

güncel hukuk

KASIM 2011/11-95 AYLIK HUKUK DERGİSİ 5 TL

AVUKAT HACİZ
ESNASINDA
NE YAPAR?



MEKÂN ve HUKUK...

Adliyelerde Sorunlar,
Öneriler, Görüşler

- GECEKONDU TEORİSİ VE İSTİNAF
- YENİ BK VE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali Akal
 Prof. Dr. Teoman Akünel
 Prof. Dr. Uğur Alacakaptan
 Prof. Dr. Yavuz Alangoya
 Av. Sümer Altay
 Prof. Dr. Ramazan Arslan
 Prof. Dr. Emin Artuk
 Çetin Aşcıoğlu
 Doç. Dr. Kerim Atamer
 Doç. Dr. Yeşim Atamer
 Prof. Dr. Aydın Aybay
 Prof. Dr. Rona Aybay
 Prof. Dr. Nami Barlas
 Prof. Dr. Süheyl Batum
 Yrd. Doç. Dr. Leyla Berber Keser
 Prof. Dr. Fatmağül Berktaş
 Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
 Prof. Dr. Erdoğan Bülbül
 Prof. Dr. Nur Centel
 Prof. Dr. Tankut Centel
 Av. Barbaros Çağa
 Av. Nurcan Bayraktar
 Prof. Dr. Aysel Çelikel
 Av. Fehmi Demir
 Dr. Bumin Doğrusöz
 Prof. Dr. Mustafa Dural
 Prof. Dr. Belgin Erdoğan
 Av. Kısmet Erkiner
 Prof. Dr. Celal Erkut
 Av. Hasan Ferit Ertuğ
 Doç. Dr. Alper Gümüş
 Av. Mehmet Gün
 Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
 Av. Tamer Heper
 Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
 Prof. Dr. Işıl Karakaş
 Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
 Doç. Dr. Ümit Kocasakal
 Prof. Dr. Necip
 Kocayusufoğlu
 Av. Osman Kuntman
 Av. Şahin Mengü
 Prof. Dr. Ahmet Mumcu
 Prof. Dr. Bertil Emrah Oder
 Av. Salih Oktar
 Prof. Dr. Saibe Oktay
 Prof. Dr. Ali Rıza Okur
 Av. Dr. Yiğit Okur
 Yrd. Doç. Dr. Gül Okutan
 Prof. Dr. Erdal Onar
 Prof. Dr. İlber Ortaylı
 Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
 Doç. Dr. Emre Öktem
 Dr. Adil Özkol
 Prof. Dr. Bahri Öztürk
 Prof. Dr. Rona Serozan
 Av. Rifat Yaşar Sırer
 Dr. Ömer Sivrihisarlı
 Dr. Selçuk Soybay
 Prof. Dr. Burhan Şenatalar
 Doç. Dr. Şükran Şipka
 Prof. Dr. Turgut Tarhanlı
 Dr. Hıfzı Topuz
 Prof. Dr. A. Can Tuncay
 Prof. Dr. İlhan Uluşan
 Prof. Dr. Bilge Umar
 Av. Uğur Uruşak
 Prof. Dr. Oktay Uygun
 Prof. Dr. Samim Ünan
 Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
 Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
 Prof. Dr. Yıldızhan Yayla
 Prof. Dr. Ejder Yılmaz
 Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu
 Av. Şehnaz Yüzer



Yayıncı
DOĞAN BURDA DERGİ
 YAYINCILIK VE PAZARLAMA A.Ş.

İcra Kurulu Başkanı Mehmet Y. Yılmaz
Tüzel Kişi Temsilcisi
Yayın Direktörü Murat Köksal
Yayın Danışmanları
Yönetmen Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Koordinatör Fikret İlkiz
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Filiz Kerestecioğlu
Yayın Kurulu Prof. Dr. Köksal Bayraktar
 Fikret İlkiz
 Filiz Kerestecioğlu
 Zehra Kafkaslı
 Canan Bozkurt
 Rita Ender
 Yusuf Akan
 Göktay Çuhadar
 Naci Koç
Görsel Yönetim
Kapak Tasarım
Ankara Temsilcisi Erdal İpekeşen
 Tel: 0 312 4671437-38-39
YÖNETİM
Genel Yayın Koordinatörü Yeşim Denizel
Satış Direktörü Orhan Taşkın
Finans Direktörü Didem Kurucu
Üretim Direktörü Servet Kavasöğlü
REKLAM
Grup Başkanı Vicky Habif
Grup Başkan Yardımcısı Nil Ertan
Satış Koordinatörü Emel Sönmez
Teknik Müdür Nusret Kırımlioğlu
 Tel: 0212 3365360 (3 hat)
 Faks: 0212 3365390
 Tel: 0212 3365300-57-59
 Faks: 0212 3365392-93
Rezervasyon Tel: 0312 2070072/73
Ankara Reklam Tel: 0212 3365370
Hedef Sayfalar Faks: 0212 3365391

Kurumsal İletişim Direktörü Neslihan Sadıkoğlu

Maya Akar Center, Kat: 7 Büyükdere Cad. No: 100-102
34394 Esentepe/İSTANBUL

Yönetim Yeri
 Hürriyet Medya Towers 34212 Güneşli - İstanbul
 Tel: 0 212 410 35 34 - 0 212 410 35 35 - 0212 410 35 40
 Fax: 0 212 410 35 31

Baskı Ajans-Türk Gazetecilik
 Matbaacılık İnşaat San. A.Ş.
 Necdet Evliyagil Sokak
 No: 24 Batıkent / ANKARA
Dağıtım Yaysat A.Ş. Tel: 0212 6222222

Yayın Türü Yerel, süreli, aylık
 DB Okur Hizmetleri Hattı: 0 212 478 0 300

okurhizmetleri@doganburda.com
 DB Abone Hizmetleri Hattı: 0212 478 0 300
 Faks: 0212 4103512 (2 hat)
 abone@doganburda.com • www.doganburda.com
 Pazar hariç her gün saat 09:00-18:00
 arasında hizmet verilmektedir.

