

# DEVLETLERİN YARGI ve İCRA MUAFIYETLERİ ve BUNLARIN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ ROLÜ

Yard. Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR - KOCASAKAL\*

## I. Giriş

Devletlerin, sadece, devlet olma sıfatıyla taraf oldukları bir takım hukuki ilişkiler yanında, özellikle I.Dünya Savaşı sonrasında, özel gerçek ve tüzel kişiler tarafından da gerçekleştirilmesi mümkün olan bazı hukuki ilişkilere girmeye başlamaları, onların, bu tür hukuki ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından özel kişilerden farklı bir statüye tâbi olup olmayacakları problemini gündeme getirmiştir.

Bu çerçevede, devletlerin *yargı muafiyetinin* bulunup bulunmadığı bir sorun olarak ortaya çıkmış ve bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunun yanında, yargılama sonucunda verilecek olan kararların, karar aleyhine verilmiş olan devlete karşı icrasının mümkün olup olmadığı da ayrı bir problem yaratmış ve devletlerin *icra muafiyetinin* hangi durumlarda bulunduğu, doktrin ve uygulamada farklı görüşlerin ileri sürüldüğü bir konu olmuştur.

Devletlerin, yukarıda belirttiğimiz ikinci kategori hukuki ilişkileri, özellikle uluslararası ticaret alanında gerçekleştirdikleri görülmektedir. Bu alanda, uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak genellikle tahkim prosedürüne başvurulması, devlet yargısı açısından ortaya çıkan bu problemlerin, tahkim yargılaması açısından ne gibi özellikler gösterdiğinin belirlenmesini gerektirmektedir.

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana bilim Dalı Öğretim Üyesi.



Bu çalışmamızda, öncelikle yargı ve icra muafiyeti kavramları hakkında, makalenin içeriği gerektirdiği ölçüde, kısaca genel bir açıklama yapılacaktır, daha sonra bu iki kavramın, tahkim yargılaması alanında aldığı görünüm, bu yargılamanın çeşitli aşamaları açısından ele alınarak incelenecektir.

Çalışmamızda, yargı ve icra muafiyeti, sadece, uluslararası ticari ilişkilere taraf olan *Devletler* esas alınarak incelenecektir. Devlet başkanları, diplomatik ajanlar, konsoloslar gibi statüleri özel uluslararası anlaşmalarla düzenlenmiş olan kişiler inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

## II. Yargı Muafiyeti Kavramı

### 1. Yargı Muafiyeti Kavramı ve Sınırları Konusunda İleri Sürülen Teoriler

Yargı muafiyeti, devletlerin, diğer devletlerin mahkemelerinde yargılanamamalarını ifade eden bir kavramdır<sup>1</sup>. Devletler Hukuku tarafından devletlere tanınan, kendi ülkelerinde bulunan kişiler ve gerçekleşen olaylar hakkında yargılama gücünün kullanılmasına ilişkin yetkiye, yine Devletler Hukuku tarafından getirilen bir sınırlamayı ifade eden yargı muafiyeti, devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesinden kaynaklanmaktadır<sup>2</sup>.

Yargı muafiyetinin bulunmaması bir dava şartıdır. Dolayısıyla, yargı muafiyetinin bulunup bulunmadığını, diğer bir deyişle yargı yetkisinin var olup olmadığını mahkeme re'sen araştırmakla yükümlü olduğu gibi, taraflar da davanın her aşamasında bu yönde bir itirazda bulunabilirler<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ALTUĞ Yılmaz, *Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul 1979, 105; GÜNDÜZ Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, (Tez), İstanbul, 1984, 24 vd.; *Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?* (makale), MHB, 1984,1,1; NOMER Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 11.Bası, İstanbul 2002, 336; PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II.Kitap*, Ankara, 1989, 37.

<sup>2</sup> ÇELİKEL Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul 1997, 331.

<sup>3</sup> NOMER Ergin, *Devletlerin Kaza Muafiyeti*, İHFM, cilt XXXV, s.1-4, 1970, 494; EKŞİ Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul,



Devletlerin yargı muafiyetinin kapsamı konusunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Devletlerin yargı muafiyetinin kural olarak bulunmadığını, ancak bazı sınırlı hallerde yabancı devletlere yargı muafiyetinin tanınabileceğini öngören ve pek taraftar bulmayan *muafiyetin reddi teorisi*<sup>4</sup> ne karşıt olarak devletin taraf olduğu uyuşmazlığa yol açan hukuki işlem veya olayın niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapmadan, onun her türlü faaliyetinden dolayı yargı muafiyetinden yararlanacağını kabul eden *mutlak muafiyet teorisi* (*immunité absolue, absolute immunity*) ileri sürülmüştür<sup>5</sup>.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, devletlerin uluslararası ticarete gitgide artan şekilde katılmaları üzerine ortaya çıkan ve daha önce ileri sürülmüş olan bu iki teoriyi uzlaştırıcı nitelik taşıyan *sınırlı muafiyet* (*immunité restreinte, limited immunity*) teorisi ise, devletlerin faaliyetleri arasında ikili bir ayırım yapılmasını ve egemenlik veya hükümet tasarrufları (*jure imperii*) açısından yabancı devlete yargı muafiyetinin tanınmasını, devletin taraf olduğu *ticari* nitelikli uyuşmazlık-

---

1996, 26; *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, İstanbul, 2000, 146 (Bundan sonraki atıflarda (3a) olarak belirtilecektir).

<sup>4</sup> ALTUĞ, (dn. 1), 113; GÜNDÜZ, (dn.1), tez, 191 vd.

<sup>5</sup> ÇELİKEL, (dn.2), 331; GÜNDÜZ, (dn.1), tez, 164 vd.; GÜNDÜZ, *Devletin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin Hukuklarına Etkisi*, Mahmut R.Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, 131; MEZGHANI Ali, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage (Rev.Arb.),1985, 543-584, 568; NOMER (dn.3), 474 vd.

Devletlerin ekonomik alanda faaliyet göstermediği dönemlerde kullanılan bu teori, dayanağını, devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesinin bir devletin diğer bir devleti yargılamasına engel olduğu (LEBEN Charles, *Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats*, in *Immunité d'exécution de l'Etat étranger*, 22 avril 1988, Centre de Droit International de Nanterre, Cahiers du CEDIN, Paris, 1990, Ed.Montchrestien, 12; NOMER Ergin, *Devletin Yargı Muafiyeti ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, MHB, 1982, 1, 6) ; yabancı bir devlet aleyhine dava açılrsa bile bunun icrasının mümkün olamayacağı; uluslararası anlaşmalarla yabancı devlet başkanlarına ve diplomatik temsilcilere tanınan yargı muafiyetinin yabancı devletlere tanınmamasının kabul edilemeyeceği; yabancı bir devlet ile onun yargı muafiyeti bulunduğunu bilmesine rağmen ilişkiye girmiş olan bir kişinin, devlet aleyhine dava açmaktan vazgeçmiş sayılacağı düşüncelerinden almaktadır (ALTUĞ, (dn.1), 105-106; GÜNDÜZ, (dn.1), tez, 164).



larda (*jure gestionis*) ise yargı muafiyetinin tanınmamasını öngörmektedir<sup>6</sup>.

Devletin tasarruflarının bu iki kategoriden hangisine girdiğinin belirlenmesinde esas alınacak kriter konusunda iki farklı teori mevcuttur. İlk teori, *tasarrufun amacını* dikkate almakta<sup>7</sup>, devletin egemenlik faaliyetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan işlemlerin *jure imperii*, bunun dışında kalan işlemlerin ise *jure gestionis* olduğunu kabul etmektedir<sup>8</sup>. İkinci teori ise, uyuşmazlık konusu *işlemin niteliğini* dikkate alarak sözleşme veya haksız fiil gibi özel hukuk alanında borç doğuran işlemlerin *jure gestionis*, diğer işlemlerin ise *jure imperii* olduğunu belirtmektedir<sup>9</sup>.

Bu şekilde, iki teori tarafından kullanılan kriterlerin farklılığı, yabancı bir devlet aleyhine açılan davada, uyuşmazlığa yol açan işlem veya

<sup>6</sup> ÇELİKEL, (dn. 2), 332; NOMER, (dn. 3), 479; GÜNDÜZ, (dn. 5), 131-132; EKŞİ, (dn. 3a), 148; COLLINS Laurence, *La loi anglaise du 20 juillet 1978 sur l'immunité des Etats*, *Revue critique de droit international privé (Rev.Cr.)* 1980, 171; LALIVE Pierre, *L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (Rec. des cours)*, 1953, t.111, 285 vd.; LAUTERPACHT Hersch, *The problem of jurisdictional immunities of foreign states*, *British Year Book of International Law*, 1951 (28), 220; MEZGHANI, (dn. 5), 567; LEBEN, (dn. 5), 13; BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, *Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des états ou des entreprises contrôlées par l'Etat*, in *Arbitrage International- 60 ans après regard sur l'avenir, Cour d'arbitrage CCI 60 ème anniversaire*, Paris, 1984, 157; MAYER Pierre, *Droit International Privé*, 1994, 5. éd, 214; PAZARCI, (dn. 1), 38-39.

<sup>7</sup> ALTUĞ, (dn. 1), 110; GÜNDÜZ, (dn. 1), tez, 178.

<sup>8</sup> Bu kritere, devletin tüm faaliyetlerini kamu çıkarını gözeterek yaptığı, dolayısıyla, bu kriter uygulandığı takdirde, devletin yapmış olduğu tüm işlemlerin *jure imperii* sayılacağı gerekçesiyle itiraz edilmiştir (MEZGHANI, (dn. 5), 572).

<sup>9</sup> GÜNDÜZ, (dn. 1), tez, 179.

Kriterler arasındaki bu farklılık, aynı hukuki ilişkinin, bu iki kriterden birinin kullanılmasına göre *jure imperii* veya *jure gestionis* olarak nitelendirilmesine yol açabilir. Örneğin devletin, bir savaş gemisi ismarlamak amacıyla yabancı bir özel tersane ile yaptığı sözleşme, savunma amacıyla yapıldığı için, işlemin amacını esas alan ilk kritere göre bir egemenlik tasarrufudur. Oysa, devletin taraf olduğu işlem bir sözleşme olduğu için, ikinci kriter açısından bir özel hukuk işlemi söz konusudur (Örnek için bkz. ALTUĞ, (dn. 1), 110).



ilişkinin *jure imperii* mi yoksa *jure gestionis* mi olduğunun hangi hukuka göre tespit edileceğini önemli bir problem olarak ortaya koymaktadır. Bu tespit, Uluslararası Özel Hukuk doktrinde *vasıflandırma* olarak adlandırılan işlemin yapılmasını gerektirir. Bu alanda *lex fori* ilkesi geçerli olduğundan, mahkeme bu tespiti kendi hukukunda bu amaçla kullanılan kriterlere göre yapacaktır<sup>10</sup>. Bunun yanında, muafiyetin ölçüsünün, ondan yararlanan değil, onu tanıyan devlet tarafından belirlenecek olması da, davanın açıldığı ülke hukukunun bu konuda esas alınmasını gerektirmektedir<sup>11</sup>.

Sınırlı muafiyet teorisi, devletlerin egemenliğinin ancak kendi ülkelerinde geçerli olduğu, yabancı bir devletin egemenliğinin, for devletinin, ülkesindeki olayların kendi kazai yetkisine girmesine ilişkin ülkesel egemenliğini ihlâl edemeyeceği; devletlerin eşitliği ilkesinin özel hukuk ilişkileri açısından geçerli olmadığı; yabancı devlet aleyhine icrai işlem yasağının, o devlet aleyhine dava açılmasını ve hüküm verilmesini engellemediği; bir devletin özel hukuk ilişkisine girmekle sahip olduğu muafiyetten vazgeçmiş sayılacağı görüşlerine dayanmaktadır<sup>12</sup>.

Bu teori, muafiyeti, devletin kişiliğine değil, onun tarafından yapılan işlemin niteliğine bağlı tuttuğu için, salt işlemi yapanın devlet olması, onun o işlemle ilgili olarak doğabilecek uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinden yararlanması için yeterli değildir<sup>13</sup>.

Devlet, *jure imperii* niteliğinde olan ve bu nedenle yargı muafiyetinin

<sup>10</sup> NOMER, (dn. 1), 335; (dn. 3), 487-488; GÜNDÜZ, (dn. 1), tez, 175; PAZARCI, (dn. 1), 39.

<sup>11</sup> MAYER, (dn. 6), 217.

<sup>12</sup> ALTUĞ, (dn. 1), 110-111.

<sup>13</sup> DOMINICÉ Christian, *L'arbitrage et les immunités des organisations internationales*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Francfort-sur-le-main, 1993, 485-486.

Eski SSCB' nin dış ticaret üzerinde tekel kurduğu II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, Fransız Yargıtayı, 19.2.1929 Tarihli kararı ile Sovyetlerin ticari temsilcisinin yargı muafiyetinin bulunmadığına, yaptığı işlemlerin, ticari işlemler olduğu, bu tür işlemlerde devletlerin hakimiyeti prensibinin sözkonusu olamayacağı gerekçesiyle karar vermişti. Dolayısıyla işlemin tarafının devlet olması değil, yapılan işlemin niteliği bu konuda belirleyici olmuştur (LEBOULANGER Philippe, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, n.473 ve MAYER, (dn. 6), 214' den naklen).



kapsamına giren işlemler açısından sahip olduğu bu muafiyetten kendi iradesiyle vazgeçebilir ve yabancı bir devletin yargı yetkisine tâbi olmayı kabul edebilir. Bu vazgeçmenin geçerli olabilmesi için, belirli şekil kurallarına uyulması veya açık olarak ifade edilmesi zorunlu değildir. Önemli olan, Devletin, muafiyetten yararlanmama iradesinin *kesin* bir şekilde ortaya konulmasıdır<sup>14</sup>.

Sınırlı muafiyet teorisi uyarınca, yabancı devlete, taraf olduğu ticari nitelikli uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmamaktadır. *Acaba, devletin imzaladığı bir sözleşimde tahkim klozunun bulunması, işlemin ticari karakter taşıdığı konusunda bir ipucu olarak kabul edilebilir mi?* Tahkimin ticari uyuşmazlıkların çözümü için kabul edilen bir yargı yolu olması, tahkime konu olan uyuşmazlığın ticari bir nitelik taşıdığını ve böylece yargı muafiyetinin ileri sürülemeyeceğini kabul etmemize imkân tanır mı?

Doktrinde bu soruya olumlu cevap veren yazarlar vardır<sup>15</sup>. Ancak, Fransız Hukukunda doktrinin çoğunluğu, bir sözleşimde tahkim klozunun varlığının, tek başına, sözleşmenin ticari nitelik taşıdığını ka-

<sup>14</sup> BOUREL Pierre, *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers- A propos d'une jurisprudence récente*, Rev.Arb. 1982, 130.

20.7.1978 Tarihli Devlet Muafiyetine İlişkin İngiliz Kanunu (*State Immunity Act*), ( Kanunun Fransızca metni için bkz. Rev.Cr. 1980,156-170), yargı muafiyetinin istisnaları arasında ilk olarak, yabancı devletin, Birleşik Krallık mahkemelerinin yargı yetkisine tâbi olmayı kabul etmiş olmasını saymıştır (sec.2.1). Yabancı devletin, *iradi olarak* mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmasının, uyuşmazlığın doğumundan sonra olabileceği veya önceden yapılan yazılı bir anlaşmadan kaynaklanabileceği belirtilmiştir (sec.2.2).

Kanuna göre, muafiyetten feragat zımnî de olabilir. Buna göre, yabancı devlet, bir davada *davacı konumunda olursa* veya açılmış olan davaya *herhangi bir şekilde katılırsa* Birleşik Krallık mahkemelerinin yargı yetkisine tâbi olmayı kabul etmiş sayılır. Kanunda ikinci durum ile ilgili bazı istisnalara da yer verilmiştir. Buna göre, devlet, davaya, sadece yargı muafiyetini veya aynı bir davada bir aynı hakkı ileri sürmek amacıyla katılmışsa, yargı muafiyetinden vazgeçmiş sayılmaz (sec.2.4). Aynı şekilde, davaya katılma esnasında, yargı muafiyetine yol açan durumları bilmeyen devlet, yargı muafiyetinden vazgeçmiş sayılmaz. Bunun için, devletin bu durumları bilmemesi makul olarak kabul edilebilmeli ve devlet, bu durumları öğrenir öğrenmez yargı muafiyetini ileri sürmüş olmalıdır (sec. 2.5).

<sup>15</sup> SMITT Sillevis, BOUREL, (dn. 14), 127' den naklen.



bul etmek için yeterli olmadığı görüşündedir<sup>16</sup>. Bu görüşe göre, sözleşmeye tahkim klozunun konulması, o sözleşmenin şekli ile ilgili bir husustur. Tahkim klozunun, *işlemin amacını* ortaya koyma bakımından rolü yoktur. Bu nedenle, tahkime tâbi tutulan işlem, sırf bu nedenle bir *jure gestionis* olarak kabul edilemez. Bu görüşte olan yazarlar, işlemin objektif unsurlarını esas alan bir kriter kullanılsa bile aynı sonuca ulaşacağını, zira, yabancı bir devletin tahkim klozunu kabul etmesinin, tek başına, sözleşmenin özel hukuka ait bir sözleşme olduğunu kabul etmek için yeterli olmadığını; her ne kadar tahkim, uluslararası ekonomik ilişkiler alanında uyuşmazlıkların çözüm şekli olsa da, bu ilişkilerin ticari niteliğinin sadece tahkim klozuna bağlanamayacağını, ancak diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde böyle bir etkiye sahip olabileceğini belirtmektedirler<sup>17</sup>.

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi *Cuivre Chilien* davasında, bakır satışına ilişkin sözleşmede ICC tahkimi öngörülmüş olmasını, ilişkinin özel hukuk kapsamına girdiğinin bir delili olarak görmüş ancak, bunun öncesinde, sözleşmeye taraf olan Şili kamu tüzel kişisinin, sosyal amacının gerçekleşmesi için, özel hukuk kurallarına ve şekillerine uygun olarak işlem yaptığını ve sözleşmede, kamusal gücün kullanımına yönelik yöntemlere başvurulmasını engelleyen hükümler koyduğunu tespit etmişti. Dolayısıyla, tahkim klozunun varlığı, işlemin niteliğinin tespitine yarayan unsurlardan sadece biri olarak dikkate alınmıştı<sup>18</sup>.

