

Jean Monnet Chair “Legal Issues
in Turkey – European Union
Relations (609661-EPP-1-2019-1-
TR-EPP JMO-CHAIR)”

Ankara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği
Hukuku Anabilim Dalı

Avrupa Toplulukları Araştırma ve
Uygulama Merkezi (ATAUM)

II. Avrupa Birliği Hukuku ve Hukuki Boyutuyla Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri Konferansı – Bildiri Kitapçığı–

6 MAYIS 2021

II. Avrupa Birliği Hukuku ve Hukuki Boyutuyla Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri Konferansı

Düzenleyen

II. Avrupa Birliği Hukuku ve Hukuki Boyutuyla Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri Konferansı, Jean Monnet Chair “Legal Issues in Turkey – European Union Relations (609661-EPP-1-2019-1-TR-EPP JMO-CHAIR)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı ve Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ATAUM) tarafından düzenlenmektedir.

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB ET İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Prof. Dr. Sanem BAYKAL (TOBB ET Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Kamuran REÇBER (Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Prof. Dr. Mustafa T. KARAYİĞİT (Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü)

Doç. Dr. Gamze AŐŐIOĐLU Z (ODTÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Doç. Dr. Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tarih

6 Mayıs 2021

Yayın

II. Avrupa Birliği Hukuku ve Hukuki Boyutuyla Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri Konferansı Bildiri Kitapçığı, tebliğ zetleri iēeriđiyle, elektronik olarak, Legal Issues in Turkey – European Union Relations web sitesinde yayınlanmıştır

<http://litreur.ankara.edu.tr/>

Tebliğ Özetleri

1. OTURUM: ULUSLARARASI BOYUT İLE BAĞLANTILI KONULAR	4
SELF DETERMİNASYON HAKKI BAĞLAMINDA AB HUKUKU VE AB KURUMLARI İKİLİĞİ: KATALONYA ÖRNEĞİ	5
EDA KALFA	5
İSTANBUL SÖZLEŞMESİNE DAİR TARTIŞMALARIN AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SÖZLEŞMEYE KATILIM SÜRECİNE ETKİLERİ	7
SEVEN ERDOĞAN.....	7
AB HAVACILIK ALANINDAKİ LIBERALİZASYON SÜRECİ VE BU SÜRECİN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE VE ÖZEL OLARAK TÜRKİYE'YE ETKİSİ	9
KAZIM SEDAT SİRMEN - EZGİ SUNGUR	9
AB'NİN TÜRKİYE İLE İLGİLİ YASAL METİNLERİNİN İÇERİK ANALİZİ: FONKSİYONEL İLİŞKİNİN İMTİHANI	12
EDA KUŞKU SÖNMEZ - DAMLA CİHANGİR TETİK.....	12
2. OTURUM: KİŞİSEL VERİLER İLE BAĞLANTILI KONULAR	14
HUKUKİ BOYUTLARIYLA DİJİTAL ÇAĞDA AVRUPA BİRLİĞİ VERİ STRATEJİSİ: AMAÇLAR, HEDEFLER VE ENGELLER	15
HÜSEYİN CAN AKSOY	15
KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKUNUN YAYILMA ETKİSİ BAĞLAMINDA AB VE TÜRK HUKUKU	16
BARAN KIZILIRMAK	16
KİŞİSEL VERİLERİN YURTDIŞINA AKTARILMASI BAKIMINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU İLE AB MEVZUATININ KARŞILAŞTIRILMASI	18
NİLGÜN BAŞALP YILDIRIM.....	18
BİRLİK İÇİNDE AÇILAN ACİZ USULLERİNİN KİŞİSEL VERİLERE ETKİSİ	21
HAKAN HASIRCI.....	21
3. OTURUM: HUKUKİ VE CEZAI KONULARDA ADLİ İŞBİRLİĞİ İLE BAĞLANTILI KONULAR	23
AVRUPA BİRLİĞİ'NİN CEZA HUKUKU ALANINDA YEKNESAKLAŞTIRMA YETKİSİ VE BU YETKİNİN SINIRLARI	24
GÜLŞAH BOSTANCI BOZBAYINDIR	24
YENİ BRÜKSEL İTER TÜZÜĞÜNÜN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER	26
IŞIL S. TEKDOĞAN BAHÇIVANCI.....	26
İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ SÖZLEŞME DIŞI İHLÂLİNDE YETKİLİ MAHKEMENİN TAYİNİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHADİ HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER	28
ESRA TEKİN.....	28

AVRUPA HAKSIZ FİİL HUKUKU İLKELERİ'NDE (PETL) VE ORTAK REFERANS ÇERÇEVESİ TASLAĞI'NDA (DCFR) KUSUR VE TÜRK HAKSIZ FİİL HUKUKUNA KATKI SAĞLAYABİLECEK HUSUSLAR	30
GÜNHAN GÖNÜL KOŞAR	30
4. OTURUM: ÖZEL HUKUK İLE BAĞLANTILI KONULAR.....	32
ABAD'IN GÖMBÖC KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME.....	33
ZEHRA ÖZKAN ÜNER	33
ONLİNE PLATFORMLARDA EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ KOŞULUNA FARKLI YAKLAŞIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	35
MÜGE BULAT ÇETİNKAYA	35
TÜKETİCİNİN KORUNMASI PERSPEKTİFİNDEN AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KRİPTO VARLIK PİYASALARI	37
PINAR ÇAĞLAYAN AKSOY.....	37
BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ONLİNE ARABULUCULUĞUN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE TÜRK HUKUKUNA YANSIMALARI.....	39
SEZİN AKTEPE ARTIK	39
5. OTURUM: ANAYASAL KONULAR.....	41
AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE VE TÜRKİYE'DE COVID-19 PANDEMİSİ VE ANAYASAL HAKLARA ETKİSİ	42
DENİZ POLAT AKGÜN	42
AVRUPA VATANDAŞ GİRİŞİMİ BİR İLLÜZYON MU?.....	44
DERYA NUR KAYACAN	44
2016/801 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ'NE GÖRE AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞI OLMAYANLARIN AVRUPA BİRLİĞİ'NE GİRİŞ VE İKAMET KOŞULLARI.....	46
DİDEM ÖZGÜR.....	46
KÖBLER KARARI IŞIĞINDA ÜYE DEVLETLERİN YARGISAL FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	48
GÜNEŞ KAROL IŞIKLAR - ONUR KAPLAN	48
6. OTURUM: ENERJİ VE ÇEVRE İLE BAĞLANTILI VE SOSYAL KONULAR.....	50
PREUSSENELEKTRA'DAN ACHEMA'YA: AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN ENERJİ SEKTÖRÜNDE DEVLET YARDIMLARINA İLİŞKİN KARARLARININ GELİŞİMİ	51
ONUR ÇAĞDAŞ ARTANTAŞ.....	51
AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK YENİLENEBİLİR ENERJİ HUKUKU VE POLİTİKASINA GÖRE OFFSHORE RÜZGÂR ENERJİSİ YATIRIMLARININ TEŞVİK EDİLMESİNE YÖNELİK GELİŞMELER	53
HALİL ÇEÇEN	53
AVRUPA İKLİM TÜZÜĞÜ İZDÜŞÜMÜNDE TÜRKİYE'DE İDARİ PRATİĞİ.....	55
İLGİN ÖZKAYA ÖZLÜER	55
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SOSYAL GİRİŞİMCİLİK	57
UFUK TEKİN	57

1. Oturum: Uluslararası Boyut ile Bağlantılı Konular

09.30-10.30	1. Oturum: Uluslararası Boyut ile Bağlantılı Konular
	Eda KALFA - Self Determinasyon Hakkı Bağlamında AB Hukuku ve AB Kurumları İkiliği: Katalonya Örneği
	Seven ERDOĞAN - İstanbul Sözleşmesine Dair Tartışmaların Avrupa Birliği'nin Sözleşmeye Katılım Sürecine Etkileri
	Kazım Sedat SİRMEN - Ezgi SUNGUR - AB Havacılık Alanındaki Liberalizasyon Süreci ve Bu Sürecin Üçüncü Ülkelere ve Özel Olarak Türkiye'ye Etkisi
	Eda KUŞKU SÖNMEZ - Damla CİHANGİR TETİK - AB'nin Türkiye İle İlgili Yasal Metinlerinin İçerik Analizi: Fonksiyonel İlişkinin İmtihanı

SELF DETERMİNASYON HAKKI BAĞLAMINDA AB HUKUKU VE AB KURUMLARI İKİLİĞİ: KATALONYA ÖRNEĞİ

Eda Kalfa¹

Avrupa Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan self determinasyon hakkına atıf yapılan maddeleri tanımakla birlikte Avrupa Birliği hukuku içerisinde self determinasyon konusunda sessiz kalmayı tercih etmektedir. Tüm AB üye ülkelerin BM üyesi olması, BM Şartı'na tabi olma zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Avrupa Adalet Divanı, 21 Aralık 2016'da BM Şartı'nın 1. maddesinde atıfta bulunulan self determinasyon ilkesini, bağımsızlığını henüz kazanamamış tüm halklar ve kendini yönetemeyen tüm bölgeler için geçerli bir uluslararası hukuk ilkesi olarak tanıma kararı almıştır. AB kurumları ve üye ülkeler için bağlayıcılığı bulunan bu karar, AB hukukunun Bask Bölgesi, Katalonya veya Flaman Bölgesi gibi bölgelerin self determinasyonunu tanıyıp tanımadığı hususunda ise kesin bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu konu henüz AB antlaşmaları tarafından düzenlenmediği ve benzer bir durum birlik içerisinde görülmediği için, AB hukukunun akademik literatüründe araştırılması gereken bir boşluktur.

Avrupa içerisindeki devlet-altı milliyetçilerin ayrılık taleplerine temkinli yaklaşan ve ülke bütünlüğüne önem veren AB, aynı zamanda hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran normatif yapısıyla bağımsızlık talep eden Katalan ve İskoç ayrılıkçılara karşı anlayışlı ve tarafsız bir tavır takınma çabası içerisinde. Bu doğrultuda iç self determinasyonu destekleyerek dış self determinasyona karşı bir kalkan geliştirmek isteyen AB, üye devletlerle yaptığı anlaşmalarla özerk bölgelerin siyasi ve sosyal haklarını genişletmeye çabalamış olsa da özerklik taleplerinden fazlasını isteyen radikal ayrılıkçıların faaliyetlerini durdurma konusunda başarısız olmuştur. Nitekim ayrılıkçı partilerin halk desteğinde giderek artış görülmüş ve bu partilerin hem ülke içerisinde hem de Avrupa Parlamentosu gibi AB kurumları içerisinde etkisi giderek artmıştır. Son dönemde artan bağımsızlık referandumu girişimleri de bunun en iyi örneğidir. Katalonya Özerk Yönetimi'nin 2017 yılında gerçekleştirdiği bağımsızlık referandumuna karşı İspanya hükümetini destekleyen ve İspanya'nın iç işlerine karışmama kararı alan AB, İspanya Yüksek Mahkemesi'nde yargılanmamak için diğer AB üye ülkelere sığınan politikacıları İspanya'ya teslim etmeyi kabul etmemiş ve hatta yasa dışı referanduma destek veren dönemin Katalonya Başbakanı Puigdemont'un AB Parlamentosu milletvekilliğini tanımıştır. Brüksel'de dokunulmazlığı bulunan Puigdemont'un İspanya'ya iade talebinin Brüksel tarafından ısrarla askıya alınmasıysa İspanya hükümetiyle AB arasında güncel bir kriz olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda AB kurumları ve AB hukuku arasında bir ikilik olduğu görülmekte, Katalonya'nın da bu ikiliğe bir örnek teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

Çalışmada ilk olarak, AB hukukunun self determinasyona yaptığı referanslara değinilerek bu kavramın bir hak mı veya bir hakkın unsuru mu olduğu incelenmektedir. İkinci olarak AB kurumlarında ve üye ülkelerde self determinasyonun uygulanabilirliğiyle ilgili bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu doğrultuda AB bütünleşmesiyle özellikle son otuz yılda devlet-altı aktörlere devredilen siyasi ve toplumsal haklar iç self determinasyon odağında irdelenecektir. Yerele devredilen hakların üye devletlerin bütünlüğünü korumada etkili olmaması ve radikal ayrılıkçı partilerin AB içerisinde bağımsızlık taleplerini arttırması nedeniyle son dönemde AB'nin politikalarında bölgelerin haklarını genişletme hususunda daha temkinli davrandığı görülmektedir. Bu noktada çalışmanın temel amacı olmamakla birlikte, özellikle son yirmi yılda değişen AB bütünleşme politikalarının seyrine de Katalonya örneğine yer vererek değinilmesi gerekli görülmüştür. Son olarak, Katalonya'daki başarısız bağımsızlık referandumu örneği üzerinden AB kurumlarının ve üye devletlerin tavırları arasındaki ikiliğe

¹ Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler ABD.

değınilecektir. Bu noktada ayrılıkçı Katalan liderlerin bir takım AB kurumları tarafından korunması amaçlanırken, diğer yandan referandum girişiminin ülkenin iç meselesi olarak değerlendirilmesi ve doğrudan İspanya hükümetine destek verilmesi AB'nin hem İspanya gibi etkili üye devletlerle arasındaki dengeyi korumayı amaçladığını hem de devlet-üstü yapısı gereği devlet-altı aktörlerle arasındaki ilişkiyi sürdürmek istediğini göstermektedir. Çalışmada temel soru, “AB hukuku ve AB kurumları arasında self determinasyonun uygulanabilirliği bağlamında bir ikilik var mıdır?” olarak belirlenmiştir. Bu soru cevaplanırken son dönemde AB kurumları ve üye ülkelerin Katalan bağımsızlık hareketine yaklaşımları ele alınacaktır. Çalışmada etkili AB liderleriyle Katalan bölgesel parti liderlerinin söylemlerinin ve stratejilerinin karşılaştırılmasına da önem verilmektedir.

İSTANBUL SÖZLEŞMESİNE DAİR TARTIŞMALARIN AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SÖZLEŞMEYE KATILIM SÜRECİNE ETKİLERİ

Seven Erdoğan²

Bilindiği üzere Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Konseyi arasında insan haklarının garanti altına alınmasını sağlamak üzere sıkı bir işbirliği bulunmaktadır. AB, hem üyesi olan ülkelerde hem de yakın ilişki içinde olduğu genişleme ve komşuluk politikası ülkelerinde Avrupa Konseyi tarafından ileri sürülen insan hakları kurallarının ilerletilmesine katkıda bulunmaktadır. 2009 yürürlük tarihli Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması'nın 6. maddesinde verilen yetki uyarınca AB'nin gelecek dönemde Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması ile Avrupa'da iki kurum arasında insan hakları alanındaki etkileşimin güçlenmesi beklenmektedir.

Avrupa Konseyi ve AB gibi uluslararası örgütlerin de çabalarıyla, İnsan haklarını garanti altına almak noktasına dünyanın önde gelen coğrafyalarından biri haline gelen Avrupa'da, bugün hala tüm dünyada olduğu gibi çok sayıda kadın, erkek cinsine kıyasla daha yüksek bir oranda şiddete maruz kalmakta ve şiddet kaynaklı mağduriyetler yaşamaktadır. Avrupa Temel Haklar Ajansı tarafından 2014 yılında yapılan bir araştırma, Avrupa'da her üç kadından birinin şiddete uğradığını ve her yirmi kadından birinin de tecavüze uğradığını ortaya koymuştur. Kadına yönelik şiddet olgusuna ek olarak, Avrupa'da ulusal düzeyde geçerli olan hukuk kuralları kadınlara şiddet karşısında etkin bir koruma sağlama noktasında hem zayıf kalmakta hem de şiddete başvuranları caydırıcı bir şekilde cezalandırmak noktasında eksiklikler barındırmaktadır. Bu durum ulusal hukuk rejimlerinin kadına yönelik şiddet alanındaki zayıflıklarını tamamlayacak ve en azından ulusal hukuk rejimlerinin bu konuda dikkate alması gereken minimum standartlar getirecek bir uluslararası sözleşmeye ihtiyaç duyulmasını beraberinde getirmiştir.

1949 yılında kurulmasının ardından Avrupa bölgesinde insan haklarına ilişkin gelişkin bir rejimin egemen olması hedefine ulaşmaya çalışan Avrupa Konseyi de bölge genelinde kadına yönelik şiddetin yaygın olarak gözlemlenmesini, çok sayıda insan hakkı ihlalinin yaşanmasına sebep olan bir durum olarak tespitinden hareketle, üyesi olan ülkelerde kadına yönelik şiddetle etkin bir şekilde mücadele edilmesini garanti altına üzere hareket geçmiştir. 2011 yılında Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ya da bilinen adıyla İstanbul Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin imzasına sunulmuştur. 2014 yılında yürürlük kazanan Sözleşme, kadına karşı şiddetin önlenmesi ve hem şiddete uğrayan kadınları koruyan hem de şiddet uygulayanları cezalandıran bir yaklaşımla kadına karşı şiddetle en etkin şekilde mücadele edilmesi noktasında küresel düzeyde en kapsamlı belge niteliğindedir.

Bu çalışmada AB'nin İstanbul Sözleşmesi'ne katılım süreci ile alınmaktadır. İstanbul Sözleşmesi AB tarafından 2017 yılında imzalanmıştır. Ancak sözleşmenin Birliğin yetkili makamlarınca onaylanarak uygulanır hale gelmesini sağlayacak olan katılım süreci halen nihayetlenmemiştir. Dolayısıyla kadına yönelik şiddetin önlenmesi noktasında AB mevzuatındaki eksikliklerin giderilmesinin yasal dayanağını oluşturacak olan İstanbul Sözleşmesi henüz Birlik açısından bağlayıcı değildir.

İstanbul Sözleşmesinin kapsamına ilişkin Avrupa'da devam eden (yalnızca siyasi düzeyle sınırlı olmayan üye ülke halklarını ve medyayı da içeren) tartışmaların Birlik içine yansımaları olmuştur. Bahse konu tartışmalar sonucunda Sözleşmeye dair ortaya çıkan direnç, Birliğin

² Dr. Öğretim Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İİBF.

Sözleşmeyi onaylamasında gecikmeye neden olan en birincil faktör olarak belirlemiştir. 2020 yılı itibarıyla AB üyesi ülkelerin tamamı İstanbul Sözleşmesini imzalamıştır. Ancak Sözleşme AB üyesi 6 ülke (Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Letonya, Litvanya, Macaristan ve Slovakya) tarafından henüz onaylanmamıştır. Ayrıca Polonya ya da Hırvatistan gibi onay sürecini tamamlayan ancak bugün gelinen noktada sözleşmeden ayrılmayı tartışan AB üyesi ülkeler de bulunmaktadır.

Hiç şüphesiz ki Sözleşmeye dair (toplumsal cinsiyet kavramı ya da geleneksel aile değerlerine yaklaşım gibi konulara odaklanan) şüpheler taşıyan çok sayıda üye ülkenin olması, Birlik içindeki onay sürecini etkilemektedir. Çünkü şüpheli üye ülkeler, kendileri açısından da sonuçlar doğuracak olan bu onay sürecini engelleyici bir tutum içinde hareket etmeyi tercih etmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin ivedilikle Birlik tarafından onaylanmasını sağlamak üzere yürütülen lobi faaliyetleri ve sıklıkla ifade edilen talepler ve baskılar da mevcuttur. Bu noktada Birlik kurumlarından insan hakları konusunda en fazla duyarlılık sergileyen görünümündeki Avrupa Parlamentosunun sözleşmeyi savunan grup içinde ön saflarda yer alan aktörlerden biri olduğu belirtilmelidir. Avrupa Parlamentosu bu mücadelede bir adım ileri giderek İstanbul Sözleşmesine ek olarak kadına karşı şiddete ilişkin bir yönergeye de sahip hale gelerek Birliğin daha sağlam ve kapsayıcı bir koruma mekanizması oluşturmasından yana bir tutum sergilemektedir. Bu iki karşıt tarafın temel savları ve taraflar arasında devam etmekte olan güç mücadelesi analiz edilerek, çalışmanın sonunda AB'nin İstanbul Sözleşmesini garanti altına alan bir uluslararası örgüt haline gelme potansiyeline ilişkin bir çıkarımda bulunulması hedeflenmektedir.