© Güncel Hukuk, Doğan Burda Dergi Yayıncılık ve Pazarlama A.Ş. tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayımlanmaktadır. Güncel Hukuk yayımlanan yazı, fotoğraf, illüstrasyon, harita ve konuların her hakkı saklıdır. İzinsiz, kaynak gösterilerek de olsa alınıp yapılamaz.

GÜNCEL HUKUK
 "hakemli" bir dergidir.

Web: www.guncelhukuk.com.tr
 E-posta: guncelhukuk@doganburda.com

Toplumu derinden sarsan ölümlerin yaşandığı bir ülke olarak, en son 19 Ekim 2011 gecesi Çukurca'daki saldırıda 24 asker öldü ve 23 asker yaralandı... Kaldırılan cenazelerin ardından yaşanan acılara karışan nefret söylemlerinin nasıl ve ne zaman sona ereceği bilinmiyor. Çözümlemeyen Kürt sorunu ve en çok ölümlerin yaşandığı bir ülke olarak terörün önlenmesinde ve barışın sağlanmasında herkesin ve hepimizin sorumluluğu olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu terör eylemlerini; "insan haklarını, temel özgürlükleri ve demokrasiyi yıkma amacı güden, Devletlerin toprak bütünlüğünü ve güvenliğini tehdit eden, meşru olarak kurulmuş Hükümetleri istikrarsızlığa uğratan, çoğulcu sivil toplumu tehlikeye atan ve Devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınması üzerinde olumsuz sonuçlar doğuran faaliyetler" (17.12.1999. Karar No. 54/164) olarak tanımlamaya çalışmıştır.

Terör eylemlerinin faili, düzenleyicisi ve maddi destekçisi olduğundan şüphelenilen kişilerin mahkeme önüne çıkartılması bütün devletlerin yükümlülüğüdür (12 Eylül 2011 BM Güvenlik Konseyi'nin 1368 sayılı kararı).

"Devletlerin asli görevinin, halklarını olası terör eylemlerine karşı korumak olduğunu" vurgulayan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11 Temmuz 2002 tarihli 804. toplantısında kabul edilen "İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkındaki İlkeler" hakkındaki tavsiye kararı herkes tarafından dikkate alınması gereken önemli bir belgedir.

Devletler, yetki alanları dâhilinde bulunan herkesin temel haklarını, özellikle de yaşama hakkını terör eylemlerine karşı korumaya yönelik tedbir almakla yükümlüdür. Bu ilkelere uyulursa ve devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirirse eğer; alınan tedbirler devletin terörle mücadelesini tamamen haklı kılar.

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamble; Terör Karşısında Demokrasiler konulu 26 Eylül 2011 ve 1258 sayılı kararında Devletlere "dünyada tüm insanlar için demokrasi, adalete, insan hakları ve refahı güvence altına almaya yönelik olarak ekonomik, sosyal ve siyasi politikalar izleme doğrultusundaki kararlıklarını yineleme ve pekiştirme" çağrısında bulunmuştur.

26 Eylül 2001 tarihli (28.) oturumda Parlamenter Asamble tarafından kabul edilen bir diğer karara göre; "[...] Asamble, terörün uzun vadede önlenmesinin, terörün sosyal, ekonomik, siyasi ve dini kökenleri ile bireyin nefret kapasitesinin doğru şekilde anlaşılmasını içermesi gerektiğine inanmaktadır" (İnsan Hakları ve Terörle Mücadele. Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları. Şubat 2011).

Bu uluslararası belgeler insan yaşamının korunması, yaşam hakkının kutsallığı üzerinedir.

İster canını yitiren insanların kaniyle sulanan topraklar üzerinde, ister dünyanın başka coğrafyalarında terör sorununun önlenmesi için yazılmış olan uluslararası belgeler; insan haklarının ve demokrasinin korunması amacına uygun yorumlanmalıdır.

Saygı ve dostlukla,

GÜNCEL HUKUK

Hürriyet

Hürriyet'in katkılarıyla yayınlanmıştır.

Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yukos ve Soros Kararları Üzerine Düşünceler

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü Medeni Kanun'daki genel iyi niyet ve özen yükümlülüğünden daha sıkı ve spesifiktir. Tacir vasfı olmayan bir kişiden beklenen özen ile tacirden beklenen özen farklı niteliktedir, zira ikincisi ticari hayatın gereklerini bilmeyi de içerir

Yrd. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' (AİHS) bağlamında basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden söz etmek ilk bakışta yadırgatıcı gelebilir. Öyle ya, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ve buna bağlanan hukuki sonuçlar, münhasıran ticaret hukuku alanına özgüymüş gibi düşünülmektedir. Akla hemen, bir insan hakları mahkemesinin ticaret hukuku alanındaki bir kavramla ne gibi bir ilgisi olabileceği sorusu gelmektedir.

