

MHB

**Milletlerarası Hukuk
ve
Milletlerarası Özel Hukuk
Bülteni**

(Yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.)

Yıl 37 / Sayı 2 / Cilt 2 / 2017

**Prof. Dr. Yücel SAYMAN'A
ARMAĞAN**

CİLT II

ISSN: 1308-0385
İstanbul, Aralık 2017

MİLLETLERARASI HUKUK VE
MİLLETLERARASI MÜNASEBETLER
ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİ

Milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk bülteni : MHB.-- İstanbul :
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası
Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1981-

c.: tablo; 24 cm.

Yılda iki sayı.

ISSN 1308-0385

Elektronik ortamda da yayınlanmaktadır:

<http://dergipark.gov.tr/iumhmohb>

1. ULUSLARARASI HUKUK – SÜRELİ YAYINLAR. 2. ULUSLARARASI ÖZEL
HUKUK.

Baskı-Cilt:

Hamdioğulları İç ve Dış Tic. A. Ş.
www.hamdiogullari.com
Sertifika No: 35188

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

(Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.)
ISSN: 1308-0385

Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi

Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Sorumlu Müdür: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler
Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM

Danışma Kurulu: Prof. Dr. Nuray EKŞİ (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU (İstanbul)
Prof. Dr. Yücel SAYMAN (Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Turgut TARHANLI (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Rauf VERSAN (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayfer UYANIK (MEF Üniversitesi)

YAYINA HAZIRLAYAN

MMAUM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası
Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi
Tel: 0212 440 01 20
E-posta: mmaum@istanbul.edu.tr

Bu yayınlara ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü
hak saklıdır. Yayının tamamının veya bir bölümünün izinsiz olarak herhangi
bir şekilde çoğaltılması yasaktır. Bu yayındaki makalelerde belirtilen görüşler
yazarlara aittir. MMAUM bunlardan dolayı sorumluluk kabul etmez.

Basım Tarihi: Aralık 2017

MİLLETLERARASI HUKUK VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BÜLTENİ

Editörler Kurulu:

Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM (Merkez Müdürü)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ
Doç. Dr. Emre ESEN
Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY
Yard. Doç. Dr. G. Engin ŞİMŞEK
Yard. Doç. Dr. Elif ULUSU KARATAŞ
Araş. Gör. Dr. V. Neslihan AKÜN
Araş. Gör. Dr. Elif BAŞKARACAOĞLU
Araş. Gör. Dr. H. Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN

Yazı Gönderme Adresi: Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Beyazıt 34452, İstanbul

Tel/Fax: (+ 212) 4400120 E-posta: mmaum@istanbul.edu.tr

Yayıma Hazırlama Editörler Kurulu:

Araş. Gör. Dr. Enver ARIKOĞLU
Araş. Gör. Dr. A. Yasemin AYDOĞMUŞ
Araş. Gör. Nebile Pelin MANTI
Araş. Gör. Miray AZAKLI KÖSE
Araş. Gör. Rumeysa PARTALCI
Araş. Gör. Melis AVŞAR
Araş. Gör. Ceren KARAGÖZOĞLU
Araş. Gör. Ceren ERTÜRK

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi'nce yayımlanır.
© İstanbul 2017

PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW BULLETIN

Board of Editors:

Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM (Director of the Research Center)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ
Assoc. Prof. Dr. Emre ESEN
Assoc. Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY
Asst. Prof. Dr. G. Engin ŞİMŞEK
Asst. Prof. Dr. Elif ULUSU KARATAŞ
Res. Asst. Dr. V. Neslihan AKÜN
Res. Asst. Dr. Elif BAŞKARACAOĞLU
Res. Asst. Dr. H. Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN

Contributions should be addressed as follows: Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Beyazıt 34452, İstanbul

Tel/Fax: (+ 212) 4400120 E-mail: mmaum@istanbul.edu.tr

Board of Assistant Editors:

Res. Asst. Dr. Enver ARIKOĞLU
Res. Asst. Dr. A. Yasemin AYDOĞMUŞ
Res. Asst. Nebile Pelin MANTI
Res. Asst. Miray AZAKLI KÖSE
Res. Asst. Rumeysa PARTALCI
Res. Asst. Melis AVŞAR
Res. Asst. Ceren KARAGÖZOĞLU
Res. Asst. Ceren ERTÜRK

Published by the Research Center of International Law and International Relations,
Istanbul University Faculty of Law
©Istanbul 2017

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yayın İlkeleri

- 1- 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayımlanmaktadır. MHB’de yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için 30 Nisan, Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.
- 2- MHB’ye gönderilen çalışmalar milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarıyla ilgili olmalıdır. Bununla birlikte “Armağan” olarak çıkarılan sayılarda konu sınırlaması bulunmamaktadır.
- 3- MHB’ye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 4- MHB’ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği hâliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması ve/veya temel bilimsel ölçütlere uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
- 5- Editörler Kurulu’nca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esas (kör hakemlik sistemi) uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 6- Gönderilen yazıların MHB’de yayımlanmasına karar verildiği takdirde, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi (MMAUM), elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere yazının tüm yayın haklarına sahip olur. Yazarlar, telif haklarını herhangi bir ücret talep etmeksizin MMAUM’a devretmiş olurlar.
- 7- MHB’de yayımlanan yazılardaki görüşler ve bunlardan kaynaklanacak her türlü sorumluluk yazara aittir.
- 8- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap değerlendirmesi, karar incelemesi, çeviri, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu’nca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 9- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar hangi dilde yazılmış olursa olsun, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce** olmak üzere **özlerin; her iki dilde yazı başlığı** ile birlikte **beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenmesi gereklidir. Ayrıca üstbilgi olarak kullanılmak üzere, **çalışmanın Türkçe başlığının anlamlı bir kısaltması** da gönderilmelidir.

- 10- MHB’de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı izin alınması ve bu iznin Editörler Kurulu’na iletilmesi gerekmektedir.
- 11- MHB’de yayımlanacak bilimsel çalışmalarda aranan yazım esasları şöyledir:
- Yazılar Microsoft Word programında Times New Roman karakterinde 12 puntuyla ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar, Times New Roman karakterinde 10 puntuyla ve normal satır aralığında yazılmış olmalıdır;
 - Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitiminde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda ise yazarın çalıştığı kurum, branşı ve e-posta adresi belirtilmelidir;
 - İnceleme başlıkları beyaz ve tümü büyük harf karakterinde olmalı, incelemelerin içindeki alt başlıklar ise koyu ve sadece baş harfleri büyük olarak yazılmalıdır;
 - Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
 - Dipnotlarda kitaplar**, [Yazarın Adı SOYADI, *Kitabın Adı*, Basısı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl] **şeklinde yer almalıdır**. Örneğin: Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013. Sonraki atıflarda ise [Yazar SOYADI, sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır. Örneğin: ŞANLI, s. 1.
 - Dipnotlarda makaleler**, [Yazarın Adı SOYADI, *Makalenin Başlığı*, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, Yılı, İlk ve Son Sayfa Numaraları] **şeklinde yer almalıdır**. Örneğin; Sevin TOLUNER, *Kıbrıs’ın Avrupa Birliği’ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları*, MHB, Prof. Dr. Ergin NOMER’E Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 857–888. Sonraki atıflar da şu şekilde yapılmalıdır: TOLUNER, s. 860.
 - Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır. Örneğin: ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 120. ve ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 136.
 - Kısaltmalar liste olarak verilmeyecektir**. Kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve hemen arkasından parantez içinde kısaltması verilmelidir.
- 12- MHB’de yayımlanması istenen bilimsel çalışmalar **mmaum@istanbul.edu.tr** e-posta adresine gönderilmelidir. Yazarlar, incelemeleri ile birlikte telefon, e-posta ve posta adreslerini de bildirmelidir.

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler

Araştırma ve Uygulama Merkezi

Telefon/Faks: 0212 440 01 20

E-posta: mmaum@istanbul.edu.tr

Yapılacak atıflarda Bültenin adı
MHB
şeklinde kısaltılacaktır
Cite as MHB

Milletlerarası Hukuk
ve
Milletlerarası Özel Hukuk
Bülteni

Yıl 37

2017

Sayı2/Cilt2

Prof. Dr. Yücel Sayman'a
Armağan

SUNUŞ.....I

ANILAR.....V

İNCELEMELER

Merve ACUN-MEKENGEÇ

Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü1

Arzu ALİBABA

Vatandaşlığın Kazanılması İçin Karşılaştırmalı Bir Çalışma:
Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve KKTC Hukuku43

İlyas ARSLAN

Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede
Yargılanma Hakkı İle Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin
Edilmesi Arasındaki İlişki73

İnci ATAMAN-FİGANMEŞE

Hakem Kararlarının İptali Kararlarına karşı İstinaf Yoluna
Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup
Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler
.....113

Melis AVŞAR	
ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı	169
Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ	
Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi.....	223
Lâle AYHAN İZMİRLİ	
Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu.....	257
Zeynep ÇALIŞKAN	
Fındık İhracatında Uyuşmazlıkların Tahkim Yöntemiyle Çözümü: ISTAC ve TNA.....	329
F. Elif ÇELİK	
Türkiye'de Ölen Yabancıların Cenaze İşlemleri.....	359
Nuray EKŞİ	
Türk Hukukunda Kamu Personelinin Yabancılarla Evlenmesi	405
B. Bahadır ERDEM	
Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Durumları.....	449
İlyas GÖLCÜKLÜ	
Umbrella Clauses in ICSID Arbitration	471
Cemil GÜNER	
Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Kararlarının Geri Alınması.....	499
Sena GÜNEŞ	
İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim	537
Gülin GÜNGÖR	
Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık Kapsamındaki Sigorta İşletmelerinin AB İçi Sınıraşıcı Yeniden Yapılandırılması ve İflâs Yolu ile Tasfiyesi.....	573

Burak HUYSAL	
Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili	611
Burcu İRGE ERDOĞAN	
Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme.....	651
Pınar KARACAN	
Avrupa Birliği Hukukunun Yapısından Kaynaklanan Uluslararası Yatırım Hukukuna İlişkin Sorunlar.....	695
Ali ÖNAL	
Tanım ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği.....	727
Günseli ÖZTEKİN GELGEL	
25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması	769
Zeynep ÖZGENÇ	
Brüksel I bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği	803
Kamuran REÇBER	
Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Vize Muafiyetinin Yasal ve/veya Yasadışı Göç Olgusuna Bağlanması Anlamsızlığı.....	837
Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU	
Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar.....	859
Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ	
Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları	885

Rumeysa PARTALCI	
Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi	945
Zeynep Derya TARMAN	
Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler	987
Burak TERZİ	
ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü	1013
Cemre TÜYSÜZ	
Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü	1041
Ayşe Elif ULUSU-KARATAŞ	
Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi.	1073
Cüneyt YÜKSEL	
Uluslararası Hukuk, Düzenlemeler ve Uygulamalar Kapsamında Türkiye'de Siyasetin Finansmanı	1185

TERCÜMELER

Barkın ASAL

Marx ve Hukuk Görüşü Hakkında: Özneler-Arasılık, Maddilik,
Normatiflik.....1227

Mehmet Akif ÖZSOY & Gökhan SÖNMEZ

Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları
.....1243

Bilgin TİRYAKİOĞLU & Necla ÖZTÜRK

Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü
Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa'daki Bazı Görüşler1285

MÂLÎ YETERLİLİK II DİREKTİFİ IV. BAŞLIK KAPSAMINDAKİ
SİGORTA İŞLETMELERİNİN AB İÇİ SINIRAŞICI YENİDEN
YAPILANDIRILMASI VE İFLÂS YOLU İLE TASFİYESİ

CROSS BORDER REORGANISATION AND BANKRUPTCY OF
DIRECT INSURANCE UNDERTAKINGS IN EC WITHIN THE SCOPE
OF TITLE IV OF SOLVENCY II DIRECTIVE

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR*

Öz

Mâlî Yeterlilik II Direktifi doğrudan sigorta işletmelerinin Avrupa Birliği içi sınıraşıcı yeniden yapılandırılması ve tasfiesini konu edinen kurallar da ihtiva etmektedir. İlgili kuralların ana kaynağı mülga 2001/17/EC direktifidir. Bu kurallar gözden geçirilip yeniden değerlendirildikten sonra Mâlî Yeterlilik II Direktifinin dördüncü başlığı altında yer verilmiştir. Avrupa Birliği kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki gelişmeler (Roma I ve Roma II tüzükleri) direktiflerin konuyu ele alan bağımlı bağlama kuralları sebebiyle uygulanacak hukuku etkilemiştir. Bağımlı bağlama kurallarının bağlandıkları bağlama kuralları Roma I ve Roma II tüzüklerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte kayda değer şekilde değişmiştir.

Abstract

Solvency II directive also includes rules on cross-border reorganisation and winding-up of direct insurance undertakings within the EC. The main source of the relevant rules is the repealed directive 2001/17/EC which had been both reviewed and revaluated before having put its rules under Title IV of the Solvency II Directive. Progress in the field of EC conflict of laws (Rome I, Rome II) has produced its effects on the applicable law through dependant choice-of-law rules included in the directives. The choice-of-law rules that the dependant choice of law rules in the directives are linked to has been changed considerably by the entry into force of the Rome I and II regulations.

Anahtar Kelimeler: Mâlî Yeterlilik II Direktifi, Sigorta işletmeleri, Sınıraşıcı acz, Sınıraşıcı iflâs, Sınıraşıcı tasfiye, Sınıraşıcı yeniden yapılandırma, Yetkili makamlar, Uygulanacak hukuk, Tanıma, AB.

Keywords: Solvency II, Insurance undertakings, Cross-border insolvency, Cross-border bankruptcy, Cross-border liquidation, Cross-border reorganisation, Competent authorities, Applicable law, Recognition, EC.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, ggungor@law.ankara.edu.tr; ggungor@yahoo.com

Giriş

Doğrudan sigorta işletmelerinin Avrupa Birliği hukukunda sınıraşıcı yeniden yapılandırılması ve tasfiyesi, Mâlî Yeterlilik II (*Solvency II*, S II) direktifi olarak anılan 25 Kasım 2009 tarihli ve 2009/138/EC sayılı Sigorta ve Reasürans İşinin Yüklenilmesi ve Yürütülmesi Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi¹ çatısı altında yeniden düzenlenmiştir. 19 Mart 2001 tarihli ve 2001/17/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi² 01.01.2016 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmış³ olup 2001/17/EC Direktifine yapılmış atıflar Mâlî Yeterlilik II Direktifi hükümlerine yapılmış kabul edilecektir (S II m.310).⁴

Mâlî Yeterlilik II Direktifi, sigorta ve reasürans konularında sevk edilmiş direktiflerin yerini alan çerçeve bir direktiftir. Direktif, sigorta işletmelerinin Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde faaliyet göstermesinin kolaylaştırılması, kriz zamanlarında sigorta işletmelerinin ayakta kalmalarının temini

¹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast) (Text with EEA relevance), O.J. L 335/1, 17/12/2009. Mâlî Yeterlilik II Direktifi sermaye yeterliliği sistemi olarak da anılmıştır. Bu yönde bkz. O.ACAR, *Avrupa Birliği Solvency II Projesi, Editörün Notu*, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, <http://www.tsb.org.tr/images/Documents/SolvencyII.pdf> (Erişim: 17.11.2016). Mâlî Yeterlilik II direktifi Avrupa Ekonomik Alanının (EEA) AB üyesi olmayan üye devletlerine de (İzlanda, Liechtenstein, Norveç) teşmil edilmiştir.

² Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings, O.J. L 110/28, 20/04/2001. *Bu konuda bkz. Gülin GÜNGÖR, Avrupa Birliği Hukukunda Sınır Aşıcı Aciz Usulleri Hakkında Hukukî Düzenlemeler*, Türkiye'nin Malî Alanda Topluluk Kazanımına Uyumunu (30 Ocak - 16 Nisan 2002), Merkez Bankası Yayını, Ankara, 2004, s.217-257. Adı geçen çalışmada, 2001/17/EC Direktifi hükümlerini sınıraşıcı acz konusunda sevk edilmiş diğer AB düzenlemelerinin yanı sıra ana hatları ile aktarmıştık. Burada ise geçmiş on beş yıl zarfında AB kanunlar ihtilâfi hukukunun çeşitli konuları itibariyle meydana gelen hukukî gelişmelerin de ışığı altında sigorta işletmelerinin AB içi sınıraşıcı yeniden yapılandırılması ve tasfiyesi itibariyle son durumu Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık hükümleri çerçevesinde kapsamlı bir şekilde ele alıyoruz.

³ Her iki direktif de Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması) m.47/2 ve m.55'in verdiği yetki çerçevesinde sevk edilmiştir. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma için bkz. Treaty establishing the European Community (Nice consolidated version), O.J. C 325/33, 24/12/2002, eur-lex.europa.eu (Erişim: 17.11.2016).

⁴ Bkz. aşa. dn.7. Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.310/2'de bildirilen 1.11.2012 tarihi direktifin ilgili hükümlerinin yürürlük tarihi olup (S II m.311/2) daha sonra 01.01.2016 olarak değiştiği üzere, 2001/17/EC Direktifine yapılmış atıflar da bu tarihten itibaren Mâlî Yeterlilik II Direktifi hükümlerine yapılmış kabul edilmelidir.

ve poliçe sahiplerinin korunması amacıyla ortak hükümler getirmektedir.⁵ Direktif, doğrudan sigorta işletmeleri ile reasürans işletmelerinin Avrupa Birliğine üye devletlerin ülkesinde yürütmekte olduğu veya yürüteceği sigortacılık faaliyetlerini ve doğrudan sigorta işletmelerinin faaliyetlerinin Birlik içinde yeniden yapılandırılması ile tasfiye usulleri çerçevesinde sonlandırılmasını konu edinmektedir.

Direktifin getirdiği esaslar ve kabul ettiği sistem, Avrupa Birliğine üye devletlerin ülkesinde şube açmak suretiyle doğrudan sigortacılık faaliyetinde bulunan, Türk kanunlarına göre kurulmuş olup idare merkezi Türkiye’de bulunan, başka bir ifadeyle Türkiye Cumhuriyeti devleti tâbiyetinde⁶ kabul edebileceğimiz sigorta şirketlerini de ilgilendirmektedir.

I. Mâlî Yeterlilik II Direktifinin Yürürlüğü

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin, “2003/71/EC ve 2009/138/EC Direktifleri ile 1060/2009/EC, 1094/2010/EU ve 1095/2010/EU Tüzüklerini Avrupa Gözetim Makamının (Avrupa Sigorta ve Meslekî Emekli Maaşları Kurumu) ve Avrupa Gözetim Makamının (Avrupa Menkul Kıymet ve Piyasalar Kurumu) Yetkileri İtibariyle Değiştiren 16 Nisan 2014 tarihli ve 2014/51/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi” (*Omnibus II*)⁷ ile değişik 311. maddesi uyarınca, üçüncü fıkrada belirtilen hükümlerin yürürlük tarihi 1 Ocak 2016’dır. *Omnibus II* Direktifi, Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık hükümlerine (S II m.267-296) değişiklik getirmemekle birlikte, m.311’de yapılan değişiklik sebebiyle bu hükümlerin yürürlük tarihi de 1 Ocak 2016 olarak belirlenmiştir (O II m.2/83). Mâlî Yeterlilik II Direktifinin diğer hü-

⁵ Bkz. *eur-lex.europa.eu* (Erişim: 17.11.2016).

⁶ Ticaret şirketlerinin tâbiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul ARAT, *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti*, Ankara, 1970; ayrıca bkz. Gülin GÜNGÖR, *Tâbiyet Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.223 vd.

⁷ Directive 2014/51/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directives 2003/71/EC and 2009/138/EC and Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 1094/2010 and (EU) No 1095/2010 in respect of the powers of the European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority) and the European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), O.J. L 153/1, 22/05/2014. *Omnibus II* Direktifi 23 Mayıs 2014 itibariyle yürürlüktedir. Bununla birlikte, m.2 (25), (43) ve (82) hükümlerinin 31 Mart 2015 tarihinden itibaren uygulanması kararlaştırılmıştır.

kümlerinden m.308a dışındakiler, Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmalarının 20. günü; m.308a ise 1 Nisan 2015 itibariyle yürürlükte (O II m.2/83). Mevcut durumda, Mâlî Yeterlilik II Direktifi 1 Ocak 2016 tarihi itibariyle bütünüyle yürürlüğe girmiştir.

II. Mâlî Yeterlilik II Direktifinin Uygulama Alanı

Mâlî Yeterlilik II Direktifi, Avrupa Birliği üyesi bir devletin ülkesinde kurulmuş veya kurulacak hayat sigortası⁸ ve hayat sigortası dışındaki⁹ doğrudan sigorta işletmeleri (S II m.2/1-1) ile *sadece* reasürans faaliyetinde bulunan reasürans işletmelerine¹⁰ uygulanır (S II m.2/1-2). Mâlî Yeterlilik II Direktifinin uygulama alanına giren sigorta işletmelerinin hukukî türleri, her bir üye devlet bakımından ve ilgili üye devletin dilinde sayma suretiyle Ek III'te bildirilmiştir.¹¹ Avrupa Şirketi Statüsü Hakkında 08/10/2001 tarih ve 2157/2001/EC sayılı Tüzüğü¹² öngördüğü biçimde Avrupa Şirketi (*Societas Europae*, SE) şeklinde kurulmuş sigorta ve reasürans işletmeleri de, Ek III'te belirtilmekle, Mâlî Yeterlilik II Direktifi kapsamındadır.¹³

III. Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlığın Amacı ve Konusu

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin IV. Başlığı hükümleri, *doğrudan sigorta* konusunda faaliyet gösteren sigorta işletmelerinin yeniden yapılandırılması tedbirleri ve tasfiyesi usullerinin Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde karşılıklı olarak tanınması, yapılması gereken işbirliği ve yanı sıra teklik (*unity*) ve evrensellik (*universality*), koordinasyon ve tedbirlerin aleniyetinin sağlanması, sigorta alacaklılarına denk muamele yapılması ve korunmaları ihtiyacı düşünceleri çerçevesinde üye devlet hukukî düzenlemelerinin uyumlaştırılması (*harmonisation*) amacını taşımaktadır.¹⁴ Bu Başlık, reasürans

⁸ Hayat sigortası sınıfları Ek II'de (Annex II- Legal Forms of Undertakings) listelenmiştir.

⁹ Hayat sigortası dışındaki sigorta sınıfları Ek I'de (Annex I-Legal Forms of Undertakings) listelenmiştir.

¹⁰ IV. Başlık hariç.

¹¹ Annex III (Legal Forms of Undertakings).

¹² Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), O.J. L 294/1, 10/11/2001.

¹³ Bkz. yuk. dn.11.

¹⁴ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 117.

işletmeleri hakkında uygulanmaz (S II m.2/1-2). Bu sebeple, çalışmamız ilk olarak doğrudan sigorta işletmeleri ile sınırlıdır.

Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık hükümlerinin konu edindiği ilk durum yeniden yapılandırmadır (*reorganisation*). Yeniden yapılandırma kapsamında alınabilecek tedbirlerin özellikleri m.268/1-c’de bildirilmektedir. Bunlar, sigorta işletmesinin mâlî durumunun muhafazası ve bozulan durumun kaldırılması amacıyla yetkili makamlarca alınabilecek, ödemelerin ve icrâ tedbirlerin tatili veya alacak haklarının tenkisi ihtimali dâhil fakat bunlarla sınırlı olmayan ve sigorta işletmesinin kendisinden başka kişilerin yeniden yapılandırma tedbirlerinin yürürlük kazanmasından önce doğmuş haklarını etkileyen her türlü müdahaleyi konu edinen tedbirlerdir.

İkinci olarak, Mâlî Yeterlilik II Direktifi, *winding-up* hâlini en geniş anlamda tasfiye usulleri olarak kabul eder.¹⁵ Bunlar, acz haline dayanan ya da dayanmayan, isteğe bağlı veya zorunlu olan, konkordato ve benzerî tedbirlerle sonuçlanan toplu usuller dâhil, yetkili makamların katılımını gerekli kılan, sigorta işletmesinin malvarlığının paraya çevrilmesini ve tasfiye bedelinin sigorta işletmesinin alacaklıları, ortakları ve varsa üyeleri arasında paylaşılmasını ihtiva eden toplu usullerdir (S II m.268/1-d). 2001/17/EC Direktifinde yer alan “idarî ve adlî makamlar” (m.2/d) ifadesi Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.268/1-d’de yer almasa da, yetkili makamların üye devletlerin yeniden yapılandırma ve tasfiye usulüne karar vermeye yetkili idarî ve adlî makamlar olduğu Direktifin m.268/1-a bendinde bildirilmektedir.

Her bir üye devlet bakımından hangi tasfiye usullerinin Direktif kapsamında bulunduğu bildirilmemiştir. Bununla birlikte, ilgili hükümlerde kullanılan terminoloji esasen iflâs hukukuna aittir. Çalışmamızda, IV. Başlık kapsamında tasfiye usullerine ilişkin açıklamalarımızı büyük ölçüde iflâs yoluyla tasfiye üzerinden geliştireceğimizi ekleyelim.

Başlarken belirtelim ki, Mâlî Yeterlilik II Direktifi, 2001/17/EC Direktifi hükümlerini de çatısı altına almıştır. Bu kurallar, ilke ve esasları itibariyle bütünlüklerine dokunulmaksızın Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık altında yeniden düzenlenmiştir. Mâlî Yeterlilik Direktifi IV. Başlık hükümleri ile 2001/17/EC Direktifi hükümlerinin paralelliği buradan ileri gelmektedir.

¹⁵ Mâlî Yeterlilik II Direktifinin diğer başlıklar altında yer alan çeşitli hükümlerinde ise, müflis ya da iflâs kavramlarının ayrıca yer aldığı dikkati çekmektedir. Bkz. S II m.43, m.64, m.68/2, m.303/3-a.

IV. Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık Uygulama Alanı

Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık (S II m.267-m.296), ana iş yeri/ idare merkezi (*head office*) Avrupa Birliği üyesi bir devletin ülkesinde bulunan sigorta işletmeleri (*Avrupa Birliği sigorta işletmeleri*) ile idare merkezi Avrupa Birliği üyesi bir devletin ülkesinde bulunsaydı aynı direktifin 14. maddesi hükümlerine göre yetkilendirme alması gereken sigorta işletmelerinden (S II m.13/3) Avrupa Birliği üyesi devlet ülkelerinde şube açmak suretiyle faaliyet gösteren doğrudan sigorta işletmeleri (*üçüncü devlet sigorta işletmeleri*) hakkında uygulanır (S II m.267). Böylece üçüncü devlet sigorta işletmelerinin Avrupa Birliğine üye devletlerin ülkesinde bulunan şubeleri hakkında IV. Başlık kapsamına girecek özellikteki usulleri başlatmak bakımından, AB hukukundan kaynaklanan bir engel bulunmadığı ancak bunun hangi usul olacağının ilgili üye devlet hukukuna tâbi olduğu söylenebilir. Tekrar belirtelim ki, IV. Başlık, reasürans işletmeleri hakkında uygulanmaz (S II m.2/1-2).

Bu noktada, idare merkezi Türkiye’de bulunan (Türk) sigorta işletmelerinin Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunan şubeleri hakkında, IV. Başlık kapsamına giren herhangi bir usulün şubelerin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde yürürlük kazanabileceğine işaret edelim.

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin ilgili hükümleri uyarınca (S II m.269/1, m.273/1), Avrupa Birliği sigorta işletmeleri ile üçüncü devlet sigorta işletmelerinin Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunan şubeleri hakkında IV. Başlık kapsamına giren usulleri başlatmaya karar verme yetkisi *yuva üye devletin* (*home member state*) yetkili makamlarına aittir.

Avrupa Birliği sigorta işletmeleri bakımından yuva üye devlet, riski¹⁶ veya taahhüdü¹⁷ üstlenen sigorta işletmesinin “ana iş yeri - idare merkezinin bulunduğu” üye devlettir (S II m.13/8). Avrupa Birliği sigorta işletmesinin şubesinin bulunduğu ya da hizmet sunduğu¹⁸ diğer üye devletlerden her biri ise, “*ev sahibi üye devlet*” (*host member state*) olarak kabul edilmektedir (S II m.13/9).

Avrupa Birliği sigorta işletmeleri bakımından sigorta işletmesinin “ana

¹⁶ Hayat sigortası dışındaki sigortalarda.

¹⁷ Hayat sigortalarında.

¹⁸ Hizmetin sunulduğu üye devlet, hayat sigortalarında “taahhüdün yapıldığı”, diğer sigortalarda ise, “riskin bulunduğu/yerleştiği” diğer üye devlettir.

işyeri/idare merkezinin bulunduğu yuva üye devlet”, kendi ülkesinde bulunan merkez ve şubelerin yanı sıra diğer üye devletlerde bulunan şubeler hakkında da IV. Başlık kapsamına giren usulleri başlatmaya yetkilidir. Avrupa Birliği sigorta işletmelerine ev sahipliği yapan AB üyesi devletler ise, AB sigorta işletmesinin ne bütünü ne de kendi ülkelerinde faaliyet gösteren şubeleri hakkında, IV. Başlık kapsamına giren usulleri başlatma yetkisine sahiptir.

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin IV. Başlığı altında yer alan hükümlerin Avrupa Birliğinde şubeleri bulunan üçüncü devlet sigorta işletmeleri hakkında uygulanması bakımından ise, Direktifin m.145 ilâ m.149 hükümleri uyarınca kendi ülkesindeki şubeyi yetkilendiren her bir AB üyesi devlet, “yuva üye devlet” olarak kabul edilmiştir (S II m.268/2-a). Böylece, Direktifin kabul ettiği kavramsal tasnif dâhilinde aslında ev sahibi üye devlet olması gerekirken Direktifin amaçları sebebiyle yuva üye devletin sahip olduğu yetkilerle donatılmış her bir AB üyesi devlet, faaliyet gösterme yetkisini tanıdığı üçüncü devlet sigorta işletmesinin kendi ülkesinde bulunan şubeleri hakkında IV. Başlık altında düzenlenmiş usulleri başlatmaya ayrı ayrı yetkili kabul edilmiştir.

