et al, and The United Nations Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (as amicus curiae), 2022, Case no. 39724/2019, High Court of South Africa (Gauteng Division Pretoria).

⁶ Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign, et al. v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape, et al., 2019, Case no. 16779/17, High Court of South Africa.

⁷ Africa Climate Alliance et al v. Minister of Mineral Resources & Energy et al (Pending), filed 2021, High Court of South Africa.

Kozan v. Turkey: The Limits of The Judges' Freedom of Expression

Dr. Abdulkadir Karaarslan*

This paper addresses a complaint lodged by a Turkish national with the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”). The case concerns a disciplinary sanction imposed on a judge who shared an article. At the material time, the applicant shared an article penned by a journalist on a closed Facebook group involving judges, prosecutors, law students, and academicians. The impugned article covered the disciplinary investigations conducted by the Council of Judges and Prosecutors (hereinafter referred to as “the CJP”) regarding some judges and prosecutors carrying out criminal investigations on corruption allegations brought against some politicians and high-rank officials. The author opined that the magistrates who oversaw the investigations were suspended and subjected to disciplinary sanctions by the CJP, but those who closed the investigations were awarded, and their disciplinary sanctions were abrogated. Upon a denouncement, a disciplinary investigation was initiated. The applicant was imposed a sanction of reprimand under Article 65 § 2 a) of Law no.2802 on Judges and Prosecutors, because the applicant’s conduct allegedly harmed the trust and faith placed in judiciary. The applicant lodged a request to get the sanction reviewed by the General Assembly of the CJP. The request was dismissed. In referring to the conclusions reached in the cases of *Baka v. Hungary* and *Eminağaoğlu v. Turkey*, the Court concluded that there was a violation of the applicant’s right to freedom of expression. First, the Court ascertained whether there had been an interference with the applicant’s right to freedom of expression. Considering that receiving and imparting an opinion or news were the constituents of this right, it held that imposing a disciplinary sanction in such a situation constituted interference. It followed that this interference may not constitute a breach of the Convention if it has a legal basis, is justified with any legitimate aims set out in Article 10 § 2, and shall be necessary in a democratic society. The applicant submitted that Article 65 § 2 a) of Law no.2802 could not be defined as a “law” per the Court’s case law. However, the Court considered that the complaint raised was a disciplinary sanction imposed due to an article addressing the independence of the judiciary vis-à-vis the executive, and this related to the point of whether the interference was necessary in a democratic society. The Court accepted Article 65 § 2 as a legal basis and concluded that the protection of the authority and impartiality of the judiciary might be considered a legitimate aim of the interference. The Court then examined the necessity of the interference in a democratic society and held that as having significant legal powers on the careers of the judges, CJP’s independence against non-judicial powers is not only a fundamental principle in a democratic society, but it is also vital to ensure independent and impartial functioning of the judiciary. As a result, the Court pointed out that sharing an article about the independence of the CJP with his colleagues is necessarily a part of the applicant’s freedom to impart or receive information, and that the imposition of a disciplinary sanction on a certain judge has, by its very nature, a chilling effect, not only on the magistrate concerned but also on the profession. As arising from the Court’s case law, the judges must show restraint in exercising their right to freedom of expression. Moreover, they are not only allowed but also recommended to take part in debates relating to the independence and impartiality of the judiciary. The judges’ freedom of expression is limited to opinions, thoughts, and ideas which do not undermine the reputation of the judiciary and

* Legal Consultant (abdul_kadirtr@yahoo.fr).

public confidence in it. In this case, the Court highlighted the foregoing principles; nonetheless, it remained silent on a very controversial issue relating to a structural problem. As indicated in a report by the Venice Commission, Article 65 § 2 a) of Law no.2802 is not foreseeable, and the terms used in this provision are very vague and broad, which is not consistent with the Court's previous approach.

Keywords: the Court, freedom of expression, judge, chilling effect, foreseeable.

Oturum B2 (12.00-14.00)

Devlet Başkanına Suikast İddiasıyla İade: İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kararından Hareketle Bir İnceleme

Dr. Timuçin Köprülü*

Devletler arası adli yardımlaşmanın en eski şekillerinden biri olan iade, suç ve suçlulukla mücadelede etkili mekanizmalardandır. Ancak bir devletten diğerine yönelik iade talebi kayıtsız ve şartsız kabul edilmemekte; devletlerin arasındaki veya bölgesel nitelikteki antlaşmalar, taraf devletlerin iadeye dair iç hukuk düzenlemeleri ve talep eden devletteki siyasi, hukuki meseleler alevin kabulünde ya da reddinde dikkate alınmaktadır.

Tebliğimizin konusunu oluşturan İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2021/528 E., 2022/299 K., sayılı kararı uygulamada nadir rastlanan devlet başkanına suikast iddiasıyla iade talebine ilişkindir. İadesi talep edilen S.H. ABD'den Türkiye'ye geldiğinde İstanbul Havalimanı'nda hakkında INTERPOL yakalama kararı olması nedeniyle gözaltına alınıp geçici olarak tutuklanarak durum Haiti'ye bildirilmiştir. S.H., 6-7 Temmuz 2021 gecesi Haiti devlet başkanı Jovenel Moise'nin öldürülmesine, eşinin yaralanmasına, evlerinin yağmalanmasına iştirak ettiği gerekçesiyle Haiti devleti tarafından iade antlaşması bulunmayan Türkiye'den istenmiştir. İddialar S.H'nin suikasti planlayan ekibin liderinin ev sahibi olması, planlarının bu evde yapılması ve S.H'nin de bu toplantılara katılmasıdır¹.

Siyasi suçluların iade edilmemesi yönünde 19. yüzyılın başlarında gelişen akım çoğunlukla siyasi saiklerle işlenen devlet başkanına suikast eylemlerinin faillerinin başka ülkelere kaçması halinde iade edilip edilmeyeceği sorununu yaratmıştır. Bu sorunlardan en bilineni ve sonrasında bir ilke haline gelecek olay III. Napolyon'a 1854 yılında gerçekleştirilen bombalı suikastın faillerinin Belçika'ya kaçmasıdır. Fransa'nın şüphelileri, siyasi suçluları iade etmeyen Belçika'dan talep etmesi ve reddi yönünde kamuoyu baskısı iki devleti karşı karşıya getirmiştir. Sonrasında Belçika, 1856 tarihli kanunla yabancı bir devlet başkanına veya ailesi fertlerine karşı gerçekleştirilen suikast vb fiillerinin siyasi suç ya da siyasi suça bağlantılı suç olarak kabul edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Olayın Belçika ile bağlantısı düzenlemenin Belçika Kaidesi olarak isimlendirilmesine neden olmuş, sonrasında yapılan pek çok iade antlaşmasında ilgili fiillerin siyasi ya da bağlantılı siyasi suç sayılmayacağı yönünde düzenlemeler yer almıştır. Ancak aynı sorunlar ABD başkanı Lincoln'e, Fransa Cumhurbaşkanı De Gaulle'e ve Vatikan devlet başkanı Papa II. Jean Paul'e yönelik suikastlerde de ortaya çıkmış ve suikast şüphelileri başka ülkelere kaçmıştır. Tebliğ sunumunda bahsedileceği üzere, bu olaylarda bazı devletler iadeyi tercih ederken bazıları da bu talepleri reddetmiştir.

Özellikle dönem olarak devlet başkanlarına suikastlerin artması, ceza hukukunun tarihi incelendiğinde *lèse-majesté* olarak isimlendirilen suç tipinin hep ağır bir biçimde cezalandırılması, devletin kendini koruma çabası, devletler arası ilişkilerin bozulmasının engellenmesi gibi gerekçeleri bulunan ilkenin aleyhinde de görüşler bulunmaktadır. Buna göre baskı rejimlerinde egemen gücü temsil eden, taraf olan devlet başkanının siyasi saiklerle hedefi

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi (timucinkoprulu@gmail.com).

¹ Haiti devletinin içinde bulunduğu siyasi ve hukuki kriz nedeniyle iade taleplerinin gönderilmesinde; gönderilen iade taleplerinin içeriğinde, tercümelerinde esasa etki edecek sorunlar inceleme dışı bırakılmıştır.

haline gelmesi olağandır. Bu duruma verilen bir örnekte Hitler'e suikast girişiminde bulunup başka bir ülkeye kaçan kişinin de Nazi Almanyası'na iadesinin gerekmesinin haksız olacağı söylenmektedir.

İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararında ise Belçika Kaidesi'ne dair bir ifadeye veya tartışmaya rastlanmamaktadır. Bunda iadesi talep edilenin suikaste iştirak iddiasını reddetmesinin, siyasi bir kişilik veya böyle bir gruba mensup olmamasının payı olabilir. İade talebini reddeden Mahkeme ise 6706 sayılı Kanun'un 11(1)(b), (d) ve 11(3). Maddelerini gerekçe göstermektedir².

Devlet başkanına suikast, iade anlamında siyasi suç kabul edilmemektedir. Ancak iadesi talep edilen kişinin özellikle işkence, kötü muamele veya ayrımcılığa maruz kalma riskinin ilkenin istisnasını oluşturacağını, ilkenin önüne geçeceğini söylemek mümkündür. Ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatları da böyle bir muameleye maruz kalma riskini taşıyan kişinin iadesinin hak ihlali oluşturacağı yönündedir.

Tebliğde Belçika Kaidesi'nin ortaya çıkışı, lehteki ve aleyhteki görüşlere yer verildikten sonra, tarihsel anlamda ortaya çıkış örnekleri belirtilip, özellikle işkence, kötü muamele riskleri, adil yargılanma engelleri çerçevesinde ilkenin uygulanmasının kısıtlanmasına değinilecektir.

² Bu düzenlemeler iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, iade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması ve sonucu red nedenine dair talep eden devlet tarafından öngörülen cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminat verilmemesidir. Kararda Haiti'de anılan suikaste katıldığı düşünülen şüphelilerin işkenceye, kötü muameleye maruz kaldığına dair ciddi iddiaların varlığı görülmektedir. Ayrıca talebe konu olan suçun cezalarından biri hukuk sistemimizde bulunmayan kürek cezasıdır. Haiti, 65 yaş üzeri hükümlülere bu cezanın uygulanmadığını belirtse de bu teminat Mahkeme tarafından yeterli görülmemiştir.

İŞİD Üyelerinin İşledikleri Suç Fiillerinin Uluslararası Suçlar Bağlamında Değerlendirilmesi

Frankfurt am Main Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı Örneği

Dr. Öğr. Üyesi Barış Işık*

Çalışmamıza konu karar, İŞİD üyesi bir Irak vatandaşının Süryani bir anne ve küçük kızını köle olarak satın alması, onlara işkence yapması, fiziki ve manevi olarak zarar vermesi ve nihayetinde küçük kızın ölümüne sebebiyet vermesi sebebiyle soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarını işlediğini hüküm altına alan Frankfurt am Main Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 30.11.2021 tarihli kararıdır.¹

Bilindiği üzere İŞİD bir dönem Suriye ve Irak topraklarının bir kısmını işgal etmiş ve bu topraklarda İslam devleti olarak örgütlenmeye çalışmıştır. Bu topraklarda ve ülkemiz de dahil olmak üzere çeşitli ülke topraklarında İŞİD üyelerince işlenen suçların yargılanması güncel tartışma konuları arasında yer almaktadır. Ortadoğu coğrafyasında halen devam eden kaotik ortamdan kaynaklı olarak yargılama yetkisinin hangi ülke ve/veya ülkelerde olduğu bu tartışmaların bir yanını oluşturmaktadır. Bir diğer tartışma ise İŞİD üyelerinin vatandaşı olduğu ülkelere iadesi süreçlerinde yaşanmaktadır. Birçok Avrupa ülkesi İŞİD üyesi ya da üyesi olma ihtimali olan İŞİD üyelerinin eşlerini iade almak istememekte, onları vatandaşlıktan çıkarmaya kadar varan uygulamalarda bulunmaktadır. Davaya konu olayda sanık, Irak vatandaşı olup söz konusu suçları Irak topraklarında işlemiş, ardından örgüt faaliyetlerine ülkemizde devam etmiş ve nihayetinde Yunanistan'da yakalanmış ve Almanya'nın talebi üzerine bu ülkeye gönderilip yargılanmıştır. Bu bağlamda karar "ceza kanunlarının yer bakımından uygulaması" hususu bakımından önem teşkil etmektedir.

Söz konusu fiillere ilişkin diğer önemli bir tartışma, suç tipinin tespitine ilişkindir. Katliama varan bu tür fiillerin soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu gibi uluslararası suçlara mı; anayasal düzeni ihlal gibi devlete karşı suçlara mı; yoksa örgüt üyeliği/yöneticiliği gibi terör suçlarına vücut vereceği hususunda yargı kararları ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. Ülkemizde İŞİD'in gerçekleştirdiği katliam yargulamalarında bu husus temel tartışma noktasıdır. Bu bağlamda çalışmaya konu karar hem uluslararası ceza hukuku hem de iç hukukumuz bakımından önemlidir, yol göstericidir.

Davaya konu olayda Süryani bir anne ve 4 yaşındaki kızı, İŞİD'in 03.08.2014 tarihinde Sincar bölgesini işgal etmesi sonucu esir düşmüşlerdir. İŞİD'in Süryanileri yok edilmesi gereken "mürted" kişiler olarak gördüğü ve bu nedenle özellikle kadınları köleleştirdiği o dönem bilinen, sistematik bir uygulamadır. Anne ve kızı da köleleştirilmiş ve 2015 yılı Haziran-Temmuz aylarında sanığa satılmıştır. Sanığın İŞİD'in kendi kurduğu şeri mahkemeler eliyle evlendiği Alman vatandaşı bir de eşi bulunmaktadır. Sanık, eşi ve köle olarak satın aldığı Süryani anne ve kızı ile 2015 yılı Eylül ayı ortalarına kadar Felluce'de yaşamışlardır. Bu süre zarfında sanık Süryani anne ve kıza zorla ev işleri yaptırmış, fiziki şiddet uygulamış, sınırlı biçimde içecek ve yiyecek vermiş, onları ibadet etmeye zorlamış, "disipline etme amaçlı" çeşitli

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (barisik1984@gmail.com).

¹ Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main Urt. v. 30.11.2021-5-3 StE 1/20-4-1/20.

cezalar uygulamıştır. En nihayetinde olay tarihinde 5 yaşında olan küçük kızı yatağa idrarını kaçırdığı gerekçesiyle hava sıcaklığının gölgede 38-51 derece olarak ölçüldüğü bir dönemde avluda pencere parmaklığına kabloyla bağlayarak bekletmiş ve küçük kızın ölümüne sebebiyet vermiştir. IŞİD kanunlarına göre kölenin öldürülmesinin suç teşkil etmesi nedeniyle sanık IŞİD makamlarınca dövülerek göz altına alınmış ve bir süre cezaevinde kalmıştır. Eylül 2015'te Alman vatandaşı eşi ile Türkiye'ye geçmiş ve sığınmacı olmuştur. Alman vatandaşı eşi ise bu süre zarfında Almanya'ya dönmüştür. Türkiye'de sınır geçişlerini sağlama başta olmak üzere örgütsel faaliyetlerine devam eden sanık, 2018'in Ekim ile Kasım ayları arasında Yunanistan'a kaçmış ve Mayıs 2019'da burada yakalanmıştır.

Kararda soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçu suçun unsurları bağlamında ele alınmış, manevi unsur ve içtima gibi kurumlar ayrıntılı biçimde inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu karar bu bağlamda ceza genel hukuku kurumları ve yine uluslararası suçlar açısından önem arz etmektedir. Muhakeme süreçlerinde gizli soruşturmacı görevlendirme gibi tedbirlere başvurulmuş, dijital materyallerden önemli deliller elde edilmiş ve çeşitli konulara ilişkin birçok bilirkişi raporu hazırlanmıştır. Bu anlamda karar, ceza muhakemesi kurumlarının uygulanması bakımından da oldukça dikkat çekicidir.

Son olarak kararda sanığın Alman vatandaşı eşinin cezai sorumluluğuna da kısmen değinilmiştir, ki sanığın eşi sanığın fiiliyle de bağlantılı olarak Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından 25.10.2021 tarihinde terör örgütüne üye olmak, cinayete teşebbüs, savaş suçuna teşebbüs ve insanlığa karşı suç işlemekten dolayı 10 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.² Çalışmamızda söz konusu karara da değinilecektir. Kanımızca karar kamuoyunda "IŞİD'li gelinler" adıyla bilinen IŞİD üyesi kişilerin eşlerinin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir.

² Oberlandesgericht (OLG) München Urt. v. 25.10.2021, Az. 8 St 9/18.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçların Serencamı

Dr. Süleyman Özar*

Ceza normları, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları gibi ölçütlerle belirlenen hukuk politikasına göre şekillenir. Anayasa Mahkemesi ise bu politikalarla ortaya çıkan yasama faaliyetini Anayasa'nın çizdiği çerçeveye uygunluk bakımından denetler. Şüphesiz, “davasız yargılama olmaz” ilkesi gereğince Mahkeme, ancak iptal veya itiraz başvuruları üzerine norm denetimi yetkisini kullanmaktadır. Bu kapsamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 17 yıl boyunca cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hatırı sayılır miktarda esastan inceleme konusu edilmiştir. Bunların önemli kısmını da çocukların mağduru olduğu cinsel suçlar oluşturmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, 2014 ve 2016 yıllarında iki büyük değişiklik paketine konu olmuştur. Gerek kamuoyundaki tartışmalar gerekse Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda şekillenen bu değişikliklerde yine çocuk istismarına ilişkin hükümler ciddi bir yer tutmuştur.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir konuda aynı veya benzer içerikte bir yasal düzenlemede ısrar edilmemesi anayasal bir yükümlülüktür. Tebliğde cinsel istismara ilişkin iptal kararlarında belirtilen gerekçeler karşısında kanun koyucunun bu yükümlülüğe uygun davranıp davranmadığı değerlendirilecektir. Ayrıca, esastan ret kararı ile sonuçlanmış başvurularda Mahkeme'nin tespitleri incelenecek, karşıoy gerekçeleri de tartışılacaktır. Çünkü bazı davalarda iptal sonucu çıkmamış olsa da, yasa koyucunun karşıoylar ve/veya toplumdaki yansımalar neticesinde değişiklik yoluna gittiği bilinmektedir. Tebliğde bu örneklere de yer verilmesi planlanmaktadır. Böylece çocuklara yönelik cinsel suçların geçirdiği evrim ve bu evrime rağmen devam eden sorunlara yer verilecektir.

Tebliğde norm denetimleri bağlamında değinilecek başlıklar şunlardır:

1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

Akranlar arası rızaya dayalı ilişki: Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına (23.11.2005, 2005/103 E., 2005/89 K.) ve bu karardan 9 sene sonra yapılan düzenlemeye rağmen, akranların karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğunu ve failin de erkek çocuk olduğunu kabul eden yargı kararlarını önleyecek şekilde bir değişiklik ihtiyacı devam etmektedir.

Rıza olsa da şikayetle suçun muhakemesi: Anayasa Mahkemesi, 15-18 yaş grubunun rızaya dayalı cinsel ilişkisinin suça vücut vermesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (26.2.2009, 2006/17 E., 2009/33 K.). Ancak maddedeki şikayet şartı suçun üzerindeki belirsizlik perdesini devam ettirmektedir.

1. Cinsel İstismar

Cezalandırmada Mağdurun Yaş Kademelerinin Öngörülmemesi: 6545 sayılı Kanun ile cezasının alt sınırı 8 yıldan 16 yıla çıkarılan nitelikli cinsel istismara ilişkin hüküm, Anayasa'nın ikinci maddesine aykırı bulunarak iptal edilmişti (12.11.2015, 2015/26 E.-

* Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcı Vekili (ozarsuleyman@gmail.com).

2015/100 K). 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen 103/2. madde, iptal kararındaki gerekçeleri tümüyle karşılayacak bir metin ortaya koyabilmiş değildir. Buna rağmen, bu düzenlemeye yönelik başvuruda Anayasa Mahkemesi, önceki iptal kararlarındaki gerekçeleriyle çelişerek bu davada ret kararı vermiştir (15.5.2019, 2017/135 E. 2019/35 K.). Tebliğde bu çelişkinin hukuk güvenliği yönünden sakıncaları belirtilecektir.

Yine, cinsel istismar mağdurunun yaşı ile ilgili başvuruda iptal kararı veren (26.5.2016, 2015/108 E., 2016/46 K.) Mahkeme'nin iptal gerekçelerinin yasa koyucu tarafından karşılandığı sonucuna varabilmek de mümkün değildir. Düzenleme ihtiyacı devam etmektedir.

Üvey Annenin Cinsel İstismarı Halinde Nitelikli Halin Öngörülmemesi: Bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunmamıştı (5.3.2009, 2008/93 E., 2009/41 K.). Düzenlemenin 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile değişik mevcut halinde cinsel istismar suçunun üvey ana ve üvey kardeş tarafından işlenmesi halleri de cezayı artıran nedenler arasında sayılmıştır.

Çocuk Evliliklerinin Nitelikli Cinsel İstismar Olması: Bu sonuç yönünden yapılan itiraz sonucunda Mahkeme düzenlemede Anayasa'ya aykırılık görmemiştir (12.11.2015, 2015/43 E.-2015/101 K.). Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve Anayasa hükümleri çerçevesinde devletin çocuğu korumaya ilişkin pozitif yükümlülüklerine uygun bir karara varıldığı kanaatindeyiz.

2. Kanunilik ve Belirlilik İlkeleri Yönünden Yapılan İncelemeler

Beden ve ruh sağlığının bozulması: 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla değişmeden önce yasada bulunan cinsel istismar sonucunda "beden ve ruh sağlığının bozulması" kavramının belirsiz olduğuna ilişkin itiraz başvurularını Anayasa Mahkemesi reddetmiştir. (26.2.2009, 2006/154 E., 2009/35 K.; 26.2. 2009, 2007/96 E., 2009/34 K. ve 7.5.2009, 2009/23 E., 2009/56 K. sayılı kararlar). Bununla birlikte, söz konusu nitelikli hal 18.6.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'la isabetli bir yaklaşımla kaldırılmıştır.

Sarkıntılık: Sarkıntılık fiilinin yeterince açık ve belirli bir kavram olmadığı temelinde ileri sürülen başvuruda Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla itirazın reddine karar vermiştir. (15.5.2019, 2018/151 E.-2019/36 K.). Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması konusunda uygulamadaki çelişkili kararları belirtmeyi düşünüyoruz.

Cinsel Taciz: Cinsel taciz fiilinin tanımının bulunmamasının kanunilik ve belirlilik ilkeleri yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu itirazına karşı Anayasa Mahkemesi, (25.2.2010, 2008/55 E., 2010/41 K.) esastan ret kararı vermiştir. Çocuklara karşı taciz ile istismarın birbirinden ayırt edilmesi, ceza adaleti bakımından önem taşımaktadır. Bu konuda bir uygulama standardı bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel İstismar, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Akran İlişkisi, Hukuk Güvenliği, Anayasa Mahkemesi.

Anayasa Mahkemesinin Güncel Kararlarında Ceza Yargılamasında Verilen Kararın Aynı Fiilden Dolayı Yapılan Disiplin Soruşturmasında Kullanılmasının Masumiyet Karinesi Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan Canoğlu*

Adil yargılanma hakkının gereklerinden birisi olan masumiyet karinesi, ceza yargılamasında verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesine kadar kişinin suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Masumiyet karinesi arz ettiği önem nedeniyle modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Bu kapsamda Türkiye'nin tarafı olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 11/1'de, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/2'de ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2'de söz konusu ilkeye yer verildiği görülmektedir. Anayasa m. 38/4'te ise "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" şeklinde düzenlenen masumiyet karinesinin, ayrıca Anayasa m. 15'te temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması başlığı altında yer verilen çekirdek haklardan biri olduğu ifade edilmelidir.

Anayasa Mahkemesine göre masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin genel olarak iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyut, ceza yargılamasının devam ettiği sürece ilişkindir. Bu süreçte suç isnadı altında bulunan kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından kişinin suçluluğu hakkında erken açıklamada bulunulması yasaktır. Bu yükümlülük ceza yargılamasını yürüten mercilerle sınırlı değildir. Disiplin soruşturmasını yapan makamlar da dâhil olmak üzere bütün adli ve idari makamların yaptıkları işlemlerde ve verdikleri kararlarda kişinin suçlu olduğu yönünde açıklamada bulunmaktan kaçınmaları gerekmektedir. Güvencenin ikinci boyutunun ise ceza yargılamasının sonuçlanmasından sonraki sürece ilişkin olduğu ifade edilebilir. Ceza yargılamasının sonunda mahkûmiyet dışında başka bir kararın verildiği durumlarda, zaten suçsuz olan kişinin bu durumu hükmen kabul edilmiş olmaktadır. O hâlde kişinin masum olduğundan şüphe duyulmasına ilişkin ortada bir sebep bulunmadığından bütün kamu otoritelerinin, toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak şekilde işlem ve uygulamada bulunmaktan kaçınmaları gerekmektedir.