AB HAVACILIK ALANINDAKİ LIBERALİZASYON SÜRECİ VE BU SÜRECİN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE VE ÖZEL OLARAK TÜRKİYE'YE ETKİSİ

Kazım Sedat Sirmen³ - Ezgi Sungur⁴

Şikago Sözleşmesinin 1.maddesine göre “Akit Devletler, devletlerin ülkeleri üstündeki hava sahası üzerinde tam ve münhasır hakimiyeti haiz olduklarını kabul ederler” Söz konusu kural iki önemli sonuç ortaya çıkarmıştır. Birincisi, bir Devlet kural olarak kendi tâbiyetindeki hava araçlarına ve hava yolu şirketlerine kendi hava sahasını kullanma hakkı vermiştir. İkincisi, Devletler yabancı sicillere tescil edilmiş hava araçlarının veya yabancı hava yolu şirketlerinin kendi hava sahalarını kullanabilmelerini o devletlerle yapacakları anlaşmalara bırakmıştır. Bugün devletler arasında her ne kadar çok taraflı hava ulaştırma anlaşmaları olsa da devletler hala kural olarak trafik haklarından yararlanmayı ikili hava ulaştırma anlaşmaları ile sağlamaktadır. Bugün için hava ulaştırma anlaşmaları ile düzenlenen “dokuz trafik hakkı” mevcuttur. Bunlardan ilk ikisi operasyonel nedenlerle kabul edilen teknik trafik hakları iken üçüncü ila dokuzuncu trafik hakları ise ticarî trafik haklarını oluşturmaktadır.

Devletler arasındaki ikili hava servisleri anlaşmaları ile düzenlenen ticari hava taşımacılığı özellikle Avrupa Birliği'nin temel felsefesi ile örtüşmemektedir. Gerek Üye Devletlerin birbirleri arasında yaptığı gerek Üye Devletler ile üçüncü Devletlerin yapmış olduğu ikili anlaşmalar oldukça sıkı kurallar getirmekte ve bu anlaşmalar Avrupa Birliği hukuku ile de çatışmaktaydı. Bunu aşabilmek amacıyla üye ülkeler liberalizasyon çalışmalarına başlamışlardır. Avrupa Birliği'nin liberalizasyon süreci dört düzenleme paketi ile tamamlanmıştır.

Ticarî havacılık alanında Avrupa Tek Pazarını sağlamak üzere hazırlanmış en önemli paket “üçüncü paket” olarak adlandırılır. Bu paket içerisinde kabul edilen Tüzükler ile havacılık endüstrisine “Tek Pazar” program prensiplerinin entegre edilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda “Üçüncü Paket”, tüm iç pazara eşit olarak erişim hakkına sahip olacak “Topluluk hava taşıyıcısı” statüsünü hayata geçirmiştir. Söz konusu Paket ile korumacı kurallar ile hükümet müdahaleleri yerine yolcuların istekleri doğrultusunda hava hizmetlerinin verilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte Topluluk'tan ve Topluluğa yapılacak uluslararası uçuşlarda yine eski ikili havacılık anlaşmaları geçerli olacaktır.

Bugün üçüncü paket olarak adlandırılacak düzenlemeler tek bir Konsey Tüzük'ünde birleştirilmiştir. Topluluk içerisindeki Hava Servislerinin İşletilmesine Dair Ortak Kurallara Dair 24 Temmuz 2008 tarihli 1008/2008 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzük'ü ile Avrupa Havacılık Alanı oluşturulmuş ve “Topluluk taşıyıcısı” olarak kabul edilen hava taşıyıcısı AB içerisinde sınırsızca (rota, kapasite, sıklık ve ücretlendirme sınırı olmaksızın) ticarî uçuş gerçekleştirme imkânına sahip olmuştur. Buna göre bir hava yolu şirketinin işletme lisansına sahip olabilmesi için esas idare merkezinin Üye Devletlerden birinin ülkesel alanı içerisinde olmalı ve o üye devletten alınan “hava işletme sertifikası”na sahip olmalı ve eşaslı mülkiyeti ve etkin kontrolünün çoğunluğunun Üye Devletlerde olması gerekmektedir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın 2002 yılında vermiş olduğu karar, AB'nin üçüncü ülkelere yönelik izlediği havacılık stratejisinin resmi boyutta başlangıcı olmuştur. Zira bu emsal karar AB ve AB'ye üye devletlerin uluslararası hava hizmetlerinin düzenlenmesine dair yetki paylaşımını netleştirmeye bir nevi öncülük etmiştir. AB Komisyonu, üye devletler ile yakın iş birliği kurmak suretiyle havacılık anlaşmaları müzakerelerinde etkin bir rol üstlenmiştir.

³ Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

⁴ Havacılık Uzmanı, Ankara Barosu Avukatı.

2005 yılında Konsey ve Komisyon tarafından AB'nin üçüncü ülkelere yönelik havacılık politikasına dair bir politika geliştirilmiş ve bu politika üç ana sütun üzerine kurulmuştur:

1. Üye devletlerle üçüncü ülkeler arasında var olan ikili havacılık anlaşmalarını AB müktesebatı ile uyumlaştıran Yatay Anlaşma
2. AB'ye komşu ülkelerle Ortak Hava Sahası Oluşturmaya Yönelik Anlaşma
3. Stratejik açıdan önemli görülen üçüncü ülkelere yönelik Kapsamlı Anlaşma

İlk olarak, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 49. maddesinde düzenlenen "yerleşme serbestisi" ilkesine ters düşen ve bu sebeple ayrımcılık yarattığı kabul edilen ikili hava hizmetleri anlaşması maddelerinin AB müktesebatına uyum sağlaması elzem görülmüş ve Topluluk Taşıyıcısı (şimdi Birlik Taşıyıcısı) lisansına sahip tüm havayolu şirketlerinin pazarda eşit şartlarda yer alması amacıyla üçüncü ülkelerle imzalanmış hava ulaştırma anlaşmalarının yatay anlaşma yapısına uygun olacak şekilde yeniden tadil edilmesine başlanmıştır. Böylelikle topluluk taşıyıcısı statüsünün, trafik haklarında herhangi bir tadilat gerektirmeksizin AB üyesi olmayan üçüncü ülkelere de tanınması sağlanmıştır.

İkinci olarak AB komşu ülkelerle ortak hava sahası oluşturmaya yönelik anlaşma yoluna gitmiştir. AB'nin komşu olarak nitelendirdiği ülkeler başta olmak üzere başka coğrafyalarda yer alan birtakım ülkeleri kapsayan bu anlaşma ile öncelikle trafik hakları liberalize edilmek istenmiş ve aynı zamanda aşamalı olarak havacılık emniyeti, hava seyrüseferi, çevre, rekabet ve yolcu hakları konularında da AB müktesebatına uyum sağlanması hedeflenmiştir. Ancak burada önemli bir sorun ile karşı karşıya kalınmış ve üçüncü ülkeler AB müktesebatını AB üyesi olmaksızın uygulamak durumunda bırakılmışlardır.

AB'nin havacılık alanındaki liberalizasyon sürecini üçüncü devletlere teşmil ettiği bir başka hukuk kaynağı da üçüncü devletler ile yapmış olduğu kapsamlı anlaşmalardır. Söz konusu anlaşmaları 2015'ten önce yahut 2015'ten sonra hazırlananlar olmak üzere iki grupta inceleyebiliriz. Havacılık pazarı gelişmiş ve küresel ölçekte önem arz eden ülkeler ile kazan-kazan ilişkisi içerisine girmek isteyen AB, 2015 öncesinde, önermiş olduğu anlaşmalar kapsamında, Ortak Hava Sahası Oluşturmaya Yönelik Anlaşma mantığından farklı olarak, AB müktesebatına uyum sağlamak zorunluluğu olmaksızın trafik haklarında liberalleşmeyi ve yine diğer anlaşma maddelerinde (havacılık emniyeti, güvenlik, çevre, rekabet, yolcu hakları, sosyal haklar vb.) iyileştirmeyi amaçlamıştır. Bu kapsamda özellikle ABD ve Kanada ile imzalanan anlaşmalar bu anlaşma türünün ilk örneklerini teşkil etmektedir. İkinci nesil kapsamlı anlaşmalar ise AB Komisyonu'nun 7 Aralık 2015 tarihinde ilan ettiği "Avrupa Havacılık Stratejisi" kapsamı altında değerlendirilebilir. AB bu defa müktesebata uyumdan ziyade rekabet açısından eşit şartlar yaratmak isteyerek, pazarda anti rekabetçi tutum sergilediği düşünülen üçüncü ülke taşıyıcıları basta olmak üzere anti rekabetçi herhangi bir yaklaşımı söz konusu anlaşmalarla kontrol altına almak istemiştir. Bu kapsamda AB, Türkiye, Körfez Ülkeleri, Güney Asya (ASEAN) ülkeleri gibi ülkelerle her ülkenin dinamiğine uygun anlaşma yapma önerisinde bulunmuştur.

AB ve Türkiye'nin havacılık pazarında birbirini besleyen iki büyük aktör olması, Türkiye'ye ilişkin uzun soluklu üyelik süreci, Türkiye'nin Yatay ve Kapsamlı Anlaşma süreçlerine dahil olmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Her iki anlaşmanın da Türkiye özelinde doğuracağı farklı hukuki, siyasi ve ticari etkileri mevcuttur.

2010 yılında AB Komisyonu ile Türkiye arasında parafe edilen Yatay Anlaşma hiçbir zaman imzalanmamıştır.

2016 yılında başlayan ve 2018 yılına kadar toplamda 5 tur süren Kapsamlı Anlaşma müzakereleri de bir sonuca varamamıştır. Keza, Komisyon'a verilen yetki 2020 yılı itibariyle dolduğundan bu anlaşmaya yönelik müzakereler de ikinci bir uzlaşuya kadar askıya alınmıştır.

Son olarak şunu ifade edebiliriz ki, Şikago Sözleşmesi sonrası atılan ve sıkı kurallar getiren ikili havacılık anlaşma düzeninin liberalizasyon taleplerine, Dünya'nın pek çok coğrafyası gibi Avrupa Birliği de sessiz kalmamış ve supranasyonal karakterinin de etkisiyle kendi ülkesel alanı içerisinde havacılık alanında liberalizasyonu sağlayacak düzenlemeleri hayata geçirmiştir. Ancak bu durum üye devletlerin üçüncü ülkelerle olan anlaşmalarının da tadil edilmesi gerekliliğini doğurmuştur. AB özellikle bu konuda almış olduğu kararları üçüncü ülkelere dayatmak istemiştir. Türkiye ise üyelik süreci ve AB'yi havacılık pazarında besleyen en büyük aktörlerden biri olması dolayısıyla diğer üçüncü ülkelerden ayrılmaktadır. Bu durum, Yatay ve Kapsamlı Anlaşmaların hazırlık sürecini etkilemiştir. Bundan dolayıdır ki, Türkiye AB ilişkilerinin havacılık alanındaki hukukî gelişimi çok yavaş ilerlemektedir.

AB'NİN TÜRKİYE İLE İLGİLİ YASAL METİNLERİNİN İÇERİK ANALİZİ: FONKSİYONEL İLİŞKİNİN İMTİHANI

Eda KUŞKU SÖNMEZ⁵ - Damla CİHANGİR TETİK⁶

Son yıllarda Türkiye-Avrupa Birliği (AB) ilişkileri tarihindeki en sorunlu dönemi yaşamaktadır. 3 Ekim 2005'te AB ile müzakerelere başlayan Türkiye, paradoksal bir biçimde AB'den bu dönemden başlayarak giderek uzaklaşmış ve 2016 sonrasında müzakerelerde hiçbir ilerleme sağlanamamıştır. Müzakere sürecindeki bu tikanıklık, AB tarafında Türkiye ile ilişkinin sürdürülebilmesi için alternatiflerin neler olabileceği konusunda bir tartışmayı beraberinde getirmiştir. Tam üyelik yerine bazı farklılaşmış entegrasyon önerileri başta olmak üzere pek çok işbirliği ve ortaklık yöntemi AB her iki paydaş tarafından daha fazla dile getirilmiş ve fiiliyatta bu alternatif ilişki biçimlerinin de geliştiği gözlemlenmiştir.

En son genişlemesini 2013'te Hırvatistan'a yapan AB, uzunca bir süredir yeni bir genişlemeye sıcak bakmamaktadır. AB ile Türkiye haricinde müzakere yürütmekte olan Sırbistan ve Karadağ'ın üyeliklerinin de 2025'ten önce gerçekleşmesi beklenmemektedir. Bunların yanında, özellikle son beş yılda, başta yasadışı göçle mücadele ve Suriyeli mültecilerin durumu olmak üzere pek çok farklı konu üzerine Türkiye-AB ilişkileri sürmekte ve yeni işbirliği imkanları da ortaya çıkmaktadır. Türkiye-AB müzakereleri durma noktasına gelmişse de başta ticari ilişkiler, göçmen krizi, terörle mücadele gibi konular olmak üzere çeşitli politika alanlarında ve hukuki olarak ilişkiler sürmektedir. Türkiye'nin AB üyeliği gerçekleşmeden AB ile Gümrük Birliği'ne giren ilk ülke olması ilişkilerin özellikle ticari boyutta gelişmesi için bir altyapı oluşturmuştur. Ancak bu boyutta Türkiye'nin aleyhine işleyen süreçlerin yaşanması Türkiye tarafından Gümrük Birliği'nin modernizasyonunun talep edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Köklü ve uzun bir geçmişe dayanan Türkiye-AB ilişkileri, özellikle Avrupa Hukuku, Avrupa Çalışmaları ve Uluslararası İlişkiler akademik disiplinlerinde yıllardır popüler bir alt araştırma alanı olmuştur. Bu kapsamda pek çok çalışma yöntem olarak metin çözümlemesine ve söylem analizine yer vermiştir. Bu bildiriye, AB kurumları tarafından 2015 sonrası dönemde yayımlanan hukuki metinlerin incelemesi sunulacaktır. 2015'in bir dönüm noktası olarak seçilmesindeki sebep, bu dönemden itibaren Türkiye ile ilgili AB tarafından çıkarılan yasal metinlerin sayısında astronomik bir düşüşün yaşanmasıdır. Bu durum ilişkilerdeki daralmanın ve AB'nin Türkiye'ye yönelik ilgisindeki azalmanın belirgin bir göstergesi kabul edilebilir. Yine de, Türkiye-AB ilişkilerinin tarihinde en durgun ve sorunlu hale geldiği 2015-2020 döneminde AB tarafından Türkiye'yi konu alan toplamda 141 adet hukuki metin yayımlanmıştır. Bu çalışma bu metinleri bir veri seti haline getirerek içerik analizine tabi tutmuştur.

Bu metinlerde, Türkiye'nin AB tarafından hukuki olarak hangi statüde görüldüğünün ve AB'nin hangi konular ve politikalar üzerine Türkiye ile ilişkisini hukuki açıdan sürdürdüğünün izleri sürülecektir. Çalışmada, hukuki metinler yıllara, yasama faaliyetinde yer alan AB kurumlarına, mevzuat türlerine ve konularına göre sınıflandırılarak nitel ve karma yöntemler için bir veri analizi yazılımı olan MAXQDA'da analiz edilmiştir. Çalışma, AB kurumlarının Türkiye'ye ilişkin söylemlerinde öne çıkan yaklaşım ve politika başlıklarını tespit etmektedir. Tekrarlanan konular/temalar, kavramlar ve savlar MAXQDA programının analitik araçları ile teorik doyuma ulaşılan ve tüm yeni vakalar halihazırda var olan kodlara uyana kadar kodlama

⁵ Dr., Sabancı Üniversitesi, Siyaset Bilimi, Doktora Programı (2013)

⁶ Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü.

yapılmıştır. Yazılım programı ayrıca, tüm belgelerin içinde her kodun nicel dağılımını göstermektedir. Böylece, kodların görünürlüğüne ilişkin bir fikir vermektedir.

Analizin temel bulguları Türkiye'ye ilişkin güncel resmi AB yaklaşımının öncelikli olarak şu yedi konu üzerine şekillendiğini göstermektedir: Türkiye'nin AB'ye katılımı konusunda AB perspektifleri, Kopenhag siyasi kriterlerine uyum, göç krizi, ticaret politikası, dış politika, vize serbestisi, ve katılım öncesi mali yardımlar. Çalışmanın bulgularına bakıldığında bu öncelikli yedi başlıktan altısının Türkiye'nin katılım müzakere çerçevesinin bir parçası olduğu görülmektedir. Her ne kadar göç meselesi/krizi, AB müzakere çerçevesinin bir parçası olmasa da bu çalışma, var olan literatürü doğrularak, göç krizinin AB tarafından Türkiye'nin AB katılım süreci ile ilişkilendirildiğini ve güncel Türkiye-AB ilişkilerinin önemli bir boyutu haline getirildiğini göstermektedir. Bunun yanında, analizin bulgularına göre göç ve ticaret politikası ile dış politika, Türkiye-AB arasındaki temel politika alanları olmaya devam etmektedir. Son olarak, Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerine uyum meselesi de güncel AB hukuki metinlerinde vurgulanmaya devam eden bir konu başlığıdır. Çalışmanın çeşitli bulguları, Türkiye-AB ilişkilerinin siyasi ve ekonomik boyutlarının yanı sıra hukuki boyutunda da literatüre önemli katkılar sağlayacaktır.

Bildiri ilk olarak 2015 yılından bu yana Türkiye-AB ilişkilerine genel bir bakış sunmaktadır. Daha sonra çalışmanın metodolojik yaklaşımından bahsedilmektedir. Son olarak yedi başlık altında sınıflandırılan içerik analizinin bulguları paylaşılacaktır. Bu bağlamda, AB'nin Türkiye ile yeni (fonksiyonel) bir ilişki geliştirme konusundaki yaklaşımları hukuki metinlerin incelenmesi üzerinden değerlendirilecektir.

2. Oturum: Kişisel Veriler ile Bağlantılı Konular

10:30-11.30	2. Oturum: Kişisel Veriler ile Bağlantılı Konular
	Hüseyin Can AKSOY - Hukuki Boyutlarıyla Dijital Çağda Avrupa Birliği Veri Stratejisi: Amaçlar, Hedefler ve Engeller
	Baran KIZILIRMAK - Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Yayılma Etkisi Bağlamında AB ve Türk Hukuku
	Nilgün BAŞALP YILDIRIM - Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması Bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile AB Mevzuatının Karşılaştırılması
	Hakan HASIRCI - Birlik içinde Açılan Aciz Usullerinin Kişisel Verilere Etkisi

HUKUKİ BOYUTLARIYLA DİJİTAL ÇAĞDA AVRUPA BİRLİĞİ VERİ STRATEJİSİ: AMAÇLAR, HEDEFLER VE ENGELLER

Hüseyin Can Aksoy⁷

1980’li yıllardan bu yana Avrupa Birliği’nin gündeminde yer alan kişisel verilerin korunması meselesi, bilginin güç ile eş değer kabul edildiği bilgi toplumunun bir sonucudur. Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler ile modern teknolojik araçlar, bilgi toplumunun hammaddesi olan verilerin eskisinden daha hızlı ve fazla miktarda toplanabilmesine, gruplanabilmesine, analiz edilebilmesine ve üçüncü kişiler, kurumlar hatta ülkeler ile paylaşılabilmesine imkan tanımıştır. Bu durum, bir yandan veri işleyenlerin kişisel verileri elde etmeye ve işlemeye yönelik ilgisini artırırken, diğer yandan veri sahiplerinin menfaatlerinin tehlikeye girmesine yol açmıştır. Netice itibariyle, Avrupa Birliği düzeyinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlenmeler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

Ancak günümüzde, veri koruma hukuku eksenindeki tartışmalar, uzun yıllar boyunca kişinin mahremiyeti ve özel yaşamı ile ilişkilendirilen “kişisel verilerin korunması” meselesinin ötesine geçmiştir. Nitekim içinde yaşadığımız dijital çağda, verinin teşebbüsler nezdinde kazandığı ekonomik önem, bilgiden ticari değer elde etmek amacıyla verinin toplandığı, gruplandığı ve bir ağ içerisinde el değiştirdiği küresel bir ekosistem meydana getirmiştir. Veri ekonomisi olarak ifade edilen bu ekosistem, olabildiğince fazla miktarda, yüksek kalitede ve doğru veriye kolaylıkla ulaşılabilesini gerektirmektedir. Zira bu verilerin analizi neticesinde doğru çıkarımlar yapılabilmesi ve bu çıkarımlara dayalı başarılı aksiyonlar alınabilmesi için hammadde niteliğindeki verinin hem niceliği hem de niteliği önem taşımaktadır.

2020 yılına ilişkin Çalışma Raporu’nda [COM(2020) 37 final] dijital çağa uygun bir Avrupa yaratma amacını açıkça ortaya Avrupa Komisyonu, bu raporda ele alınan altı temel başlıktan bir tanesi olan dijital çağa uygunluk planı doğrultusunda, Avrupa Birliği’nin insancıl, etik ve değerlere dayalı bir yaklaşımla dünyada dijital lider olma hedefini de ifade etmiştir. Avrupa Birliği’nin varlık amacı ve benimsediği ilkeler ile uyumlu olan bu hedef, Avrupa Birliği’ni, başta Amerika Birleşik Devletleri ve Çin gibi ülkelerden ayırmakta ve kimi çevrelerce, veri ekonomisine zarar verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Ayrıca, Şubat 2020’de Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan bir başka tebliğ [COM(2020) 66 final] ile de Avrupa veri stratejisi ortaya konulmuştur. Bu tebliğde, Avrupa Birliği’nin daha iyi kararlar almak için veriden beslenen bir toplum oluşturmak bakımından örnek bir model yaratma vizyonu ifade edildiği gibi hem kişisel verilere hem de kişisel veri niteliği taşımayan verilere ilişkin gelecekte yapılabilecek olası Avrupa Birliği düzenlemelerinin çerçevesi, veri ekonomisinin gerekleri ile bağlantılı şekilde ortaya konulmuştur.