Bu çalışmada, münhasıran özel hukuk alanında yer bulan bir kavram olan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme)

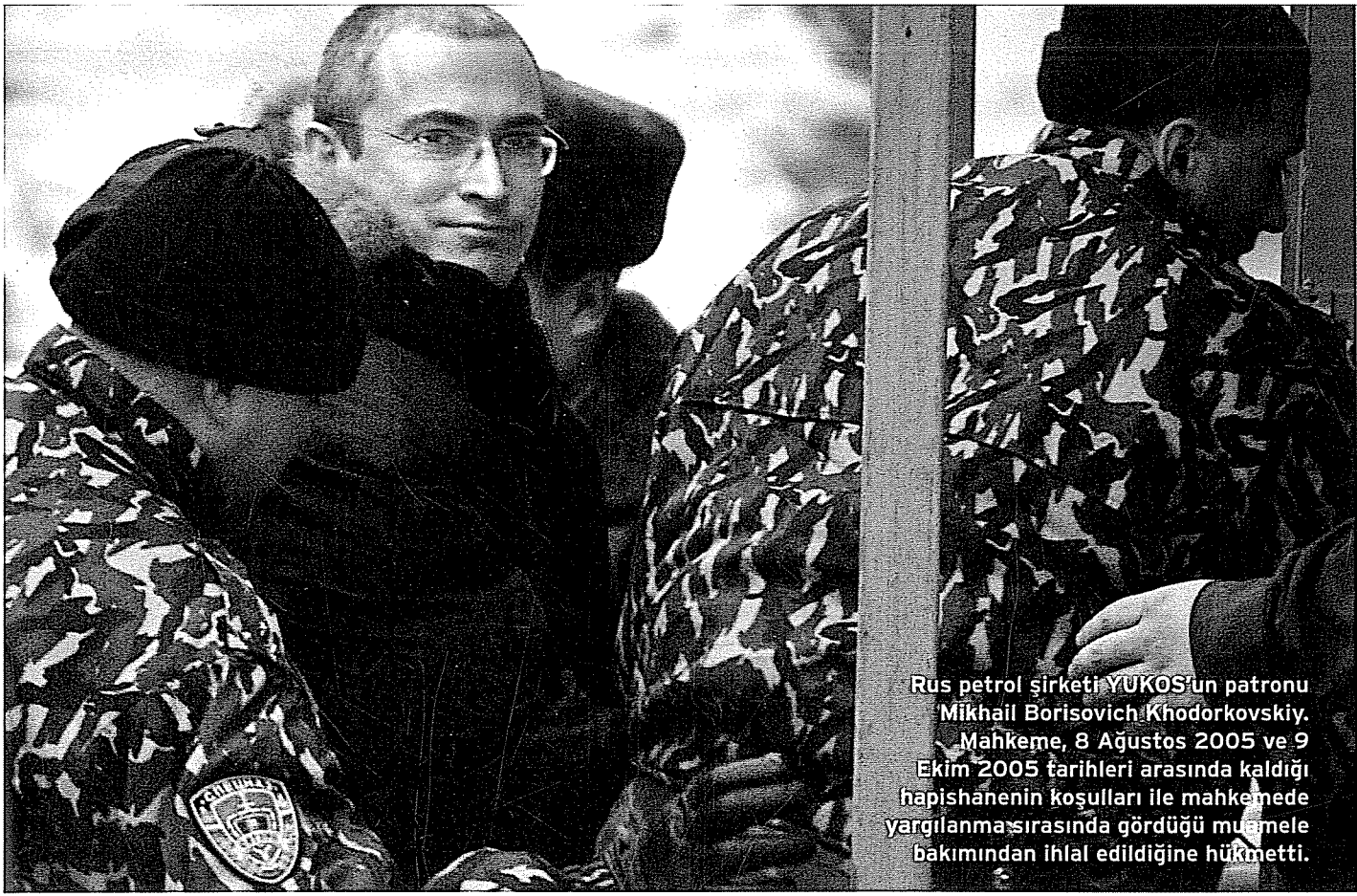
kararlarında yeri olup olmadığı ve bu bağlamda Mahkeme'nin ünlü Rus petrol şirketi YUKOS ile ünlü "para sihirbazı" George Soros hakkında verdiği sırasıyla 20 Eylül ve 06 Ekim 2011 tarihli hükümler incelenecektir.

AİHM Kararlarında Basiretli Bir İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. "Tacir olmanın hükümleri" başlığı altında düzenlenen Madde 20 (2), "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır."² hükmünü getirmiştir. Tacirlere ticari işletmeleriyle ilgili meselelerde objektif bir özen ölçüsü getiren basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü uyarınca her tacir ticari faaliyetlerinde³ tedbirli ve tecrübeli bir iş adamı gibi tasarrufta bulunmalıdır. Bu yükümlülüğe aykırı tasarruflara bağlanan çeşitli sonuçlar bulun-



Mahkeme meşru beklentinin bulunduğu hükmederken hakkının ihlal edildiği iddiasında olan bireyin özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı hususunu da göz önünde bulundurmaktadır



Rus petrol şirketi YUKOS'un patronu
Mikhail Borisovich Khodorkovskiy,
Mahkeme, 8 Ağustos 2005 ve 9
Ekim 2005 tarihleri arasında kaldığı
hapis hâlinin koşulları ile mahkemede
yargılanması sırasında gördüğü muamele
bakımından ihlal edildiğine hükmetti.

İncelemesine mülkiyet hakkına müdahalede hukukilik ve dolayısıyla öngörülebilirlik ilkesinin önemini vurgulayarak başlayan AİHM'ye göre, mevcut kanuni sürelerle dair Rus Anayasa Mahkemesi yorumunun başvuru şirket tarafından öngörülemez olacak olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir

maktadır. Mesela bir zarar doğduğunda, tacir zarardan ötürü sorumlu olacaktır.⁴ Özünde Medeni Kanun'daki dürüstlük kuralı (MK 2) ve genel iyiniyet ilkesinin (MK madde 3)⁵ bir uzantısı olan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ticari hayatın her alanında sonuç doğuracak genelliktedir. Nitekim, MK 3'te bahsedilen iyiniyet, "durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Bu tanımda yer alan "gerekli özeni gösterme" zorunluluğu, hem "bilmesi gerekme" olgusunu hem de somut olarak "bilmeme" ve "bilebilecek durumda olmama"⁷ durumlarını kapsamaktadır.⁸ Üstelik basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü Medeni Kanun'daki genel iyi niyet ve özen yükümlülüğünden daha sıkı ve spesifiktir. Tacir vasfı olmayan bir kişiden beklenen özen ile tacirden beklenen özen farklı niteliktedir, zira ikincisi ticari hayatın gereklerini bilmeyi de içerir.

Bu niteliğiyle de gerek özel nitelikli basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gerekse genel nitelikli iyi niyet ilkesi ve özen yükümlülüğü, somut uyuşmazlıkların çözümünde birer maymuncuk işlevi görürler. Denilebilir ki hem bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü hem de iyi niyet ilkesi, hukukun genel ilkesi statüsüne ulaşmıştır.

O halde AİHM'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda, AİHS metninde yer verilmemesine rağmen gerek iyi niyet ilkesini gözetmesine gerekse de basiretli bir iş adamı gibi davranma/hareket etme yükümlülüğüne dayanarak karar üretmesine şaşırılmamalıdır. Gerçekten de, özellikle ticari hayata ve belirli mesleki hayata ilişkin uyuşmazlıklarda AİHM'nin bu iki hukuk

genel ilkesini, elbette adlarını bu netlikte koymadan, uyuşmazlığın kilidini açmakta kullandığını görmek mümkündür.

Öncelikle AİHS/Protokol No.1⁹ madde 1 çerçevesinde mülkiyet hakkının varlığından bahsedilebilmesi için gerekli olan mülkiyetin mevcut olması kuralının esnetilmesi amacıyla AİHM tarafından ihdas edilmiş olan meşru beklenti hukuki kategorisi bağlamında söz konusu iki ilkeye sıklıkla atıf yapıldığını hatırlatalım. Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği, kısacası sağladığı korumanın devreye girmesi için zorunlu olan bu aşamada özellikle özenli hareket etmiş olmak, başvuru için bir yükümlülüktür. Nitekim Mahkeme, başvuru için yetkili yerel idareyle hafif sanayi tesisleri yapmak ve bunların bir kısmını üçüncü kişilere kiralamak hususunda 22 yıl süreli olarak ve uzatma opsiyonlu bir sözleşme yaptığı Strecth davasında, başvuru 22 yıllık sürede sözleşmenin üzerine düşen bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu için başvuru için sözleşmenin uzatılması konusunda en azından meşru bir beklentisi bulunduğu sonucuna varmıştır.¹⁰ Bu noktada, iyi niyetin rolüne ilişkin olarak başvuru üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesine ve idarenin itirazlarını hukuki sürecin son aşamasında dile getirmesine Mahkeme'ce yapılan vurgunun altını çizmek gerekir.¹¹

Mahkeme meşru beklentinin bulunduğu hükmederken hakkının ihlal edildiği iddiasında olan bireyin özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı hususunu da göz önünde bulundurmaktadır. Başvuru tasarruflarındaki özene verilen ağırlığı göstermesi bakımından oldukça yakın tarihten itibaren davalarda başvuru yetkili kamu makamlarınca orman sınırları içinde kaldığı belirlenen

bir araziyi satın almıştır. Çeşitli yargısal süreçlerden sonra tapusu iptal edilmiş ve arazisi Hazine adına kaydedilmiştir. AİHM başvurusunun satış işlemleri sırasında arazinin orman sınırları içerisinde kaldığını ve bu tip arazilerin özel mülkiyete konu olamayacağı bildiğini veya bilmesi gerektiğini saptayarak başvuruyu "açıkça temelsizlik" gerekçesiyle kabul edilemez ilan etmiştir.¹²

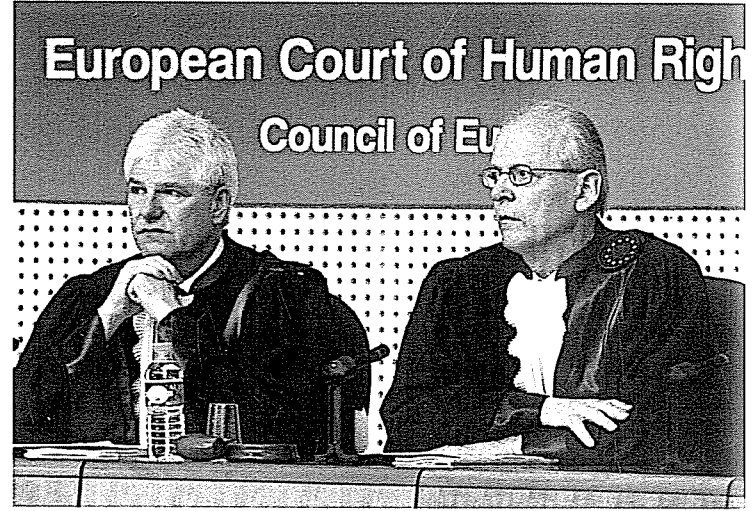
Bu kararda Mahkeme, adını açıkça koymamakla beraber bir çeşit zimni özen yükümlülüğü ölçütünü uygulamıştır. Buradaki özen yükümlülüğü iyi niyet ilkesiyle o kadar bağlantılıdır ki, Mahkeme'yi, hiç kimse kendi özensizliğinden dolayı lehine bir hak tesis edemez hükmüne ulaştırmıştır.¹³

Aynı şekilde AİHM, ticari nitelikteki işlemlerle sınırlı olmakla birlikte, meşru beklenti kavramına ilişkin yapmış olduğu incelemede, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olarak niteleyebileceğimiz bir çeşit özenli davranma yükümlülüğüne riayet edilip edilmediğini de dikkate almaktadır.¹⁴ Bu noktada, Mahkeme'nin hem başvurusunun hem de idarenin tasarruflarındaki özene dikkat ettiği söylenebilir. Yatırım yapan başvuru, ekonomik hayatın risklerini fark etmek ve göğüslemek hususunda basiretli bir iş adamı gibi davranmalıdır. İdare de yasal süreler ve usuller içinde başvurucuyu öngörülemez bir hataya düşürmeden hareket etmelidir.

Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, sadece hakların uygulanmasında değil ama ayrıca hakların sınırlandırılması aşamasında da rol oynamaktadır. Hakların sınırlandırılmasındaki hukukilik aşamasında AİHM kavrama özel bir önem atfetmektedir. Müdahalenin öngörülebilir olup olmadığının tespitinde başvurusunun pozisyonu ile müdahalenin kaynağı mevzuatın niteliği birlikte ele alınmaktadır. AİHM'in bu yaklaşımının ifade özgürlüğü hakkı (madde 10) ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi (madde 7) eksenli kararlarda geliştirildiği biliniyor.¹⁵

Üstelik ilginç bir şekilde, öngörülebilirlik ölçütünün mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde de kullanıldığını gözlemek mümkündür. Öngörülebilirlik ölçütünün uyuşmazlık konusu metnin yöneldiği kişilerin statüsüne bağlı olarak değerlendirilmesi sık karşılaşılan bir durumdur. Bu bağlamda, müdahaleye temel teşkil eden mevzuatın anlaşılması için hukuki yardım/danışma gerekmesi, koşullar çerçevesinde makul olarak mütalaa edilecek olursa yasallık koşuluna aykırılık doğurmaz. Özellikle mesleği icabı çok özenli olması gereken kişiler söz konusu olduğunda durum budur. Bu tip kişilerden mesleki faaliyetlerinin içerdiği riskleri değerlendirmekte özel ihtimam beklenebilir.¹⁶ Bu yaklaşım da kökenini ifade özgürlüğü ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine dair kararlarda bulmaktadır.¹⁷

Nihayet basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğün mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülülüğünün belirlenmesinde de rol oynadığını belirtelim.¹⁸ Bu noktada Mahkeme'nin hem başvurusunun hem de idarenin tasarruflarındaki özene dikkat ettiği söylenebilir. Hatta Mahkeme'nin özellikle mülkiyet hakkı eksenli uyuşmazlıklarda başvurusunun niyetini dahi sorguladı-



ğı vurgulanmalıdır.¹⁹

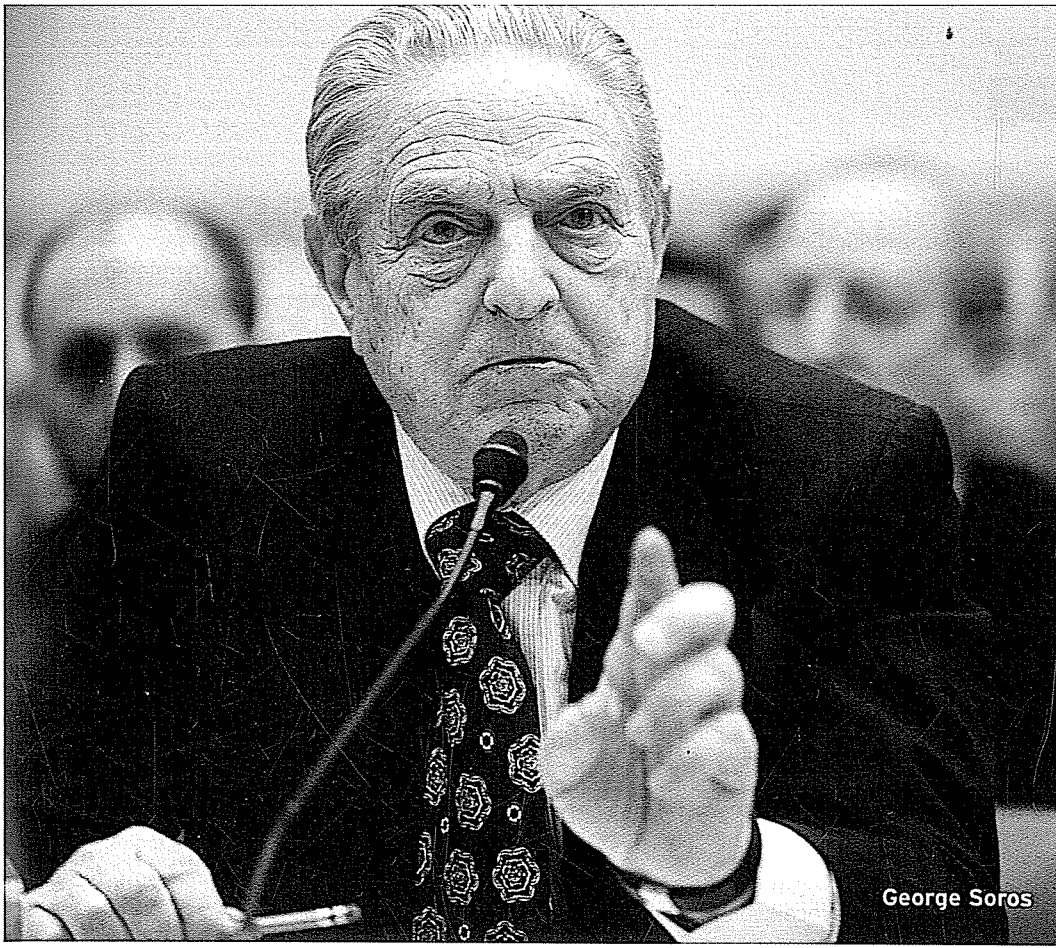
AİHM kararlarında hukukun genel ilkesi mertebesinde özen yükümlülüğü ile basiretli işadamı gibi davranma yükümlülüğünün, bir uyuşmazlığa yönelik çeşitli aşamalarda muhakemede belirleyici rolü bulunduğunu böylece gösterdikten sonra, kamuoyunda çok ses getiren ve henüz dumanı tüten YUKOS ve Soros kararlarını bu açıdan inceleyebiliriz.

Basiretli Bir İşadamı Gibi Tasarruflarda Bulunma Yükümlülüğü Açısından Yukos ve Soros Kararları

Tanınmış Rus petrol şirketi YUKOS'un açtığı dava temelde, patron Mikhail Borisovich Khodorkovskiy'nin Rus Devlet yönetimiyle çeşitli konularda anlaşamaması ve genel bir muhalif durumuna düşmesine bağlı ek vergi tarhiyat ve cezalarının mülkiyet hakkı başta olmak üzere çeşitli haklara aykırılık teşkil ettiği ve hatta giderek bu mali denetimin şirketi tamamen yok etme amacına yönelik olduğu ve dolayısıyla Sözleşme madde 18 ve Protokol No.1 madde 1'in ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. YUKOS'la Rusya Devleti arasındaki uyuşmazlığın bir başka boyutunu da patron Khodorkovskiy'nin tutuklanıp kötü muamele gördüğüne dair iddialar teşkil etmektedir. Bu noktada hemen belirtelim ki AİHM, patron Khodorkovskiy'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının birden fazla kez ihlal edildiğine, kötü muamele görme hakkının ise 8 Ağustos 2005 ve 9 Ekim 2005 tarihleri arasında kaldığı hapis hanesinin koşulları ile mahkemede yargılanma sırasında gördüğü muamele bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁰

YUKOS davasında söz konusu olan çok sayıda ek vergi tarhiyat ve cezaları AİHM tarafından tek tek ele alınmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, 2000-2001 vergi tarhiyatının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine, 2000-2003 tarhiyatının ise mülkiyet hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Buna ek olarak 2000 yılının Wdaki tarhiyata ilişkin ulusal hukuktaki dava hakkını kullanması sırasında savunmasını hazırlamak için yeterli zaman tanınmamış olması dolayısıyla

Mahkeme'nin hem başvurusunun hem de idarenin tasarruflarındaki özene dikkat ettiği söylenebilir. Hatta Mahkeme'nin özellikle mülkiyet hakkı eksenli uyuşmazlıklarda başvurusunun niyetini dahi sorguladığı vurgulanmalıdır



kını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, basiretli ve dürüst bir iş adamı olarak davranma yükümlülüğü belirleyici önemdedir. Elbette YUKOS kararının, Rusya'nın şirketi tamamen yok etme iddiası kapsamında özellikle Sözleşme maddede 18'in uygulanmasına yönelik boyutu da ayrıca incelenmeyi hak etmektedir.²⁴ Üstelik patron Khodorkovskiy'nin şikayetinde verilen kararlar birlikte ele alınarak Rusya'daki ticari hayata baskının Sözleşmesel haklar açısından daha geniş bir fotoğrafının çıkartılması da mümkündür. Burada ise AİHM kararları çerçevesinde geliştirmeye çalıştığımız "basiretli bir iş adamı gibi tasarrufta bulunma yükümlülüğü" açısından bir inceleme yapıldığı için kararın söz

adil yargılanma hakkının²¹ ve vergi tarhiyatının icrasında kullanılan yöntemlerin mülkiyet hakkının ayrıca ihlalini teşkil ettiği ni de hükme bağlamıştır.²²

Mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı vergi tarhiyatı bakımından inceleme yaparken AİHM, bizim basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olarak adlandırdığımız özen yükümlülüğüne önem vermiştir. İncelemesine mülkiyet hakkına müdahalede hukukilik ve dolayısıyla öngörülebilirlik ilkesinin önemini vurgulayarak başlayan AİHM'ye göre, mevcut kanuni sürelerle dair Rus Anayasa Mahkemesi yorumunun başvuru şirket tarafından öngörülemeyecek olması sebebiyle mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Buna karşılık 2000-2003 dönemi tarhiyatının öngörülebilirliği noktasında ise Mahkeme, cezaların başvuru şirkete bağlı danışıklı şirketlerin tasarrufları neticesinde kesildiğinin saptandığını, danışıklı şirket kurarak piyasayı manipüle etmenin ve vergi kaçırmanın ulusal hukuka göre hukuka aykırı bir durum olduğu ve bu nedenle başvuru şirketin kötü niyetli hareket ettiğinin sabit olması dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.²³ YUKOS kararının Türkiye bakımından güncelliği ve önemini vurgulamaya herhalde gerek yok. Dikkat çekilmelidir ki, AİHM'nin mülkiyet hakkının ihlaline hükmettiği kalemlerde başvuru şirkete atfedilebilir bir "basiretsizlik" bulunmamaktadır.

Hem bazı vergi cezaların salınması hem de bütün vergi tarhiyatının tahsili mülkiyet hakkının iki ayrı ihlalini teşkil etmektedir. Diğer yandan, başvuru şirketin "basiretsiz" ve piyasa ekonomisi kurallarını zedeleyecek veya bunlardaki boşluklardan yararlanacak şekilde kuralları dolanarak tasarrufta bulunduğu haller bakımından verilen vergi cezalarının mülkiyet hak-

konusu boyutları ele alınmamıştır.

Ünlü para spekülâtörü Soros'un başvurusunda ise, mülkiyet hakkı değil AİHS madde 7'de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında bir mesele gündeme gelmiştir. Bu noktada üzerinde odaklanılan hukuki tartışma, Fransız mevzuatında yer alan insider trading (içeriden öğrenenlerin ticareti) suçunun unsurlarının George Soros'un pozisyonuna olarak uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Kısacası AİHM önünde tartışma, öngörülebilirlik açısından ele alınmıştır.

