

MUTLAK YARGI BAĞIŞIKLIĞINDAN SINIRLI YARGI BAĞIŞIKLIĞINA GEÇİŞ TRENDİ, İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE ÜLKEMİZDEKİ DURUM

Yasir GÖKÇE*

ÖZET

Eşitin eşit üzerinde egemen yetkiler kullanamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşiti yargılayamayacağı ilkeleri üzerine müesses, uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan devletlerin yargı bağışıklığı kuralı Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği Casaux kararı ile devletler için mutlak bir şekilde yorumlanmış, ancak hukuk devleti, birey hakları, işçi hakları, ticari kaygılar, ithalat-ihracat yoğunluğu gibi hususlar göz önünde bulundurularak sözkonusu kural, devletlerin egemen yetkiler kullanmadıkları ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerine teşmil edilmemeye ve böylelikle sınırlı yargı bağışıklığına geçilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağışıklığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağışıklığının terk edildiği ve sınırlı bağışıklığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir. Sınırlı yargı bağışıklığının irdelendiği bu çalışmada öncelikle 19. yüzyıldan günümüze yargı bağışıklığına ilişkin ülke bazlı tutum ve trendlere yer verilmiş, yargı bağışıklığına dair emsal bir takım yabancı mahkeme kararları ve uluslararası mahkeme kararlarına değinilmiş ve ülkemizin yargı bağışıklığına ilişkin yaklaşımları ile güncel tutumu incelenmiştir. Buna ilaveten, makalenin sonunda özellikle yabancı mahkemelere ülkemiz aleyhine getirilen iş uyuşmazlıklarında ülkemizin benimsemesi gereken tutum ve ileri sürülebilecek yasal argümanlar işlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devletlerin yargı bağışıklığı, kesin yargı bağışıklığı, sınırlı yargı bağışıklığı, Casaux kararı, uluslararası teamül normu.

TRANSITION TREND FROM ABSOLUTE SOVEREIGN IMMUNITY TO RESTRICTIVE SOVEREIGN IMMUNITY, SOVEREIGN IMMUNITY IN DISPUTES STEMMING FROM LABOR LAW AND THE SITUATION IN TURKEY

ABSTRACT

Sovereign immunity among which is first commonly accepted rules of public international law and which is based upon the principles of that an equal cannot

* T.C. Dışişleri Bakanlığı İkinci Kâtibi. Ankara Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku Programı yüksek lisans mezunu. Makalede yer alan tespit ve değerlendirmeler yazarın şahsi görüşleri olup, mensubu bulunduğu T.C. Dışişleri Bakanlığı'nı bağlamamaktadır. Yazara 'gokceyasir@gmail.com' e-posta adresinden ulaşılabilir.

exercise sovereign powers on another equal and thereby cannot judge it, was at first absolutely interpreted in the strict sense by French Court de Cassation's notorious Casaux decision in 1849; however, having considered the issues such as rule of law, individual rights, labor rights, commercial concerns, export-import volume etc., that rule had not been extended to the commercial-industrial and private law actions or transactions of which states did not exercise sovereign powers and thereby the process for adopting the notion of restrictive state immunity was launched. In this regard, states have adopted the notion of restrictive state immunity through either issuing policy determining documents on the subject matter or instantiating the verdicts of its domestic courts determining that the notion of restrictive state immunity should be embraced and implemented. In this article scrutinizing the restrictive sovereign immunity, the attitudes and trends as to sovereign immunity since 19th century until today are given a place, some foreign domestic and international courts' precedent decisions regarding sovereign immunity are analyzed and the actual and recent attitudinal approach of Turkey as to the subject matter is also examined. Besides, the principles and methods that should be adopted and the legal arguments that should be set forth in labor disputes brought against Turkey to foreign courts are treated at the end of the article.

Keywords: *Sovereign immunity, absolute state immunity, restrictive state immunity, Casaux decision, customary international law.*

1. Giriş

Devletlerin yargı bağımsızlığı, “devletlerin egemen eşitliği” temel varsayımından hareketle, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamaması ilkesini ifade eder.¹ Eşitin, eşit üzerinde egemenliğinin olamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşit üzerinde yargı yetkisinin de bulunmaması gerektiği esasları üzerine bina edilen ve uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan bu ilke Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği *Casaux kararı*² ve İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 1879'da verdiği *The Parliament Belge kararının*³ da içinde bulunduğu birtakım yargı kararları ile de teyid edilmiştir. Söz konusu mahkeme kararlarında devletlerin yargı bağımsızlığı anlayışı, devletin egemen yetkiler kullandığına ve devletin tasarruflarının egemen yetki ve gücünün tezahürü olduğuna dayandırılmakta, devletin eylem ve işlem şeklinde kendini gösteren tasarruflarına karşı yargı

¹ AYBAY, s.109.

² *Gouvernement Espagnol v Casaux*, (1849).

³ *The Parlement Belge*, (1879).

yetkisi kullanmanın, egemen sıfatı aleyhine yargı yetkisinin kullanılmış olacağı önkabulü üzerine oturtulmaktadır.⁴ Nitekim, İngiltere Yüksek Mahkemesi anılan kararında devletlerin yargı bağımsızlığı kuralını şu şekilde detaylandırmaktadır:

“Her egemen devletin mutlak bağımsızlığının bulunduğundan dolayı, hiçbir ülke diğer bir egemen ülkenin büyükelçisi dahil egemen yetkiler kullanan görevlisi, kamusal amaç için tahsis edilmiş bir kamu malı veya büyükelçiye ait bir mal üzerinde, sözkonusu kişi ve mallar yargı yetkisinin kullanıldığı sınırlar içerisinde bulursa dahi, mahkemeleri aracılığıyla yargı yetkisini icra edemez.”⁵

Yukarıdaki mahkeme kararlarında kabul edilen kesin yargı bağımsızlığı anlayışının, devletin egemen yetkiler kullanmaksızın ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerinin de bulunduğu gerçeği göz önünde bulundurularak, devletin egemen statüsüne ilişkin katı bir yorum olduğu ve devletin devlet olarak giriştiği işlem ve eylemleri ile özel hukuk muamelelerinin ayırt edilmesi gerektiği öngörülmeye başlanmış, sonuç olarak devletler tarafından “kesin yargı bağımsızlığı” ilkesine karşı “sınırlı yargı bağımsızlığı” ilkesinin benimsenmesi yoluna gidilmiştir.⁶ Bu anlayışa göre, devletlerin egemen yetkileri kullanmak suretiyle giriştiği tasarrufları yargı bağımsızlığına tabi olacak, ancak özel hukuktan kaynaklanan bir takım eylem ve işlemleri ise yargı bağımsızlığından yararlanamayacaktır.⁷

Özellikle 21. yüzyılın başlarında gittikçe demokratikleşen ülkelerde hukuk devleti ve birey hakları kavramlarının ön plana çıkmasıyla, sözkonusu devletlerin diğer bir devletin işlem ya da eylemlerinden dolayı zarar gören vatandaşlarının haklarını koruma ve bahsekonu işlem ve eylemleri yargısal olarak denetlenebilir kılma hassasiyeti de sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesinin sözkonusu devletlerce benimsenmesinde etkili olmuştur.⁸ Bunun aksine, yurtdışında yoğun bir şekilde ticari faaliyet yürüten ülkeler, ticari faaliyet yürüttükleri ülkelere veya bu ülke vatandaşlarınca dava edilme riskini azaltmak adına kesin yargı bağımsızlığı anlayışında ısrar etmişlerdir.⁹

⁴ FOX, WEBB, s.25-26.