VI. Temel İlkeler

Avrupa Birliği sigorta işletmeleri hakkında, bunların Avrupa Birliğinde bulunan şubeleri de dâhil, IV. Başlık kapsamında usulleri başlatmaya *yuva üye devletin* idarî veya adlî makamlarının *münhasıran* yetkili kabul edilmesi (S II m.269/1, m.273/1), Mâlî Yeterlilik II Direktifinde Avrupa Birliği sigorta işletmeleri bakımından benimsenen temel ilkenin *teklik* ilkesi olduğunu göstermektedir. Nitekim bir Avrupa Birliği sigorta işletmesi hakkında sadece yuva üye devletin yetkili (adlî / idarî)¹⁹ makamları IV. Başlık kapsamında yeniden yapılandırma veya tasfiye kararı verebilir ve bu karar diğer Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde de hukukî sonuçlarını doğurur. Mülga 2001/17/ EC Direktifi m.4/1’de yer alan “diğer üye devletlerde bulunan şubeler dâhil” ifadesinin Mâlî Yeterlilik II Direktifinde yerini “şubeler dâhil” ifadesine bırakması ise, m.13/11’de şube “diğer Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunan şubeler” olarak tanımlandığı için usullerin etki alanını genişletici bir değişiklik değildir. Direktifin kabul ettiği Birlik içi etki sistemi, IV. Başlık

¹⁹ Bkz. Mâlî Yeterlilik II Direktifi, m.268/1-a ve m.268/2-c.

kapsamındaki usullerin hukukî sonuçları itibariyle *bölgesel plânda* teklik ve evrensellik şeklinde işleyecektir.

Üçüncü devlet sigorta işletmeleri bakımından ise, Avrupa Birliği sigorta işletmelerinden farklı olarak, bunların şubesinin bulunduğu her bir üye devletin IV. Başlık hükümlerinin uygulanması bakımından yuva üye devlet olarak kabul edildiğini tekrar belirtelim (S II m.268/2-a). Münferit yetkilendirme usulüne²⁰ (S II m.14, m.15) bağlayabileceğimiz bu kabul, üçüncü devlet sigorta işletmelerinin Avrupa Birliğinde bulunan şubeleri bakımından beraberinde *müstakil muamele esasını* getirmektedir. Müstakil muamele esası sebebiyle, üçüncü devlet sigorta işletmesinin şubesinin bulunduğu her bir üye devletin (yuva üye devletin) adlî ve idarî makamları (S II m.268/1-a ve m.268/2-c) kendi ülkesinde bulunan şube hakkında IV. Başlık kapsamında bulunan usulleri başlatmaya yetkilidir. Bu noktada, üçüncü devlet sigorta işletmesinin şubesinin bulunduğu her bir üye devlet kendi ülkesinde faaliyet gösteren şube itibariyle yetkili bulunduğu için, işin niteliği icabı mahallî olan bu usullerin Avrupa Birliği içinde dahi sınır aşıcı etkisi bulunmayacaktır. Bu sebeple müstakil muamele esasının üçüncü devlet sigorta işletmeleri hakkında IV. Başlık kapsamında ele alınacak usuller itibariyle kabulü, mülkîlik/ülkesellik ilkesinin de kabulü anlamını taşımaktadır. Bu durumda, bir üçüncü devlet sigorta işletmesinin farklı AB üyesi devletlerin ülkelerinde faaliyet gösteren şubeleri hakkında, her bir yuva üye devlet, eş zamanlı²¹ ya da farklı zamanlarda IV. Başlık kapsamındaki toplu usulleri başlatabilirse de bunların sınıraşıcı etkisi olmayacaktır. Bununla birlikte, IV. Başlık kapsamında bir usulün başlatılması halinde, yuva üye devletin sigortacılık sektörünün gözetimini yürüten millî makamları diğer üye devletlerin millî gözetim makamlarına, karara konu olan tedbirlerin pratik hukukî sonuçları da dâhil bilgi vermekle yükümlü olduklarından (S II m.270/2, m.273/3) durum kendisine bildirilen her bir üye devletin kendi ülkesindeki şubeler bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alacağı değerlendirilebilir.²²

²⁰ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 11.

²¹ Ayrıca bkz. S II m.296.

²² Millî hukuka tâbi adlî makamlar dışında, m.270, 273 ve 296'da yer alan iletişim usulü çerçevesinde bilgi alan ve veren herkes, meslekî sır saklama yükümlülüğü (S II m.64-m.69) altındadır (S II m.295).

VII. Yeniden Yapılandırma

A. Milletlerarası Yetki

Avrupa Birliği sigorta işletmeleri hakkında, bunların merkezi ve Avrupa Birliğinde faaliyet gösteren şubeleri dâhil, teklik ve evrensellik ilkeleri benimsenmiştir. Avrupa Birliği sigorta işletmelerinin merkezi ve AB’nde bulunan şubeleri hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerine karar verme yetkisi, *münhasıran* sigorta işletmesinin ana iş yerinin / idare merkezinin bulunduğu (yuva) üye devletin idarî ve adlî makamlarına aittir (S II m.269/1). Münhasır yetkinin kabulü, Avrupa Birliği sigorta işletmeleri hakkında üçüncü devlet ülkelerinde alınmış yeniden yapılandırma kararlarına Avrupa Birliğinde hukukî sonuç bağlanmayacağı anlamını da taşımaktadır.

Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin, Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde faaliyet gösterme yetkisine sahip şubeleri hakkında benimsenen esas ve ilkeler ise, müstakil muamele, mülkîlik ve çokluk olduğu üzere her bir üye devlette bulunan şube / şubeler yeniden yapılandırma itibariyle ayrı işlem görecektir. Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin şubelerinin bulunduğu her bir üye devletin yetkili makamları, kendi ülkesinde bulunan şube ile sınırlı yuva devlet olarak yeniden yapılandırma tedbirlerine karar verme yetkisini haizdir. Hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerinin yürürlük kazandığı bir sigorta işletmesi hakkında iflâs veya başka bir toplu tasfiye usulüne karar verilmesi mümkün olduğu gibi (S II m.269/2), toplu tasfiyeyi takiben konkordato ve benzeri usullere ya da yeniden yapılandırma tedbirlerine karar verilebilir.²³

B. Uygulanacak Hukuk

Uygulanacak hukuk, yeniden yapılandırma kararını almaya yetkili üye devletin, başka bir ifadeyle yuva üye devletin hukukudur.²⁴ Mâlî Yeterlilik II Direktifi yetki ve uygulanacak hukuk konularını paralel bağlama yaklaşımını izlemekle yuva üye devletin hukuku da, *lex concursus*²⁵ sıfatını kazanmıştır. Yuva üye devletin hukukunun uygulanması bakımından atfin kabul ya da reddine ilişkin Mâlî Yeterlilik II Direktifinde açıklama bulunmamakla birlikte,

²³ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 122.

²⁴ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 125.

²⁵ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 121.

milletlerarası özel hukuk alanında genellikle kabul edildiğine göre *lex concursus* milletlerarası yetkiyi haiz devletin iç hukuku olup *lex fori concursos* olarak da anılır. Bu genel kabul, Mâlî Yeterlilik II Direktifi özelinde hedeflenen amaca, atfın reddi ve yuva üye devletin iç hukukunun uygulanması ile ulaşılabileceği fikri ile de desteklenebilir.

Yeniden yapılandırma konusunda yetkili hukuk, kural olarak yuva üye devletin hukuku olmakla birlikte, pek çok hukukî sorun hakkında ayrıca özel kural getirilmiştir. Bu kurallar Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.285 ile m.292 arasında yer almakta olup, tasfiye halinde de uygulanacak ortak hükümlerdir (S II m.269/3). Bu hükümleri takip eden bahislerde ayrıca ele alacağımızdan, burada özel hükümlerin kapsamına giren hallerde, yuva üye devlet hukukunun uygulama alanının kısmen ya da tamamen sınırlanacağını belirtmekle yetinelim.

Yeniden yapılandırma tedbirlerine karşı itiraz ve başvuru yolları, usul ve sebepleri yuva üye devletin hukukuna tabidir. Yuva üye devletin ülkesinde yeniden yapılandırma tedbirlerine karşı itiraz/başvuru yollarının açık olduğu hallerde idareci veya yetkili kişi yuva üye devletin iç hukukunun öngördüğü yayım usullerine uyararak tedbirleri konu edinen kararı kamuya duyurur ve özütünü Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde en kısa zamanda yayımlatır (S II m.271/1).²⁶ Yeniden yapılandırma kararına karşı, söz konusu tedbirlerin diğer üye devletlerin hukuklarında yer almadığı veya mahallî hukuka göre

²⁶ Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.271/1 c.1 hükmüne göre yapılmış bir resmî ilân örneği için bkz. Reorganisation Measures- Decision on measures to reorganise 'INTERNATIONAL LIFE General Insurance S.A.' (2016/C 245/06), O.J. C 245/9, 06/07/2016, *eur_lex.europa.eu*. (Erişim 30/11/2016). Metin, yuva üye devletin resmî dilinde yayımlanır. Yuva devletin yetkili makamları, uygulanacak hukuk ve varsa idarecinin kim olduğu yayımlanan metinde bildirilir (S II m.272/2). Yeniden yapılandırma kararı sigorta işletmesinin sadece pay sahiplerinin, üyelerinin veya çalışanlarının haklarını etkiliyorsa, yuva üye devlet hukukunun aramadığı hallerde m.271'de yer alan yayım usullerine riayet gerekli değildir; bu kişilere yuva üye devletin hukukunda mevcut usullerden hangisi izlenerek bildirimde bulunulacağına yetkili makamlar karar verir (S II m.271/4).

Yuva üye devletin yetkili makamı, mümkünse yeniden yapılandırma tedbirlerini uygulamadan önce, aksi takdirde kararın yürürlük kazanmasını takiben o ülkede sigorta sektörünün gözetimini yürüten yetkili millî makamları ivedilikle bilgilendirecektir (S II m.270/1). Yuva üye devlette sigortacılık sektörünün gözetimini yürüten yetkili millî makamlar da, diğer üye devletlerin millî gözetim makamlarına yeniden yapılandırma kararına konu olan tedbirlerin pratik hukukî sonuçları da dâhil, bilgi verecektir (S II m.270/2). Diğer üye devletlerin millî gözetim makamları, yeniden yapılandırma kararını uygun gördükleri usulde kendi ülkelerinde yayımlatmakta serbesttir (S II m.271/1 son).

başka şartlara tâbi olduğu ve somut olayda bu şartların bulunmadığı itirazında bulunulamaz (S II m.269/4).

C. Ipse Iure Hukukî Sonuç Doğurma

Yeniden yapılandırma tedbirlerinin yürürlüğe girmesi konusunda yuva üye devletin yetkili makamları ya da hukuku kararın yayımlanması şartını arıyor olabilir (S II m.271/3). Bu hâl dışında, yapılandırma tedbirlerinin uygulanması ve alacaklılara karşı hukukî sonuç doğurması, kararın yayımlanması şartına bağlı değildir (S II m.271/3). Yeniden yapılandırma kararı, yuva üye devletin yetkili (adlî ve idarî) makamları tarafından alınmış olmak kaydıyla, yuva üye devletin ülkesinde yürürlük kazandığı anda ve aynı kapsamda Avrupa Birliği üyesi diğer devletlerin ülkesinde de kendiliğinden hüküm ifade edecek olup (S II m.269/5)²⁷ üye devletler bu hukukî sonucu temin edecek şekilde iç hukuklarını düzenlemekle yükümlüdür.

Belirtelim ki, yeniden yapılandırma kararının hukukî sonuçlarını *ipse iure* doğurmasına Direktifte herhangi bir engel ya da itiraz yolu getirilmemiştir. Yeniden yapılandırma kararı ve tedbirlerinin yuva üye devletin ülkesinde yürürlük kazandığı anda ve aynı kapsamda Avrupa Birliği üyesi diğer devletlerin ülkesinde de hüküm ifade etmesi, herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Yuva üye devletin hukukuna göre yeniden yapılandırma kararının yayımlanması gerekiyorsa ya da yuva üye devletin yetkili makamları bu yönde karar almışlarsa, bu husus yürürlük şartı olarak değerlendirilmeye müsaittir. Diğer üye devletlerin gözetim makamlarının bilgilendirilmesi de aynı şekilde değerlendirilebilir. Diğer taraftan, yeniden yapılandırma kararına karşı, söz konusu tedbirlerin diğer üye devletlerin hukuklarında yer almadığı veya mahallî hukuka göre başka şartlara tâbi olduğu ve somut olayda bu şartların bulunmadığı itirazında bulunulması kabul edilmediği (S II m.269/4) ve AB üyesi devletler iç hukuklarını bu yönde düzeltecek olmakla, bu kapsamda ileri sürülmesi olası kamu düzenine aykırılık iddialarının da önünün alındığı söylenebilir. Yeniden yapılandırma kararı, yuva üye devletin ülkesinde yürürlük kazandığı anda yuva üye devletin hukukunun öngördüğü hukukî sonuçlar, Avrupa Topluluğunda bulunan üçüncü kişiler de dâhil, herkesi bağlayacaktır (S II m.269/4).

²⁷Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 123.

D. Diğer AB Alacaklılarına Bildirim ve Alacakların Yazdırılması

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.272 hükümlerinde, 2001/17/EC Direktifi m.7 hükümlerinden farklı olarak “normal mesken” (*normal residence*) ifadesi yerine mutad mesken (*habitual residence*) kavramı tercih edilmekle kavram düzeltilmesine gidilmiştir. Bu çerçevede ilk olarak yuva üye devletin hukuku, alacakların kabule yönelik olarak yazdırılmasını arıyor ya da mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi yuva üye devletin ülkesinde bulunan alacaklılara yeniden yapılandırma tedbirlerinin bildirilmesini şart koşuyorsa, yuva üye devletin yetkili makamları veya idareci, mutad meskeni, yerleşim yeri ya da idare merkezi diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan bilinen alacaklılara m.281 ve 283/1’e uygun olarak bildirimde bulunacaktır (S II m.272/1). Mutad meskeni veya yerleşim yeri AB üyesi bir devletin ülkesinde bulunan AB vatan-daşı olsun olmasın tüm gerçek kişi alacaklılar ile yerleşim yeri veya idare merkezi AB üyesi bir devletin ülkesinde bulunan tüzel kişi alacaklılar hüküm kapsamındadır. Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.272/1 kapsamına girmeyen, bir başka ifadeyle mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi AB üyesi bir devletin ülkesinde bulunmayan alacaklılara yapılacak muamele ise, yuva üye devletin hukukuna tâbidir.

İkinci olarak, yuva üye devletin hukuku, mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi yuva üye devletin ülkesinde bulunan alacaklıların alacaklarını yazdırabileceklerini veya alacaklarına ilişkin hususları bildirebileceklerini öngörüyorsa, mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan alacaklılar da alacaklarını yazdırabilecek ve alacaklarına ilişkin hususları m.282 ve 283/2’ye uygun olarak bildirebilecektir (m.272/2). Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.272/2 kapsamına girmeyen alacaklılara yapılacak muamele yine yuva üye devletin hukukuna tâbidir.

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.272 hükümlerinin teminat altına aldığı alacaklıların eşitliği ilkesi, tüm alacaklılar arasında eşitlik değildir. Bu hükümlerde aranan şartlara bağlı olarak sadece bildirilen ölçütlere uygun alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması düzenlenmiştir. Böylece Direktif, alacaklılara bildirim, alacakların yazdırılması ve alacaklara ilişkin hususların bildirilmesini, mutad meskeni, yerleşim yeri ya da idare merkezi Avrupa Birliğine üye devletlerin ülkesinde bulunan alacaklılar bakımından teminat altına almaktadır. Şu durumda Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde mutad meskeni, yerleşim yeri ya da idare merkezi bulunan alacaklıları ifade eden “Avrupa Birliği Alacaklıları”

olarak anabileceğimiz bir mahallî alacaklılar kategorisi kabul edilmiş ve bunlar bakımından alacaklıların eşitliği ilkesi önemle gözetilmiştir.

Mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunmayan alacaklılar ise, alacakların bildirilmesi ve yazdırılması konularında alacaklıların eşitliği ilkesi itibariyle Mâlî Yeterlilik II Direktifinin teminatı altında değildir. Bununla birlikte, bundan Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde mutad meskeni, yerleşim yeri ya da idare merkezi bulunmayan alacaklılara hiçbir şekilde bildirim yapılmayacağı veya bunların alacaklarını yazdıramayacakları ya da alacaklarına ilişkin hususları bildiremeyecekleri anlamının çıkartılmaması gerekir. Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde mutad meskeni, yerleşim yeri ya da idare merkezi bulunmayan alacaklılar, yuva üye devletin hukukunun kabul ettiği ilke, esas ve kurallar çerçevesinde muamele görecektir. Yuva üye devlet hukukunun alacaklılar arasında ayırım yapmıyor olması şartıyla ancak alacaklıların eşitliği ilkesi tüm alacaklılar bakımından sağlanabilecektir.

VIII. İflâs Yolu ile Tasfiye

Sigorta işletmesi hakkında yeniden yapılandırma tedbirleri alınmış olsun ya da olmasın iflâs veya başka bir toplu tasfiye usulünün başlatılması mümkündür (S II m.269/2). Bu başlık altında sigorta işletmesi hakkında iflâsın açılması ihtimali inceleme konusu yapılmıştır.

A. Milletlerarası Yetki

Sigorta işletmesi hakkında herhangi bir toplu tasfiye usulünün başlatılmasına karar vermeye, Avrupa Birliği sigorta işletmelerinin ana iş yeri/idare merkezinin bulunduğu (yuva) üye devletin adlî makamları münhasıran yetkilidir (S II m.273/1). Böylece, Avrupa Birliği sigorta işletmelerinin iflâs yolu ile tasfiyesi bakımından kabul gören yetki sebebi de, borçlunun ana iş yeri/idare merkezi olarak ortaya çıkmaktadır. Münhasır yetkinin kabulü, Avrupa Birliği sigorta işletmeleri hakkında üçüncü devlet ülkelerinde verilmiş iflâs kararlarına AB üyesi devletlerin ülkesinde hukukî sonuç bağlanmayacağını da göstergesidir.

Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin her bir şubesine ev sahipliği yapan

ve yuva üye devlet gibi hareket edecek olan üye devletlerin adli makamları tarafından da, teorik olarak, iflâsın açılması mümkündür (S II m.268). Direktif bu konuda herhangi bir sınırlama getirmemekte ya da yönlendirme yapmamaktadır. Üçüncü devlet sigorta işletmeleri hakkında hangi tasfiye usulünün başlatılacağı ve bunun hukukî sonuçları yuva üye devletin hukukuna tabidir. Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin şubelerine ev sahipliği yapan yuva üye devletlerin hukukuna göre üçüncü devlet sigorta işletmelerinin geniş anlamda iflâs yoluyla tasfiyesi mümkün ise, “borçlunun şubesinin mevcudiyeti” milletlerarası yetki tesisinde kullanılan çoğalmaya elverişli bir yetki sebebi olarak ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, üçüncü devlet sigorta işletmesinin şubesinin bulunduğu her bir yuva üye devletin yetkisi o ülkede faaliyet gösteren şubeler ile sınırlı bulunduğundan hangi tasfiye usulü başlatılmış olursa olsun hukukî sonuçlarının zorunlu olarak mülkî kalacağı belirtilmelidir.

B. Uygulanacak Hukuk

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.274/1 uyarınca, toplu tasfiye usullerinden birinin, bu bağlamda iflâsın, açılması, idaresi, hukukî sonuçları ve sona ermesi,²⁸ kural olarak, yuva üye devletin hukukuna tâbidir. Yine Direktifin m.285 ilâ 292 hükümlerinde aksi öngörülmemiş bulunan konularda da yuva üye devletin hukuku uygulanır. Bu yapı çerçevesinde Mâlî Yeterlilik II Direktifi, yuva üye devletin hukukunun uygulama alanına giren pek çok hukukî sorunu bildirmektedir (S II m.274/2). Bununla birlikte, m.274/2’de bildirilen hukukî sorunların uygulanacak hukukun asgarî kapsamını oluşturduğu belirtilmelidir. Yuva üye devletin hukukunun uygulama alanına giren hukukî sorunları sayma yaklaşımı mülga 2001/17/EC Direktifinde de (m.9) izlenmekle birlikte, m.274/2’de sayılan hukukî sorunların yetkili hukukun uygulama alanının asgarî kapsamını oluşturduğu Mâlî Yeterlilik II Direktifinde açıkça bildirilmiştir. Bu çerçevede:

- i. Sigorta işletmesine ait malvarlığı kalemlerinden hangilerinin iflâs masasına gireceği ve iflâsın açılmasından sonra sigorta işletmesinin malvarlığına katılan değerlerin iflâs masasına girip girmeyeceği;
- ii. Sigorta işletmesi ve iflâs idaresinin görev ve yetkileri;

²⁸ Bkz. Mâlî Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 124.

- iii. Takas-mahsubun ileri sürülmesi şartları;
 - iv. Sigorta işletmesinin taraf olduğu akitler üzerinde iflâsın hukukî sonuçları;
 - v. Derdest davalar hariç (S II m.292), iflâsın sigorta işletmesinin davalı ya da davacı olduğu bireysel dava ve takipler üzerindeki hukukî sonuçları;
 - vi. Sigorta işletmesinin masasına yazdırılabilecek alacaklar ve iflâsın açılmasından sonra doğan alacaklara yapılacak muamele;
 - vii. Alacakların masaya yazdırılması, incelenmesi ve kabulü;
 - viii. Paraların paylaşılması, alacakların sırası ve iflâsın açılmasından sonra bir aynî hak ya da takas-mahsup neticesinde alacağını kısmen tahsil etmiş alacaklıların hakları;
 - ix. Özellikle konkordato ile olmak üzere, iflâsın sona ermesi şartları ve hükümleri;
 - x. İflâs tasfiyesinin sona ermesinden sonra alacaklıların hakları;
 - xi. İflâs tasfiyesi süresince yapılan masraf ve harcamalara kimin katlanacağı;
 - xii. Alacaklıların (tümünün) zararına olan hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü, iptali ve dermeyan edilemezliği,
- yuva üye devletin hukukuna tâbi hukukî sorunlar olarak bildirilmektedir.

C. Tasfiye Usulünün Hukukî Sonuçları Hakkında

Kabul Edilen Özel Hükümler

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin toplu tasfiye usullerinin, bu bağlamda iflâs yolu ile tasfiyenin bazı hukukî sonuçları itibariyle üye devletlerin iç hukuklarını çeşitli konularda uyumlaştırma amacı bu başlık altında ele aldığımız

hükümlerde izlenebilmektedir. Sigorta alacaklarının göreceği muamele (S II m.275), malvarlığı özel sicili (S II m.276), garanti planının alacaklılara halefiyeti (S II m.277), imtiyazlı alacakların karşılıklarının malvarlığı ile temsili (S II m.278), sigorta işletmesinin yetkisinin (faaliyet izninin) kaldırılması (S II m.279), tasfiye usulünü başlatan kararın yayımlanması (S II m.280), bilinen alacaklılara bildirim (S II m.281), alacakların yazdırılması (S II m.282), bildirim şekli ve dili (S II m.283) ve alacaklıların düzenli olarak bilgilendirilmesi (S II m.284) başlıklı hükümler ilgileri ölçüsünde birlikte veya ayrı ayrı, aşağıda ele alınmıştır.

1. Sigorta İşletmesinin Faaliyet İzninin Kaldırılması

Yuva üye devletin gözetim makamı sigortalıların menfaatlerini koruyucu tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Sigorta işletmesi hakkında iflâs veya başka bir tasfiye usulünün başlaması halinde, eğer daha önce kaldırılmamışsa, tasfiye amacı için gerekli olan ölçü dışında ve m.144'de bildirilen usulde sigorta işletmesinin faaliyet izni yuva üye devletin gözetim makamı tarafından kaldırılacaktır (S II m.279/1, m.144).²⁹ Gözetim makamı bu durumda ayrıca varlıkları üzerinde sigorta işletmesinin tasarruf yetkisini de sınırlandıracaktır. Yine yuva üye devletin gözetim makamı, durumu diğer üye devletlerin gözetim makamlarına bildirecektir.

Faaliyet izninin kaldırılması, iflâs idaresi veya diğer yetkili kişinin tasfiye amacına uygun veya gerekli olduğu ölçüde sigorta işletmesinin faaliyetlerinden bazılarını yürütmesine engel değilse de, yuva üye devlet bu faaliyetlerin kendi gözetim makamlarının rızası ve gözetimi altında yürütülmesi şartını arayabilir (S II m.279/2).

2. Bilinen Diğer AB Alacaklılarına Bildirim

İflâsın açıldığı veya başka bir tasfiye usulünün başladığı, mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan bilinen alacaklılara şahsen ve yazılı olarak bildirilecektir (S II m.281/1). Bu bildirimde, özellikle süreler, süre aşımı halinde cezalar, alacakların yazdırılacağı

²⁹ Bkz. Mâli Yeterlilik II, Açıklamalar Par. 128.

makam veya merci, alacaklara ilişkin hususlar ve diğer tedbirler yer alacaktır (S II m.281/2 c.1). Ayrıca, alacakları imtiyazlı ya da aynı hakla teminat altına alınmış alacaklıların alacaklarını masaya yazdırmaları gerekip gerekmediği de aynı bildirimde belirtilecektir (S II m.281/2 c.2). Sigorta alacakları bakımından ise, iflâsın sigorta akitleri üzerindeki genel hukukî sonuçları, özellikle sigorta akitlerinin ve işlemlerinin hükümlerinin son bulacağı tarih, sigortalının sigorta akdi veya işleminden doğan hak ve yükümlülüklerine yer verilecektir (S II m.281/2 c.3).

Öte yandan, iflâs idaresi/tasfiye memuru, tasfiyenin gidişatı hakkında da alacaklıları düzenli olarak haberdar etme yükümlülüğü altındadır (S II m.284/1). Yine, üye devletlerin gözetim organları da tasfiyenin gidişatı hakkında iflâsı açan veya tasfiyeyi başlatan üye devletin gözetim organlarından bilgi talep edebilir (S II m.284/2).

3. Diğer AB Alacaklarının Yazdırılması

Avrupa Birliği alacaklıları arasında alacakların yazdırılması ve sırası konuları itibariyle eşit işlem yapma düşüncesi yetkili makamlara ayrımcılık yapma yasağı getirir. Bununla birlikte, yasak Topluluk düzeyinde (S II m.282/2 c.2) olup, alacaklıların eşitliği ilkesi Avrupa Birliği alacaklıları bakımından teminat altına alınmıştır.

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.282/1 uyarınca, sigorta işletmesinin yuva üye devletinden başka bir üye devlette mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi bulunan alacaklılar, Avrupa Birliği üyesi devletlerin *kamu kurumları dâhil*, alacaklarını yazdırabilir ve alacaklarına ilişkin hususları yazılı olarak ileri sürebilirler. Böylece, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.282/1, 2001/17/EC Direktifi (m.16/1) ile izlenen yaklaşımı sürdürerek, sadece özel hukuk kişilerine değil, Avrupa Birliği üyesi devletlerin kamu kurumlarına da alacaklarını iflâs masasına yazdırma hakkını tanımaktadır.

Yuva üye devletin aramadığı haller dışında, alacaklılar, varsa alacağı destekleyen belgelerin bir suretini göndererek, talebin niteliğini, miktarını, doğduğu tarihi, imtiyaz, aynı teminat veya mülkiyeti muhafaza iddialarını ve aynı teminat söz konusu olan halde teminatın kapsamındaki malları bildireceklerdir (m.282/3). Sigorta alacaklarına Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.275 uyarınca tanınan önceliğin ise bildirilmesi gerekmemektedir (S II m.282/3).

4. Alacakların Sırası ve Sigorta Alacakları

Yuva üye devlette mutad meskeni, yerleşim yeri veya idare merkezi bulunan alacaklılar ile aynı nitelikte bir alacak hakkına sahip olup diğer Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde mutaden sakin, yerleşim yeri sahibi veya idare merkezi bulunan alacaklılara eşit işlem yapılacak ve aynı sıra verilecektir (S II m.282/2 c.1).

Sigorta alacaklarının sırası söz konusu olduğunda ise, üye devletler Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.277’de yer alan yöntemlerden birini veya her ikisini birlikte kabul edebilirler (S II m.275/1). Sigorta alacakları, doğrudan sigorta işinde madde 2(3)(b) ve (c) de öngörülen herhangi bir işlemde veya sigorta akdinden doğan ve sigorta işletmesine karşı doğrudan dava hakkı bulunan herhangi bir zarar görene/ lehtarlara/ poliçe sahiplerine/ sigortalı kişilere karşı sigorta işletmesinin, -borcun bazı unsurları henüz bilinmediğinde bu kişilere ayrılan miktarlar da dâhil- borçlandığı miktar olarak tanımlanmıştır (S II m.268/1-g). Ayrıca sigorta alacağı tanımı kapsamında (g) bendinde bildirilen sigorta işlemi veya akdinin, iflâs veya başka bir tasfiye usulünün açılmasından önce akdi veya işlemi idare eden hukuka uygun olarak iptali veya yapılmaması sebebiyle sigorta işletmesinin borçlu olduğu primler de sigorta alacağı olarak kabul edilmiştir (S II m.268/1 son).

Mâlî Yeterlilik II Direktifi, üye devletlerin aşağıda bildirdiğimiz iki yöntemden en az birine göre sigorta alacaklarına öncelik tanınmasını aramaktadır. Bununla birlikte, sigorta alacaklılarının haklarına o üye devlette bir garanti plânının halef olduğu hallerde, garanti planının alacaklarına öncelik tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır (S II m.277).

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.275/1’de bildirilen ilk yöntemde göre, sigorta alacakları, teknik karşılıkları temsil eden malvarlığı kalemleri üzerinde diğer alacaklara nazaran mutlak önceliğe sahip olacaktır (m.275/1-a).³⁰ Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.275/1’de bildirilen ikinci yöntemde göre ise, sigorta alacakları, sigorta işletmesinin tüm malvarlığı üzerinde, diğer alacaklara nazaran mutlak önceliğe sahip olacaktır (S II m.275/1-b). Bununla birlikte, ikinci yöntemin tercih edildiği hallerde, işçilerin iş akitlerinden veya iş ilişkilerinden doğan alacaklarına, kamu kurumlarının vergi alacaklarına, sosyal güvenlik sistemle-

³⁰ Bu yöntemin tercih edilmediği hallerde, her sigorta işletmesi idare merkezinde m.276 uyarınca özel defter tutmak ve güncel halde bulundurmakla yükümlüdür (S II m.275/3).

rinin alacaklarına ve malvarlığı kalemleri üzerinde aynî haklara konu yapılmış alacaklara sigorta alacaklarına nazaran daha üst bir sıra verilmesi mümkündür.