Bu sebeple AİHM, Soros'un basiretli bir iş adamı gibi davranıp davranmadığını kendisine ölçüt olarak almıştır. Her ne kadar Soros, hisselerini satın aldığı şirketle mesleki ya da sözleşmesel bir ilişkisi olmamasına rağmen²⁵

Soros camiada iyi bilinen bir yatırımcı olduğu için statüsü ve tecrübesi nedeniyle yatırım yaptığı şirketin içerdiği ticari ve hukuki risklerden haberdar olması beklenirdi.

Daha önceden emsal bir karar olmamasına rağmen basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeliydi

Fransız mevzuatında yer alan insider trading (içeriden öğrenenlerin ticareti) suçundan ilk hüküm giyen kişi olsa da, mevzuatın AİHS anlamında öngörülebilir olmadığından bahsedilemez. Daha önce benzer bir meseleye ilişkin yargı kararının olmaması sebebiyle ulusal mahkemenin değerlendirmesinin karşılaştırılabileceği bir emsal bulunmamaktadır. Soros camiada iyi bilinen bir yatırımcı olduğu için statüsü ve tecrübesi nedeniyle yatırım yaptığı şirketin içerdiği ticari ve hukuki risklerden haberdar olması beklenirdi. Daha önceden emsal bir karar olmamasına rağmen basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeliydi.²⁶

Bu noktada AİHM başvuru Soros'un lehine ve bu alandaki iç hukuk mevzuatından daha açık olan Avrupa Birliği mevzuatının (Yönerge 89/592/EC, 13 Kasım 1989)²⁷ uygulanmamasına dair şikayetini ayrıca ele almaktan kaçınmıştır.

4'e karşı 3 oyla alınan karara göre, ceza kanununun öngörülebilirliği noktasında Sözleşme'nin 7. maddesi ihlal edilmemiştir.

Muhalef kalan yargıçlar karara şerhlerini eklemişlerdir. Gerek muhalefet şerhlerinden gerekse AİHM kararlarından çıkarsadığımız "özenli ve basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne" ilişkin yukarıdaki değerlendirmelerden hareketle, bu davanın Büyük Daire önünde ayrıca inceleneceğini ve farklı bir sonucun doğmasının muhtemel olduğunu belirtelim. Soros'un, kararda da ifade edildiği üzere ABD vatandaşı olup Fransa'da yabancı yatırımcı pozisyonunda olması, her ne kadar gerekli hukuki/uzman desteği almak yükümlülüğü bulunsu bile, ilk kez aleyhine uygulanan kanun hükmünün yargı kararları tarafından o şekilde yorumlanacağını öngöremeyeceğine işaret et-

mektedir. Değil bir yabancı, bir Fransız vatandaşı dahi, o kanun hükmünün söz konusu pozisyonundaki bir kişi için uygulanıp uygulanamayacağını bilemez. Böyle bir durumda bir yabancından, ne kadar uzman desteği alırsa alsın, kanunun nasıl yorumlanacağını öngörmesi beklenemez. Öngörülebilirlik ilkesi hukuk alanında doktriner tartışmalar yapmayı ve geçerli bir sonuca varmayı gerektirmemektedir.²⁶ AİHM'nin geçmişinde en tutucu olduğu haklardan olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi (madde 7) kapsamındaki şikayetlerde artık daha liberal bir tutum aldığı da hesaba katılırsa, Soros kararının Büyük Daire önünde değerlendirilme potansiyeli bulunduğu düşünülebilir.

- 1- Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 Roma'da kabul edilip imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi" (No.005, "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol No.1 ile değişik yürürlükteki AİHS'nin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt - Bölgesel Sistemler, Legal Yay., İstanbul, 2010, sf: 5-27.
- 2- Kanun No: 6762, Kabul Tarihi: 29/06/1956, R.G. 09.07.1956/9353. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (Kabul Tarihi: 13.01.2011, R.G. 14.02.2011/27846) Madde 18 (2)'de düzenlenmiş olup söz konusu düzenlemenin halihazırda yürürlükte olan Kanun hükmünden tek farkı, "lazımdır" kelimesinin yerine "gerekir" ifadesinin getirilmiş olmasıdır; bu farklılık hariç iki Kanunun ilgili hükümlerindeki tüm ifadeler özdeştir.
- 3- Türk Ticaret Kanununun "Ticaret Karinesi" başlığı altında düzenlenen 21. Madde hükmüne göre, "Bir tacirin borçlarının ticari olması esastir. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adı sayılır."
- 4- Ayrıntılı bilgi ve bazı vaka örnekleri için bkz. Hüseyin Ülgen-Ömer Teoman-Mehmet Helvacı-Abuzer Kendigelen-Arslan Kaya-Fusun Nomer Ertan (Nomer-Ertan), Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2006, sf:235.
- 5- Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, R.G. 08.12.2001/24607. Madde 3. "Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz."
- 6- Kemal Oğuzman-Nami Barlas, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 17.bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, sf:233 (Vurgu eklenmiştir.).
- 7- Oğuzman-Barlas, a.g.e., sf.233.
- 8- Bu noktada "benzer koşullar içerisinde bulunan ortalama zekaya sahip bir insanın bakış açısı" ölçü olarak alınacağı gibi somut olayın özellikleri de mutlaka dikkate alınacaktır. MK 3/II hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, sf:64-68, 78.
- 9- Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1" (No.009, "Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS Protokol No.1'in Türkçe çevirisi için bkz. Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt - Bölgesel Sistemler, Legal Yay., İstanbul, 2010, sf: 151-154.
- 10- Stretch v. the United Kingdom, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003, paras.33-35.
- 11- Ayrıntılı bilgi ve benzer kararların değerlendirilmesi için bkz. H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf:147-149.
- 12- Özden v. Turkey, App. No.11841/02, Judgment of 3 May 2007, para.28; Özden v. Turkey, App. No.31487/02, Judgment of 3 May 2007, para.30. Ayrıca bkz. Balci v. Turkey, App. No. 6845/01, Admissibility Decision of 10 January 2008.
- 13- Bkz. Türk Ticaret Bankası Munzam Sosyal Güvenlik Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı v. Turkey, App. No.48925/99 and 36109/04, Admissibility Decision of 23 May 2006, para.3, in fine (The Law).
- 14- Mirailles v. France, App. No. 63156/00, Admissibility Decision of 23 September 2003.
- 15- Örneğin bkz. Groppera Radio AG and others v. Switzerland, App. No. 10890/84, Judgment of 28 March 1990, Series A No. 173, para. 68; Cantoni v. France, App. No. 17862/91, Judgment of 15 November 1996, para. 35;