Paris Ticaret Mahkemesi, 21.12.1979 tarihinde verdiği, *Société Eurodif et Sofidif c. Etat Iranien* davasına ilişkin kararında da aynı şekilde hareket etmiştir. Bu davada mahkeme, davalı tarafından ileri sürülen yetki itirazını bertaraf etmek için, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin ICC tahkimine başvurulmasını öngördüğünü tespit etmekle birlikte, işlemlerin ticari nitelik taşıdığını belirlemek için, İran devletinin hükümet organları aracılığıyla bir özel hukuk şirketine katılmış

<sup>16</sup> LEBOULANGER, (dn. 13), n. 512; MEZGHANI, (dn. 5), 572 ve dn 75' de yer verilen referanslar.

<sup>17</sup> BOUREL, (dn. 14), 128; MEZGHANI, (dn. 5), 572; KAHN Philippe, *Journal de droit international (journal de dr.int)*, 1973, 233' de yer alan karara ilişkin notundan.

<sup>18</sup> BOUREL, (dn. 14), 129. 29.11.1972 tarihli karar için bkz. *Journal de dr.int.*, 1973, 227.



olmasını ve sözleşmelerin ticari ve finansal konularda yapılmış olmasını da ayrıca belirtmiştir<sup>19</sup>.

Fransız Yargıtayı, 2.3.1966 tarihli kararında ise, sözleşmede yer alan tahkim klozunun, yabancı devletin özel kişi olarak hareket ettiğini gösterdiği gerekçesiyle yapılan temyiz başvurusunu; tahkim klozunun, sözleşmenin niteliğini değiştirmedeği, bu kloza rağmen, sözleşmenin, devletin kamu yararına hareket ettiğini ve kamusal bir otoritenin kullanıldığını gösteren klozlar içermesi halinde yargı muafiyetinin söz konusu olabileceği gerekçesiyle reddetmiştir<sup>20</sup>.

O halde, devletin taraf olduğu bir sözleşmede tahkim klozunun yer alması, ancak, diğer unsurlarla birleştiği takdirde söz konusu sözleşmenin ticari bir sözleşme olduğu ve devletin yargı muafiyetinin bulunduğu sonucuna ulaşmamıza yardımcı olabilir; yoksa, böyle bir kloz, yargı muafiyetinin kabul edilebilmesinin ne zorunlu ne de yeterli bir unsurudur<sup>21</sup>.

## 2. Ulusal- Uluslararası Mevzuat ve Mahkeme Kararlarında Sınırlı Muafiyet Teorisinin Üstünlüğü

Devletlerin yargı muafiyeti, kaynağı itibariyle Uluslararası Hukukun örf ve adet kuralları arasında yer alan ve sadece devletin kamusal yetkilerinin çekirdek kısmını (*noyveau dur*) korumaya yönelik bir kavramdır. Devletler Hukuku, bu mutlaka korunması gereken çekirdek alan dışında kalan konularda, devletlere, bu konuyu düzenleme konusunda tam bir serbesti tanımaktadır<sup>22</sup>.

20. yüzyılın ilk yarısından itibaren bu serbesti, sınırlı muafiyet teorisi çerçevesinde kullanılmıştır. Gerçekten de, bu dönemde, gerek uluslararası belgelerde, gerekse ulusal mevzuatlarda, yabancı devletlerin yargı muafiyetinin kapsamının sınırlı muafiyet teorisi uyarınca belirlendiği görülmektedir.

<sup>19</sup> Rev.Arb., 1982, 204.

<sup>20</sup> Rev.Cr., 1967, 158.

<sup>21</sup> BOUREL, (dn. 14), 130.

<sup>22</sup> DOMINICE, (dn. 13), 486.



Uluslararası Anlaşmalara örnek olarak, Türkiye'nin 1955 yılında imzaladığı, 10.4.1926 Tarihli *Devlet Gemilerinin Muafiyeti Hakkında Brüksel Konvansiyonu*'nu gösterebiliriz. Bu Konvansiyon, ilk iki maddesi ile devlet gemilerinin, gerek sorumluluk, gerekse dava hakkı ve usul bakımlarından özel kişilerin mülkiyetindeki gemilerle aynı kuralara tâbi olduğu ilkesini koymuştur.

1972 Tarihli *Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu*, sınırlı muafiyet teorisini üye devletler arasında hakim kılmak ve bu şekilde üye devletlerde hukukun üstünlüğü kuralına bağlılık alanında da işlerlik kazandırmak amacıyla hazırlanmıştır<sup>23</sup>. Dolayısıyla, Konvansiyon'un çeşitli maddelerinde bu amaç doğrultusunda hükümler yer almaktadır. Gerçekten de, 4.1 maddesi, devletlere, bir sözleşmeden kaynaklanan ve for ülkesinde icra edilmesi gereken borçları ile ilgili davalarda yargı muafiyetini ileri sürmeyi yasaklamaktadır<sup>24</sup>. Konvansiyonun 7.maddesinde de, for ülkesinde, özel kişi gibi sınıai, ticari veya finansal faaliyetlerde bulunan ve bu amaçla bir büro veya herhangi bir işletmeye sahip olan yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı belirtilmiştir<sup>25</sup>.

Bu Uluslararası Anlaşmalar yanında, son yıllarda bir çok ülkede, gerek mevzuat değişikliği, gerekse yargı kararları yoluyla sınırlı muafiyet teorisinin kabul edildiği görülmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, 1976 Tarihli *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* (section 1605-2) sınırlı muafiyet teorisini kabul etmiş<sup>26</sup> ve yabancı devletin, ticari nitelik taşıyan ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile bağlantıya sahip olan işlemlerinden dolayı yargı muafiyetinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Kanun, işlemin ticari niteliğini belirleyici unsurun, onun *amacı* değil, *niteliği* olduğunu

<sup>23</sup> GÜNDÜZ, (dn. 5), 134.

<sup>24</sup> Bu formülün, açıkça belirtmemekle birlikte, ticari işlemleri kapsamına aldığı kabul edilmektedir (BOUREL, (dn. 14), 127).

<sup>25</sup> Konvansiyonun Fransızca metni için bkz. *Annuaire Suisse de Droit International*, 1975, XXXI, 273-292.

<sup>26</sup> Kanununun Fransızca metni için bkz. *Rev.Cr.* 1978, 396.

Amerikan Hukukunda sınırlı muafiyet teorisi, 1952 yılında, Departement of State tarafından verilen *Tate letter* kararından itibaren uygulanmaya başlanmıştır (CRAWFORD J., *Les Etats et l'exécution des sentences arbitrales dans les droits américain et anglais*, *Rev.Arb.*, 1985, 689-702, 690).



belirtmiş, ancak, ticari niteliğin nasıl belirleneceği hususunda herhangi bir açıklamada bulunmamıştır<sup>27</sup>.

İngiliz mevzuatında yer alan *State Immunity Act (SIA)*<sup>28</sup>, ilk maddesinde, bu Kanunda yer alan istisnalar dışında, yabancı devletin Birleşik Krallık mahkemeleri önünde yargı ve icra muafiyetinden yararlanacağını kabul etmiş (sec. 1.1)<sup>29</sup>; bu istisnaları düzenlediği daha sonraki hükümlerinde, yabancı devletin, taraf olduğu ticari bir işlemle ilgili davada (sec. 2.3-1)<sup>30</sup> ve ticari olsun olmasın kısmen veya tamamen Birleşik Krallıkta yerine getirilmesi gereken sözleşmesel bir yükümlülük ile ilgili davada yargı muafiyetinden yararlanamayacağını belirtmiştir<sup>31</sup>.

Fransız Hukuku'nda da, I. Dünya Savaşı sonrasında Yargıtay, sınırlı muafiyet teorisini benimsemiş ve yabancı devlete, taraf olduğu ticari işlemlerle ilgili davalarda yargı muafiyeti tanınmayacağı yönünde kararlar vermiştir<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 487.

<sup>28</sup> Bkz. yukarıda dn.14.

<sup>29</sup> Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre öncesine kadar İngiliz mahkemeleri mutlak muafiyet teorisi uyarınca karar veriyorlardı. Bu kararlarla ilgili referanslar için bkz. COLLINS, (dn. 6), 172, dn 9-10; LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 490-491.

<sup>30</sup> Kanunun, section 3.3 hükmünde, bu Kanun anlamında ticari işlem den ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, mal veya hizmet teminine ilişkin sözleşmeler; kredi veya diğer finansal işlemler ve finansal bir borç ile ilgili teminat veya kefalet işlemleri; yabancı bir devletin yükümlülük altına girdiği, ticari, sınai, finansal, mesleki veya benzer nitelik taşıyan veya kamusal gücün kullanımı dışında taahhüt altına girdiği her türlü işlem veya faaliyet ticari işlem olarak kabul edilir. Maddede ayrıca, yargı muafiyetine ilişkin hükümlerin, bir devlet ile özel bir kişi arasında imzalanan iş sözleşmelerine uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Mal teminine ilişkin sözleşmeler madde kapsamına girdiğinden, silah alımına ilişkin sözleşmeler gibi kamu yararı amacıyla yapılan alım-satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda muafiyet tanınmayacağı ileri sürülmektedir (COLLINS, (dn. 6), 175).

<sup>31</sup> Lordlar Kamarası, uyuşmazlık konusu işlemin ticari işlem olduğu durumlarda, yargı muafiyetinden yararlanmak için *act of state* kavramının ileri sürülemediğine karar vermektedir (CRAWFORD, (dn. 26), 700).

<sup>32</sup> BOUREL, (dn. 14), 127.



Bunun yanında, Kanada, Belçika, Almanya, İsviçre, Hollanda, İtalya ve Benelux ülkelerinde de sınırlı muafiyet teorisi lehine yargısal içtihatların oluştuğu veya mevzuat değişikliğinin gerçekleştirildiği görülmektedir<sup>33</sup>.

### 3. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukunda, Yargıtayın mutlak muafiyet teorisi uyarınca vermiş olduğu eski kararlarına rağmen<sup>34</sup>, doktrinde genel kabul gören anlayış, Yargıtayın bu uygulamasını eleştirmekte ve muafiyetin sınır-

Fransız içtihadında, bir hukuki ilişkinin ticari nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde iki kriter esas alınmaktadır. *Şekli kritere* göre, iç hukuktan farklı klotlar içeren işlemler açısından yargı muafiyeti tanınırken, özel hukuk normlarına uygun olarak yapılan işlemler Fransız mahkemelerinin yargı yetkisine girer. *Amaca yönelik kriter* ise, sadece, kamu yararı amacı taşıyan veya bir kamu hizmetinin işleyişini sağlamak amacıyla yapılan işlemler açısından yargı muafiyeti tanınmasını öngörmektedir (BOUREL, (dn. 14), 128; LÉBOULANGER, (dn. 13), n.481). Ancak, bu iki kriterin bazen birlikte, bazen de alternatif olarak kullanılması doktrinde eleştirilmektedir (LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 481).

Fransız Yargıtayı, Türk Maliye Bakanlığı aleyhine açılan ve Bakanlık tarafından İstanbul Belediyesi lehine, Belediyenin bir borcu için verilen müteselsil kefalete dayanan davada, Bakanlığın yargı muafiyeti iddiasını reddetmişti. Yargıtayın kararından sonra davaya bakan Rouen Mahkemesi de, İstanbul Belediyesinin üstlendiği borçların icrasını garanti etmekle Türk Devletinin, aynen bir özel kişinin de yapabileceği şekilde, saf bir özel hukuk işlemi yapmış olduğuna karar vermiştir (Cass.civ.I, 19 décembre 1961; Rouen, 10.2.1965, Rev. Cr. 1965, 565, LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 476' dan naklen).

<sup>33</sup> DELAUME Georges R., *Le CIRDI et l'immunité des Etats*, Rev. Arb., 1983, 159; LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 501-506; Bu konuda diğer örnek ülkeler için bkz. GÜNDÜZ, (dn. 5), 133-134.

<sup>34</sup> Yargıtay, çeşitli tarihlerde, yabancı bir devletin temsilcileri aleyhine açılan, trafik kazasından doğan tazminat talebi, kira alacağının tespiti ve tahsili, satım sözleşmesinin feshinden kaynaklanan tazminat talebi gibi özel hukuk ilişkisine dayanan davaların reddine karar verirken, devletlerin bağımsızlığının bir devletin diğer bir devleti yargılamasına engel olacağı gerekçesine dayanmıştır [ 3. HD, 23.10.1978 (Yasa Hukuk Dergisi, 1978/ 12, 2063); 4.HD, 21.3.1947 (BERKİ-ERGÜNEY, *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları İle İlgili Yargıtay Kararları*, İstanbul, 1963, 148); Tic.D., 23.12.1950, 5402/5064 (BERKİ-ERGÜNEY, age, 149); Tic.D., 16.2.1968, 630/920 (BATİDER, cilt IV, s.4, 1968, 756). Ayrıca, bkz. PAZARCI, (dn. 1), 40' da bahsedilen kararlar].



lı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>35</sup>. Nitekim, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) sınırlı muafiyet teorisi çerçevesinde düzenlenmiş bir hüküm içermektedir. Gerçekten de, Kanun'un "Yabancı Devletin Yargı Muafiyetinden Yararlanamayacağı Haller" başlığını taşıyan 33. maddesi,

*"Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz"*

hükmünü içermektedir.

Maddede, yabancı devletin, muafiyetten yararlanamayacak ilişkileri, "özel hukuk ilişkileri" olarak belirtildiğinden, ilişkinin amacı değil niteliği esas alınmıştır<sup>36</sup>. Bu nedenle, ilişki, bir özel hukuk ilişkisi olduğu sürece yabancı devlet yargı muafiyetinden yararlanamayacaktır. Hükmün aksine yorumundan, kamu hukuku ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanacağı sonucu çıkmaktadır.

Böylece, yabancı devletin taraf olduğu ilişkiler, özel hukuk ilişkileri ve kamu hukuku ilişkileri olarak ikili bir ayırıma tâbi tutulmakta ve ancak ikinci grup ilişkiler açısından yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanabileceği, birinci gruba giren ilişkiler açısından ise Türk mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.

Maddede, hangi ilişkilerin özel hukuk ilişkisi, hangi ilişkilerin ise kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirileceğine dair herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Ancak, lex fori olarak Türk Hukukunda bu konuda genel olarak kabul edilen kriterlerin, MÖHUK m. 33' ün uygulanması açısından da göz önünde bulundurulacağı açıktır.

### III. İcra Muafiyeti Kavramı

#### 1. Genel Olarak

Devletlerin uluslararası ticaret alanında faaliyet göstermeye ve bunun sonucunda özel kişilerle hukuki ilişkilere girmeye başlamalarının

<sup>35</sup> ALTUĞ, (dn. 1), 114' de yer alan yazarlar; NOMER, (dn. 1), 338 vd; (dn. 3), 478 vd; (dn. 5), 6.

<sup>36</sup> NOMER, (dn. 1), 336.



dan itibaren önem kazanan icra muafiyeti kavramı, yabancı bir devleti, onu mahkum eden ve icra kabiliyeti kazanmış bir mahkeme veya hakem kararının yerine getirilmesinden kurtarmaya yönelik bir kavramdır<sup>37</sup>.

İcra muafiyeti de, yargı muafiyeti gibi, Uluslararası Hukukun, devletlerin eşitliği ve egemenliği esaslarına dayanan bir kuralı haline gelmiş bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Yabancı devlet, icra muafiyetini, yargı muafiyetinden farklı olarak, yargılamayı yapan mahkemeye değil, yargılama yapıp aleyhine hüküm verildikten sonra, verilmiş olan bu hükmü icra etmekle yükümlü olan kamu görevlilerine karşı ileri sürebilir<sup>39</sup>.

Gerek yargı gerekse icra muafiyetinin kaynağında, devletlerin hakimiyetlerinin ihlâl edilmesini önleme kaygısı yer almakla birlikte, icra muafiyetinde bu kaygı daha ağır bir şekilde kendini hissettirmektedir. Zira, yabancı bir devlet aleyhine verilmiş olan yargısal bir hükmü ona karşı icra etmek, o devleti ulusal bir mahkeme önünde yargılamaya nazaran hakimiyeti çok daha ağır bir şekilde ihlâl etmektedir<sup>40</sup>.

Yabancı devlete karşı cebri icra işlemlerine başvurmanın, o devletin hakimiyetini ağır şekilde ihlâl edeceği ve bunun devletler arası ilişkilerde problemlere yol açacağı düşüncesi, yargı muafiyetinin tersine, icra muafiyetinin uzun süre *mutlak* olarak kabul edilmesine yol aç-

<sup>37</sup> BOUREL, (dn. 14),137; GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 1-2; MAYER, (dn. 6), 217; MAHIOU Ahmet, *L'immunité d'exécution de l'Etat et les travaux de codification de la commission du droit international*, in *Immunité d'exécution de l'Etat étranger 22 avril 1988-Centre de droit international de Nanterre Cahiers du CEDIN*, Paris, 1990, Ed. Montchrestien, 161; ROBIN Guy, *La portée des immunités d'exécution dans les transactions commerciales internationales*, RDAI, N<sup>o</sup>1, 2002, 4.

<sup>38</sup> OPPETIT Bruno, *La pratique française en matière d'immunité d'exécution*, in *Immunité d'exécution de l'Etat étranger 22 avril 1988- Centre de droit international de Nanterre Cahiers du CEDIN*, Paris, 1990, Ed. Montchrestien, 61; ROBIN, (dn. 37), 7.

<sup>39</sup> BOUREL Pierre, *Aspects récents de l'immunité d'exécution des états et services publics étranger*, Travaux du comité français de droit international privé, 1982-1984, 138.