İfade etmek gerekir ki bir fiil, aynı olayda hem suç hem de disiplin suçu teşkil edebilmektedir. Kabahatler Kanunu m. 15/3'te sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanmasına ilişkin benzer bir kural mevcut bulunmadığından ceza yargılaması ile disiplin soruşturması eş zamanda yürütülebilmektedir. Keza bu iki sürecin sonunda kişinin lehine ve aleyhine farklı kararların verilmesi mümkündür. Yine de uygulamaya bakıldığında ceza yargılamasında verilen kararın disiplin soruşturmasında önemli ve yönlendirici olduğu görülmektedir. Nitekim ceza yargılamasında uygulanan arama, el koyma, iletişimin tespiti ve zorla getirme gibi işlemlere disiplin soruşturmasında genel olarak başvurulmadığından delil elde etme ve değerlendirme yöntemleri daha sınırlı olmaktadır. Bundan dolayı disiplin soruşturmasında çoğu zaman ceza yargılamasında yapılan işlemlere veya verilen kararlara atıfta bulunmaktadır. Bu ise masumiyet karinesine aykırı kararların verilmesine yol açabilmektedir.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (veysel.canoglu@kocaeli.edu.tr).

Anayasa Mahkemesine göre aynı fiilden dolayı yürütülen ceza yargılaması ve disiplin soruşturması sonucunda farklı kararların verilmesi, her durumda masumiyet karinesinin ihlaline sebebiyet vermemektedir. Örneğin ceza yargılamasında beraat hükmü verilmesi, kural olarak disiplin cezası verilmesine engel değildir. Keza disiplin cezasının ağırlığı da farklılık arz etmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre devletin diğer otoriteleri gibi disiplin makamlarının ve idare mahkemelerinin, ceza yargılamasında ulaşılan kanaate saygı göstermeleri ve bunları sorgulayacak nitelikte ifadelerden kaçınmaları gerekmektedir. Öyle ki bazı durumlarda masumiyet karinesine gösterilen saygıdaki kamusal yarar, fiili işleyen kişi hakkında disiplin cezası verilmemesini dahi haklılaştıracak derecede önem arz edebilmektedir. Bundan dolayı ceza yargılamasında ulaşılan kanaatin isabetli olmadığı veya hatalı olduğu düşünülse bile masumiyet karinesine saygı gösterme yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin güncel kararlarına bakıldığında şu yönde bir çıkarımda bulunulması mümkündür: Yüksek Mahkeme, öncelikle disiplin soruşturmasında verilen kararın gerekçesinde, kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasına bir atıfta bulunulup bulunulmadığını tespit etmektedir. Eğer bu tür bir atıf yok ise başkaca bir değerlendirme yapılmamaktadır. Aksi takdirde ceza yargılamasındaki sürece bakılmaktadır. Burada genel olarak iki durumun varlığından söz edilebilir. İlk olarak ceza yargılamasının sonunda kişi hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm de kesinleşmiş ise disiplin soruşturmasında kişinin suçlu olarak kabul edilmesi, masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmemektedir. İkinci olarak ceza yargılaması derdest ya da mahkûmiyet dışında başka bir hükümlerle sonuçlanmış ise disiplin soruşturmasında kullanılan dile ayrıca dikkat edilmektedir. Bu çerçevede disiplin cezasının gerekçesinde, yalnızca kişi hakkında aynı fiilden dolayı ceza yargılamasının yapıldığından söz edilmesi, isnat olunan fiil ile ilgili sevk maddelerine yer verilmesi, ceza yargılaması sonucunda verilen hükümden bahsedilmesi, “*tehdit*”, “*hakaret*” ve “*fiilen taarruz*” gibi ceza hukukunun yanı sıra gündelik dilde de kullanılan kelimelere yer verilmesi ve tanık ifadesi gibi ceza yargılamasında elde edilen delillere dayanılması gibi durumlar masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmemektedir. Buna karşın ceza yargılamasında isnat edilen suçun, kişi tarafından işlendiğinin peşinen kabul edilmesi veya kişinin suçlu olduğu yönünde şüphe uyandıracak ima ve açıklamalarda bulunulması durumunda masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmektedir.

Oturum B3 (12.00-14.00)

Mahkemeye Elektronik Ortamda İletilen Belgelere Sistemden Kaynaklanan Sebeplerle Ulaşılmasına Dair 08.03.2022 tarih ve VI ZB 25/20 sayılı Alman Federal Mahkemesi Kararı'nın Elektronik Ortamda Yapılacak Usul İşlemlerine Dair Düşündükleri

Dr. Öğr. Üyesi Hakan Hasırcı *

Karara konu olan somut olayda, davacı tarafından yapılan istinaf başvurusuna ilişkin kanuni sürenin sona ermesinden iki gün sonra, istinaf mahkemesi süresi içinde istinaf başvurusunda bulunulmadığını belirterek istinaf talebini usulden reddetmiştir. Davacı vekili, istinaf başvurusunu kanuni sürenin sona ermesinden üç gün önce *beA* sistemi (*besonderes elektronisches Anwaltspostfach* – Avukatlara özel elektronik posta kutusu) aracılığıyla istinaf mahkemesine eklerle birlikte (554 KB'lık bir PDF belgesi de dahil olmak üzere) sunduğunu bildirmiştir. Vekil buna ek olarak sistem üzerinden kendisine verilen iletildi mesajını ve bu mesaja ilişkin numarayı da mahkemeye sunmuştur. İstinaf mahkemesi ise, bir mesajın mahkeme kalemine süresinde geldiği, ancak içeriğinin görüntülenemediği ve bu nedenle işleme alınamadığı; ek olarak mahkeme kaleminin davacı vekilini e-posta yoluyla bilgilendirildiği, e-postada vekilin *beA* sistemi üzerinden gönderilen belgenin içeriğinin okunamadığı, bunun sebebinin de belge başlığında “ü” harfinin (*Berufungsbegründung* – İstinaf Sebepleri) ya da bazı özel karakterlerin kullanılması olabileceği konusunda bilgilendirildiği, sonuç olarak istinaf başvurusunun kanunla belirlenen süre içinde usulüne uygun bir biçimde yapılmadığı gerekçeleriyle istinaf talebini usulden reddetmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, istinaf başvurusunun süresinde yapılmadığı tespitinin haksız olduğu sonucuna varmış, istinaf mahkemesinin kararını bozmuş ve yeniden karar verilmesi için dosyayı istinaf mahkemesine geri göndermiştir. Federal Mahkeme, istinaf mahkemesindeki süreci ve davacı vekilinin istinaf mahkemesine sunmuş olduğu bilgileri ele alarak, *beA* sistemi üzerinden kanuni sürede istinaf başvurusunda bulunduğu ve istinaf sebeplerinin de istinaf mahkemesine ve onun sunucularına ulaştığı, ancak dosya ekleri adlandırılırken “ü” gibi bazı özel karakterlerin kullanılması dolayısıyla, süresinde başvuru yapılmış olsa dahi başvurunun ekindeki belgelerin mahkeme bilgisayarlarınca açılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre bu durumun sebebi özel karakterlerin kullanımı olsa da, bu süresinde başvuru yapıldığı sonucunu değiştirmemektedir, çünkü ilgili mevzuatta belge isimlerinde özel karakterlerin kullanımını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede Federal Mahkeme, konuya ilişkin içtihat birliğini de sağlamak amacıyla (§574, II, 2 ZPO), hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, davacının mahkemeye erişim ve etkin hukuki koruma haklarının (Art. 2, I GG) ihlal edildiği sonucuna varmış; istinaf mahkemesinin kararını bozmuş ve süresinde istinaf başvurusu yapıldığını kabul ederek istinaf mahkemesinde istinaf incelemesine geçilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

§130a V 1 ZPO uyarınca, elektronik ortamda belge, mahkemenin sunucularına vardığı anda alınmış sayılır. Bu düzenleme çerçevesinde Federal Mahkeme'ye göre, mahkeme sunucularına elektronik ortamda ulaşılmış bir belge ya da başvurunun oradan çıkarılmaması, elde

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (hakan.hasirci@yeditepe.edu.tr).

edilememesi, alınamaması ya da açılmaması, bir anlam ifade etmemektedir. Bu düzenleme istinaf mahkemesinin de bilgisi dahilinde olmakla birlikte; istinaf mahkemesi, kalem tarafından kendisine verilen bilgiler çerçevesinde başvurunun içeriksiz/boş olduğu konusunda katı bir tutum takınarak süresinde başvuru yapılmadığı sonucuna varmış ve istinaf talebini usulden reddetmiştir. Federal Mahkeme ise süresinde başvuru yapılması ve başvurunun sunuculara kaydedilmesi ile başvuruya ve ekindeki belgelere kullanılan özel karakterler dolayısıyla mahkeme içi sistemden ulaşılamamasını iki ayrı konu olarak ele alınmış ve birbirinden ayırmış ve ikinci halde, yani başvurunun sunuculardan özel karakterler kullanılması dolayısıyla elde edilememesi ve boş görünmesinin, ancak özel karakterlerin kullanımının mevzuatta açıkça yasaklanması halinde önem taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Böyle bir kullanım mevzuatta açıkça yasaklanmadığı müddetçe, istinaf mahkemesinin yorumu gibi katı yorumlar yalnızca mahkemeye erişim hakkını zedeleyecektir.

Seçilen karar, Almanya'da konuya ilişkin içtihat birliğinin sağlanması adına önemli olduğu gibi, elektronik sistemlerin giderek yaygınlaştığı ülkemiz bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü elektronik ortamda yapılan işlemlerde somut kararda olduğu gibi gereksiz ve fazla katı bir tutumun takınılması, kuşkusuz hak arama hürriyetini ve mahkemeye erişim hakkını zedeleyecektir. Öte yandan, özellikle elektronik sistemlerin çok iyi tasarlanmadığı ve altyapının eksik olduğu ülkelerde, bu konuda fazla esnek davranılması da usul hukukunun önlemeyi amaçladığı keyfiliğe ve kötüye kullanımlara yol açabilecektir. Bu tebliğ çerçevesinde de temel amaç, elektronik ortamda yapılacak olan usul işlemlerinde ortaya çıkması pek muhtemel sorunlara örnekler vererek ve dikkat çekerek, medeni usul hukukunun bir sonraki kaçınılmaz aşaması olan elektronik dönüşümünde hak arama özgürlüğünün sağlanması ile kötüye kullanımların engellenmesi arasındaki dengenin ne şekilde bulunabileceğine yönelik teorik ve pratik açıklamalar yapmaktır.

Uber Örneğiyle Bağımlılıktan Bağımsızlığa: Çalışma İlişkilerinde Yaşanan Dönüşüm Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Nasıl Karşılık Bulacak?

Dr. Eray Karagöz*

Son yıllarda “tipik” çalışma ilişkilerinin “atipik” çalışma ilişkilerine evrildiğini, “atipik” çalışmanın ise normalleştirilerek “yeni tipik” olarak vücut bulduğunu söylemek mümkündür.

Bu ilişkilere daha geniş bir perspektiften baktığımızda, yükselen bir “Gig ekonomisi” görmekteyiz. Bu ifade aslında tanımıyla birlikte çalışma hayatındaki yerini de göstermektedir. GİG kavramı, müzisyenlerin belirli bir sette veya bir akşam performansında yer almak üzere istihdam edilmesi olarak müzik literatürüne girmiş ve kısa süreli, bir gecelik, sürekli olmadan bir eğlence mekânında müzik yaparak para kazanmak anlamlarına işaret etmektedir. Müzik sektöründeki ritmi, hareketi, hızı ve performansı ile bu kavram tam olarak yeni evrimi bizlere göstermektedir. Türkiye’de bu ekonomide çalışanları, esnaf-kurye modeli, UBER, dijital platform üzerinden iş yapanlar vb. ilişkiler bakımından görmekteyiz.

Türk çalışma hayatını düzenleyen temel yasayı, 4857 sayılı İşK’nu, ele aldığımızda, çalışma ilişkisinin “bağımlılık” unsuru üzerinden kurulduğunu görmekteyiz. Buna göre, “işçi”, işverenin emir ve talimatı altında iş yapan, iş sözleşmesine tabi çalışan kimseyi tanımlamaktadır. Buradan hareketle, bir kimsenin, İş Kanununun koruyucu normlarına tabi olabilmesi için, “iş sözleşmesi” ve dolayısıyla “bağımlılık” ilişkisi içerisinde olması gerekmektedir. Tam olarak, belirttiğimiz “gig ekonomisi” içerisinde yer alan aktörler ile onlara o işi verenlerin & iş talep edenlerin arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini tartışma konusu olmuştur.

UBER ile ilgili olarak, Fransa, İngiltere, ABD ve İsviçre’de verilmiş kararlar ile Türkiye’de verilen karar mukayese edilerek incelenmiştir.

Fransa’da 04.03.2020, 19-13.316 Yargıtay Kararında çalışma saatlerini seçme özgürlüğü, uygulamayı kullanıp kullanmama, ne zaman ve nerede uygulamaya bağlanıp bağlanmayacağı ile UBER ile yapılan sözleşme maddeleri irdelenmiş ve işçi-işveren ilişkisinin doğduğuna karar verilmiştir. Yine İngiltere’de İngiliz Yüksek Mahkemesinin 19.02.2021, [2021]UKSC5; [2018] EWCA Civ2748 Kararında, yazılı sözleşmenin geçerli olup olmayacağı, UBER tarafından sürücülere birçok koşulun getirilmesi (araç seçimi vb.), sürücülerin performans ve disiplin sürecine tabi tutması gibi hususlar irdelenerek, işçi-işveren ilişkisinin doğduğuna hükmedilmiştir. Benzeri bir şekilde New York Eyalet Mahkemesinin 17.12.2022 ve 2020 NY Slip Op 07645 Kararında, sürücünün sürüş geçmişinin kontrolü, müşterinin ulaşım talebinde belirli bir sürücüyü seçemediği ve sürünün UBER tarafından atandığı, sürücüler üzerinde kontrol ve denetim hususlarına vurgu yapılarak, yine işçi-işveren ilişkisinin oluştuğu belirtilmiştir. İsviçre’de 30.05.2022, 2C_34/2021 Kararında Federal Mahkeme, sürücünün yolculuğu reddetmesi durumunda UBER’in yaptırım uygulayabildiğini, iptal oranı maksimum limitin üzerinde kalırsa hesabına erişimi kaybetme ihtimalinin ortaya çıktığını, kayıt ve denetim altında olduklarını, ekonomik olarak bağımlılık unsurunun gerçekleştiğini belirterek benzeri şekilde işçi-işveren ilişkisinin oluştuğuna kanaat getirilmiştir.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Güvenlik Bölümü Öğretim Görevlisi (eraykaragozz@gmail.com).

Türkiye’de ise, İstanbul BAM 50. HD’nin, 20.04.2022, 2022/934 E, 2022/701 K. incelenmiştir. Bölge Adliye Mahkemesinin, İlk Derece Mahkemesi Kararında belirtilen ve Yargıtay Kararı’na atıfla, işçi işveren ilişkisi olduğu hallerde, işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak belirlenen ücret karşılığında çalışma yapması gerektiği, ancak, ücret karşılığında ve işverenin denetim ve gözetimi altında çalışma yapmadığı belirtilmiştir. Bu kararın altında yatan gerekçe ise, çalışma saatlerini kendi belirlemesi, sigorta primlerini kendi yatırması, olağan giderleri ve trafik cezalarını sürücünün karşılaması sebebiyle “bağımlılık” ilişkisinin doğmadığı ve bu sebeple işçi-işveren ilişkisinin oluşmadığına karar verilmiştir.

Görüleceği üzere, gerçekleştirilen değerlendirme ve kararların aksine, BAM, bağımsız bir ilişkinin varlığını kabul etmiştir. Bu durum sosyal güvenlik yönünden büyük bir etkiye sahiptir. Çünkü SSGSK’ nun 4. Maddesinin 1. Fıkrasının a bendi, hizmet akdine tabi çalışanların zorunlu sigortalı olacağını belirtmiştir. Bu Karardan yola çıkarak, bir an için gerçekten bağımsız çalışmanın varlığı kabul edildiğinde, sigortalılık niteliği nasıl belirlenecektir?

SSGSK, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ile SGK tarafından yayımlanan, 2013/11 sayılı Genelge birlikte ele alındığında;

- 1- Taksi, dolmuş ve minibüslerde şoförlük mesleğini geçim kaynağı olarak seçmiş olduğunu ve sürekli olarak icra ettiğini beyan edip ilgili kooperatiflere, meslek odasının bulunmadığı yerlerde ise şoförler odasına üye olanlar, bu hüküm nedeniyle esnaf ve sanatkâr sicil müdürlüğüne kayıt yaptırmak mecburiyetinde olduklarından, 4-1-b kapsamında,
- 2- Ticari taksi, dolmuş ve diğer toplu taşıma araçları sahiplerinin yanında ücret karşılığında tam süreli çalışanlar ise 4-1-a kapsamında,
- 3- Hizmet akdine tabi şehir içinde çalıştıkları taksi, dolmuş ve diğer toplu taşıma araçlarında ay içinde on günden az çalışmaları bulunanlar, 4-1-a kapsamında sigortalı sayılacaklar. Bu madde kapsamındaki sigortalılar aylık otuz gün süre hizmet karşılığı olan primlerini kendileri ödeyeceklerdir.

Görüleceği üzere, UBER sürücüleri için, hizmet akdinin varlığı kabul edilmediğinde ve/veya meslek odaları ile ilgili düzenleme gerçekleşmediğinde, sigortalılık türünün sadece 4-1-b kapsamında olabileceğini, böyle bir durum için eski adıyla BAĞKUR kapsamında sigortalı sayılacağını, bu durumdaki kişilerin, kısa süreli ve az bir kazanç elde etmesi sebebiyle, ortaya çıkacak primleri ödemeyeceği/ödemekte zorlanacağı, böylelikle sağlık, emeklilik gibi haklara ulaşmakta büyük bir sorun yaşanacağı açıktır.

Ticari Niteliği Haiz İtirazın İptali Davalarının Dava Şartı Arabuluculuk Kuralına Tabi Olup Olmadığı – Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 04.12.2020 tarihli Kararı Kapsamında Değerlendirmeler

Dr. Serpil Işık*

Günümüzde bireylerin aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü bakımından, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı ile gerçekleşen uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümüne olan ilgilerinin giderek arttığını görmekteyiz. Özellikle, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Kıta Avrupası hukuklarında ve Uzak Doğu'da, uygulamada pek çok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, tarafların aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde araç olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, pek çok ülkede uyuşmazlığa düşmüş olan taraflar arasında yaygın bir şekilde tercih edilmektedir. Bu nedenle, arabuluculuğun da dahil olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin olarak, gerek Anglo-Amerikan hukukunda gerekse de kıta Avrupası hukuklarında birtakım teknik ve hukuksal düzenlemelerin yapılması yoluna gidilmiştir. Böylelikle, uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesi usullerinin kurumsallaştırılması sağlanmıştır.

Bütün bu gelişmelerin etkisiyle, Türk hukukunda da klasik yargılama anlayışına alternatif teşkil eden yöntemlerin yerleşmesi amacıyla çeşitli düzenlemelerin yapılması yoluna gidilmiştir. Bu konuda atılan adımların en büyüğü, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabul edilmesidir. Sonrasında ise, “zorunlu arabuluculuğa” ilişkin yeni düzenlemelerin getirilmesi söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun (m. 20) ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 5/A maddesine “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, mahkemede dava açılmadan önce taraflarca arabuluculuğa müracaat edilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir.

TTK m. 5/A hükmünde öngörülen dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesi ile tarafların aralarındaki uyuşmazlığın bir ticari dava olması temel kıstas olarak benimsenmiştir. Bununla birlikte, asliye ticaret mahkemesinde görülmesi de genel mahkemeler tarafından incelenen pek çok uyuşmazlığın TTK m. 5/A kapsamında dava şartı olarak arabuluculuğa tabi olup olmadığı meselesi tartışma konusu olmuştur.

Bu doğrultuda, İcra İflas Kanunu'nun 67'nci maddesi vd.'nda düzenlenen itirazın iptali davasının TTK m. 5/A hükmünde ifade edilen dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bölge adliye mahkemelerinin daireleri arasında görüş ayrılıkları meydana gelmiştir. Böylelikle, benzer olaylar bakımından ticari niteliği haiz itirazın iptali davalarının TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kuralına tabi olup olmadığı hakkında farklı içtihatların verilmesi söz konusu olmuştur.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı (isikserpil1988@hotmail.com).

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi'nin 7. Hukuk Dairesi tarafından bölge adliye mahkemelerinin verdikleri farklı kararların yarattığı uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'na müracaat edilmiştir. Sakarya Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu da Yargıtay'ın ilgili dairesinden karar verilmesi yönünde talepte bulunmuştur. Bunun üzerine dosya kendisine intikal eden Yargıtay'ın 23. Hukuk Dairesi, ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk kuralını ifade eden TTK m. 5/A hükmünün itirazın iptali davalarında da uygulanıp uygulanmayacağını ortaya koyan bir içtihadta bulunmuştur.

Yargıtay'ın 23. Hukuk Dairesi tarafından verilen 04.12.2020 tarihli kararda, alacak veya tazminat talebini konu edinen ve alacaklının bir miktar para ödemesine ilişkin olan itirazın iptali davalarının, TTK m. 5/A'da öngörülen dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiğine hükmedilmiştir. Her ne kadar, Yargıtay'ın ilgili kararı uyarınca gerek *yargı kararlarında* gerekse de *doktrinde* tartışmalı olan bu mesele açıklığa kavuşturulmuş olsa da dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen TTK m. 5/A hükmünün öngördüğü ölçütler ile itirazın iptali davasının hukuki niteliği göz önünde bulundurularak verilen kararın yerindeliliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda da Yargıtay'ın 23'üncü Hukuk Dairesi tarafından verilen karar uyarınca, itirazın iptali davasının icra hukukunda gösterdiği özellik, hukuki nitelik ve takip hukukundaki işlevi dikkate alınarak dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Ticari Niteliği Haiz İtirazın İptali Davaları, İtirazın İptali, Dava Şartı Arabuluculuk, Türk Ticaret Kanunu m. 5/A

**İsviçre Federal Mahkemesinin Video Konferans Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin
4A_182/2020 Sayılı 06.07.2020 Tarihli Kararının İsviçre, Türk ve Alman Hukuku
Bakımından Değerlendirilmesi¹**

Elçin Zengin*

Karara konu olayda (A), 28.05.2018 tarihinde (D) A.Ş.'ye karşı Zürih Ticaret Mahkemesinde nama yazılı hisse senedinin mülkiyetinin ona ait olduğunu belgeleyen sertifikanın teslimi talebiyle dava açmıştır. Söz konusu davaya ilişkin mahkeme 24.03.2020'de duruşmanın video konferans yoluyla tarafların buldukları yerden gerçekleştirileceğini iletmiştir. Bu çerçevede taraflardan "Zoom" uygulamasını mobil telefonlarına indirerek kaydolmalarını ve bu uygulamayı kullandıkları telefon numarasını 31.03.2020 tarihine kadar mahkemeye bildirmelerini talep ederek aksi halde tarafların duruşmaya katılmamış olmasının hukuki sonuçlarının uygulanacağını bildirmiştir.

30.03.2020 tarihinde davalı (D) A.Ş. duruşmanın video konferans yoluyla yapılmasını onaylamadığı gerekçesiyle 07.04.2020'de yapılması planlanan e-duruşmanın iptali ve yasalara uygun olarak yapılacak duruşmanın ertelenmesini talep etmiş, ancak bu talep mahkeme tarafından reddedilmiştir. Her ne kadar 06.04.2020'de davalı bu talebini yinelese de söz konusu e-duruşma 07.04.2020'de gerçekleştirilmiştir. Bunun sonucunda mahkeme davalının mazeretsiz bir şekilde duruşmaya katılmadığından bahisle davacının taleplerini tümüyle onaylamıştır.

Davalı (D) A.Ş. e-duruşmanın iptali ve ertelenmesine ilişkin talebin reddiyle duruşmanın hukuka uygun şekilde vuku bulmadığını ileri sürerek itiraz kanun yoluna başvurmuş ve söz konusu kararın kaldırılarak Ticaret Mahkemesine geri gönderilmesini talep etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi olaya ilişkin kararında, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda (SchZPO) duruşmanın "mahkeme salonunda taraflar ve mahkeme üyelerinin fiziksel olarak hazır bulunduğu sözlü duruşma" olarak tasarlandığını ifade ederek duruşmayla "çağrılan taraflarla mahkeme üyelerinin fiziki olarak aynı yerde bulunmalarının doğal kabul edildiğini" gösteren SchZPO'daki çeşitli hükümlere atıfta bulunmaktadır (örn. md. 278'de düzenlen boşanma davalarında tarafların duruşmada şahsen bulunma zorunlulukları). Bunun yanı sıra 2011 yılında yürürlüğe giren yeni SchZPO'da sesli, görüntülü veya e-posta yoluyla duruşma yapılması imkanının yasama organı tarafından değerlendirildiği, fakat buna yeni kanunda yer verilmediği vurgulanmıştır. Ayrıca belirli usuli işlemlerin elektronik yolla yapılmasına ilişkin kurallarda tarafların rızasının arandığı belirtilip (SchZPO md. 129 vd.) tarafların, tanıkların ve bilirkişilerin video konferans yoluyla dinlenmesini mümkün kılmayı amaçlayan SchZPO'nun revizyonu hakkındaki çalışmalara da değinilmiştir.