Anılan hedefler ve çizilen yol haritası Avrupa Birliği’nin veri ekonomisi ekosistemini güçlendirmek ve bundan elde edilecek faydaların artırılmasını sağlamak bakımından önemli olmakla birlikte çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Nitekim, özellikle, verinin Avrupa Birliği içerisinde serbestçe dolaşımının sağlanması ve ortak bir veri pazarı oluşturulması hedefi önünde birçok engel bulunmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa Birliği’nin veri ekonomisine dayalı bir liderlik yaratma amacı bakımından belirlediği hedefler ile bu hedefin önündeki olası engeller hukuki boyutlarıyla ele alınacaktır.

⁷ Doç. Dr. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKUNUN YAYILMA ETKİSİ BAĞLAMINDA AB VE TÜRK HUKUKU

Baran Kızıllırmak⁸

Planlanan tebliğ, asıl olarak kişisel verilerin korunması hukukunun farklı ülke hukukları üzerinde yayılma etkisini (spill-over effect) ele almaktadır. Tebliğde ileri sürülecek olan “kişisel verilerin korunması hukukunun güçlü olan yasal rejimden zayıf olana doğru yayılma etkisine sahip olduğu” tezi, Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) sistematığı bakımından incelenecek ve özellikle kişisel verilerin yurt dışına aktarılması mekanizması üzerinden değerlendirilerek ispatlanmaya çalışılacaktır.

Kişisel verilerin korunması konusu, Türkiye - Avrupa Birliği ilişkileri bakımından önem arz etmektedir. Zira, fasıllardaki ilerlemelerin yanı sıra kimi anlaşmaların yaşama geçirilmesinde Türkiye'nin kişisel verilerin korunması mevzuatını geliştirmesi ve Avrupa Birliği'nde benimsenen seviyeye denk bir düzeye getirmesi uzun zamandır gerekmektedir. Bu alandaki 2016 yılında başlayan gelişmelere karşın, Avrupa Komisyonu'nun son ilerleme raporlarında da belirttiği üzere Türkiye'nin yasal mevzuatı hala yeterli seviyede değildir.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması mevzuatını temel düzeyde etkileyen ve onu geliştiren Avrupa Birliği hukuku olmuştur. Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasında belirli güvencelerin getirilmesi, onların aktarıldığı ülkede de orijin ülkeye benzer / yakın bir korumaya sahip olmasını sağlamaktadır. Gerçekten de belirli ülke / organizasyonların hukuki rejimleri çerçevesinde kişisel veriler etkili biçimde korunmaktayken, bu verilerin farklı yasal rejimlere tabi olacak biçimde aktarılması, onları gerektiği gibi korunmama tehlikesiyle baş başa bırakmaktadır. Bunun önüne geçmek amacıyla, pek çok hukuki rejimde kişisel verilerin yurt dışına aktarılması hususu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel kurallardan ayrılarak açıkça düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasındaki düzenlemelerin ortak yanı, verilerin aktarıldığı ülkede tabi olacakları yasal düzenlemelerin de belirli düzeyde bir koruma sağlamasının aranmasıdır (Bunun olmaması halinde bağlayıcı şirket kuralları gibi farklı mekanizmaların da öngörüldüğü, Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Türk hukuku bakımından tebliğde açıklanacaktır). Nitekim, Türkiye'nin mevzuatını geç de olsa geliştirmesinin arkasındaki itici güçlerden biri de bu olmuştur. Zira özellikle dijital hizmet ve bilgi paylaşımının miktarının katlanarak arttığı günümüzde, kişisel verilerin gerek fiziki gerekse çevrim içi olarak devamlı aktarılması kaçınılmazdır. İşte bu aktarımlar bakımından orijin ülkenin yasal rejimi, kişisel verilerin gerektiği gibi korunmasını beklemektedir. Bunun sağlanmaması halinde, söz konusu verilerin aktarımının sınırlanması sonucu doğacaktır. Verilerin aktarılmasının sınırlanması ise; ilgili devletler ve o ülkede faaliyet gösteren tüzel kişiler kadar pek çok nedenle dışarıyla etkileşimde bulunan gerçek kişileri de etkilemektedir. Bilhassa ticari ve beşeri faaliyetlerin sekteye uğraması, sosyal etkileşimin azalması gibi pek çok olumsuz sonucu olan bu durum, devletler tarafından arzulanmamaktadır. İşte bunun önüne geçmek amacıyla, devletler yasal rejimlerini kişisel verilerin daha etkili biçimde korunacağı bir düzeye getirmeye çalışmakta, yeni mekanizmalar öngörmektedir. Bu da kişisel verilerin korunması hukukunun, daha doğru bir ifadeyle bu konudaki yasal düzenlemelerin; daha kapsamlı güvenceler öngören yasal rejimlerden daha zayıf düzenlemeler öngören yasal rejimlere doğru ‘akmasına’, oraya doğru yayılmasına yol açmaktadır.

⁸ Araştırma Görevlisi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD.

Ana hatlarıyla kişisel verilerin korunması hukukunun yayılma etkisinin anlatılmaya çalışılacağı tebliğde, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde kişisel verilerin Avrupa Birliği'nin dışına aktarılması için öngörülen üç aşamalı mekanizma ile Türk hukukunda öngörülen mekanizma karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda kişisel verilerin korunması hukukunun Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkileri bakımından önem arz ettiği hususlara değinilecek, Türk hukukunun bu konuyla sınırlı olarak geliştirilmesi için önerilerde bulunulacaktır. Aynı doğrultuda, Avrupa Birliği yasal rejiminin diğer ülkelerdeki yasal mevzuatı nasıl etkilediği üzerinde durulacak, güncel bir örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'yle kişisel veri aktarımı için öngörülen mekanizma olan Safe Harbor Principles ile Privacy Shield'ın geçersiz kılınmasına ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına (*Schrems & Schrems II*) değinilerek, Birliğin öngördüğü mekanizmanın ABD hukukunda da karşılık bulduğu vurgulanacaktır.

**KİŞİSEL VERİLERİN YURTDIŞINA AKTARILMASI BAKIMINDAN KİŞİSEL
VERİLERİN KORUNMASI KANUNU İLE AB MEVZUATININ KARŞILAŞTIRILMASI**
Nilgün Başalp Yıldırım⁹

7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile kişisel verilerin işlenmesinin tabi olacağı hukuki rejim ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Büyük ölçüde mülga 95/46 sayılı AB Yönergesi¹⁰ (Yönerge)’nin izlerini taşıyan KVKK bu benzerliğine rağmen kendine has düzenlemeler de içermektedir. Bunun yanı sıra, güncel AB mevzuatına bakıldığında da aynı tarihlerde (27 Nisan 2016) AB tarafından kabul edilen ve AB genelinde Mayıs 2018’de yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Regülasyonu¹¹ (Tüzük) ile de KVKK arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Tebliğde “sınıraşan kişisel veri aktarımı” hem Tüzük hem de KVKK açısından irdelenecek ve iki mevzuat arasındaki benzerlikler ve farklılıklara işaret edilecektir. Ayrıca Tüzük ’ün sınıraşan kişisel veri aktarımına yönelik düzenlemeleri ışığında KVKK’daki yurtdışına kişisel veri aktarımı hükmü açısından olası değişiklik önerileri tartışılacaktır.

Türkiye’den yurtdışına kişisel veri aktarımı, kenar başlığı “Kişisel verilerin yurtdışına aktarılması” olan KVKK m. 9 ile düzenlenmektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre kişisel verinin hukuka uygun surette yurtdışına aktarılabilmesi için ilgili kişinin açık rızasının alınması zorunludur. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasında yurtdışına aktarılacak kişisel verinin “genel nitelikte bir veri mi yoksa özel nitelikte bir veri mi olduğu” dikkate alınarak bu kurala istisnalar getirilmektedir. Hükümde, genel nitelikteki kişisel veriler için KVKK m. 5/ f. 2’de sayılan hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması ve özel nitelikli kişisel veriler içinse KVKK m. 6/ f. 3’deki hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması şartına bağlı olarak; (i) verilerin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması ya da (ii) yeterli korumanın bulunmaması halinde Türkiye’deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun (Kurul) izninin bulunması hallerinde kişisel verinin yurtdışına aktarılması bakımından ilgili kişinin açık rızasının aranmayacağı kabul edilmiştir.

Her ne kadar KVKK m. 9/ f. 4’te Kurul tarafından yeterli korumanın bulunduğu (güvenli) ülkelerin ilan edileceği belirtilmiş olsa da, kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana bu ülkeler halen açıklanmamıştır. Buna karşılık, 26.10.2020 tarihli kamuoyu duyurusu ile Kurul tarafından güvenli ülke listesinin ilanı önündeki engelleri açıklanmıştır.¹²

Yeterli korumayı taahhüt eden bir metnin içermesi gereken asgari koşullar ise Kurul tarafından 16.05.2018 tarihinde duyurulmuş ve internet sitesinde “*veri sorumlusundan bir başka veri sorumlusuna aktarım*” ile “*veri sorumlusundan veri işleyene aktarım*” bakımından bir ayrım gözetilerek veri sorumlularınca uyulması gereken iki farklı taahhütname örneği yayınlanmıştır.¹³ Her iki belge, veri aktarımını konu alan sözleşmelere konulacak hükümler bakımından bir çerçeve yaratmaktadır. Veri aktarımına başlanmadan önce ise bu belgelerde

⁹ Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

¹⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995, s. 31–50.

¹¹ Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 04.05.2016; cor. OJ L 127, 23.5.2018.

¹² Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU> (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

¹³ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4236/Yurtdisina-Veri-Aktariminda-Veri-Sorumlularinca-Hazirlanacak-Taahhutnamede-Yer-Alacak-Asgari-Unsurlar> (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

aranan asgari unsurlara yer veren taahhütnamelerin imzalı metni Kurul'un onayına sunulması gerekmektedir. Bunun yanında, yurtdışına kişisel veri aktarımında hazırlanacak taahhütnameler açısından 07.05.2020 tarihinde Kurul tarafından internet sitesinde yayınlanan hususların da dikkate alınması gerekmektedir.¹⁴

Ayrıca, her ne kadar KVKK m. 9'da ismen düzenlenmemiş olsa da, çok uluslu grup şirketlerinin kendi içinde gerçekleştirilecek yurt dışına veri aktarımlarında uymayı taahhüt ettikleri kuralların Kurul tarafından uygun bulunması halinde "yeterli korumayı taahhüt etme yükümlülüklerini" karşılamış olacakları Kurul tarafından kabul edilmektedir.¹⁵

Kişisel verilerin yurtdışına aktarımına ilişkin olarak KVKK m. 9/ f. 5'te mehzaz niteliğindeki mülga Yönerge'de karşılığı olmayan bir sınırlama göze çarpmaktadır. "*Kişisel veriler, ..., Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurtdışına aktarılabilir*". Lafzı itibarıyla yorumu muhtaç olan bu hükmün içerdiği belirsizlikler karşısında zorunlu olarak tartışılması gerekmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 9/ f. 6'da ise kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasına ilişkin ilgili yasa hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri söz konusu yasa hükmüne örnek gösterilmektedir. Ayrıca Kurul'un bankacılık sektörüne ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi çerçevesinde bankanın yapacağı aktarımların da bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir.¹⁶

AB sınırları dışına veri aktarımına ilişkin hükümler ise Tüzük'te 5. bölümde yer almaktadır. Tüzük m. 44, Yönerge'de de yer alan genel çerçeveyi karşılamaktadır. Bu açıdan Avrupa Birliği'nde Yönerge ile karşılaştırıldığında genel çerçevenin korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak uygulamadaki sorunları aşacak birtakım değişikliklerin yapıldığını da ifade etmek gerekir. Bunlardan bir tanesi, Tüzük m. 45 çerçevesinde yapılacak "bir ülkenin güvenli ülke olup olmadığı" değerlendirilmesinde, Komisyona yol gösterecek kriterlerin çok daha geniş bir çerçevede düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca şartların değişmesi halinde "güvenli ülke" kararının geri alınabileceği de yine bir yenilik olarak düzenlenmiştir.

Tüzük ve Yönerge arasındaki önemli farklardan bir diğeri ise, KVKK mevzuatı çerçevesinde "yeterli koruma taahhüdü" olarak bildiğimiz standart sözleşme hükümlerine (Standart Contract Clauses¹⁷) ilişkin denetleyici otoritenin onayı koşulu bakımından yapılan ayrıntılı değişiklikler. KVKK ile karşılaştırıldığında özellikle uygulamada bireysel başvurular nedeniyle tıkanıklığa

¹⁴ Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6741/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-HAZIRLANACAK-TAAHHUTNAMELERDE-DIKKAT-EDILMESI-GEREKEN-HUSUSLARA-ILISKIN-DUYURU> (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

¹⁵ Kurul çok uluslu grup şirketleri arasında yapılacak aktarımlarda kullanılacak Bağlayıcı Şirket Kurallarına ilişkin başvuru formu ve Bağlayıcı Şirket Kurallarında bulunması gereken temel hususlara ilişkin aydınlatıcı bir rehberi de internet sitesinde yayımlamıştır. Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6728/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-BAGLAYICI-SIRKET-KURALLARI-HAKKINDA-DUYURU> (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

¹⁶ "İlgili kişiye ait verilerin veri sorumlusu bir banka tarafından rızası olmaksızın babası ile paylaşılması karşısında kişinin Bankadan tazminat talep etmesi hakkında" Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16/01/2020 Tarihli ve 2020/43 Sayılı Karar, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6715/2020-43> (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

¹⁷ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en (Son erişim tarihi: 19.02.2021).

yol açan taahhütname onayları açısından önemli farklılıklar öne çıkmaktadır. İki ayrı hüküm konuya ilişkin birer düzenleme getirmektedir:

- Tüzük m. 46/ f. 2 kapsamında söz konusu aktarımın hukuki dayanağı ayrıntısı ile düzenlenmektedir. Hükümde ilk göze çarpan, onayın kaldırılması ile birlikte söz konusu yeterli korumayı bahşedecek taahhütlerin kapsamı ve hazırlanışı konusundaki ayrıntılı düzenlemelerdir. Tebliğde bu konu özellikle irdelenecektir. Bu kapsamda önemli yenilikler olarak Tüzük m. 40 çerçevesinde onaylanmış davranış kurallarının (code of conduct) yaratacağı alternatif hukuki temel ile Tüzük m. 42 çerçevesinde onaylanmış bir sertifikasyonun beraberinde getireceği alternatif yöntem de dikkate değerdir.
- Tüzük m. 46/ f. 3 kapsamında ise, eskiden Yönerge’de ve halihazırda ülkemizde olduğu gibi, ilgili taahhüdün denetleyici otorite onayına sunulması bir alternatif olarak korunmaktadır.

Diğer önemli yenilikler ise Yönerge’de ismen açıkça anılmamış olmasına rağmen uygulamada yaygın olarak kullanılan bağlayıcı şirket kurallarının (Tüzük m. 47 ile) ismen tanınması ve detaylı olarak düzenlenmesi ile (Tüzük m. 48 çerçevesinde) idari düzenlemelerin ve üçüncü ülke mahkemelerinin kararlarının da hukuka uygun bir veri aktarımına temel sağlayabileceğinin kabul edilmesi olarak anılabilir. Bunun yanında, Tüzük açısından özellikle eleştiri konusu olan bir diğer önemli yenilik ise m. 49’da yer almaktadır. Hükme göre üye ülkeler belli kategorilerdeki verilerin aktarımını toplumsal menfaate ilişkin nedenlerle kısıtlayabilecektir. Bu yenilik de içerdiği belirsizlik dikkate alınarak KVKK m. 9/ f. 5 karşısında ayrıca tahlil edilmelidir.

Tebliğin sonuç değerlendirmeleri kapsamında sınıraşan kişisel veri aktarımına yönelik Tüzük hükümleri ışığında KVKK açısından olası değişiklik önerileri tartışmaya açılacaktır. Kuşkusuz söz konusu önerilerin tanıtılması ve tartışılması KVKK revizyonu açısından dikkate ve üzerinde tartışmaya değer noktalardır.

Kişisel veri konusu, bir üst başlık olarak son derece geniş kapsamlıdır. Çünkü bir kavram olarak “*kişisel veri*”, esasen tek başına bir anlam ifade eder ve müstakil bir hukuk alanı olarak ele alınabilir. Öte yandan bu kavram, diğer hukuk alanları ile de yakın ilişki içindedir. Kişisel verilerin korunması, öncelikle kişiliğin ve özel hayatın gizliliğinin korunması bağlamında anayasa hukuku ele alınmadan değerlendirilemez. Bunun dışında kişisel verilerin işlenmesi, bir malvarlığı değeri olarak sözleşmeler hukukunu ilgilendirir. Bu disiplinler arası yapı, aciz hukuku bakımından da ayrı bir anlam ve öneme sahiptir.

Aciz hukukunun kişisel veriler ile ilgisi ise iki boyutludur. Bunlardan ilki açılan bir aciz usulü içinde kişisel verilerin korunması, ikincisi ise kişisel verilerin işlenmesi hususudur. Bugün yürürlükte olan 2015/848 sayılı Aciz Usullerine İlişkin Tüzük¹⁹, kişisel verilerin korunmasına dair ayrı bir bölüme sahiptir. Kişisel verilerin aciz usulleri içinde korunması, esasen aciz hukukundaki gelişmeler dolayısıyla bir zorunluluktur. Çünkü Tüzük, yürürlükten kaldırdığı 1346/2000 sayılı Tüzük²⁰ ile karşılaştırıldığında daha çok gerçek kişiyi ve onların kişisel verilerini ilgilendiren düzenlemeler ihtiva eder. Öncelikle 2015/848 sayılı Tüzük’ün uygulama alanı, gerçek kişi tüketicileri ve serbest meslek erbaplarını da kapsar. Buna ek olarak Tüzük, açılan aciz usulünün Birlik içinde ilânını da özel olarak düzenler. Tüzük m. 54, mahkemeler ve aciz uygulayıcılarının aciz usulü açıldığı anda yabancı alacaklıları (ikametgahları, meskenleri ya da eğer şirket ya da tüzel kişi ise tescil oldukları yer aciz usulünün açıldığı ülke dışında ve fakat bir üye devlet içinde olan alacaklıları) derhal bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlerken; aynı madde bu ilanda paylaşılacak olan bilginin asgari limitini de belirler. Tüzük m. 24 uyarınca da üye devletlerin kamusal olarak ulaşılabilir elektronik aciz sicillerini kurma yükümlülüğü bulunur. Daha çok gerçek kişiyi kapsamına alan aciz usulleri çerçevesinde alacaklıların bilgilendirildiği, kamusal olarak ulaşılabilir ve aleni sicillerin kurulduğu bir sistemde Tüzük, bunun doğal bir sonucu olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler de sevk etmiştir. Tüzük, 6. Bölümünü (m. 78 ilâ 83) tamamen aciz usulünde kişisel verilerin korunmasına ayırmıştır.

Buna karşılık aciz hukukunda kişisel verilerin önemi, yalnızca gerçek kişi borçlunun kendi sahip olduğu kişisel verilerin korunmasından ibaret değildir. Aciz hukukunda kişisel veriler ele alınırken üzerinde durulması gereken ikinci boyut, hakkında aciz usulü açılan işletmelerde işlenmesi için izin verilmiş olan kişisel verilerin durumudur. 2015/848 sayılı Aciz Usullerine İlişkin Tüzük’ün kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak göndermede bulunduğu 95/46 sayılı AB Direktifi, 2016/679 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Olarak Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Tüzük²¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2016/679 sayılı Tüzük, 2016 yılında kabul edilmiş olmasına rağmen, bu Tüzük’ün Avrupa birliği içindeki işletmelere etkisi tam olarak ancak Tüzük’ün yürürlüğe girdiği 2018 yılından sonra anlaşılmaya başlanmıştır. İşlenen kişisel verilerin tabi olacağı hukuki rejimin Tüzük seviyesinde düzenlenmesi faydalı olmakla birlikte; bu konuda kabul edilen düzenlemeler, ilgili diğer alanlara dair Tüzük düzenlemeleri ile birlikte ele alınınca karmaşık bir yapıyı ortaya çıkarır. Bu durum aciz usulleri bakımından da geçerlidir. Örneğin, online hizmetlerin sunumu bakımından 2016/679 sayılı Tüzük m. 4, 1 kapsamında veri süjesi olan bir kişi ya da müşteri verilerinin işlenmesine izin verdiğinde, bu verileri işleyecek olan

¹⁸ Dr. Öğretim Üyesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD.