Son olarak, üye devletlerin, kendi hukuklarına göre tasfiye usulünün yürütülmesinden, iflâs tasfiyesi veya başka bir tasfiye usulünden doğmuş alacaklara sigorta alacaklarına nazaran kısmen veya tamamen öncelik tanıyabileceğini ekleyelim (S II m.275/2). Örneğin, iflâsı açan kararın diğer üye devletlerin ülkesinde tutulan tapu sicili, ticaret sicili ve diğer kamu sicillerine şerh verilmesi işlemleri sebebiyle yapılan harcamalar (S II m.294/2) bu kapsamdadır.

5. Ipse Iure Hukukî Sonuç Doğurma

Sigorta işletmesi hakkında yuva üye devletin ülkesinde açılan ve sigorta işletmesinin diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan şubelerini de kapsayan iflâsın veya başka bir tasfiye usulünün hüküm ve sonuçlarının yuva üye devletin ülkesinde hüküm ifade ettiği andan itibaren diğer üye devletlerin ülkesinde de kendiliğinden ve aynen hüküm ifade etmesi kabul edilmiştir (S II m.273/2). Mâlî Yeterlilik II Direktifinin bu düzenleme tarzında hukukî sonuçların *ipse iure* doğması söz konusudur. Bu husus, herhangi bir şarta bağlı olmadığı gibi herhangi bir hukukî engel ya da itiraz yolu da getirilmemektedir.

İflâsı açan karar, yuva üye devletin ülkesinde, mahallî hukuka uygun olarak yayımlanır. Kararın özütü de Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde ilân edilir (S II m.280/I). İflâsın açıldığı yuva üye devletin gözetim makamlarına bildirilir. Yuva üye devletin gözetim makamları da durumu, diğer üye devletlerin gözetim makamlarına olası pratik hukukî sonuçları ile birlikte ivedilikle bildirmelidir (S II m.273/3). Bununla birlikte, bildirim ve yayım iflâs kararının hukukî sonuçlarının *ipse iure* doğması ile ilgili hususlar değildir. İflâs kararı yürürlük kazandığı anda diğer üye devlet ülkelerinde kendiliğinden hukukî sonuç doğuracaktır. Tasfiye usulünün hukukî sonuçlarının Topluluğa bu surette yayılmış olmasıyla yuva üye devletin yetkili makamlarının Avrupa Birliği içi münhasır yetkisi de güçlendirilmiş olmaktadır.

Belirtelim ki, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.273/2’de yer alan “sigorta işletmesinin diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan şubelerini de kapsayan” ibaresi, bu paragrafta Avrupa Birliği sigorta işletmeleri hakkında başlatılan tasfiye usullerinin hukukî sonuçlarının düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

Üçüncü devlet sigorta işletmeleri hakkında şubelerin bulunduğu üye devletlerin ülkesinde başlatılan iflâs ve diğer toplu tasfiye usulleri ise ülkesel olup, sınır aşıcı etkisi bulunmamaktadır. Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin şubelerinin bulunduğu üye devletler her ne kadar yuva üye devletin yetkileriyle donatılmışsa da Mâlî Yeterlilik II Direktifi mahallî usullere sınıraşıcı sonuç bağlamamaktadır.

IX. Yuva Üye Devlet Hukukunun Uygulama Alanı

Dışında Kalan Konular

Mâlî Yeterlilik II Direktifi bazı hukukî sorunlar hakkında özel hükümler getirmektedir. Bu hükümler hem yeniden yapılandırma hem de tasfiye usulleri için sevk edilmiş ortak hükümlerdir. Bunlardan bağlama kuralı niteliği taşıyanlar, yeniden yapılandırma ve tasfiye usullerini -bu bağlamda iflâs yolu ile tasfiyeyi idare eden yuva üye devlet hukukunun uygulama alanını sınırlayacaktır.

Kamu Siciline Tescili Gereken Taşınmaz Mallar, Gemiler ve Hava Araçları Üzerinde Sigorta İşletmesinin Sahip Olduğu Haklar: Mâlî Yeterlilik II Direktifi, kamu siciline tescili gereken taşınmaz mallar, gemiler veya hava araçları üzerinde sigorta işletmesinin sahip olduğu haklar itibariyle yeniden yapılandırma (m.269) ve tasfiyeyi (m.274) idare hukukunun uygulama alanını sınırlandırmaktadır (S II m.285/c). Kamu siciline tescili gereken taşınmaz mallar, gemiler ve hava araçları üzerinde sigorta işletmesinin sahip olduğu haklara ilişkin hukukî sorunlar, yeniden yapılandırma ile tasfiye hallerinde de münhasıran sicilin otoritesi altında tutulduğu üye devletin hukukuna bağlanmıştır.

B. Bireysel İş Akitleri ve İş İlişkileri

Mâlî Yeterlilik II Direktifinin sigorta işletmesinin yeniden yapılandırılması (m.269) ve tasfiyesini (m.274) idare eden hukukunun uygulama alanına getirdiği diğer bir sınırlama iş akitleri ile iş ilişkileri hakkındadır (S II m.285/a). Hükümde sözü edilen iş akitleri ve iş ilişkileri, bireysel iş akitleri ile iş ilişkileridir. Bireysel iş akitleri ve iş ilişkileri, iş akdini idare eden *üye devletin hukukuna* (S II m.285/a) bağlanmıştır.

Bireysel iş akitleri ve iş ilişkilerini idare eden üye devletin hukuku (S II m.285/a) akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki AB düzenlemelerine göre tayin edilecektir. Böylece, iş akitleri ve iş ilişkilerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak üye devletin hukukunun tespiti, Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon³¹ m.6 (Roma Konvansiyonu)³² ve Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük (Roma I Tüzüğü, RIT)³³ m.8’de yer alan yeknesak hükümlere tâbidir.

Her iki hukukî düzenlemede de taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verilmiştir (Roma K. m.8/1, RIT m.8/1). Bununla birlikte, *hukuk seçiminin yokluğunda akdi idare edecek hukukun*, Roma Konvansiyonuna göre “emredici kuralları” (Roma K. m.6/1), Roma I Tüzüğüne göre ise, “akit ile aksi kararlaştırılmayacak kuralları” (RIT m.7/1) asgarî koruma standardını oluşturur. Bu hukukun bildirilen vasfı taşıyan kurallarının kabul ettiği ölçünün altında bir hukukî muameleyi her iki düzenleme de reddeder. Koruyucu hukukun kabul ettiği ölçünün altında yer alan hükümlere sahip seçilen hukuk kaçınılmaz olarak koruyucu hukukun sınırlaması ile karşılaşacaktır.

Hukuk seçiminin yokluğunda akdi idare edecek hukuk, birinci sırada, işçinin işini mutaden yaptığı ülkenin hukukudur (Roma K. m.6/2-a; RIT m.8/2). Roma I Tüzüğü m.8/2 uyarınca, mutad işyerinin yokluğunda işçi iş akdini mutad olarak hangi *ülkeden* ifa ediyorsa o ülkenin hukuku uygulanır. Her iki düzenleme de geçici çalışmaları, mutad işyeri değişikliği olarak kabul etmez.

³¹ 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), O.J. C 27, 26/01/1998. *Konvansiyonun raporu* için bkz. Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde, O.J. C 282, 31.10.1980, s.1-47 (Giuliano-Lagarde Raporu).

³² Üye devletlerin ana ülkeleri dışında egemenlikleri altında bulunan mahallerde, yer itibarıyla uygulama alanına girmesi kaydıyla Roma Konvansiyonu uygulanmaya devam edilecektir. Yine Danimarka Roma I Tüzüğü ile ilgili olarak *opt-out* hakkını kullanmış bulunduğu Roma Konvansiyonunu uygulamaya devam etmektedir. Ayrıca 17.12.2009 tarihinden önce akdedilmiş akitlere de yine Roma Konvansiyonu hükümleri uygulanacaktır: Bkz. RIT m.24, m.28, RIT Açıklamalar Par. 46. Ayrıca bkz. aşa dn.36.

³³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O.J. L 177/6, 04/07/2008; ayrıca bkz. Corrigendum to Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O.J. L 309/87.

Birinci sırada yer alan hakuklar bulunmuyorsa, ikinci sırada, işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır (Roma K. m.6/2-b; RIT m.8/3).

Son sırada, hukuk seçiminin bulunduğu hâl hariç, bireysel iş akdi ya da iş ilişkisi ile yukarıda bildirilen ülkelerden daha sıkı ilişkili bir ülke varsa o ülke hukukunun uygulanacağı bildirilmiştir (Roma K. m.6/2; RIT m.8/4).

İş akdi veya iş ilişkisini idare eden hukukun bir üye devletin hukuku olmadığı hallerde, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.285/a hükmü uygulanamaz. Bu durumda, yeniden yapılandırma (m.269) ve tasfiyeyi (m.274) idare eden yuva üye devletin hukukunun uygulanacağını kabulü gerekir.

C. Taşınmaz Malı İktisap veya Yararlanma

Hakkı Veren Akitler: Mâlî Yeterlilik II Direktifinin sigorta işletmesinin yeniden yapılandırılması (S II m.269) ve tasfiyesi (S II m.274) halinde yetkili hukuka getirdiği bir diğer istisna, taşınmaz malların iktisabı veya taşınmaz maldan yararlanma hakkı veren (örneğin kira sözleşmesi) akitler hakkındadır. Taşınmaz malların iktisabı veya ondan yararlanma hakkı veren akitlere ilişkin tüm hukukî sorunlar hakkında, evrensel bir bağlama kuralı olarak kabul görmüş “taşınmazın bulunduğu üye devletin hukukuna” (*lex [loci] rei sitae*) (S II m.285/b) bağlanmıştır. Bununla birlikte, hüküm Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunan taşınmazları konu edinen sözleşmeler hakkında uygulanır. Avrupa Birliği üyesi devletlerin ülkesinde bulunmayan taşınmazların iktisap veya taşınmazdan yararlanma hakkı veren sözleşmeler yeniden yapılandırma (m.269) ve tasfiyeyi (m.274) idare eden yuva üye devletin hukukuna tâbidir.

D. Takas – Mahsup Talepleri

Takas-mahsubun şartları (S II m.274/2-1) ile takas-mahsup konusu edilen alacağın, hükümsüzlüğü, iptali ve dermeyan edilemezliğine (S II m.288) ilişkin hukukî sorunlar, *yuva üye devletin hukukuna* tâbidir. Bununla birlikte, Mâlî Yeterlilik II Direktifini alacaklılara tanıdığı ek ve münferit bir imkân sebebiyle yeniden yapılandırma (S II m.269) ve tasfiyeyi (S II m.274) idare

eden yuva üye devlet hukukunun uygulama alanı duruma göre sınırlanabilir.³⁴ Buna göre, sigorta işletmesi hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerine veya tasfiyeye karar verilmesi halinde, sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukukun kabul ediyor olması şartıyla, sigorta işletmesinin alacaklıları, sigorta işletmesinin taleplerine karşı takas veya mahsup ileri sürebilirler.

Hükümde getirilen imkân sigorta işletmesine aynı zamanda borcu bulunan alacaklıları ilgilendirmektedir. Böylece, sigorta işletmesi hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerine veya tasfiyeye karar verilmesi halinde borcunu tam olarak ödeyecek alacağını ise dağıtılacak tasfiye payı oranında elde edecek alacaklıların borçlarını alacaklarına saydırarak en yüksek faydayı elde edebilmeleri mümkün olabilecektir. Bu imkân münferit alacaklı lehine iken, masa mevcudunu azaltıcı sonucu sebebiyle diğer alacaklılar ve borçlu aleyhinedir. Buna rağmen, yuva üye devletin hukuku kabul etmiyor olsa bile *sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukukun* imkân tanıyor olması şartıyla sigorta işletmesinin alacaklılarının takas-mahsup taleplerinin kabulü gerekecektir (m.288/1).³⁵ Sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukukun öngörmesi şartına bağlı olarak tanınmış bu hakkı yuva üye devletin hukukunun engellemesi kabul edilmemiştir.

Hukukî sorun hem yuva üye devletin hukukunun hem de sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukukun alacaklılara takas mahsup ileri sürme imkânı tanınması noktasındadır. Takas mahsubun şartlarını yuva üye devletin hukukuna bağlayan Mâlî Yeterlilik II Direktifi, “yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usullerinin yürürlük kazanmasının sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukuk izin verdiği durumda takas-mahsup talebini etkilemeyeceğini” ifade etmekle, üstü kapalı olarak, bu imkânın kullanılmasını yuva üye devletin hukukunun alacaklıların takas-mahsup talebini kabul etmemesi şartına bağlamış görünmektedir. Bu sebeple, hem yuva üye devletin hukukunun hem de sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukukun alacaklılara takas mahsup talep etme imkânı tanıdığı hallerde, alacaklıların kendisi bakımından en uygun hükümleri haiz olan hukuka dayanamayacağını düşünüyoruz. Sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukuk alacaklı bakımından daha uygun şartlarla

³⁴ Bkz. Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.269/3 (yeniden yapılandırma) ve m.274/1 (iflâs).

³⁵ Ayrıca bkz. Regulation (EU) No 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), O.J. L 141, 05/06/2015; Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions (m.23), O.J. L 125, 05/05/2001.

kabul ediyor olsa da alacaklının o devlet hukukunun uygulanmasını talep edemeyeceği, bir başka ifadeyle duruma göre ileri sürebileceği bir seçimlik hakkının bulunmadığı fikrindeyiz.

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.288/1 hükmünde dikkati çeken bir diğer husus, sigorta akdinden doğan alacaklara yapılmış özel bir vurgu bulunmadığıdır. Bu sebeple, sigorta işletmesinin alacağının kaynağı, sigorta akdi³⁶ veya başka bir akit ya da başka bir borç ilişkisi olabilir. Şu halde, sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukuk, takas-mahsup ileri süren taraf ile sigorta işletmesi arasındaki borç ilişkisinin kaynağına göre tayin edilecektir. Sigorta işletmesinin alacağının kaynaklandığı borç ilişkisinin akitten, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olup olmadığına göre uygulanacak kanunlar ihtilafı hukuku kuralları değişeceğinden sigorta işletmesinin alacağını idare eden hukuk da farklılaşabilecektir.

Bu noktada, Mâlî Yeterlilik II Direktifinin akitten doğan borç ilişkileri ile akit dışı borç ilişkilerini idare eden hukuka yaptığı açık veya kapalı göndermeler sebebiyle, yeknesak ihtilâf kuralları içeren Avrupa Birliği düzenlemelerinin (tüzük ve sözleşmelerin) ilgili yuva üye devletin hukukunda yürürlükte olmaları koşuluyla³⁷ uygulama alanı bulacağına işaret edilmelidir. Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon (Roma K.) halen uygulama alanı bulmakla birlikte yerini büyük ölçüde Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzüğe (Roma I Tüzüğü) bırakmış; ayrıca Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 Sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü)³⁸ yürürlük kazanmıştır.