<sup>40</sup> LÉBOULANGER, (dn. 13), n.514 ve dn. 119; BOUREL (dn. 39), 138; GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 5.



mıştır<sup>41</sup>. Ancak, Devlet ile hukuki ilişkiye giren özel kişilere hukuki bir güvenlik sağlanması ihtiyacı<sup>42</sup> ve yabancı bir devleti mahkum eden bir mahkeme veya hakem kararının icra edilememesi ve böylece alınan hükmün etkiden yoksun kalmasının kabul edilemez olduğu<sup>43</sup> yolundaki düşünceler, bu muafiyetin de sınırlı olarak yorumlanması gerektirmiş ve gerek doktrin, gerek mahkeme içtihatları, gerekse yasal düzenlemelerde yabancı devletin icra muafiyeti açısından da *sınırlı muafiyet teorisi* geniş ölçüde kabul görmeye başlamıştır<sup>44</sup>.

41 ROBIN, (dn. 37), 7. BOUREL, bu konuda, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, 12 Eylül 1978 Tarihli ve *Sté Iptrade International* davasına ilişkin kararını örnek olarak göstermektedir. Mahkeme, bu davada, bir haczin kaldırılması talebi karşısında, hakimin yapması gereken şeyin, icra muafiyetinin mutlak niteliğinin tespiti olduğuna karar vermişti (BOUREL, (dn. 39), 134). Amerikan Hukukunda da, mahkemeler, 1976 yılında FSIA'nın yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde, mutlak muafiyet teorisi uyarınca karar veriyorlardı (KESSEDJIAN Catherine, *La pratique américaine en matière d'exécution de l'Etat étranger*, in *Immunité d'exécution de l'Etat étranger 22 avril 1988- Centre de droit international de Nanterre Cahiers du CEDIN*, Paris, 1990, Ed. Montchrestien, 124-125).

42 LEBEN, (dn. 5), 25; ROBIN, (dn. 37), 14.

Mutlak muafiyet esasının kabul edildiği geçen yüzyılda, yabancı bir devlet ile hukuki ilişkiye giren özel kişiler açısından, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümü için iki yol vardı: Ya ilişkiye taraf olan devletin mahkemelerine başvuruyorlar veya bu yoldan sonuç alamayınca kendi devletlerinden diplomatik himaye talebinde bulunuyorlardı. İkinci durumda ihtilaf nitelik değiştiriyor ve Uluslararası Hukuk kurallarının uygulanması ile çözüm aranıyordu. Bu iki çözüm yolunun da yetersizliği karşısında, bir yandan devletlerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, diğer yandan devletlerin sahip oldukları yargı ve icra muafiyetlerinin mutlak değil sınırlı olarak yorumlanması gereği kendini göstermiştir (LEBEN, (dn. 5), 25).

43 Devlet, uluslararası ticarî işlemlere katılmakla özel kişilerin rakibi haline gelmekte ve rekabet alanında eşitliğin sağlanması endişesi ile özel kişilerle aynı kurallara tabi olması gerekmektedir (ROBIN, (dn. 37), 14).

44 MAHIOU, (dn. 37), 163-165; BOUREL, (dn. 39), 135; ROBIN, (dn. 37), 7, 14. Nitekim Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 1978 yılında vermiş olduğu, yukarıda dipnot 41'de belirttiğimiz kararından dört yıl sonra verdiği, 4 Mayıs 1983 Tarihli, önceki kararına konu olan olay ile çok benzer şartlar taşıyan *Sté Benvenuti-Bonfant* davasına ilişkin kararında, yabancı devletlerin icra muafiyetlerinin mutlak olmadığına karar vermiştir (BOUREL, (dn. 39), 143).



*Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonunu* bu bağlamda belirtebiliriz. Konvansiyon, âkit bir devletin ülkesinde, diğer bir âkit devletin malları üzerinde ne *cebri* icraya ne de ihtiyati *tedbirlere* başvurulabileceğini, ancak, devletin yazılı olarak açıkça buna rıza göstermiş olması halinde bunun mümkün olabileceğini kabul etmektedir (m.23). Bu maddede, icra konusu malların niteliği hakkında her hangi bir farklılık gözetilmediğinden mutlak muafiyet teorisinin kabul edildiği sonucu çıkarılabilir. Ancak, Konvansiyonun 26. maddesinde, birtakım şartlarla, devletin, özel kişiler gibi icra ettiği ticari veya sınai bir faaliyeti ile ilgili bir davada aleyhine verilen kararın for devletin ülkesinde bulunan, bu amaçlarla kullanılan malları üzerinde icra edilebileceği belirtilmiştir. Konvansiyonun bu iki maddesinin birlikte değerlendirilmesi, icra muafiyetinin de sınırlı bir içeriğe sahip olduğu sonucuna götürmektedir.

İcra muafiyeti, ülkesinde icrai işlemlerin yapılacağı devletin mahkemeleri veya yabancı bir devletin mahkemeleri tarafından verilen kararların veya hakem kararlarının yerine getirilmesi amacıyla uygulanan her türlü icrai tedbire karşı ileri sürülebilir. İster *cebri* icra isterse ihtiyati haciz niteliği taşıyan icrai nitelik taşıyan tüm tedbirler açısından bu muafiyetin ileri sürülmesi mümkündür<sup>45</sup>.

## 2. İcra Muafiyetinin Bulunduğu Durumların Tespiti

İcra muafiyetinin hangi hallerde bulunduğu tespitini açısından iki farklı görüş bulunmaktadır.

### a) İcra Muafiyeti ile Yargı Muafiyetinin Aynı Kriterlere Dayandığı Görüşü

Birinci görüş, yargı muafiyeti ile icra muafiyetinin benzer kurumlar olduğu noktasından hareketle, yargı muafiyetinin bulunduğu durumlarda icra muafiyetinin de bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüş,

Ancak, BOUREL, ilk derece mahkemeleri arasındaki bu görüş değişikliğine rağmen, Fransız Yargıtayı'nın 1929 yılından itibaren verdiği bir çok kararında icra muafiyetinin mutlak olmadığı görüşünü benimsediğini belirtmektedir. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına ilişkin referanslar için bkz BOUREL, (dn. 39), 143.

<sup>45</sup> ROBIN, (dn. 37), 16.



bir mahkemeye, vereceği kararın icra edilmeyeceğini bile bile yargılama ve hüküm verme yetkisi tanımanın mantıksız olduğu gerekçesiyle, ancak verilecek kararın icra edilmesi mümkün olan hallerde yargılama yetkisinin tanınması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>46</sup>. Buna göre, yabancı devlete icra muafiyeti tanınıp tanınmayacağı, devlet ile özel kişi arasında uyuşmazlığa yol açan işlemin veya faaliyetin *jure imperii* veya *jure gestionis* olarak nitelendirilmesine bağlı olacaktır<sup>47</sup>. Eğer, yabancı devletin taraf olduğu işlem veya ilişki bir *jure gestionis* ise, o işlem veya ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda devlete ne yargı ne de icra muafiyeti tanınır. Eğer söz konusu işlem veya ilişki *jure imperii* niteliğinde ise bundan dolayı devlet aleyhine dava açılabileceği gibi, açılmış olan dava sonucunda alınan ilâmın icra edilmesi de mümkündür.

Bazı Uluslararası Anlaşmalarda ve iç hukuk metinlerinde, bu görüşe uygun hükümlere rastlanmaktadır.

Örneğin, 1961 Tarihli *Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Konvansiyonu* m.31-3, diplomatik ajanlar aleyhine cebri icraya başvurulabilecek durumları belirlerken yargı muafiyetinin ileri sürülemeyeceği durumlara atıf yapmıştır. Böylece, yargı muafiyetinin bulunmadığı

<sup>46</sup> MAHIOU, (dn. 37), 161.

<sup>47</sup> GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 2; FLECHEUX G, *Les difficultés d'exécution en France des sentences rendues contre des états ou leurs émanations*, Rev.Arb.,1985, 684; BOUREL, (dn. 14), 145-146; LEBEN, (dn. 5), 9.

İsviçre Federal Mahkemesi, 6 Haziran 1956 Tarihli, *Royaume de Grèce contre J. Bar* kararında, yabancı bir devletin, bazı durumlarda, İsviçre mahkemelerindeki bir davada taraf olarak bulunabileceği kabul edildiğine göre, ona karşı verilen kararın cebri icrasını temin etmeye yönelik tedbirlere de maruz kalabileceğinin kabul edilmesi gerektiğine, aksi halde, bu kararın hukuki etkiden yoksun olacağı gerekçesiyle karar vermiştir. Böylece, yargı muafiyetinin bulunmadığı durumlarda icra muafiyetinin de bulunmayacağı yönündeki görüş doğrultusunda hareket etmiştir (ATF 82 I 75, LEBEN, (dn. 5), 9; KRAFT Charles-Mathias, *La Convention Européenne sur l'immunité des Etats et son protocole additionnel*, Annuaire Suisse de droit international, 1975, XXXI, 21-22).

OPPETIT, yargı ve icra muafiyeti ayırımının, devlet ile sözleşme yapan kişiler açısından ciddi pratik sakıncalar yanında usuli bakımdan da adaletsizliklere yol açacağını belirtmiştir. Buna göre, bir yargı prosedürünün, icra edilebilir bir karar ile sonuçlanmaması, yapılan yargılama sonucunda verilen kararı basit bir hukuki görüş haline indirgeyecektir (dn. 38), 62.



durumlarda icra muafiyetinin de ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.

Amerikan Hukukunda, icra muafiyetinin, hukuken ve fiilen yargı muafiyetine sıkı şekilde bağlı olduğu, bu nedenle, bir devletin, kendisine karşı icrası istenen mahkeme veya hakem kararının verilmesine yol açan davada, *FSIA* uyarınca yargı muafiyetini ileri süremeyecek idiyse, kararın icrası aşamasında da icra muafiyetini ileri süremeyeceği kabul edilmektedir<sup>48</sup>.

### *b) İcra Muafiyetinin Yargı Muafiyetinden Farklı Olduğu Görüşü*

#### *aa) Genel Olarak*

Yukarıda açıkladığımız ilk görüş, doktrinde bazı eleştirilere yol açmış ve cebri icranın, yargılamaya nazaran yabancı devletin hakimiyetini daha çok ihlâl eden bir işlem olduğu, bu nedenle devletlerarası ilişkileri bozma açısından daha etkili olabileceği gerekçeleriyle, icra muafiyetinin yargı muafiyetinden farklı bir kurum olarak görülmesi ve bu iki muafiyetin birbirinden farklı kriterlerle belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>49</sup>.

Birinci görüş tarafından, sonuçta icra edilemeyecek bir karar için yargılama yapmanın gereksiz olduğu yönünde ileri sürülen gerekçelere karşı, bu ikinci görüş taraftarları, yargılama ve sonuçta verilecek kararın icra etmenin birbirinden bağımsız işlemler olduğunu; hakimin görevinin, sadece, somut uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların her birinin haklarının neler olduğunu tespit etmekle sınırlı olduğunu, vereceği kararın icra edilip edilmemesi ile ilgilenmediğini; icra işleminin, yargılama işleminin bir sonucu olmasına rağmen ondan bağımsız olduğunu; iç hukuk uyuşmazlıkları açısından da icra edilmemiş yargı kararlarının bulunabileceğini; sırf yargı kararının bulunmasının dahi, mahkum olan devleti, kararın gereğini yerine getirmeye zorlayabileceğini, dolayısıyla ayrıca bir icra işlemine gerek kalmayabileceğini ileri sürmüşlerdir<sup>50</sup>.

Bu görüşe göre, icra muafiyeti açısından önemli olan, yabancı devle-

<sup>48</sup> CRAWFORD, (dn. 26), 694.

<sup>49</sup> GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 5; LEBEN, (dn. 5), 10.

<sup>50</sup> MAHIOU, (dn. 37), 161-162.



tin hangi işlemlerinin milli mahkemelerin yargı yetkisinin kapsamı dışında kaldığının değil, bu devletin hangi mallarının onun alacaklılarınca yöneltilecek icrai takipten muaf kalacağını tespitidir. Bu ikinci gruptaki yazarlar böylece, icra muafiyetinin sınırlarının, uyuşmazlığa yol açan hukuki ilişkinin niteliği yerine icrai tedbirlere konu olan malların niteliğine göre belirlenmesi gerektiğini; kamusal mallar üzerinde hiçbir icrai tedbirin alınamayacağını, özel malların ise haczinin mümkün olduğunu, devletin bu mallar açısından icra muafiyetini ileri süremeyeceğini kabul etmektedirler<sup>51</sup>.

Yabancı devlete ait malların icra muafiyeti kapsamına girip girmediğinin tespitinde söz konusu malların kamusal amaçlara tahsis edilip edilmediğinin belirleyici olması ve kamusal mallar için icra muafiyeti tanınması, icra muafiyetinin amacının, yabancı devletin, devlet sıfatıyla üstlenmiş olduğu kamusal bir takım yükümlülüklerini yerine getirebilmek için kaynak olarak yararlandığı, bu amaca tahsis etmiş olduğu mallarının, alacaklıların haklı- haksız icrai işlemlerine maruz kalmasının önlenmesi, böylece, bu tür yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirilebilmesinin sağlanması olduğunu ortaya koymaktadır<sup>52</sup>.

Yabancı devlete ait malların kamu hizmetine mi yoksa özel faaliyetlere mi tahsis edildiğini ispat yükünün kime ait olduğu konusunda çeşitli ülkelerde farklı uygulamalara rastlanmaktadır. İsviçre uygulamasında, ispat yükü yabancı devlete ait iken, Fransa, İngiltere ve Almanya' da yabancı devlete ait malların onun ticari faaliyetlerine tahsis edildiğini davacı ispat etmekte yükümlüdür<sup>53</sup>.

Devlet, yargı muafiyetinde olduğu gibi, sahip olduğu icra muafiyetinden de vazgeçebilir. Ancak, vazgeçme iradesinin, tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve özel olarak belirtilmiş olması gerekmektedir<sup>54</sup>. Yargı muafiyetinden vazgeçme, icra muafiyetinden de vazgeçme

51 GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 5; BOUREL, (dn. 39), 146.

52 LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 518- 519; BÖCKSTIEGEL, (dn. 6), 159; ROBIN, (dn. 37), 13.

53 GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 20.

54 BOUREL, (dn. 14), 136; LEBEN, (dn. 5), 11; OPPETIT, (dn. 38), 55; ROBIN, (dn. 37), 29.

İngiliz Hukukunda SIA, icra muafiyetinin istisnaları arasında, yabancı devletin yazılı olarak muafiyetten vazgeçme yönünde rızasını beyan etmesine de yer vermiştir (sec.13.3). Maddeye göre, önceden de verilebilen bu rızanın



olarak yorumlanamaz. İcra muafiyetinden vazgeçme iradesinin ayrıca bildirilmesi gerekir<sup>55</sup>.

### *bb) Kamusal Mal- Özel Mal Ayırımı*

#### *bb1) Ayırımında Kullanılan Kriterler*

Devlete ait malların kamusal mal mı veya devletin özel malvarlığına mı ait olduğunun tespitinde Fransız içtihadında ve doktrininde *malların tahsis amacı* dikkate alınmaktadır. Bir kamu hizmetine veya devletin hakimiyet alanına giren bir tasarrufa (diplomasi, savunma, güvenlik gibi) tahsis edilen mallar kamusal mallardır ve bu özellikleri dolayısıyla icra muafiyetinden yararlanırlar. Devletin, özel hukuka ilişkin ticari veya ekonomik faaliyetlerine tahsis edilen malları ise onun özel malvarlığına dahildir ve bu mallar üzerinde icra muafiyeti söz konusu değildir<sup>56</sup>.

Devletin icra muafiyetinden yararlanmasını sağlayan bir kriter olarak, malların kamusal hizmetlere tahsisi ispat edilmeye muhtaç bir olgudur. Burada öncelikle, icra muafiyetinden yararlanacak olan devletin, mallarını tahsis etme konusundaki iradesi önem taşımaktadır. Bu iradenin, özellikle, devletin kötü niyetli davranışlarını önleyecek şekilde, doğru olarak tespit edilmesi gerekmektedir<sup>57</sup>. İstisnai olarak rastlanan bir uygulama olmakla birlikte, eğer yabancı devlet, icra konusu olan mallarını ne amaca tahsis ettiğini *önceden ve açık bir şekilde* beyan etmiş ise, her hangi bir güçlük söz konusu değildir.<sup>58</sup>

---

kapsamı genellikle sınırlıdır. Ancak, Birleşik Krallık mahkemelerine yetki veren bir yetki klozunun, bu madde anlamında bir rıza olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir (LEBOULANGER, (dn. 13), n. 538).

<sup>55</sup> DOMINICÉ, (dn. 11), 495; LEBEN, (dn. 5), 11; OPPETIT, (dn. 38), 55; MAHIOU, (dn. 37), 162.

<sup>56</sup> BOUREL, (dn. 39), 146; OPPETIT, (dn. 38), 53; ROBIN, (dn. 37), 5, 27.

<sup>57</sup> Zira, malın tahsis amacı sadece devletin iradesine bakarak tespit edildiğinde, devlet kendi muafiyetinin sınırlarını belirleme yetkisine sahip olacak ve adeta mutlak muafiyet teorisine geri dönüş söz konusu olacaktır (OPPETIT, (dn. 38), 54).

<sup>58</sup> Paris Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Benvenuti-Bonfant* davasında, bir hakem kararı ile mahkum olan Kongo Cumhuriyeti, bir Fransız bankasına, mahkum olduğu borcun ödenmesinde kullanmak üzere



Devletin, söz konusu malların tahsis amacı konusunda her hangi bir açıklamada bulunmadığı durumlarda, doktrinde, malların tahsis amacını belirlemeye yönelik bazı kriterlerden yararlanılabileceği belirtilmiştir. Bu kriterlerden ilki, *haciz konusu malları elinde tutan yani icra muafiyetini ileri süren kişinin sıfatı* dır. Buna göre, bu mallar bizzat devletin zilyetliğinde bulunuyor ise malların kamusal bir amaçta tahsis edildiği karine olarak kabul edilmeli ve devlet, bu mallar için icra muafiyetinden yararlanmalıdır. Ancak, alacaklı, tahsisin kamusal amaçlı olmadığını ispatlayarak bu karineyi çürütebilir ve muafiyet iddiasının ileri sürülmesini engelleyebilir. Haciz konusu malların devlet dışında bir kişi veya kuruluşun zilyetliğinde bulunması halinde ise söz konusu karine tersine işler ve bu malların kamusal amaçlara tahsis edilmediği karine olarak kabul edilir. İcra muafiyetinden yararlanmak isteyen zilyet, bunun aksini ispat etmekle yükümlüdür<sup>59</sup>.