⁵ *The Parlement Belge*, (1879), para.155.

⁶ BANKAS, s.71-73.

⁷ AYBAY, DARDAĞAN, s. 86.

⁸ Bireysel haklar konusunda ülkesel tutum ve ticari kaygılar ile sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutum arasındaki ilişki için *bkz.* VERDIER, VOETEN, (2013).

⁹ VERDIER, VOETEN, s.3.

Ülkelerdeki demokratikleşme ivmesine paralel olarak işçi haklarının gelişimi sözkonusu ülkelerdeki iş hukuku düzenlemelerine yansımış ve sözkonusu ülkelere iş hukukuna ilişkin pek çok husus o ülkenin kamu düzeninden sayılmaya başlanmış ve ülkeler işçi lehine olan kendi iş hukuku düzenlemelerini uygulama yönünde bir tutum benimsemişlerdir.¹⁰ Bu gelişmelerin ışığında, yabancı devlet ile olan ve iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ülkeler yabancı ülkenin yargı bağışıklığını sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemişlerdir.¹¹ Bu çerçevede, sözkonusu uyuşmazlıklarda ülkeler uyuşmazlığın tarafı olan ve hakkı ihlal edilen işçi ya da sözleşmeli personelin diplomatik veya konsüler statüsü, vatandaşlığı, ikamet durumu ve uyuşmazlık konusu gibi hususlara bakarak uyuşmazlığın diğer tarafı olan devletin yargı bağışıklığının kapsamına karar vermektedir.

Sınırlı yargı bağışıklığının irdelendiği bu çalışmada öncelikle 19. yüzyıldan günümüze yargı bağışıklığına ilişkin ülke bazlı tutum ve trendlere yer verilmiş, yargı bağışıklığına dair emsal bir takım yabancı mahkeme kararları ve uluslararası mahkeme kararlarına değinilmiş ve ülkemizin yargı bağışıklığına ilişkin yaklaşımları ile güncel tutumu incelenmiştir. Buna ilaveten, makalenin sonunda özellikle yabancı mahkemelere ülkemiz aleyhine getirilen iş uyuşmazlıklarında ülkemizin benimsemesi gereken tutum ve ileri sürülebilecek yasal argümanlar işlenmiştir.

2. 19. Yüzyıldan Günümüze Devletlerin Yargı Bağışıklığı

Devletlerin yargı bağışıklığı, “devletlerin egemen eşitliği” temel varsayımından hareketle, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamaması ilkesini ifade eder.¹² 1849 yılında İspanya aleyhine açılmış bir davada¹³ Fransız Yargıtayınca temel bir uluslararası hukuk ilkesi olarak tanımlanan ve İngiltere Yüksek Mahkemesi’nin 1879’da verdiği *The Parlement Belge kararında*¹⁴ teyid edilen bu ilke, varlığını günümüzde uluslararası teamül normu olarak korumakta olup, son çeyrek yüzyılda birtakım uluslararası metinlerde kodifiye edilmiştir.

Devletlerin mutlak anlamda yargı bağışıklığının olduğunu savunan 19. yüzyılın ortalarında verilmiş sözkonusu kararlarda benimsenen kesin ve katı tutum, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında terk edilmeye başlanmış,

¹⁰ BANKAS, s.353.

¹¹ BABU, s.6.

¹² AYBAY, s.109.

¹³ *Gouvernement Espagnol v Casaux*, (1849).

¹⁴ *The Parlement Belge*, (1879).

devletlerin devlet olarak giriştiği eylem ve işlemleri ile ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemleri arasında ayırım yapılmaya başlanmış ve böylece “devletlerin kesin bağısıklığı” anlayışına karşı “devletlerin sınırlı bağısıklığı” kavramı ortaya çıkmıştır.¹⁵ Böylelikle devletler ve devlet iştirakleri, taraf oldukları özel hukuk sözleşmelerini ihlal ettikleri gerekçesiyle yabancı mahkemelerde yargılanmaya başlamışlardır. Bu sonucun ortaya çıkmasında, devletlerin kendi vatandaşlarını, yabancı bir devlet aleyhine yasal bir girişimde bulunmak istediklerinde başvurabilecekleri bir merciden yoksun bırakmanın getireceği ekonomik ve siyasi maliyetler etkili olmuştur.¹⁶ Buna ilaveten, devletlerin kesin bağısıklık ilkesini terk edip sınırlı bağısıklık ilkesini uluslararası teamül hukuku olarak benimsemesinde diğer ülkelerin bu konudaki tutumları, ülkelerin yurtdışına ihracat yoğunlukları, ülkelerin kendi sınırları dahilindeki yabancı ekonomik faaliyetlerin yoğunluğu da etkili olmuştur.¹⁷

Ülkelerin ‘devletlerin kesin bağısıklığı’ ilkesinden vazgeçip, ‘sınırlı bağısıklık ilkesini’ ulusal ve uluslararası düzeyde benimsemeleri farklı tarihlerde ve yöntemlerle gerçekleşmiştir. Ülkeler tutarlı ve istikrarlı bir şekilde ulusal makamlarına yönlendirici Tebliğ/Genelge/Sirküler göndermek, bir konuda bir yasa çıkarmak veya bir kuralın bağlayıcı olduğu yönünde yetkili kişiler vasıtasıyla beyanat vermek suretiyle, sözkonusu kuralı yeni bir uluslararası hukuk teamül normu olarak benimseyebilir.¹⁸ Bunun yanı sıra, yerel mahkemeler yürütmenin yönlendirmesi olmaksızın, yabancı mahkeme kararlarını veya yabancı devlet uygulamalarını takip ederek bir uluslararası teamül normunun artık değiştiğine ve yeni uluslararası teamül hukukunun benimsenmesi gerektiğine hükmedebilir.¹⁹ Nitekim aşağıdaki örneklerde de görüleceği üzere, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağısıklığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağısıklığının terk edildiği ve sınırlı bağısıklığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir.

19. yüzyıl sonları, ABD, Fransa, İngiltere, Almanya, Japonya, Çin, Avusturya gibi zamanın güçlü devletlerinin “devletlerin kesin bağısıklığı” ilkesini kendileri için bağlayıcı bir uluslararası hukuk kuralı olarak gördükleri

¹⁵ BANKAS, s.72.

¹⁶ VERDIER, VOETEN, s.3.