³⁶ Sigorta akdini idare eden hukukun Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü m.7'ye göre tayin edildiği hallerde (doğrudan sigorta) dikkati çeken husus, Roma I Tüzüğünü uygulamayan AB üyesi devletlerin dahi Roma I Tüzüğü m.7 kapsamına giren sigorta akitlerine uygulanacak hukukun tayini itibarıyla Tüzüğü uygulama yükümlülüğünün bulunduğu (S II m.178). Mâlî Yeterlilik II Direktifinin 178. maddesi hükmüne *Omnibus II* Direktifi ile getirilmiş bir değişiklik yoktur. Roma I Tüzüğü m.7 hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2012, s.78-88. Roma I Tüzüğünün yürürlük kazanmasından önceki döneme ait bir çalışma için bkz. Sedat SİR-MEN, *Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara, 2006, s.49-78 (Doktora Tezi- Çoğaltılmış Nüsha).

³⁷ Ayrıca bkz. yuk. dn.36.

³⁸ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), O.J. L 199/40, 03/07/2007.

Önemle işaret etmek gerekir ki, Roma Konvansiyonu ve ilgili tüzükler, kapsam dışı bıraktıkları konular (Roma K. ve Roma I) ile borçları (Roma II) bildirirken tasfiye (*winding up*) konusuna ilişkin belirlemelerde de bulunmuşlardır (Roma K. m.1/2-e, Roma I m.1/2-f; Roma II m.1/2-d). *Tasfiyeye ilişkin hukukî sorunlar*, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında kalan konular (Roma K. m.1/2-e, Roma I m.1/2-f), *tasfiyeden doğan borçlar* ise Roma II Tüzüğü'nün kapsamı dışında kalan borçlar olarak sayılmıştır. Bununla birlikte, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.288/1 karşısında Roma Konvansiyonu ve tüzüklerde yer alan dışlayıcı hükümler itibariyle AB hukuku bakımından anlamlı sonuçlara varabilmek için tasfiyeye ilişkin hukukî sorunların *yürürlük kazanmış tasfiye usulüne özgü konular*, tasfiyeden doğan borçların ise *yürürlük kazanmış tasfiye usulüne özgü borçlar* (tasfiye masrafları ve masa borçları) olarak anlaşılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık kapsamındaki usulleri idare eden yuva üye devletin hukukunun uygulama alanını Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.288/1 icabı sınırlandıracak yine yuva üye devlet hukukunun (mevcut veya müstakbel) bağımlı özel bağlama kuralının uygulama emri izlenerek Roma I Tüzüğü, Roma II Tüzüğü veya Roma Konvansiyonu hükümlerinin uygulama alanı bulması bu yorumla bizce mümkün olacaktır. Böylece, sigorta işletmesinin alacağı örneğin sözleşmeden doğmuşsa, duruma göre Roma Konvansiyonu m.3 veya m.4 ya da Roma I Tüzüğü m.17 göndermesi ile Roma I Tüzüğü m.3 veya m.4 uygulama alanı bulacak; sigorta işletmesinin alacağı haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa Roma II Tüzüğü hükümleri uygulanacaktır.

E. Düzenlenmiş Piyasalar

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.13/22, düzenlenmiş piyasaları geniş olarak tanımlamakta ve finansal piyasanın Avrupa Birliği üyesi devletlerden birinin ülkesinde bulunup bulunmamasına göre ayırma girmektedir.

Avrupa Birliği üyesi devletlerden birinde bulunan bir finansal piyasanın düzenlenmiş piyasa olarak kabulü 2004/39/EC Direktifi³⁹ (MiFID I) m.4/1-14'te yer alan tanıma uygundur (S II m.13/22-a).

³⁹ Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, O.J. L 145, 30/04/2004 (*MiFID I*).

Üçüncü bir devletin ülkesinde bulunan bir finansal piyasanın düzenlenmiş piyasa kabul edilebilmesi için ise, sigorta işletmesinin yuva üye devleti tarafından o piyasanın tanınması, finansal araç piyasaları hakkındaki 2004/39/EC Direktifinde aranan şartlara denk şartları taşıyor olması (S II m.13/22-b-i) ve o piyasada işlem gören finansal araçların yuva üye devletin düzenlenmiş piyasalarında işlem gören araçlarla benzer vasıfları taşıması gereklidir (S II m.13/22-b-ii). Belirtelim ki, finansal araç piyasaları hakkındaki 2004/39/EC Direktifi (MiFID I), 03.01.2018 itibarıyla, 2014/65/EU Direktifi⁴⁰ (MiFID II) ile yürürlükten kalkacak,⁴¹ MiFID I’de yer alan tanımlara yapılmış tüm göndermeler, MiFID II olarak anılan 2014/65/EU Direktifine yapılmış sayılacaktır (MiFID II m.94/3).

Yukarıda çizdiğimiz çerçeve içerisinde, düzenlenmiş piyasalar, bir piyasa işleteni tarafından işletilen ve/veya idare edilen ve sistem kurallarına göre kabulü yapılan finansal araçların ve finansal araçlar üzerindeki hakların üçüncü kişi tarafından çoklu alımının ve satımının bir araya getirildiği veya bir araya getirilmesinin kolaylaştırıldığı, takdire açık olmayan kurallara göre ve düzenli olarak ve akitle sonuçlanacak şekilde finansal araçların ticaretinin yapıldığı ve 2014/65/EU Direktifinin III. Başlık hükümlerine

⁴⁰ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, O.J. L 173/349, 12/06/2014. Yine, finansal araç piyasalarını düzenleyen ve 648/2012/EU Tüzüğünü değiştiren 600/2014 sayılı ve 15 Mayıs 2014 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*MiFIR*) (m.2/13), düzenlenmiş piyasa tanımı için 2014/65/EU (MiFID II) Direktifine gönderme yapmaktadır. Bkz. Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012, O.J. L 173/84, 12/06/2014. 2014/65/EU Direktifinin düzenlenmiş piyasaları tanımlayan hükmüne (m.4/1-21) 2016/1034/EU Direktifi ile getirilmiş herhangi bir değişiklik bulunmadığı gibi, 600/2014/EU Tüzüğünü değiştiren 2016/1033/EU Tüzüğünde de bu göndermeye ilişkin değişiklik yapılmamıştır. Bkz. Directive (EU) 2016/1034 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2016 amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments, O.J. L 175, 30/06/2016; Regulation (EU) 2016/1033 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2016 amending Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments, Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse and Regulation (EU) No 909/2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories, O.J. L 175/1, 30/06/2016.

⁴¹ Bkz. Directive (EU) 2016/1034; ayrıca bkz. Explanatory Memorandum to COM (2016)56-Amendment of Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments as regards certain dates, www.eumonitor.eu (Erişim: 14.12.2016).

uygun ve düzenli olarak faaliyet gösteren çok taraflı sistemlerdir (MiFIR m.2/13; MiFID II m.4/1-21).

Düzenlenmiş piyasalara taraf olan kişilerin hak ve borçları üzerinde yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün hukukî sonuçları, *piyasayı idare eden hukuka* bağlanmıştır (S II m.289/1). Finansal araçlar üzerinde üçüncü kişilerin sahip olduğu aynı haklar ayırık tutulmuştur (S II m.289/1, m.286). Sigorta işletmesi hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya bir tasfiye usulünün yürürlük kazanmasını genel olarak idare eden yuva üye devletin hukukunun uygulama alanı bu surette sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, piyasayı idare eden hukuka yapılan gönderme, düzenlenmiş piyasalara taraf olan kişilerin hak ve borçlarının yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün yürürlük kazanmasından etkilenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Sigorta işletmesi hakkında yürürlük kazanmış yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün düzenlenmiş piyasalara taraf olan kişilerin hak ve borçları üzerindeki hukukî sonuçlarını düzenlenmiş piyasayı idare eden hukuk tayin edecektir. Düzenlenmiş piyasayı idare eden hukuk, MiFID II Direktifi m.44/4 uyarınca, düzenlenmiş piyasanın sistemi içerisinde yapılan ticaretin kamu hukuku kurallarına tâbi olarak idare edildiği yuva üye devletin hukukudur.⁴² Burada sözü edilen yuva üye devlet, sigorta işletmesinin değil, “piyasanın” yuva üye devletidir. Piyasanın yuva üye devleti, kayıtlı bir piyasa söz konusu ise, kayıtlı merkezin bulunduğu üye devlet; piyasanın, kayıtlı olduğu üye devletin hukukuna göre kayıtlı işyeri yok ise, piyasanın idare merkezinin bulunduğu üye devlet olarak kabul edilmektedir (MiFID II m.4/55-b).

Diğer taraftan, ödemenin veya hukukî işlemin hükümsüzlüğü, iptali, dermeyan edilemezliği, bu halde de ileri sürülebilir. Bunlara ilişkin hukukî sorunlar, piyasanın yuva üye devleti hukukunun kabulü şartına bağlı olarak (S

⁴² 2014/57/EU sayılı Piyasa Suistimali Direktifi ile aynı konulu 596/2014/EU Tüzüğü hükümlerinin uygulanması saklı tutulmuştur. Bkz. Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), OJ. L 173/179, 12/06/2014; Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, L 173/1, 12/06/2014. Konu hakkında kısa bilgi için ayrıca bkz. M. ÖZER, *Avrupa Birliğinde Piyasa Bozucu Eylemler Düzenlemesi*, Gösterge, Güz 2016, s.31-33, www.tspb.org.tr (Erişim: 05.03.2016).

II m.289/2) sigorta işletmesinin yuva üye devletinin hukukuna tâbidir.

F. Alacaklıların Zararına Hukukî İşlemler

Alacaklıların zararına olan bir hukukî fiil veya işlemin bertaraf edilip edilemeyeceği (iptâl, hükümsüzlük, dermeyan edilememe) hususunda yetkili hukuk, yuva üye devletin hukukudur (S II m.269/3, m.274/2-1). Bununla birlikte, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.290, hukukî işlemde yarar sağlayan kişi lehine tasfiye usulünün yürürlük kazandığı hallerle sınırlı olduğu anlaşılabilir bir imkân tanımaktadır. Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.290'nın şartları varsa yuva üye devletin hukukunun uygulama alanı, hukukî fiil veya işlemi idare eden hukuk tarafından sınırlandırılmış olacaktır. Hukukî fiil veya işlemi idare eden hukuk, hukukî işlemin iptalini veya hükümsüzlüğünü kabul etmiyor ya da dermeyan edilebileceğini kabul ediyorsa tasfiye usulünün hukukî sonuçlarını yuva üye devletin hukukuna bağlayan m.274/2 hükmünün (1) bendi uygulanmaz. İspat yükü hukukî işlemde yarar sağlayan kişiye aittir (S II m.290).

Son olarak, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.290, yeniden yapılandırma ve tasfiyeye ilişkin ortak hükümler arasında bulunmakla birlikte yeniden yapılandırmayı idare eden yuva üye devlet hukukunun uygulama alanını bildiren m.269/3 itibariyle bir belirlemenin hükümde ihmal edildiğine işaret edelim.

G. Üçüncü Kişi Alıcının Korunması

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.291, sigorta işletmesi hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün yürürlük kazanmasından, örneğin iflâsın açılmasından sonra yapılmış olup bazı malları konu edinen satımlarda ivazlı tasarruf işlemlerine uygulanacak hukuk hakkındadır. Hakkında IV. Başlık kapsamındaki usullerin yürürlük kazanmasına örneğin iflâsın açılmasına rağmen, sigorta işletmesi:

- i. Bir taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmuşsa, taşınmazın bulunduğu üye devletin hukukunun;
- ii. Kamu siciline tescil edilen bir gemi ya da hava aracı üzerinde tasarrufta bulunmuşsa, otoritesi altında sicilin tutulduğu üye

devletin hukukunun;

- iii. Hukukî varlığı ya da devri hukukî düzenleme konusu yapılmış bir sicil ya da hesaba kaydedilmiş olduğunu varsayan veya bir üye devletin hukuku tarafından idare edilen bir merkezî mevduat sistemine yerleştirilmiş devredilebilen veya diğer menkul kıymetler üzerinde tasarrufta bulunmuş ise, sicilin, ilgili hesabın veya sistemin otoritesi altında tutulduğu üye devletin hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Hükümde belirtilen malvarlığı kalemlerini konu edinen ivazlı tasarruf işlemlerini idare eden hukuk, üye devletlerden birinin hukuku ise uygulanır. Bununla birlikte, Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.291 yetkili hukukunun idare edeceği hukukî sorunlar itibariyle bir belirlemede bulunmamaktadır. Nitekim m.291 hükmünün başlığı, yetkili hukukun uygulama alanını değil, kısmen konusunu (satım) ve amacını açıklamaktadır. Madde 291'in başlığı, üçüncü kişi alıcının korunması olmakla hükmün amacının IV. Başlık kapsamındaki usullerin başlamasından sonra yapılmış bir satım işlemi sebebiyle, sigorta işletmesinin, bildirilen malvarlığı kalemleri üzerinde bir tasarrufta bulunmuş olması halinde üçüncü kişi alıcının korunması olduğu ortaya çıkmaktadır. Ortak hükümler yuva üye devletin hukukunun uygulama alanını sınırlandırdığına göre, hükümde bildirilen sınırlar dâhilinde, hukukî işleme ilişkin tüm hukukî sorunlarla birlikte IV. Başlık kapsamındaki usullerin hukukî işlem üzerindeki hukukî sonuçlarını da tasarruf işlemi idare eden hukukun idare edeceği söylenebilir. Böylece, IV. Başlık kapsamındaki usullerin bulunmadığı ortamda hangi hukuk uygulanacaksa o hukukun uygulanmasına devam edilmesinin, hükmün başlığı da dikkate alındığında, üçüncü kişi alıcı bakımından hukukî bir koruma olarak değerlendirildiği ortaya çıkmaktadır.

H. Derdest Davalar

Mâlî Yeterlilik II Direktifi, sigorta işletmesinin üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı bir malı ya da hakkı konu edinen derdest hukuk davaları itibariyle toplu usullerin hukukî sonuçlarının, davanın açıldığı üye devletin hukukuna tâbi olduğunu kabul eder (S II m.292).

Sigorta işletmesinin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı mal ve hakları konu edinen davaların iflâsın açılması veya diğer bir tasfiye usulünün baş-

laması ile durup durmayacağı ve akıbetine ilişkin diğer hukukî sorunlar, mahallî hukuka bırakılmakla yuva üye devletin hukukunun uygulama alanı dışında kalacaktır. Dikkati edilmesi gereken husus, tüm derdest davaların değil, sigorta işletmesinin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı mal ve hakları konu edinen derdest hukuk davalarının düzenleme konusu yapıldığıdır. Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.292 kapsamında olmayan derdest davalar üzerinde toplu usullerin yürürlük kazanmasının hukukî sonuçları, yuva üye devletin hukukuna tâbidir.

Son olarak ekleyelim ki, AB sigorta işletmesinin yuva üye devletinin yetkisi ev sahibi üye devletlerde bulunan şubeleri de kapsadığı için bunlar hakkında IV. Başlık kapsamında birden fazla iflâs davası açılması olası değildir. Üçüncü devlet sigorta işletmeleri bakımından ise, bunların şubelerinin faaliyet gösterdiği ve yuva üye devlet yetkisiyle donatılmış üye devletlerde açılan iflâs davaları nitelikleri icabı mülkî hukukî sonuçlar doğuracağı için bir üye devlette başlatılmış tasfiye usulü iflâs bile olsa, hukukî sonuçlarını diğer üye devletlerin ülkesinde doğuramayacağından birbirlerinden etkilenmeyecektir. Yine, Dördüncü Başlık kapsamındaki usullerin mülkî hukukî sonuçlarının üçüncü devlet ülkelerine yayılması da olası değildir.

I. İdareci ve Tasfiye Memurunun Yetkisi

İdareci ve tasfiye memuru, atandığını belgelemek kaydıyla, görev ve yetkilerini diğer üye devletlerin ülkesinde kullanma yetkisine sahiptir (S II m.293/2).⁴³ İdareci ve tasfiye memurunun görev ve yetkilerinin kapsamı uygulanacak hukuka tâbidir. Bununla birlikte, özellikle malların paraya çevrilmesi usulü ve işçilere bildirim konuları itibarıyla, ilgili üye devletlerin mahallî hukukuna uygun davranmak zorundadır (S II m.293/3 c.1).

İdareci ve tasfiye memurunun üye devletlerin ülkesinde zor kullanma (cebrî) yetkisinin bulunmadığı ve yetkili makamların yerine geçerek hukuk usulleri ile hukukî ihtilâflar konusunda karar veremeyeceklerine ilişkin cümle (Dir. 2001/17/EC m.27/3) Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.293'te yer

⁴³ Öte yandan, idareci, tasfiye idaresi veya yetkilendirilmiş bir başka kişi, toplu usulü başlatan örneğin iflâsı açan veya diğer bir tasfiye usulünü başlatan kararı diğer üye devletlerin ülkesinde tutulan tapu sicili, ticaret sicili ve diğer kamu sicillerine işlenmesini talep yetkisini haizdir (SI m.294/1 c.1).

almamıştır. Bu yöndeki sınırlamalara Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.293'te yer verilmediği üzere, bu konuların da yuva üye devletin hukukuna tâbi olduğu söylenebilir. Ayrıca, özellikle ev sahibi üye devletlerin ülkesinde alacaklıların karşılaşılabileceği zorlukların üstesinden gelme düşüncesiyle yardımcı veya temsilci niteliğinde mahallî idareci ya da tasfiye memuru tayin edilebileceğine de işaret edelim (S II m.293/2).

J. Üçüncü Kişilere Ait Aynî Haklar

Sigorta işletmesine ait olup, yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün yürürlük kazandığı anda, diğer üye devletlerin ülkesinde bulunan her türlü mal üzerinde alacaklıların veya 3. kişilerin sahip olduğu aynî hakların durumdan etkilenmemesi hedeflenmektedir. Bununla birlikte, bu başlık altında ele aldığımız Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.286 hükmü, sigorta işletmesi hakkında tasfiye usulünün yürürlük kazanması halinde üçüncü kişilerin sahip olduğu aynî hakların “hükümsüzlüğü, iptâle tâbi olduğu veya dermeyan edilemeyeceği” iddialarıyla dava açılmasına engel değildir (S II m.286/4). Anılan hukukî sorunlar, yuva üye devletin hukukuna göre araştırılacaktır (S II m.269/3, m.274/2-1).

Mal kavramı, geniş olarak ele alınmıştır. Bunlar, özel mallar ve zaman içinde bir bütün olarak değişiklik gösteren belirsiz mallardan oluşan mal toplulukları dâhil, fiziki/maddî varlığı olan (*tangible*) veya olmayan (*intangible*) ya da taşınır veya taşınmaz özellikteki mallardır.

Sigorta işletmesine ait bu nitelikteki mallardan toplu usulün yürürlük kazandığı anda yuva üye devletten başka bir AB üyesi devletin ülkesinde bulunanlar üzerinde kurulmuş olup m.286'nın ikinci ve üçüncü paragraflarında bildirilen haklar aynî hak kabul edilerek korunmak istenmiştir (S II m.286/1). Yanı sıra, kamu siciline kayıtlı olup üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek ve üzerinde m.286/1'de bildirilen şekilde aynî hak kurulabilecek haklar da aynî hak kabul edilmiştir (S II m.286/3).

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.286, aynî hakkın sahibine verdiği yetkilerden hangilerinin IV. Başlık kapsamındaki usullerin yürürlük kazanmasından etkilenmeyeceğini, başka bir deyişle hükmün sağladığı hukukî korumanın asgarî kapsamını, ikinci ve üçüncü paragraflarında bildirmektedir. Bunlar,

özellikle hapis hakkı ya da rehin hakkına dayanarak malları paraya çevirerek veya çevirtirerek malın satış bedeli veya gelirinden alacağını alma yetkisi (S II m.286/2-a); özellikle hapis hakkı ile temin edilmiş veya teminat amaçlı temlik edilmiş alacağın ödenmesini münhasıran talep yetkisi (S II m.286/2-b); yetkili tarafın rızası hilâfına maldan yararlanan ya da malı zilyetliğinde bulunduran kişiden malın aynını veya tazminini talep yetkisi (S II m.286/2-c); ve maldan faydalı yararlanma yetkisidir (S II m.286/2-d).

K. Mülkiyeti Muhafaza Kayıtları

Mâlî Yeterlilik II Direktifi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satımların hukukî niteliği konusunda milletlerarası özel hukukta mevcut çeşitli yaklaşımlar (aynî, akdî) sebebiyle olsa gerek, yeniden yapılandırma kararının veya tasfiye usulünün mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılmış satımlar üzerindeki hukukî sonuçlarını özel bağlama kurallarına değil, maddî hukuk kurallarına konu etmiştir. Amaç, karşı âkidin menfaatinin korunmasıdır. Bu sebeple olsa gerek, karşı âkidin gerçek ya da tüzel kişi olması, tâbiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni ya da idare merkezinin bulunduğu yer itibariyle ayırım yapılmamıştır. Bununla birlikte, belirtelim ki, herhangi bir tasfiye usulünün yürürlük kazanması hâline münhasır olarak, mülkiyeti muhafaza kaydının alacaklılara karşı hükümsüzlüğü, iptâle tâbi olduğu veya dermeyan edilemeyeceği m.274/2-1 bendi uyarınca dava yoluyla ileri sürülebilir (S II m.287/3).

Mâlî Yeterlilik II Direktifi m.287 sigorta işletmesinin, alıcı ya da satıcı olması halleri hakkında iki kurala yer vermektedir.

Sigorta işletmesinin alıcı olduğu hallerde, “satıcının” haklarının korunması amaçlanmaktadır. Sigorta işletmesi alıcı ise, hükümde belirtilen şartla satıcının mülkiyeti muhafaza kaydı sebebiyle sahip olduğu haklar korunacaktır. Satıcının korumadan yararlanabilmesi için, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmış olan mal, yeniden yapılandırma tedbirlerinin veya tasfiye usulünün yuva üye devlette yürürlük kazandığı anda başka bir üye devletin ülkesinde bulunmalıdır. Bu durumda satıcı, mülkiyeti muhafaza kaydı sebebiyle sahip olduğu hakları yeniden yapılandırma veya tasfiye usulünün yürürlük kazanmasına rağmen ileri sürebilecektir (S II m.287/1).

İkinci kural, sigorta işletmesinin satıcı olduğu haller hakkında olup,

“alıcının” haklarını korumayı amaçlar. Sigorta işletmesi, işletmeye ait bir malvarlığı kalemini mülkiyeti muhafaza kaydıyla satıp teslim ettikten sonra hakkında toplu usullerden biri yürürlük kazanmış ve o sırada mal yuva üye devletten başka bir üye devletin ülkesinde ise, sırf IV. Başlık kapsamında bir usulün yürürlük kazanmış olması akdin son bulması ya da feshi sebebi kabul edilmemiştir. Dördüncü Başlık kapsamında bir usulün yürürlük kazanmış olması hâlinde dahi alıcı, hükümde belirtilen şartlar altında malın mülkiyetini kazanabilecektir (S II m.287/2). Belirtelim ki, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmış olan malın teslim edildiği yer önem taşımamaktadır. Bu yer AB üyesi bir devletin ülkesi veya üçüncü bir devletin ülkesinde olabilir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım akdine konu olmuş malın toplu usulün yürürlük kazandığı anda hâlihazırda teslim edilmiş olması ve yuva üye devletten başka bir üye devletin ülkesinde bulunması alıcının korunması bakımından yeterlidir.

Sonuç

AB sigorta işletmelerinin tekil yetkilendirilmesi esasına paralel olarak bunlar hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerine karar verilmesi veya tasfiye usullerinden birinin başlatılması itibariyle AB düzeyinde teklik, evrensellik ve *ipse iure* hukukî sonuç bağlama esasları kabul edilmiştir. Üçüncü devlet sigorta işletmelerinin AB şubelerinin ise münferit olarak yetkilendirilmesi kabul edildiğinden yetki tanıyan her bir üye devletin yetkili makamları ülkesindeki şube hakkında yeniden yapılandırma tedbirlerine karar verme veya tasfiye usullerinden birini başlatma yetkisine sahiptir. Bu sebeple, üçüncü devlet sigorta işletmeleri bakımından çokluk ve ülkesellik esasları geçerli olup yürürlük kazanmış mahallî usullerin AB içinde dahi sınıraşıcı hukukî sonuçları bulunmamaktadır.

Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık hükümlerinde uygulanacak hukuk, kural olarak, bu başlık altında yer alan toplu usullere karar veren ya da başlatan yuva üye devletin hukukudur. Bununla birlikte, çeşitli hukukî sorunlar hakkında özel bağlama kuralları getirilmesi suretiyle bu hukukun uygulama alanı sınırlandırılmış; bazı hukukî sorunlar ise, bazen kat’i bazen de amaca yönelik ve metod tercihli maddî hukuk kuralları sevk edilmesi suretiyle halledilmiştir.

Sigorta işletmeleri hakkında çerçeve bir direktif olarak kabul edilen Mâlî Yeterlilik II Direktifinin “IV. Başlığı” hükümleri itibariyle yaptığımız inceleme neticesinde bu başlık hükümlerinin esas itibariyle 2001/17/EC Direktifi hükümlerine dayandığını söyleyebiliriz. Bu direktifin hükümleri, terim, ifade, sistematik ve yer yer esasa etkili hüküm düzeltmeleriyle Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık altında yeniden ifade edilmiştir. Bununla birlikte, gerek akitten doğan borç ilişkilerine gerek akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konularında AB kanunlar ihtilâfı hukukunda temel düzenlemeler düzeyinde önemli değişiklikler olmuş; yine finansal piyasalar hakkındaki düzenlemeler de değişmiştir. Bu sebeple Mâlî Yeterlilik II Direktifi IV. Başlık altında yer verilen özel bağlama kurallarından bir kısmının 2001/17/EC Direktifi hükümleri ile olan paralelliği bağımlı bağlama kurallarına konu yapılan hukukî sorunlara uygulanacak hukuk itibariyle görünüşte kalmıştır.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- ACAR, Onur, *Avrupa Birliği Solvency II Projesi, Editörün Notu, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği*, <http://www.tsb.org.tr/images/Documents/SolvencyII.pdf>.
- ARAT, Tuğrul, *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti*, Ankara, 1970.
- Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), O.J. L 294/1, 10/11/2001.
- Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings, O.J. L 110/28, 20/04/2001.
- Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions (m.23), O.J. L 125, 05/05/2001.
- Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, O.J. L 145, 30/04/2004 (MiFID I).
- Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast) (Text with EEA relevance), O.J. L 335/1, 17/12/2009.
- Directive 2014/51/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directives 2003/71/EC and 2009/138/EC and Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 1094/2010 and (EU) No 1095/2010 in respect of the powers of the European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority) and the European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), O.J. L 153/1, 22/05/2014.
- Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), O.J. L 173/179, 12/06/2014.
- Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive

- 2002/92/ EC and Directive 2011/61/EU, O.J. L 173/349, 12/06/2014.
- Directive (EU) 2016/1034 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2016 amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments, O.J. L 175, 30/06/2016.
- EKŞİ, Nuray, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2012.
- Explanatory Memorandum to COM (2016)56-Amendment of Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments as regards certain dates, www.eumonitor.eu.
- GÜNGÖR, Gülin, *Avrupa Birliği Hukukunda Sınır Aşıcı Aciz Usulleri Hakkında Hukukî Düzenlemeler*; Türkiye'nin Malî Alanda Topluluk Kazanımına Uyumu (30 Ocak - 16 Nisan 2002), Merkez Bankası Yayını, Ankara, 2004, s.217-257.
- GÜNGÖR, Gülin, *Tâbiyet Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZER, Mustafa, *Avrupa Birliğinde Piyasa Bozucu Eylemler Düzenlemesi*, Gösterge, Güz 2016, s.31-33, www.tspb.org.tr.
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), O.J. L 199/40, 03/07/2007.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O.J. L 177/6, 04/07/2008.
- Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, L 173/1, 12/06/2014.
- Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012, O.J. L 173/84, 12/06/2014.
- Regulation (EU) No 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), O.J. L 141, 05/06/2015.

Regulation (EU) 2016/1033 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2016 amending Regulation (EU) No 600/2014 on markets in financial instruments, Regulation (EU) No 596/2014 on market abuse and Regulation (EU) No 909/2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories, O.J. L 175/1, 30/06/2016.

Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde, O.J. C 282 (31.10.1980), s.1-47.

Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), O.J. C 27, 26/01/1998.

SİRMEN, S., *Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Sigorta Akitlerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara, 2006 (Doktora Tezi- Çoğaltılmış Nüsha).

Treaty establishing the European Community (Nice consolidated version), O.J. C 325/33, 24/12/2002, *eur-lex.europa.eu*.

NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU KAPSAMINDA YABANCI BOŞANMA KARARLARININ DOĞRUDAN TESCİLİ

DIRECT REGISTRATION OF FOREIGN DIVORCE DECISION UNDER THE CIVIL REGISTRATION ACT

Doç. Dr./Assoc. Prof. Burak HUYSAL*

Öz

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unun 50. maddesi uyarınca Türkiye'de sadece özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin ve mahkemelerce verilmiş yabancı kararların tanınması mümkündür. Buna ek olarak bir yabancı mahkeme kararı, sadece Türk mahkemelerince Türkiye'de tanınmasına hükmedilmesiyle kesin hüküm etkisine sahip olabilmektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 27/A ile yapılan değişiklik bu anlamda Türk hukukunda önemli bir yenilik getirmiştir. Söz konusu değişiklik kapsamında hem yabancı boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların-Türk mahkemelerince verilecek bir tanıma kararına ihtiyaç duyulmaksızın- doğrudan tescili yolu açılmış hem de bir mahkemenin müdahalesi olmaksızın gerçekleştirilen idari boşanma kararlarının sonuç doğurması sağlanmıştır. Çalışmamızda madde 27/A kapsamında doğrudan tescil usulünün koşulları ve Türk hukukunda yaratacağı etkiler incelenmiştir.

Abstract

According to the art. 50 of Turkish Private International Law and International Civil Procedure Act no. 5718, only the foreign private law decisions awarded by the courts could be the subject of recognition and execution. Besides, without a Turkish court's recognition decision, a foreign award can not have a final decision effect in Turkey. The new amendments of art. 27/A of Civil Registration Act has made substantial changes on the subject. The amendment has provided a direct registration –without any requirement of a court decision- of divorce decisions and other decisions that terminates marriage and also rendered administrative divorce decisions definitive without any court interference. This article will examine the conditions and effects of direct registration under art. 27/A Direct Registration of Foreign Divorce Decision Under The Civil Registration Act.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, burakhuysal@hotmail.com.