- Chauvy and others v. France, App. No. 64915/01, Judgment of 29 June 2004, para. 44.
- 16- Ayrıntılı bilgi ve özellikle vergi odaklı mülkiyet hakkı konulu davalarda basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü örnekleri için bkz. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, sf:460-462.
- 17- Örneğin gazeteci ve yayıncılar bakımından bkz. Chauvy and others v. France, App. No. 64915/01, Judgment of 29 June 2004, paras. 44-49; Madde 7 bağlamında tıbbi ürünlerin hukuk dışı satışından kaynaklanan cezai sorumlulukla ilgili olarak süpermarket müdürünün göstermesi gereken ihtimam için bkz. Cantoni v. France, App. No. 17862/91, Judgment of 15 November 1996, para. 35.
- 18- Bkz. Beyeler v. Italy, Judgment of 5 January 2000, para.115; J. A. Pye (Oxford) LTD and J.A. Pye (Oxford) Land LTD v. the United Kingdom, App. No.44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, paras.80, 82.
- 19- Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, sf:553-557.
- 20- Khodorkovskiy v. Russia, App. No.5829/04, Judgment of 31 May 2011.
- 21- Bu kararlar AİHM, vergi aslına dair uyumsuzluklarda adil yargılanma hakkının uygulanamayacağına dair yaklaşımını esnetmiş olmaktadır. Zira vergi aslı tarhiyatını bir vergi cezası olarak ele alma eğilimi göstererek vergi aslına adil yargılanma hakkına sokmayan eski içtihatıyla çatışmaya girmemiştir (OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011, para.527). Ama aslında AİHM'in yaptığı, düpedüz içtihat değişikliği yoluna girdiğini göstermektedir ki vergi aslına dair uyumsuzluklarda adil yargılanma hakkı standartlarının uygulanamaması uzun zamandır doktrinde eleştirildiği gibi Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 47. Maddesi vergi aslına dair uyumsuzluklarda AB Adalet Divanına dikkate alınmaktadır.
- 22- OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011. Buna karşılık AİHM Sözleşmenin ayrımcılık yasağına düzenleyen 14. Maddesi ile haklar üzerindeki kayıtlamaların sınırına ilişkin 18. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Buna ek olarak AİHM, mülkiyet ve adil yargılanma hakkı noktasında verdiği ihlal hükmünün, aynı şikayetlerin bunlara ek olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Madde 7 ile etkili bir ulusal hukuk yoluna hakkı düzenleyen Madde 13'ü ihlal edip etmediğini ayrıca incelemesini gereksiz kıldığı değerlendirilmesini de yapmıştır.
- 23- OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011, paras. 574-575, 588-605.
- 24- Bilebildiğimiz kadarıyla AİHM'in bugüne dek Sözleşme Madde 18'in ihlal edildiğine dair nadir kararlarından (ki aslında çok sayıda davada gündeme getirilmiştir) birisi Rusya'ya karşıdır ve kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgilidir (Bkz. Gusinskiy v. Russia, Judgment of 19 May 2004, paras.73-78).
- 25- Fransa'da Commission des Opérations de Bourse (Borsa Operasyonları Komisyonu) tarafından çıkarılan 28 Eylül 1967 tarih ve 67-833 sayılı Kararname hükmü uyarınca insider trading suçundan hüküm verilebilmesi için, failin hedef şirketle mutlaka profesyonel iş ilişkisi içinde olması gerekmektedir. Buna rağmen, anılan suç Soros'a uygulanmıştır. Fransız hukukunda içeriden öğrenenlerin ticaretine ilişkin yasal düzenlemelerde ilişkin bir makale için bkz., Francois Duhot, "French Regulations on Disclosure Obligations and on Insider Trading", International Business Lawyer, Vol.2, 1974, sf:96-102.
- 26- Soros v. France, App. No.50425/06, Judgment of 6 October 2011.
- 27- "Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing".
- 28- Medeni hukuktaki iyi niyet ilkesi ve buna bağlı özenli ve dikkatli tasarrufta bulunma yükümlülüğü açısından da benzer mülhazalar gözetilmektedir. Örneğin Akkanat, a.g.e., sf:78'de "...hukuki açıdan önemli olan 'ortalama insanın hukuk bilincidir. Böylece, özellikle zamanımızda hayat ilişkilerinin ulaştığı karmaşık boyut ve gittikçe artan uzmanlaşma eğilimi göz önünde bulundurulduğunda, ortalama insandan olan beklentinin gittikçe azalmak durumunda olduğuna dikkat çekmek isteriz. Bu sonuç sadece uzmanlık bilgisi bakımından değil, aynı zamanda hukuk bilgisi bakımından da geçerlidir." (dipnot ve vurgu atlanmıştır).