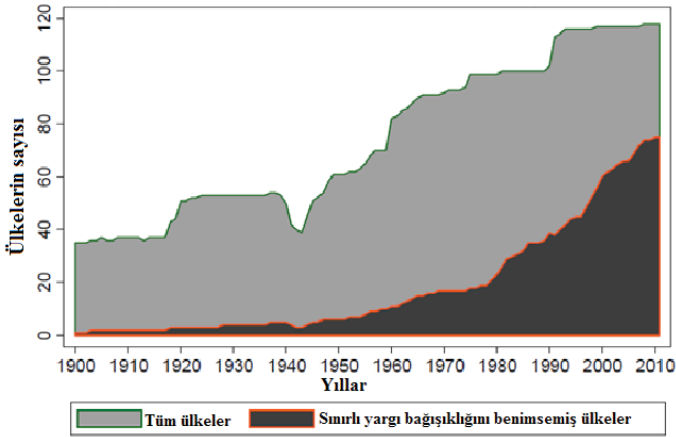
¹⁷ *Ibid.*, s.1

¹⁸ London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, s.20-28

¹⁹ *Ibid.*, s.6

bir dönemdir.²⁰ Ancak aynı dönemde kimi devletler bu ilkeyi terk etmiş ve devletlerin sınırlı bağışıklığını temel uluslararası hukuk teamülü olarak uygulamaya başlamışlardır. Bunun ilk örneği 1903'te Belçika Medeni Mahkemesi'nin yerel bir şirketin Hollanda aleyhine dava açmasına izin vermesidir ki bu tarihten itibaren Belçika sınırlı bağışıklık ilkesini uygulamayı bırakmamıştır. Belçika haricinde sınırlı bağışıklık ilkesini İtalya 1886'da, İsviçre 1918'de, Mısır 1920'de, Yunanistan 1928'de, Hollanda ise 1947'de benimsemiştir. Ayrıca 1873 yılında Belçika'da kurulmuş olan Institut de Droit International ve Harvard Uluslararası Hukuk Araştırma Merkezi gibi akademik kurumlar da aynı dönemde devletlerin sınırlı bağışıklığı ilkesinin savunucularıdır.²¹ II. Dünya Savaşı'nın öncesinde azınlıkta olan bu devlet ve kesimlerin savunduğu sınırlı bağışıklık doktrini, II. Dünya Savaşı sonrasında rağbet görmeye başlamış ve ABD Dışişleri Bakanlığı'nın sınırlı bağışıklık ilkesini benimsediğine ilişkin 1952'de yayınladığı Mektup/(Tate Letter)²², uluslararası toplum için dönüm noktası olmuştur. Devam eden yıllarda, ABD Mahkemeleri verdiği kararlarda ABD Dışişleri Bakanlığı'nın yayınladığı anılan yönergeyi gözetmiş ve nihayet 1976'da devletlerin sınırlı bağışıklığı ilkesinin ulusal düzeyde kodifiye edildiği Yabancı Devletlerin Bağışıklıkları Yasası²³ (Foreign Sovereign Immunities Act) kabul edilmiştir.

SINIRLI YARGI BAĞIŞIKLIĞI UYGULAMASINDAKİ YÜKSELİŞ



Tablo için bkz. Verdier P.H., Voeten E., *op.cit.*, s.11.

²⁰ FOX, WEBB, s.31-33.

²¹ VERDIER, VOETEN, s.10-11.

²² FOX, WEBB, s.142; KINGSBURY, s.4.

²³ *United States: Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [October 21, 1976], 90 STAT. 2891 Public Law 94-583, 94th Congress, http://archive.usun.state.gov/hc_docs/hc_law_94_583.html

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, devletlerin bağımsızlığı doktrinindeki sözkonusu değişimleri takip eden Hollanda, Avusturya, Almanya ve Fransa gibi kimi ülkelerin mahkemeleri devletlerin sınırlı bağımsızlığı ilkesini gözetken kararlar vermişlerdir. İngiltere ve Commonwealth ülkeleri ise, İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin Nijerya'nın sınırlı yargı bağımsızlığının olduğu sonucuna varan 1977'deki kararına²⁴ ve 1978'de Devletlerin Bağımsızlığı Yasası'nın (State Immunity Act) kabul edilmesine kadar devletlerin kesin bağımsızlığı ilkesini takip etmişlerdir.²⁵ Devletlerin kesin bağımsızlığı ilkesinden sınırlı bağımsızlık ilkesine geçiş trendi, tabloda da görüldüğü üzere, 1980-2000 yılları arasında hızlı bir artış göstermiş ve günümüzde analize tabi tutulan 118 ülkenin 75'inin sınırlı yargı bağımsızlığı doktrinini benimsediği sonucuna varılmıştır.²⁶

Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin ülkelerin yukarıda açıklanan münhasır tutumlarının, sınırlı yargı bağımsızlığını uluslararası teamül hukuku haline getirdiği açıktır. Buna ilaveten, 1972 tarihli Devletlerin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi²⁷ ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi²⁸ teamül hukuku olarak benimsenen sözkonusu ilkeyi kodifiye etmektedir.

1972 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi genelde devletlerin yargı bağımsızlığını oldukça sınırlayan bir yaklaşım benimsemiştir. Sözleşmeye göre, bir devletin, kabul eden devletin vatandaşı veya burada mukim olan bir kişiyle akdettiği iş sözleşmesi ile ilgili konularda, kabul eden devletin mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır.²⁹ Ancak, yine sözleşmeye göre, uyuşmazlık konusu, iç hukuku uyarınca kabul eden devletin münhasır yetkisine giriyorsa, iş akdinde aksine bir hüküm dahi olsa, yabancı devletin sözkonusu iş akdinden dolayı yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır.³⁰

2004 tarihli BM sözleşmesi ise, genel olarak yabancı devletlerin yargı bağımsızlığını daha fazla muhafaza eden bir yaklaşım benimsemektedir.

²⁴ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1977)

²⁵ 1978 İngiltere Devletlerin Bağımsızlığı Yasası'nın karşılaştırmalı bir analizi için *bkz.* REED, 1979.

²⁶ VERDIER, VOETEN, s.11.

²⁷ European Covention on State Immunities, European Treaty Series - No. 74, Basle, 16.V.1972.

²⁸ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49).

²⁹ European Covention on State Immunities, md.5/2(a) ve (b).

³⁰ European Covention on State Immunities, md.5/2(c).

Anılan Sözleşme de kural olarak, normal şartlarda kabul eden devletin mahkemelerinin yetkili olduğu ve kabul eden devletin ülkesinde ifa edilen bir iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda, yabancı devletin kabul eden devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığı ileri süremeyeceğini belirtmekte,³¹ ancak bu kurala detayına aşağıda yer verilecek belirli istisnalar getirmektedir.