Bunun yanı sıra Federal Mahkeme kararında e-duruşmaya ilişkin birçok yasal ve pratik soruyu tartışmaya açmıştır. Buna göre tarafların buldukları yerden duruşmaya katılması durumunda aleniyet ilkesinin gereklerinin ne şekilde yerine getirileceğine, davaya katılan kişilerin kişilik hakları ve kişisel verilerin korunmasının ne şekilde sağlanacağına, video konferansın teknik bağlantının bozulması sebebiyle gerçekleşmemesi halinde (veyahut bir katılımcı bağlantıyı

¹ Karar metni için bkz: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2020/200706_4A_182-2020.html

* Göttingen Georg-August Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora öğrencisi (elin.zengin@stud.uni-goettingen.de).

kasıtlı olarak kesmesi halinde, bkz. md. 234) davaya katılmamış sayılmaya ilişkin kuralların nasıl uygulanacağına ve ayrıca tarafların eşit ve adil yargılanma hakkı ve doğrudanlık ilkesinin e-duruşma ile ilişkisine dikkat çekilmiştir. Bu hususları sadece belirtmekle yetinen Federal Mahkeme yargılamaya yardımcı teknik hususların kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak Federal Mahkeme SchZPO'da tarafları duruşmaya video konferans yoluyla katılmaya zorlayan bir hükmün olmadığını, delillerin video konferans yoluyla toplanmasına ilişkin hukuki gelişmelerden bahisle hakimin e-duruşmaya karar veremeyeceğini, ayrıca duruşma tarihi ayarlamının zorluğu veya anayasadan doğan yargının hızlandırılması ilkesi ile – ki bu ilke yargılamanın uygun bir sürede gerçekleştirilmesini hedefler ve kanunda öngörülmeleyen bir yargılama formu oluşturmaz – e-duruşmaya ilişkin hukuki dayanak oluşturulamayacağını belirterek Ticaret Mahkemesi tarafından yapılan işlemin yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Kararın devamında da olayda hâkimin hukuk yaratarak bir boşluğu doldurmasını gerektiren zorunluluk hallerinin tespitinin kanunda buna ilişkin bir kural olmaması sebebiyle mümkün olmadığı belirtilmektedir. Ek olarak, yargı işleri ve usul hukukundaki tedbirlere ilişkin 16.04.2020 tarihli Covid-19 Yönetmeliği'nin video konferans yoluyla müzakere imkânı sağladığı, fakat yönetmeliğe ilişkin açıklamalarda bu seçeneğin olağanüstü hâl durumunda bile sadece istisnai hallerde kullanılması gerektiğinin vurgulandığı, kaldı ki söz konusu duruşmanın yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirildiği gerekçesiyle bu yönetmeliğin Ticaret Mahkemesinin kararına hukuki bir dayanak oluşturamayacağı ifade edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde itiraza konu olan karar bozularak duruşmanın hukuka uygun şekilde yürütülmesi ve buna müteakip yeni karar verilmesi maksadıyla Ticaret Mahkemesine geri gönderilmiştir.

Obiter dictum niteliğindeki bu kararıyla İsviçre Federal Mahkemesi, son dönemde hukuk yargılamasındaki duruşmaların video konferans yoluyla yapılmasına ilişkin çalışmalarda bulunan İsviçre kanun koyucusunun hangi hususlara dikkat etmesi gerektiğini belirtmektedir. İlgili tebliğde İsviçre'deki de lege lata (Covid-19 Yönetmeliği md. 2) ve de lege ferenda (SchZPO'ya ilişkin revizyon çalışmaları kapsamında md. 133/1-d, 141a, 141b, 170a, 187) ele alınarak konuya ilişkin halihazırda hukuki düzenlemeleri yürürlükte olan Türk (HMK md. 149, 31527 sayılı Yönetmelik) ve Alman hukukunun (Alman Medeni Usul Kanunu md. 128a), kararda belirtilen yasal ve pratik sorunlara ne şekilde çözümler bulduğu karşılaştırmalı şekilde incelenecektir.

Oturum B4 (12.00-14.00)

Yolsuzlukla Mücadele Yöntemi Olarak Yöneticilerin Gelir ve Malvarlığı Bilgilerinin Yayınlanması ile Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki Gerilim: İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının Konu Hakkındaki Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Zeliha Hacımuratlar Sevinç*

Kamu yönetiminde yolsuzlukla mücadelenin önemli bir aracı olarak 2016 yılında yürürlüğe giren, D.lgs. n.33/2103 tarih ve sayılı kanun hükmünde kararnamede değişiklikler yapan ve “Freedom of Information Act” (FOIA) ismiyle anılan düzenleme (d.lgs. n.97/2016) İtalya’da kamu hukuku alanında yürütülen güncel tartışmalarda ön plana çıktı. Bu tartışmaların merkezinde, Anayasa Mahkemesinin (Corte Costituzionale) 2019 yılında söz konusu kanun hükmünde kararnamenin “14, comma 1-bis” hükmüne dair verdiği bir iptal kararı (la sentenza n.20 del 2019) ve bu karardan sonra oluşan yasa boşluğu dolduruluncaya kadar geçen dönemi düzenlemek üzere yürürlüğe giren bir kanun hükmünde kararname hükmünün (d.lgs. n. 162/2019 art. 1 comm. 7) uygulama alanı konusunda çokça tartışma yaratan yakın tarihli bir Danıştay (La sez. VI del Consiglio di Stato, la sentenza n. 6654 del 28 luglio 2022) kararı yer alıyor. Danıştayın anılan kararını eleştiren bazı yazarlar, durumu -yasa koyucunun ataleti nedeniyle- yolsuzlukla mücadelenin tökezlemesi olarak nitelendiriyor.

D. lgs. n.33/2013 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 1’inci maddesi; şeffaflığı, “vatandaşların haklarını korumak, ilgili tarafların idari faaliyete katılımını ve kamu kurumlarının işleyişi ile kamusal kaynakların kullanımı üzerinde yaygın bir denetimi teşvik etmek amacıyla, kamu idareleri tarafından düzenlenen ve tutulan bilgi ve belgelere erişim” olarak tanımlar. Yine aynı kanun hükmünde kararnamenin, bu tebliğin asıl tartışma konusu olan 14’üncü maddesi ise, kamu görevlilerinin gelir ve mal varlıklarına ilişkin bilgilerin kamu idareleri tarafından yayınlanmasını ve halkın bu kişisel verilere erişiminin sağlanmasını öngörür. Kamu görevlilerinin gelir ve malvarlıklarına ilişkin verilerin erişime açılması, kamu yönetiminde yolsuzlukla mücadelenin bir aracı olarak düşünülmüştür.

Tebliğin inceleme konusu olan hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki halinde; bakanlar, bölge başkanları, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri gibi politik makamlarda bulunan kişilerin yanısıra, kamu kurumlarının başkanları, yönetim kurulu üyeleri gibi karar organlarındaki üst düzey yöneticilerin ve daha ziyade idari kararların icra yetkisi ile donatılmış kamu görevlilerinin gelir ve malvarlıklarının yayını öngörülmüştü. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin gelir ve mal varlıklarına ilişkin kişisel verilerin yayını yükümlülüğünün kendisinin değil, ancak maddede sayılan kamu görevlileri arasında bir ayırım yapılmadan hepsinin gelir ve malvarlığı verilerinin aynı şekilde yayınlanmasının öngörülmesini anayasaya aykırı bularak iptal etti. Anayasa Mahkemesine göre inceleme konusu hüküm, kişilerin kişisel verilerine ilişkin gizlilik hakları ile yolsuzluğun kamu kontrolü aracılığı ile önlenmesi amacı arasında makul bir denge kuramamıştır. Anayasa Mahkemesi, kararın gerekçesinde hangi kamu görevlileri açısından böyle bir yayın zorunluluğunun getirilmesinin

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (hacimuratlarz@mef.edu.tr).

makul olabileceğini; diğer bir deyişle, yolsuzlukla mücadele amacıyla getirilecek bir düzenlemenin, hangi sınırlar içinde kaldığında ‘anayasal’ sayılabileceğini de göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, oluşan yasa boşluğunu doldurmak üzere yasa koyucuyu göreve çağırdığı kararının ardından, kararın gereklerini tam olarak hayata geçirecek bir yasal düzenleme zaman alacağı için, kanun hükmünde kararnameyle (d.lgs n.162/2019) geçici bir düzenlemeye gidildi. Buna göre Anayasa Mahkemesi’nin kararında gelir ve malvarlığı bilgilerinin yayınlanması hukuka uygun bulunan kamu görevlileri dışında kalanlara dair söz konusu verilerin yayınlanmaması durumunda d.lgs n.33/203 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 46 ve 47’nci maddesinde öngörülen idari sorumluluk ve yaptırımlar uygulama alanı bulmayacaktır. Yasa koyucu, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekleri yönünde henüz bir düzenleme yapmış değil. Dolayısıyla İtalya’da, kamu görevlilerinin gelirleri ve mal varlıklarına ilişkin verilerin yayını yükümlülüğünün kapsamı konusundaki muğlaklık devam ediyor. Geçtiğimiz Temmuz’da Danıştay’ın n.06654/2022 sayılı kararı söz konusu tartışmalı durumu yeniden gündeme getirdi. Karara konu uyuşmazlık, Yolsuzlukla Mücadele Ulusal Otoritesinin (ANAC) 241/2017 sayılı kılavuzu uyarınca, *Tor Vergata Roma Üniversitesi* Yönetim Kurulu üyelerinin, mali durumlarına ilişkin verilerini paylaşmaları yönündeki talebin hukuka uygun olup olmadığına ilişkindi.

Kişisel verilerinin korunması hakkı ile kamu yönetiminde şeffaflık ilkesinin karşı karşıya gelmesi, yeni dijital çağda daha kritik hale gelmiştir. Dijitalleşme, kişisel verilerin rastgele dolaşıma sokulmasına geniş bir alan açtığı için önemli bir tehlikeyi beraberinde getiriyor. Ancak dijitalleşme, verilerin daha geniş kesimler için kolaylıkla ulaşılabilir hale gelmesini sağladığı oranda, kişilerin bilgi edinme hakları ile kamu yönetimine erişimlerini, işleyişe etki edebilme ve kamu yönetimini yaygın olarak denetleme imkânlarını da güçlendirmektedir. Bir yandan, İtalya’nın mücadele geçmişine rağmen (1992 Temiz Eller Operasyonu) kamu yönetiminde süregiden yolsuzlukların boyutu (2021 yılı Yolsuzluk Algı Endeksinde İtalya AB ülkeleri arasında yapılan sıralamada 17’nci sırada yer alıyor); diğer yandan, söz konusu sorunun yalnızca İtalya’ya hasredilemeyecek oluşu, bu iki değer arasında makul bir denge arayışının ve tartışmaların önemini ortaya koyuyor.

**Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki Nitelik Tartışmaları Bağlamında Avustralya
Federal Mahkemesinin “Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879” ve
“Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62” Kararlarının Değerlendirilmesi**

Dr. Sevda Bora Çınar*

Yapay zekâ teknolojileri alanındaki gelişmelerin hız kazanması ve son teknoloji ürünü akıllı sistemlerin sağlık, eğitim, hukuk, mühendislik ve daha pek çok insan egemen alanı etkisi altına almaya başlaması üzerine insan-makine etkileşiminin yaratacağı sorunlar ve belirsizlikler üzerinde hukuki tartışmalar artmaktadır. Yapay zekâ teknolojilerinin sorumluluğuna odaklanan makine etiği, uluslararası standartlar ve denetimler kadar bu sistemlerin kendilerinin ortaya çıkardıkları ürünlerin akıbetinin belirsizliği de makine haklarını tartışmaya açmaktadır. Özellikle yeni programlar yazan, orijinal makaleler üreten ve tasarımlar yapan program ve yazılımların artmasıyla, yapay zekâ teknolojilerinin tasarımcısını aşarak, özgün ürünler ortaya çıkarabileceği gerçeğiyle yüzleşmek gerekmektedir. Hukukun her alanının gelenekselleşmiş yapısının yeniden ele alınması gerektiğini düşündüren bu yenilikler karşısında, fikri mülkiyet hukuku mevzuat ve uygulama arasındaki uçurumla yüzleşen alanlardan ilki olmuştur.

Yapay zekânın buluş sahibi olarak kabul edilmesini destekleyen bir inisiyatif DABUS¹ adlı yapay zekâ sistemini buluş sahibi olarak göstererek halihazırda pek çok patent başvurusunda bulunmuş², başvurularının bir kısmı temyiz incelemesinde olmakla birlikte³ şu an için sadece Güney Afrika yapay zekâ programı mucit, programın sahibini ise patent sahibi olarak göstererek yapay zekâyı ilk kez mucit olarak kabul eden ülke olmuştur.

Fikri ve Sınai Mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuat genel olarak incelendiğinde hem program ve yazılımların sınırlı olarak patentlenebilir kabul edildiği ve hem de başvuru sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olması zorunluluğu arandığı görülmektedir. Kişi olmadığı için buluşuna patent verilmeyen bir yapay zekâ teknolojisi ve buluşu kendisi gerçekleştirmediği ve geçerli olarak hakları devralamadığından halef sıfatı dahi olmaması gereken yapay zekâ sistemini tasarlayan kişiler göz önüne alındığında, hak sahipliği statüsünün hakkaniyet gereği bir kişiye değil de bir

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (av.sevdabora@gmail.com)

¹ DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience/ Birleşik Bilinç Otonom Önyükleme Cihazı), Dr. Stephen Thaler tarafından oluşturulmuş patentli bir yapay zekâ sistemidir. Bu sistem, belirli bir tür bağlantısal yapay zekâ anlamına gelmekte ve bir yönüyle "Yaratıcılık Makinesi" olarak çalışmaktadır. Bu tür sistemler, çeşitli bilgi alanlarından gelen genel bilgilerle eğitilmiş bir dizi küçük sinir ağından oluşan ilk yapay sinir ağını içerir. Bu ilk ağ, nöronlar ve buralardaki bileşen sinir ağları arasındaki bağlantı ağırlıklarının kendi kendine bozulmalarına yanıt olarak yeni fikirler üretir. İkinci bir "eleştirmen" yapay sinir ağı, yeni fikirler için ilk sinir ağı izler ve makinenin önceden var olan bilgi tabanına kıyasla yeterince yeni olan fikirleri tanımlar. Eleştirmen ağı, aynı zamanda, en yeniliğe sahip fikirleri seçici bir şekilde oluşturmak ve olgunlaştırmak için karışıklıkları enjekte eden / geri çeken duygusal bir tepki de üretir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "What is DABUS?", http://imagination-engines.com/iei_dabus.php (erişim tarihi, 11.01.2021).

² Başvuruları beklemede olanlardan ülke ve başvuru numaraları şu şekildedir: Brezilya, BR 112021008931-4; Çin, CN 2019800061580; Hindistan, IN 202017019068; İsrail, 268604 & 268605, Japonya, JP 110001519; Yeni Zelanda, 776029; Kore Cumhuriyeti, KR 10-2020-7007394; Suudi Arabistan, 521422019; İsviçre, 00408/21; Tayvan TW 108137438 & TW 108140133.

³ Başvuruları temyiz aşamasında olanlar ise şu şekildedir: ABD, Thaler v. Hirshfeld, 558 F. Supp. 3d 238 (E.D. Va. 2021); İngiltere Birleşik Krallığı, Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks [2020].; Avrupa Patent Ofisi, In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174; Almanya, DE 10 2019 128 120.2 & DE 10 2019 129 136.4; Avustralya, Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879.

sisteme verilmesi zorunluluğu ve bu sistemin kişi olmadığı için hak sahibi olamaması paradoksu, sahihsiz haklar kaosuyla yol açmaktadır. Bu kaosu başa çıkabilmek için Güney Afrika, patent başvurusunda yapay zekâ programı mucit, programın sahibini ise patent sahibi olarak kabul etmiştir. Sonrasında Avustralya Federal Mahkemesi de *Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879*⁴ kararında benzer şekilde yapay zekânın mucit olarak kabul edilebilir olduğu yönünde görüş bildirerek, patent başvurularının reddinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme kararında, mucit ve patent sahibi kavramlarını birbirinden ayırarak, patent sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olması zorunluluğunu temel ilke olarak kabul etmekle birlikte, bunun mucidin de gerçek ya da tüzel kişi olmasının bir zorunluluk olduğu anlamına gelmediğini vurgulamış, kişi olmayan yapay zekâ sistemlerin de mucit olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu kararın da temyizi üzerine Avustralya Federal Mahkemesi, *Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62*⁵ kararında, Patent Yasası'nın kanun dili, yapısı ve uygulaması ile yasama planının altında yatan politika hedeflerini göz önünde bulundurarak, gerçek kişilerin mucit olarak kabul edileceği sonucuna varmış, İngiliz mahkemelerinde de benzer sonuca varıldığı vurgulamıştır.

Çalışmamızda DABUS hareketine ilişkin ilgili Avustralya Federal Mahkeme kararları yenilikçi ve geleneksel yaklaşım temelinde değerlendirme konusu edilerek, yapay zekâ teknolojilerinin hukuki nitelik tartışmaları bağlamında ele alınacaktır. Dünyadaki yaklaşımı gözler önüne sermesi amacıyla diğer başvuruların akıbetine de yer verilecek olan bu çalışmada, hukukun kişi tanımına yönelik çerçeve ve çatı bir yasal bir düzenleme üzerinde çalışılmadıkça teknoloji, uygulama ve hukuk üçgenindeki sorunlara sürekli bir yenisinin daha ekleneceğine dikkat çekilmesi hedeflenmektedir. Çözüm ise uygulamadaki ihtiyaçlar ya da aktivistlerin hareketiyle tartışmaya açılan yasaların mahkemelerde geniş yorumlanarak yargının yasama faaliyeti yapmaya zorlanması değil yasama alanında bu tartışmaların görünür kılınmasıdır. Kanaatimizce yapılması gereken kanun çalışması ise mülkiyet, kişi hakları ve sorumluluk çerçevesinde en temel düzenlemelerin yer aldığı yasa olan anayasayı işaret etmektedir. En yenilikçi tartışmaların yaşandığı teknoloji hukuku, en geleneksel tartışmaların dayanağı olan doğal hukuk teorisinin, yürürlükteki hukuku şekillendirmesiyle kendine hukuki bir yol çizebilecektir.

Anahtar kelimeler: DABUS, buluşçu yapay zekâ, dijital dönüşüm, teknoloji hukuku, fikri mülkiyet.

⁴ <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (erişim tarihi, 12.09.2022).

⁵ <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0062> (erişim tarihi, 12.09.2022).

**Avrupa Birliği Adalet Divanının 1 Ağustos 2022 Tarihli C-184/20 - Vyriausioji
Tarnybinės Etikos Komisija Kararı Işığında Hassas Kişisel Veri Kavramını Yeniden
Düşünmek**

**(Rethinking the Concept of Sensitive Personal Data in the Light of the C-184/20 -
Vyriausioji Tarnybinės Etikos Komisija Decision of the Court of Justice of the European
Union)**

Fethiye Nur Baştürk Akkaya*

The Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU) ruled in response to the Vilnius (Lithuania) Regional Administrative Court's request for a preliminary ruling that any data capable of revealing sensitive personal data of an individual through an "intellectual processing operation" - such as comparison or deduction - falls under the scope of "special category" personal data under article 9 of the General Data Protection Regulation (GDPR). This decision is characterized as a ground-breaking decision on the interpretation of the sensitive personal data category. Furthermore, the decision will certainly have significant effects and consequences in terms of the opposing opinions among EU member states' data protection authorities on the interpretation of data categorized as sensitive personal data. Indeed, in previous investigations of the Spanish and Norwegian data protection authorities on the application known as GRINDR, different perspectives on the qualification of data that could potentially reveal sensitive personal data indirectly were adopted, resulting in different results in the application of the Union law in member states.

The case before the CJEU is about a legal dispute that arose in Lithuanian courts between the director of a Lithuanian environmental protection company that received public funds and an ethics commission. The dispute concerns a Lithuanian law on interest reconciliation that requires public servants to make public disclosures of private interests. The disclosures are published on a publicly accessible internet register and are intended to provide transparency and prevent conflicts of interest and corruption in the public sector.

Aside from the question of whether the regime regulated by the Lithuanian Law is compatible with Article 6 of the GDPR, which regulates the general principles of data processing, the administrative court applying for the preliminary decision procedure has expressed reservations about whether the rules regarding the processing of sensitive personal data in Article 9 of the GDPR should be applied to such a data processing activity. According to the CJEU, because some personal data within declarations of private interests is "liable to indirectly reveal the sexual orientation of a natural person," such processing constitutes "processing of special categories of personal data" under the GDPR. In other words, the CJEU ruled that to provide effective protection the Article 9 regime should be applied in cases where sensitive personal data is likely to be exposed, even if the data being processed is not inherently sensitive.

The list of sensitive data contained in Article 9(1) GDPR is exhaustive, so additional types of sensitive data may not be added it. As stated in Recital 51 GDPR, "they are, by their nature, particularly sensitive in relation to fundamental rights and freedoms merit specific protection

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi / Research Assistant, Erzincan University Law School (fnurbasturk@gmail.com).

as the context of their processing could create significant risk to the fundamental rights and freedoms', it is deemed necessary to provide sensitive data with a high level of protection under GDPR. Paragraph 1 of article 9 prohibits the processing of sensitive data, whilst paragraph 2 lays down exceptions to this prohibition in certain circumstances. In addition to those outlined in Article 9 of the regulation, the processing of sensitive data may have consequences for other GDPR obligations, such as Article 27 regarding the obligation to appoint a Data Protection Officer or Article 35 on the obligation to conduct a Data Protection Impact Assessment. It is possible to predict that, considering the CJEU's interpretation of the regime to which data that indirectly reveals sensitive personal data will be subjected, a much broader range of data will be affected by these legal consequences, especially given the opportunities provided by developing technology. As a result, public or private actors who process personal data must now conduct an even more rigorous assessment of the data categories they will process and the information that data has the potential to reveal.

This study will first analyse the CJEU C-184/20 decision by comparing it to CJEU and Data Protection Authorities' decisions on similar disputes by revealing its distinctive and innovative aspects. Second, it is intended to discuss the legal implications of the CJEU's interpretation, which is binding on member states.

Van Buren & U.S.C. Davası'nın ABD Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'na Etkisi

Pelin Özkaya*

ABD Yüksek Mahkemesi'nin 2021 tarihli kararı, 1986 yılında kabul edilen Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası (CFAA)'nda değişiklikler yapılmasının yolunu açtı. Mahkemenin, kolluk kuvvetleri veri tabanından yasadışı olarak bilgiye erişmekle suçlanan bir polis memuru ile ilgili verdiği tarihi karar, federal bilgisayar korsanlığı yasası uyarınca suç sayılabilecek davranışları önemli ölçüde daralttı. Teksas, Louisiana ve Mississippi'deki federal mahkemeleri kapsayan Beşinci Daire de dahil olmak üzere birçok temyiz mahkemesinin kararları da değişikliğe uğrayacak.

Olay

Georgia Polis Departmanında polis olan Nathan Van Buren, başka bir suçtan şüpheli Andrew Albo'yla arkadaşlık kurarak ondan 5.000 dolar para istedi. Albo bu konuşmanın ses kaydını FBI'ya gönderdi ve Van Buren'in yakalanması amacıyla ondan, bir kişi hakkında bilgi alması için kolluk kuvvetlerinin bilgisayar veri tabanından plaka araması yapmasını istedi. Van Buren, FBI' a bağlı kolluk kuvveti veri tabanlarından plaka kaydına erişti. Ertesi gün, FBI ve GBI ajanları Van Buren'ı yakaladı. Van Buren'in veri tabanına erişme ve bilgileri elde etme yetkisi vardı, ancak departman politikalarına göre, meşru bir kolluk kuvveti amacı olmadığı sürece bunu yapmaya yetkili değildi.

Van Buren, "bir bilgisayara yetkisiz ve kasıtlı olarak erişen veya yetkili olarak erişip yetkili erişimi aşarak elde etmeye hakkı olmayan bilgileri elde eden " herkesi cezai sorumluluğa tabi tutan 1986 tarihli Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'nın (CFAA) 18 U.S.C. § 1030 maddesini ihlalden suçlandı ve Bölge Mahkemesi tarafından 18 ay hapis cezasına çarptırıldı. Bunun üzerine Van Buren Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesine başvurdu.