Doktrinde, haciz konusu malların tahsis amacını belirlemek üzere dikkate alınabileceği ileri sürülen diğer kriter, hacze yol açan *alacağın kaynağı* dır<sup>60</sup>.

---

belirli miktar bir para yatırmayı kabul etmişti. Mahkeme, Kongo'nun bu davranışının, hiç tereddütsüz, söz konusu paranın, özel hukuk işleminin icrasına tahsis edildiğini gösterdiğine karar verdi. Aslında, Kongo, mahkum olduğu bir para borcunu ödemeyi, böylece, hakem kararının icrası aleyhine icra muafiyetini ileri sürmemeyi kabul etmişti. Gerçekten de, bir devletin, belirli bir miktar parayı, mahkum olduğu bir borcun icrası için tahsis etmesi, o devletin, söz konusu borcun cebri icrasına gerek kalmadan kendi iradesiyle borcunu ödeme yönündeki iradesini gösterir. Bu iradeye rağmen devlet, herhangi bir nedenle borcunu cebri icra aşamasından önce ödemez ise daha önce tahsis ettiği bu mallar üzerinde icrai işlem yapılabilecektir. Devlet, böylece, tahsise konu olan mallar açısından icra muafiyetinden vazgeçmiş olmaktadır.

BOUREL, icra muafiyetinin kapsamını sınırlamak için yabancı devletin, haciz konusu malların tahsisine ilişkin açık bir iradesinin bulunmasının aranması halinde, bu iradenin yorumunda, muafiyetten vazgeçme ile sürekli bir çakışma bulunduğunu ve tahsis iradesinin, devletin icra muafiyetinden yararlanmayı reddetmesi olarak yorumlanabileceğini belirtmektedir (dn. 39), 147, 149-150.

<sup>59</sup> BATIFFOL-LAGARDE ve MAYER, BOUREL (dn. 39)' 147'den naklen; LEBOULANGER, (dn. 13), n. 521; ROBIN, (dn. 37), 28.

<sup>60</sup> BOUREL, (dn. 39), 148. Tahsis amacının ispatındaki güçlükler hakkında



Fransız Yargıtayı, 1969 yılında verdiği bir kararında, icra muafiyetinin ileri sürülüp sürülemeyeceğini belirlemek için haciz konusu malların niteliğini ve tahsis amacını esas alarak, yabancı devlete ait malların kaynağının ve tahsis amacının belirlenebileceği durumlarda icra muafiyetinin ileri sürülmesinin önlenebileceğini; muafiyetin ancak, bir kamu hizmetine veya devletin hakimiyetini ilgilendiren faaliyetlere tahsis edilen mallar üzerindeki icrai tedbirler açısından geçerli olduğunu, özel hukuk işlemlerinden kaynaklanan ve bu işlemlere tahsis edilen mallar açısından icra muafiyetinin ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir<sup>61</sup>.

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi de, 5.3.1979 Tarihli *Liamco* davasına<sup>62</sup> ve 13.1.1981 Tarihli *Benvenuto-Bonfant* davasına<sup>63</sup> ilişkin karar-

---

bkz. MAYER Pierre, Paris İstinaf Mahkemesi (Cour d'appel) tarafından verilen, *Eurodif-Sofidif* kararına ilişkin yorumu, Rev.Cr., 1983, 107-108.

BOUREL, doktrinde ileri sürülen bu kriterlerin, en azından bazı durumlarda, tahsis kriterinin terk edilmesi ve yargı muafiyeti konusunda kullanılan, uyuşmazlık konusu *hukuki ilişkinin niteliği* kriterine dönülmesi anlamına geleceğini belirtmektedir. Zira malların zilyedini esas alan ilk kriter uyarınca devlet dışında kişilerin zilyedi olduğu malların niteliği, bu kişilerin global olarak üstlendikleri faaliyetlerden çıkarılmaktadır. Eğer, özel hukuk faaliyeti söz konusu ise malların da bu faaliyete tahsis edildiği ve böylece bu mallar açısından icra muafiyetinin bulunmadığı; faaliyetin kamusal bir faaliyet olması halinde ise malların da kamusal nitelikte olduğu ve icra muafiyetinden yararlandığı kabul edilmektedir. Bu durumda, kamusal ve özel mallar arasındaki ayırım, malların tahsis amacına göre değil, icra tedbirine yol açan faaliyetin niteliğine göre yapılacaktır. Nitekim, tahsis amacını belirlemek amacıyla kullanılan ve alacağın kaynağını esas alan ikinci kriter, faaliyetin niteliği kriterine çok daha yaklaşmaktadır. Zira burada, muafiyetten yararlanan kişilerin veya devletin faaliyetleri global olarak ele alınmamakta, sadece uyuşmazlığa yol açan sözleşmenin niteliği esas alınmaktadır. Yazar, bu şekilde, yargı ve icra muafiyetinin aynı kriterlerle tespitinin, bu iki muafiyetin hukuki rejimi arasında yeknesaklık sağlamak gibi olumlu tarafı bulunduğunu belirtmektedir (BOUREL, (dn. 39),149).

<sup>61</sup> *Englander c. Banque de l'Etat tchécoslovaque*, 11.2.1969, journal de dr.int., 1969,923; Rev.Cr.1970, 98. Yargıtay, *Clerget* davasına ilişkin 2.11.1971 Tarihli kararında, aynı kriteri esas alarak, kaynağı ve tahsis amacı belirlenemeyen yabancı devlete ait malların haczedilemeyeceğine karar vermiştir (Rev.Cr.,1972,310).

<sup>62</sup> Journal de dr.int., 1979, 857; Rev.Arb.,1980,109.

<sup>63</sup> Rev.Cr., 1983,105; Rev.Arb., 1982, 204.



larında icra muafiyetinin ancak, bir kamu hizmetine veya devletin hakimiyet işlemlerine tahsis edilen mallar açısından ileri sürülebileceğine, özel hukuka ilişkin ticari veya ekonomik bir faaliyetten kaynaklanan mallar açısından muafiyetin bertaraf edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu ayırım, İsviçre, Belçika ve Alman mahkeme içtihatlarında da yapılmaktadır<sup>64</sup>.

Fransız Hukukunda, yargı kararları ile kabul edilen bu görüş, 9 Temmuz 1991 Tarihli, icra usulünde değişiklik yapan Kanun ile yasal bir dayanağa da kavuşmuştur. Bu Kanunun m.1/f.3 hükmüne göre, *cebri icra ve ihtiyati tedbirler, icra muafiyetinden yararlanan kişilere uygulanamaz*. Bu kişilerin başında da yabancı devlet gelmektedir<sup>65</sup>.

İngiliz Hukukunda ise *State Immunity Act*, bir mahkemenin, yabancı devlet aleyhine, ne yasaklama ne de icrai bir tedbir veya bir malın iadesi şeklinde tazminata karar verebileceğini (sec. 13.2.a); yabancı devletin mallarının, bir mahkeme veya hakem kararının icrasına yönelik bir prosedüre tâbi tutulmayacağını (sec.13.2.b) belirttikten sonra, bu ilkenin istisnası olarak *ticari amaçlarla* kullanılan veya tedbire karar verildiği esnada bu amaca tahsis edilmiş olan malların icra muafiyetinden yararlanamayacağını kabul etmiştir.

10.4.1926 Tarihli *Brüksel Konvansiyonu* da, devlete ait olan veya onun tarafından işletilen ve alacağın doğumu esnasında münhasıran ticari olmayan, hükümete ait bir hizmete tahsis edilen gemilerin haczedilemeyeceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, kamusal hizmetlere tahsis edilen gemiler icra muafiyetinden yararlanırken ticari faaliyetlere tahsis edilenler bu muafiyetten yararlanamazlar.

Bu konu ile bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus, *devlet aleyhine icra takibine konu olabilecek malların, sadece uyuşmazlığa konu olan ticari faaliyete tahsis edilmiş olan mallar mı olduğu, yoksa, böyle bir sınırlama olmaksızın, genel olarak devletin ticari faaliyetlerine tahsis edilmiş olan malların herhangi bir uyuşmaz-*

<sup>64</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 680-681; GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 10-14. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 12.4.1983 Tarihli kararında, Uluslararası Hukukun, for devletin, yabancı bir devlete ait olan ve hakimiyet işlemlerine tahsis edilmeyen malları haczetmesini yasaklamadığına karar vermiştir (ROBIN, (dn. 37), 12).

<sup>65</sup> ROBIN, (dn. 37), 12.



lıktan doğan alacağın tahsili amacıyla icrai işlemlere konu olmasının mümkün olup olmadığıdır. Örneğin, alacaklı, devlet ile yaptığı sözleşme ile bir fabrika, otel veya hastane inşa etmişse, alacağını, devletin, yabancı bir devletin ülkesinde bulunan ve sadece bu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesine tahsis edilmiş olan parası üzerinden mi tahsil edebilecektir; yoksa, o devletin, ekonomik veya ticari faaliyetine tahsis edilmiş diğer herhangi bir malı üzerinde de icrai tedbirlere başvurabilir mi<sup>66</sup>?

İngiliz Hukuku'nda, *State Immunity Act*, dava ile üzerinde icrai tedbirin istendiği mallar arasında herhangi bir bağlantı bulunmasını aramamış; sadece, söz konusu malların, icra talebi sırasında ticari amaçlarla kullanılıyor olmasını veya böyle bir kullanıma tahsis edilmiş olmasını yeterli görmüştür (sec.13.4). Amerikan Hukukunda da, *FSIA*, ABD' de herhangi bir ticari faaliyette kullanılan malların icraya konu olabileceğini kabul etmektedir<sup>67</sup>.

Kanaatimizce, İngiliz ve Amerikan Kanunları ile kabul edilen bu görüş yerindedir. Zira, aksinin kabulü, devletin icraya konu olabilecek olan mallarını çok sınırlar ve böylece icra muafiyetinin kapsamını, sözleşmenin tarafı olan özel kişi aleyhine çok genişletirdi.

### bb2) Özel Bazı Malların İcra Muafiyeti

#### • Merkez Bankasına Ait Mallar

Merkez bankasına veya finansal bir makama ait olan mallar, uygula-

<sup>66</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 686.

<sup>67</sup> CRAWFORD, (dn. 26), 695.

Ticari faaliyetin tamamen ABD' de icra edilmesi gerekmez, ABD dışında gerçekleştirilen bir faaliyetin ABD' de etkilere sahip olması yeterlidir.

Kanunda yapılan *Mathias* değişikliğinden önce, icrası istenen mahkeme veya hakem kararına yol açan dava ile icraya konu olan mallar arasında sıkı bir bağlantının varlığı da aranmakta idi (section 1610,a,2). Bu şart, bir yandan, icra konusu malların, aleyhine karar verilmiş olan tüzel kişiye ait olmasını, diğer yandan, malların, talebin dayanağı olan ticari faaliyet için kullanılıyor olmasını gerektirmekte idi (KESSEDJIAN, (dn. 41), 141).

İcra muafiyetinin kapsamı konusunda çeşitli devletlere ait uygulama ve görüşler için ayrıca bkz. GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 8-20.



nacak kanuna göre değişmekle birlikte, genel olarak, kuvvetlendirilmiş bir koruma (*protection renforcée*) rejiminden yararlanırlar<sup>68</sup>.

Konu ile ilgili çeşitli kanunlarda, bu rejimin sağlanmasına yönelik özel hükümler yer almaktadır. Örneğin, İngiliz Kanunu (*SIA*), yargı muafiyetinden yararlanabilme anlamında yabancı devlet tanımı içinde yer vermemiş olmasına rağmen, yabancı bir devletin *merkez bankasına* veya diğer bir *finansal kuruluşuna* ait malların, icrai tedbirlere konu olamayacağını belirtmiştir (sec. 14.4)<sup>69</sup>.

Amerikan Kanunu da (*FSIA*), bir merkez bankası veya finansal bir makamın, faaliyetlerinden doğan ihtiyaçları için ellerinde tuttıkları malların muafiyetten yararlanacağını açıkça hükme bağlamıştır (sec. 1611, b). Ancak, bu kuruluşların ticari işlemleri finanse etmek için sahip oldukları mallara özel alacaklılar tarafından el konulabilecektir<sup>70</sup>. İngiliz *SIA* ise, bu açıdan daha kısıtlayıcıdır. Zira, merkez bankası veya finansal kuruluşlara ait malların prensip olarak ticari amaçlarla kullanılamayacağı; bu nedenle ancak uyumsuzluğa taraf olan bankanın yazılı olarak bu muafiyetten vazgeçmesi durumunda malların haczinin mümkün olduğu kabul edilmiştir (sec. 14.4).

#### •• Askeri Amaçlarla Kullanılan Mallar

Devletin hakimiyet gücünün kullanımı için gerekli olan askeri mallar, stratejik niteliklerinin gereği olarak özel bir koruma rejiminden yararlanırlar. Bu mallar, deniz, kara veya hava aracı niteliğinde olabilir<sup>71</sup>.

Devletlerin askeri amaçlarla kullandıkları ulaşım araçlarının icra muafiyetinden yararlanması, gerek ulusal mevzuatlarda gerekse uluslararası anlaşmalarda öngörülen bir ilke olarak bugün uluslararası hukukun bir kuralı haline gelmiştir<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> ROBIN, (dn. 37), 5.

<sup>69</sup> Bu istisna, Londra'nın, finansal yatırım bakımından taşıdığı önem ve bunun bu Kanunun kabul edilmesi konusundaki etkisine bağlanmaktadır (CRAWFORD, (dn. 26), 702).

<sup>70</sup> Kongre hazırlık çalışmaları, *House Rep. N°94-1487, 94th Cong., 2nd Sess., 1976*, ROBIN, (dn. 37), 6'dan naklen.

<sup>71</sup> ROBIN, (dn. 37), 6.

<sup>72</sup> ROBIN, (dn. 37), 6.



Türkiye'nin de taraf olduğu 1926 yılında imzalanan *Devlet Gemilerinin Muafiyeti Hakkında Bruksel Konvansiyonu*, devlete ait savaş gemilerinin haczedilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>73</sup>.

Amerikan Hukukunda da, askeri amaçlarla kullanılan malların icra muafiyetine sahip olduğu kabul edilmektedir (FSIA, sec. 1611, b).

Gemi veya uçak ile taşınan malların ekonomik veya ticari faaliyetlere tahsis edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından ise, bu malların *niteliği*, gemi veya uçağın niteliği, malikin kimliği gibi hususların göz önünde tutulması gerekmektedir<sup>74</sup>.

### ••• Diplomatik Misyona Ait Mallar

Devletlerin dışarıda temsili için zorunlu olan diplomatik misyonlara ait mallar, tamamen ticari amaçlarla kullanılmadıkları sürece muafiyetten yararlanırlar<sup>75</sup>.

Fransız Hukukunda, Paris İstinaf Mahkemesinin yeni bir kararında, devletlere, diplomatik faaliyetlerini bağımsız ve egemen bir şekilde yerine getirmeleri için zorunlu olan güvenliği sağlama endişesi ile<sup>76</sup>, diplomatik misyonun ifası için tahsis edilen malların özel bir muafiyet rejiminden yararlandığı vurgulanmıştır. Dava konusu olayda, İsviçre'de kurulu bir şirket olan NOGA, Rusya Federasyonu Hükümeti ile kredi sözleşmeleri imzalamıştı. Bu sözleşmelerde, çıkacak uyuşmazlıkların Stockholm Ticaret Odası hakemliğine tabi tutulacağı ve Rusya Hükümetinin, her türlü icra muafiyetinden feragat ettiği yönünde hükümler yer almaktaydı. Uyuşmazlık ortaya çıktığında, NOGA, hakem mahkemesine başvurarak Rusya Hükümetini önemli miktarda tazminat ödemeye mahkum ettirmiş ve bu karar özellikle Fransa'da icra ettirmişti. Haczedilen değerler arasında, Rusya Federasyonu Konsoloslugu'na ait banka hesapları da bulunmakta idi. Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, Rusya Hükümetinin, hakem kararının

<sup>73</sup> Aynı ilke 1958 yılında imzalanan *Cenevre Konvansiyonunda* da kabul edilmiştir. Konvansiyonların bu konudaki düzenlemeleri hakkında bkz. EKŞİ, (dn. 3a), 150-155.

<sup>74</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 687.

<sup>75</sup> ROBIN, (dn. 37), 6.

<sup>76</sup> ROBIN, (dn. 37), 14.



uygulanması ile ilgili olarak her türlü muafiyetten vazgeçmesinin, onun, diplomatik icra muafiyetinden de vazgeçtiğini göstermediğini; bir Konsolosluk adına, onun kamusal hizmetlerinden doğan ihtiyaçları için açılmış olan banka hesabının özel bir diplomatik muafiyet rejiminden yararlandığını belirtmiştir<sup>77</sup>.

Bu konuda üzerinde tartışılan bir nokta, kısmen ticari amaçlarla kısmen de konsolosluğun görev ihtiyaçları için kullanılan karma nitelikli hesapların özel alacaklılar tarafından haczedilip edilemeyeceğidir. Uygulamada, devletlerin, ticari ilişkilerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla paralarını bu tür hesaplarda tutmalarını önlemek için, bu hesapların da haczedilebileceği yönünde bazı kararlara rastlansa da, kararların çoğunluğu aksi yöndedir<sup>78</sup>.

Örneğin, İtalyan Yargıtayı, *Benamar c. Ambassade de la République d'Algérie* davasında bu yönde karar vermiş ve gerekçe olarak, tek bir hesap üzerinde, hakimiyet işlemlerine tahsis edilen paralarla ticari amaçlara tahsis edilen paraları ayırdetmeye çalışmanın, ilgili devletin iç işlerine karıştırmayı gerektiren bir işlem olduğunu belirtmiştir<sup>79</sup>.

Lordlar Kamarası tarafından görülen, *Alcom Ltd. c. Republic of Colombie* davasına konu olan olayda ise, bir İngiliz şirketi olan alacaklı, Kolombiya Konsolosluğunun harcamalarına tahsis edilmiş olan banka hesabına haciz koydurmuştu. Mahkeme, alacaklı şirketin, konsolosluğun banka hesabında yer alan paralarının münhasıran ticari bir amaca tahsis edildiğini ispat edememesi üzerine, Konsolosluğun günlük işleyişine ilişkin harcamalar çerçevesinde bazı ticari işlemler yapılabileceğine, hesabın kısmen ticari olmayan amaçlara tahsis edilmiş olmasının, onun haczine engel olacağına karar vermiştir<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup>Ch.A), 10 août 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France et a.c/ Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, Kararın metni ve Philippe LEBOULANGER tarafından yapılan yorumu için bkz. Rev.Arb, 2001, N°1,114 vd. Kararın özeti için ayrıca bkz., ROBIN, (dn. 37), 13-14.

<sup>78</sup> ROBIN, (dn. 37), 6.

<sup>79</sup> ROBIN, (dn. 37), 6'dan naklen.

<sup>80</sup> CRAWFORD, (dn. 26), 700; FLECHEUX, (dn. 47), 686.



Yukarıda açıkladığımız bu teorik esaslar yanında, yabancı devletlerin icra muafiyeti konusundaki uygulamalara bakıldığında, bu uygulamaların arkasında pragmatik yaklaşımların bulunduğu, her kararın, o kararın verilmesine neden olan somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>81</sup>. Gerçekten de, kararı veren mahkemenin veya icrai işlemleri gerçekleştiren makamların bağlı bulunduğu devlet ile malları hakkında icrai tedbirlere başvurulması söz konusu olan devlet arasındaki ilişkileri zedeleyebilecek nitelik taşıyan, bu nedenle de, devletlerarası ilişkilerin hassas bir alanına giren icra muafiyeti kavramının somut olaylara uygulanmasında, mahkemelerin ve icra organlarının, bu ilişkilerin niteliğinden ve bağlı oldukları devletin, söz konusu devlet ile ilişkilerinde uyguladığı politikadan etkilenmeleri doğal karşılanmaktadır<sup>82</sup>.

### 3. Muafiyetten Yararlanan Kişilerin Tespiti

Yargı muafiyeti, yabancı devletin hakimiyetine saygı temeline dayandığından, sadece, hakimiyet sahibi olan devletler bu muafiyetten yararlanabilirler<sup>83</sup>. Devletler, ticari faaliyetlerini, genellikle, devletten bağımsız tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar aracılığıyla yapmaktadırlar<sup>84</sup>. Devlet tarafından kontrol edilse bile, ondan bağımsız tüzel kişi-

<sup>81</sup> OPPETIT, (dn. 38), 58-59.

<sup>82</sup> CREMADES Bernardo, *Les Etats et les entreprises publiques en leur qualité de partenaires dans le commerce international*, in *Arbitrage international- 60 ans après regard sur l'avenir Cour d'arbitrage CCI, 60. Anniversaire*, Paris, 1984, 203.

*Liamco, Ipitrade ve Benvenuto-Bonfant* davasına ilişkin kararlarda, Fransız hakimlerin, Fransız Hükümeti açısından ciddi diplomatik sakıncalar doğmasını engelleme kaygısıyla hareket ettikleri ve bunlar gibi bir çok davada hükümetin baskısı altında karar verdikleri ifade edilmiştir (OPPETIT, (dn. 38), 59).

Amerikan mahkeme içtihatlarında da bu duruma rastlanmaktadır. Örneğin, *Isbrandtsen Tankers v. President of India* davasında, taraflar Amerikan mahkemelerinin yetkisini kabul eden bir klozu sözleşmelerine koymalarına rağmen, İstinaf mahkemesi, yargı yetkisinin bağımsızlığını sınırlayacak şekilde Devlet bakanlığının tavsiyelerine uygun olarak karar vermiştir (LEBOULANGER, (dn. 13), n.486'dan naklen).

<sup>83</sup> MAYER, (dn. 6), 215.

<sup>84</sup> Yabancı bir kamu kuruluşunun devletten bağımsız, otonom bir kişiliğinin



liği olan bu tür kuruluşlar muafiyet iddiasında bulunamazlar<sup>85</sup>. Bu kuruluşlar aleyhine verilen bir kararın, doğrudan devlete karşı icra edilmesi de çok zordur. Böyle bir durumda, kararın icra edilebilmesi için, ya bizzat bu kuruluşa ait malların bulunması ve icra takibinin bu kuruluş aleyhine yöneltilmesi veya bu kuruluşun gerçekte devletten ayrı bir kişiliğe sahip olmadığının ispatlanması ve devlet aleyhine icrai işlemlere girişilmesi gerekecektir<sup>86</sup>.

Amerikan Hukukunda, *yabancı devlet* kavramı, yabancı devletler yanında, onlara bağlı bazı politik alt kurumları (*subdivision politique*) ve esas olarak ticari alanda (maden, petrol, hava veya deniz taşımacılığı, ithalat-ihracat gibi) faaliyet gösteren, milli şirketler veya kamusal işletmeler gibi bu ikisine bağlı olan kuruluşları da kapsamaktadır<sup>87</sup>. Devlete bağlı kamusal kurumların muafiyet iddiasında bulunabilmeleri için, Devletten bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olduklarını ve Devletin kamu hukuku kurumlarından veya onun politik veya ülkesel alt kuruluşlarından olduklarını veya sermayelerinin çoğunluğunun devlete veya bu alt kuruluşlara ait olduğunu ve ABD vatanı olmadığına ispat etmeleri gerekmektedir<sup>88</sup>.

İngiliz Kanunu (*State Immunity Act*), muafiyeti sadece, devlet başkanlarına, hükümete veya hükümetin bakanlıklarına tanımakta, hükümetin icrai organlarından ayrı, bağımsız kuruluşları muafiyet kapsamı dışında tutmaktadır. Kanun, böyle bir kuruluşa, bir hakimiyet yetkisini kullanarak ve bizzat devletin muafiyetten yararlanmayı isteyebileceği şartlar altında hareket ettiği durumda, istisnai olarak, muafiyetin tanınabileceğini kabul etmektedir (sec.14).

---

bulunup bulunmadığı, söz konusu devletin kendi hukukuna göre belirlenir (BOUREL, (dn. 39), 158 vd.'da, tartışmalar bölümünde yer alan konuşmasından. Tartışmalarda, yabancı devletin, aleyhine açılan davalarda yargı muafiyetinden yararlanmak için bütün kamu kuruluşlarını milli olarak nitelendirebileceği, bu nedenle bu konudaki vasıflandırmada sadece *lex fori* ye bağlı kalınmasının yerinde olmadığı da beyan edilmiştir).

85 BÖCKSTIEGEL, (dn. 6), 158.

86 FLECHEUX, (dn. 47), 685.

87 CRAWFORD, (dn. 26), 690-691.

88 LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 484.



*Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu*, Konvansiyon metninde kullanılan “âkit devlet” kavramının, devletten ayrı bir kişiliği olan kuruluşları, bunlar kamusal fonksiyonlar icra etmekle görevli olsalar bile, kapsamadığını belirterek, muafiyetten sadece devletlerin yararlanabileceğini kabul etmiş olmaktadır (m. 27)<sup>89</sup>.

Fransız içtihadında, muafiyetten yararlanan devlete bağlı kuruluşları belirlemek için kullanılan kritere göre, bir kamusal kuruluş, yabancı devletten bağımsız ise, onun tarafından kontrol ediliyor olsa bile, o devlet ile birlikte değerlendirilemez ve devletin borçlarından dolayı kendi malları ile sorumlu olmadığı gibi, kendi borçları açısından devlete ait yargı ve icra muafiyetlerinden yararlanamaz<sup>90</sup>. Fransız Yargıtayı, son zamanlarda, ayrı bir kişiliği olsa bile, devletin hesabına veya onun talimatı üzerine hareket eden kuruluşların da yargı muafiyetinden yararlanabileceklerini kabul eden kararlar vermiştir<sup>91</sup>.

*Türk Hukukunda*, yabancı devletlerin icra muafiyeti konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Devlete ait malların cebri icraya konu olamayacağını belirten İcra İflas Kanunu m. 82 hükmündeki, “Devlet” in Türk Devleti olduğu, bu hükmün, yabancı devletlere ait mallar üzerinde icra muafiyetini düzenlemediği açıktır<sup>92</sup>. Ancak, bu, yabancı devlete ait bütün mallar üzerinde icrai işlem yapılabileceği anlamında gelmez. Söz konusu hükümde yer alan Devlet kavramının yabancı devletleri de içerecek şekilde geniş yorumlanması durumunda ise yabancı devletin ticari faaliyetlerinde kullandığı malların da icra muafiyetinden yararlanması gibi, uluslararası planda genel kabul gören uygulama ve görüşlere aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, Türkiye’de bulunan yabancı devletlere ait mallar üzerinde icrai işlemlerin yapıp yapılamayacağı konusunda, Uluslararası Huku-

<sup>89</sup> Maddenin ikinci fıkrasında, devletten ayrı kişiliği olan bu kuruluşların özel kişiler gibi diğer âkit devletlerin mahkemelerinde davaya taraf olabileceği, ancak, mahkemelerin, bu kişiler tarafından yapılmış olan kamusal işlemler (*jure imperii*) hakkında karar veremeyecekleri belirtilmiştir.

<sup>90</sup> OPPETIT, (dn. 38), 52.

<sup>91</sup> MAYER, (dn. 6), 216.

<sup>92</sup> GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 15; EKŞİ, (dn. 3a), 157.

Nitekim, İstanbul 2.Asliye Ticaret Mahkemesi, 1938 yılında vermiş olduğu bir kararında, İİK m. 82’ nin yabancı devlet mallarına uygulanamayacağına karar vermiştir (İstanbul Barosu Mecmuası, 1938, XII, 210-217).



kun en önemli kaynaklarından biri olan ve yukarıda açıkladığımız uluslararası teamül ve uygulamalar çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Buna göre, yabancı devletin Türkiye’de bulunan ve ticari amaçlara tahsis edilmiş bulunan malları üzerinde icrai tedbirlere başvurulabileceği, kamusal amaçlara tahsis edilmiş bulunan malların ise icra muafiyeti kapsamına girdiği kabul edilmelidir<sup>93</sup>.

#### IV. Yargı ve İcra Muafiyetinin Tahkim Yargılamasındaki Rolü

##### 1. Genel Olarak

Tahkim yargılamasında devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmaları, onların ekonomik hayata gitgide artan şekilde ve aktif olarak katılmaları ve piyasaların globalleşmesi sonrasında ortaya çıkan bir olgudur<sup>94</sup>.

Yabancı bir devlete yargı muafiyeti tanınmasının, devletler arası eşitlik, devletlerin hakimiyetlerine karşılıklı saygı ve devletlerin bağımsızlığı gibi ilkelere kaynaklandığı göz önüne alındığında, bu muafiyetin tahkim yargılamasında rol oynamayacağı söylenebilir<sup>95</sup>. Gerçekten de, hakemler, yargısal bir fonksiyon icra etmelerine rağmen,

<sup>93</sup> Aynı yönde, GÜNDÜZ (dn. 1), makale, 17; EKŞİ, (dn. 3a), 157-158.

Dipnot 92’ de bahsettiğimiz kararında, İstanbul 2.Asliye Ticaret Mahkemesi, devlete ait malların, o devletin ticari faaliyetlerinden doğan borçlar için haczedilebileceğinin, uluslararası anlaşmalar ve yabancı mahkeme kararları ile kabul edildiğini gerekçe göstererek dava konusu İspanya devletine ait geminin yaptığı hizmetin ticari nitelikte olduğunun tespit edilmesi üzerine, bu geminin seferden menine karar verilebileceğini belirtmiştir.

<sup>94</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 678. Bu olgu, farklı alanlarda da olsa, tüm dünya ülkelerinde görülmektedir. Örneğin, Avrupa’da, birçok komşu devletin çıkarına olarak yapılan nükleer santraller, anonim şirket şeklinde kurulmuşlardır. Dünya piyasalarında büyük rekabetin yaşandığı havacılık alanında da genellikle devletlere ait şirketler faaliyet göstermektedir. Arap ülkelerinde, uluslararası ticaretin büyük bölümü devletler tarafından kontrol edilmektedir (FLECHEUX, (dn. 47), 679).

<sup>95</sup> BOUREL, (dn. 14), 120-121; FOUCHARD Philippe- GAILLARD Emmanuel- GOLDMAN Berthold, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 405.



hakem yargısının devlet yargısına nazaran taşıdığı bazı özellikler, devlet yargısı açısından söz konusu olan yargı muafiyeti kavramının, hakem yargısında kullanılabilirliğini tartışmalı hale getirmektedir. Hakem, herhangi bir devletin ne temsilcisi ne de bir organıdır; yetkisini sadece tarafların iradesinden alır. Hakemler, mahkemeler gibi belirli bir devlete ait yargı yetkisini kullanmazlar. Dolayısıyla, devletin taraf olduğu bir uyuşmazlığın hakemlerin yargısına tâbi tutulması, o devletin, sahip olduğu hakimiyet yetkisinden vazgeçmesi anlamına gelmez<sup>96</sup>. Hakimiyet ihtilâfının bulunmadığı bir prosedürde yargı muafiyetine de yer yoktur<sup>97</sup>.

Doktrinde, bu özellikler dolayısıyla, yargı muafiyeti ve tahkim kavramlarının, birbirini dışlayan kavramlar olduğu kabul edilmektedir<sup>98</sup>.

Aslında, devletlerin, sadece, yargı muafiyetlerinin kapsamı dışında kalan ve mahkemelerde görülmesi halinde bile yargı muafiyetinin ileri sürülmesi mümkün olmayan uyuşmazlıklar açısından tahkime başvurdukları bir gerçektir. Diğer bir deyişle, devletin tahkime başvurmaya imkân tanıyan şey, yaptığı işlemin niteliğidir. İşlem, bir özel hukuk işlemi ise, bu tür işlemlerden doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan milli mahkemeler veya tarafların bu yönde iradesinin varlığı halinde hakemler devreye girecektir. Uyuşmazlığın taraflarından birinin devlet olması bu açıdan önemli değildir. Devletin, uluslararası ticaretin şartlarına uygun olarak gerçekleştirdiği işlemler, onun egemenlik imtiyazını kullanmasını gerektirmez. Ancak, hukuki işlem, bir idari işlem ise hukuk mahkemelerinin yetkisi olmadığından, yargı muafiyeti de söz konusu olamaz. Kamu Hukuku rejimine tâbi olan mallar veya işlemler hakkında devlet tahkime başvuramaz<sup>99</sup>. Örneğin, kamulaştırma bir idari işlemdir. Bu nedenle, kamu-

<sup>96</sup> BOUREL, (dn. 14), 121; (dn. 39), 141; REYMOND Claude, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, Rev.Arb., 1985, 521.

İsviçre Federal Mahkemesi, iç hukuka ilişkin tahkim alanında verdiği eski kararlarında, tahkim sözleşmesinin salt usuli bir sözleşme olduğu gerekçesinden hareketle, tahkime müracaatın, mahkemelerin yetkisine ilişkin bir yetki sözleşmesi gibi sonuç doğuracağı yönünde görüş beyan etmişti (REYMOND, (dn. 96), 521, dn.9).

<sup>97</sup> REYMOND, (dn. 96), 521.

<sup>98</sup> BOUREL, (dn. 14), 125

<sup>99</sup> MEZGHANI, (dn. 5), 567, 574.



laştırmadan doğan uyuşmazlıkların çözümü, ne diğer bir ülke mahkemesinin ne de hakem mahkemelerinin yetkisine girer. Hakem mahkemelerinin içtihatları da, kamulaştırma uyuşmazlıklarının yetkilerinin kapsamı dışında kaldığı yönündedir<sup>100</sup>.

## 2. Devletin Taraf Olduğu Sözleşmede Tahkim Klozunun Varlığının Yargı ve İcra Muafiyeti Üzerindeki Etkisi

### a) Yargı Muafiyeti Açısından

Yukarıda, yargı muafiyetinin istisnalarından bahsederken, devletin, sahip olduğu yargı muafiyetinden açıkça veya zımnen vazgeçebileceğini, bu durumda, yabancı bir devletin mahkemeleri önünde davacı veya davalı olarak yer alabileceğini belirtmiştik. Bu bağlamda, devletin, taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesine tahkim klozu konulmasının, o devletin yargı muafiyetinden zımnen vazgeçtiği anlamına gelip gelmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

### aa) Genel Olarak

Bu konuda, bazı uluslararası anlaşmalarda veya iç hukuk mevzuatlarında hükümler yer almakta; bu tür hükümlerin bulunmadığı bazı hukuk sistemlerinde ise doktrin veya mahkeme içtihatlarıyla bazı sonuçlara ulaşılmaktadır.

*Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu*, bir âkit devletin, daha önce doğmuş veya ilerde doğacak olan ticari veya hukuki alandaki bir uyuşmazlığı tahkime tâbi tutmayı yazılı olarak kabul ettiği takdirde, tahkim prosedürünün yapıldığı veya kanunlarına tâbi olduğu diğer bir âkit devlet mahkemesinde yargı muafiyetini ileri süremeyeceğini açık bir hükümle kabul etmiştir (m. 12-1)<sup>101</sup>.

1978 Tarihli İngiliz Kanunu (SIA), mevcut veya ilerde doğacak bir uyuşmazlığın tahkime tâbi olarak çözümlenmesi konusunda yazılı olarak rızasını beyan eden yabancı bir devletin, bu tahkimle ilgili ve

<sup>100</sup> MEZGHANI, (dn. 5), 570.

<sup>101</sup> Maddede bu muafiyet, tahkim anlaşmasının geçerliliği veya yorumuna, tahkim prosedürüne, hakem kararının iptaline ilişkin her türlü dava için tanınmıştır.



devlet yargısına dahil her türlü davada yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmiş sayılacağını kabul etmiş (sec. 9.1); ancak, tahkim anlaşmasına aksine hükümler konulabileceğini belirtmiştir (sec. 9.2).

Amerika Birleşik Devletlerinde, 1976 Tarihli *FSIA*'nın bu konuyu açıkça düzenlememesine rağmen, doktrin ve mahkemeler tarafından, yabancı bir devlet veya kamu tüzel kişisi tarafından bir tahkim klozuna rıza gösterilmesinin, en azından tahkim merkezinin Amerika'da bulunduğu durumlarda, muafiyetten vazgeçme anlamına geldiği kabul edilmektedir<sup>102</sup>.

Doktrinde, bazı yazarlar, bir sözleşmeye tahkim klozu konulmuş olmasının, o sözleşmeye taraf olan devlet açısından, zımnen yargı muafiyetinden vazgeçme anlamına geleceğini ileri sürerken<sup>103</sup>, diğer bazı yazarlar tahkim klozunun tek başına yargı muafiyetinin reddini gerektirmediğini kabul etmektedirler<sup>104</sup>. Bu farklı görüşlere, Fransız mahkeme kararlarında da rastlanmaktadır<sup>105</sup>.

Hakem mahkemelerinin yerleşik uygulamaları da, tahkim klozunu kabul eden bir devletin, hakemler önünde yargı muafiyetini ileri sürmeyeceği yönündedir<sup>106</sup>.

ICC nezdinde verilen 25.3.1984 tarih ve 3879 sayılı *Westland* davasına ilişkin kararda, hakem heyeti, tahkim klozunun varlığının, devle-

<sup>102</sup> KESSEDJIAN, (dn. 41), 134. Bu yöndeki kararların referansları için bkz. BOUREL, (dn. 14), 131, dipnot 29-30.

<sup>103</sup> FOUCHARD- GAILLARD- GOLDMAN, (dn. 95), 405; RUZIE, JCP, 1971, II, 16810, de yer alan notu; DIAB Nasri Antoine, *L'arbitrage international en droit libanais*, Droit et pratique du commerce international (DPCI), 1994, 169; LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 508-509; BÖCKSTIEGEL, (dn. 6), 158; NOMER, (dn. 1), 339; MAYER, (dn. 6), 219.

<sup>104</sup> VERGAPOULOS, *Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux*, yayınlanmamış tez, Paris II, 461 vd. (BOUREL, (dn. 14), 131' den naklen).

<sup>105</sup> Kararların referansları için bkz. BOUREL, (dn. 14), 131, dn. 33, 34.

<sup>106</sup> REYMOND, (dn. 96), 522. Hakem kararlarında, genellikle, bu problem, salt devletin yargı muafiyetinin ileri sürülebilirliği olarak değil de, devlet veya ona bağlı kuruluşların tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri çerçevesinde incelenmiştir. Ancak, ICC tarafından verilen bazı kararlarda, davalı devlet tarafından ileri sürülen yargı muafiyeti iddiası reddedilmiştir.



tin yargı muafiyetinden zımnen vazgeçmiş sayılmasını gerektirdiği yönünde görüş bildirmiştir<sup>107</sup>.

Yine ICC nezdinde verilen 14 Mayıs 1972 Tarih ve 2091 numaralı kararda<sup>108</sup> ise bu konu, uluslararası örgüt tarafından imzalanan tahkim klozunun geçerli olup olmadığının tespiti bağlamında incelenmiştir. Hakemler, davalı şirket tarafından ileri sürülen tahkim klozunun geçersizliği iddiasını, uyuşmazlığa taraf olan uluslararası örgütün sahip olduğu yargı muafiyetine dayanarak reddetmiştir. Mahkeme, kendine özgü bir yargı organı olmayan uluslararası örgüte tanınan yargı muafiyetinin, bu örgütü, kendi faaliyetlerinin yol açtığı uyuşmazlıklar için tahkime başvurmaya zorladığını gerekçe olarak göstererek tahkim klozunun geçerliliğine karar vermiştir. Böylece, uluslararası örgütün, tahkim klozunu kabul etmesinin nedeninin, yargı muafiyeti iddiasını bertaraf etmek olduğunu vurgulamıştır.

#### *bb) ICSID Tahkiminde*

Türkiye'nin de taraf olduğu *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)*<sup>109</sup>, bir yatırım uyuşmazlığına taraf olan yatırımcı ile devletin çıkarları arasında denge sağlama amacı doğrultusunda, bir yandan, ICSID tahkimine başvurma konusunda açıklanan rızaların tek taraflı olarak geri alınamayacağını (m.25/1), diğer yandan, tarafların ICSID tahkimi konusunda anlaşmış olmalarının, diğer tüm uyuşmazlığı çözüm yollarını bertaraf edeceğini (m. 26/1) öngörmektedir.

Konvansiyonun bu iki hükmü, ICSID tahkimine başvurma konusunda iradesini açıklayan bir devletin, sonradan hakem mahkemesinin yetkisine karşı muafiyet mantosuna sığınamayacağını, aksi halde, bu hükümlerden doğan ve uyuşmazlığı ICSID tahkimine başvurarak çözümleme konusundaki yükümlülüğünü ihlâl etmiş olacağını göstermektedir. Dolayısıyla, bir devletin, taraf olduğu bir uyuşmazlığın ICSID çerçevesinde oluşturulan bir hakem mahkemesi tarafından çö-

<sup>107</sup> Journal de dr.int., 1985, 232.

<sup>108</sup> Rev. Arb., 1975, 252.

<sup>109</sup> Konvansiyonun metni için bkz. RG 6.12.1988-20011.



zümlemesine ilişkin rızası, zorunlu olarak, o devletin, yargı muafiyetinden de kesin olarak vazgeçmesini içerir<sup>110</sup>.

Konvansiyon hükümlerine uygun olarak kararlaştırılan bir tahkim klozunun varlığı, tahkim konusu uyuşmazlık hakkında âkit devlet mahkemelerinin karar vermesine engel olur. ICSID' in uygulama alanına giren bir uyuşmazlık, âkit devletlerden birinin mahkemesinde açılan bir davaya konu olduğu takdirde, bu mahkemenin davayı reddetmesi gerekir. Böyle bir davada, uyuşmazlığın tarafı olan devlet, uyuşmazlığın ICSID hakem mahkemesinin münhasır yetkisine girdiğini, dolayısıyla, devlet mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürebilir<sup>111</sup>.

Mahkeme, ancak, uyuşmazlığın, ICSID tahkiminin uygulama alanı dışında kaldığını tespit ederse ve devletin yargı muafiyeti bertaraf edilebilirse yargılama yaparak karar verebilir<sup>112</sup>.

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkiminin uygulama alanına girebilmesi için, tarafların bu konudaki iradesinin gerçekleşme şekli yanında, uyuşmazlığın konusu ve taraflarına ilişkin bir takım koşullar da bulunmaktadır<sup>113</sup>. Ancak bu koşulların tamamının gerçekleşmesi halin-

<sup>110</sup> DELAUME, (dn. 33), 144.

<sup>111</sup> ICSID tahkiminin zorunluluğu, uyuşmazlığa taraf olan yatırımcı açısından da geçerli olduğundan, devlet, ICSID yargısı dışında herhangi bir yargı organı önüne çıkarılma veya herhangi bir zorlayıcı tedbir ile karşılaşma tehlikesinden uzaktır. Konvansiyonun 27.maddesine göre, yatırımcının tâbiyetinde bulunduğu devlet, uyuşmazlığın tarafı olan devlete karşı, bu uyuşmazlık dolayısıyla diplomatik himayede veya diğer herhangi bir uluslararası talepte bulunamaz.

<sup>112</sup> DELAUME, (dn. 33), 144-145.

Akit devlet mahkemelerinin, ICSID tahkimi konusunda açıklanan rızanın zorlayıcılığını ve ICSID yargısının münhasır niteliğini reddeden tutumları, Konvansiyonun uygulanması veya yorumunu ilgilendiren bir konu olduğundan, söz konusu devlet aleyhine Konvansiyonun 64.maddesi uyarınca Uluslararası Adalet Divanına başvurulmasına yol açabilir (DELAUME, (dn. 33), 146).

<sup>113</sup> ICSID tahkimine başvurabilmek için, tarafların bu konudaki iradelerinin yazılı bir şekilde ortaya konulmuş olması gerekir (m.25/1). Bu şekil, bir tahkim klozu veya sonradan yapılacak bir tahkim anlaşması şeklinde gerçekleşebilir. Uygulamada, genellikle, taraflar arasında imzalanan yatırım anlaş-



de ICSID tahkimine başvurulabilir ve dolayısıyla yargı muafiyeti ileri sürülebilir.

### cc) ICC Tahkiminde

ICC Tahkim Tüzüğünde, yargı muafiyetinin ileri sürülmesini açıkça engelleyen bir hüküm yoktur. Ancak, aşağıda inceleyeceğimiz Tüzüğün 28/6. madde hükmünün dolaylı olarak yargı muafiyetinin ileri sürülmesini de engellediğini söylemek mümkündür. Zira bu hükme göre, taraflar, ICC Tahkim Tüzüğüne uygulanacağını kabul etmekte hakem veya hakem heyetince verilecek kararı derhal yerine getirmeyi taahhüt etmektedirler. Bu şekilde, taraflar açısından, verilecek kararın icrasını dahi engellememe yükümlülüğünün öngörülmesi, kararın verilmesine kadar olan aşamada da evleviyetle benzer bir yükümlülüğün bulunduğu şeklinde yorum yapılmasına ve bu bağlamda yargı muafiyetinin ileri sürülememesi gerektiği sonucuna ulaşılmasına imkan tanımaktadır.

### b) İcra Muafiyeti Açısından

Devlet, sahip olduğu icra muafiyetinden vazgeçebilir. Ancak, tahkim klotunun kabul edilmesi, devletin, tahkim prosedürü sonucunda verilen kararı kendiliğinden icra edeceği ve icra muafiyetinden vazgeçtiği anlamına gelmez<sup>114</sup>. Tahkim klotunun tek sonucu, uyuşmazlığın çözümünün hakem mahkemesine bırakılması, tarafların bu mahkeme-

---

masına bir tahkim klotu konulmak suretiyle bu kuralın gereği yerine getirilmektedir.

ICSID tahkimine, ancak, Konvansiyona taraf olan devletlerden biri ile diğer bir âkit devletin vatandaşı olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda başvurulabilir

ICSID tahkimi, çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın niteliği bakımından da sınırlıdır. Ancak, *yatırım uyuşmazlığı* niteliğindeki uyuşmazlıklar için bu tahkime başvurulabilir.

Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. DELAUME, (dn. 33), 148-156.

<sup>114</sup> KESSEDJIAN, (dn. 41), 134; OPPETIT Bruno, journal de dr.int., 1981, 369' da yer alan karar yorumundan; MAYER, (dn. 6), 219; ÖZEL Sibel, *Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağışıklığı*, İstanbul Barosu Dergisi, 1991, c. 65, s.10-11-12, 911.



nin yetkisine tâbi olmayı öngörmeleridir. Bundan sonraki aşamalar üzerinde herhangi bir etkisi yoktur<sup>115</sup>.

Yargı muafiyeti ile icra muafiyeti birbirinden farklı ve bağımsız kurumlar olduğundan, devletin, bu muafiyetlerden vazgeçme yönündeki iradesinin, her ikisi açısından bağımsız, açık ve kesin bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısıyla, devletin, yargı muafiyetinden vazgeçmesi, aynı uyumsuzlukla ilgili olarak icra muafiyetinden de vazgeçtiği anlamına gelmez<sup>116</sup>.

Tahkim klotunu kabul eden devletin, bununla, icra muafiyetinden de vazgeçmeyi isteyip istemediği, tahkim klotunun içeriği ve somut şartlar göz önünde bulundurulmak suretiyle mahkeme tarafından araştırılmalıdır<sup>117</sup>.

*Eurodif-Sofidif* davasında, ilk derece mahkemesi, İran devletinin tahkim klotunu kabul etmiş olmasını zımnen icra muafiyetinden vazgeçmesi olarak yorumlamasına rağmen, Paris İstinaf Mahkemesi, tahkim klotunun sözleşmeye konulmasının, tek başına, icra muafiyetinden vazgeçmeyi gerektirmediği; vazgeçmenin, ancak, bu yöndeki iradeyi *tereddütsüz bir şekilde* gösteren işlemlerden kaynaklanabileceği gerekçesiyle kararı bozmuştur<sup>118</sup>. Mahkeme, kararında, yargı muafiyeti ile icra muafiyeti ayrımını da vurgulamış ve İran devletinin yargı muafiyetinden vazgeçtiği iddiasının, icra muafiyetinden de vazgeçtiği sonucunu çıkarmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, 12.9.1978 Tarihli kararında, hakem kararı verildikten sonra taraflar arasında yapılan ve yabancı devletin, alacaklıya, borcunun bütün olarak ve kesin bir şekilde sona ermesi amacıyla ödemedede bulunmayı kabul ettiği protokolün, devletin hakem kararını yerine getirme ve bu nedenle icra muafiyetinden yararlanmaktan vazgeçme yönünde zımni bir taahhüdünü içerdiği yorumunda bulunmuştur<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> BOUREL, (dn. 14), 138.

<sup>116</sup> AUDIT Bernard, *Droit international Privé*, Economica, 1991, n.404-405; DIAB, (dn. 103), 170; GÜNDÜZ, (dn. 1), makale, 5; MAYER, (dn. 6), 219; ayrıca bkz. yukarıda dipnot 55'de verilen referanslar.

<sup>117</sup> BOUREL, (dn. 14), 139.

<sup>118</sup> Rev.Arb., 1982, 204.

<sup>119</sup> Journal de dr.int., 1979,857; Rev.Arb.,1980,109.



*Benvenuti-Bonfant* davasında ise, tarafların, hakemin kararına tâbi olma ve onun icrasını sağlama taahhütlerini de içeren tahkim klozunun, devletin icra muafiyetinden vazgeçme iradesini açıkça koyduğu kabul edilmiştir<sup>120</sup>.

### 3. Tahkim Yargılaması Çerçevesinde Milli Mahkemelere Yapılan Başvurularda Yargı Muafiyetinin İleri Sürülebilirliği

Devletin taraf olduğu bir sözleşmede tahkim klozunun varlığına rağmen, taraflardan birinin, bu klozun geçersizliği veya hakemlerin yetkisizliği gerekçesiyle veya bu tür iddialarda bulunmadan bir devlet mahkemesine başvurması mümkündür. Bunun yanında, taraflar, tahkim yargılamasının her aşamasında ve bu yargılamanın bünyesinde cereyan ettiği hakem merkezine başvuramadıkları her durumda bir devlet mahkemesine müracaat etmek zorunda kalabilirler<sup>121</sup>. Hakemlerin tayini veya reddi, hakemlerin yetkili olup olmadığının tespiti, yetki sürelerinin tespiti ve uzatılması, bazı delillerin ikamesi, acil ve geçici tedbirlere karar verilmesi gibi.

Bazen hakemler de tarafların, belirli bir hukuki konu üzerinde veya uyuşmazlığın tamamı hakkında mahkemelere başvurarak karar almalarını isteyebilir. Nihayet, hakem kararı verildikten sonra, taraflar, bu karara karşı yargı yollarına başvurabilirler.

İşte, tahkim prosedürü bağlamında milli mahkemelere başvurulması gereken bu gibi durumlarda, tahkim klozunun varlığı, devletin, mahkemeler önünde de yargı muafiyetini ileri sürmekten zımnen vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilir mi?

Devletin, tahkim klozunu kabul etmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmesi, kural olarak, sadece tahkim prosedürü için geçerlidir. Bu vazgeçmenin, bu prosedür dışında kalan ve taraflar arasındaki anlaşmada açıkça öngörülmemiş diğer durumlara da etkili olacak şekilde yorumlanmaması gerekir<sup>122</sup>.

Eğer, tahkim klozuna rağmen, milli mahkemelere başvuran taraf dev-

<sup>120</sup> Kararla ilgili referanslar için bkz. aşağıda dn.146

<sup>121</sup> REYMOND, (dn. 96), 525.

<sup>122</sup> BOUREL, (dn. 14), 132.



let olursa veya diğer tarafın açtığı davaya davalı olarak katılırsa, tahkim klozundan bağımsız olarak, devletin yargı muafiyetinden vazgeçtiği sonucu çıkarılabilir<sup>123</sup>.

Eğer yargı organlarına karşı âkit başvurmuşsa, devletin yargı muafiyetini ileri sürebilip süremeyeceğinin, tahkim klozunun yorumu ile belirlenmesi gerekmektedir. Tahkim klozunun, devletin yargı muafiyeti açısından kapsamı tarafların iradesine bağlı olduğundan, böyle bir klozun, tarafların bu yönde açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde iradelerini yansıttığı durumlarda, sadece hakemler önünde değil, normal mahkemeler önünde de muafiyetten vazgeçme şeklinde yorumlanması mümkündür<sup>124</sup>.

O halde, tahkim klozu, tek başına, devletin milli mahkemeler önünde de yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçtiği anlamına gelmez. Mahkemeler, devletin tahkim klozunu kabul ederken, aynı zamanda, tahkim prosedürü ile bağlantılı olarak milli mahkemelerde açılan davalarda da yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmek isteyip istemediklerini, bütün somut şartları göz önünde bulundurarak yorum yoluyla ortaya koymalıdır<sup>125</sup>.

Ancak, doktrinde, devletin tahkim klozunu kabul etmekle, hakem mahkemesinin oluşumu veya hakem kararının iptali gibi tahkim ile bağlantılı yargılama işlemleri açısından zımnen yargı muafiyetinden vazgeçmiş sayılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>126</sup>. Bu görüş taraftarları, örnek olarak, hakem mahkemesinin oluşumu için yargı mercilerine başvurulması durumunda da, yargı muafiyetinin ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi halinde, ilişkiye taraf olan devletin, hakem mahkemesinin oluşumu için yapması gereken işlemleri yapmayarak yargı organlarına başvurulmasını sağlayabileceği ve böylece bu davada yargı muafiyetini ileri sürerek tahkim yargılamasının amacına ulaşmasını önleyebileceğini belirtmektedirler<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> BOUREL, (dn. 14), 126.

<sup>124</sup> BOUREL, (dn. 14), 132.

<sup>125</sup> BOUREL, (dn. 14), 133.