3. Sınırlı Yargı Bağışıklığı Doktrinine İlişkin Yabancı Mahkeme İçtihatları

Sınırlı yargı bağışıklığını benimsemiş ülke mahkemelerince verilmiş bazı kararları incelemek, ülkelerin sözkonusu ilkeye yaklaşımları ile ilkeyi nasıl yorumladıkları ve uyguladıkları konusunda güncel bilgi edinmek adına meseleye ışık tutacaktır. İçtihatlarıyla Avrupa Birliği üyesi ülke mahkemelerinin yaklaşımlarına yer veren, bu mahkemeleri yönlendiren ve yol gösteren Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) konuya ilişkin tutumu, özel hukuk işlemlerinde ve iş akdinden kaynaklan uyuşmazlıklarda devletlerin yargı bağışıklığı itirazı dermeyan edemeyecekleri yönündedir.

Cezayir'in Berlin Büyükelçiliğinde şoför olarak çalışan, Alman ve Cezayir vatandaşlığını haiz Mahamdia'nın fazla çalışmaktan kaynaklanan ek mesai ücreti ödenmesi ve sonradan görevine son verilmesi gerekçesiyle işe iade talebiyle Berlin İş Mahkemesi'nde Cezayir aleyhine açmış olduğu davada anılan mahkeme, adigeçenin görevinin Büyükelçiliğin diplomatik faaliyetleriyle ilişkili olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bunun üzerine, Mahamdia sözkonusu kararı Berlin Yüksek İş Mahkemesi nezdinde temyiz etmiş; Berlin Yüksek İş Mahkemesi Almanya Federal İş Mahkemesinin konuya dair yerleşik içtihatlarına³² atıfla, bir Büyükelçilik ile personel arasında iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, personelin görev kapsamındaki faaliyetlerinin yabancı devletin egemen yetkilerinin kullanımını teşkil etmemesi şartıyla Alman mahkemelerinin yetkili olacağını belirtmiştir. Berlin Yüksek İş Mahkemesi Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında bir işyeri olup olmadığı, dolayısıyla Alman mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusunu ön karar başvurusu yoluyla ABAD'a sormuş, Divan yargı bağışıklığının uluslararası teamül normu olduğunu, ancak egemen gücün kullanımı kapsamında sayılamayacak *iure gestionis* karakterli tasarrufların yargı bağışıklığı kapsamında

³¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, md. 11.

³² Bkz. Bundesarbeitsgericht (Almanya Federal İş Mahkemesi), BAG, Urteil vom 1. 7. 2010 - 2 AZR 270/09 (lexetius.com/2010,4693, erişim 18 Aralık 2013); vgl. Einzelnachweise bei BAGv. 1.7.2010- 2 AZR 270/09, Rz. 13.

olmayacağını belirterek, egemen yetkiler kullanmayan bir personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında işyeri sayılacağına ve personelin egemen yetki kullanıp kullanmadığına ilişkin tespitin yerel mahkemelerce yapılması gerektiğine karar vermiştir.³³

Yine, kavas olarak görev yapan Köln Başkonsolosluğumuz eski personeli Hatice Demirel'in ülkemize ve Köln Başkonsolosluğumuza karşı Alman mahkemelerinde açtığı davada Köln İş Mahkemesi, devletlerin mülki görev ve faaliyetlerinin başka bir devletin yargısına tabi tutulmaması gerektiği, aksi takdirde yabancı mahkemeler tarafından mülki işlemler konusunda yapılacak hukuki bir denetimin Büyükelçilik veya Başkonsolosluğun görevlerini yerine getirmesine hanel getireceğini ortaya koyduktan sonra; davacının görevi gereği Türk vatandaşlarının kişisel bilgilerine ulaşabildiği, bunlarla ilgili belgelerin düzenlenmesine ve imzalanmasına katıldığı, kurumsal bir e-posta adresine sahip olduğu, huzurevi ve cezaevleri ziyaretleri gerçekleştirdiği ve vatandaşların şikayetlerini dinlediğinden yola çıkarak yaptığı işin mülki olarak nitelendirilmesi gerektiğine, bu cihetle Alman mahkemelerinin bu davada yargı yetkisinin olmadığına hükmetmiştir.³⁴

Keza ABD'nin Toronto Başkonsolosluğunda 12 yıldır çalışan birinin, muhasebe hataları ve izinsiz işe gelmeme gerekçeleriyle işine son verilmesi işlemine karşı Kanada İş Mahkemesinde açtığı davada Mahkeme ABD'nin yargı bağımsızlığı itirazını, uyuşmazlık konusu fiilin ABD'nin devletsel ve egemen yetkilerini kullandığı bir eylemini değil, ticari faaliyetleri kapsamında bir eylemini teşkil ettiği gerekçesiyle reddetmiştir.³⁵

Yine, ABD'nin Londra Büyükelçiliği'nde çalışan bir personelin işten çıkarılması gerekçesiyle İngiltere mahkemelerinde açtığı tazminat davasında, mahkeme işin esasına girmiş ve ABD'yi haksız bulmuştur. Eski personelin önceki mahkeme kararı uyarınca eski işine geri dönme talebi ABD makamlarınca reddedilmiş ve eski personel bu ret işlemine karşı yine İngiltere Mahkemelerinde dava açmıştır. Açılan bu davada Mahkeme'nin ABD'nin yargı bağımsızlığı itirazını haklı bulması üzerine eski personel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde İngiltere'ye dava açmıştır. Bu dava da AİHM "Bir kimsenin Dış Misyonda işe alınması ya da işe iade edilmesi

³³ *Ahmed Mahamdia v Algeria*, (2012).

³⁴ *Arbeitsgericht Köln (Köln İş Mahkemesi), Demirel v. Türkei*, (2012).

³⁵ *Zakhary v United States of America*, (2013).

konusunda Devletlerin sahip olduğu bağışıklığa hanel getiren bir uluslararası norm ya da trendin olmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiştir.³⁶

Buna ilaveten, davacı Ali Akbar ile Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) arasındaki ticari bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta Hindistan Yüksek Mahkemesi, BAE’nin kesin yargı bağışıklığı olduğu savunmasını reddetmiş ve ülkesinde ticari zarara uğramış kişinin başvurabileceği yasal bir yolun olması gerektiği gerekçesine başvurmuştur.³⁷

Son olarak, görevine 2007 yılında son verilen ülkemizin Zagreb Büyükelçiliği eski personeli Leila Husein’in işe iade talebiyle ülkemiz ve Büyükelçiliğimiz aleyhine Hırvatistan İş Mahkemelerinde açtığı davada gerek Zagreb Belediyesi İş Mahkemesi gerek Yüksek Mahkeme, personelin yabancı bir devletin Büyükelçiliğinde işe iade edilmesi konulu bir karar tesis etmenin sakıncalarını göz önünde bulundurmuş olsa gerek ki ülkemizi sadece adigeçene tazminat ve yoksun kaldığı mali hakları ödemeye mahkum etmiştir. □ Sonuç olarak, sözkonusu kararlardan yabancı mahkemelerin devletlerin yargı bağışıklığı konusunda tutarlı içtihatlar vermeye başladıkları, belli ilkesel tutum içerisinde kesin yargı bağışıklığı ile sınırlı yargı bağışıklığı arasındaki çizgiyi netleştirme yoluna gittikleri ve ticari ilişki, iş ilişkisi gibi belli özel hukuk tasarruflarında sınırlı yargı bağışıklığı ilkesini benimseme sonucuna vardıkları gözlemlenmektedir.