İddia ve Savunma

Van Buren savunmasında; kanunun, bilgisayarlara herhangi bir erişim izni olmayan kişilerle, bilgisayarlara yetkili şekilde erişen fakat izin verilmeyen alanlara girerek yetkisini aşanları cezalandırdığını, kendisi gibi yetkili erişime sahip olan ama bu erişimi kötüye kullananları kapsamadığını belirtti. Ayrıca erişime yetkili olunan bilgisayardaki izin verilmeyen bilgilere erişmenin ceza kapsamında olduğunu, oysa kendisinin izin verilmeyen yasak bir alana girmediğini belirtti. Hükümet ise, sözleşmelerde ve işyeri politikalarında yer alan amaca dayalı sınırları da "yetkili erişimi aşıyor" maddesine dayandırdı ve Van Buren'in kişisel amaçlarla plaka bilgilerini almasının, kolluk kuvvetleri veri tabanına "yetkili erişimini aştığı" anlamına geleceğini ileri sürdü. Yani hükümete göre, departman politikasının ihlali CFAA'nın da ihlali anlamına gelmekteydi.

Karar

* Hacettepe Üniversitesi Adli Bilimler Enstitüsü Bilişim Hukuku ve Adli Bilişim Doktora Öğrencisi (avpelinozkaya@gmail.com).

Mahkeme, Van Buren'in "yetkisiz" ve "yetkili erişimi aşıyor" maddelerine ilişkin yorumunu hükümetinkinden daha makul ve doğal buldu ki, kanunun yapısının da bu yorumu desteklediği belirtildi. Kanunun, "yetkilendirilmiş bir bilgisayara erişmeyi ve bu erişimi, erişimcinin elde etme veya değiştirme hakkına sahip olmadığı bilgileri elde etmek veya değiştirmek için kullanmayı" yasa dışı kabul ettiğini ifade ederek, CFAA hükümlerinin metnini bir "yukarı veya aşağı soruşturma" oluşturmak için yorumladı: (1) bir bilgisayar sistemine erişilip erişilemeyeceği ve (2) bir kişinin bu sistem içindeki belirli alanlara her koşulda erişip erişemeyeceği.

Mahkeme sözcüsünün, "insanların rutin olarak bilgisayarların ve web hizmetlerinin kurallarını çiğnediğini, hükümetin iddialarını benimsemenin, 'sıradan bilgisayar faaliyetine' cezai yaptırımlar getireceğini ve cezai sorumluluğun değerlendirilmesine keyfilik yaratacağını, kişisel bir e-posta gönderen veya bir iş bilgisayarı kullanarak haberleri okuyan bir çalışanın da CFAA'yı ihlal etmiş kabul edileceğini ve milyonlarca vatandaşın suçlu kabul edileceğini" vurguladığı kararlarla Yargıtay mahkumiyet hükmünü bozdu.

İçtihat Değişikliği

Verine bu kararlar CFAA kanunu değişiklik yoluna girmiş oldu. ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) Mayıs 2022'de, güvenlik açıklarını tespit eden ve düzeltten güvenlik araştırmacıları ve iyi niyetle hareket eden etik bilgisayar korsanlarına karşı federal bilgisayar korsanlığı yasaları kapsamında suçlamada bulunmayacağını duyurdu. Bu karar Van Buren davasının dönüm noktası kararından sonra gerçekleşti. Savcılar ayrıca, sosyal medya profillerinde yapılan küçük kural ihlalleri de dahil olmak üzere, bir web sitesinin hizmet şartlarını ihlal ettikleri veya kişisel görevler için işle ilgili bir bilgisayar kullandıkları için insanları suçlamaktan vazgeçerek, kullanıcıların girmeleri yasak olan bir sistemin bölümlerine gerçekten eriştiklerini tespit etmeleri gerekecek.

Yorum

Mahkemenin verdiği karar her ne kadar kanunun içeriğindeki kelime anlamları ve bağlaçlar irdelenerek verilmiş olsa da, karşıt görüş sunan hakimlerin argümanları da göz ardı edilmemelidir. Diğer taraftan kanunun ilgili maddelerinin diğer kısımlarındaki hiçbir hukuka aykırı eylemin gerçekleşmediği de ortadadır. Olay sadece bilişim sistemlerine girilmesi değil kişisel verilerin ele geçirilmesi ve başka birisine verilmesiyle ilgili olduğundan veri koruma kanunlarını da ilgilendirmektedir. Gerek mahkemenin gerekse Bakanlığın gerekçelerinde haklı ve haksız hususlar bulunmaktadır, bunlar Türk kanunları üzerinde de aydınlatıcı olacaktır. Sunumda her birine yer verilecektir.

Oturum B5 (12.00-14.00)

ABD Yüksek Mahkemesinin 15 Haziran 2022 Tarihli *Golan v. Saada* Kararı ve 1980 La Haye Sözleşmesinde Düzenlenen “Ciddi Risk” Halinde Çocuğun Geri Gönderilmemesinin İstisnası Olarak “İyileştirici Tedbirler”

Doç. Dr. Sedat Sirmen* / Dr. Işıl Tekdoğan Bahçıvan**

A. VAKA

Amerikan vatandaşı *Narkis Aliza Golan* ve İtalyan vatandaşı *Isacco Jacky Saada*, Haziran 2016'da dünyaya gelen çocukları B.A.S. ile birlikte 2018 yılına kadar, İtalya'da evlilik birliği içerisinde yaşamıştır. Çocuğun mutlak meskeni İtalya'dadır. Çocuğun annesi *Golan*, B.A.S.'yi 2018 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) götürdükten sonra *Saada*, oğlunun İtalya'ya iadesi için ABD New York Doğu Bölge Mahkemesi'ne (*US District Court for the Eastern District of New York*) başvurmuştur. 1980 La Haye Sözleşmesi'ni dikkate alan New York Bölge Mahkemesi, çocuğun mutlak meskeninin yani çocuğun düzenli olarak yaşadığı ülkenin İtalya olduğunu; ancak babanın (*Saada*) anneye (*Golan*) karşı çok ciddi şiddet içeren kötü davranışlarından ötürü çocuğu "ağır bir psikolojik zarar riskine maruz bıraktığını ve maruz bırakmaya devam edebileceğini" tespit etmiştir. 1980 La Haye Sözleşmesi'nde, böyle bir durumda çocuğun dönüşünün gerçekleştirilmeyebileceği hüküm altına almıştır. Buna karşılık, ABD İstinaf Mahkemesi İkinci Dairesi (*US Court of Appeals for the 2nd Circuit*) ise Sözleşme kapsamında “geri dönüşün” esas olduğunu ve bölge mahkemelerinin bağımsız olarak “olabilecek tüm seçenekleri incelemesini” *Blondin v. Dubois*, 238 F. 3d 153, 163, n. 11 (CA2 2001) davasında zorunlu kılmıştır. New York Bölge Mahkemesi, İkinci İstinaf Dairesinin emsalini dikkate almak suretiyle, çocuğa yönelik “ciddi riski” ortadan kaldıracak iyileştirici tedbirlerin mevcut olduğunu tespit ettikten sonra, çocuğun İtalya'ya iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Golan*'ın, iade kararına karşı ilk başvurusunda, iyileştirici tedbirlerin çocuk için ciddi riski ortadan kaldırmadığına hükmedilerek bu karar bozulsada, Bölge Mahkemesi'nin yeni tedbirlerin alındığını ortaya koyması üzerine, İkinci İstinaf Dairesi çocuğun İtalya'ya iade edilmesine karar vermiş ve Bölge Mahkemesi'nin kararını onamıştır. *Golan*, ABD Yüksek Mahkemesi (*US Supreme Court*)'ne başvurmuştur.

B. HUKUK KURALLARI

Uluslararası çocuk kaçırma, yani çocuğun ebeveyni tarafından yasa dışı bir şekilde ulusal sınırların ötesine, mutlak meskeninin dışına götürülmesiyle ilgili olarak çocuğun mutlak meskenine dönmesi ile ilgili şartları düzenleyen Uluslararası Çocuk Kaçırma Hukukî Çareler Yasası (*International Child Abduction Remedies Act*, 22 U.S.C. §§ 9001-9011), ABD'nin de taraf olduğu 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin ABD hukukuna adaptasyonudur.

Yasaya göre, "Sözleşme kapsamında haksız yere yerinden edilen veya alıkonulan çocuklar, Sözleşme'de belirtilen dar istisnalardan biri geçerli olmadığı sürece derhal iade edilecektir."

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (sirmensedat@gmail.com).

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (istekdogan@ankara.edu.tr).

İstisnalardan biri, "geri gönderilmenin 'çocuğu fiziksel veya psikolojik zarara maruz bırakacağı veya başka bir şekilde çocuğu tahammül edilemez bir duruma sokacağı' 'ciddi bir riskin bulunduğu' durumlardır."

C. YÜKSEK MAHKEME KARARI

Oybirliğiyle alınan bir kararla Yüksek Mahkeme, 1980 Lahey Sözleşmesi'nin bir çocuğun yabancı bir ülkeye geri gönderilmesine ilişkin bir talebi değerlendirirken olası tüm "iyileştirici önlemleri" incelemesinin gerekmediğine karar vererek, B. A. S.'nin İtalya'ya geri dönüşünün çocuğu ciddi bir zarar görme riskine maruz bırakacağını ifade ederek ABD İstinaf Mahkemesi İkinci Dairesi kararını bozmuştur.

D. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

ABD Yüksek Mahkemesi, mutlak mesken ülkesine geri dönüşün bir çocuğu ciddi risk altına soktuğunu tespit ettikten sonra, bir Bölge Mahkemesi'nin çocuğun geri dönüşünü kolaylaştıracak iyileştirici önlemleri dikkate alması gerekip gerekmediğini analiz etmiştir.

İyileştirici önlemler ve taahhütler, Lahey Sözleşmesi'nin düz metninde özellikle yer almamaktadır. Bu nedenle ABD'de İstinaf Mahkemeleri, ciddi zarar riskinin bulunduğu durumlarda bunların uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bölünmüş durumdadır. Örneğin 2., 3. ve 6. Daireler bu önlemlerin dikkate alınmasını gerektiği görüşündeyken, 7. ve 11. Daireler "ciddi risk" durumunda bu önlemlerin dikkate alınmaması gerektiği görüşündedir.

İşte biz bu tebliğimizde "ciddi risk" altında bulunan çocuğun geri gönderilip gönderilmemesinde takdir hakkı bulunan mahkemelerin "iyileştirici önlemler"i ne ölçüde dikkate alması gerektiğini *Golan v. Saada* ABD Yüksek Mahkeme kararının nezdinde tartışacağız.

**Uluslararası Daimî Tahkim Mahkemesi'nin (Permanent Court Of Arbitration – PCA)
M/V Enrica Lexie (İtalya v. Hindistan) Kararı Kapsamında Bayrak Devletinin
Münhasır Yetkisinin İncelenmesi**

Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektaş*

15 Şubat 2012 tarihinde Hindistan'nın Kerala eyaletinin 20,5 deniz mili açıklarında ve Hindistan'ın münhasır ekonomik bölgesi içerisinde, *St. Antony* adlı Hint gemisindeki iki Hintli balıkçı, İtalyan bandıralı *M/V Enrica Lexie* adlı petrol gemisindeki iki İtalyan askeri tarafından öldürülmüştür. Hindistan, Hintli balıkçıları öldürme eylemini gerçekleştiren *M/V Enrica Lexie* üzerindeki denizcilerin, İtalyan donanmasında resmi görevli müfrezeler olduğunu iddia etmiştir. İtalya'nın savunmasının temelinde ise eylemin gerçekleştiği Hindistan sahilinin deniz haydutluğu eylemlerinde yüksek riskli alan olduğu ve balıkçıların deniz haydutu olduğu yanlıgısı ile ilgili eylemin gerçekleştiği savı bulunmaktadır. İtalya'nın savını destekler nitelikte aynı gün gerçekleşen başka korsan saldırılarına ek olarak İtalya, *St. Antony*'nin, sürekli devam eden görsel ve işitsel uyarı atışlarına rağmen *Enrica Lexie*'e doğru ilerlediğini ve çarpışmaya çalıştığını belirtmiş ve bunun korsan saldırı olarak değerlendirildiğini ve ateşli saldırı sonucunda iki balıkçının hayatını kaybettiğini ifade etmiştir. Suçu işlediği iddia edilen iki denizci yasal bir suçlama ya da cezai işlem olmaksızın bir süre tutuklu kalmış sonrasında serbest bırakılıp İtalya'ya gönderilmiştir. İtalya ve Hindistan arasındaki ihtilaf, 26 Haziran 2015 yılında İtalya tarafından uluslararası tahkim arenasına taşınmış; ilgili Devletlerin temel olarak cezai yargı yetkisi ve görev dokunulmazlığı konularında yaşadıkları hukuki ihtilaf hakkında Uluslararası Daimî Tahkim Mahkemesi (PCA) ise nihai kararını 21.05.2020 tarihinde vermiştir.¹

1926 yılında Türkiye ve Fransa arasında Ege Denizi açık sularında meydana gelen Bozkurt-Lotus davasında açık denizde gerçekleşen suçlarda bayrak devletinin cezai yargılama yetkisi incelenmiş ve bu konuda verilen karar literatürde *Lotus prensibi* olarak yerini almıştır. Olayda Bozkurt isimli Türk bandıralı bir gemi ile Lotus isimli Fransız bandıralı bir ticaret gemisi Ege Denizi açıklarında çatmış ve Bozkurt gemisi bu çatma neticesinde batmış ve bazı Türk gemiciler hayatlarını kaybetmiştir. Olayın akabinde İstanbul'a gelen iki geminin kaptanının da İstanbul Mahkemelerince dikkatsizce adam öldürme suçunu işlemiş olmaktan tutuklanmaları, Fransa'nın Türk Mahkemeleri'nin açık denizde meydana gelen bu olayda yabancı bayraklı gemi kaptanını yargılama konusunda yetkisiz olduğunu ileri sürmesi ve Türk tarafının bunu reddetmesi akabinde olay Sürekli Adalet Divanı'na taşınmıştır. Davada Fransa bayrak devleti olduğu için yargılama yetkisinin kendisinde olduğunu iddia ederken Türkiye açık denizde seyrişer hakını icra eden ve Türk Bayrağı taşıyan gemide meydana gelen zararın sonucu olarak yargılama yetkisini kullandığını dile getirmiştir. O dönemde Uluslararası sularda meydana gelen kazalarda ceza kovuşturmasının sadece geminin bayrağını taşıdığı ülke mahkemelerince yapılacağına dair yeknesak bir uluslararası hukuk kuralının olmaması ve böyle bir kuralın varlığının Fransa tarafından ispatlanamamış olması Türk tarafının lehine bir sonuç

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (sezercanbektas@sakarya.edu.tr).

¹ *M/V Enrica Lexie Case (Italy v. Indiana)* (2020), PCA Case No. 2015-28 <<https://pcacases.com/web/sendAttach/16500>> (Erişim tarihi: 15.09.2022).

ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bozkurt-Lotus kararından sonra 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) “Çatma ve deniz seyrüseferine ilişkin diğer her türlü olayda cezai yargı yetkisi” başlıklı 97.maddesinde özel bir hüküm getirilmiştir.

Enrica Lexie davası, Bozkurt-Lotus davasının aksine, meydana gelen eylem hakkında devletlerin cezai yargı yetkisinin bulunup bulunmadığının BMDHS hükümleri kapsamında değerlendirilmesini yapmaktadır. Açık denizde işlenen suçlarla ilgili olarak BMDHS'nin 92/1.maddesine göre açık denizde seyrüsefer halindeki gemilerin uluslararası anlaşmalarda ve BMDHS'de açıkça belirtilen istisnalar dışında, açık denizlerde bayrak devletinin münhasır yetkisine tabi olacakları düzenlenmiştir.

Enrica Lexie kararında açık denizlerde meydana gelen eylemlerde yargı yetkisinin hangi bayrak devletinde olacağına dair net bir hüküm tespit edilememiştir. Kararda yapılan geniş yoruma göre BMDHS'nin 92/1.maddesinde yer alan münhasır yetki; düzenleme, kural koyma, kurallara uyulmaya zorlama ve kuralları icra etme yetkisini bayrak devletine vermektedir. Bu kapsamda, Mahkeme Hindistan'ın *M/V Enrica Lexie*'ye yönelik hareketlerinin anılan maddeyi ihlal edebilecek niteliklerde icra yetkisi unsurları barındırmakta olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, BMDHS'nin 92/1.maddesi kapsamında tarafların olay üzerinde eşzamanlı yargı yetkisi olduğunu vurgulamış, Hindistan'ın kendi iç hukuku bağlamında mevcut olayla ilgili olarak iç hukukunun ceza kanunları kapsamında yargı yetkisi olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmamıştır.

Bu sunuda, *Enrica Lexie* davası kapsamında açık denizde bayrak devletinin cezai yargılama yetkisinin ve kararın bayrak devletinin cezai yargılama yetkisinin gelişimine etkisinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda bayrak devletinin yargı yetkisinin 1926 yılından günümüze kadar olan gelişiminin; Bozkurt-Lotus ve diğer kararlar ile *M/V Enrica Lexie* kararı mukayese edilerek değerlendirilmesi ve günümüzde yetkinin içeriği ve kapsamının belirlenmesi çalışmamızda tercih edilmiştir.

Anahtar kelimeler: bayrak devleti, münhasır ekonomik bölge, yargı yetkisi, açık denizler, deniz hukuku

Türk Ticaret Mahkemelerinde Uluslararası Ticari Sözleşmeler: CISG Örneği

Dr. Öğr. Üyesi Şerife Esra Kiraz*

Türk Ticaret Kanunu madde 4 ve 5 ışığında ticari dava olarak nitelendirilen uyuşmazlıklar asliye ticaret mahkemelerinde görülmektedir. Bu türden bir uyuşmazlığa bakmakla görevli olan asliye ticaret mahkemeleri, hem Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 1(2) ‘Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır’ hükmü; hem de Anayasa madde 90(5) ‘Usulüne göre yürürlüğe konulmuş kanun Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir’ şeklinde ifade edilen fıkra ışığında uluslararası sözleşmeleri uyuşmazlıklara uygulamak ile karşı karşıya kalmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmeler denildiğinde ise; bugün 95 üye ülke tarafından onaylanmış ve sıklıkla tercih edilen bir antlaşma haline gelen 1980 tarihinde kabul edilen ve uluslararası mal satımındaki kuralların yeknesaklaştırılması amacı taşıyan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) akla gelmektedir.

Türkiye 2010 yılında söz konusu antlaşmaya taraf olmuş ve 1 Ağustos 2011 yılından itibaren de antlaşmayı uygulamaya başlamıştır. Söz konusu tarihten itibaren Türk mahkemelerinde CISG ile ilgili olarak çok sayıda karar çıkmamakla birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2019/765 K. ve akabinde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2021/2836 K. sayılı hükümleri ile neticelendirilen araç satışına ilişkin davanın bilhassa değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, söz konusu mahkeme kararları CISG’ın yeknesak uygulanması amacına ters düşer niteliktedir.

Her iki mahkeme de kararında; CISG madde 1’de işaret edildiği üzere sözleşme taraflarının iş yerlerinin CISG’ye taraf ülkelerden olması nedeniyle söz konusu davada CISG’nin uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir. Ancak; hangi tür sözleşmelerin CISG kapsamı dışında tutulduğunu belirten madde 2’ye gönderme yaparak araç satımının CISG kapsamında olmadığına hükmederek davacının, CISG madde 74, 75 ve 76 hükümleri uyarınca rayiç bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkın ödenmesi talebini reddetmişlerdir.

CISG’in Türkçe çevrisinde madde 2(e) ‘Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı’ şeklinde çevrilmiştir. CISG İngilizce metninde madde 2(e): ‘*of ships, vessels, hovercraft or aircraft*’ olarak geçmektedir. İngilizce sözlük karşılığı ‘a vehicle that travels just above the surface of land or water, travelling on a strong current of air that the engines produce beneath it’ yani; ‘kara veya su yüzeyinin hemen üzerinde hareket eden, altında motorların ürettiği güçlü bir hava akımı üzerinde hareket eden bir araç’ olarak tanımlanan ‘hovercraft’ sözcüğü CISG metninin Türkçe versiyonunda ‘hava yastıklı taşıt’ olarak çevrilmiş ve bu durum CISG’nin yanlış olarak uygulanmasına yol açmıştır.

CISG’nin yapımı aşamasındaki belgeler incelendiğinde yine hovercraft kelimesinin Türk yargısı tarafından anlaşıldığı şekliyle ‘hava yastıklı taşıt’ olmadığı görülmektedir. Madde 2’nin görüşülmesi esnasında Hindistan delegesi, Hindistan mevzuatında hovercraft satımına ilişkin özel düzenlemeler bulunması nedeniyle ‘hovercraft’ın da gemi ve tekne gibi kapsam dışında bırakılmasını teklif etmiş, Almanya delegesi de ‘hovercraft’ın bir gemi mi yoksa bir hava taşıtı

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (serifeesrakiraz@karatekin.edu.tr).

mı olduğunun belirsiz olduğuna değinerek söz konusu teklifi desteklemiştir. Bu tartişmalardan yola çıkıldığında hovercraft'ın gemi, tekne ve hava taşıtı ile ilişkili olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra; tebliğ kapsamında CISG'ye ilişkin olarak farklı ülke mahkemelerince verilen 'araba satımına' ilişkin kararların da değerlendirilmesi yapılarak, 'hava yastıklı taşıt' olarak araba satımının CISG kapsamı dışında tutulmadığı gösterilecektir.

Türk mahkemeleri tarafından CISG madde 2(e)'ye ilişkin yapılan değerlendirme, yeknesaklığı hedefleyen ve uluslararası ticarete pek çok ülke tarafından kabul görüp uygulanan bir sözleşmenin amacının önünde engel oluşturmaktadır. Diğer taraftan verilen kararların, CISG'nin uygulama alanı bulacağı sözleşmelerde Türk mahkemelerinin tercih edilmemesi sonucunu doğurması ihtimal dahilindedir. Uluslararası ticarete aktif rol alan Türk tarafların ve Türkiye ile mal satım sözleşmesi imzalayan yabancı tarafların Türk mahkemelerinden sağlıklı kararlar çıkacağına dair inancının güçlendirilmesi ve sözleşmeye taraf bir ülke olarak sözleşmenin uluslararası arenada yeknesak uygulamaya ve yargı/karar birliğine dair amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada, CISG'nin Türkçe metninin yetkin bir heyet tarafından İngilizce orijinali ile sözleşmenin şerhlerini tarayarak yeniden gözden geçirilip Türk yargısına sunulması ve Türk mahkemelerinin özellikle de CISG ile daha çok karşılaşan asliye ticaret mahkemelerinin heyetlerinin sözleşmenin kapsamı ve dünyadaki uygulama örneklerine yönelik çeşitli çalıştaylar ile bilgilendirmesinin sözleşmenin yanlış değerlendirilmesinin önüne geçeceği kanaatindeyiz.

**Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında
Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulanmasına Yönelik İlk Kararları ve
Bunların Değerlendirilmesi**

Dr. Öğr. Üyesi Murat Sarıkaya*

Bilindiği üzere, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir. Antlaşma, vatandaşlık unsuruna bakılmaksızın, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine, bu devletlerin âkit devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması hâlinde uygulama alanı bulmaktadır (CISG m. 1). Hâlihazırda farklı kıtalardan 95 ülkenin taraf olduğu CISG, küresel taşınır mal ticaretinden doğan uyuşmazlıkların önemli bir kısmına uygulanan hukuk durumundadır. Bununla birlikte, ülkemizde CISG'nin uygulandığı mahkeme kararlarının tespiti için uzunca bir süre beklenmesi gerekmiştir. Türk hukuk literatüründe ortaya konan pek çok monografik ve sistematik esere rağmen, hukuk pratiğindeki aktörlerin CISG'a yeterince aşına olmaması bu durumun en önemli sebebi olarak gözükmektedir.