<sup>126</sup> FOUCHARD- GAILLARD- GOLDMAN, (dn. 95), 405. Yazarlar, metni yayınlanmamış olan Paris Asliye Hukuk Mahkemesinin, 10. 1. 1996 Tarihli *NI-OC c. Etat Israel* davasına ilişkin kararının bu yönde olduğunu belirtmişlerdir.

<sup>127</sup> FOUCHARD- GAILLARD- GOLDMAN, (dn. 95), 407.



1978 Tarihli İngiliz Kanunu (*SIA*) ve 1972 Tarihli Avrupa Konvansiyonu bu görüş doğrultusunda hükümler içermektedir. Gerçekten de, bu iki düzenleme, mevcut veya ileride doğacak bir uyuşmazlığı tahkime tâbi tutmayı yazılı olarak kabul eden bir devletin, tahkim anlaşmasında aksine bir hüküm olmadığı sürece, tahkim ile ilgili tüm davalarda normal mahkemeler önünde muafiyet imtiyazını ileri süremeyeceğini öngörmektedir<sup>128</sup>. Amerikan Hukukunda da, bir devletin diğer bir devletin ülkesinde tahkime rıza göstermiş olması, onun, zımnen Amerikan mahkemeleri önünde yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> *Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu*'nun 12. maddesi, "Yazılı olarak, hukuki veya ticari bir konuda doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkları tahkime tâbi tutmayı kabul eden akit bir devlet, tahkimin ülkesinde cereyan ettiği devletin veya kanunları tahkime uygulanan devletin mahkemelerinde,

a) tahkim sözleşmesinin yorumu veya geçerliliği,

b) tahkim prosedürü,

c) hakem kararının iptali ile ilgili davalarda, tahkim sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadıkça, yargı muafiyetini ileri süremez. Bu paragraf, devletler arasında imzalanan tahkim sözleşmelerine uygulanmaz" şeklinde bir hüküm içermektedir.

İngiliz Hukukunda, 1978 Tarihli Kanundan önce, geleneksel olarak, yabancı devletlerin dokunulmazlığına saygı gösteren mahkemeler, bir devletin bir tahkim klozu imzalamış olmasının, o devletin, mahkemeler önünde yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmiş sayılacağı şeklinde yorumlanamayacağına karar veriyorlardı. O dönemde, *special case* uygulamasıyla, her hukuki problem normal mahkemeler önüne götürülebildiğinden, tahkim klozu ve ona bağlı olarak devlet muafiyeti, pratik olarak etkisiz hale getiriliyordu. *Special case* 1979 yılında, Arbitration Act hükümlerinde yapılan değişikliklerle yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>129</sup> CRAWFORD, (dn. 26), 692. Mahkemeler, önceleri, bunun için, tahkim prosedürünün Amerika'da gerçekleşmiş olmasını ararken, sonraki kararlarda, herhangi bir ülkede tahkim prosedürünün gerçekleşmesini kabul etmiş olan devletin, bir Amerikan mahkemesi önünde yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmiş sayılacağı ve bundan tek taraflı olarak dönemeyeceği kabul edilmiştir. 1985 yılında hazırlanan ve FSIA da değişiklik öngören Mathias projesinde, sadece ABD'de gerçekleşen değil, ABD'de yürürlükte olan ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası ile ilgili bir konvansiyona tâbi olan veya tahkim klozunun bulunmadığı durumlarda ABD'de bir dava konusu olabilecek bir talebe dayanan tahkimin de muafiyetten yararlanmaktan vazgeçme anlamına geleceği kabul edilmiştir (s.692-693).



Uygulamada da bu yönde verilmiş kararlara rastlanmaktadır. Fransız Yargıtayı eski kararlarında, devletin tahkim klozunu kabul etmesi ile yargı muafiyetinden sadece tahkim davası için vazgeçmiş olduğunu kabul ederken, Paris ilk derece ve istinaf mahkemeleri daha geniş bir yorum yaparak tahkim prosedürü ile bağlantılı olarak mahkemelerde açılan davalar açısından da muafiyetin geçerli olduğunu kabul etmişlerdir<sup>130</sup>.

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, 3 Mayıs 1971 Tarihli kararında, yabancı devletin, Paris' de cereyan eden tahkim prosedürüne katıldığını tespit ettikten sonra, bu devletin, tahkim prosedürüne bağlı işlemler üzerinde taraflar arasında bir anlaşmazlık veya bir tedbirin icrasında güçlük ortaya çıkması durumunda, Fransız yargı mercilerinin müdahalesini öngörmemiş ve onların yargı yetkisine tâbi olmayı kabul etmemiş sayılamayacağı gerekçesiyle, yargı muafiyetinin ileri sürülmesini önlemiştir<sup>131</sup>.

Doktrinde diğer bir görüş, bazı mahkeme içtihatları ve doktrin görüşleriyle açıklanan ve İngiliz ve Amerikan Kanunlarında ifadesini bulan bu görüşün iki yönden tehlikeli olduğunu belirtmiştir. Buna göre, sözkonusu görüş her şeyden önce, yargı muafiyetinin kural, bu muafiyetten vazgeçmenin ise istisna olduğuna ilişkin prensibe aykırıdır. Ayrıca, yargı muafiyetinden vazgeçmenin, sözkonusu davanın tahkimle bağlantılı olması gibi tamamen objektif bir kriterle belirlenmesi, yabancı devletin vazgeçmesinin kapsamı konusundaki iradesinin dikkate alınmasını engellemektedir. Bu görüşe göre, en elverişli yöntem, genel bir kural koymak yerine, her tahkim klozunun, kendine özgü kapsamı ve bu kloz ile açıklanan irade doğrultusunda yorumlanmasıdır<sup>132</sup>.

Doktrinde, tahkim klozunun yorumu yanında, tahkim prosedürü esnasında devlet mahkemelerine yapılan başvurunun ne amaçla yapıldığı açısından bir ayırım yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır. Buna göre, hakemlerin seçilmesi veya değiştirilmesi, yetkilerinin uzatılması gibi, tahkim prosedürünün işleyişi için zorunlu olarak

<sup>130</sup> Rouen Mahkemesi de, 13.11.1984 tarihinde verdiği bir kararda, bir *jure gestionis* sözleşmesi olması şartı ile tahkim klozunun, yargı muafiyetinden vazgeçme anlamına geldiğini kabul etmiştir (Rev.Arb,1985,115).

<sup>131</sup> BOUREL, (dn. 14), 135.

<sup>132</sup> BOUREL, (dn. 14), 134.



yapılan başvurularda yargı muafiyetinden de vazgeçildiği kabul edilmelidir. Hakem kararı ile ilgili başvurularda -ki bunların hakem kararının esası ile ilgili olması zorunlu değildir; hakemin yetkisinin olup olmadığı ve bu yetkinin kapsamı ile de ilgili olabilir- ise, muafiyetin reddi otomatik olarak kabul edilemez, zira, icra muafiyeti problemi ortaya çıkmaktadır<sup>133</sup>.

Kanaatimizce, şimdiye kadar açıklamış olduğumuz doktriner görüşlerin eleştirilen yönlerini mümkün olduğunca bertaraf edecek ve bu görüşleri uzlaştıracak şekilde yapılacak bir yorum ile tahkim prosedürü ile bağlantılı olarak devlet yargısına başvuru durumunda devletin yargı muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda şöyle bir tespitte bulunulabilir: Eğer yapılan başvuru, tahkim prosedürünün işleyişi ve sonuçlanması açısından zorunlu ise bu başvuru ile ilgili davada devletin yargı muafiyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Aksi halde, devletin, kötüniyetli olarak, asılsız gerekçeler ileri sürerek bu tür başvurularda bulunmasına ve böylece tahkim yargılamasını engellemesine imkân tanınmış olur. Eğer başvuru, tahkim yargılamasının sonuçlanması için zorunlu değilse veya tahkim yargılaması sona erdikten sonra yapılmışsa, başvuruyu yapan bizzat devlet ise, onun, bu başvuru ile zımnen yargı muafiyetinden vazgeçtiği kabul edilmelidir. Eğer, karşı taraf başvuruda bulunmuş ise, yargı muafiyetinin bulunup bulunmadığına tahkim klozunun yorumu sonucunda karar verilmeli, eğer bu konuda, tahkim klozu yeterince açıklık taşımıyorsa, asıl kural olan devletin yargı muafiyetinin varlığı lehinde yorum yapılmalıdır.

Örneğin, devlet ve karşı tarafı oluşturan özel kişi, sözleşmeye koydukları tahkim klozunda, *tahkim prosedürüne* uygulanmak üzere belirli bir *milli usul hukukunu* seçmişlerse, bu usul hukukunun, mahkemelerin hakem kararı üzerindeki kontrolüne ilişkin hükümlerinin uygulanmasını da kabul etmiş sayılırlar. Bu nedenle, tahkim usulüne uygulanmak üzere belirli bir milli hukukun seçildiği durumlarda, devletin, bu milli hukukun öngördüğü ve hakem kararının kontrolüne ilişkin olarak yapılan yargılamada yargı muafiyetini ileri sürmekten zımnen vazgeçtiği kabul edilmelidir<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> REYMOND, (dn. 96), 526.

<sup>134</sup> DOMINICÉ, (dn. 11), 492.



#### 4. Hakem Kararının Tasdiki ve Tenfizine İlişkin Davalarda Yargı Muafiyetinin İleri Sürülebilirliği

Hakem kararları, bizim hukukumuzda olduğu gibi, bir çok ülke hukuk sisteminde de icra kabiliyetini, ancak, yetkili mahkeme tarafından bu yönde verilen karar ile kazanır<sup>135</sup>. Dolayısıyla, hakem kararı verildikten sonra, icra kabiliyeti kazanması için, yetkili mahkemede bir dava açılması gerekmektedir.

Bu konuda öncelikle tespiti gereken husus, yabancı devletin, bu davada, yargı muafiyetini mi, icra muafiyetini mi veya her ikisini birlikte mi ileri sürebileceğidir?

Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, 8.7.1970 ve 3.5.1971 Tarihli kararlarında, yabancı devletin, tahkim klozunu imzalamakla, hakem kararının verilmesini takip eden tasdik aşaması da dahil olmak üzere, yargı muafiyetini ileri sürmekten vazgeçmiş sayılacağını belirtmiştir. Mahkeme, ilk kararında gerekçe olarak, bu tasdik işleminin icrai bir işlem olmadığını; fakat, icrai tedbirlerin öncesinde yapılması gereken, hakem kararının geçerliliğini tespit ile yetinen ve onun zorunlu bir devamı niteliğinde olan, yabancı devletin icra muafiyetini ihlâl etmeyen bir işlem olduğunu belirtmiştir<sup>136</sup>.

Paris İstinaf Mahkemesi ise 1981 yılında karara bağladığı *Benvenuti-Bonfant* davasında, devletin icra muafiyetinden vazgeçmesi konusuna hiç değinmeden, hakem kararının tasdikinin, icrai bir işlem değil, sadece icra tedbirleri öncesinde alınması gereken tedbir niteliğinde bir karar olduğunu belirterek Paris Asliye Mahkemesi tarafından verilen tasdik kararını onaylamıştır<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 536.maddesine göre, bir hakem kararının icra edilebilmesi için, kararın, temyiz süresi geçtikten sonra mahkeme başkanı veya hakim tarafından onaylanması ve bu durumun kararın altına ve özel zaptına yazılması zorunludur.

<sup>136</sup> BOUREL, (dn. 14), 141; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, (dn. 95), 405.

<sup>137</sup> 26 juin 1981, journal de dr.int., 1981, 843; Rev. Cr. 1982, 379. Fransız Yargıtayı da 11. 6. 1991 tarihli *SOABI c. Sénégal* davasına ilişkin kararında, bir hakem mahkemesinin yetkisini kabul eden devletin, hakem kararının exequatur kararı ile onaylanmasını da kabul ettiğine, zira, bizatihi exequatur kararı alınmasının, söz konusu devletin icra muafiyetini ileri sürmesini gerektirecek icrai bir işlem olmadığına karar vermiştir (Journal de dr. int., 1991, 637).



Bu kararlar, hakimlerin, tasdik prosedürünün icra muafiyetini değil daha çok yargı muafiyetini ilgilendiren bir aşama olarak kabul ettiklerini göstermektedir.

Doktrinde de, bir hakem kararının icra kabiliyetine sahip olması için yerine getirilmesi gereken ve kararın icrasını hazırlayıcı bir ön işlem niteliğini taşıyan tasdik prosedürünün, icra muafiyetini değil yargı muafiyetini ilgilendiren bir kavram olduğu yönünde görüşler belirtilmektedir<sup>138</sup>.

Ancak, bazı yazarlar, tasdik kararının, kararın icrası öncesinde alınması gereken bir tedbir olmakla birlikte, icranın ilk aşaması yani, icra için zorunlu bir şart olduğunu; salt hukuk tekniği açısından kararın tasdiki ile icrası arasında bir ayırım yapılması mümkün ise de icra muafiyetini, sıkı şekilde bağlı olduğu bir kurumdan ayırmanın suni olacağını; yabancı bir devlete karşı zorlayıcı tedbirlerin alınmasına imkân tanıdığı için tasdik prosedürünün bu devletin bağımsızlığını ve hakimiyetini ihlâl edebileceğini belirterek icra muafiyetinin, bu aşamada da ileri sürülmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürmüşler, ancak, bunun, yabancı devletin, bu muafiyeti her halükârda ileri sürebileceği anlamına gelmediğini de belirtmişlerdir<sup>139</sup>.

Kanaatimizce, hakem kararının mahkemelerce tasdiki, tahkim yargılamasının kesin bir hükümlerle sona ermesi için zorunlu bir aşamadır. Tasdik işlemi yapılmadan hakem kararının icra edilememesi, tasdik işleminin icrai bir işlem olduğunu ifade etmez. Nasıl ki, mahkeme kararlarının kesinleşmeden icra edilemeyeceği durumlarda, bu kararlar aleyhine temyize başvurulması ve temyiz aşaması sonucunda hükmün kesinleşmesinin beklenmesi, bu süreçte yapılan işlemleri icrai bir işlem haline getirmese, aynı şey, hakem kararlarının kesinleşmesi açısından da geçerlidir. İcra muafiyeti ancak, tasdik aşamasından geçerek kesinleşen bir hakem kararının icra organları aracılığıyla icra edilmek istenmesi aşamasında ileri sürülebilir. Dolayısıyla, hakem kararının tasdiki amacıyla mahkemelere yapılan başvurularda icra muafiyeti değil yargı muafiyeti söz konusu olabilir.

Bu tespiti yaptıktan sonra, acaba tasdik için açılan davada, devletin

<sup>138</sup> DOMINICÉ, (dn. 11), 495.

<sup>139</sup> BOUREL, (dn. 14), 142; (dn. 39), 139-142.



yargı muafiyetini ileri sürmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekmektedir. Kanaatimizce, yukarıda da belittiğimiz gibi, tasdik işleminin, tahkim yargılamasının kesin bir hükümle sona ermesi için yapılması zorunlu bir işlem olması ve bu işlem olmadan hakem kararının hüküm ifade etmemesi, taraf olduğu bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini kabul eden bir devletin, hakem kararının tasdiki amacıyla açılan davada yargı muafiyetinden vazgeçtiğinin kabulünü gerektirir. Aksi halde, devlet, hakem kararının tasdikini, yargı muafiyetini ileri sürerek engelleyebilecek, dolayısıyla, tahkim yargılamasının sona ermesine engel olabilecektir ki böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

Yabancı devlet aleyhine verilen kararın yabancı bir hakem kararı olması durumunda, bu kararın icra edilebilmesi için öncelikle tenfiz davası açılması ve bir tenfiz kararı alınması gerekmektedir<sup>140</sup>. Bu şekilde açılacak olan davada, yabancı devlet, icra muafiyetini değil, şartları varsa yargı muafiyetini ileri sürebilir. Zira, tenfiz davasının amacı, yabancı hakem kararının yerli bir hakem kararı gibi hüküm ifade etmesini sağlamak ve ülkede icra edilebilmesine imkan tanımadır. Sadece tenfiz davasının açılması, yabancı devletin malları üzerinde icrai bir işlemin uygulanmasını gerektirmez. Tenfiz davası sonuçlandırılıp tenfiz kararı alındıktan sonra bu kararın icrası aşamasında icra muafiyeti söz konusu olabilir.

Hollanda Yüksek Mahkemesi, bir davada (*SEEE / Yugoslavie*), icra muafiyetinin ileri sürüleceği sonucuna ulaşırken *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu*'nun uygulama alanından hareket etmişti. Karara konu olan davada Rotterdam mahkemesi, Yugoslavya Devletinin muafiyete sahip olduğu gerekçesiyle, ad hoc hakem mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması ve tenfizine ilişkin talebi reddetmişti. La Haye İstinaf mahkemesi, New York Konvansiyonu'nun özel kişilerle kamu tüzel kişileri arasındaki uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen yabancı hakem kararlarına uygulanacağını belirterek kararı bozmuştu. Mahkeme, Konvansiyonun sadece tüzel kişi tabirini kullandığı, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri arasında bir ayırım gözetmedi-

<sup>140</sup> Türk Hukukunda, yabancı hakem kararlarının tenfizi, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu* (RG 25.9.1991-21002) ve MÖHUK hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.



ği, bu nedenle, kamu tüzel kişilerinin de Konvansiyonun uygulama alanına girdiği gerekçesiyle bu sonuca ulaşmıştır<sup>141</sup>.

## 5. Hakem Kararının Cebri İcrası Aşamasında İcra Muafiyetinin İleri Sürülebilirliği

### a) Genel Olarak

Hakem kararının verilmesi ile hakemlerin görevi sona ermektedir. Tarafların hakem kararının gereğini yerine getirmemeleri durumunda, kararın icra organları aracılığıyla icrası gerekecektir. Ancak, aleyhine karar verilen tarafın yabancı bir devlet olması durumunda, kararın icrası, devletin sahip olduğu icra muafiyeti dolayısıyla mümkün olmayabilir.

Bu şekilde, uluslararası ticaret alanında verilen hakem kararlarının devletlere karşı yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinde güçlüklerle karşılaşılması, devletlerin, uluslararası ticaretin esas aktörleri haline geldiği günümüzde, uluslararası tahkimin kredibilitesini azaltarak gelişimini olumsuz yönde etkileyecek ve ticari uyuşmazlıkların diplomasi yoluyla çözümlenmesi seçeneğinin güçlenmesine yol açacak bir husustur<sup>142</sup>.

Devlet aleyhine verilen kararın yabancı bir hakem kararı olması durumunda, öncelikle, o kararın, icra edileceği devletin yetkili makamları tarafından tenfizine karar verilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, forum yabancı hakem kararlarının tenfizi için aradığı şartlara uygun olduğu tespit edilerek tenfizine karar verilen ve böylece forum milli mahkemelerinden verilmiş bir karar kuvvetine sahip olan yabancı hakem kararının icra edilmek istenmesi durumunda icra muafiyeti ileri sürülebilecektir<sup>143</sup>. Bunun yanında, tenfiz davası görülürken ihtiyati tedbir kararı alınması ve bu kararın icra edilmek istenmesi durumunda da icra muafiyeti ileri sürülebilir.

<sup>141</sup> LÉBOULANGER, (dn. 13), n. 546.

<sup>142</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 676-677.

<sup>143</sup> FLECHEUX, (dn. 47), 678.



## b) ICSID Tahkiminde

ICSID'e üye bir devletin, gerek kendi mahkemeleri gerekse diğer bir devletin mahkemeleri önünde icra muafiyetini ileri sürerek Konvansiyon uyarınca verilen bir hakem kararını yerine getirmekten kaçınması, Konvansiyonun 53 ve 54. maddeleri ile öngörülen yükümlülüklerin ihlâli anlamına gelir<sup>144</sup>. Şöyle ki, Konvansiyonun 53.maddesine göre, ICSID tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı, taraflar açısından bağlayıcı olacak, taraflar karara uymakla yükümlü olacaktır. Konvansiyonun 54.maddesinde ise, her âkit devletin, Konvansiyon uyarınca verilen kararı bağlayıcı kabul edeceği ve kendi devletin mahkemelerinden verilmiş bir karar gibi yerine getireceği; bunun için, kararın tanınmasını veya icrasını isteyen tarafın, âkit devletin bu amaçla atayacağı mahkemeye, kararın onanmış bir örneğini sunması gerektiği; kararın uygulanmasının, âkit devletin mahkeme kararlarının icrasına ilişkin kanunları uyarınca gerçekleşeceği belirtilmiştir.

Nitekim, uygulamada da, ICSID uyarınca oluşturulan hakem mahkemelerinin kararlarına karşı icra muafiyetinin ileri sürülemediği yönünde kararlar verilmektedir. Örneğin, New York Mahkemesi, 1970 yılında karara bağladığı *Liberian Eastern Timber Corp. (LETCO)* davasında, ICSID hakem mahkemesi tarafından aleyhine verilen kararın icrasına karşı çıkan Liberya'nın, sözleşme ile icra muafiyetinden vazgeçmediği ve sözleşmenin hükümetin faaliyetlerine ilişkin bir sözleşme olduğu, dolayısıyla hakem kararının icrasının mümkün olmadığı yönündeki itirazlarını reddetmiştir. Mahkeme, Liberya'nın, ICSID tahkimini öngören bir klozu imzalamakla icra muafiyetinden vazgeçmiş sayıldığı gerekçesiyle Liberya'nın ABD'de bulunan malları üzerinde icrai işlem yapılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir<sup>145</sup>.

Fransız yargısına intikal eden *Benvenuti et Bonfant* davasında, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, Kongo Halk Cumhuriyeti aleyhine verilen ICSID hakem kararının icra edilmesine karar vermişti. Fakat, davacı şirketin, Kongo devletinin, Fransa'da bulunan malları üzerinde, onun izni olmadan geçici de olsa hiçbir icrai tedbire başvuramayaca-

<sup>144</sup> Böyle bir durumda, yatırımcının vatandaşı olduğu devlet, diplomatik himaye talebinde bulunabilir ve uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı önüne getirebilir.

<sup>145</sup> KESSEDJIAN, (dn. 41), 136' dan naklen.



ğını belirtmişti. Davacı İtalyan şirketinin, bu rezerve itiraz etmesi üzerine, mahkeme, icrai tedbirlerin yabancı devletin hakimiyetini ihlâl edebileceği gerekçesiyle önceki kararını değiştirmeyi reddetmişti. Paris İstinaf Mahkemesi (Cour d'appel) ise, kararı, hakem kararının tenfizine karar vermesi açısından onaylamakla birlikte sınırlayıcı nitelik taşıyan hükmünü iptal etmişti. Mahkeme, kararın bu kısmının, ICSID hükümlerine aykırı olduğunu; ICSID'in 54.maddesinin, basit bir tenfiz usulü öngördüğünü, her âkit devlette bu amaçla tayin edilen hakimin yetkisinin sadece hakem kararının orijinal olup olmadığını belirlemekle sınırlı olduğunu; bu inceleme sonucunda hakem kararının yerine getirilmesine karar verilmesinin icrai bir işlem olmadığını; Konvansiyonun 54. maddesi uyarınca hareket eden ilk derece mahkemesinin, hakem kararının icrası aşamasına ilişkin karar vermesinin yetkisini aşması anlamına geldiğini belirtmişti<sup>146</sup>.

Uygulamada doğabilecek yorum güçlüklerini önlemek için tarafların, sözleşmeye koyacakları açık bir hükümlerle, devletin icra muafiyetinden vazgeçtiğini beyan etmeleri ve böylece problemi doğrudan çözümlenmeleri mümkündür<sup>147</sup>.

Yabancı devletlere tanınan icra muafiyetinin kapsamı ve sınırları konusunda çeşitli ülkelerin mevzuatlarında ve uygulamalarında, en azından temel ilkeler bazında sağlanan birliğe rağmen görülebilen bazı farklılıklar, ICSID hakem kararı lehine olan yatırımcının, kararının icrasını en iyi şekilde sağlamak amacıyla *forum shopping* e başvurmasına yol açacaktır<sup>148</sup>. Bunun yanında, Konvansiyonun 55.maddesi, ICSID uyarınca verilen hakem kararlarının icrai gücü açısından önemli bir kısıtlama içermektedir<sup>149</sup>. Zira, bu maddeye göre, 54.mad-

<sup>146</sup> Cour d'appel de Paris, 26 juin 1981, *Société Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République du Congo*, Rev.Arb., 1982,204; Journal de dr.int., 1981,843.

<sup>147</sup> DELAUME, (dn. 33), 159. ICSID model klozlarının XIX numaralı olanı bu konuya ilişkindir: "....(Devletin adı belirtildikten sonra) bu anlaşmaya uygun olarak oluşturulan bir mahkeme tarafından verilen hakem kararının icrasına ilişkin prosedür esnasında her türlü muafiyetten, yargı muafiyeti ve mallarına ilişkin icra muafiyeti de dahil olmak üzere, yararlanmaktan geri dönülmeyecek şekilde vazgeçer."

<sup>148</sup> DELAUME, (dn. 33), 159.

<sup>149</sup> KESSEDJIAN, (dn. 41), 136.



de hakem kararının icra edileceği devletin yürürlükte olan kurallarına aykırılık teşkil edecek şekilde yorumlanamaz. Madde, bu şekliyle, icra muafiyeti konusunu, kararın icra edileceği devletin hukuk sisteminin ,değerlendirmesine bırakmaktadır.

### c) ICC Tahkiminde

ICC Tahkim Tüzüğüne göre, her hakem kararı taraflar açısından bağlayıcı niteliktedir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı, ICC Tahkimine tâbi tutmakla, verilecek kararı derhal yerine getirmeyi taahhüt etmiş ve karara karşı müracaat yollarından vazgeçmiş sayılırlar (m. 28/6). Bu hükmün, devlet ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda ve hakem mahkemesi tarafından verilecek kararın icrası aşamasında, karar aleyhine olan devletin, icra muafiyetinden vazgeçmesi anlamına gelip gelmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Paris İstinaf Mahkemesi, *Eurodif-Sofidif* davasında, bu hükmün, sadece tarafların hakem kararına tâbi olma ve onun icra kabiliyetini tanıma yönünde taahhütlerini içerdiği, taraflardan birinin yararlanması mümkün olan icra muafiyeti açısından hiçbir hüküm içermediği, bu nedenle icra muafiyetinden vazgeçmeyi de içerecek şekilde yorumlanamayacağı şeklinde karar vermiştir<sup>150</sup>.

Mahkemenin bu görüşü, iki farklı yoruma yol açmıştır. BOUREL ve OPPETIT, hakem kararının icrası ile hakem kararına iradi olarak tâbi olma veya onun icra kabiliyetini tanıma arasında bir ayırım yapılmasının yerinde olmadığını; zira, bir hakem kararına tâbi olma ve onun icra kabiliyetini tanıma taahhüdünün, o kararın yerine getirilmesini kabul etmek anlamına geldiğini belirtmişlerdir.<sup>151</sup> BOUREL, ayrıca, mahkemenin, icra muafiyetinden vazgeçme yönünde açık bir iradenin varlığını aramasının da yerinde olmadığını; zira, mahkeme kararları ve doktrin tarafından da kabul edildiği gibi, devletin icra muafiyetinden zımni olarak vazgeçmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. MAYER ise, muafiyetin, muafiyeti tanıyan ve muafiyetten

<sup>150</sup> Paris, 21 avril 1982, *République islamique d'Iran, OEAI et OEAITI c/ Stés Eurodif et Sofidif et Commissariat à l'énergie atomique*, Rev.Cr., 1983, 101 vd.; Rev. Arb., 1982, 204.

<sup>151</sup> BOUREL, (dn. 14), 140; OPPETIT, (dn. 38), 56.



yararlanan devletler arasındaki ilişkilere zarar vermeme amacı taşıdığını, bu nedenle, kesin olmayan durumlarda muafiyetin tanınmasının normal olduğunu, muafiyetten vazgeçmenin kesin ve muğlak olmayan şekilde açıklanması gerektiğini, tahkim klotunun bu açıdan yeterli olmadığını ileri sürerek mahkeme kararı lehine görüş bildirmişti<sup>152</sup>.

Ancak, Fransız Yargıtayı daha yeni bir kararında, ICC Tahkim Tüzüğü'nün yukarıda belirttiğimiz hükmünün, bu Tüzük hükümlerine tabi olmayı kabul eden devlet açısından, zımnen icra muafiyetinden vazgeçme anlamına geldiğine hükmetmiştir<sup>153</sup>.

Doktrinde, Fransız Yargıtayı'nın bu son kararı ile ortaya konulan ilkenin, tüzüğünde, ICC Tahkim Tüzüğü m. 28/f.6 ya benzer hükümler içeren diğer tahkim merkezleri nezdinde gerçekleştirilen tahkimler açısından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> Dipnot 60' da atfı verilen karara ilişkin yorumundan, Rev.Cr.,1983, 109.

<sup>153</sup> Cour de Cassation 1<sup>re</sup>Ch.civ., 6 juillet 2000, *Société Creighton c./Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et a.* Dava konusu olayda, bir Amerikan Şirketi olan *Creighton Limited*, Katar Tarım ve Yerel İşler Bakanlığında olan alacakları için, aralarındaki sözleşme hükümlerine uygun olarak ICC tahkimine başvurmuş ve hakem mahkemesinden lehine kararlar almıştı. Daha sonra bu kararlara dayanarak Fransa'da, Katar devletine ait banka hesaplarına haciz koydurmuştu. Katar Tarım ve Yerel İşler Bakanlığı, icra muafiyetini ileri sürerek bu hacizlerin kaldırılması talebiyle Paris Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştı. Mahkeme, icra muafiyetinin yargı muafiyetinden farklı olduğu, bu nedenle icra muafiyetinden vazgeçmenin ayrı olarak belirtilmesi gerektiği, Katar Devletinin tahkim klotunu kabul etmesinin, onun icra muafiyetinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanamayacağı gerekçeleriyle hacizlerin kaldırılmasına karar vermişti. Yargıtay 1.Hukuk Dairesi ise, ICC Tahkim Tüzüğü'nün 28/6.maddesinde (sözleşmenin yapıldığı dönemde yürürlükte olan eski versiyonun 24.maddesi) yer alan, verilecek hakem kararını icra etme taahhüdünün, bu taahhüdü imzalayan devlet açısından icra muafiyetinden vazgeçme anlamına geldiğine karar vererek Paris Asliye Hukuk Mahkemesinin ve bu Mahkemenin kararını onamış olan Paris İstinaf Mahkemesinin kararlarını bozmuştur (Kararın metni ve Philippe LEBOULANGER tarafından yapılan yorumu için bkz. Rev.Arb., 2001, N°1, 114 vd.; Karar hakkında ayrıca bkz ROBIN, (dn. 37), 31-33).

<sup>154</sup> LEBOULANGER, (dn. 54), 130; ROBIN, (dn. 37), 33. Yazarlar bu nitelikteki tahkim tüzüklerine örnek olarak LCIA, AAA, ve UNCITRAL tahkim tüzüklerini göstermişlerdir.



Doktrinde ileri sürülen bu görüş biraz daha genişletilerek, ad hoc tahkimin varlığı halinde de, tarafların tahkim anlaşmasında, ICC Tahkim Tüzüğü m.28/f.6 benzeri bir hükmün bulunması durumunda, anlaşmaya taraf olan devletin icra muafiyetinden zımnen vazgeçtiği kabul edilmelidir.

Nitekim, Amerikan içtihadında, tahkim anlaşması uyarınca hakem kararının bağlayıcı olduğu durumlarda, iyi niyet (*bonne foi*) prensibi gereği, bu hakem anlaşmasını kabul eden devletin icra muafiyetinden vazgeçilmiş sayılacağı kabul edilmektedir<sup>155</sup>.

ICC Tahkim Tüzüğünde yer alan ve tarafların, tahkim anlaşmasını ihlâl etmeden, ihtiyati tedbirlere karar verilmesi için yargı mercilerine başvurabileceklerini öngören hüküm (m. 23/2), devletin *icra muafiyetinden* vazgeçmesi olarak yorumlanamaz. Eğer sözleşmenin tarafı olan devlet, bu hüküm uyarınca, bir devlet mahkemesine başvurup ihtiyati tedbire karar verilmesini talep etmişse, ICC Tüzüğünün söz konusu hükmü değil, devletin, bizzat yargı merciine başvurmuş olması, onun *yargı muafiyetinden* vazgeçmiş sayılmasına yol açar. Bu hükmün amacı, tahkim sözleşmesinin, iç hukuk ile öngörülen ihtiyati tedbirlerin alınmasına engel olmasını önlemektir. Bu nedenle, sadece bu hükmün, icra muafiyetinden vazgeçme olarak yorumlanması mümkün değildir.

Devlet aleyhine ihtiyati haciz talebinde bulunulması durumunda ise devletin, icra muafiyetini ileri sürerek bu talebin yerine getirilmesini önlemesi mümkündür. Paris İstinaf Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlıkta, İran Devleti ile iki Fransız şirketi (*Eurodif ve Sofidif*) ve Atom Enerjisi Kurumu arasında yapılan sözleşmede, ICC tahkimini öngören bir tahkim klozu yer almakta idi. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine bu kloza uygun olarak bir hakem mahkemesine başvurulmuştu. Fransız şirketleri, hakem kararının gözden geçirilmesi sırasında, yabancı devletin mahkum olması halinde kararın icrasını garanti altına almak için, Paris Ticaret Mahkemesinden, İran Devletinin Atom Enerjisi Kurumundan olan alacağı üzerinde ihtiyati haciz uygulama konusunda izin almıştı. Paris İstinaf Mahkemesi ise bu kararı, İran Devletinin icra muafiyetini ileri sürerek bozmuş ve haczin kaldırılmasına karar vermiştir<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> LÉBOULANGER, (dn. 54), 127.

<sup>156</sup> Cour d'appel de Paris, 1.Ch., sect.A, 21 avril 1982, Rev.Cr., 1983,101-105.



## V. Sonuç

Devletlerin ekonomik hayata daha aktif bir şekilde katılımı ile önemi artan yargı ve icra muafiyeti kavramlarının, tahkim yargılamasındaki rolünü belirlerken bir yandan bu kavramlarla korunmak istenen çıkarların, diğer yandan tahkim yargılamasından beklenen faydanın gözetilmesi ve bu iki çıkarı dengeleyici şekilde yorum yapılması gerekmektedir.

Yargı ve icra muafiyeti kavramlarının ortaya çıkış nedeni, devletlerin eşitliği ve egemenliği yönündeki Uluslararası Hukuk ilkelerinin korunması, devletlerin, devlet olarak üstlendikleri fonksiyonların gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Tahkim yargılamasının amacı ise, özellikle uluslararası ticarete ilişkin uyuşmazlıkların uzman kişilerce, devlet yargısına nazaran daha kısa sürelerde ve uluslararası ticaret alanında geçerli olan ilkeler çerçevesinde çözümlenerek karara bağlanmasıdır.

Dolayısıyla, ihtilafli konularda, mümkün olduğu kadar, bir yandan, devletlere muafiyet tanınmasına neden olan, devletlerin egemenliği ve eşitliği esaslarının ihlal edilmesini önleyecek, diğer yandan, tarafların tahkim yargılamasından beklentilerini elde etmelerine imkan tanıyacak şekilde yorum yapılması, böylece, her iki kurumdan beklenen faydanın gerçekleşmesi sağlanmalıdır.

Ancak, tahkim klozunun yorumunda karşılaşılabilecek güçlükleri önlemek ve yorum farklılıklarından doğabilecek karışıklıkları bertaraf etmek için, devlet tarafından imzalanan tahkim klozlarının mümkün olduğu kadar açık ve net ifadeler taşımasına, yargı ve icra muafiyetlerinden vazgeçilip geçilmediğinin, ayrı ayrı ve açıkça belirtilmesine özen gösterilmesi yerinde olacaktır.

---

İhtiyati haczin, cebri icranın bir aşamasını ve ona giden bir adımı oluşturduğu; kararın yerine getirilmesine ilişkin ilk işlem den itibaren cebri icra niteliğini aldığı doktrinde de belirtilmektedir (GÜNDÜZ, (dn. 1) makale, 7; EKŞİ, (dn. 3a), 150.