4. Düünden Bugüne Ülkemizin Yargı Bağışıklığı Uygulamaları

Ülkemizin devletlerin yargı bağışıklığı konusundaki tutumuna gelince; ülkemiz 1982 yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un - mülga (MÖHUK) yürürlüğe girmesine kadar devletlerin kesin yargı bağışıklığı ilkesini savunmaktaydı. Yargıtay 1968 tarihinde verdiği bir kararında³⁸ devletlerin kesin yargı bağışıklığı ilkesini şu hükümle teyid etmektedir:

“Dava, davalı Amerika Birleşik Devletleri ile yapılan istisna aktinden (yapıt sözleşmesinden) doğma bir tazminat isteğinden ibarettir. Yabancı bir devletin, Türk mahkemelerinde muhakeme edilmesi, arada sarıh bir anlaşma varsa buna, bu yoksa yabancı devletin sarıh muvafakatına, bu da bulunmadığı takdirde devletler hukuku ilkelerine tabidir Siyasi hakimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza (yargı) yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün

³⁶ *Fogarty v. United Kingdom*, (2001).

³⁷ *Mirza Ali Akbar Kashani v. United Arab Republic and Another*; (1966).

³⁸ Yargıtay Ticaret Dairesi’nin, 16 Şubat 1968 tarihli, E.1966/630,K.1968/921 sayılı kararı.

bulunmadığından, davanın bu yönden reddi, usul ve kanuna ve Devletler Hukuku ilkelerine uygundur.”³⁹

1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK’un (mülga) konuya ilişkin 33. maddesi⁴⁰ yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmayacağını öngörmüş, yabancı devletin egemen durumundan kaynaklanan eylem veya işlemleri ile özel hukuktan kaynaklanan eylem ve işlemlerini ayırt etmiş, böylece ilgili dönemde pek çok devlet tarafından benimsenmiş olan sınırlı bağışıklık ilkesine geçilmiştir.

Nitekim, anılan Yasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 1989 yılında verdiği bir kararında⁴¹ kira sözleşmesi gibi bir özel hukuk işleminden kaynaklanan uyumsuzlukta ABD’nin yargı bağışıklığını kabul etmemiştir. Yine Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararında,⁴² davacıdan vizenin geri alınması işleminin uygulanışı ve davacının ABD’ye girişinin devlet yetkililerince engellenişi sırasında davacıya uygulanan “muamele”yi bir “haksız (eylem) fiil” olarak değerlendirmiş ve ABD’nin yargı bağışıklığı itirazını haksız bulmuştur. Yine Yargıtay 2009 tarihli bir kararında⁴³ kira sözleşmesinde kaynaklanan alacak ve hor kullanma tazminatı talebiyle ABD Hükümeti aleyhine dava açan kiralayanı haklı bulmuş, yabancı devlet ile kiralayan arasında Özel Hukuk hükümlerine tabi bir kira sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta ABD’nin yargı bağışıklığının bulunmadığı ve hor kullanma tazminatı istemi hakkında işin esasına girilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Hırvatistan’ın İstanbul Başkonsolosluğu aleyhine Başkonsoloslukta görevli bir şoförün iş sonu tazminatı istemiyle açtığı bir davada İstanbul 7. İş Mahkemesi, Hırvatistan’ın yargı bağışıklığı itirazını reddetmiş, iş hukukundan doğan ve iş sonu tazminatı istemiyle açılan sözkonusu davada konuyu yargı yetkisinde görerek işin esasına girmiş ve şoför lehine hüküm tesis etmiştir.⁴⁴ İstanbul 7. İş Mahkemesi’nin sözkonusu kararını değerlendiren Hırvatistan hükümeti, Ankara Büyükelçiliği aleyhine iş akdinin ihlalden doğan tazminat istemiyle Büyükelçilik şoförü tarafından açılan diğer bir davada yargı bağışıklığı itirazında bulunmaksızın doğrudan esasa dair savunma yapmıştır.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK’un 49. maddesi.

⁴¹ Yargıtay 13. HD’nin 16 Kasım 1989 tarihli, E.1989/3896,K.1989/6648 sayılı kararı.

⁴² Yargıtay 4 HD, E.2006/718,K.2006/1549.Yargıtay’ın bu kararı Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin E.2003/158,K.2004/382 sayılı kararının, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilmiştir.

⁴³ Yargıtay 6. HD’nin 1.12.2009 tarihli ve E. 2009/10643 K. 2009/10361 sayılı kararı.

⁴⁴ İstanbul 7. İş Mahkemesi’nin 11.2.2012 tarihli ve E. 2012/1453 K. 2012/5443 sayılı kararı.

Keza, Danimarka Kraliyeti'nin Ankara Büyükelçiliğinde çalışan sigortalı bir personelin açtığı hizmet tespit davasında Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Danimarka'nın yargı bağımsızlığı savunmasını haksız bulmuş ve bu hükmünü, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinin tanınmayacağı, aksi takdirde yabancı devlet elçiliklerinde çalışan Türk uyrukluların hiçbir hak arama imkanı ve müracaat edecekleri bir merciinin kalmayacağı şeklinde gerekçelendirmiştir.⁴⁵

Son olarak Suudi Arabistan'ın Ankara Büyükelçiliğinde çalışan aralarında makam şoförü, sekreter, güvenlik görevlisi, odacı, temizlikçinin de bulunduğu 19 kişi tarafından işlerine son verildiği gerekçesiyle tazminat istemiyle Ankara 7. ve 17. İş Mahkemeleri'nde açılan tazminat davalarında anılan Mahkemeler ve Yargıtay, Suudi Arabistan'ın yargı bağımsızlığı ve münhasır yargı yetkisinin Suudi Arabistan'da kain mahkemelerde olduğu yönündeki yetki itirazını reddetmiştir.⁴⁶

Sonuç olarak, bahsekonu Yargıtay ve Mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere, ülkemiz yargı mercilerinin devletlerin yargı bağımsızlığı konusundaki tutumu, sınırlı bağımsızlık ilkesinin kural olduğu yönündedir.