¹⁹ OJ L 141/19, 05.06.2015.

²⁰ OJ L 160, 30.06.2000.

²¹ OJ L 119, 4.5.2016.

işletme (2016/679 sayılı Tüzük m. 4, 7 uyarınca “*kişisel veriyi kontrol eden*” sosyal medya web sitesi ya da online platform), bu verileri inhisarî olarak (yalnızca kendisinin ulaşabileceği şekilde) depolar. Bu işletme hakkında bir aciz usulü açıldığında, müşterilerin kişisel verilerinin akıbetinin ne olacağı, aciz usulünün uygulayıcılarının bu kişisel verileri borçlunun diğer malvarlığı unsurları gibi üçüncü kişilere “*satabilip satamayacağı*” gibi hususlar gündeme gelir. Böyle bir halde, yalnızca kişisel verilere ilişkin açıklama yapmak yetersiz olur ve konuya aciz hukuku bağlamında özel olarak yaklaşılması gerekir.

Bu tebliğ çerçevesinde, öncelikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin 2015/848 sayılı Tüzük düzenlemeleri üzerinde durulacak ve bu konuda kurulan sistem ele alınacaktır. Tebliğin ikinci kısmında ise 2016/679 sayılı Tüzük kuralları uyarınca kişisel verilerin, açılan aciz usulleri içinde bir malvarlığı değeri olarak işlem görebilmesinin şartları incelenecektir.

3. Oturum: Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği ile Bağlantılı Konular

11:30-12.30	3. Oturum: Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği ile Bağlantılı Konular
	Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR - Avrupa Birliği'nin Ceza Hukuku Alanında Yeknesaklaştırma Yetkisi ve Bu Yetkinin Sınırları
	Işıl S. TEKDOĞAN BAHÇIVANCI - Yeni Brüksel İter Tüzüğü'nün Getirdiği Değişiklikler
	Esra TEKİN - İnternet Ortamında Kişilik Haklarının Sözleşme Dışı İhlâlinde Yetkili Mahkemenin Tayinine İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihadı Hakkında Değerlendirmeler
	Günhan GÖNÜL KOŞAR - Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nde (PETL) ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda (DCFR) Kusur ve Türk Haksız Fiil Hukukuna Katkı Sağlayabilecek Hususlar

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN CEZA HUKUKU ALANINDA YEKNESAKLAŞTIRMA YETKİSİ VE BU YETKİNİN SINIRLARI

Gülşah Bostancı Bozbayındır²²

Avrupa Birliği hukuku ile ceza hukuku alanları uzunca bir süre ayrı hukuk alanları olarak ele alınmıştır. Ancak gerek ABAD kararlarında gerekse birinci sütuna ilişkin düzenlemelerde ceza hukuku alanının diğer alanlardan kesin olarak ayrılması üye ülkelerin ceza hukuku alanına ilişkin takdir hakları sınırlanmıştır ve hatta bu sınır Birlik tarafından zaman zaman aşılmıştır. Bu durum bir yandan Birlik hukukunun ulusal hukuklar üzerinde öncelik ilkesi, bir yandan da Birlik düzenlemelerinin doğrudan etkisi neticesinde Avrupa entegrasyonunun bir yan etkisi olarak, ulusal ceza hukuku üzerinde Birlik hukukunun etkisinin göz ardı edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Zira sırf ceza hukuku alanında diye bu ilkelerin ulusal ceza hukuku mevzuatını etkilememesi mümkün görünmemiştir. Özellikle Birliğin yetkisi dahilindeki diğer alanlardaki düzenlemelerin ulusal ceza hukuku ile çakışması da çoğu alan bakımından mümkün olabilmiştir. Bunun en tipik örneği ulusal ceza hukukunda suç olarak düzenlenen ancak Birlik mevzuatında bir özgürlük olarak kabul edilen fiillerdi. Birlik mevzuatından kaynaklanan bir özgürlüğün orantısız bir biçimde sınırlandırılması ya da dürüst işbirliği ilkesine aykırı olarak Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürecek bir cezai tedbirler alınması halinde ise yerel mahkeme ulusal normu uygulamayacaktı. Tam tersine yine dürüst işbirliği ilkesi gereği Birliğin hedeflerini tehlikeye düşürecek durumları da cezalandırmaları gerekmektedir. Ancak özellikle ABAD'ın Yunan Mısırı ve Çevre Suçları davalarındaki yaklaşımı ile Birlik mevzuatının üye ülkelerin ceza hukukları üzerindeki takdir haklarına müdahale oluşturabileceğini gösterilmiştir. Böylelikle gerek ABAD kararları gerekse Birliğin üye devletler arasındaki ilişkilere uygulanan ilkeleri üye devletlerin ceza hukuku alanındaki takdir hakları kısıtlanmıştır. Böylelikle aşamalı olarak üye devletlerin ceza hukuklarının avrupalılaşması sürecine girilmiştir.

Lizbon Antlaşması ile birlikte AB ilk defa ulusalüstü ve orjinal avrupa ceza hukuku oluşturma yetkisine kavuşmuştur. Bugün Avrupa Ceza Hukuku dendiğinde ulusal parlamentolar tarafından kendi ceza kanunlarına dahil edilen ve kaynağını Birlik mevzuatında bulan normatif bir yapıdan söz edilebilir. ABİA 83. maddeyle birlikte, Birlik artık direktifler yoluyla ceza hukuklarını yakınlaştırma yetkisine sahip olmuştur. Lizbon Antlaşması ile kabul edilen direktifler, daha önceki çerçeve kararların yerine gelen ve bunların sınırlarını genişletici mahiyettedir. Bunun sonucunda, şekli suç yaratmanın artışına yönelik eğilimin önü açılmış olmaktadır. Ceza hukuku sahasındaki cezai konularda adli işbirliği özgürlük, güvenlik ve adalet alanının bir parçası olarak Birlik ve üye ülkeler arasında paylaşılan yetkiler arasında olduğundan, bu yetkiler kullanılırken orantılılık ve yedeklik (katmanlı yetki) ilkelerine dikkat edilmelidir. Ceza hukuku uyumlaştırması, üye devletlerden Birliğe transfer olan yetkilerini desteklenmesi şeklinde görülen adalet ve iç işleri konuları da dahil AB kurumlarının gelişmekte olan rolünün bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, Lizbon Antlaşması ile AB etkin bir biçimde maddi ceza hukukunun yaratılmasına dahil olmaktadır. Uyumlaştırmanın AB hukukunda bir ceza hukuku oluşturma amacı olduğu açıkça zikredilmektedir. Özellikle ABİA m. 83/2.fıkra Birlik politikasının etkili biçimde uygulanmasını sağlamak amacına vurgu yapmakta ve ilgili alanda suçların ve yaptırımların tanımlanmasına ilişkin asgari kuralların belirlenebileceğini -gereklilik hali ile sınırlandırmaya çalışsa da- ifade etmektedir.

Sınır ötesi boyutu olan suçlarda Birliğin ceza hukuku alanında yetkisi ABİA 83. maddede belirtilmektedir. Bu duruma ilişkin mevzuatta çoğunlukla suçun uluslararası ölçekli ve uluslararası çapta olduğu şeklinde ifade edilmektedir. Zira, örneğin modern bilgi sisteminin

²² Doç. Dr., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.

sınır ötesi ve ulus ötesi karakteri, bilgi sistemine karşı sınır ötesi saldırılar anlamına gelmektedir. Bu durum ilgili alanda ceza hukukunun yakınlaştırılması hususunda acil bir eyleme geçilmesini gerekli kılmaktadır. Üye devletlerin yeterli şekilde amaçları yerine getiremeyecekleri hallerde Birlik düzeyinde gerçekleştirilebileceği öngörülüyorsa Birliğin belli alanlarda da harekete geçebileceği katmanlı yetki ilkesiyle ifade edilmiştir. Etkin şekilde mücadele edemeyecek olması üye devletin suçu soruşturma ve kovuşturması ile denk tutulmaktadır. Buna göre, üye devletlerde önemli hukuki boşlukların olması ve aralarında kanuni farklılıkların yer alması bu alanlardaki mücadeleyi zora sokmakta hatta terörizm ve organize suçlarda ciddi oranda engellemekte, etkin bir polis ve adli işbirliğini de çetrefilli hale getirmektedir. Ceza hukukunun üye devletler arasında farklı olması, hukuki boşlukların mevcudiyeti suçlular için avantaj olmuş, onları kanunları daha az sert olan ülkelerde suç işlemeye teşvik etmiştir. Suçların ulusal düzeyde ortaya çıkan düzenlemelerindeki farklılık ve suç tanımı ve cezalarındaki çeşitlilikler uluslararası adli işbirliği karşısındaki engeller olarak nitelendirilmiş, bu nedenle AB tarafından hukukun uyumlaştırılmasının meşru zemini olarak sunulmuştur. Bu ifadeler zaman zaman çerçeve kararların gerekçelerine de yansımıştır. Örneğin çocukların cinsel istismarıyla mücadeleye ilişkin çerçeve kararda üye devletlerdeki farklı kanuni yaklaşımların üzerinde düşünülmesinin gerekli olduğuna işaret edilmiştir. Aynı durum ırkçılık ve yabancı düşmanlığına ilişkin çerçeve kararda da bulunmaktadır. Kararda bütün üye devletlerde ortak bir suç tipinin meydana getirilmesinin sağlanması amacıyla Birlik bünyesinde ortak bir ceza hukuku yaklaşımının belirlenmesinin önemine vurgu yapılmıştır.

YENİ BRÜKSEL İTER TÜZÜĞÜNÜN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER

Işıl S. Tekdoğan Bahçivancı²³

Avrupa Birliği (AB) Konseyince hazırlanan, 2019/1111 sayılı Evlilik ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Hususlar ile Uluslararası Çocuk Kaçırma Konusunda Yetki ve Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü (Brüksel İter Tüzüğü veya Tüzük) 1 Ağustos 2022 tarihinde yürürlüğe girecektir. Söz Konusu Tüzük, 2201/2003 sayılı Evlilik ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğündeki (Brüksel Ibis veya Brüksel IIA Tüzüğü) kuralların iyileştirilmesi amacıyla yeniden düzenlenmesi olarak Brüksel İter Tüzüğü veya Brüksel IIB Tüzüğü adıyla anılmaktadır.

Brüksel Ibis Tüzüğü, AB’de aile hukuku konularında yargısal işbirliğinin temel taşı olarak kabul edilmektedir. Bu tüzüğün 10 yıl kadar süreyle uygulanmasından sonra 2014’te uygulamadaki etkileri değerlendirilmiş ve değiştirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Avrupa Komisyonu, hazırladığı Tüzük taslağını 30 Haziran 2016 tarihinde Konsey’e sunmuştur. Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın “Hukuki Konularda Adli İşbirliği” başlıklı 81/3. fıkrasında belirtilen özel yasama usulü nedeniyle öncelikle Avrupa Parlamentosunun görüşü alınmış, daha sonra kararın oybirliği ile onaylanması gerekmiştir. Yaklaşık 3 yıl süren görüşmeler sonunda Tüzük, 2 Haziran 2019’da Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Tüzüğün 100. maddesinde düzenlenen geçiş hükümlerine göre, Brüksel Ibis Tüzüğü, Brüksel İter Tüzüğü kapsamına giren ve 1 Ağustos 2022’den önce açılan davalar, resmi olarak hazırlanan veya kaydedilen belgeler ve imzalandıkları Üye Devlette uygulanabilir durumdaki anlaşmalara uygulanmaya devam edecektir. Brüksel İter Tüzüğü hükümleri, 1 Ağustos 2022 tarihinde veya daha sonrasında gerçekleşecek işlemler için uygulanmaya başlayacaktır.

Tüzük, kapsamına giren konularda hukuki kesinliği güçlendirmeye ve esnekliği artırmaya, mahkemeye erişimin iyileştirilmesine ve bu tür işlemlerin daha verimli yapılmasını sağlamaya yardımcı olmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu doğrultuda, boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali ile ebeveyn sorumluluğuna ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, yeknesak milletlerarası yetki kuralları belirlemektir. AB içinde kararların, resmi belgelerin ve belirli anlaşmaların dolaşımını kolaylaştırmak için tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içermektedir. Ayrıca, çocuğun tabi olduğu yargılamalarda görüşlerini ifade etme fırsatına sahip olma hakkını açıkça düzenlemekte ve Üye Devletler arasındaki ilişkilerde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesini (1980 Lahey Sözleşmesi) tamamlayan hükümler içermektedir. Nafaka yükümlülükleri, bu yükümlülükler 4/2009 sayılı Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü kapsamına girdiğinden, bu Tüzüğün kapsamı dışında tutulmuştur.

Tüzük kapsamındaki önemli değişiklikler için öncelikle bakılması gereken yer, Brüksel İter Tüzüğü başlığının Brüksel Ibis Tüzüğü başlığından farklı olan kısımlarıdır. Bu doğrultuda ilk büyük değişiklik mahkeme dışı kararlarla ilgili yapılırken, ikinci önemli değişiklik 1980 Lahey Sözleşmesi ile Tüzük arasındaki ilişkiler konusunda gerçekleştirilmiştir.

Brüksel Ibis Tüzüğüne göre, esasen devlet mahkemelerinin kararları tanıma tenfiz usulüne tabi iken Brüksel İter Tüzüğü buna ek olarak, Üye Devletlerin noter gibi yetkili makamları tarafından hazırlanan veya kaydedilen resmi belgeleri ve yine Üye devletlerin kamu kuruluşları tarafından kaydedilen taraflar arasındaki anlaşmaları da bu kapsama almıştır. Hemen belirtelim

²³ Arş. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

ki, “anlaşmalar” ile ilgili olarak bir kamu makamının dahil olması gerektiğini açıkça belirttiğinden, tamamen “özel” nitelikte boşanmalar, Brüksel IIter Tüzüğü kapsamı dışında kalmaktadır. Tüzük kapsamına giren “medeni hukuk konuları”, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihadı ve 1980 Lahey Sözleşmesi 19. maddesine göre ebeveyn sorumluluğunun özüne ilişkin olmayan, ancak bununla yakından ilgili olan işlemlerdir. Tenfiz usulleri, ulusal hukuklara bağlı olarak adli veya mahkeme dışı olabileceğinden, mahkemeler, icra memurlarını ve ulusal mevzuatla belirlenen diğer makamlar tenfiz için yetkilidir.

Çocuk kaçırma konusunda, Brüksel IIter Tüzüğü'nün 1. maddesinin 3. fıkrası açıkça, III. (Uluslararası Çocuk Kaçırma) ve VI. (Genel Hükümler) Bölümlerin, bir çocuğun haksız yere götürülmesinin veya alıkonulmasının birden fazla Üye Devleti etkilediği ve bu şekilde 1980 Lahey Sözleşmesini tamamladığı durumlarda geçerli olduğunu belirtmiştir. Tüzüğü'nün söz konusu maddesi, 1980 Lahey Sözleşmesi ebeveyn sorumluluğunun esasına ilişkin yargılama olmamasına rağmen, IV. (Tanıma ve Tenfiz) Bölümdeki kuralların uygulama alanını, bu sözleşme uyarınca çocuğun geri gönderilmesine ilişkin kararın verildiği Üye Devletten başka bir Üye Devlette tenfiz edilmesi gereken durumlara kadar genişletmiştir. Bu değişiklik, bir Üye Devletten diğerine ikinci veya daha fazla kaçırılma durumunda, 1980 Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun iadesi için yeni prosedür başlatma imkanına hanel getirmeden, Tüzüğü'nün tanıma ve tenfiz hükümlerinin kullanılmasına izin vermektedir.

Brüksel IIter Tüzüğü ve Brüksel IIbis Tüzüğü'nün ortak teması, çocuğun yüksek yararınıdır. Ne var ki Brüksel IIbis Tüzüğü bu kavramı tanımlamamakta, Brüksel IIter Tüzüğü ise bu kavramın kapsamını belirleme konusunda daha fazla unsur sağlamaktadır. Ayrıca, Brüksel IIter Tüzüğü, Brüksel IIbis Tüzüğü ile karşılaştırıldığında bazı durumlarda çocuğun yüksek yararı ilkesini daha çok vurgulamaktadır. Örneğin, Tüzük, mahkemelerin tarafları arabuluculuğa veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına sevk edip etmemeye karar vermesi konusunda çocuğun yüksek yararı kavramına atıfta bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, 21. maddede "çocuğun görüşlerini ifade etme hakkı" ile ilgili genel bir hüküm getirmekte ve bir çocuğun ne zaman ve nasıl dinlenmesi gerektiğine ilişkin farklı ulusal usulleri dikkate almaktadır. Aksine Brüksel IIbis Tüzüğü, çocuğun dinlenilmesine ilişkin böyle bir genel kural içermemektedir.

Değinen bu konular, yeni Tüzük kapsamında yapılan değişikliklerden birkaçıdır. Her ne kadar Brüksel IIter Tüzüğü yürürlükte olmadığı için hükümlerinin ABAD kararları çerçevesinde yorumlanması henüz mümkün olmasa da, bu incelemede Tüzüğü'nün önemi, hedefleri ve uygulama alanı çerçevesinde gerçekleştirilen önemli değişiklikler genel olarak ortaya konulacak, Tüzük ile neler başarıldı sorusuna cevap vermeye çalışılacaktır.

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ SÖZLEŞME DIŞI İHLÂLİNDE YETKİLİ MAHKEMENİN TAYİNİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI İÇTİHADI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER²⁴

Esra Tekin²⁵

Günümüzde internet vasıtasıyla dünya üzerindeki sınırlar belirsiz hâle gelmiş, bunun bir sonucu olarak da internet aracılığıyla insanlar, dünyanın öteki ucundaki insanlarla irtibata geçebilmeye başlamışlardır. Özellikle de sosyal medyanın ortaya çıkmasıyla kişiler, geleneksel medyadaki tüketici konumlarından farklı olarak içerik üretici konuma erişmişlerdir. Fotoğraf, video ve fikir paylaşımına olanak veren bu ağlarda kişilik hakları kapsamındaki manevî kişisel değerlerin ihlâli oldukça kolay hâle gelmiştir.

İnternet ortamındaki bir içerik coğrafî sınırlardan bağımsız olarak her yerdedir. Bu sebeple, belli bir coğrafî alana hasredilme amacı taşıyan milletlerarası yetkinin tayinine ilişkin kurallar, internet ortamına uyarlanma konusunda güçlük arz etmektedirler. Avrupa Birliği (AB) bünyesinde mahkemelerin milletlerarası yetkisi, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin yetkisi ve İlâmların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 12.12.2012 tarihli *Brüksel I bis Tüzüğü*²⁶’nde düzenlenmiştir. Söz konusu Tüzüğün m. 7(2) hükmünde, genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgâhına (m. 4) alternatif olarak “*haksız fiilin meydana geldiği veya gelebileceği yer*” mahkemelerinin yetkisini düzenlemiştir (*forum delicti*).

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâlinde zararın lokalizasyonunu sağlayabilmek açısından çeşitli aşamalardan yararlanılmaktadır. Bunlar, kişilik haklarının ihlâline sebep olduğu iddia edilen içeriğin oluşturulması, bu içeriğin üçüncü kişilere aktarılması, üçüncü kişinin içerikle karşılaşması, içeriğin anlaşılması ve ihlâlin sonuçlarının meydana gelme aşamalarıdır. Tüzükteki “*haksız fiilin meydana geldiği yer*” kavramını lokalize edebilmek için bu aşamalardan hangisine başvurmak gerekeceği hususu tartışmalı olup, haksız fiilin meydana geldiği yer kavramı ABAD tarafından çeşitli davalarda yorumlanmıştır. İctihadın gelişimini ve ABAD’ın yaklaşımını ortaya koyabilmek amacıyla çalışmamızda Tüzüğün ilgili maddesinin²⁷ yorumuna ilişkin önemli kararlar ele alınacaktır. Bu kapsamda *Bier v. Mines de potasse d’Alsace*²⁸, *Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA*²⁹, *eDate Advertising and Others v. X and Société MGN Limited* ile *Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*³⁰ ve

²⁴ Bu tebliğ, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı Doktora programı bünyesinde 21.12.2020 tarihinde savunulan “Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlâlinde Sorumluluk” başlıklı tezden türetilmiştir.

²⁵ Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

²⁶ REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>>, (16.02.2021).

²⁷ Tüzüğün m. 7(2) hükmü ile Brüksel Konvansiyonu (1968 *Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*)’nun m. 5(3) hükmü aynı olduğundan eski içtihat da çalışmamız kapsamında değerlendirilmiştir. Brüksel Konvansiyonu için bkz. <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41968A0927(01))>, (17.02.2021).

²⁸ ABAD, 30.11.1976, C- 21/76, Kararın Fransızca metni için bkz. <<https://eurlex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0021&from=EN>>, (16.02.2021).

²⁹ ABAD, 07.03.1995, C-68/93, Kararın İngilizce metni için bkz.

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98911&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=453466>>, (16.02.2021).

³⁰ ABAD, 25.10.2011, C-509/9 ile C-161/10, Kararların İngilizce metinleri için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0509&from=EN>>, (16.02.2021).

*Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*³¹ kararlarındaki içtihat değerlendirilecektir.

EDate ve *Martinez* davalarındaki ön sorunlar üzerine yeni bir yetki irtibatı olan “*mağdurun menfaatler merkezi (the Place Where the Alleged Victim has his/her Centre of Interests)*” kavramı gündeme gelmiştir. Çalışmamızda bu kavramın somutlaştırılmasına ilişkin tartışmalara da yer verilecektir. Ayrıca *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB* kararında da tüzel kişilerin menfaatler merkezi tespit edilmeye çalışılmıştır. Nitekim Tüzel kişilerin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi kişisel değerleri bulunmaz; ancak, ad, şeref ve haysiyet, ticarî itibar gibi kişisel değerleri kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır. *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB* kararında ticarî itibarının korunmasını talep eden tüzel kişiliğin menfaatler merkezi somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Çalışmamızda tüm bu kararlar ışığında internet ortamında kişilik haklarının sözleşme dışı ihlâlinde yetkili mahkemenin tayinine ilişkin içtihat değerlendirilmeye çalışılacaktır.

³¹ ABAD, 07.04.2016, C- 194/16, Kararın İngilizce metni için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CN0194>>, (17.02.2021).

AVRUPA HAKSIZ FİİL HUKUKU İLKELERİ'NDE (PETL) VE ORTAK REFERANS ÇERÇEVESİ TASLAĞI'NDA (DCFR) KUSUR VE TÜRK HAKSIZ FİİL HUKUKUNA KATKI SAĞLAYABİLECEK HUSUSLAR

Günhan Gönül Koşar³²

Türk sorumluluk hukukunda, kusur, hukuk politikası açısından temel bir sorumluluk ilkesidir. Hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun doğumu için kusur aranır. Kusur sadece sorumluluğun doğumu için değil aynı zamanda sorumluluğun kapsamı ve paylaşılmasında da önemli rol oynar. Ayrıca her ne kadar kanun koyucu belirli kusursuz sorumluluk tipleri öngörmüş olsa da kusur, kusursuz sorumluluğun kapsamı ve paylaşılmasında da etki doğurur.³³

Kusur böylesine büyük bir öneme sahip olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış ve kusurun tanımını yapma ödevi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Kusur, kısaca, bilerek ve istenerek (kasten) ya da gerekli özenin gösterilmemesi suretiyle (ihmalen) zarara sebebiyet verilmesidir. Türk doktrin ve uygulamasındaki hâkim görüş olan objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca, kusurun belirlenmesinde, failin davranışı soyut ve ortalama tipin 'örnek davranış'ı ile kıyaslanır ve failin davranışı örnek davranıştan saparsa kusurlu olarak nitelendirilir. Ayrıca failin davranışının örnek davranıştan sapma derecesi failin kusur derecesini verir. Kusur bu şekilde tanımlanmakla beraber, bu tanımın içinin doldurulması ihtiyacı bulunmaktadır. Kusuru belirlemede başvurulacak örnek davranışın belirlenmesinde kullanılacak ölçütler somutlaştırılmalıdır. Bu noktada Avrupa özel hukuk uyumlaştırma çalışmalarına bakmak faydalı olacaktır.

Kusur gibi kavramsal bir mesele ve politika tercihi, her hukuk sisteminin kendi içinde tartışmalı olmakla birlikte; Avrupa'da özel hukukun uyumlaştırılması çalışmalarında kendisine yer bulmuştur. Bu çalışmalardan Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL) ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR) haksız fiilin kusur unsurunun belirlenmesinde Türk haksız fiil hukukuna ışık tutacak ölçütler öngörmektedir.

"Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri" (Principles of European Tort Law- "PETL"), Avrupa Haksız Fiil Hukuku Grubu tarafından 2005 yılında yayınlanmıştır. Grup, ilkelerin hazırlanması sırasında belli ülkelerin kanunlarından yola çıkmak gibi bir tercihte bulunmamış; aksine, geniş uluslararası katılım sağlayarak ilkeleri karşılaştırmalı bir yaklaşımla hazırlamıştır. İlkelerin hazırlanmasında maddelerin kısa, genel ve kolay anlaşılır olması amaçlanmıştır. Bu ilkelerin, ulusal mahkemelerde rol oynamak suretiyle haksız fiil hukukunun gelecekteki gelişimine katkı sağlaması hedeflenmektedir.

Avrupa'da özel hukukun uyumlaştırılması hususunda bir diğer önemli çalışma ise Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları- Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'dır (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference -"DCFR"). Taslak, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (Study Group on a European Civil Code) ve Mevcut Avrupa Topluluğu Özel Hukuku Araştırma Grubu (Research Group on Existing EC Private Law -the Acquis Group) tarafından 2009 yılında tamamlanmıştır. DCFR ile, hem Avrupa Birliği nezdinde hem de ulusal kanun yapma faaliyetlerinde esas alınabilecek bir referans metin hazırlanması amaçlanmıştır. DCFR'nin Sözleşme Dışı Sorumluluk Esası'nın yer aldığı kitabında haksız fiilde kusur düzenlenmektedir.

³² Araş. Gör. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

³³ Türk haksız fiil hukukunda kusur kavramına ve etkisine ilişkin olarak detaylı açıklama için bkz. Gönül Koşar, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Uzun uğraşlar ve kapsamlı bir karşılaştırma sonucunda varılan PETL ve DCFR'deki kusur düzenlemesi pek çok açıdan incelemeye değerdir. Türk/İsviçre hukuku, Alman hukuku, Anglo-Amerikan hukuku gibi pek çok ülke hukukunda olduğu üzere, PETL ve DCFR'de kabul edilen kusur teorisi objektifleştirilmiş kusur teorisidir. Özellikle PETL'de kabul edilen kusur tanımı ve ölçütleri, Türk haksız fiil hukukunda kusurun belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin somutlaştırılmasına yardımcı olabilecek niteliktedir. Ayrıca hem PETL hem de DCFR farklı anlayışların nasıl bir ortak zemine kavuşturulduğunu göstermesi açısından kıymetlidir.

Özetle, çalışmada PETL ve DCFR'de haksız fiil hukukunda kusurun belirlenmesinde kabul edilen yaklaşım ve önerilen ölçütler incelenecek, bu inceleme neticesinde varılan sonuçlardan Türk hukukuna katkı sağlayabilecek hususlar belirlenecektir.

4. Oturum: Özel Hukuk ile Bağlantılı Konular

12:30-13.30	4. Oturum: Özel Hukuk ile Bağlantılı Konular
	Zehra ÖZKAN ÜNER - ABAD'ın <i>Gömböc</i> Kararına İlişkin Bir Değerlendirme
	Müge BULAT ÇETİNKAYA - Online Platformlarda En Çok Kayrılan Müşteri Koşuluna Farklı Yaklaşımların Değerlendirilmesi
	Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY - Tüketicinin Korunması Perspektifinden Avrupa Birliği'nde Kripto Varlık Piyasaları
	Sezin AKTEPE ARTIK - Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Online Arabuluculuğun Avrupa Birliği Hukukundaki Gelişimi ve Türk Hukukuna Yansımaları

Kümülatif koruma ile teknik işlevi olan şekillerin korunması son yıllarda ABAD'ı oldukça meşgul etmiştir. Buna örnek olarak verilebilecek *Gömböc*³⁵ kararında, bu kez, tasarım korumasından yararlanan ve aynı zamanda teknik işlevi de bulunan bir şeklin marka olarak tescil edilebilirliğini değerlendirmiştir. *Gömböc*, biri kararlı diğeri kararsız iki denge noktasından oluşan ve yatay bir zeminde devamlı başlangıç noktasına gelen ilk 3 boyutlu homojen objedir. Hacıyatmaza benzemekle birlikte, hacıyatmazdaki ağırlık noktası hilesi *Gömböcte* bulunmamaktadır. Böylece ilk kez 1995 yılında ileri sürülen matematik teorisi ispatlanmış ve *Gömböc* adı verilen objede vücut bulmuştur. Tasarım ile de korunmakta olan şekil, 14., 21. e 28. sınıflarda yer alan dekoratif eşya, dekoratif kristal eşya ve porselen eşyalar ile oyuncaklar bakımından marka olarak tescil ettirilmek istenmiştir. Yapılan başvuruya ilişkin ortaya çıkan ihtilaflar Divanın önüne kadar gelmiştir. Bilindiği üzere teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olduğu şekiller³⁶ ile mala asli değerini veren şekilleri³⁷ münhasıran içeren işaretler marka olarak tescil edilmemektedir. Kararda da bu kuralın nasıl yorumlanacağı ele alınmıştır.

Divana yöneltilen sorulardan ilki şeklin asli özelliklerinin³⁸ teknik işlevi bulunup bulunmadığı değerlendirmesine ilişkindir. Bu değerlendirmede sadece markanın sicildeki grafik temsili mi esas alınmalıdır? Ürün bilinen bir ürünse ve ilgili tüketicinin şeklin teknik sonuç elde etmek için gerekli olduğu yönünde bir bilgisi varsa, bu bilgi göz önünde bulundurulmalı mıdır? Değerlendirme yapılırken, sicildeki grafik temsilden yola çıkılmalıdır, ancak Kurum asli özellikleri doğru bir şekilde belirleyebilmek için diğer bilgilerden de yararlanabilir. Ancak yine de bu özelliklerden birinin grafik temsilde yer alması gerekmektedir. İlgili tüketici algısından sadece şeklin asli özelliklerinin belirlenmesi sırasında yararlanılabilir. Divan, bir kez daha, bu algısının teknik işlev belirlenmesi sırasında kullanılmasını açık bir biçimde reddetmiştir. Sonuç olarak Divan, grafik temsile ilişkin açıklık getirmiş ve yerleşik içtihatlarına paralel bir karar vermiştir.

İlgili tüketici algısının rolü, asli değer tespiti bakımından da sorulmuştur. Divan, bu soruya teknik işlev değerlendirmesine benzer bir cevap vermiştir. Buna göre, ilgili tüketici algısı, sadece şeklin asli özelliklerinin belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Divan, ulaştığı bu sonucu ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır: Somut olayda, değerlendirmeyi yapan Kurum, şeklin, matematiksel bir keşfin elle tutulur bir sembolü olduğu sonucuna varabilir. Sonuca ulaşırken de ilgili çevrenin algısı ve halkın bilgisine dayanabilir. Hatta matematiksel bir keşfin somut bir örneği olması özelliğinin, şekli, özel ve çarpıcı kıldığı görüşünü taşıyabilir. Buna istinaden de matematiksel sembol olma özelliğinin şeklin asli özelliği olduğuna karar verebilir. Ancak tüm bu tespitler söz konusu şeklin mala asli değerini verdiği anlamına gelmemektedir. Şeklin mala asli değer verip vermediği, yani tüketicinin satın alma kararını büyük ölçüde etkileyip etkilemediği, objektif ve güvenilir delillerle tespit edilmelidir. Bu noktada Divan, bir başka konuyu daha açıklığa kavuşturmuştur: Şeklin teknik nitelikleri veya ünü gibi ürünün şekli ile ilgisi olmayan özellikler değerlendirme dışıdır. Ancak, bu tespit, maddenin kapsamına sadece

³⁴ Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku ABD / FİSAUM Müd. Yrd.

³⁵ C-237/19 Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft.v. Szellemlé Tulajdon Nemzeti Hivatala, 23.04.2020, ECLI:EU:C:2020:296

³⁶ 2008/95 sayılı Direktif m.3/e (ii)

³⁷ 2008/95 sayılı Direktif m.3/e (iii)

³⁸ 2008/95 sayılı Direktif m.3/e'de yer alan "münhasırlık" ifadesinin şeklin asli özelliklerine işaret ettiği ve asli özelliklerin de şeklin olmazsa olmaz özellikleri olduğu Divanın yerleşik içtihatlarınca kabul edilmiştir.

estetik özelliklerin girdiği anlamına da gelmemektedir. Zira, buradaki asli değer veren şekil sadece estetik veya dekoratif değere sahip şekilleri kapsamamaktadır.

Peki, eğer uyumsuzluğa konu şekil tescilli bir tasarımsa veya dekoratif bir eşya ise söz konusu şeklin mala asli değer verdiği doğrudan kabul edilmeli midir? Divan bu soruyu da olumsuz yanıtlamıştır. Tescilli tasarımları doğrudan reddetmeyerek marka ve tasarım korumasının birlikte var olabilecekleri yani kümülatif korumanın mümkün olduğunu bu kararıyla da ortaya koymuştur. Gerçekten de her iki koruma türünün koruma koşulları ve amaçları birbirinden farklıdır. *Gömböc* şekli, belirtildiği üzere dekoratif eşya, dekoratif kristal eşya veya porselen eşyaları içeren 14. ve 21. sınıflarda tescil ettirilmek istenmiştir. Bu eşyalar doğrudan mala asli değerini veren şekiller midir? Divana göre, dekoratif eşyalarda, eşyaya asli değerini veren unsurlar çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Eşyanın yaratım hikayesi, üretim metodu, eşyanın sınavi mi yoksa el yapımı mı olduğu, içerdiği materyal, bu materyalin nadir olması veya kıymetli olması ya da tasarımcısının kimliği de gibi unsurlar buna örnek verilebilir. Dolayısıyla dekoratif eşyalarda mala asli değerini veren unsur şekil olmak zorunda değildir. O halde toptan bir reddediş, maddenin amacına uygun düşmeyecektir.

Divan, *Gömböc* kararında yerleşik içtihadını takip etmiştir. Bunun dışında mala asli değer verme değerlendirmesinde ilgili tüketicinin algısının rolünü ilk kez netliğe kavuşturmuştur. Şeklin mala asli değer verip vermediği tespitinin objektif ve güvenilir delillere dayandırılması gerektiğini belirtmekle yetinmiş, değerlendirmede göz önünde bulundurulabilecek kriterler konusunda sessiz kalmıştır. Yine de şekil ile bağlantılı olmayan ürünün teknik nitelikleri veya ürünün ilgisiz olduğu ve göz önünde bulundurulmayacağını belirterek, üne ilişkin bir tespitte bulunmuştur. Sonuç olarak, karar, Divanın önceki kararları ile uyum içerisinde olup, bazı belirsizlikleri gidererek, uygulayamaya netlik kazandırmıştır.

ONLİNE PLATFORMLARDA EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ KOŞULUNA FARKLI YAKLAŞIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Müge Bulat Çetinkaya³⁹

Günümüz koşullarında pek çok firma tüketicilere daha aktif ve kolay erişebilmek adına benzer ürünleri ve hizmetleri toplu bir şekilde ve farklı seçeneklerle sunan online platformlarla çalışmaktadır. Bununla birlikte, gelişen teknolojik altyapıları ile pek çok firma (özellikle gıda ve gıda dışı perakende şirketleri) ürünlerini ve hizmetlerini kendi web siteleri ve mobil uygulamaları yani başka bir deyişle kendi online platformları vasıtasıyla da tüketicilere sunmaya başlamıştır.

Türkiye’de online platformların iş birliklerinde en çok önem verdiği” En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu” ilk olarak, Türk Rekabet Kurulu’nun 2016 yılında Yemeksepeti hakkında verdiği kararda irdelenmiştir. Bu karara göre, hakim durumda olan online platformların çalıştıkları firmaların “diğer online platformlar” ile yaptıkları anlaşmalara müdahale edememesi netlik kazanmıştır. Bununla birlikte, “diğer online platformlar” sadece rakip online platformlar olarak tanımlanmış olup, (Geniş anlamda En Çok Kayrılan Müşteri Uygulaması- Geniş MFC Koşulu) hizmet alan firmaların kendi online platformları kapsam dışı kalmıştır. (Dar Anlamda En Çok Kayrılan Müşteri Uygulaması- Dar MFC Koşulu). Buna göre, geniş MFC koşulu hükümlerinin kaldırılmasına karar verilirken, firmalar ile Yemeksepeti arasındaki dar anlamdaki MFC koşullarının kaldırılmasına ilişkin bir karar verilmemiştir.

Sonraki dönemde ise, Rekabet Kurulu’nun 2017 yılında Booking hakkındaki kararında konu daha geniş bir perspektif ile incelenmiş olup Avrupa Birliği ülkelerindeki geniş ve dar MFC uygulamaları ele alınmıştır. Buna göre Fransız, İsveç ve İtalyan Rekabet Otoriteleri, Booking hakkındaki kararlarında geniş MFC koşulunu yasaklamış olup dar MFC koşuluna ise olanak tanımıştır. Anılan Rekabet Otoriteleri dar MFC koşulunun rekabete aykırı bir durum teşkil etmediğini ve dikey anlaşmalarda önemli yeri olan bedavacılık sorunun önüne geçtiğini belirtmişlerdir.

Öte yandan, Alman Rekabet Otoritesi ise Booking hakkında vermiş olduğu kararda hem geniş MFC hem de dar MFC koşulunu yasaklamıştır. Yukarıda anılan diğer Rekabet Otoritelerinden farklı olarak Alman Rekabet Otoritesi dar MFC koşulu ile konaklama tesislerinin kendi online kanallarında özgür bir şekilde fiyat belirleme haklarının ellerinden alındığını ve dolayısıyla rekabetin tam olarak sağlanamadığı ve söz konusu uygulamanın da bu nedenle tüketici refahı anlamında olumsuz sonuçları olduğunu belirtmiştir.

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, dar MFC koşulu hakkında Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde tam bir fikir birliği sağlanamamış olup online platformlardaki çift pazar anlayışının yaygınlaşması sonucu çok daha fazla soruşturmanın açılacağını aşıkardır. Elbette ki dar MFC koşulu sadece ilgili online platform hakim durumda ise yasaklanmalıdır, diğer durumlarda dar MFC koşulun rekabeti önemli ölçüde etkilemeyecektir. Ancak, pazar payı ve çekim gücü yüksek olan hakim durumdaki firmaların dar MFC koşulunu koymasının rekabetin etkinliğini önemli ölçüde bozmaktadır.

Firmaların kendi online platformlarına diledikleri şekilde fiyat ve veya kampanya ekleyememesi de tüketiciye daha fazla fiyat seçeneği sunulamaması ve rekabetin etkin işleyememesine sebep olmaktadır. Online platformlarda pazar tanımının çift yapısını göz önünde bulundurarak her konu özelinde etkilenen pazar tanımının yapılması gerekmektedir. Rekabetin daha da artması adına hizmet ya da ürün sunan firmaların kendi web siteleri, mobil

³⁹ Domino's Türkiye Baş Hukuk Müşaviri.

uygulamaları ya da sadakat programlarında yani online platformlarında bu tarz özgürlük alanlarının da sağlanması gerekmektedir. Neredeyse kendi online platformu olmayan firma kalmadığını bildiğimiz bir rekabet ortamında bu konunun açıklığa kavuşturulması halinde tam olarak hakim durumun kötüye kullanılmasının önüne geçilebilecektir, aksi durumda pazardaki oyunculara tam olarak özgür irade ile hareket edebilme hakkı verilememiş olmaktadır. Bu nedenle, her eylemin kendi özelinde ve etki alanında ele alınıp rekabetin aktif olarak hayata geçmesini sağlamak gerekmektedir. Bu sayede, tüketiciler, kendilerine sunulan fırsatların ve kampanyaların artması sebebiyle çok daha özgür karar verebilme kabiliyetine sahip olurken, firmalarda kendi online platformlarında başta fiyat olmak üzere herhangi bir sınırlama olmaksızın istedikleri kampanya ve promosyonları sunarak rekabeti en üst seviyeye taşıyabileceklerdir.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI PERSPEKTİFİNDEN AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KRİPTO VARLIK PİYASALARI

Pınar Çağlayan Aksoy⁴⁰

Kripto para kavramı 2008 yılında Bitcoin ile hayatımıza girmiştir. Para transferleri için bankalar ve finans kuruluşları gibi aracılara ihtiyaç duyulması ve EFT ve SWIFT gibi yöntemlerin para transferleri geciktirmesi ve yüksek maliyetler ortaya çıkarıyor olması, aracılara ihtiyaç duyulmadan ve masrafları azaltarak işlem yapılmasına imkan tanıyan kripto paralara duyulan ilgiyi artırmıştır. Bitcoin, kripto paralar içinde bugün en yüksek değere sahip olan ve en popüler olan kripto para birimi olmakla birlikte, Bitcoin dışında da çok sayıda kripto para mevcuttur (Ethereum, Ripple vb.).

Bitcoin'in hayatımıza girdiği 2008 yılından itibaren, kripto para dünyasında birçok gelişme olmuştur. Zaman zaman değer kazanan zaman zaman değer kaybeden kripto paralar ile işlem yapan kişilerin ve bu paralarla işlem gerçekleştirmek isteyen kişilerin önündeki en önemli engel ve belirsizlik, kripto varlıklara ilişkin yeknesak bir düzenleme bulunmuyor olmasıdır. 2021 yılı itibarıyla dünyadaki son duruma bakıldığında, kripto paralara ilişkin olarak yasal bir düzenleme getirmiş olan ülkelerin hala çok az sayıda olduğu görülmektedir. Bunlara örnek olarak ABD'deki Arizona, Vermont gibi eyaletler, Japonya ve Kanada gösterilebilir. Kripto paralara ilişkin düzenlemeler yapan ülkeler, kripto paraları emtia, para veya menkul kıymet gibi farklı şekillerde sınırlandırmaktadır. Bazı ülkelerde ise kripto paralar yasaklanmıştır. Son birkaç aydır Türkiye'nin de içinde bulunduğu çeşitli ülkelerde merkez bankası kripto paralarının çıkarılması ile ilgili tartışmalar yoğunluk kazanmıştır.

Kripto paralar, vergi hukuku, eşya hukuku, ceza hukuku ve tüketici hukuku gibi hukukun çeşitli alanlarını ilgilendirmektedir. Kripto paralara ilişkin ulusal ve uluslar üstü nitelikte düzenlemeler yapılması birçok konudaki belirsizliği ortadan kaldıracak ve kripto paralarla daha sık işlem yapılmasını sağlayacaktır. Özellikle kripto paraların vergilendirilmesi, tüketicilerin korunması, kara para aklamanın önüne geçilmesi kripto paralarla ilgili en çok hukuki belirsizlik yaratan konular arasında yer almaktadır.

Avrupa Birliği'ndeki duruma bakıldığında, farklı üye devletlerin kripto paralar karşısında farklı politika ve yaklaşımları olduğu görülmektedir. Örneğin Malta'da daha kripto dostu bir yaklaşım mevcut olmakla birlikte, Almanya'da kripto paralar daha çok bir finansal araç olarak görülmekte ve daha katı bir şekilde regüle edilmektedir.

2020 yılının son çeyreğinde Avrupa Birliği'nde kripto varlıkların regülasyonu ile ilgili önemli bir adım atılmıştır. 24 Eylül 2020'de Avrupa Komisyonu Dijital Finans Paketi kabul edilmiştir. Bunun içinde önemli bazı yeni stratejiler ve tasviyelerin yanı sıra, kripto varlıklarla ilgili olarak bir Tüzük önerisi getirilmektedir. Kısaca "MiCA" olarak ifade edilen Kripto-varlık Piyasaları Tüzüğü (Markets in Crypto-assets Regulation)⁴¹, temel olarak kripto varlıkların çıkarılması ve kripto varlık hizmetlerinin sağlanmasını konu edinmektedir. Bu Tüzük ile birlikte ilk defa AB'de tüm kripto varlık türleri ve geniş çaplı kripto varlık hizmetleri düzenlenmiş olacaktır. Halihazırda Finansal Araç Piyasaları Direktifi kapsamında düzenlenmekte olan kripto varlıklar bu çerçevede düzenlenmeye devam edecek, mevcut durumda düzenlemeye tabi tutulmamış olan kripto varlıkla ve bunlarla ilgili faaliyetler MiCA'nın kapsamında yer alacaktır.

⁴⁰ Dr. Öğretim Üyesi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

⁴¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937.

MiCA'nın hem Avrupa Birliği'nde hem de dünya çapında kripto varlıklar üzerinde önemli bir etki meydana getireceği öngörülmektedir. Bu çerçevede özellikle kripto varlıkların çıkarılması, sunulması ve pazarlanması, kripto para hizmet sağlayıcılarının izin ve işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve piyasanın kötüye kullanılmasının engellenmesine ilişkin gereklilikler ortaya koyulmaktadır. Böylelikle kripto varlık endüstrisinde ihtiyaç duyulan hukuki açıklık ve belirlilik sağlanmış olacaktır.

MiCA'nın temel odak noktalarından biri de tüketicilerin korunmasıdır. Kripto varlıklarla işlem yapan tüketiciler için güvenli bir ortam oluşturulmak istenmiştir. Bunun için Tüzük önerisinde çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Kripto varlıkların ihraç edilmesi, ticareti, takası ve muhafaza edilmesi ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca, tüketicilere 14 günlük bir süre içinde cayma hakkı tanınmıştır.

Özellikle COVID-19 pandemisi ile birlikte dijitalleşmenin daha da ön plana çıkması, kripto paralara ilişkin düzenleme yapılması gerekliliğini hızlandırmıştır. Avrupa Birliği de bu konuda hızlı ve güvenli adımlar atarak kripto varlık piyasasında nc olmayı hedeflemektedir. Dünyanın ikinci büyük ekonomisi olarak görülen Avrupa Birliği'nin kriptopara yatırımları ve blokzincir teknolojisi konularında Güney Kore ve Japonya gibi Asya lkelerinin gerisinde kaldığı bir gerçektir. Finansın geleceğinin dijitalleşmede olduğu bilincinde olan Avrupa Birliği'nde ye devletler arasında işbirliği yapılarak hızlı bir regülasyon sürecine girilmesi, Avrupa Birliği'nin kripto varlık ekosisteminde nc bir konuma gelmesini sağlayacaktır.

BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ONLİNE ARABULUCULUĞUN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ VE TÜRK HUKUKUNA YANSIMALARI

Sezin Aktepe Artık⁴²

ODR (online dispute resolution), genel olarak uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi tarafından internet ortamında çözümlenmesi anlamına gelmektedir ve özellikle internet ortamında yapılan küçük ölçekli ticari ilişkiler bakımından önerilmektedir. Avrupa Birliği içerisinde elektronik satışların son yıllarda %20 oranında arttığı görülmektedir. Buna karşılık Avrupa Birliği Ülkelerindeki sınır ötesi elektronik satışlar aynı oranda artmamış, %9 civarında kalmıştır. AB vatandaşlarının yalnızca %10, Avrupa Birliği dışındaki ülkelerden elektronik alışveriş yapmaktadır. Elektronik satışlar sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların online uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ortadan kaldırılması hızlı, basit, etkili ve ucuz olması sebebiyle dikkate değerdir. Bugün Elektronik ticarete ortalama sözleşme değeri 100 EURO'dur. Ortalama uyuşmazlık değerinin 100 Euro olduğu pek çok ihtilaf bugün yargı sistemlerini meşgul etmektedir. Buna ilaveten çözüm yöntemlerinin etkili ve hızlı olmaması, tüketicilerin elektronik ticarete güvenle yaklaşamamalarına neden olabilmektedir. Elektronik ticaretin artması, elektronik çözüm yöntemlerinin yaygınlaşması ile mümkün olacaktır. Bu nedenle online uyuşmazlık çözümlerinin Avrupa Birliği içindeki gelişimi önem taşımaktadır. 1993 tarihli Yeşil Kitap ile sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından mahkeme dışı çözüm yöntemlerinin teşvik edilmesi tavsiye edilmiştir. 1996 yılında ise konuyla ilgili bir aksiyon planı hazırlanmıştır. 1998 yılında, uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulayan kurumların uyması önerilen genel ilkelerin yer aldığı ve uyuşmazlığın çözümünde görevli olacak üçüncü kişinin nitelikleri, yetki ve görevine ilişkin bilgilerin yer aldığı metin basılmıştır. 2001 yılında, Komisyon üçüncü kişinin yetkileri ve uyuşmazlık çözüm sürecine hakim olan ilkeler hakkında yeni bir tavsiye kararı yayınlamıştır. 2002 yılında, özel hukuk uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle sonlandırılmasına ilişkin Yeşil Kitap yayımlanmış, 2003 yılında elektronik uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin ilk pilot proje başlamıştır. 2010 yılında, AB 2020 hedefleri kapsamında uyuşmazlık çözümlerinin kolaylaştırılmasına yer verilmiştir. Ayrıca bu konuda yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu da vurgulanmıştır.

2013 tarihli AB Direktifi ile online uyuşmazlık çözümlerine dair ilk regülasyon yapılmıştır. Bu kurallar, tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygulanır. Avrupa Birliği içinde veya dışında yapılmış, konusu servis ya da ürün satışı olan tüm sözleşmeler bu regülasyon kapsamına alınmıştır. Yalnızca sözleşmenin her iki tarafının Avrupa Birliği dışında olduğu sözleşmeler hariç tutulmuştur. Direktif öncelikle, üye ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulayan kurumların Avrupa Birliği bünyesinde tutulacak ortak bir listeye kaydını öngörmektedir. Üye ülkeler Direktif ile yayınlanan ilkeleri uygulamak zorunda olmakla birlikte kendi çözüm yöntem usulünü serbestçe belirleyebilmektedirler. Bu ilkeler kısaca, uzmanlık, bağımsızlık, tarafsızlık, şeffaflık, çabukluk, etkililik, adil ve meşru olmak şeklinde sıralanabilir. Online uyuşmazlık çözümü web tabanlı bir platformda gerçekleşmektedir. Asıl amaç ihtilafların büyük bölümünü Direktif uyarınca listelenen kurumlara yönlendirebilmektir. Süreç: şikayet formu oluşturulması, satıcının şikayet hakkında bilgilendirilmesi, uyuşmazlığı çözecek kurumun seçilerek belgelerin gönderilmesi ve uyuşmazlığın bu kurum tarafından öngörülen yöntemle çözülmesi aşamalarından oluşmaktadır. Avrupa Birliği içerisinde dahi hala tatmin edici uygulama oranına ulaşamayan online uyuşmazlık çözümüne ilişkin Türk hukukunda bir düzenlemesi yoktur. Etkili bir uygulama için konuyla ilgili pek çok soruya yanıt verecek nitelikte bir yasal düzenleme gerekmektedir. En büyük avantajları, sürecin AB Komisyonu

⁴² Galatasaray Üniversitesi (Doktora), Inshield International Consultancy.

tarafından tek elden yürütölen bir başlangıç noktasına sahip olması, farklı AB ölkelerindeki tüm kurumların Direktif sebebiyle ortak ve asgari nitelikleri taşıması, mahkemelerin küçük ölçekli ve nicelik olarak fazla uyuşmazlıklarla meşgul edilmemesi ve elektronik ticaretin gelişimine katkı sağlaması şeklinde sıralanabilir.

5. Oturum: Anayasal Konular

15.30-16.30	5. Oturum: Anayasal Konular
	Deniz POLAT AKGÜN - Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye’de Covid-19 Pandemisi ve Anayasal Haklara Etkisi
	Derya Nur KAYACAN - Avrupa Vatandaş Girişimi Bir İllüzyon mu?
	Didem ÖZGÜR - 2016/801 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne Göre Avrupa Birliği Vatandaşı Olmayanların Avrupa Birliği'ne Giriş ve İkamet Koşulları
	Güneş KAROL İŞIKLAR - Onur KAPLAN - <i>Köbler</i> Kararı Işığında Üye Devletlerin Yargısal Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE VE TÜRKİYE'DE COVID-19 PANDEMİSİ VE ANAYASAL HAKLARA ETKİSİ

Deniz POLAT AKGÜN⁴³

Covid-19 pandemisi hiç şüphesiz ki kişiler, farklı sosyal gruplar ve ülkeler üzerinde evrensel nitelikte ve çok boyutlu etkilere sahiptir. Salgının yayılmasını önlemek ve salgını durdurabilmek için devletler düzeyinde alınan kararlar ve gerçekleştirilen uygulamalar liberal demokrasilerin pek çoğunda anayasal haklara doğrudan etki etmektedir. Bu etki, yalnızca klasik haklar ya da birinci kuşak haklar olarak nitelendirilen yaşama hakkı, düşünce, ifade, seyahat, din ve vicdan özgürlüğü veya özel hayatın gizliliği gibi temel birtakım hak ve özgürlüklere değil, bunlara yaslanan diğer birçok sosyal ve ekonomik hakka da uzanmaktadır. Öyle ki bunlara kültürel hakları da eklemek gerekir. Gerçekten de kültürel faaliyetlerden yararlanma, kültürel faaliyette bulunma veya kültürel kalkınma hakkı gibi haklar da pandemi sürecinden en çok etkilenen haklar arasındadır. Salgını takiben pek çok ülkede ilan edilen olağanüstü hâl ve bu kapsamda alınan önlemlere ilişkin sorunlar ile olağanüstü hâl ilan edilmeyen ülkeler ve alınmayan önlemlerin yarattığı tartışmalar da ayrı ayrı bu etkiye eklenmektedir. Dolayısıyla, Covid-19 pandemisi kapsamında farklı ülkelerde alınan önlemler, bu önlemlerin dayandığı kurallar, kararlar ve tüm bu düzenlemelerin yarattığı sonuçlar anayasal anlamda tartışılmaya elverişlidir. Devlet biçimlerinin ve hükümet sistemlerinin farklılığından kaynaklanan önleyici uygulamalar ve kullanılan yöntemlerdeki çeşitlilik de karşılaştırmalı bir incelemeye davet çıkarmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler çoğulcu demokratik sistemlerin vazgeçilmez ögesidir. Hukukun üstünlüğüne sahip demokratik bir sistemde de hukuk, yalnızca yönetilenlerin değil, yöneticilerin de yapabileceklerinin ve yapması gerekenlerin sınırlarını belirler. Bu saptama, özellikle belirsizlik ve kriz zamanlarında daha çok önem arz eder. Dünyanın hemen her yerinde varlığını hissettiren Covid-19 salgını da bu belirsizliğin çok açık bir örneğidir. Devletlerin bu belirsizlikle başa çıkabilmek için tercih ettikleri hukuki araçlar ve bunların anayasal demokrasiye uygunluğu pek çok başlık altında incelenebilir. Devlet düzeyinde alınan veya alınmayan önlemler, devlet yönetiminde ve işlemlerinde temel ilkeler olan eşitlik, orantılılık, hukuki öngörülebilirlik, açıklık ve belirlilik gibi birtakım esaslara bu süreçte ne kadar sadık kalındığı, sosyal devlet ilkesinin ne ölçüde uygulamaya geçirilebildiği ve dolayısıyla tüm bu sürecin anayasal hak ve özgürlüklere etkisi bunlar arasında sayılabilir. Özellikle, temel hak ve özgürlüklerin büyük oranda sınırlanmasının çoğunlukla kaçınılmaz olduğu bu gibi kriz zamanlarında gerçekleştirilen her uygulama anayasal bir hakka veya özgürlüğe dokunma ihtimalini barındırır. Bu nedenledir ki hem anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına hem de özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin sağlanmasına olan ihtiyaç daha da artar. Anayasacılık düşüncesinin merkezi iki ilkesi olan sınırlı ve bölünmüş iktidar kavramlarına uygun bir yönetimi gerçekleştirebilmek ve temel hak ve özgürlükleri güvenceye alabilmek içinse, salgının önlenmesi ile anayasal hakların korunması arasındaki makul dengenin her kararda tekrar ve tekrar gözden geçirilmesi gerekir.

Çalışmada, Türkiye'de alınan salgın önlemlerinin çerçevesi, hukuki alt yapısı, bu önlemlerin dayanağı, yukarıda sözü edilen ilkeler ile 1982 Anayasası'na uygunluğu ve tüm bu sürecin anayasal hak ve özgürlüklere etkisi, Avrupa Birliği üye ülkeleri ile karşılaştırmalı olarak incelenerek ele alınacaktır. Bu kapsamda, özellikle Almanya, Belçika, Danimarka, Macaristan, Polonya ve Romanya örnekleri üzerinde durulacaktır. Söz konusu karşılaştırma yapılırken

⁴³ Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

Avrupa Birliği üye ÷lkelerinde ve T÷rkiye’de alınan önlemlerin hukuki zemininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin geçmiş kararlarına ve yaklaşımına uygunluğu da dikkate alınacaktır.

Avrupa Birliği'nin (AB) demokratik meşruiyetini güçlendirmek ve plüralist yapısı içerisinde vatandaşlarının seslerini duyurabilmeleri için yeni bir platform sağlamak amacıyla oluşturulan Avrupa Vatandaş Girişimi (AVG), büyük beklentiler ile 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁶ AVG, vatandaşların Avrupa Komisyonu'nu ihtiyaç olduğunu düşündükleri bir alanda hukuki tasarrufta bulunmaya davet edebilecekleri bir araçtır.⁴⁷ Yürürlüğe girmesinden bu yana geçen dokuz yıllık süreçte, AB vatandaşları prosedür şartlarını sağlayarak başarıyla sonuçlanan altı girişime imza atmış olsa da, AVG, kendisinden beklenenleri karşılamadığı gerekçesiyle birçok eleştiriye maruz kalmıştır.

Başarılı bir AVG için, üye devletlerin en az dörtte birinden birer temsilci ile oluşturulacak organizatörler komitesinin, konusu Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) yetki alanı çerçevesine uygun olan girişimlerini kaydettikten sonra, yine en üye devletlerin dörtte birinden bir milyon imza toplanması gerekmektedir. Sıradan vatandaşlar için zorluklarla dolu olan kayıt ve imza toplama aşamaları, güçlü uluslararası örgütlerin veya sivil toplum örgütlerinin desteği olmadan başarılı bir AVG prosedürü sürdürmenin neredeyse imkansız olduğu fikrini uyandırmıştır. Şu ana kadar yapılmış 99 başvuru içerisinde 76 girişim kayda uygun bulunmuş ve sadece altı tanesi yeterli imza toplamayı başarmıştır.⁴⁸ Eleştiriler göz önünde bulundurularak prosedürü kolaylaştırmak adına yeni bir AVG Tüzüğü düzenlenmiş ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁹

Prosedüre dair eleştiriler bir yana, Komisyon'un AVG'yi yeterince ciddiye almadığına dair savlar da ortaya atılmıştır.⁵⁰ Nitekim Komisyon'un kayıt kriterlerini yorumlamada kullandığı geniş yetki ve sebep olduğu tutarsızlıklar bu savı destekler niteliktedir. Örneğin, bağlayıcı bir düzenleme yapılmasını talep etmeyen girişimlerin, bağlayıcı bir düzenleme talep eden girişimlerden daha kolay kayda kabul edilmesi dikkat çekmiştir.⁵¹ Veyahut kayıt kriterlerini genellikle dar yorumlayan Komisyon'un, konuları açıkça yetki alanı dışında kalmasına rağmen bazı girişimleri kayda kabul etmesi şaşkınlıkla karşılanmıştır.⁵²

Usullere uygun olarak yeterli imzayı toplamayı başarmış olan girişimlerin AB yönetiminde ne derece etkili olabildikleri de sorgulanmaktadır.⁵³ Komisyon tarafından cevaplanan beş girişimin

⁴⁴ Bu tebliğ editörlüğü Didem Saygın ve Serpil Bardakçı Tosun tarafından yapılan 2020 basımlı 'Güncel Gelişmeler Kapsamında Avrupa Birliği ve Demokrasi, Demokratik Meşruiyet Tartışmaları' kitabında bir bölüm olarak yayınlanmış 'Avrupa Birliği'nin Demokratik Meşruiyetinde Vatandaşların Rolü' çalışmamdan esinlenerek üretilmiştir.

⁴⁵ Doktora Öğrencisi, Saarland Üniversitesi – Almanya.

⁴⁶ Vatandaş Girişimi hakkında 16 Şubat 2011 tarihli ve (AB) 211/2011 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AVG Tüzüğü), <<https://www.ab.gov.tr/48035.html>> erişim tarihi 19 Şubat 2021.

⁴⁷ Avrupa Birliği Antlaşması md. 11(4).

⁴⁸ <https://europa.eu/citizens-initiative/home_en> erişim tarihi 19 Şubat 2021.

⁴⁹ Vatandaş Girişimi hakkında 17 Nisan 2019 tarihli ve (AB) 2019/788 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Yeni AVG Tüzüğü), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558082143592&uri=CELEX:32019R0788>> erişim tarihi 19 Şubat 2021.

⁵⁰ Bertelsman Stiftung, Facts, Figures, Analyses: Ten Things to Know about the European Citizens' Initiative, Factsheet to the Policy Brief 2/2018: More Initiative for Europe's Citizens (2018 Mar) 9.

⁵¹ James Organ, 'Decommissioning Direct Democracy: A Critical Analysis of Commission Decision-Making on the Legal Admissibility of European Citizens Initiative Proposals' (2014) 10 European Constitutional Law Review 426, 428-430.

⁵² European Citizen Action Service (ECAS), The European Citizens' Initiative Registration: Falling at the First Hurdle? (2014 Ara), 15.

⁵³ Erik Longo, 'The European Citizens' Initiative: Too Much Democracy for EU Polity' (2019) 20 German Law

beklenen derecede bir sonuç doğurmaması birçokları için oldukça hayal kırıcı olmuştur.⁵⁴ Güçlü bir katılımcı demokrasi aracı olması beklenen AVG'ye olan inancın azalması ve vatandaşların AB yönetimine olan güvenlerinin sarsılması istenmiyorsa, en azından imza kriterlerini sağlayabilmiş olan az sayıda girişime tatmin edici cevaplar verilmesi önemlidir.