Nitekim Türk yargısında bugüne kadar tespit edilebilen kararlar incelendiğinde, mahkemelerin de CISG'nin uygulanmasına ilişkin temel esasları henüz gerektiği gibi benimsememiş olduğu görülmektedir. Bu anlamda, CISG'nin uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta Antlaşma'nın milli kanunlardan bağımsız bir hukuk kaynağı olarak uygulanması ve hükümlerinin otonom yorumlanması gerekliliklerine riayet edildiğini ifade etmek güçtür. Örneğin, Yargıtay 11. HD.'nin 28 Şubat 2018 tarih ve 2016/6805 E. 2018/1538 K. sayılı kararında, mahkemenin ulaştığı neticeyi hem Türk Borçlar Kanunu hem de CISG kurallarına atıf yapmak suretiyle doğrulamak istediği görülmektedir. Aynı husus, Yargıtay 11. HD.'nin 10 Aralık 2020 tarih ve 2020/4749 E. 2020/5806 K. sayılı kararı, Ankara BAM 22. HD.'nin 16 Temmuz 2018 tarih ve 2017/813 E. 2018 1291 K. sayılı kararı, Samsun BAM 3. HD.'nin 16 Ocak 2017 tarih ve 2017/23 E. 2017/28 K. sayılı kararı, İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 16 Nisan 2019 tarih ve 2014/402 E. 2019/566 K. sayılı kararı bakımından da geçerlidir. Buna karşın, İstanbul BAM 44. HD.'nin 15 Nisan 2021 tarih ve 2020/243 E. 2021/437 K. sayılı kararında ilk derece mahkemesinin CISG'ı otonom olarak uyguladığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 11. HD.'nin 24 Mart 2021 tarih ve 2020/4982 E. 2021/2836 K. sayılı kararı ile İstanbul BAM 14. HD.'nin 24.05.2019 tarih ve 2018/1106 E. 2019/765 K. sayılı kararlarında ise satım konusu hava yastıklı araçlar bakımından CISG'in uygulanabilirliği tartışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki CISG'nin uygulanmaya başlandığı ilk dönemde milli mahkemelerin Antlaşma'yı kendi hukuk kurallarıyla birlikte uygulaması, ülkemize özgü bir durum değildir. Gerçekten bu durumu, farklı ülkelerde Antlaşma'nın uygulandığı erken dönemlerde tespit etmek mümkün olmaktadır. CISG m. 7/I hükmü ise Antlaşma'nın uygulanmasında ve hükümlerinin yorumunda Anlaşma'nın milletlerarası niteliğinin ve yeknesak uygulanmasının gözetilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Şu hâlde, mahkemelerin CISG'ı milli hukuklarının etkisi altında uygulaması, Antlaşma'nın uygulanmasına ilişkin temel esaslarla çelişki

* Türk-Alman Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (sarikaya@tau.edu.tr).

oluşturmaktadır. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin de bu yaklaşımı bir an önce terk etmesi gerekmektedir.

Çalışmada, yukarıda belirtilen mahkeme kararlarına konu uyuşmazlıklar çerçevesinde, CISG'ın doğru şekilde uygulanmasına yönelik olarak dikkat edilmesi gereken esasların ortaya konması amaçlanmaktadır. Bu anlamda, Antlaşma'nın milletlerarası niteliğinin ve yeknesak uygulanmasının gözetilmesi gerekleri bakımından hâkimin izlemesi gereken yöntem ile yararlanabileceği kaynaklar üzerinde durulacaktır. Ayrıca CISG'ın uygulanması bakımından diğer ülke mahkemelerinin ortaya koyduğu başarılı örneklerin sunulması da hedeflenmektedir.

Oturum C1 (15.00-17.00)

Mirasçının Mirasbırakanı Arayıp Sormaması, Mirasbırakana İlgi Göstermemesi Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Olabilir mi?

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 Sayılı Kararının İncelenmesi

Doç. Dr. Tuba Birinci Uzun* / Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Dörttepe Okutan**

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2021 tarihli ve E. 2019/5571 K. 2021/471 sayılı kararına¹ konu olayda mirasbırakan baba, davacı mirasçı kızının anne ve babasının rızası bulunmaksızın evden ayrıldığını, haber vermeden anne ve babasının tanımadığı biriyle evlendiğini, bayramlarda ve önemli günlerde ailesini aramadığını, boşandıktan sonra eski eşyle nikâhsız olarak yaşamaya devam ettiğini, rica minnet üzerine zoraki eve geldiği son dönemde de yabancı biri gibi davrandığını ve etrafa özel hayatı ile geçmişi hakkında bazı şeyler anlatarak anne ve babasını kötülediğini söyleyerek, aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediğinden bahisle davacı mirasçı kızını mirasçılıktan çıkarmıştır.

İlgili Yargıtay kararında, davacı mirasçının mirasbırakana ve davalı annesine karşı ilgisiz kaldığının tanık beyanlarıyla sabit olduğu ve dinlenen tanık beyanlarına göre, dava konusu vasiyetnameler ile mirasbırakanın davacı kızını mirastan çıkarma sebebi olarak ileri sürdüğü vakıaların mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunduğu, davacının anne ve babasına karşı olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerini büyük ve kusurlu davranışlarıyla yerine getirmediği belirtilmiştir.

Yakın aile bağları sebebiyle yasal mirasçılardan bazıları, saklı paylı mirasçidir². Saklı pay, mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunamayacağı miras payıdır. Başka bir deyişle, saklı pay bertaraf edilemeyen miras payıdır³. Saklı paylı yasal mirasçılık nedeniyle Türk Medeni Hukuku'nda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü sınırlıdır⁴ ve saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunurlar⁵. Ancak TMK md.510 hükmü uyarınca; mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Buna cezai mirasçılıktan

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (tubabirinciuzun@gmail.com).

** Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (aysegul.okutan@antalya.edu.tr).

¹ www.legalbank.net, erişim tarihi: 12.09.2022.

² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 306.

³ ANTALYA, Gökhan/ SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.317, N.1203; TURANBOY, Kürşat Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2010, s.45; ÇAĞA, Tahir: Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti, 1. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s.3.

⁴ İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017, s.231; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, N.1038.

⁵ DURAL/ÖZ, N.1038.

çıkarma⁶ denir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçıya uygulanan bir medeni hukuk yaptırımını olarak değerlendirilmektedir⁷. Önemle belirtmek gerekir ki kusurlu olsa bile mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi her zaman mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez; bunun için mirasçının yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmiş olması gerekir⁸. İlgili Yargıtay kararının aksine bazı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında mirasçının mirasbırakanı uzun yıllardır arayıp sormaması, bayramlarda gelip bayramını kutlamaması, hastalandığında ziyaret etmemesi⁹ ve mirasçının mirasbırakanın istemediği bir kişiyle evlenmesi¹⁰ mirasçılıktan çıkarma için yeterli sebep olarak kabul edilmemiştir.

KAYNAKÇA

ANTALYA, Gökhan/ SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

BAYDAR, Utku: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

ÇAĞA, Tahir: Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, 1. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1974, ss.523-536;

ÇUBUKGİL, Rıza: “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 1951, ss.595-609.

ÇUBUKGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 1950, ss.441-467.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013; ÇUBUKGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 1950, s.441-467; ÇUBUKGİL, Rıza: “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 1951, s.595-609; SEZEN, Cehdi Cihan: Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008; KARACA, Beytul Fatih: Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008; BAYDAR, Utku: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005; ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1974, s.523-536; ŞENOCAK, Zariye: “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s.421-429.

⁷ ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi: Miras Hukuku (Çev.: Sabri Şakir Ansay), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949, md. 477, N. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 306; YAĞCI, s. 33; ÇUBUKGİL, 1950, s. 443; SEZEN, s. 7, 46; BAYDAR, s. 5-6. Ayrıca bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, § 4 N. 183: “*Mirasçılıktan çıkarma (exheredation) ... yasal mirasçının saklı payını elinden alır. Bu ağırlığı ile de tipik bir özel hukuk cezası oluşturur. MK 510-512 kurallarında düzenlenmiş olan bu cezayı haklı kılan düşünce şudur: Mirasbırakanı bir eliyle arkadan hançerleyen saklı paylı hisim veya eş öteki eliyle miras talep etmeye kalkışmamalıdır*”.

⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 313.

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.09.1972 tarihli ve E. 968/2-730 K. 751 sayılı kararı (İMRE/ERMAN, s. 250, dn. 15).

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2002 tarihli ve E.2002/2-189 K. 2002/201 sayılı kararı (www.legalbank.net, erişim tarihi: 12.09.2022).

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

ESCHER, Arnold: Medeni Kanun Şerhi: Miras Hukuku (Çev.: Sabri Şakir Ansay), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949.

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017.

KARACA, Beytul Fatih: Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 306.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

SEZEN, Cehdi Cihan: Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

ŞENOCAK, Zarife: “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, ss.421-429.

TURANBOY, Kürşat Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010.

YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013.

**İsviçre Federal Mahkemesinin 4A_522/2018 Sayılı, 18 Temmuz 2019 Tarihli Kararı
Çerçevesinde Mirasçıların Külli Halef Sıfatıyla Bankalardan Bilgi Alma Haklarının
Kapsamı**

Dr. Öğr. Üyesi Özgün Çelebi*

Kendilerini mirasbırakan tarafından yapılandırılmış bir ilişkiler ağı içinde bulan mirasçıların haklarını kullanabilmeleri için gerek birbirlerinden gerekse üçüncü kişilerden bilgi edinmeye ihtiyaçları vardır. Mirasçıların bilgi edinme istemleri miras hukuku düzenlemelerinin yanı sıra (İsviçre Medeni Kanunu m.607/III ve m. 610/II; Türk Medeni Kanunu m. 646/III, m. 649/II) külli halefiyet ilkesi çerçevesinde kendilerine intikal eden sözleşmelere de dayanabilir. Ancak mirasçıların bilgi edinmeye yönelik menfaatleri, başka menfaatler ve hukuki değerlerle çatışma içine girebilmekte, bu durum da mirasçıların bilgi alma haklarının kapsamını tartışmalı bir mesele haline getirmektedir. Nitekim bu hak, talebin muhatabının olası sır saklama yükümlülüğüyle çatışabileceği gibi, yine tartışmalı bir mesele olan, mirasbırakanın ölüm sonrası kişilik haklarının korunması konusuna da temas etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de 18 Temmuz 2019 tarihinde verdiği kararda bu konuya eğilmiş ve mirasçıların bankalar karşısındaki sözleşmeye dayalı bilgi alma haklarına yeni sınırlar getirmiştir.

Karara konu olan olayda mirasbırakan, banka ile kurduğu sözleşme çerçevesinde bir bankada hesap açtırmış, ardından bu hesaptaki paranın, aynı bankadaki başka bir kişiye ait bir hesaba aktarılması yönünde talimat vermiş ve banka bu talimatı yerine getirmiştir. İlgili talimat, sadece IBAN numarasını içermekte, hesap sahibinin ismini içermemektedir. Kişinin ölümünün ardından mirasçılar, külli halefiyet ilkesi uyarınca kendilerine intikal eden sözleşmesel bilgi alma hakkına dayanarak ilgili hesabın sahibinin isminin paylaşılmasını talep etmişler, bu talep banka tarafından sır saklama yükümlülüğü gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Böylece mirasçıların sözleşmesel bilgi alma haklarının bankayı müşteri sırrını ifşa etmeye zorlamak için yeterli olup olmayacağı ihtilaf konusu haline gelmiştir.

Mirasbırakanın banka ile akdettiği sözleşmeden doğan hakları, malvarlıksal menfaatlere ilişkin oldukları ölçüde külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara intikal etmektedir. İsviçre hukukunda bankacılık sözleşmelerinin vekalet sözleşmesinin unsurlarını taşıdıkları, dolayısıyla mirasçılara intikal eden bilgi alma hakkının, vekilin hesap verme borcuna (İsviçre Borçlar Kanunu m. 400/I; Türk Borçlar Kanunu m. 508/I) dayandığı kabul edilmektedir. Malvarlığının ölüm anındaki durumunun tespitine yönelik olarak tüm mirasçıların geniş kapsamlı bir bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Tereddütlü olan husus, incelenen karara konu olan olayda olduğu gibi, mirasçıların mirasbırakanın ölümünden önce yapmış olduğu işlemlere ilişkin ne ölçüde bilgi edinebilecekleridir. Kararda, mirasçıların külli halef sıfatıyla sahip oldukları sözleşmesel bilgi alma haklarının mirasbırakanın bilgi alma hakkı ile aynı kapsamda olmadığı belirtilmiştir. Karara göre bunun sebebi, mirasçıların bilgi alma haklarının, mirasbırakanın özel alanının korunmasına yönelik hakkı ile çatışma içinde olmasıdır. Bu özel alan, sadece mirasbırakanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan unsurları değil, ekonomik nitelikteki unsurları, dolayısıyla bankaya verdiği talimatları da içermekte ve mirasçıların bu özel alana girebilmeleri için bu durumu haklı gösterecek bir hukuki menfaatlerinin bulunduğunu ortaya koymaları

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ozgcelebi@ku.edu.tr).

gerekmektedir. Bu da talep edilen bilgiye, ya sözleşmenin banka tarafından gereği gibi ifa edip edilmediğinin kontrolü için, ya da tenkis veya denkleştirme talebi gibi miras hukukuna ilişkin bir hakkın kullanılabilmesi için ihtiyaç duyulması halinde mümkün olacaktır. Karara göre, bunlar dışında kalan hallerde, mirasbırakanın özel alanının korunmasına yönelik menfaati mirasçılarının bilgi alma hakkından daha ağır basacaktır. Mahkeme, bu özel menfaat ortaya konulabildiği ölçüde, bankanın işlemin diğer tarafına karşı üstlendiği sır saklama yükümlülüğünü de mirasçılara karşı ileri süremeyeceğini, tenkis veya denkleştirme konusu olabilecek tasarrufların, müşteri sırrı kavramı altında korunmayacaklarını belirtmiştir. Somut olayda ise mirasçılar belirtildiği şekilde bir hukuki menfaati ortaya koymadıkları için taleplerinin reddedilmesinin yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi, bankalara yöneltilen bilgi alma taleplerini konu alan daha önceki kararlarında (i) mirasçılarının külli halef sıfatıyla mirasbırakan ile aynı kapsamda bir bilgi alma hakkına sahip oldukları, (ii) bu nedenle kendilerine müşteri sırrı kavramının ileri sürülemeyeceği, (iii) bunun istisnasının, külli halefiyet ilkesinin kapsamı dışında kalması gereken, mirasbırakanın kişiliğine bağlı bilgiler olduğu ilkelerini benimsemiştir. İnceleme konusu kararda ise mirasbırakanın özel alanı çok daha geniş biçimde, salt malvarlığına ilişkin bilgileri de kapsayacak şekilde çizilmiş, mirasçılarının bu alana girebilmeleri için külli halefiyet ilkesi yetersiz görülerek özel bir menfaatin de ortaya konulması aranmıştır. Her ne kadar mirasbırakanın mirasçılara karşı da kapalı tutulması gereken, külli halefiyet ilkesinin işlemeyeceği bir sır alanının olduğunun kabul edilmesi gerekse de bu alanın salt malvarlığına ilişkin işlemleri de içerecek biçimde çizilmesinin külli halefiyet ilkesi ile bağdaşp bağdaşmadığı öğretide soru işaretlerine yol açmıştır. Bu itibarla, müşteri sırrının mirasçılara intikaline ilke olarak karşı duran bu içtihattan dönülmesi ve mirasçılarının sözleşmesel bilgi alma haklarının kapsamının ihtiyaç duyulan bilginin niteliği açısından külli halefiyet ilkesinin geçerli olup olmamasına göre belirlenmesi önerilmektedir.

Yargıtay'ın Güncel Kararları Işığında Muris Muvazaası Kavramı ile Denkleştirme Kurumunun İlişkisi

Dr. Efe Can Yıldırım*

Miras hukuku ile ilgili olarak uygulamada en sık karşılaşılan uyuşmazlıkların başında muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davası gelmektedir. Esasen mirasbırakanın mal kaçırma kastını güttüğü devirleri konu edinen bu kavramın tanımlanması ve uygulanması açısından önemli ölçüde belirleyici olan kaynak Yargıtay kararlarıdır.

Muris muvazaasının tespiti açısından Yargıtay kararlarında çeşitli ve -çoğu zaman- içeriği muğlak kıstasların sevk edildiği görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay bazı kararlarında sözleşme tarihinde murisin yaşına, fiziki ve genel sağlık durumuna, aile koşullarına ve ilişkilerine, temlik edilen malın tüm malvarlığının murisin elinde bulunan mal varlığının miktarına oranına ve bunun makul karşılanabilecek bir sınırdan kalıp kalmadığına¹ bakılırken², bazı kararlarında ise yüksek mahkeme yöresel gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışını³, miras bırakanın sözleşme yapılmasına makul bir nedenin bulunmasını ve davalının alım gücünü⁴ belirleyici kıstas olarak ele almaktadır⁵. Bundan hareketle belirtmek gerekir ki Yargıtay muris muvazaasına ilişkin kararlarında kuramsal kaygılardan ziyade somut olayın özelliklerine göre bazı kıstaslar belirlemede bu durum da muris muvazaasına ilişkin kararlar ile miras hukukunun kanunda düzenlenmiş yerleşik kurumları arasında uyumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu uyumsuzlukların tespiti ve eleştirisi uygulama ile kuram arasındaki uyumun sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Muris muvazaasına konu olup olmadığı tartışılan taşınmaz mallara ilişkin kazandırmaların uygulamada çoğunlukla mirasbırakan tarafından yasal mirasçılardan bir ya da birkaçına karşılıksız ve sağlararası şekilde yapıldığı görülmektedir. Bu durum ise kararlarda varılan sonuçların denkleştirme (iade) -hatta bazı durumlarda denkleştirme ile yakından bağlantılı tenkis- kavramının da dikkate alınarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu tebliğ ile bu gerekliliğe odaklanılması ve Yargıtay'ın aşağıda belirtilecek kararlarına konu olan kazandırmaların denkleştirme kurumu açısından eleştirel biçimde incelenmesi amaçlanmaktadır.

Amaçlanan incelemede Yargıtay uygulamasına yönelik üç karar içeriği ele alınacaktır. Bunlardan ilki “*mirasbırakanın, sağlığında hak dengesini gözeterek kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçılara kapsar biçimde bir paylaşım yapmış olması durumunda, mal kaçırma kastından söz edilmeyeceği*”ne yönelik kararlardır⁶. Görünüşteki satış işleminin muvazaadan dolayı gizli bağışlama işleminin ise şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olmasına rağmen sadece

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (efecan@istanbul.edu.tr).

¹ YHGK, T:03.07.2013, E: 2013/1-77, K: 2013/1007.

² YHGK, T: 07.10.2021, E: 2018/1-533, K: 2021/1189.

³ Y. 1. HD, T: 22.02.2022, E: 2021/7133, K: 2022/1385.

⁴ Y. 1. HD, T: 14.02.2022, E: 2021/2241, K: 2022/1117.

⁵ Y. 1. HD, T: 10.03.2022, E: 2021/10475, K: 2022/1961.

⁶ Buna örnek olarak YHGK, T: 26.2.2020, E: 2017/1-1244, K: 2020/228.

mirasçılar arasında hak dengesinin gözetilmesinden hareketle bu işlemlerin geçerli kabul edilmesi isabetli olmayıp bir an için mirasbırakanın iradesine bir dereceye kadar saygı göstermek amacıyla bu işlemler ayakta tutulsa bile bu duruma ilişkin denkleştirmeye ilişkin hükümlere kararlarda hiç ya da gereği gibi değinilmemesi eleştiriyeye açıktır.

Bu tebliğ kapsamında incelenecek ikinci karar içeriği ise “*tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların, taşınır mal olduğundan hareketle gizlenerek yapılan bağışlama niteliğindeki tasarrufların geçerli olduğu ve bu işlemlere karşı 01.04.1974 tarih ve 1/2 Sayılı İçtihatı Birleştirme Kararının uygulama yerinin olmadığı*”⁷ sonucuna varılan kararlardır. Bu kararlarda sadece muris muvazaasına yer olmadığı ve Yargıtay’ın muris muvazaası açısından ilke kararı olarak sürekli atıfta bulunduğu YİBK, T: 01.04.1974, E: 1974/1 K: 1974/2 sayılı kararının uygulanmayacağı belirtilmekte bununla birlikte bu kazandırmaların miras hukuku açısından doğuracağı muhtemel sonuçlar, diğer bir ifadeyle terekeye iade edilip edilmemelerine (altsoya yapılan gizli bağışlamanın iadeye tabi olup olmadığına) dair hukuki değerlendirmelere ya hiç ya da yeterli ölçüde yer verilmemektedir. Taleple bağlılık ilkesine verilen önemden dolayı ortaya çıktığı tahmin edilen bu eksikliklere değinilmesi bu tebliğin amaçlarındandır.

Bu tebliğ kapsamında incelenecek üçüncü karar içeriği ise “*murisin gerçekte bedelini bizzat ödeyip, üçüncü kişiden satın aldığı taşınmazı mirastan mal kaçırmak amacıyla tapu siciline yarar sağlamak istediği kişi adına kaydettirmesi halinde, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının doğrudan bağlayıcı olmayacağı ve tenkis talebinin incelenmesi gerektiği*”⁸ sonucuna varılan kararlardır. Altsoya yapılan böyle bir kazandırma TMK m. 669/ f. 2 uyarınca hayatın doğal akışı olayların birçoğunda denkleştirmeye tabi olabilecek iken, taleple bağlılık ilkesine verilen önemden kaynaklı şekilde, Yargıtay’ın tenkis incelemesi yaptığı görülmektedir.

Bu tebliğde üç grup karar ele alınırken hem örnek olarak künyesi tebliğ özetinde verilen kararlar hem de Yargıtay’ın güncel diğer kararlarından da bu konuyla sınırlı olarak yararlanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Muvazaa, tapu iptal ve tescil, denkleştirme, tenkis, mal kaçırmaya kastı.

⁷ Buna örnek olarak Y. 1. HD, T: 12.02.2020, E: 2017/1863, K: 2020/811.

⁸ Buna örnek olarak Y. 1. HD, T: 16.06.2020, E: 2017/1710 K: 2020/2708.

Oturum C2 (15.00-17.00)

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 26.03.2019 Tarihli Kararının Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi Rejimine Etkisi ve Güncel Tartışmalar

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Küçükdağlı*

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.2019 tarihli kararına dek, Alman hukukunda "üvey" çocuğun evlat edinilmesi (eşlerden birinin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi) için evlilik bir ön koşul teşkil etmekteydi. Zira Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) "küçüğün evlat edinilmesi" alt başlığı altında düzenlenen 1741/II hükmü ilk cümlesine göre evli olmayan bir kişi ancak tek başına evlat edinebilmektedir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 26.03.2019 tarihli kararı ile evliliğin, üvey çocuğun evlat edinilmesinin ön koşulu olarak aranmasını Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG) madde 3/I hükmüne aykırı bulmuştur. Bunun üzerine Alman Medeni Kanununa 1766a paragrafı eklenmiş ve 31.03.2020 tarihinde bu hüküm yürürlük kazanmıştır. Bu hükümle birlikte belli koşullar altında evli olmayan çiftlerden birinin diğer partnerin çocuğunu evlat edinmesinin önü açılmıştır.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) kararını dayandırdığı eşitlik ilkesinin ihlalini, çocuğun hukuki durumu üzerinden gerekçelendirmiştir. Buna göre evlilik şartı, evlilik birliğinde yaşayan çocuk ile evlilik dışı yaşam beraberliğinde yaşayan çocuk arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Zira Alman hukukunda kabul edilen tam evlat edinme sistemine göre evlat edinmenin kesinleşmesiyle birlikte çocuğun, biyolojik ana ve babası ile soybağı ilişkisi sona ermektedir. Bu kuralın istisnalarından biri ise üvey çocuğun evlat edinilmesi bakımından kendini göstermektedir. Buna göre evlilik birliğinde yaşayan çocuk velayet sahibi ebeveyn ile soybağı ilişkisi sona ermeksizin bu ebeveyninin eşi tarafından evlat edinilebilmekte ve böylece çocuk ortak çocuk vasfına kavuşabilmektedir. Ancak evlilik dışı yaşam beraberliğindeki çocuk velayet sahibi ebeveyni ile soybağı ilişkisi sona ermeden ebeveyninin partneri tarafından evlat edinilememektir. Bu çocuğun velayet sahibi ebeveyni ile soybağı ilişkisini devam ettirmek suretiyle evlat edinilmesi konusundaki hak kaybı, m. 3/I GG'in kabul ettiği eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Diğer yandan Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararda üvey çocuğun evlat edinilmesi için esaslı kriterin "evlilik" olmadığını, çocuğun menfaatine uygun olarak "istikrarlı" bir ilişkinin arandığını belirtmiştir. Neticede 31.03.2020 tarihine kadar yasama organına yeni bir hüküm ihdas edilmesi için süre tanınmıştır.

31.03.2020 tarihinde yürürlük kazanan paragraf 1766a BGB'ye göre aynı evde istikrarlı bir yaşam beraberliği yaşayan iki kişi, evlilik birliği içerisinde bir eşin diğerinin çocuğunu evlat edinmesine ilişkin kurallara tabi olacaktır. Paragraf 1766a/II hükmündeki örneklendirmeye göre ise istikrarlı bir yaşam beraberliği çiftlerin en az dört yıldır birlikte yaşaması veya ortak bir çocuğun ebeveynleri olarak evlilik benzeri şekilde birlikte yaşaması hallerinde mevcuttur. Diğer yandan bu kişilerin evlat edinmelerinde temel olarak evlat edinmenin çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı ve evlatlık ile evlat edinen arasında ebeveyn-çocuk ilişkisi kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Ayrıca evlat edinecek kimsenin en az 21 yaşında

* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (akucukdagli@gmail.com).

olması; küçüğe makul bir süre bakılmış olması; evlat edinmenin alt soyunun yararının zedelenmemesi ve diğer biyolojik ebeveynin evlat edinmeye rızası gerekmektedir. Tüm bunlara ilaveten on dört yaşındaki ayırt etme gücüne sahip küçük evlat edinmeye rıza göstermelidir.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.2019 tarihli bahsi geçen kararı üvey çocuğun evlat edinilmesi rejimi ve dolayısıyla soybağı hukuku bakımından bir dönüm noktası olarak değerlendirilebilir. Zira hukuk düzeni, sosyolojik değişimi göz ardı edememiştir. Bununla birlikte Alman pozitif hukukunun, modern aile yapısı ile halen uyummadığı ifade edilmekte ve soybağı hukukunda reform ihtiyacı dile getirilmektedir. Bu anlatılanlar kapsamında bildirimizin konusu, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.2019 tarihli kararının üvey çocuğun evlat edinilmesi rejimine etkisi ve güncel tartışmaların açıklanmasından ibarettir.

Anahtar Kelimeler: Alman Hukuku, Evlat Edinme, Üvey Çocuk, Küçüklerin Evlat Edinilmesi, Evlilik Dışı Yaşam Beraberliği, Soybağı Hukuku.

İnterseks Kişilere Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonları Özelinde Kıta Avrupası'nda Paternalist İdeolojinin Reddi ve Yargıtay Uygulaması

İsmail Dede*

İç ve dış üreme organı, üreme dokuları veya kromozom dizilimi bakımından ikili cinsiyet sistemi bakımından aşkınlık olarak nitelenen interseks durumu bu deneyimi yaşayan kişilerin, kişisel durum sicillerindeki cinsiyet bilgisine ilişkin düzeltme talepleri hakkında hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda uygulamada birlik bulunmamaktadır.

Medeni Kanun'da, Alman yasa koyucusunun tercih ettiği gibi özel bir düzenleme yer almadığından, kimi zaman yargı kararları interseks kişilerin kendilerini geliştirme hakkı çatısı altında kişilik hakkını, daha alt ayrımda da özellikle kendi bedenleri üzerinde karar alma (kendi kaderini tayin) hakkını tehdit etmektedir.

Medeni Kanun m. 39'un, kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin genel düzenleme niteliğini korumasıyla tezat bir biçimde Yargıtay, interseks kişilerin nüfus sicillerindeki cinsiyet bilgisinin düzeltilmesi için MK m. 40'tan ithal ettiği "düzeltici operasyon" koşulunu aramaktadır (bkz. Yargıtay 18. H.D. E. 2012/80, K. 2012/4125, T. 19.04.2012, Kazancı, E.T.: 20.02.2022). Oysa Yargıtay'ın bu operasyonu geçirme koşulunu aradığı kişi on sekiz yaşını doldurmuş çocuktur. Dolayısıyla Yargıtay'ın MK m. 40'ta yer alan koşullardan bazılarını devreye soktuğu, bazılarını devre dışı bıraktığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın formülünü "MK 39.5" olarak adlandırmayı naçizane uygun bulmuş bulunmaktayım. İcra edilen formül; kişiler hukuku, velayet hukuku gibi birçok alana temas etmekte ve Kıta Avrupası'nda da güncelliğini korumaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin BverfE 1 BvR 2019/16 sayılı kararı sonrasında önce Alman Kişisel Durum Kanunu (PStG) ardından Alman Medeni Kanunu (BGB) revize edilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca özetle, interseks kişiler üzerinde cinsiyet atama operasyonlarının icrası yasaklanmış ve bu tür tıbbi müdahalelere rıza gösterme yetkisi velayetin bahşettiği temsil yetkisinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Almanya'da yaşanan gelişmeleri takiben Belçika Anayasa Mahkemesi 99/2019 numaralı kararında interseks kişilerin beden bütünlüğünü önceleyen karara hükmetmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise 26.04.2022 tarihli M v. Fransa kararında başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez balsa da cinsiyet atama operasyonlarının İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesindeki işkence yasağını ihlal edebileceğine ilişkin temellere işaret etmiştir. Kronolojik bakımdan son olarak Temmuz 2022 tarihinde Yunanistan Parlamentosu 15 yaşından küçük interseks kişiler üzerinde cinsiyet atama operasyonlarını yasaklayan kanun teklifini onaylamıştır. Yunan hukukundaki bu revizyon, Alman hukukundaki gelişmelerin Kıta Avrupası'ndaki son yansıması olarak nitelenebilir.

Çalışma konumun uygun bulması durumunda; MK m. 39 ve MK m. 40'ın uygulama alanının farklılıklarını, interseks çeşitlilik ve transseksüellik arasındaki ayrımı, Yargıtay'ın türettiği "MK 39.5" formülünün İHAM/AİHM kararları ışığında Anayasa ile uyumsuzluğunu, bu formülün uygulanmasının olası olumsuz sonuçları, Alman ve Yunan hukukundaki yeni

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (idede@gsu.edu.tr).

gelişmeleri (özellikle BGB §1631e) katılımcılarla paylaşmaya aday olduğumu Sayın Bilim Kurulu'nun takdirlerine sunarım.

Saygılarımla.

Anahtar Kelimeler: İnterseks durumu, cinsiyet atama operasyonları, tıbbi müdahaleye rıza, kendi kaderini tayin hakkı, kişisel durum kayıtları.

AyM'nin K. 2020/78¹ ve B.N. 2019/40353² Kararları Özelinde Vergilendirmede Belirlilik İlkesi

Simay Doğmuş*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu³'nun ek 2'inci ve 492 sayılı Harçlar Kanunu⁴'nun ek 1'inci maddelerinde döviz kazandırıcı faaliyet olarak kabul edilen kamu kurum ve kuruluşlarınca uluslararası ihalelere konu edilen faaliyetlere uygulanan istisna ile ilgilidir. İlgili düzenlemelere göre, bir kişinin bu istisnalardan yararlanabilmesi için diğer koşulların yanında kendisine döviz kazandırıcı faaliyetle ilgili istisna belgesi verilmesi ve bu faaliyete yönelik kamu kurum ve kuruluşları tarafından uluslararası ihaleye çıkılmış olması gerekmektedir.

K.2020/78 numaralı karardan önce ilgili maddelerin 4'üncü fıkralarında uluslararası ihale, *“kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerli ve yabancı firmaların ayrı ayrı veya birlikte iştirakine açık olarak çıkarılan ve yabancı firmalarca da teklif verilen ihale”* olarak tanımlanmıştı. Ancak Mahkeme, düzenlemede yer alan *“yabancı firmalarca teklif verme”* koşulunun ihale süreci boyunca bilinemeyeceğinden, bu süreçte damga vergisi ve harç istisnasından yararlanıp yararlanamamanın öngörülemediğini belirtmiştir. Mahkeme bu koşulu, Anayasa⁵'nin sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği 48'inci, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir düzenlemenin kanunla yapılmasını düzenleyen 13'üncü ve istisnaları da kapsayacak şekilde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını düzenleyen 73'üncü maddelerine aykırı bularak *“ve yabancı firmalarca da teklif verilen”* ibarelerini iptal etmiştir.

Mahkeme, B.N.2019/40353 numaralı kararında ilgili maddeler ilga edilmeden önce yapılan ihalenin vergiden müstesna olduğunu gösteren istisna belgesinin iptalini hukuka aykırı bularak, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Karara konu olayda başvuranların adına düzenlenen istisna belgesi, ihaleye katılan yabancı firmanın değerlendirme dışı kalması sebebiyle ihalenin uluslararası nitelikte olmadığı tespit edilerek, geri alınmış ve başvuranlar adına cezalı damga vergisi ve harç tarhiyatı yapılmıştır. Mahkeme, K.2020/78 sayılı karara atıf yaparak, bu durumun hukukî güvenlik ile hukukî belirlilik ilkelerine aykırı ve kanunî dayanaktan yoksun olduğunu tespit etmiştir.

Her iki Mahkeme kararının açıkça gösterdiği gibi, vergilendirmede belirlilik ilkesi özel bir öneme sahiptir. Vergilemede belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem idare yönünden belli ve kesin olması ile kanun hükmünün belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğinin makul bir düzeyde öngörülmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir. Kişilerin gerçekleştirecekleri işlemler sonucunda ödeyecekleri vergileri, taşıyacakları

¹ AyM. 24.12.2020 tarih ve E. 2020/15, K. 2020/78, (RG. 28.04.2021-31468).

² AyM. 28.06.2022 tarih ve Çolakoğlu İnşaat Turizm Enerji Üretimi Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ve Kanık İnşaat Limited Şirketi Başvurusu, B.N. 2019/40353, (RG. 02.09.2022-31941).

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (simay.dogmus@yasar.edu.tr).

³ 01.07.1964 tarih ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu, (RG. 11.07.1964-11751).

⁴ 02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu, (RG. 17.07.1964-11756).

⁵ 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (RG. 09.11.1982-17863 (Mükerrer)).

yükümlülükleri ve hukuka aykırı davranmaları sonucunda karşılaşacakları müeyyideleri önceden bilerek hareket etmeleri, hukuk devleti ve hukukî güvenlik ilkelerinin doğal bir sonucudur. Kişiler ancak bu vergi, yükümlülük ve müeyyideleri önceden öngörürlerse doğru bir maliyet hesabı yaparak ileri dönük bir plânlama yapabileceklerdir. Kararlara konu ihalenin uluslararası bir ihale olup olamayacağını önceden öngörememe durumu, ihaleye katılıp katılmama yönünden maliyet hesabı ve ileri dönük bir plânlama yapılmasını engelleyeceğinden belirlilik ilkesi açısından sorunludur. Benzer sebeplerle, yapılan ihale uluslararası ihale niteliğinde kabul edilerek istisna belgesinin başvuranlara verilmesinden sonra, ihalenin bu niteliğini kaybettiğinin tespitiyle birlikte belgenin iptal edilmesi de belirlilik ilkesi bakımından ayrıca irdelenmelidir.

Vergilerin kanuniliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 73'üncü maddesi ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesi ise, kanunların yalnızca şeklen varlığını değil; belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler içermesini de öngörmektedir. Her iki Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi, kararlara konu düzenlemeler hukukî öngörülebilirliği sağlamadığından bu düzenlemelere dayanılarak gerçekleştirilen idari işlemler kanuni dayanaktan yoksun olarak kabul edilebilecektir.

Mahkeme bireysel başvuru kararında kesilen vergi ziyayı cezasını değerlendirmemiştir. Vergi ziyayı kabahati, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁶'nun 341'inci maddesinde de belirtildiği gibi, vergi yükümlüsünün vergilendirmeye ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yeri getirmesi sebebiyle, verginin zamanında veya tam olarak tahakkuk ettirilmemesini müeyyideye bağlamaktadır. Kanun, bu kabahati düzenlerken manevi unsura ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadığından, ceza hukukunun genel düzenlemelerine⁷ göre bir belirleme yapılmalıdır. Buna göre, vergi ziyayının ihmal ve/veya kasten bir davranış sonucu doğmuş olması; daha detaylı anlatımla, vergi yükümlüsünün vergilendirmeye ilgili ödevlerini ihmalen ve/veya kasten yerine getirmemesi sonucu verginin zamanında veya tam olarak tahakkuk ettirilmemesi gerekmektedir. Bireysel başvuruya konu olayda, başvuranların herhangi bir ihmali veya kastı olmaksızın, geç tarhiyata idarenin kusuru sebebiyet vermiştir. Bu nedenle, kanaatimizce kesilen vergi ziyayı cezası bakımından anayasal bir ilke olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve nihayetinde hukukî güvenlik ilkesine aykırılık bulunmaktadır.

⁶ 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG. 10.01.1961-10703/11.01.1961-10704/12.01.1961-10705).

⁷ 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (RG. 12.10.2004-25611) 5'inci maddesi ve 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (RG. 31.03.2005-25772 (Mükerrer)) 3'üncü maddesi vergi ceza hukukunda açık bir düzenleme olmadıkça, genel ceza hukuku hükümlerinin vergi suç ve kabahatleri için uygulanmasını gerektirmektedir.

Yargı Kararları Çerçevesinde Finansman Gider Kısıtlaması Uygulaması

Erhan Bayar* / Yusuf Öcalmış** / Hakan Kepir***

15/06/2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6322 Sayılı Kanun ile 01/01/2013 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde, kredi kuruluşları, finansal kuruluşlar, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri dışında, kullanılan yabancı kaynakları öz kaynaklarını aşan işletmelerde, aşan kısma münhasır olmak üzere, yatırımın maliyetine eklenenler hariç, işletmede kullanılan yabancı kaynaklara ilişkin faiz, komisyon, vade farkı, kâr payı, kur farkı ve benzeri adlar altında yapılan gider ve maliyet unsurları toplamının %10’unu aşmamak üzere Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan kısmının kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Cumhurbaşkanı bu yetkisini 04/02/2021 tarihli ve 31385 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 03/02/2021 tarih ve 3490 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla kullanmış olup bu Karar’da 01/01/2021 tarihinden itibaren başlayan vergilendirme dönemi kazançlarına uygulanmak üzere söz konusu gider ve maliyet unsurlarının %10’unun kurum kazancının tespitinde indiriminin kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Devamında, Gelir İdaresi Başkanlığı 24/03/2021 tarihinde bu konuya ilişkin açıklamaların yer aldığı 19 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ Taslağını kamuoyu ile paylaşmıştır. Daha sonra söz konusu Tebliğ Taslağı kamuoyundan gelen görüşler doğrultusunda 22/04/2021 ve 12/05/2021 tarihlerinde güncellenerek, 18 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ Taslağı olarak tekrardan kamuoyu ile paylaşmıştır.

Bu tarihten sonra, ilgili Tebliğ taslağı son halini almış, 18 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ 25/05/2021 tarih ve 31491 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğ, mükellefleri hak kaybına uğratacak düzenlemeler içerdiğinden ve bu düzenlemelerin kanuna uygunluğu tartışmalı olduğundan mükellefler 2021 kurumlar vergisi beyannamelerini ihtirazi kayıtla verip dava açmayı tercih etmiştir. Davaya konu talepler ağırlıklı olarak geçmiş yıllarda temin edilen kredi gibi yabancı kaynaklara ait maliyet ve gider unsurlarının 2021 hesap dönemi ve sonrasında ilave bir vergi yükü oluşturabileceğinin kredi kullanım tarihlerinde haklı olarak tahayyül edilememesinden kaynaklanmaktadır. Bir başka ifade ile geriye dönük Genel Tebliğ düzenlemesi yapılarak borçlanma ve kredilerin faiz, kur farkı, vade farklarının gider olarak kabul edilmeyeceğinin belirlenmesi hukuki güven ve belirlilik bağlamında hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Finansman gider kısıtlaması literatürde yoğun olarak tartışılmakla birlikte en güncel ilk derece mahkeme kararlarının (İzmir 4. Mahkemesi’nin 12/01/2022 Tarih ve E.2021/1091, K. 2022/24 sayılı Kararı, İzmir Bölge İdare Mahkemesi’nin 22/04/2022 Tarih ve E.2022/204, K. 2022/578 sayılı Kararı) mükelleflerin lehine sonuçlanmadığı görülmekte ve ilgili kararlarda Cumhurbaşkanlığı Kararı ile geçmişe yürütmenin söz konusu olmadığı belirtilerek uygulamada

* İstanbul Okan Üniversitesi SBE Muhasebe ve Denetim Doktora Programı Öğrencisi (erhan.bayar@gmail.com).

**İstanbul Okan Üniversitesi SBE Muhasebe ve Denetim Doktora Programı Öğrencisi (yusufocalmis@yahoo.com).

*** İstanbul Okan Üniversitesi SBE Muhasebe ve Denetim Doktora Programı Öğrencisi (hakankepir@gmail.com).

hukuka aykırılık bulunmadığı ifade edilmektedir. İlgili yargı kararının Anayasa'nın 73'üncü¹ maddesine aykırılık teşkil ettiğini değerlendiriyoruz. Hukuki güvenlik ilkesi, finansman gider kısıtlaması uygulamasına ilişkin belirlenen %10 oranının Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın yürürlüğe girdiği 04/02/2021 tarihinden önce kullanılan krediler için ve Karar'ın yürürlüğe girdiği 04/02/2021 tarihi ile uygulanmasına ilişkin 25/05/2021 tarihinde yayımlanan 18 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği arası dönemde kullanılan krediler için hesaplamada dikkate alınmamasını gerekli kılmaktadır. Aksi durum, düzenlemenin yürürlüğe gireceğinden habersiz mükelleflerin bu tarihten önce finansman planlamaları dahilinde kullandığı yabancı kaynaklara ilişkin olarak, mükelleflerin kanuna dayalı haklı beklentilerini boşa çıkarmış olacaktır. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin örnek kararlarında da belirtildiği üzere², mükelleflerin haklı beklentilerinin, öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde korunması gerekir.

Nitekim geçmiş yıllarda da uygulanmış olan finansman gider kısıtlamasına yönelik mülga 54 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin C bölümünün 2'nci paragrafında yer alan düzenleme ile finansman gider kısıtlaması uygulamasına yönelik olarak işletmede kullanılan yabancı kaynakların hangi yılda temin edildiğinin önem arz etmeyeceği yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Söz konusu Tebliğ hükmünün iptali talebi ile başvuru dava yolunda Danıştay 4. Dairesi, 27.10.1997 tarih ve E.1997/636, K.1997/3797 sayılı Kararı ile "Hükmün yayımlanma tarihinden önce kullanılan yabancı kaynaklar nedeniyle ödenen faiz, komisyon, vade farkı, kar payı, kur farkı gibi giderlere uygulanmasının önceki hukuki duruma göre fizibilitesini yapmış ve buna göre borçlanmış işletmelerin, kanuna güven ve istikrar prensiplerine dayalı haklı beklentilerini ortadan kaldıracığı" gerekçeleri ile yabancı kaynakların hangi yılda temin edildiğinin önem arz etmeyeceği yönündeki düzenlemenin iptaline hükmetmiştir.

Bakanlık tarafından temyiz edilen karara ilişkin olarak Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 12.03.1999 tarih ve E.1998/80, K.1999/146 sayılı Kararı'nda Danıştay 4. Dairesi ile aynı gerekçelerle temyiz isteminin reddine ve 4. Daire Kararı'nın onanmasına hükmetmiştir.

Danıştay'ın eski uygulamaya yönelik yukarıda açıklanan yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, finansman gider kısıtlamasının düzenleyici işlem olan 18 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce temin edilen krediler için de uygulanması hukuken mümkün değildir.

Anahtar Kelime: Vergi, Finansman Gider Kısıtlaması, Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler

Jel Sınıflandırması: H20, H21, H29

¹ 1982 Anayasa'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73'üncü maddesi, vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde **kanunilik ilkesini özel olarak düzenlemiş olup**, bu maddenin 3'üncü fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağını, kaldırılacağını ve değiştirileceğini hüküm altına almıştır. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi, bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

² Anayasa Mahkemesi'nin 26/10/2017 Tarih 2014/13518 Başvuru Numaralı Kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2014 Tarih ve 2014/6192 Sayılı Kararı.

KAYNAKÇA

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasası.

5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu.

18 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği.

Anayasa Mahkemesi'nin 10/10/2013 Tarih ve E. 2013/83 K. 2013/116 Sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 20/03/2014 Tarih ve 2013/1239 Başvuru Numaralı Kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2014 Tarih ve 2014/6192 Sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26/10/2017 Tarih 2014/13518 Başvuru Numaralı Kararı.

Danıştay 4. Dairesi'nin 27/10/1997 Tarih ve E.1997/636, K.1997/3797 Sayılı Kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 12/03/1999 Tarih ve E.1998/80, K.1999/146 Sayılı Kararı.

İzmir 4. Mahkemesi'nin 12/01/2022 Tarih ve E.2021/1091, K. 2022/24 sayılı Kararı.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin 22/04/2022 Tarih ve E.2022/204, K. 2022/578 sayılı Kararı

Oturum C3 (15.00-17.00)

İçtihatlar Doğrultusunda Ticari İş ve Ticari Dava İlişkisi

(Yargıtay HGK'nın 2015/15-440 Esas, 2015/1769 Karar, 16.09.2015 Tarihli Kararı)

Prof. Dr. Mehmet Özdamar*

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işe ilişkin 3'üncü maddesi ile ticari davayı düzenleyen 4 ve 5'inci maddeleri tam bir senkronizasyon içerisinde değildir. Önceki Ticaret Kanunundaki gibi konu iki kurumun örtüşmesini engelleyecek şekilde hükme bağlanmıştır. Kural olarak, her ticari dava bir ticari iş ile bağlantılı olmakla beraber her ticari iş ticari davaya vücut vermez. Kanun koyucu ticari davayı iki şekilde düzenlemiştir (TTK m. 4): Konunun doğrudan ticari davaya sebep olması halinde *mutlak ticari dava*; uyuşmazlığın iki tarafının tacir olması halinde ise *nispi ticari dava* söz konusu olur. Bunların yanı sıra taraflardan en az birinin ticari işletme olması halinde havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıklar ticari davaya konu olur.

Ticari davanın belirlenmesi görevli mahkemenin tayininin yanı sıra, TTK m. 5/A hükmü dolayısıyla, dava şartı arabuluculuk uygulaması bakımından da önem arz etmektedir. Söz konusu düzenlemede, arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın ticari dava olması gerekmektedir.

Kanundaki düzenleme net olmasına karşın, çeşitli mahkeme kararlarında meselenin tam olarak anlaşılmadığı görülmektedir. Uygulamada hala ticari iş ile ticari davanın birbirine karıştırıldığı ve ortada ticari işin bulunduğu her durumda ticari davanın bulunduğu gibi sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Davanın niteliğinin değişmesi bir taraftan görevsizlik kararı, diğer taraftan da dava şartı arabuluculuk sebebiyle davanın reddi sonucu da doğurabilmektedir. Mahkeme içtihatları doğrultusunda uyuşmazlıkların niteliğinin tam olarak belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Yıllardır devam eden adi iş-ticari iş; adi dava-ticari dava ayrımının yanına bir de tüketici işlemi ve tüketici davası gelmiştir. 6502 sayılı TKHK'da yer alan tüketici ve tüketici davası kavramları ile aynı Kanunun m. 83/2 hükmü çerçevesinde yer alan genişleme hükmü doğrultusunda açılacak davaların niteliğinin belirlenmesi daha da güçleşmiştir.

Tebliğde ele alınan Yargıtay HGK'nın kararına konu olan uyuşmazlıkta, bir ticaret şirketi ile bir büyükşehir belediyesi arasındaki sözleşme bulunmaktadır. Davaya bakan yerel ticaret mahkemesi, dosyada, ticari dava olmadığı gerekçesiyle usulden ret kararı vermiştir. Temyiz üzerine Yargıtay 15. HD'si, taraflardan birisi bakımından ticari iş niteliğinde olan sözleşmenin diğer taraf açısından da ticari iş niteliği taşıdığından bahisle ticari davanın söz konusu olması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Yerel ticaret mahkemesinin direnmesi üzerine konuyu inceleyen HGK mezkur kararında, ticari iş ile ticari davanın birebir örtüşmediğini çok güzel bir gerekçe ile açıklayarak direnme kararını onamış ve dosyanın yerel asliye ticaret

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mmoazdamar@gmail.com).

mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Böylece TTK'da düzenlenmiş olan sistemin net bir şekilde görülmesini sağlamıştır.

Yargıtay HGK'nın bu şekilde meseleyi net olarak ele almasına karşın, çeşitli mahkeme kararlarında da esasen ticari nitelikte olmamasına karşın ticari dava olduğu yönünde kararlar verilebilmektedir. Dosyanın ilgili ve yetkili BAM Dairesine gönderilmesine karşın sonuç değişmeyebilmektedir. Mahkemelerin bu net olmayan tavrı sebebiyle hem yargılamalar uzamakta hem de adalet erişim sıkıntılı hale gelmektedir.

Sonuç olarak, 6012 sayılı TTK'da yer alan ticari iş ve ticari dava kavramlarının öncelikle avukatlar tarafından tespit edilmesi; akabinde açılan davada hakimin ticari dava olup olmadığını ve davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığını belirlemesi, sürecin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve yargılamaların uzamasının engellenebilmesi için elzemdir.

“Volcafe Ltd and others (Appellants) v. Compania Sud Americana De Vapores SA” Kararı ve İspat Yüküne İlişkin Türk ve Alman Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Melda Taşkın*

Birleşik Krallık Yüksek Temyiz Mahkemesi, 5.12.2018 tarihli “Volcafe Ltd and others (Appellants) v. Compania Sud Americana De Vapores SA”¹ kararında, Lahey-Visby Kuralları (LVK) Art.IV/2’de yer verilen istisnaların mevcudiyeti durumunda ispat yükünün dağılımına ilişkin önemli bir esas getirmiştir.

Dava konusu olay, davalı donatanlara ait çeşitli gemilerle Bremen’e taşınmak üzere Kolombiya'dan yüklenen kahve çekirdeği yüküne ilişkindir. Konteynerlerin duvarları yoğunlaşma zararlarına karşı tedbir amaçlı kâğıtlarla kaplanmış ise de, boşaltma limanında konteynerler açıldığında konteyner içerisinde bulunan torbaların ıslandığı ve kahve çekirdeklerinin neme bağlı olarak zarara uğradığı görülmüştür. Yükle ilgililer, kahve çekirdeği yükündeki zararın, taşıyanın konteyner içerisinde kaplanmasında yeterli kâğıt kullanmamasından kaynaklandığını iddia etmiş ve aynı zamanda taşıyanın LVK Art.III/2’de hüküm altına alınan “yüke özen gösterme yükümlülüğü”nü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Taşıyanlar ise bu iddialara karşı çıkmış; kahve yükündeki yoğunlaşma zararının, “yükün kendine özgü niteliğinin olağan bir sonucu olduğu” ve bu nedenle “LVK Art.IV/2(m)’deki sorumsuzluk sebebine istinaden sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığı” savunmasında bulunmuşlardır. Bu iddia ve savunmalar çerçevesinde Yüksek Mahkeme, “taşıyanın, yükün nem çeken nitelikte olması gibi doğal özelliklerinden kaynaklanan zararlardan korunması da dâhil olmak üzere, eşyayı zarardan korumak için gereken özeni gösterdiğinin ispatı hususunda yasal yükümlülüğünün bulunduğu” yönünde hüküm tesis etmiştir.

6102 sayılı TTK m.1182’de taşıyanın sorumluluğunu kaldıran istisnai hallerin sıralandığı bir listeye yer verilmiştir. “Eşyanın gizli ayıpları ya da eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği”nden ileri gelen zıya ve hasarlar da bu listede yer almıştır. Volcafe davası bakımından vurgulanması gereken husus ise, Türk Ticaret Kanunu’nun, LVK’den farklı olarak, sorumsuzluk hallerinin yer aldığı listeye ilişkin ispat yükü hakkında açık bir düzenleme de içeriyor olmasıdır. Nitekim, bu hüküm uyarınca, zararın bu listedeki sebeplerden birinden ileri gelmesi hâlinde taşıyanın kusur veya ihmalinin bulunmadığı varsayılmaktadır. Bu açık düzenleme doğrultusunda, Volcafe kararının, TTK’nın uygulama alanı bulunduğu davalar bakımından herhangi önemi haiz olmadığı hususunda tereddüt etmemek gerekir. Türk Hukuku bakımından bu kararın önemi, konişmentoda açıkça LVK’na atıf yapılan ve TTK hükümleri yerine LVK’nın uygulanacağı taşımalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, henüz Türk Hukukunda öğretilde yeterince incelenmeyen Volcafe kararının, herhangi bir Türk yargı mercii tarafından da LVK’na tâbi ihtilaflar bakımından dahi dikkate alınmadığı özellikle vurgulanmalıdır.

Diğer taraftan, Alman Ticaret Kanunu’ndaki (“Handelsgesetzbuch”- HGB) ve Alman öğretisindeki durum dikkat çekicidir. Nitekim Alman Kanun Koyucu, esasında LVK ile benzer

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (melda.taskin@istanbul.edu.tr).

¹Volcafe Ltd. and others (Appellants) v. Compania Sud Americana De Vapores SA, [2018] UKSC 61.

bir sorumsuzluk listesi içeren §499,3'te özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca, “Taşıyan, navlun sözleşmesi çerçevesinde, eşyayı özellikle sıcak, soğuk, sıcaklık değişimleri, nem, titreşim ve benzeri etkilerden korumakla yükümlü ise, bu durumda taşıyanın f.1 b.6'da yer alan sorumsuzluk sebebinden (eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliğinden ileri gelen zararlar) faydalanması için özellikle belirli ekipmanın seçimi, bakımı ve kullanımı ile ilgili olarak, içerisinde bulunan şartlar altında alınması zorunlu tedbirleri almış olması gerekmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde Alman Hukukunda, taşıyanın yükün özel niteliği gereği bazı koruyucu önlemler alınması öngörüldüğü takdirde, taşıyanın yükün doğal cins ve niteliğine ilişkin sorumsuzluk sebebine dayanabilmesi için sadece zararın, yükün doğal cins ve niteliğinden ileri geldiğini değil ayrıca özen yükümlülüğünü ihlal etmediğini de ispatla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, Volcafe kararı öncesinde de Alman Hukukunda mevcut olan bu hüküm ve doktrindeki genel eğilim, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Volcafe kararındaki yaklaşımı ile benzeşmektedir ve bu nedenle Alman Hukukundaki bu düzenleme ile arka planında bulunan sebeplerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, tebliğde, öncelikle Volcafe kararındaki ispat yüküne dair esaslar açıklanacak ve Türk mahkemelerince bu karar sonrasındaki dönemde verilen kararlar incelenerek söz konusu kararın Türk Hukuku üzerindeki etkisi tespit edilecektir. Diğer taraftan, HGB§499,3'teki düzenleme ile Alman Hukukundaki görüşler ele alınacak; nihayetinde ise Volcafe kararı ve Alman Hukukundaki eğilim doğrultusunda, TTK'da yer alan ve taşıyanın durumunu ispat yükü bakımından önemli ölçüde güçlendiren TTK m.1182'deki düzenlemenin günümüz şartları gözetildiğinde isabetli olup olmadığı tartışılacaktır.

Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Genel Şartlar Işığında İspata Dair Tespitler ve Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi İsmail Özgün Karahmetoğlu*

Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir. Bu cihetle sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini haizdir. Öğretide azami iyi niyet ilkesinin hüküm sürdüğü kabul edilen bu sözleşmenin sigorta genel ve özel şartları açısından bilgilendirme ve ihbar yükümlülüğünün birbirleriyle yer değiştirdiği kendine özgü bir yapıya sahip olduğu kabul edilmelidir. Buradan hareketle halihazırda genel şartların hukuki niteliğinin tartışılacağı bu sözleşmede genel şartların yapısı ve buna bağlı sonuçların neler olabileceği öncelikle BGE 148 III 57¹ çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun sebebi, hâkimin önüne gelebilecek sigorta sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta genel şartların hukuki niteliğinden hareketle nasıl bir yol haritası çizmesinde toplanmaktadır. Bu bağlamda sırasıyla yürürlük, yorum ve geçerlilik denetiminin ne şekilde gerçekleştiğine yer verilecektir. Bu yönüyle söz konusu kararda; bar ve restoranı bir arada işleten davacı B anonim şirketi, davalı A anonim şirketi ile KOBİ'ler için X. İşletme sigortası yaptırmıştır. Bu sigorta mal sigortası ile iş ve kaza sigortalarını da ihtiva etmektedir. Hatta menkul kıymet sigortası 'Diğer Riskler' başlığı altında 17 Ağustos 2018 tarihli X poliçesine göre; bir salgın sonucu kazanç kaybı ve ek masraflar için 200 CHF katılım payı ile azami 2.000.000 CHF'ye kadarki olan sigortayı da içermektedir. Tıpkı ülkemizde olduğu gibi İsviçre Hükümeti de 17 Mart 2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere özellikle bar ve restoranlar olmak üzere halka açık tesislerin koronavirüs ile mücadele tedbirleri bağlamında kapatılmasına karar vermiştir. Bu durum kısıtlayıcı şartların devam etmesi kaydıyla 11 Mayıs 2020 tarihine kadar süregelmiştir. Söz konusu kapanma kararı ile davacı şirket kazanç kaybına uğramıştır. Bu kazanç kaybı sebebiyle uğranılan zararın tazmini faizi ile fazlaya ilişkin hakları saklı tutulmak kaydıyla talep edilmiş, talebin reddi üzerine ticaret mahkemesi davacı lehine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine genel şartlar üzerinden bir inceleme yapılarak sonuca varılması gerekmiştir. Görüldüğü üzere, sigorta sözleşmesindeki genel şartlar taraflar arasında kendiliğinden geçerli hükümler olmadığı gibi genel şartlar yalnızca genel şartlardan ayrılan münferit sözleşmeler yoksa geçerli olabilecektir. Bu noktada mahkemenin ulaşılabilirlik kuralının, global kabulün, şaşırtıcı kaydın varlığı gibi hususlardaki tespiti oldukça önem arz etmektedir. Söz konusu tespitin neticesinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin başka bir kararında (BGE 148 III 134)² ise

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (o.z_g.u.n@hotmail.com).

¹Bkz.https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2022&to_year=2022&sort=relevance&subcollection_c4=on&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=any&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=6&highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-III-57%3Ade&number_of_ranks=6&aazacilir=clir

²Bkz.https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2022&to_year=2022&sort=relevance&subcollection_c4=on&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=any&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=

davacı A, tek kişilik teşebbüs C ile ilgili olarak davalı B anonim şirketi ile hastalıktan kaynaklı iş görememezliğin sonuçlarına karşın toplu olarak gündelik hastalık yardımı sigorta sözleşmesi yapmıştır. C, 13 Nisan 2016 tarihli hastalık bildirim ile 4 Nisan 2016 tarihinden itibaren stres ve sırt ağrısı sebebiyle çalışmadığını davalıya bildirmiştir. Çalışmadığına dair alınan tıbbi rapora istinaden sigorta şirketi 18 Nisan 2016-31 Ocak 2017 tarihleri arasında 47.509 CHF günlük ödenek ödemiştir. Bununla birlikte 21 Mayıs 2016 tarihinde, sigortalının takside seyir halindeyken söz konusu ağrının arkadan çarpışmadan kaynaklandığını öğrendikten sonra 14 Mart 2017 tarihli yazısıyla, ödenmiş 48.930,50 CHF tutarındaki günlük ödeneği geri talep etmiştir. Sonrasında Zürich Kantonu Sosyal Güvenlik Mahkemesi'nde açılan karşılıklı davalar sonucunda mahkeme 1 Haziran 2021 tarihli kararıyla davayı reddetmiş, karşı davayı onaylayarak 27 Ocak 2020 tarihinden itibaren davalıya 47.509 CHF'e ek olarak %5 faizin ödenmesine hükmetmiştir. Bu noktada sigorta sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta gerçekten davacının hileli faaliyette bulunarak bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti ispat faaliyetinin konusunu teşkil eder. Bu cihetle sigorta şirketinin hem sigortalı tarafından gerçeklerin çarpıtıldığını hem de aldatma niyetini ispatlaması gerekir. Bu bağlamda ispatın konusunun ne olduğu ve derecesinin ne şekilde tayin edilmesi büyük bir önemi haizdir. Bu karar ile bunların değerlendirilmesi yapılacaktır. Ancak bu kararın ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun tespiti açısından BGE 148 III 105³ ile tamamlanması gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda yerleşmiş içtihadının ne olduğu ortaya konularak Türk hukukundaki durum irdelenerek karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır. Zira sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ispat yükü konusunda prensipte⁴ temel ilkelerden (TMK m. 6 ile ZGB Art 8) hareket edilmektedir. Bunun neticesinde çoklu karar incelemesi ışığında sigorta sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda genel şartlar ışığında ispat konusunda öznel tespit ve değerlendirmelere yer verilmeye çalışılacaktır.

&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=5&highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-III-134%3Ade&number_of_ranks=6&azaclir=clir

³Bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=2&from_date=&to_date=&from_year=2021&to_year=2021&sort=relevance&subcollection_c4=on&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=any&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=13&highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-III-105%3Ade&number_of_ranks=32&azaclir=clir

⁴ TTK m. 1409/2'nin ne şekilde anlamlandırılacağına da ayrıca tartışılması gerekir.

**Amerikan Sigorta Hukukunda Hukuka Aykırı Reklamlardan Doğabilecek Zararların
Teminat Altına Alınması**
**(Advertising Injury Coverage in Liability Insuranances Under American Insurance
Law)**

Elif Akıncı Sinmez*

Commercial General Liability Insurance (CGL) is one of the most comprehensive liability insurance in American Law. During the policy period, a standart CGL policy provides coverage for claims of "*personal and advertising injury*". Damages arising from copyright, trade dress, and slogan in the policyholder's advertisement are covered under the Clause.

This special provision was first introduced into American Law with the amendments in Broad Form Comprehensive General Liability Endorsement ("Broad Form CGL Endorsement") issued by the ISO (Insurance Services Office) in 1973. The purpose of the provision is to expand the policy coverage by covering the damages of the insured regarding intellectual property rights arising during the advertising activity. However, this does not mean that all intellectual property damages are covered. As a matter of fact, ISO has clearly stated in 2007 that this provision will not be applied in cases arising from "use of another's idea in your 'advertisement'" other than the copyright, trade dress or the slogan of the policyholder.

In American Law, new court decisions have been made frequently in the recent period, and therefore the content of the clause changes. In the aforementioned decisions; in particular, three conditions are examined in order to evaluate whether the damage or intellectual property claim is covered by the clause of advertising damages. These are; the policyholder's advertising activity, the claim for damage arising from the advertising activity, and the legal nexus that must be found between the advertising activity and the damage. Furthermore, even if these three conditions are met, advertising injury does not cover damages (other than bodily injury) caused by infringement of copyright, title or slogan; oral or written publication of material that invasion of privacy, oral or written publication of material that slanders or libels a person or organization or disparages a person's or organization's goods, products or services; unfair competition, or idea misappropriation contrary to an implied contract.

In recent years, with the existence of an "intellectual property" exclusion on the policies, the issue of which actions will be considered within the scope of advertising activities in judicial decisions has been discussed. For example, in March 2022, three separate decisions were made by the Illinois Supreme Court stating that claims in lawsuits regarding access to data obtained under the Biometric Information Privacy Act (BIPA) would not be protected under this provision¹. Another remarkable one is the decision given by the United States Court of Appeals for the Third Circuit in January 2022, obliging the insurer to defend the policyholder against false and misleading advertising claim under the same clause². In this decision, the Court ruled that disparaging advertising claims are covered even if the competitor's trade label is not

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (elif.akinci@karatay.edu.tr).

¹ Bkz. *Thermoflex Waukegan, LLC v. Mitsui Sumitomo Ins. USA, Inc.* (Mar. 30, 2022); *Am. Family Mut. v. Carnagio Enter.* (March 30, 2022); *State Auto. Mut. Ins. Co. v. Tony's Finer Foods Enters.* (March 8, 2022).

² Bkz. *Vitamin Energy, LLC v. Evanston Ins. Co.*, 22 F.4th 386 (3d Cir. 2022).

explicitly mentioned. However, it should be noted that the situation is different for patents, because patent infringement claims are relatively difficult to arise during the policyholder's advertising or advertising activities. In this context, the Ninth Circuit ruled that patent infringement is covered in cases where the infringing behavior is not caused by an advertised product but by the advertisement itself³.

The most important resources for companies to maintain their position in the market are intellectual property rights such as copyrights, patents and trade secrets. For this purpose, extent of the insurance coverage with this clause is crucial and it may protect a company from this type of litigation. In Turkish Law, there is no such type of liability insurance and also such a clause is generally not included in liability insurance policies. However, liability lawsuits arising from the violation of intellectual property rights with advertisements, as well as from advertising and sales methods that are against the rule of good faith (according to TCC Art. 55), result in high compensations not only in American Law but also in Turkish Law. For this reason, it becomes more of an issue that this clause can be added to the liability insurance policies, provided that it is not contrary to these kinds of insurances purpose. In this study, the scope of the relevant provision will be determined within the framework of the decisions made in recent years, including the decisions discussed above in American Law, and also whether it is possible to extend the coverage with this clause in liability insurance policies will be examined by considering the advertising regulations and judicial decisions in Turkish Law.

³ Bkz. *Hyundai Motor Am. v. National Union Fire Ins. Co.*, 600 F.3d 1092 (9th Cir. 2010).

Oturum C4 (15.00-17.00)

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Dr. Özge Bilge*

Birleşmiş Milletler'in (BM) ana organları arasında yer alan BM Güvenlik Konseyi, genel olarak üye devletler arasında güvenlik ve barışı korumakla görevlidir.

BM Şartının muhtelif maddelerinde görev ve yetkileri düzenlenen Güvenlik Konseyi'nin "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler" başlıklı VII. bölüm çerçevesinde aldığı kararlar çeşitli yönleriyle ulusal ve uluslararası yargı kararlarına konu olmaktadır.

Bu tebliğde, BM Güvenlik Konseyi kararları ile bağlantılı olarak ortaya çıkan durumların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) düzenlenen hakları ihlal ettiği yönündeki iddialara Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yaklaşımı ele alınmaktadır.

AİHM'in önüne gelen kararlar incelendiğinde ikili bir ayırım yapmak yerinde olacaktır.

İlk olarak, BM Güvenlik Konseyi'nin ekonomik yaptırım kararları neticesinde ortaya çıkan ihlal iddiaları bulunmaktadır. Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyi'nin eski Yugoslavya ile irtibatı bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin hava, kara ve deniz araçlarına el konulmasına ilişkin kararı ile ilgili olan "*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*" kararında (2005) AİHM, eşdeğer korumanın mevcudiyetinden hareketle mülkiyet hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

İlerleyen dönemde, "*Nada v. Switzerland*" (2012) ve "*Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*" (2016) kararlarında ise eşdeğer koruma ilkesi yerine, BM yaptırımları ile AİHS yükümlülükleri arasında bir denge kurulması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu kararlarda AİHM, İsviçre'nin söz konusu yaptırımları uygularken, ilgilinin yaşadığı yerin özel durumunu, yaşını ve sağlık sorunlarını göz önüne almadığı; ayrıca bireyin haklarının korunması adına tüm tedbirleri aldığı ya da en azından bunun için çabaladığı hususunda kanaat oluşmadığı hususlarını vurgulamıştır.

BM Güvenlik Konseyi kararları ile ilgili olarak AİHM önüne gelen ikinci konu ise BM Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanımına ilişkin kararları hakkındadır.

Bu konuda ilk olarak "*Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*" kararında (2007), BM Güvenlik Konseyi kararı kapsamında kurulan Sivil Geçici Yönetimi (UNMIK) ile Kosova Güvenlik Gücü'nün (KFOR) ihmal ve tasarrufları nedeniyle zarar gören kişilere yönelik iddialar bulunmaktadır. AİHM kararında, ihmal ve tasarrufların NATO ve Birleşmiş Milletler'e atfedilmesi neticesinde başvuruçular ile davalı devletler arasında yetki bakımından bir bağ kurulmamıştır.

Bu karar, BM adına ve BM bayrağı altında yürütülen UNMIK ile BM Güvenlik Konseyi kararına istinaden kurulan KFOR arasında ayırım yapılmaması bakımından dikkat çekicidir.

* Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi Nezdinde Türkiye Cumhuriyeti Daimi Temsilciliği Hukuk Müşaviri (ozgebilge@yahoo.com).

Nitekim, ilerleyen dönemde, BM'nin bizzat yürüttüğü operasyonlar ile BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla verilen yetki sonucunda gerçekleşen çok uluslu operasyonlar bakımından bir ayırım yapılmasına yönelik bir eğilim görülmektedir.

Bu çerçevede, örneğin "*Al-Jedda v. Great Britain*" kararında (2011), BM Güvenlik Konseyi'nin Irak'a Yardım Misyonu oluşturulması, ortak yönetime tabi uluslararası bir güce izin vermesi ve bu gücü "Irak'ta istikrar ve güvenliğin tesisine katkı sağlayacak gerekli her türlü tedbiri almakla yetkilendirmesi hakkındaki kararlara istinaden, Birleşik Krallık silahlı güçlerinin sorumluluğunda kurulan toplama kampında bir Iraklı sivilin üç yıldan fazla bir süre tutulması ile ilgili iddia Birleşik Krallık silahlı güçlerine atfedilmiştir. Bu davada, AİHM, Birleşik Krallık silahlı güçlerinin Güvenlik Konseyi kararını insan haklarını ihlal eder biçimde yorumlayacak şekilde uyguladığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. *Al-Skeini and Others v the United Kingdom* (2011) ile *Jaloud v. the Netherlands* (2014) kararlarında da benzer yaklaşım bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Srebrenica katliamı mağdur yakınlarının açtığı "*Stichting Mothers of Srebrenica and others*" davasındaki kararda (2013), BM Güvenlik Konseyi kararı kapsamında BM Bosna Koruma Gücü'nün (UNPROFOR) ihmal ve tasarrufunun doğrudan BM'ye atfedildiği görülmektedir. Bu dava, olayın BM'ye atfedilmesi dışında ayrıca dokunulmazlık bakımından da önem taşımaktadır. Davada, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin BM'nin dokunulmazlığı olduğu yönündeki kararı, AİHM tarafından uygun görülmüş ve BM'ye tanınan yargı bağımsızlığının, meşru bir amaca hizmet ettiği ve orantısız olmadığı gerekçeleriyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Tebliğde, anılan örnekler kapsamında, BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla ilgili olarak ortaya çıkan ihlal iddialarına ilişkin AİHM kararlarında esas alınan kriterlerin incelenmesi hedeflenmektedir. Aynı zamanda, BM Güvenlik Konseyi kararlarının niteliği ve AİHS'e taraf devletlerin bir uluslararası kuruluş üyeliği nedeniyle oluşan yükümlülükleri ile AİHS'ten kaynaklanan yükümlülükleri arasında çatışma durumunda izlenecek yol sorusu gündeme gelecektir.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında *Buen Vivir*; İyi Yaşam Ölçütü: Latin Amerika Mahkemelerinin Güncel Kararları

Dr. Öğr. Üyesi Pınar Dikmen*

Buen vivir (*sumak kawsay*) “iyi yaşam” kavramı, son yıllarda Güney Amerika kıtasındaki ulusal ve uluslararası mahkemeler tarafından bilhassa yerli halkların hak ve özgürlüklerinin korunmasında en sık başvurulmuş ilkelerden birisi olarak göze çarpmaktadır. Bu ilke, çevresel hususlarda yerel topluluklar tarafından art arda yapılan başvurular neticesinde “doğa ananın” hakları kavramı ile sıkça anılmaktaysa da, aslında bu konsepti de aşan bir biçimde; sivil, sosyal ve kültürel haklara ilişkin davalarda Latin Amerika mahkemeleri tarafından başvurulmuş bir ölçüttür.

Buen vivir kavramı hukuki bir ölçüt olmasından öte öncelikle, bir ideoloji yahut bir felsefe olarak nitelendirilebilir: 2000’li yılların ortalarından itibaren, “birlikte yaşam” idealinden hareket eden sol/liberal tandanslı hükümetlerin, bu ideal çerçevesinde ortaya koymak istedikleri politikalar için seçtikleri bir hareket noktasıdır. Tekliğin karşısında çoğulculuğu, bireyselliğin karşısında dayanışmayı, insan odaklı politikalar karşısında doğa ile harmoniyi merkezine alan; sosyal ve ekonomik politikalarda, Güney Amerika kıtasına özgü kültürel bir-aradallığı savunan yeni bir sosyal pakt, dekolonizasyon karşıtı bir felsefedir.

Bu kavram önce 2008 tarihli Ekvador Anayasası’nda, ardından 2009 tarihli Bolivya Anayasası’nda pozitif dayanağa kavuşmuştur. Nitekim her iki ülkenin anayasa mahkemesi de, özellikle çevrenin korunmasına ilişkin davalarda bu ölçüt temelinde önemli kararlar vermiştir. Bu kararlar, Güney Amerika Kıtası’ndaki diğer anayasa mahkemelerinin kararlarında yansıma bulacaktır. Örneğin benzer bir pozitif dayanağa sahip olmayan Kolombiya anayasal sisteminde; Kolombiya Anayasa Mahkemesi kararlarında ya da Amerikalılar Arası İnsan Hakları (AAİHM) Mahkemesi kararlarında, kavramın izlerini bulmak mümkündür.

Bildiride, öncelikle *buen vivir* kavramının bahsi geçen mahkemelerin kararlarında nasıl ve hangi haklarla birlikte okunduğu ve yorumlandığı incelenmiş ve kavram genel olarak üç ana aks; çevre hakları, ifade özgürlüğü ve cinsel yönelim/kimlik hakları üzerinden analiz edilmiştir. İncelenen ilk karar, bu kavram özelinde verilen en önemli öncüllerden biri olan; Bolivya Çokuluslu Anayasa Mahkemesinin 2012 tarihli “*Isiboro Sécore*” kararıdır. Kararda yerli halkın yaşadığı topraklarda yapılması planlanan otoban projesi için kabul edilen yasa bölgede yaşayan halka danışılması gerekliliği tartışılmıştır. Kararda *buen vivir* ölçütünün bir ilke olmanın dışında aynı zamanda devletin bir taahhüdü olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre *buen vivir* yalnızca yerel halk kültüründe herhangi bir hiyerarşiye bağlı kalmadan; Doğa Ana’nın döngüleriyle, kozmosla, hayat ve tarihle birlikte yaşama ve birlikte yaşamayı bilebilme olarak beliren bir ilke değil aynı zamanda hukuk normlarının yorumlanmasında kullanılacak bir kriterdir. Bundan dolayı, ekonomik faaliyetlerde çevre üzerinde en az etki doğuracak önlemlerin alınması gerekmektedir. Sonuç olarak ölçüt, yerli halkın yaşadıkları topraklardaki otonomisi ve demokratik yerel katılımı ekseninde bir koruma sağlamıştır. Ekvador Anayasa

* Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi (dikmenpnar@gmail.com).

Mahkemesi tarafından 2021 yılında verilen “*Los Manglares*” kararında ise *buen vivir* kavramı, bir bataklıkta inşa edilecek yapıların ekosisteme ve çevrede yaşayan yerel halka etkileri dikkate alınarak okunmuştur.