5. Sınırlı Yargı Bağımsızlığı İlkesinin Ülkemiz İçin Bağlayıcı Uluslararası Teamül Haline Gelmesi

Uluslararası teamül hukukunun bir ülke için bağlayıcı bir kural haline gelebilmesinde iki öğeye bakılır. Bunlardan ilki ilgili ülkenin belirli bir davranış/eylem tarzı içinde olması veya belirli bir davranış/eylem tarzından kaçınmasıdır. Bu belirli davranış veya eylem tarzlarını ilgili ülkenin yasama faaliyetleri, yürütme karar ya da faaliyetleri, mahkeme kararları, diplomatik tutumu, askeri veya diğer kurumlarının karar ve emirleri vb. oluşturmaktadır.⁴⁷ Söz konusu belirli tutum ve davranış tarzı genel ve tutarlı olmalı, evrensel olmasa bile ülkelerin bu tutuma karşı geniş kabulünü yansıtmalıdır.⁴⁸ Uluslararası teamül hukukunun oluşmasına ilişkin ikinci öğe, ülkenin söz konusu davranış/eylem ve tutumu belli bir yasal zorunluluk çerçevesinde yerine getirmesidir.⁴⁹

⁴⁵ Yargıtay 10. HD.'nin 14.10.1993 tarihli ve E. 1993/5620, K. 1993/10875 sayılı kararı.

⁴⁶ Kızılkoyun, "İşçilerin tazminat davası "Diplomatik" kriz yarattı", Hürriyet Gündem, 10 Mayıs 2013.

⁴⁷ London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, s.20-28; ROBERTS, s.760.

⁴⁸ *Ibid*, s.29; Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Md. 38(1)(b); ayrıca bkz. *North Sea Continental Shelf*, (1969).

⁴⁹ London Conference 2000, International Law Association, s.29; *Opinio juris* ögesine şu

Bir uluslararası teamül kuralı, sözkonusu kurala açıkça rıza göstermeyen bir ülke için dahi yasal yükümlülükler doğurabilmektedir.⁵⁰ Hatta uluslararası teamül hukuku statüsü kazanmış bir uluslararası anlaşma maddesinin, bu anlaşmayı imzalamayan kimi devletler için de bağlayıcı olması gerektiğine yönelik yorumlar da mevcuttur.⁵¹

Tüm bu anlatılanlar muvacehesinde, devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesinin ülkemiz için de bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku haline gelip gelmediğini şu şekilde irdeleyebiliriz: Devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığı müessesesi uluslararası toplumun saygın 118 ülkesinin 75'i tarafından tanınan bir ilke olup, bu ilkeye ilişkin yasal çerçeve büyük oranda şekillenmiş bulunmaktadır.⁵² Gerek sözkonusu ilkenin MÖHUK'un 33. maddesinde büyük ölçüde kodifiye edilmesi, gerek ülkelerin geniş kabulüne sahip bu ilkenin yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere mahkemelerimizce de benimsenmesi, gerekse ülkemizdeki yabancı misyonların belirli özel hukuk işlemlerine dair uyuşmazlıklarda (özellikle iş akdinden doğan uyuşmazlıklar) ulusal mahkemelerimizde yargılanabileceklerini bildiren sirküler notanın diplomatik, konsüler ve uluslararası kuruluş temsilciliklerine tarafımızca belli aralıklarla gönderilmesi⁵³ keyfiyeti, bahse konu ilkenin, uluslararası teamül hukukunun oluşma öğeleri bağlamında, ülkemiz için bağlayıcı bir uluslararası teamül normu haline geldiğini göstermektedir.

Sonuç olarak, ülkemiz sınırlı yargı bağımsızlığını hem ulusal düzeyde hem de uluslararası arenada benimsemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde açılan davalarda, ülkemizin egemen bağımsızlığından vazgeçme ve sınırlı yargı bağımsızlığımızı kabullenme kaygısıyla, yukarıda açıklanan yasama ve yargısal tasarruflarımızla çelişen kayıtsız şartsız esasa girmeme tutumunda bulunmaması ve ulusal ve uluslararası uygulama ile tutarlı, çatışan menfaatleri dengeleyen, ilkesel bir

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) kararlarında yer verilmiştir: *North Sea Continental Shelf* (FRG/Den.; FRG/Neth.), 1969 ICJ Rep. 3, 44 (Feb. 20); *Nicaragua v The United States of America Case*, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice Reports 1986. (27 June 1986); *The Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion of International Court of Justice, (8 July 1996).

⁵⁰ VERDIER, VOETEN, s.2.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, s.11 ve s.29.

⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın 05.09.2007 tarihli ve 379225 sayılı Diplomatik Temsilcilikleri muhatap Sirküleri.

yaklaşım benimsemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yabancı mahkemelerde ülkemiz aleyhine açılan davalarda ülkemizin halihazırda sınırlı yargı bağışıklığını benimsediği gerçeğiyle hareket edip, kimi davalarda ısrarla yargı yetkisi tartışmasına girmeksizin savunmasını bu gerçek üzerine bina etmesi isabetli ve lehe bir tutum olacaktır.

6. Yabancı Mahkemelerde Açılan İş Hukukundan Doğan Davalarda Benimsenebilecek İlkel Tutumlar

Ülkeler dış temsilciliklerinde atama ve rotasyona tabi diplomatik statüyü haiz personel bulundurmanın yanında, kendi uyrukluğuna veya ev sahibi devletin uyrukluğuna sahip personeli yerel olarak da istihdam etmektedirler. Yerel olarak istihdam edilen bahsekonu personel atama ve rotasyona tabi olmadığından, buldukları ülkede uzun süre veya kalıcı olarak mukim bulduklarından, hatta bazıları ev sahibi ülkenin vatandaşlığını edindiklerinden ve Viyana Sözleşmeleri⁵⁴ uyarınca sınırlı diplomatik ve konsüler statüye sahip olduklarından, misyon ile olan iş ilişkileri hem misyon sahibi ülkenin hukuku hem de ev sahibi devletin hukuku tarafından düzenlenmektedir. Bu bağlamda, anılan personelin işe alınması, iş ilişkisinden kaynaklanan bir takım özlük hakları, hizmet sözleşmelerinin feshedilmesi, alacakları kıdem veya iş sonu tazminatı gibi hususlar bahsekonu iki hukuk çerçevesinde düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle, misyonun sözkonusu idari tasarruflarında iki ülke hukukunu da gözetmesi gerekmektedir.

Ülkemiz dış misyonlarında Türk ve yabancı uyruklu sözleşmeli personeli 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi⁵⁵, 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar"⁵⁶ ve istihdam edilecek personelle idare arasında akdedilen "Tıp Hizmet Sözleşmesi" çerçevesinde istihdam etmektedir. Sözkonusu metinlerde yabancı hukuka atıf⁵⁷ olsa da, muhtemel bir uyuşmazlığın Türk hukuku uyarınca çözümleneceği beklentisi hakimdir.

Bununla birlikte, dış misyonlarda görevli sözleşmeli personel ile İdare arasında uyuşmazlık sözkonusu olduğunda sözleşmeli personelin uyuşmazlığı

⁵⁴ 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi.