Bu tebliğde, engellerle dolu bir geçmişi olan ve ulusal ve dilsel azınlıkların korunmasının iyileştirilmesine yönelik bir takım yasal düzenlemeler talep eden 'Minority Safepack' girişimi incelenecektir. İlk etapta Komisyon tarafından reddedilen ve ret kararının Adalet Divanı tarafından iptal edilmesinin sonra kaydı yapılan 'Minority Safepack' girişimi, nihayet sekiz senelik bir serüvenin ardından 14 Ocak 2021 tarihinde Komisyon tarafından cevaplandı. Komisyon'un girişime cevabı ve üzerine gelen tepkiler ışığında, AVG'nin Birliğin demokratik meşruiyetine gerçek anlamda bir katkı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilecektir.

Journal 181, 196.

⁵⁴ Carsten Berg, 'Time for the European Commission to shine' *EURACTIV* (8 Ocak 2021) <<https://www.euractiv.com/section/future-eu/opinion/time-for-the-european-commission-to-shine/>> erişim tarihi 19 Febraury 2021.

2016/801 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ'NE GÖRE AVRUPA BİRLİĞİ VATANDAŞI OLMAYANLARIN AVRUPA BİRLİĞİ'NE GİRİŞ VE İKAMET KOŞULLARI

Didem Özgür⁵⁵

Avrupa Birliği Vatandaşı Olmayanların Araştırma, Eğitim, Staj, Gönüllü Hizmet, Öğrenci Değişim Programları veya Eğitim Projeleri ve Au Pair'lık Amacıyla Avrupa Birliği'ne Giriş ve İkamet Koşullarına İlişkin 11 Mayıs 2016 Tarihli 2016/801 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 22 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye ülkeler 23 Mayıs 2018 tarihine kadar ulusal mevzuatlarını 2016/801 sayılı Direktif hükümleri ile uyumlaştırmaları gerekmektedir.

2016/801 sayılı Direktif, Avrupa Birliği Vatandaşı Olmayanların Öğrenim, Öğrenci Değişimi, Ücretsiz Staj veya Gönüllü Hizmet Amacıyla Kabul Edilmesine İlişkin 13 Aralık 2004 Tarihli 2004/114/EC Sayılı Konsey Direktifi'nin ve Bilimsel Araştırma Amacıyla Avrupa Birliği Vatandaşı Olmayanların Kabul Edilmesine İlişkin Özel Bir Prosedür Hakkındaki 12 Ekim 2005 Tarihli 2005/71/EC Sayılı Konsey Direktifi'nin yerini almıştır.

2016/801 sayılı Direktif'in amaçları Avrupa Birliği'ni araştırma ve inovasyon için çekici bir yer haline getirmek, Avrupa Birliği vatandaşı ve Avrupa Birliği vatandaşı olmayan araştırmacılar için açık bir işgücü piyasası yaratmak, araştırmacıların, bilimsel bilginin ve teknolojinin serbestçe dolaştığı bir Avrupa Araştırma Alanı yaratmaktır. 2016/801 sayılı Direktif'in diğer amacı ise Avrupa Yükseköğretim Alanı'nı modernize etmek ve uluslararasılaşmasını sağlamaktır. 2016/801 sayılı Direktif Avrupa Birliği vatandaşı olmayan yetenekli ve yüksek vasıflı kişiler için Avrupa Birliği'ni daha çekici hale getirmeyi ve insanlar arası ilişkileri ve hareketliliği teşvik etmeyi hedeflemektedir. 2016/801 sayılı Direktif Avrupa Birliği vatandaşı olmayanların doksan günden fazla olmak koşulu ile araştırma, eğitim, staj, gönüllü hizmet, öğrenci değişim programları veya eğitim projeleri ve au pair'lık amacıyla Avrupa Birliği'ne giriş ve ikamet koşullarını iyileştirmeyi ve basitleştirmeyi amaçlamaktadır.

2016/801 sayılı Direktif hükümlerine göre üye ülkeler Avrupa Birliği vatandaşı olmayanların girişlerini ve ikametlerini kolaylaştırmak ve haklarını güvence altına almak zorundadırlar. Üye ülkeler 2016/801 sayılı Direktif'in Avrupa Birliği vatandaşı olmayan araştırmacılar, yükseköğretim öğrencileri, stajyerler ve Avrupa Birliği Gönüllü Hizmeti yapanlar ile ilgili hükümlerini ulusal mevzuatları ile uyumlaştırmaları gerekirken üye ülkeler 2016/801 sayılı Direktif'in Avrupa Birliği vatandaşı olmayan okul öğrencileri, Avrupa Gönüllü Hizmeti kapsamı dışındaki gönüllüler ve au pair'lar ile ilgili hükümlerini ulusal mevzuatları ile uyumlaştırmak zorunda değildirler.

2016/801 sayılı Direktif, Danimarka ve İrlanda dışında yer alan yirmi beş üye ülkede geçerlidir. İrlanda 2005/71/EC sayılı Direktifi halen uygulamaya devam etmektedir. 2016/801 sayılı Direktif içerisinde birçok yeni düzenlemeyi içermektedir. Yeni düzenlemelerden biri daha önce 2004/114/EC sayılı Direktif'in kapsamında yer almayan au pair'lık ve ücretli staj yapanlar 2016/801 sayılı Direktif'in kapsamında yer almışlardır. Diğer yenilik ise önceden yürürlükte olan 2004/114/EC sayılı Direktif'te ve 2005/71/EC sayılı Direktif'te düzenlenmeyen araştırmacıların araştırma çalışmalarını yaptıktan sonra, öğrencilerin mezun olduktan sonra araştırmacıların araştırma çalışmalarını yaptıkları, öğrencilerin mezun oldukları üye ülkede iş arama veya iş kurma amacıyla en az dokuz ay kalma hakkı 2016/801 sayılı Direktif ile

⁵⁵ Öğretim Görevlisi Dr., İstanbul Teknik Üniversitesi Avrupa Birliği Merkezi.

düzenlemiştir. 2016/801 sayılı Direktif sadece ikamet izinlerini düzenlememekte ayrıca uzun süreli kalışlar için gereken vize koşulları ile ilgili hükümleri de içermektedir.

2016/801 sayılı Direktif'e göre öğrenciler eğitim aldıkları üye ülkelerde haftada en az 15 saat çalışma veya serbest meslek sahibi olarak ekonomik faaliyette bulunma imkanına sahiptirler.

2016/801 sayılı Direktif araştırmacıların, araştırma faaliyetlerine ek olarak araştırma faaliyetlerini yürüttükleri üye ülkelerin ulusal yasalarına uygun olarak araştırma faaliyetlerini yürüttükleri üye ülkelerde ders verebilmelerini düzenlemiştir. Üye ülkeler, araştırmacıların öğretim faaliyeti için maksimum saat veya gün sayısını belirleyebilirler.

Çalışmada 2016/801 sayılı Direktif'in amaçları, kapsamı, araştırmacılar, yükseköğretim öğrencileri, stajyerler, gönüllüler, okul öğrencileri ve au-pair'lar için getirilen düzenlemelerin üzerinde durulacaktır. Çalışmada ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuyla ilgili kararlarının ve üye ülkelerdeki uygulamaların üzerinde durulacaktır.

KÖBLER KARARI IŞIĞINDA ÜYE DEVLETLERİN YARGISAL FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Güneş Karol Işıklar⁵⁶ - Onur Kaplan⁵⁷

Bölgesel ulusalüstü sistem olarak Avrupa Birliği (AB) sistemi, üye devletlerin hukuk sistemlerini etkilemesinin yanında o devletlerin vatandaşları bakımından da gözetilen bir yapıya sahiptir. Bu çerçevede, üye devletlerin yargı organlarının da bu sisteme uygun olarak hareket etmesi ve karar vermesi gerekmektedir. Bu gereklilik, özellikle birey ve üye devlet arasındaki hukuki ilişkiler bakımından önem arz etmektedir. Esasen, yargı organı tarafından verilen kararların; yargısal işlev yanında idare işlevi yönünden de sonuç doğuran, bu kapsamda bireylerin başta adil yargılanma hakkı olmak üzere diğer temel hak ve hürriyetlerini etkileyen bir yapıda olduğunu ifade etmek gerekir. O hâlde, bireylerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olarak devletlerin yargılama faaliyetinden kaynaklanan sorumluluğunu da irdelemek icap etmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından 30 Eylül 2003 tarihinde verilen *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* kararı (*Köbler* kararı), bu konuya ışık tutan ve kilometre taşı niteliğinde bir karardır. Her ne kadar ABAD, daha eski tarihli kararlarında, üye devletin AB hukukunun ihlalinden doğan sorumluluğu ile ilgili esasları ortaya koymuş olsa da bir yargı kararı sonucunda devletin sorumluluğunun devreye girebileceği ilkesini ilk kez *Köbler* kararında belirlemiştir. Söz konusu karar, bir ulusal yargı organınca AB hukukunun açık biçimde göz ardı edilmesi hâlinde, devletin hukuki sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, karar çerçevesinde varılan sonuç; AB üyesi devlet yüksek mahkemesi tarafından Birlik hukukunun ciddi bir şekilde ihlal edilmesinden ileri gelen zararın, o devlet tarafından tazmin edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Belirtmek gerekirse bu husus, aynı zamanda yargı organlarının hangi hukuk sistemini öncel olarak değerlendirmesi gerektiği hususunu da ilgilendirmektedir. Özellikle, *Köbler* kararında AB hukukunun doğrudan etkisi (“doğrudanlığı”) göze çarpmaktadır. Bu anlamda üye devletin organları tarafından AB hukukuna karşı gerçekleştirilen her açık ihlal devletin hukuki sorumluluğuna neden olabilmektedir. Dolayısıyla üye devletin yargı organı tarafından, AB hukuku kurallarına aykırı bir içtihadın benimsenmesi yahut ilgili yargı organının bu konudaki eylemsizliği, devletin yargısal faaliyetten kaynaklanan hukuki sorumluluğuna neden olacaktır. Bu husus, aynı zamanda üye devletin vatandaşlarının ulusal yargı organına duyduğu güvenin azalması ve hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin ihlali sonuçlarını doğurabilir. Bunun önlenmesi için üye devlet yüksek mahkemesinin, yerel mahkemenin yargı işlevinin ifasında gerçekleştirdiği ağır ihmali tespit etmesi hâlinde, o yerel mahkemenin kararını AB hukukuyla uyumlu olacak biçimde bozması olasılığı da gündeme gelmektedir.

Bununla birlikte *Köbler* kararı, öğretide bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Söz konusu tartışmalardan ilki, AB hukukunun ihlalinden doğan sorumluluğun uluslararası ve ulusal hukuka hakim olan ilkeler ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi bağlamında ortaya çıkmıştır. ABAD’ın ortaya koyduğu ilke, AB hukukunun milletlerarası hukuk ekseninde sahip olduğu istisnai niteliğin yanı sıra milletlerarası hukuk çerçevesinde nispeten güncel yaklaşımların da bir örneğini teşkil etmektedir. *Köbler* kararında varılan hükme dayanak teşkil eden gerekçelerden birisi olması dolayısıyla, AB üyesi devletlerin iç hukuklarında yargı organının faaliyetlerinin devletin sorumluluğunu doğurması noktasında bir yeknesaklığın bulunup bulunmaması da dikkate alınan hususlar arasındadır. Devletin bireylere karşı sorumluluğunun doğması yönünde ortaya konulan yaklaşım, yargılama faaliyetinin bu sorumluluğun kapsamına

⁵⁶ Arş. Gör. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

⁵⁷ Dr. Öğretim Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

girip girmeyeceği noktasında gerek uluslararası gerekse ulusal hukuk düzlemi açısından tartışmalı olan bazı noktaları AB hukukuna taşımıştır.

İkinci tartışma konusu; AB üyesi devletin bireylere karşı olan sorumluluğu ile Lizbon Antlaşması'nın 340. maddesiyle öngörülen AB'ye ait sorumluluğun kıyaslanması neticesinde nasıl bir sonuca varılması gerekeceğidir. AB kurumları ile bu kurumlardaki memurların neden oldukları zararların AB tarafından tazmin edileceğinin Lizbon Antlaşması'nda kabul edilmesi, *Köbler* kararında ortaya konulan ilkenin bizzat AB bünyesindeki yargı organları tarafından verilen kararlar bakımından da uygulanabilirliğini sorgulanır hâle getirmiştir. Özellikle de ABAD'ın AB hukuku bünyesinde yüksek mahkeme statüsüne sahip olması dolayısıyla anılan ilkenin kapsamı dışında kaldığı şeklinde ifade edilen görüşler, ABAD'ın Lizbon Antlaşması'ndaki hükme rağmen ulusal düzeydeki yüksek mahkemelerden daha imtiyazlı bir konumda bulunup bulunmadığı noktasındaki tartışmanın boyutunu ve önemini artırmıştır.

Bir diğer husus ise, ulusal yargı mercileri tarafından verilen kararların kesin hüküm etkisi ile hukuki belirlilik ilkesinin *Köbler* kararı çerçevesinde benimsenen yaklaşım dolayısıyla zedelenmiş olup olmadığıdır. Nitekim ulusal düzeydeki bir yüksek mahkemenin verdiği kesin hükmün daha sonra bir ilk derece mahkemesinin kararı doğrultusunda "AB hukukuna aykırı olduğu" şeklinde nitelendirilmesi, bahsi geçen ilkelerin varlığı ile ilgili soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. ABAD içtihatlarının sıkça atıfta bulunduğu "etkinlik" ve "iş birliği" ilkelerinin, *Köbler* kararında da sunulması kapsamında, daha önce verilen kesin hükmün etkisinin ve hukuki belirlilik ilkesinin göz ardı edilmesi için yeterli birer gerekçe oluşturup oluşturmadığı halihazırda değerlendirilmeye muhtaçtır. Kaldı ki, verilen ilk derece mahkemesi kararının sonrasında; bu kararın AB hukukuna aykırı olup olmadığına ilişkin ulusal yüksek mahkeme tarafından yapılan inceleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6 hükmünde öngörülen adil yargılanma hakkının ihlali olasılığını da gündeme taşımaktadır.

Bu doğrultuda çalışmada, öncelikle *Köbler* kararı çerçevesinde devletin yargısal faaliyetlerden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun doğabilmesi yönünden şartların neler olduğu irdelenecek, sonrasında bu konuda güncel ABAD kararlarından yararlanılmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır.

6. Oturum: Enerji ve Çevre ile Bağlantılı ve Sosyal Konular

16:30-17.30	6. Oturum: Enerji ve Çevre ile Bağlantılı ve Sosyal Konular
	Onur Çağdaş ARTANTAŞ - <i>Preussenelektra'dan Achema'ya: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Enerji Sektöründe Devlet Yardımlarına İlişkin Kararlarının Gelişimi</i>
	Halil ÇEÇEN - Avrupa Birliği ve Türk Yenilenebilir Enerji Hukuku ve Politikasına Göre Offshore Rüzgâr Enerjisi Yatırımlarının Teşvik Edilmesine Yönelik Gelişmeler
	İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER - Avrupa İklim Tüzüğü İzdüşümünde Türkiye'de İdari Pratiği
	Ufuk TEKİN - Avrupa Birliği Hukukunda Sosyal Girişimcilik

PREUSSENELEKTRA'DAN ACHEMA'YA: AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN ENERJİ SEKTÖRÜNDE DEVLET YARDIMLARINA İLİŞKİN KARARLARININ GELİŞİMİ

Onur Çağdaş Artantaş⁵⁸

Enerji dönüşümü, Avrupa Birliği'nin temel politikalarından biri haline gelmiştir. Özellikle “İkinci Yenilenebilir Enerji Direktifi”ni (RED II) de içeren 2018 yılının “Kış Paketi”nden beri, AB hem birlik çapında, hem üye ülkeler seviyesinde elektrik karışımında yenilenebilir enerji payı hedeflemesi modeline geçmiştir. Bu modellemede üye ülkeler belli bir hedefleme yapmakta, gerektiğinde ortaya çıkan hedef üzeri payları RED II'nin öngördüğü istatistiki transfer ile birbirlerine aktarabilmektedir. Nihayetinde, ortaya konan düzenlemeler ve açıklanan politikalar AB'nin 2030 yenilenebilir enerji hedeflerinde ve 2050 iklim hedeflerinde kararlı olduğunu göstermektedir.

Fakat, yenilenebilir enerji ve iklim hedeflerinin tutturulması piyasanın kendi işleyişi ile mümkün olamayacaktır. Elektrik üretimi süreçlerine dahil olumsuz dışsallıklar sebebi ile, kamusal müdahale gereklidir. Bu olumsuz dışsallıklar sebebiyle, konvansiyonel elektrik üretiminin asıl iklimsel maliyetleri nihai tüketici fiyatına yansıtılamamaktadır. Bu olumsuz dışsallıklar iki yolla giderilebilir. Birinci yol, karbon fiyatlamasıdır. Avrupa Emisyon Ticareti Sistemi, tam olarak bunu hedeflemektedir. İkinci yol ise yenilenebilir elektrik üretimine üye ülkeler tarafından devlet yardımı verilmesidir. Bu devlet yardımları, farklı yöntemlerle verilebilir. Birinci yöntem, belli bir tarifeye elektrik alım garantisi verilmesidir. İkinci yöntem, elektriğin piyasa fiyatına ek bir prim ödenmesidir. Üçüncü yöntem, bir kamu ihalesi ile her elektrik kaynağı için özel bir destekleme miktarı öngörülmesidir. Dördüncü yöntem, elektrik dağıtım şirketlerinin belli kaynaklardan elektrik almasının zorunlu tutulması yoluyla bir “üst piyasa” oluşturulması ve bu şekilde daha yüksek piyasa fiyatlarından elektrik kaynağının desteklenmesidir. Tüm bu yöntemlerde, maliyetin bir kanaldan tüketiciye yahut vergi ödeyenlere aktarılması gerekmektedir.

Bu çalışmada ise, anılan devlet yardımı türlerinin AB hukukuna uyumluluğu tartışılacaktır. ABAD bu konuda birçok karar vermiştir. Bunlardan ilk önem taşıyan karar, “*PreussenElektra AG v Schleswig AG*” (2001) kararıdır. Bu kararda dönemin Alman elektrik alım garantisi incelenmiştir. Kararın odak noktası, AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma 107 (1) gereğince devlet yardımının devlet tarafından yahut devlet kaynaklarından sağlanıp sağlanmadığıdır. ABAD, *PreussenElektra* kararında, incelenen elektrik alım garantisi düzenlemesinin devlet yardımı sayılmadığına karar vermiştir. Kararın dayanağı, yenilenebilir elektriği destekleme mekanizmasının maliyetinin elektrik dağıtım şirketlerince doğrudan elektrik tüketicilerine yansıtılıyor olmasıdır. Devletin müdahalesi, sadece düzenleyicilik alanında kalmıştır. *PreussenElektra*, türünün tek örneği olarak kalmamıştır. *Essent Netwerk* (2008), *Vent de Colere* (2013) ve *EEG 2012* (2019) kararlarında ABAD *PreussenElektra* içtihadını geliştirmiş, farklılaştırmış yahut onaylamıştır. Bu zincirin son halkası, *EEG 2012* kararından yaklaşık iki ay sonra alınan *Achema* (2019) kararıdır. *Achema* kararı, iki açıdan önem taşımaktadır. İlki, daha önce söylendiği üzere, *PreussenElektra* içtihadının devamı niteliğinde olmasıdır. İkincisi, yeşil elektrik üretiminin genel ekonomik yarar hizmeti olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda tartışma içermesidir. Nitekim, taraf ülke düzenlemenin bir genel ekonomik yarar hizmeti için verilen devlet yardımı olduğunu iddia etmiş, savunmasında *Altmark-Trans* (2003) kararına dayanmıştır.

⁵⁸ Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bucerius Law School – Hamburg Doktora Programı Öğrencisi.

Çalışmamda, ilk olarak, yeşil elektrik kavramını açıklayacağım. Yeşil elektriğin tanımlanması, ABAD içtihadının anlaşılması konusunda da önem taşıyacaktır. Daha sonra, AB üyesi ülkelerde en yaygın görülen yeşil enerji desteklerini sıralayacak ve tanımlayacağım. Girizgahın son parçası olarak AB'nin yenilenebilir enerji ve iklim hedeflemesi sistemini açıklayacak, RED II düzenlemesinin genel hatlarını aktaracağım. Girizgahtan sonra, çalışmanın ikinci bölümü olarak *PreussenElektra* kararını inceleyeceğim. *PreussenElektra* bir içtihat zincirinin ilk halkası olduğu için, bu karara genişçe yer vermek gerekecektir. *PreussenElektra* kararında da ele alınan devlet yardımının “devlet tarafından yahut devlet kaynaklarından sağlanması” hususu da burada ayrıntıyla inceleyip, literatürün önemli eserlerine atıfla AB devlet yardımı hukukunun ana esaslarından biri olan bu ilke konusundaki ana tartışmaları aktaracağım. Çalışmanın üçüncü bölümü olarak, içtihat zincirinin sonraki halkaları *Achema* kararına kadar inceleyeceğim. *Achema* kararındaki genel ekonomik yarar hizmeti tartışmasına da değinilecek, bu konudaki içtihat (özellikle *Altmark-Trans*) ve literatüre yer vereceğim. Nihayetinde, sonuç bölümünde çalışmada öne sürülen temel argümanları derleyecek ve yeşil elektriğin ABAD önündeki pozisyonu konusunda bir sonuca ulaşmaya çalışacağım.