AAİHM tarafından 2021 yılında verilen “*Sumpango Halkı*” kararında kavram ilgi çekici bir şekilde, “ifade özgürlüğü” ile birlikte yorumlanmıştır. Karar, *Sumpango* bölgesinde yaşayan yerli halkın, düşüncelerini ve kültürlerini radyo istasyonlarından yaymalarının engellendiği ve bu haklarını koruma altına alan yeterli yasal mevzuatın olmadığı iddialarıyla ilgilidir. Karara katılan yargıçların klasik ifade özgürlüğü doktrini çerçevesinde yaptıkları analize karşılık karşıt görüşte, meselenin *buen vivir* enstrümanı ile birlikte alınması gerekliliği; bireylerin, birey gruplarının ve yerli halkın onları etkileyen kamusal meselelerdeki bilgi alışverişlerinin, aynı zamanda kolektif bir vechesi olduğu da vurgulanmıştır.

2019 yılında Ekvador Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda ise *buen vivir* kavramı, aynı biyolojik cinsiyete sahip olan bireylerin evliliğinin anayasaya uygunluğunda bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Mahkeme “cinsel yönelim ve kimliği” de içine alan şekilde, farklılıkların, Ekvador kültürüne içkin olan çoğulculuğun bir yansıması olduğuna vurgu yapmıştır.

Bu bilgiler ışığında bildiride, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında insanı merkez alan liberal odaklı yaklaşım karşısında *buen vivir*; iyi yaşam kavramının paralel hak talepleri için alternatif bir yorum teşkil edebileceği gösterilmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: *Buen vivir*, İyi yaşam, Doğa Ana’nın hakları, Çevre hakları, Temel hak ve özgürlükler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol No. 16 Uygulamasına Dair Gözlemler

Dr. Ali Saçar*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme)'ne ek Protokol No. 16 (Protokol), 1 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol'de öngörülen usulle, Sözleşme sistemi kapsamındaki hak ve özgürlüklerin, ulusal hukuk yargı sisteminde devam eden davalarda, ilgili yüksek mahkemeler veya yargı yerleri önünde yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ilkesel sorunlar, henüz iç hukuk yollarının tüketilmesi aşamasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme)'nin desteğiyle çözüme kavuşturulmak istenmektedir.

Ulusal yüksek mahkemeler veya yargı yerleri ile Mahkeme arasında doğrudan iletişim kurulmasına dayanan yeni danışma görüşü usulü çerçevesinde, altı danışma görüşü talebi alınmış olup bunlardan beşi hakkında danışma görüşü verilmiştir. Fransız Yargıtayı ve Danıştay, Ermenistan Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayı, Slovak Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi ve Litvanya Yüksek İdare Mahkemesi birer başvuruda bulunmuştur. Danışma görüşü usulünün doğası gereği, ilk bakışta yargı yetkisiyle uyumsuz görülen sorular talebin reddi sonucunu doğurmamaktadır. Mahkeme, önüne gelen taleplerde bulunan sorulardan cevap veremeyeceğini düşündüklerini göz ardı ederek uygun soruları cevaplayabilmekte veya soruları yeniden formüle ederek cevaplayabilmektedir. Doğrudan hukuki bağlayıcılığı olmayan danışma görüşleri bakımından yargı yetkisinin daha geniş yorumlanması Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Uluslararası Adalet Divanı ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi yerleşik uygulamalarıyla da uyumludur.

Mahkeme, danışma görüşü vermeden önce, uyuşmazlıkla ilgili devlet ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin ve Mahkeme Başkanı'nın kararıyla, başta somut uyuşmazlığın tarafları olmak üzere diğer öznelerin görüşlerini almaktadır. Görüşler yazılı olarak alınmaktadır. Diğer uluslararası yargı yerlerinde uygulaması görülen sözlü görüşlerin alınması aşamasına şu ana kadar geçilmemiştir. Bu konuda Mahkeme Başkanı'nın takdir yetkisi bulursa da Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkili danışma görüşü uygulaması örnek alınarak sözlü görüşlerin alınmasının kural, alınmamasının istisna haline getirilmesi, hak ve özgürlüklere ilişkin verimli bir tartışma ortamı oluşturulmasını sağlayabilecektir. Ayrıca uygulamada somut uyuşmazlıkla ilgili devletler her zaman görüş bildirirken, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri şu ana kadar hiçbir danışma görüşü sürecinde görüş bildirmemiştir. Yazılı görüş verenler arasında, somut uyuşmazlığın tarafları (örneğin, hak ihlali başvurusu kişiler, savcılık, ulusal meclis ve ulusal düzlemde yargılamaya katılanlar), somut uyuşmazlıkla doğrudan ilgisi bulunmayan diğer devletler (örneğin, Protokol'e dahi taraf olmayan, Birleşik Krallık, Çek Cumhuriyeti ve İrlanda), Fransız Ombudsmanı ve Trento Üniversitesi'ndeki bir araştırma merkezi gibi ulusal kurumlar ve hükümetler-dışı örgütler sayılabilir. Bu öznelerin, sözlü görüşlerin alınması aşamasında bir araya geldiği düşünüldüğünde, danışma görüşü usulünün Sözleşme sistemine katkıları da artabilecektir.

Danışma görüşü verilerek cevaplandırılan beş talepten ikisi doğrudan ve birisi dolaylı olarak, daha önce çekişmeli yargılamada hüküm verilen konularla ilgilidir. Taşiyıcı anneliğe dair

* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ali.sacar01@gmail.com).

Mennesson v. France davası ve usuli yükümlülüklerle ilişkin Virabyan v. Armenia davası sonucunda verilen hükümlerin uygulanması aşamasında gündeme gelen sorular hakkında danışma görüşü istenmiştir. Milletvekili seçilmekten yasaklı olmak meselesinin incelendiği Paksas v. Lithuania davasıyla benzer bir olayda da bu davada verilen hükmün uygulanması önemli bir yer tutmaktadır. Dolayısıyla, çekişmeli yargılama ile danışma görüşü usulü birbirini beslemektedir. Ancak Mahkeme, danışma görüşünün hükümlerin icrasının denetlenmesi aşamasıyla bir ilgisinin bulunmadığını vurgulayarak, İnsan Hakları Hukuku'nda danışma görüşü karşısında çekişmeli yargılamanın önceliğini de korumaya çalışmaktadır.

Mahkeme'nin danışma görüşleri doğrudan hukuki bağlayıcılığa sahip değildir. Bununla birlikte, aynı yargı yerinin yürüttüğü yargısal faaliyetler arasında oluşacak ilişki göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme uygulamasının unsuru olarak danışma görüşleri, özellikle çekişmeli yargılama usulü kapsamındaki davalarda yapılan atıflarla dolaylı yoldan hukuki bağlayıcılık kazanabilmektedir. Henüz Protokol uygulamasının görece erken aşamasında bulunulsa da Mahkeme, danışma görüşlerine çekişmeli yargılama süreçlerinde atıf yapmaya başlamıştır. Özellikle, Avrupalı devletler arasında uyum sağlanamayan taşıyıcı annelik gibi güncel bir tartışmalı meselede karar alınırken, ilgili danışma görüşüne atıf yapılmaktadır. Bunun dışında, suçta ve cezada kanunilik ve usuli yükümlülüklerin yerine getirilmesinde sanıkların haklarının korunması gibi konularda verilen diğer danışma görüşlerine de genel açıklamalarda atıf yapılmaktadır. Danışma görüşlerine atıf yapılan kararlarda dava tarafı devletler arasında Protokol'e taraf olmayanların da bulunması, görüşlerin hukuki etkisinin ne kadar genişleyebileceğine dair fikir vermektedir.

Protokol, Sözleşme sisteminde hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunabilmesinde ciddi bir potansiyele sahiptir. Erken aşamada yazılı görüş beyan eden öznelerin çeşitliliği, sözlü görüşlerin alınmasıyla oluşturulacak daha verimli bir tartışma ortamıyla desteklendiğinde, danışma görüşlerinin Sözleşme sistemindeki ilkesel veya başka bir deyişle anayasal sorunları çözme işlevine katkı sağlayacaktır. Çekişmeli yargılamada yapılan atıflarla etkisi artacak danışma görüşleri yoluyla iç hukuk yollarının tüketilmesi aşamasında, ilgili somut uyuşmazlığın çözümüne görece hızlı biçimde yardımcı olunmasıyla, bireylerin devletler karşısında uluslararası veya ulusalüstü insan hakları denetim sistemleriyle korunmasının kapsamı da genişleyebilecektir. Ancak şimdilik sadece on altı devlet Protokol'e taraf olmuştur. Uygulamada da sadece beş görüş verilmiştir. Daha net çıkarımlarda bulunabilmek için henüz erkendir.

Makuchyan ve Minasyan v. Azerbaycan ve Macaristan Kararının Eleştirisi

Royal Maharramov*

Olay 2004 yılında Budapeşt'te "Barış İçin Ortaklık" programı kapsamında İngilizce kursunta gerçekleşmiştir. Kursda eski Sovyet ülkelerinden her birinden iki katılımcı vardı. RS de Azerbaycan'dan katılan subaylardan biriydi. Bir akşam GM adlı Ermeniye en az on iki bıçak darbesi ve kafasını keserek öldürmüş ve ikinci Ermeniye öldürmeye teşebbüs etmiştir.

2006 yılında Macar Yüksek Mahkemesi RS'yi canavarca hisle ve kasıtlı olarak adam öldürme ve adam öldürmeye teşebbüsten suçlu bularak; müebbet hapis cezasına çaptırdı ve otuz yıl sonra şartlı salıverme ihtimalini kararda gösterdi. 2012 yılında Azerbaycan'a nakil edilen RS aynı gün Cumhurbaşkanı'nın affı ile serbest bırakıldı, sonrasında Savunma Bakanı tarafından binbaşı rütbesine terfi ettirildi, Devlet Konut Fonu'na ait bir daire ve sekiz yıllık maaşı ona verildi.

Azerbaycan ve Macaristan'ın bu tutumundan zarar görmüş Ermeniler AİHM'e başvuruda bulundular. Sonuç olarak Mahkeme bu durumdan sadece Azerbaycan'ı AİHS'nin 2 ve 11'nci maddelerini ihlal ettiğiyle ilgili karar verdi.

AİHM'nin bu kararını iki kısımda incelemek gereklidir; birincisi ceza hukuku, ikincisi insan hakları ekseninde.

İlk olarak, Azerbaycan tarafının burada savunduğu mesele RS'nin akıl hastalığının olmasıdır. Akıl hastalığı dendiği zaman şikayetçilerin RS'yi tahrik etmesi ve anlık öfkeye yenik düşmesiydi. Bilindiği gibi Kıta Avrupası hukukunda akıl hastalığı iddiası için aranan şart hastalığın önceden belirlenmiş (tescillenmiş) olmasıdır. Macar Hükümeti de böyle bir hastalığın olmadığı için ceza yargılamasına devam etti.

Ceza hukuku bakımından Azerbaycan tarafının AİHM'e sorması gereken soru: "Mahkemenin Cumhurbaşkanı'nın Af Yetkisini denetime tabii olup olmayacağıyla" ilgili olabilir. AİHM içtihatları gösteriyor ki, insan hakları ihlallerine konu olan sadece yasama erkinin af yetkisidir (Genel aflu ilgili kararlara örnek olarak: Dujardin ve diğerleri v. Fransa; Ould Dah v. Fransa; Tarbuk v. Hırvatistan; Marguş v. Hırvatistan gösterebiliriz.). Birisini herhangi bir affın dışında bırakmak insan hakları ihlali olabilir ama birisini affetmek insan hakları ihlali olamaz. Eğer "özgürlük hakkı" insanların temel hakkını oluşturuyorsa bu hakkın temin edilmesi iyi bir şeydir.

İnsan Hakları Hukuku bakımından karar incelendiği zaman AİHM'in karar kapsamında ihlal saptadığı maddelere; ikinci (yaşam hakkı) ve on dördüncü (ayrımcılık yasağı) maddeleri dikkat edilmelidir.

Azerbaycan'a karşı yaşam hakkı ihlali Mahkeme tarafından kabul edilse de bazı konularda sakınca var. Öncelikle AİHM'in bu konudaki tutumunu gösterelim. RS'nin Azerbaycan'a döndüğü zaman ödüllendirilmesinin, gecikmiş maaşlarının verilmesinin bir hukuki dayanağı yoktu. En azından böyle bir konunun Ceza Muhakemesi Kanununda yasal dayanağının olması

* Hacı Bayram Veli Üniversitesi Doktora Öğrencisi, Bakü Devlet Üniversitesi Araştırma Görevlisi (royalmaharramov@yahoo.com).

gerekmektedir ve böyle bir durum haksız yere mahkum edilmiş kişiler için uygulanan bir prosedür olması gerekir.

İkinci madde kapsamında Azerbaycan'ın yükümlülüğü şikayetçilerin yaşam hakkını savunamadıkları zaman ortaya çıkabilirdi. Buna rağmen Azerbaycan böyle bir şey yapma, başka anlatımla bu yükümlülüğe sahip değildi. Davaya konu olan olay Macaristanda gerçekleştiği için Azerbaycan'ın kendi sınırları dışında gerçekleşen suçla ilgili sorumluluk taşımaması gerekir.

Bu olayda Azerbaycan'ın sorumluluk taşıması için RS'nin öldürmüş olduğu ve öldürmek istediği kişiyi Azerbaycan'ın istemesidir. Şikayetçilerin yaşam hakkı bakımından Azerbaycan'ın illiyet bağlantısının bulunduğunu söylemek imkansız. Azerbaycan'ın ne icrai ne de ihmali bir hareketinden kaynaklı olarak gerçekleşmemiştir, kendi subayları arasından eğitim için seçilmiş birisinin böyle tutum sergileyeceğini öngörme ihtimali yoktu.

AİHM ayrımcılık yasağı kapsamında Azerbaycan devletinin Ermeniye öldürmenin ödüllendirici bir durum olduğunu ve toplum bu halde iyi bir davranış segilediğini göstermiş olduğunu ihlal konusu yaptı. Dikkat çekici gerçek şu ki, günümüzde Azerbaycan Cumhuriyetindeki azınlıklar arasında Ermeniler de yaşamaktadır. Eğer bu konu ödüllendirici bir durum olsaydı ülkedeki azınlıkta olanları öldürmek meşru bir eylem olurdu.

Sonuç olarak toparlarsak eğer genel anlamda bu konunun AİHM yetkisi dışında kalması gerektiği kanısındayız. Mahkemenin amacı Avrupadaki demokrasiyi korumak ve geliştirmekse bu kadar siyasi bir konuyu kendi çatısı altına almaması daha sağlıklı olurdu.

Kararda gösterilen karşı oyda olduğu gibi yalnızca Azerbaycan'ın sorumlu olması yanlış tutumdur. Macaristan'ın "Hükümlü Kişilerin Nakline İlişkin" Avrupa Konseyi Sözleşmesi şartlarına dikkat etmesi gerekirdi. Azerbaycan tarafından yazılı hiç bir güvence almadan nakil işlemlerini gerçekleştirmemesi gerekirdi. Kanımızca her iki taraf da Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmanın yollarını bulmuşlar. Bu durumsa Avrupada her iki devlet için güven sarsan bir olay olarak anılacaktır.

Diğer taraftan da Azerbaycan tarafının AİHM'e sormamasına rağmen kendi topraklarında gerçekleşmeyen bir konuda davalı olmaması savunmak gerekirdi. AİHM'in bu tutumundan devletlerin egemenlik alanları dışında kendi vatandaşlarının yapmış oldukları tüm hareketlerden sorumlu olabileceği ihtimali çıkmaktadır. Böyle bir durum insanların özgürlüklerinin kısıtlanması anlamını taşımaktadır.

Oturum C5 (15.00-17.00)

Effective Private Enforcement of GDPR in Light of *Meta Platforms Ireland Ltd. v VZBV*

Dr. Zeynep Ayata*

In April 2022 the Court of Justice of the European Union (CJEU) has delivered a decision on collective action by consumer associations under the General Data Protection Regulation (GDPR). This decision touches on many aspects of EU law such the relation between harmonised EU rules and national law. Furthermore, it provides insight into the convergence of consumer protection law and data protection law. The case also proves the EU authorities, including Courts, decisiveness in providing effective protection for individuals against unlawful practices of digital platforms. This paper argues that in this case the CJEU has allowed for the implementation of national law where EU law has achieved harmonisation in order to provide better and more effective protection of personal data. As there are no explicit rules in GDPR with regard to class action without mandate the Court could have adopted a stricter interpretation stating that national rules should not be applied as it was envisaged by the EU legislator. Instead, the Court rightly chose to broaden the scope of protection under GDPR and allow for national rules and harmonised EU rule to complement one another. This approach also fits into the recent wider tendency in EU law of holding large platforms accountable their use of data.

A German consumer association, the Federation of German Consumer Organisations e.V. (VZBV) brought an action before Berlin Regional Court against Meta Platforms Ireland Ltd. (Meta – formerly known as Facebook) seeking an injunctive relief about unfair references and disadvantages to users by the general terms in Meta’s app centre and non-compliance with effective consent requirements, allegedly violating several articles of GDPR and Directive 2005/29. Meta, based in Ireland, is the controller of the personal data of all users of the social network Facebook in the EU. VZBV claimed that collection and publishing of data by Meta for third parties does not comply with requirement to obtain a valid consent by the user, made mandatory by articles 4 and 7 of GDPR. The VZBV’s action, which was initially upheld by the Berlin Regional Court, was rejected by the Higher Regional Court of Berlin (KB) on appeal. The KB doubted the admissibility of the action on grounds of lack of capacity of VZBV. Meta then brought an appeal on a point of law before KB requesting a revision. The KB then decided to refer a question to CJEU for a preliminary ruling concerning the admissibility of an action brought by a consumer association without a corresponding mandate for violation of GDPR under EU law.

The question before the Court concerned without a doubt an EU law question as GDPR harmonises data protection in the internal market and therefore has supremacy and precedence over national law. In this case, national rules of procedure are of relevance as German law on injunctions allows consumer associations to seek an injunction against use of invalid general terms and conditions, covering cases of collection of personal data. The action brought by VZBV does not fall under either of these categories envisaged by GDPR but is admissible under

* Assistant Professor, Koç University Law School (zayata@ku.edu.tr).

German national rules of procedure. It therefore creates a problem of applicability of national law where there are harmonised EU rules.

In the case *Meta Platforms Ireland Ltd. v VZBV* the CJEU has ruled that consumer association may bring action for violation of GDPR even without a mandate from the data subject if the national rules of procedure provide for such a course of action. This decision may appear to simply reiterate that rules of procedure fall under the competence of member states. However, the implications of the ruling go further than mere distribution of competence. This paper will explore the different layers of legal analysis and effect of this decision. The paper will firstly discuss the possible complementarity of EU law and national law in giving effect to data protection. The paper will secondly explore how the Court's ruling may help build an effective private enforcement of GDPR and how it fits into the general approach to unfair practices of digital platforms in EU law. It will argue that through this decision the CJEU has allowed for effective protection under GDPR through private litigation where national rules of procedure allow for it.

Limits of Democratic Self-Defence in the EU: Hungary and Poland v. Parliament and Council

Yalçın Yurttaş*

The vulnerability of democracy lies within the fact that the guaranteed rights and freedoms under a democratic regime might be exploited by anti-democratic powers as a means to destroy democracy itself. In the legal context, the concept of defensive democracy, being the product of such bitter experiences of the past, refers to the legislative tools -such as safety provisions in constitutions, prohibitions in electoral law, derogations in fundamental rights clauses- and court rulings which aim to address the need to keep these authoritarian threats under control.

Political science and legal studies have mostly focused upon the national aspects of defensive democracy. However, European Union, as a constitutionalized supranational polity with a complex multi-level governance, is notably in need of defensive democracy as well, during an era of democratic backsliding, erosion of rule of law, challenges against primacy of EU Law and rise of populist discourses in Member States in order to defend the fundamental EU values and the EU legal order.

To that end, 2020/2092 numbered rule of law conditionality regulation¹ has been enacted, aiming to establish a conditionality -and eligibility- regime for making use of EU funds, thus protecting the EU Budget against Member States which continuously violate rule of law and other fundamental EU values. In order to achieve this objective, the regulation allows the Council to adopt protective measures such as suspension of payments from the EU Budget or suspension of the beneficiary status in an ongoing EU Fund Programme. The Regulation has soon been contested by Hungary and Poland.

On 16 February 2022, Court of Justice of the European Union (“CJEU”) fully dismissed Hungary’s (C-156/21)² and Poland’s (C-157/21)³ applications seeking the annulment of the Regulation. Amidst debates concerning claims of misuse of EU funds in various Member States, the judgment was eagerly awaited in legal circles.

CJEU noted within the judgment that; compliance by the Member States with the common values on which the European Union is founded such as the rule of law and solidarity, justifies the mutual trust between those States. Since such compliance is a condition for the enjoyment of all the rights deriving from the application of the Treaties to a Member State, the European Union must be able to defend those values. This paper argues that both the regulation and the judgment should be read as an expansion of the scope of defensive democracy. In order to combat the consistent breaches of EU obligations, a new supranational legal tool -bringing the pre-requisite of respect for rule of law in order to benefit from EU Budget- has been introduced by the Parliament and Council and backed by the CJEU. As the legality of the Regulation is thus approved by CJEU, this paper aims to analyze the legal impact of the judgment and the

* PhD Candidate, Marmara University European Union Institute (yalcinyurttas@gmail.com).

¹ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (OJ 2020 L 4331, p.1).

² Case 156/21, Hungary v. European Parliament and Council of the European Union.

³ Case 156/21, Hungary v. European Parliament and Council of the European Union.

limits of this ‘conditionality tool’ and EU’s defensive democracy efforts, focusing upon the 17 June 2022 dated Council decision, that nevertheless has released the -once withheld on grounds of rule of law violations funds to Poland to help it recover from the Covid-19 pandemic. Keywords: Democratic back-sliding, Rule of Law conditionality, Defensive Democracy, Action for annulment, EU Budget.

The *Schrems* and Their Discontents: Legitimacy of Unilateral Regulation

Gürkan Çapar*

Global regulatory competition is a recent phenomenon that takes place between big countries having robust regulatory capacities and visible in various fields such as food and chemical safety, climate change, and animal welfare. Its latest variants appeared in the regulation of data governance where the US and the EU are the main competitors. The ECJ annulled two times the data transfer agreements conducted between the EU and the US on the grounds that the latter does not meet the basic standards for the protection of fundamental rights. That the transfer of the data that belongs to the EU citizens to a country whose standards are not as strict enough as they are in the EU may seem legitimate from the perspective of relevant legal order. In other words, the EU's chief purpose appears to protect its own citizens and their rights.

Yet a different picture emerges when approached from the perspective of global regulatory competition that occurs when a regulatory policy has not yet institutionalized and converged under a legal regime capable of setting global standards multilaterally. Digital rights and data governance are the prime examples of those not-yet-institutionalized policies where a competition between regulatory powers is highly likely to burst. The regulatory competition is not limited to policy-making institutions such as legislatures, administrative agencies, or private standard setting institution and encapsulates also courts. The ECJ has been an active participant in the global regulatory competition on digital rights, not least with its rulings such as *Google v. Spain*, *CNIL*, *Telekabel*, *Schrems I* and *Schrems II*.

This paper focuses on the famous *Schrems* cases that put a halt to the data transfer from the EU to the US, holding that the US fails to provide fundamental rights with a sufficient degree of protection. Their different approaches to the digital rights are usually attributed to their distinct legal traditions, which is well documented in the literature on the constitutional rights and adjudication. The US' failure to meet the European standards, it is argued, rest in part on its rejection of proportionality analysis and culture of justification and embracing a culture of authority. However, an explanation based on the proportionality analysis fails because it does not have a uniform meaning even in the EU legal order. For instance, unlike *Schrems*, the Court implemented a rather lenient proportionality analysis in the famous *Weiss* saga.

After showing some of the problematic aspects of the *Schrems*, the article suggests taking a broader perspective and question the legitimacy of rulings when read against the backdrop of global regulatory competition. Granted, legitimacy is a contested and blurry concept, having sociological and normative perspectives. Yet, in the contemporary world dominated at least ideologically by constitutional democracy and liberal internationalism, we may easily conclude that it is not legitimate to live under a regime where our interests are not taken into account. Raz's service conception of authority is the prime example of this idea that authorities are legitimate only if they use their right to rule in the furtherance of our interests. When seen in this light, it becomes apparent that the *Schrems* cases do not only block the transfer of European data to the US but also set *de facto* standards for the globe. For no country that ensures a lower level of protection than the US does can meet the European requirements for data transfer.

* PhD Candidate, Sant'Anna School of Advanced Studies (gurkan.capar@santannapisa.it).

Hence, the countries aiming at reaching the European data due to, say, security, criminal surveillance, and public health reasons need to align their internal norms with the European regulations. That clearly presents a legitimacy challenge and raises the following question: On whose name? Europeans, liberal international order, or something else. The paper concludes with hinting at some possible adjudicative mechanisms to overcome the problems that comes with unilateral regulation.