⁵⁵ 23.7.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

⁵⁶ 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar

⁵⁷ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar, md.3 ve md.7

Türk yargı mercileri önüne getirmedeği, bulunduğu ülke yargısında çözülmesini talep ettiği, dolayısıyla uyuşmazlığın ulusal düzenlemelerimiz uyarınca çözülemediği; Tip Hizmet Sözleşmesi'nde yer alan ve uyuşmazlık halinde Türk Mahkemelerini yetkilendiren hükme rağmen yabancı mahkemelerin önündeki uyuşmazlığı yetki alanı içinde gördüğü ve işin esasına girdiği ve dolayısıyla Türk Hukuku'na göre akdedilen bir hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın yabancı hukuka göre çözülmeye çalışıldığı görülmektedir.

Özellikle yabancı iş mahkemeleri uyuşmazlığı yetki alanı içinde görünürken âkit taraf olan sözleşmeli personelin kendi vatandaşları olup olmadığına veya o ülkede sürekli ikamet hakkına sahip olup olmadıklarına bakmakta, kamu gücü kullanıp kullanmadığını tespit etmekte ve böylece yetki ve görev alanına Türk uyruklu sözleşmeli personel ile İdare arasındaki uyuşmazlıkları da dahil etmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde özel hukuk işleminden ve iş akdinden doğan uyuşmazlıktan dolayı açılan davalarda, davadan en lehe olan sonucu elde etmek, ülkemizin egemen yetkisinin kullanımına olası bir müdahaleye cevaz vermemek ve uluslararası hukukta menfaatimize sonuçlar kazandıracak tutarlı ve ilkesel bir yaklaşım sağlamak adına, ülkemizin ve diğer ülkelerin sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutumlarını ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin sözkonusu tutumlarla uyumlu hükümlerini dikkate alan birtakım ölçütleri benimsemek isabetli olacaktır.

Bu meyanda, halen devletlerin kesin yargı bağımsızlığı doktrinini savunan aralarında İran, Kuzey Kore, Çin, Rusya ve eski Sovyet coğrafyasında bulunan Ukrayna, Estonya, Ermenistan ile Türki Cumhuriyetlerin de bulunduğu kimi ülkelerde⁵⁸ açılan davalarda her halükarda ülkemizin kesin yargı bağımsızlığının bulunduğu savunması yapılmalıdır. Böylece kesin bağımsızlığı uygulayan bu ülke mahkemelerinde açılan davalardan lehe kararlar elde edilebilecektir.

Buna ilaveten, İngiltere, İrlanda, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Singapur, Kanada, Pakistan gibi Common-Law ülkeleri, münhasıran Büyükelçilik ve Başkonsolosluk çalışanlarının açtıkları davalarda, çalışanın hiyerarşik pozisyonu, uyruğu veya statüsüne bakmaksızın, devletlerin kesin yargı bağımsızlığı ilkesini daha genişletici yoruma tabi tutma ve bu

⁵⁸ VERDIER, VOETEN, s.12 ve s.29.

çerçevede uygulama tutum ve temayülü içindedirler.⁵⁹ Dolayısıyla bu ülke mahkemelerinde açılan davalarda bu husus göz önünde bulundurularak yargı bağışıklığında ısrar edilmesi yerinde olacaktır.

Bunun yanı sıra, bir ülkenin vatandaşı veya ülkede sürekli ikamet hakkına sahip kişilerin yabancı devlet aleyhine açtıkları davalarda mahkemeler genelde yabancı devletin yargı bağışıklığını tanımama eğilimindedirler.⁶⁰ Bahsekonu kişiler haricinde, ev sahibi ülkede yerleşik olmayan Türk vatandaşı veya üçüncü ülke vatandaşı personel⁶¹ tarafından iş akdinden doğan uyuşmazlık sebebiyle ülkemiz aleyhine açılan davalarda yargı bağışıklığı itirazında bulunulması neticesinde mahkemenin bu itirazı yerinde görmesi daha muhtemeldir.

Ayrıca, misyon personelinin ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde dava açması durumunda personelin dış misyonumuzdaki fonksiyonu ve ifa ettiği görevin niteliğinin değerlendirilmesi ve buna göre bir yaklaşım benimsenmesi uygun olacaktır. Buna göre, egemenlik yetkisinin kullanılmasıyla yakından ilgili görev ve hizmetlerde rol alan yerel personel için yargı bağışıklığının öne sürülmesi gerekecektir.⁶² Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin gerekçesinde devlet yetkisi kullanılmasında belirli bir fonksiyon icra etmek üzere istihdam edilen kişilere örnek olarak “özel sekreter, şifre memurları, çevirmenler, mütercim tercümanlar ve bunun gibi kendilerine devlet güvenliği ve temel devlet çıkarları ile yakından ilgili fonksiyonlar tevdi edilen kişileri” göstermektedir.⁶³ Bu listeye hassasiyet taşıyan bazı belge ve yazışmalara görevleri gereği erişebilen kişilerin de dahil edilebilmesi mümkündür. Bu tür personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu ne olursa olsun (tazminat, işe geri dönme vs.), münhasır yargı yetkisinin ülkemize ait olduğu ve ülkemizin yabancı mahkemeler nezdinde yargı bağışıklığının bulunduğu öne sürülebilecektir. Ancak, bahsekonu kategoriye girmeyen aşçı, şoför, tamir ve bakım personeli vs. gibi diğer kategorideki personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklar için ise yargı bağışıklığı öne sürmeksiz davalara katılınması ve esasa ilişkin savunma yapılması mümkündür.

⁵⁹ BABU, s.9.

⁶⁰ *Ibid.*, s.11.

⁶¹ Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(e) maddesi.

⁶² Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(a)-(b) maddeleri.

⁶³ *Bkz.* ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (A/46/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two, s.42.

Son olarak, fonksiyon ve görevi ne olursa olsun personelin iş akdinden doğan uyuşmazlığın konusu işe ilk defa alma, iş akdinin yenilenmesi veya işe iade hususları ise, bu durumda da ülkemizin münhasır yargı yetkisinin bulunduğu ve yabancı mahkemenin yargı yetkisinden bağımsızlık olduğunda ısrar edilmesi uygun olacaktır.⁶⁴ Çünkü işe atama ya da atamama konusundaki takdir yetkisi münhasıran bir devletin tek taraflı tasarrufunun ve egemen gücünün tezahürüdür.⁶⁵ Ancak bu durumda bahse konu bağımsızlığın sözkonusu tasarruflardan doğan tazminat taleplerini kapsamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, sözkonusu tasarruflar dolayısıyla salt tazminat talebiyle açılan davalara katılınması ve esasa ilişkin savunma yapılması mümkündür. Nitekim, ABD'nin Londra Büyükelçiliği'nde çalışan Zakhary adlı bir personelin, işten çıkarılması gerekçesiyle İngiltere mahkemelerinde açtığı tazminat davasında ABD, yargı bağımsızlığı itirazında bulunmaksızın esasa ilişkin savunma yapmıştır.⁶⁶

7. Sonuç

Eşitin eşit üzerinde egemen yetkiler kullanamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşiti yargılayamayacağı ilkeleri üzerine müesses, uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan devletlerin yargı bağımsızlığı kuralı Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği *Casaux kararı* ile devletler için mutlak bir şekilde yorumlanmış, ancak hukuk devleti, birey hakları, işçi hakları, ticari kaygılar, ithalat-ihracat yoğunluğu gibi hususlar göz önünde bulundurularak sözkonusu kural, devletlerin egemen yetkiler kullanmadıkları ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerine teşmil edilmemeye ve böylelikle sınırlı yargı bağımsızlığına geçilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağımsızlığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağımsızlığının terk edildiği ve sınırlı bağımsızlığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir. Bu çerçevede, günümüzde uluslararası toplumda tanınan ve saygın 118 devletin 75'i devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığını benimsemişlerdir.

Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin ulusal tutumumuz, ülkemizin sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesini benimsediğini göstermektedir. Sözkonusu ilkenin MÖHUK'un 33. maddesinde büyük ölçüde kodifiye edilmiş

⁶⁴ Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(c) maddesi.

⁶⁵ Bkz. ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, s.43.

⁶⁶ *Zakhary v United States of America*, (2013).

olması, ülkelerin geniş kabulüne sahip bu ilkenin mahkemelerimizce de benimsenmiş olması ve ülkemizdeki yabancı misyonların belirli özel hukuk işlemlerine dair uyuşmazlıklarda (özellikle iş akdinden doğan uyuşmazlıklar) ulusal mahkemelerimizde yargılanabileceklerini bildiren sirküler notanın diplomatik, konsüler ve uluslararası kuruluş temsilciliklerine tarafımızca belli aralıklarla gönderilmesi göz önünde bulundurulduğunda, bahsekonu ilkenin, uluslararası teamül hukukunun oluşma öğeleri bağlamında, ülkemiz için bağlayıcı bir uluslararası teamül normu haline geldiği gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde özel hukuk işleminden ve iş akdinden doğan uyuşmazlıktan dolayı açılan davalarda, davadan en lehe olan sonucu elde etmek, ülkemizin egemen yetkisinin kullanımına olası bir müdahaleye cevaz vermemek ve uluslararası hukukta menfaatimize sonuçlar kazandıracak tutarlı ve ilkesel bir yaklaşım sağlamak adına, ülkemizin ve diğer ülkelerin sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutumları ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin sözkonusu tutumlarla uyumlu hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AYBAY, Rona, DARDAĞAN, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul Bilgi Üniv. yayını, 2004.
- BANKAS, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.
- FOX, Hazel, WEBB, QC Philippa, *The Law of State Immunity*, Third Edition, Oxford University Press, 2013.
- KINGSBURY, Benedict, *Immunity and Act of State in National Courts: Development of Foreign Sovereign Immunity Law - Historical Intro*, Institute for International Law and Justice - New York University School of Law, International Law Course, Unit 6, April 2009.

Makaleler

- AYBAY, Rona, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Devletin Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 72, 2007.
- BABU, R. Rajesh, “Foreign State Immunity in Contracts of Employment with Particular Reference to Indian State Practice”, *Journal of Indian Law Institute*, 49 (4) 2007.
- ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (A/46/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two.
- KIZILKOYUN, F., “İşçilerin tazminat davası “Diplomatik” kriz yarattı”, *Hürriyet Gündem*, 10 Mayıs 2013, Ankara. (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/23248115.asp>, erişim 19 Şubat 2014).
- London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association.
- REED, Robert K., “A Comparative Analysis of the British State Immunity Act of 1978”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 1 Article 8, 1979.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, 95 AM. J. INT’L L. 757, 757 (2001).
- VERDIER, Pierre-Hugues, VOETEN, Erik, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, *Social Science Research Network*, APSA 2012 Annual Meeting Paper, January 24, 2013.

Mahkeme Kararları

- *Ahmed Mahamdia v Algeria*, Judgment in Case C-154/11, Luxembourg, 19 July 2012, Court of Justice of the European Union
- Arbeitsgericht Köln (Köln İş Mahkemesi), *Demirel v. Türkei*, BAG v. 01.02.2012- 2 AZR 270/09, Rz.11.
- Bundesarbeitsgericht (Almanya Federal İş Mahkemesi), BAG, Urteil vom 1. 7. 2010 - 2 AZR 270/09 (lexetius.com/2010,4693, erişim 18 Aralık 2013).
- *Fogarty v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Grand

Chamber, November 21, 2001, App. No. 37112/97

(<http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments/htm>, erişim 10 Ocak 2014).

• *Gouvernement Espagnol v Casaux Sirey* 1849, Part I, 81 (France, Court de cassation, 1849)

• İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin 11.2.2012 tarihli ve E. 2012/1453 K. 2012/5443 sayılı kararı.

• *Leyle Hüsein v. Republika Turska, Republika Hırvatiska Općinski Gradanski Sud u Zagrebu*, Poslovni broj: 3 Ovr-2629/13-2, 25.02.2013.

• *Nicaragua v The United States of America Case*, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice Reports 1986. (27 June 1986).

• *North Sea Continental Shelf* (FRG/Den.; FRG/Neth.), 1969 ICJ Rep. 3, 44 (Feb. 20)

• *Mirza Ali Akbar Kashani v. United Arab Republic and Another* (AIR 1966 SC 230).

• *The Parlement Belge*, 4 PD 129 (Probate, Divorce and Admiralty Division), Sir Robert Phillimore (1879)

• *The Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion of International Court of Justice, (8 July 1996).

• *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529 (Court of Appeal).

• Vgl. Einzelnachweise bei BAGv. 1.7.2010- 2 AZR 270/09, Rz. 13.

• Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 16 Şubat 1968 tarihli, E.1966/630,K.1968/921 sayılı kararı.

• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16 Kasım 1989 tarihli ve E.1989/3896,K.1989/6648 sayılı kararı.

• Yargıtay 4 Hukuk Dairesi'nin E.2006/718, K.2006/1549 sayılı kararı.

• Yargıtay 6. HD'nin 1.12.2009 tarihli ve E. 2009/10643 K. 2009/10361 sayılı kararı.

• Yargıtay 10. HD'nin 14.10.1993 tarihli ve E. 1993/5620, K.

1993/10875 sayılı kararı.

• *Zakhary v United States of America*, 2012 CanLII 15690 (ON LA), (<http://canlii.ca/t/fqrt0>, erişim 6 Haziran 2013).

Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

• European Covention on State Immunities, European Treaty Series - No. 74, Basle, 16.V.1972

• United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)

• *United States: Foreign Sovereign Immunities Act* of 1976 [October 21, 1976], 90 STAT. 2891 Public Law 94-583, 94th Congress, (http://archive.usun.state.gov/hc_docs/hc_law_94_583.html, erişim 10 Ocak 2014).

• 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi

• 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi

• Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın 05.09.2007 tarihli ve 379225 sayılı Diplomatik Temsilcilikleri muhatap Sirküleri

• 23.7.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

• 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar