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK YENİLENEBİLİR ENERJİ HUKUKU VE POLİTİKASINA GÖRE OFFSHORE RÜZGÂR ENERJİSİ YATIRIMLARININ TEŞVİK EDİLMESİNE YÖNELİK GELİŞMELER

Halil Çeçen⁵⁹

AB'nin yenilenebilir enerji alanında 2030 hedefleri “yeni yenilenebilir enerji Direktifi” olarak da adlandırılan 2018/2001 sayılı Direktif'te belirtilmiştir. İlgili Direktif uyarınca; 2030 yılında Birlik düzeyinde nihai brüt elektrik tüketiminde yenilenebilir enerjinin payının %32 olması hedeflenmiştir. 2030 hedeflerine ulaşabilmek için, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminin artırılmasına, bunun için de yenilenebilir enerji santral kurulumlarına yatırımların hukuki düzenlemelerle teşvik edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

2018/2001 sayılı Direktif'in 2. maddesinde yenilenebilir enerji kaynaklarının tanımı yapılmış ve 2009/28/EC sayılı Direktif'te olduğu gibi rüzgâr da yenilenebilir enerji kaynakları arasında sayılmıştır.

Avrupa'da rüzgar enerjisi potansiyelinin yüksek olması sebebiyle, teşvik edilen yenilenebilir enerji kaynakları arasında güneş enerjisi ile birlikte rüzgar enerjisi önde gelmektedir. Gelişen teknolojilere bağlı olarak rüzgar türbinlerinin gücünün artması ve özellikle kara üstü (onshore) rüzgar enerjisi santrallerinin maliyetinin düşmesi sonucunda, onshore rüzgar enerjisine yapılan yatırımlar fosil yakıtlara yapılan yatırımlarla kıyaslanabilir hale gelmiştir. Ayrıca, rüzgar enerjisi santrallerinin kara yerine, kıyıya yakın deniz ve açık deniz üzerinde kurulabilmesi ile birlikte, rüzgar enerjisinin kullanılması hususunda avantajlar elde edilmiştir. Offshore rüzgar enerjisi olarak da adlandırılan deniz üstü rüzgar enerjisi, potansiyel bir gelişim alanıdır. Offshore rüzgar potansiyelinin ve gücünün, karasal bölgelere göre daha yüksek olması nedeniyle offshore rüzgar enerjisi santrallerinin kurulumunun artırılması önem arz etmektedir. Ancak offshore rüzgar enerjisi santrallerinin kurulmasındaki temel engel, yüksek yatırım maliyetleridir. Offshore rüzgar enerjisi santrallerinin yatırım maliyeti, onshore rüzgar enerjisi santrallerinin yatırım maliyetinin yaklaşık üç katına tekabül edebilmektedir. Bu sebeple offshore rüzgar enerjisi santrallerinin kurulumundaki gelişim daha yavaş seyretilmektedir. Ancak uzun vadede, offshore rüzgar enerjisinin, AB'nin 2030 hedefleri açısından, onshore rüzgar enerjisine göre çok sayıda avantajı vardır: denizde çok daha büyük bir rüzgar türbini filosu kurmak mümkündür; ayrıca offshore rüzgar enerjisi, onshore rüzgar enerjisinden daha yüksek ve daha tutarlı bir üretime sahiptir.

Avrupa'da toplam kurulu rüzgar gücü kapasitesi 205 GW'a ulaşmıştır. Bunun %89'u onshore, %11 ise offshore'dur. 2020 itibarıyla toplamda 12 Avrupa ülkesinde, 116 offshore rüzgar enerjisi santralinde 5.402 türbin bulunmaktadır.

Okyanuslarda ve denizlerde keşfedilmeyi bekleyen önemli bir offshore rüzgar enerjisi gücü mevcuttur. Bu sebeple çeşitli Avrupa ülkeleri, enerji karışımlarında offshore rüzgar enerjisinin payını artırmak için farklı hedefler belirlemişlerdir. Birleşik Krallık, offshore rüzgar enerjisinin, elektrik ihtiyacının yaklaşık %40'ını karşılayabilmesi için 2030 yılına kadar 30 GW'lık bir offshore rüzgar kapasitesi hedefi saptamıştır (şu anda 10 GW'lık kurulu güç mevcuttur). Fransa, offshore rüzgar enerjisinde 2023 yılına kadar 2,3 GW ve ardından her yıl 1 GW kapasite artırmayı; Danimarka ise 2030 yılına kadar 6 GW işletme kapasitesine sahip olmayı hedeflemektedir. Hollanda 2030'a kadar toplam kurulu offshore rüzgar enerjisi kapasitesinin 11,5 GW'lık bir güce sahip olmasını hedeflemektedir. Bu hedeflere ulaşabilmek için on bir AB

⁵⁹ Öğretim Görevlisi, Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü.

Üye Devleti ile birlikte Birleşik Krallık, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelik idari düzenlemelerindeki destek mekanizmalarında offshore rüzgar enerjisine yer vermiştir.

Offshore rüzgar enerjisinin tüm olumlu özelliklerini göz önünde bulunduran Komisyon, 2050 ile birlikte toplamda 250 GW'lık offshore rüzgar enerjisi kurulumunun mümkün olduğunu; bu hedef çerçevesinde özellikle, Kuzey Denizi, Baltık Denizi, Karadeniz, Akdeniz ve Atlantik Okyanusunda, offshore rüzgar enerjisi imkanlarından faydalanmak üzere yeni kurulumların yapılabileceğini belirtmektedir.

Benzer şekilde 15 Aralık 2015 sayılı Parlamento Kararı'nda, sadece Kuzey Denizi bölgesindeki offshore rüzgar enerjisi potansiyelinin 2030 yılı itibariyle Avrupa'nın güç tedarikinin %8'inden fazlasını oluşturabilecek kadar güç üretebileceği belirtilmiştir.

Böylece offshore rüzgar enerjisindeki potansiyel ve gelişimler dikkate alınarak, Avrupa Parlamentosu, 15 Ocak 2020 tarihli "Avrupa Yeşil Anlaşması" Kararında, AB'de bir offshore rüzgar enerjisi stratejisi belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Türkiye Rüzgar Enerjisi Birliği'nin verilerine göre, Türkiye'de kurulu rüzgar enerji gücü 2020 senesi itibariyle 8.288 MW'tır. Ancak Türkiye'nin offshore rüzgar enerjisi potansiyeli bulunmasına rağmen, kurulu offshore rüzgar enerjisi santrali bulunmamaktadır. Her ne kadar bu hususta ihaleler düzenlenmişse de, offshore rüzgar enerjisi alanında mevzuat eksikliği ve destek mekanizmalarında teşvik edici programlar bulunmaması sebebiyle, offshore rüzgar enerjisi kurulumlarında gelişme gösterilememiştir.

Hem sabit kurulumlarla hem de yüzer platformlarla offshore rüzgar enerjisi, AB'nin yenilenebilir enerji hedefleri arasında önemli bir yere sahiptir. Offshore rüzgar enerjisi potansiyeline sahip olan Avrupa ülkeleri tarafından offshore rüzgar enerjisi kurulumlarının, idari düzenlemelerdeki destek mekanizmaları ile teşvik edilmesinin sonucu olarak, 2050 yılına kadar olan süreçte bu alana yapılacak yatırımların artması beklenmektedir. Ayrıca, offshore rüzgar enerjisinde potansiyeli olan Türkiye, offshore rüzgar enerjisi kurulumlarına yönelik olarak çalışmalarını devam ettirmekte olup, ileriki süreçte offshore rüzgar enerjisinin elektrik üretimindeki oranının diğer yenilenebilir enerji kaynaklarına göre artırılması için mevcut destek mekanizmasında, yatırımcıları bu alana teşvik eden düzenlemeler yapması ve sadece offshore rüzgar enerjisine yönelik bir şeffaf, belirli ve basit prosedürlere dayanan bir mevzuat oluşturması gerekecektir.

Avrupa İklim Tüzüğü süreci, Avrupa Yeşil Mutabakatının 2050 yılında Avrupa'nın iklim nötr hedefinin hayata geçmesi için umut vaat eden bir imkân olarak gündemdedir. Tüzüğün hazırlıkları, hedef beklentileri üye devletleri olduğu kadar Türkiye gibi müzakere sürecindeki ülkeleri de yakından etkilemektedir. İklim krizinin çok katmanlı, çok paydaşlı bir müzakere temelinde aşılmasını esas alan ekonomik, sosyal ve hukuki çerçeve için çevre hukuku önemli tartışma olanaklarını geçtiğimiz 30 yıl içinde biriktirmiştir. Özellikle iklim krizinin etki ve sonuçlarıyla yüzleşildiği bir çağda, Avrupa İklim Tüzüğü, Avrupa Yeşil Mutabakat öncesine de uzanan uzun bir geçmişe sahip uluslararası hukuk çalışmalarının somutlaşması olarak görülebilir. AB üyesi ülkelerde hukuki bağlayıcılığı olan bütüncül bir iklim politikasına da dönüşmesi arzulan tüzük çalışmasının, iklim krizine temelden yanıt bulması kadar, başta enerji, ulaşım ve gıda-hayvancılık olmak üzere pek çok sektör açısından yeni araçlar geliştirmesi de arzu ediliyor.

Avrupa Birliği temelinde yaşanan ekonomik ve sosyal sorunların olduğu gibi iklim krizinin de aşılmasında bugüne kadar temel piyasa araçlarının hayata geçirilmesi başarılı bir sonuç alınmasını olanaklı kılmamıştır. Özellikle ülkeler, bölgeler arası eşitsizlikler ve sosyal adalet sorunları, iklim krizini ulusal sınırlar temelinde çözmeye çalışan yaklaşımları ön plana çıkarmıştır. Bu nedenle de ülkeler arası hukuki dayanışma ekonomik büyüme politikalarının gerisinde kalmıştır. Ortak bir hukukun olmaması bu sorun karşısında temel hukuki hareket noktalarının kurulmasını da güçleştirmiştir. Ancak, iklim krizinin yarattığı salgın, küresel gıda krizi gibi konular başta küresel güvenliği, kamu düzenini olmak üzere ekonomik hayatın geleceğini de yok edecek boyutlara hızla sıçramıştır. Bilimsel öngörüler ve tahminler etkilerini daha erken göstermiştir. Bu nedenle de küresel bir mutabakat, normatif bir düzenlemeyi zorunlu hale getirmenin ötesine geçmiştir. 28 Ocak 2020'de kamusal bir konferansla, AB İklim Tüzüğü görüşe açılmış ve her ne kadar kısıtlı da olsa katılımcı bir müzakere süreci sonunda nihayete erdirilmiştir. Bu hazırlık süreci ve Tüzüğün temel hedefleri AB'nin genel politik aktörlerince olumlu anılsa da sivil toplum kuruluşları içinden Tüzüğün yetersizliği ve eksikliği dair eleştiriler de yükselmeye başlamıştır.

İklim Tüzüğü, Avrupa Yeşil Mutabakatının 2050 yılı hedefine ulaşmak için, temel olarak, sera gazı emisyonlarını 1990 yılı seviyelerine kıyasla 2030 yılına kadar %55 oranında azaltılması hedefi geliştirmiştir. Buna ek olarak AB Komisyonu, Haziran 2021'e kadar politik araçları gözden geçirerek 2030 yılı için ilave emisyon azaltımı yapılması amacıyla genel bir dönüşümü mümkün kılacak yolları arayacaktır. Tüzüğün bu hedefler ve amaçlar kadar önemli diğer yönü ise, Komisyonun planlama, izleme ve uygulamala zorlama araçlarıdır.

Yapılan açıklamalar ışığında, Avrupa İklim Tüzüğü'nün iklim değişikliği sorununa AB özelinde önemli bir yol haritası olup olamayacağı, çevre hukuku ilkeleri ışığında, öngördüğü hedefler ve iklim krizinin boyutu arasında ilişki kurularak değerlendirilecektir.

Bu bağlamda da, Türkiye'de çalışmalarının bir süredir devam ettiği bilinen ve fakat kamuoyu ile paylaşılmadığından katılımcı bir süreçten mahrum olduğu eleştirilerine maruz kalan İklim Değişikliği Kanun hazırlık süreci de ele alınacaktır. Türkiye, iklim değişikliği mevzuatını, Dünya Bankası tarafından 2011 yılında hayata geçirilen Karbon Piyasalarına Hazırlık Ortaklığı çerçevesinde, 2013 yılında çalışmaya başlayan PMR Türkiye Programı'nın, Bakanlık desteğiyle yaptığı çalışmalar sonucunda hazırladığını duyurmuştur. Mevzuatın hazırlık

⁶⁰ Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD.

sürecinin idari, mali ve hukuki olarak yarattığı ve yaratacağı kapasitenin, hangi ekonomik, sosyal ve ekolojik sorunlara çözüm aradığı bu bağlamda önem taşımaktadır. Küresel bölgesel bir güç olma çaba ve niyeti içinde olan Türkiye'nin bu öngörü ve ölçeğin ihtiyaçlarını karşılayacak bir kapasite inşası sektör bazlı bir yaklaşımla mı yoksa kamu gücünün yeniden inşası ekseninde mi hayata geçirileceği sorusuna yanıt aranacaktır. Bu perspektif doğrultusunda da hazırlanan bir yasanın Türkiye'nin enerji, maden, enerji alanlarındaki sorunlarında üretim, dağıtım ve bölüşüm ilişkilerini geliştirmesine yönelik ne tür bir ivme katabileceğini tartışılacaktır. Bu tartışma aynı zamanda çevre hukukunun ihtiyatilik, sürdürülebilir kalkınma ve katılım ilkeleri gözetilerek yapılacaktır.

Türkiye İklim Kanunu'nun AB İklim Tüzüğü hedefleri bakımından değerlendirilmesi de bu açıdan yapılacaktır. Türkiye'nin Paris İklim Sözleşmesi'ne de taraf olmaması nedeniyle, uluslararası iklim değişikliği mücadele araçlarının entegrasyonu zorlaştırdığından iklim politikalarında izlenecek ulusal yol, eylem planlarını dönüştüren ve öngörülebilirliği garanti altına alan ve tüm sektörler açısından zorunlu şartlar ve sınırlar koyan bir zorlayıcılıkta olup olmayacağı da bu bağlamda tartışılacaktır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın resmi açıklamalarında da sıklıkla altı çizildiği üzere, AB'nin yeşil ekonomi politikalarının Türkiye'nin yasal altyapısındaki önem ve yeri öncelikle gözetilmesi gerekliliğinden hareketle, mevcut yasalaşma pratiğinin kamu politikalarının oluşturulması, devletin küresel bir aktör olarak izleyeceği yollarına etkisi, mevcut kalkınma politikaları bağlamında nasıl bir idari pratikle iklim krizine karşı çözümler üretilebileceğine yanıt aranacaktır.

Girişimde bulunma hedefi ile toplumsal hedefleri birleştiren sosyal girişimcilik, geniş çaplı sosyal ve çevresel amaçların hayata geçirilmesi düşüncesinden hareket eden bir işletme modelidir⁶². Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sosyal girişimlerde kâr maksimizasyonu yerine sosyal etki yaratma ve sosyal gelişimin sürdürülebilirliğini sağlama düşüncesinin hakim olduğunu söylemek mümkündür⁶³. Başka bir ifadeyle, girişimci ve yenilikçi bir anlayışla piyasaya mal ve/veya hizmet tedarik eden sosyal girişimler, elde ettikleri kârı öncelikli olarak sosyal amaçları gerçekleştirmeye ayırırlar⁶⁴.

İşletmelerin söz konusu toplumsal amaçlarını hayata geçirebilmelerini sağlayabilmeleri adına çeşitli ülkelerde bu türden işletmelere başta vergi indirimleri olmak üzere birtakım kolaylıklar sağlanmıştır. Nitekim Avrupa Komisyonu da benzer şekilde, bu işletmelerin diğer işletmelerle rekabet edebilmeleri ve varlıklarını sürdürebilmeleri için sosyal girişimcilik modelini benimseyen işletmelere uygun finansal, idari ve yasal ortamın sağlanabilmesi amacıyla harekete geçmiştir⁶⁵. Bu çerçevede, sosyal amaçlarla hareket eden işletmeler için farkındalık yaratmak ve bu işletmelere daha iyi bir ortam sağlayabilmek adına bir eylem planı oluşturulmuş ve ilk defa 2011'de Sosyal İşletme İnisiyatifi [Social Business Initiative (SBI)] faaliyete başlamıştır⁶⁶.

Sosyal İşletme İnisiyatifi, öncelikle, sosyal girişimlerin gelişebilmesi amacıyla bir kısa dönem eylem planı oluşturmuş, orta ve uzun dönemde hayata geçirilmesi amaçlanan hususların tartışılabilmesi adına ise üç başlık altında toplam on bir adet öncelikli öneri sunmuştur⁶⁷. Bu başlıklardan ilki sosyal girişimlerin fon bulmasını kolaylaştırma amacına ilişkindir. Bu amaç doğrultusunda ilk olarak sosyal yatırım fonları için yasal bir düzenleme yapılması gerektiği ortaya konmuş ve nitekim bu gereklilik, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 17 Nisan 2013 tarih ve 346/2013 (AB) sayılı Avrupa Sosyal Girişimcilik Fonları Hakkında Tüzüğü'nün⁶⁸ yürürlüğe girmesiyle hayata geçirilmiştir. Bu başlık altında ayrıca yasal ve kurumsal çerçevenin iyileştirilmesi suretiyle Avrupa'da mikro kredinin gelişiminin teşvik edilmesi, finansmana kolay erişimin sağlanabilmesi adına bir Avrupa Birliği finansal aracının oluşturulması, sosyal girişimlerin Avrupa Bölgesel Kalkınma Fonu ve Avrupa Sosyal Fonu için bir yatırım önceliği haline getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹.

İkinci başlık, sosyal girişimciliğin görünürlüğünü artırmaya yönelik olup, Avrupa'da sosyal girişimlerin kapsamlı kaydının tutulabilmesine ilişkin en iyi uygulamaların tespiti; Avrupa'daki sosyal girişimler için kamusal bir etiket ve sertifika veri tabanı oluşturulması; ulusal ve bölgesel hükümetlerin sosyal girişimleri desteklemek, teşvik etmek ve finanse etmek için önlemler almasına yardımcı olunması; sosyal girişimciler ile sosyal yatırımcılar için çok dilli bir bilgi ve değişim platformu oluşturulması; sosyal girişimcileri desteklemek ve finansman elde etmeyi kolaylaştırmak için AB programlarının görünürlüğünün artırılması amaçlanmıştır⁷⁰.

⁶¹ Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.

⁶² https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.2.2021.

⁶³ Lambooy, Tineke/Argyrou, Aikaterini, Improving the Legal Environment for Social Entrepreneurship in Europe, European Company Law, 11(2), s. 71.

⁶⁴ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021, Lambooy/Argyrou, s. 71.

⁶⁵ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021.

⁶⁶ Lambooy/Argyrou, s. 71.

⁶⁷ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021.

⁶⁸ OJ L 115, 25.4.2013, s. 18–38.

⁶⁹ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021.

⁷⁰ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021.

Nihayet üçüncü başlıkta, sosyal girişimler için yasal ortamın daha iyi bir hale getirilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu doğrultuda, Avrupa’da kooperatif ve vakıflara ilişkin yasal düzenlemelerde bazı değişiklikler yapılması, özellikle sosyal hizmetler ve sağlık hizmetlerine ilişkin kamu ihalelerinin verilmesinde kalite ve çalışma koşullarının daha önemli kriterler haline getirilmesi ile sosyal ve yerel hizmetlere kamu yardımı verilmesine ilişkin yasal prosedürün kolaylaştırılması gerektiği vurgulanmıştır⁷¹.

Çalışmamızda sosyal girişime ve sosyal girişimciliğe ilişkin kavramsal çerçeve üzerinde durulduktan sonra, Sosyal İşletme İnisyatifi’nin sosyal girişimler hakkında tartışmaya açtığı orta ve uzun vadeli eylem planında yer verilen başta 346/2013 sayılı Tüzük olmak üzere yukarıda zikredilen diğer başlıkların ne ölçüde hayata geçirildiği ile bu amaçla yapılan veya yapılması planlanan yasal düzenlemelerle ilgili açıklamalara yer verilecektir.

⁷¹ https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_nl, 18.1.2021.