** Makale Gönderim Tarihi: 18.10.2017; Makale Kabul Tarihi: 15.12.2017.

Anahtar Kelimeler: *Nüfus Hizmetleri Kanunu, Tanıma, Doğrudan tescil, Yabancı adli boşanma kararı, İdari boşanma kararı.*

Keywords: *Civil Registration Act, Recognition, Direct registration, Judicial divorce decisions, Administrative divorce decisions.*

I- Giriş ve Konunun Ortaya Konulması

Milletlerarası özel hukukta aile hukukuna ilişkin sorunlar önemli bir yer tutmakta ve güncelliğini sürekli korumaktadır. Türk hukukunda geçtiğimiz bir yıllık dönemde çocukların korunması¹, velayet² ve nafaka³ konularında bir dizi milletlerarası anlaşma yürürlüğe girerek önemli yeniliklere yol açmıştır. Bu durum yaşayan hukuk karşısında var olan düzenlemelerin her zaman yenilenmesi ve geliştirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Milletlerarası aile hukuku alanında Türk hukuku bakımından son dönemde ortaya çıkan en önemli yenilik ise, evlilik birliğini sona erdiren boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların Türkiye’de sonuç doğurması konusundadır.

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararları bakımından temel ilke, yabancı bir kararın ancak tanıma ve tenfiz yoluyla kesin hüküm ve kesin delil etkisi yaratması ve icra kabiliyeti kazanması olup, yabancı bir mahkeme kararının tanıma ya da tenfize gerek kalmaksızın Türkiye’de doğrudan sonuç doğurması ilke olarak mümkün değildir (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 50 ve 58)⁴. Belirtmiş olduğumuz bu

¹ Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi (RG: 05.05.2016-29703).

² 11 No.lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (RG: 25.05.2016-29664).

³ Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin 2007 Tarihli La Haye Sözleşmesi (RG: 05.05.2016-29703).

⁴ Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 649; Cemal ŞANLI/ Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, 2016, s. 482-483; Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul, 2013, s. 1(Tenfiz); Pelin GÜVEN, *Tanıma-Tenfiz*, Ankara 2013, s. 19.

temel ilkenin bir diğer sonucu ise, aksine hüküm olmadıkça⁵, sadece yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilecek olmasıdır⁶.

Yukarıda söz ettiğimiz gelişmelerden, 690 sayılı KHK ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa (NHK) 27. maddesine eklenen ve “*Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili*” başlığı taşıyan düzenleme incelmemizin konusu oluşturmaktadır⁷. Bu yeni düzenleme milletlerarası özel hukuk bakımından iki önemli yenilik getirmektedir. Bunlardan ilki, Türk hukukunda ilk defa⁸ bir yabancı mahkeme kararının tanınmaya ihtiyaç duymaksızın ülkemizde hüküm ve sonuç doğurabilecek olmasıdır. Düzenlemenin getirdiği ikinci önemli yenilik ise, evlat edinmeye ilişkin yabancı idari kararlar ve yabancı idari kararların tanınmasına olanak tanıyan milletlerarası anlaşmalar dışında, artık evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin yabancı idari kararların da Türkiye’de sonuç doğurabilecek olmasıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, MÖHUK dışındaki söz konusu istisnai düzenlemelerde yabancı idari makamlarca verilen kararlarının sonuç doğurması, ancak bu kararların MÖHUK uyarınca tanınması koşuluna bağlanmışken; NHK’nın, evlilik birliğine son veren yabancı idari makam kararlarının sonuç doğurmasında, Türk mahkemelerince tanıma kararı verilmesi koşulunu aramıyor olmasıdır.

Böylece NHK m. 27/A ile yapılan düzenleme sonucunda, kanunda aranan koşulların gerçekleşmesiyle, yabancı ülkelerde mahkeme veya idari makamlarca evlilik birliğini sona erdiren boşanmaya, evliliğin butlanına,

⁵ Yabancı mahkemeler dışında verilen kararların Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurması ise ilke olarak sadece buna imkan veren bir milletlerarası anlaşma ya da kanun hükmüyle mümkün olabilmektedir. Bu anlamda örnek olarak Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (RG: 06.11.1980-17152) ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30 gösterilebilir.

⁶ Yabancı mahkeme kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz.: Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, 2016 Ankara, s.108-109; EKŞİ, *Tenfiz*, s. 109-120. Tanınmanın kavramsal olarak özel hukuka ilişkin idari makam kararları ve ara kararları da kapsayan bir yapısı olduğu ve Türk hukukundaki düzenlemelerin bu anlamdaki eksikliği konusunda bkz.: Fügen SARGIN/Rifat ERTEN, *MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y. 2014, S. 2, s. 79-80.

⁷ 690 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 29.04.2017-30052).

⁸ Bu anlamda önemli bir istisna 30.04.2013 tarihli Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge’dir. Konu bir alt başlıkta ele alınacaktır.

iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların Türkiye’de bir mahkemece tanınmasına gerek kalmaksızın doğrudan tescili olanağı getirilmiştir. Bu kararların sonucu olarak hükmedilen nafaka, velayet ve mal rejimine ilişkin ferî sonuçların Türkiye’de kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğurması ile icrası ise ancak ilgili hükümlerin MÖHUK kapsamında tanınması ve tenfizi yoluyla mümkün olacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan değişikliğin detaylarına geçmeden önce, kısaca böyle bir düzenlemenin NHK’da yapılmasının uygun olmadığını da ortaya koymak gerekmektedir. Gerçekten, düzenleme konusu ve yarattığı sonuçlar bakımından esas etkisini milletlerarası özel hukuk alanında doğurmaktadır. Madde metnine bakıldığında, hükmün MÖHUK’un tanıma ve tanımanın koşullarına ilişkin kurallarıyla sıkı bir ilişki içerisinde olduğu rahatlıkla tespit edilebilmektedir. Belirli bir hukuk alanına ilişkin düzenlemelerin farklı kanunlara yayılması uygulamada özellikle yeknesaklık ve hukuk güvenliği bakımından sorunlar yarattığı gibi, konuya ilişkin temel kanunun ana ilkeleriyle ve ruhuyla da çeşitli uyumsuzluklar yaratmaktadır. Diğer taraftan Türk doktrininde idari boşanma kararlarının tanınması konusunda önemli bir eğilimin bulunduğu da aşağıda açıkça görülecektir. Tüm bu unsurlar dikkate alındığında, konunun NHK’da düzenlenmiş olması kanaatimizce doğru olmamıştır.

II- Nüfus Hizmetleri Kanununda Yapılan Değişiklik Öncesi Durum

1. Genel Olarak Adli Olmayan Boşanmalar

Yabancı ülkelerde idari makamlarca verilmiş olan, evlilik birliğini sona erdiren kararların ve özellikle de boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması meselesi doktrinde oldukça tartışılan ve üzerinde fikir birliği bulunmayan bir konudur. İlke olarak yabancı ülkelerde yargı organlarının kurucu bir katılımı olmaksızın verilen kararlar, karar bir mahkemece verilmediği ve bu nedenle de tanıma kararına konu olamayacakları için MÖHUK m. 50 nedeniyle Türkiye’de etki doğurmazlar⁹. Bunun istisnası konuya ilişkin özel

⁹ Tuğrul ARAT, *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, AÜHFD, C. 21, s. 1-4, 1964, s. 500; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 500; Kararı veren mahkemenin yabancılık ve mahkeme unsurları bakımından detaylı bilgi için bkz.: Berivan GÖKÇENAY, *Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları*,

bir kanun ya da milletlerarası anlaşmanın var olmasıdır¹⁰. Bununla birlikte özellikle yabancı ülkelerde eşlerin belediyeler, noterler, diplomatik misyon ve konsolosluklar ile dini makamlar huzurunda ve bazen de bu makamların da müdahalesi olmaksızın boşanabildikleri bir gerçektir¹¹. Günümüzde belirli şartlarla Rusya’da noter huzurunda¹², Danimarka ve Norveç’te vali ya da belediye başkanı kararıyla¹³, Japonya’da belediye tescili ile¹⁴, İsrail

(Yayınlanmamış Doktora Tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2009.

¹⁰ Türkiye’nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı milletlerarası anlaşma hükümleri kapsamında yabancı mahkeme kararlarının doğrudan tanınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Ebru ŞENSÖZ, *Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü*, “10. Yıl’a Armağan” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22, 2012/2 s.389. Yabancı idari kararların Türkiye’de tanınması bakımından istisnai düzenleme NHK m. 30’da yer alan ve yabancı idari makamlarca gerçekleştirilen evlat edinme kararlarının Türkiye’de mahkeme kararıyla tanınmasına olanak tanıyan hükümdür. Konumuza ilişkin olarak yabancı idari kararların tanınması bakımından göz önünde bulundurulması gereken sözleşme ise Türkiye’nin 1975 yılında tarafı olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşmedir (RG. 14.09.1975-15356). Sözleşme akit yabancı devletlerde verilen evlilik bağının sona ermesine, gevşetilmesi, varlığına ve yokluğuna ilişkin kararların diğer akit devletlerde tanınmasını sağlamaktadır. Sözleşmenin konumuz bakımından önemi ise taraf devletlerde hem adli hem de idari makamlarca verilen kararların tanınmasına olanak tanınmasıdır. Sözleşme ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: EKŞİ, *Tenfiz*, s. 393 vd.; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*, GÜHFD, Ata Sakmar’a Armağan, S. 1, Y. 2011, s. 574-581.

¹¹ Yabancı ülkelerde adli makamların müdahalesi olmaksızın gerçekleşen boşanmalarla ilgili detaylı bilgi ve örnekler için bkz.: Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, İstanbul, 2012, s. 39 vd. (*Boşanma*).

¹² 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanunu madde 100.

¹³ Norveç’te çoğu boşanma valiler (*Fylkesmannen*) tarafından gerçekleştirilmektedir. Eşlerin valilik nezdinde boşanabilmeleri için en az 1 yıl ayrı evlerde yaşamış olmaları gerekmektedir. Eşlerden biri boşanmak istemediği takdirde, vali tekrar bir yıl ayrı yaşama kararı verebilme yetkisine sahiptir. Vali’nin verdiği boşanma kararı “ilam” niteliğinde olup, bu karara karşı temyiz yolu açıktır. Danimarka hukukunda ise boşanma konusunda yetki belediyelerdedir. Bkz.: Jan Erik KRISTIANSEN, *Norway, Divorce in Europe*, Vol. 3, (ed. R. CHESTER), Dverten, 2012, s. 53-54; Patric PARKINSON, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, 2011, s. 201-202.

¹⁴ Japon hukukunda çiftler, Kyogi Rikon adı verilen bu boşanmalarda anlaşmalı olarak boşanırlar. Taraflar boşanmanın velayet de dahil tüm sonuçları hakkında anlaşarak bu anlaşmalarını, bir hukuki denetim olmaksızın, dolduracakları bir form ile belediyeye tescil ettirmek suretiyle boşanmayı gerçekleştirebilirler. Detaylı bilgi için bkz.: J. McCauley

ve İslam Hukuku¹⁵ ile yönetilen bazı ülkelerde ise bazen bir dini makamın tescili, bazen dini mahkemenin onayı ve bazen de hiç bir makamın müdahalesi olmaksızın eşler boşanabilmektedir.

Var olan bu durum karşısında, 690 sayılı KHK ile yapılan değişiklik öncesi dönemde, söz konusu adli olmayan boşanmaların Türkiye’de tanınıp tanınamayacağı ve sonuçları konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmalar, NHK m. 27/A ile getirilen düzenlemede yer alan koşulları taşımayan boşanmalara ilişkin güncelliğini korumaya devam edecektir. Çalışmamızın kapsamı sadece NHK m. 27’ye eklenen yeni hükümle sınırlı olduğundan, konuya ilişkin görüşler, sadece konunun gelişimine ışık tutması bakımından bu çerçevede ele alınacaktır.

Doktrindeki görüşleri değerlendirmeye geçmeden önce konu bakımından ayrı bir uygulama olarak karşımıza çıkan mavi kart sahiplerinin¹⁶ tarafı olduğu yabancı boşanma kararlarının Türkiye’de tescili konusuna değinmek istiyoruz. Konu Türk nüfus hizmetleri işlemleri uygulamasında 30.04.2013 tarihli Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge hükümleri çerçevesinde düzenlenmektedir¹⁷.

Yönergenin 10/3¹⁸ ve 17¹⁹ maddeleri uyarınca mavi kart sahipleri hak-

MATTHEW, *Divorce And The Welfare Of The Child In Japan*, Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. 20, No. 3, s. 595-596. (<http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/109/20PacRimLPolyJ589.pdf>)

¹⁵ Yahudi ve İslam hukukuyla yönetilen hukuk sistemlerindeki boşanmalar ve özellikle tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen boşanmalar için bkz.: EKŞİ, *Boşanma*, s.46-58; Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, İstanbul, 2006, s. 27-28.

¹⁶ Mavi kart TVK m. 28 kapsamında doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin ve üçüncü dereceye kadar olan altsoylarının söz konusu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren resmi belgedir.

¹⁷ Yönerge için bkz. (www.nvi.gov.tr)

¹⁸ Madde 10/3: “Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişilerin uyruğu bulunduğu ülke makamlarından almış oldukları karar ve idarî belgeler usulüne göre tasdik edilmiş ve onaylanmış ise, ayrıca 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tanınması veya tenfizi istenmez.”

¹⁹ Madde 17: “Boşanma kararlarının nüfus müdürlüklerine intikal etmesi halinde;

- a) Her iki kişi de Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı ise boşanma, kayıtlarına işlenir.
- b) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde, diğeri aile kütüklerinde kayıtlı ise, boşanma her iki kütüğe usulüne uygun olarak tescil edilir.
- c) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı diğeri yabancılar kütüğünde kayıtlı ise

kında verilen yabancı boşanma kararları, MÖHUK kapsamında söz konusu yabancı boşanma kararının Türk mahkemelerince tanınmış olması aranmaksızın, ilgili Türk nüfus siciline tescil edilmektedir. Yönerge kapsamında mavi kart sahibiyle evli Türk vatandaşları bakımından da boşanmalar Türk vatandaşı için aile kütüğüne doğrudan tescil edilmektedir. Değınmiş olduğumuz Yönerge -esas! itibariyle açıkça MÖHUK'a ve normlar hiyerarşisine aykırı olmasına rağmen- genelge yoluyla ve fiilen Türkiye'de bazı yabancı boşanma kararlarının doğrudan tescilinin yapıldığını göstermektedir. Üstelik Yönerge hükümleri, boşanma kararının tescili için neredeyse hiçbir koşul aramadan, sadece usulüne uygun olarak yetkili makamlarca onaylanmış olmasını yeterli görmektedir. Bu haliyle Yönerge açıkça MÖHUK'un 1. ve 58. maddelerine aykırı olduğu gibi, meşru bir amaca dayalı olmaksızın ayrıcalıklı bir sınıf da yaratmaktadır. NHK m. 27/A düzenlemeleri sonrasında ilgili yönergenin uygulanıp uygulanmayacağı ise hukuka aykırı bir genel düzenleyici işlem olması nedeniyle belirsizdir.

2. Adli Olmayan Boşanmaların Türkiye'de Sonuç Doğurabilmesine İlişkin Değışiklik Öncesi Dönemde Ortaya Konulan Görüşler

Hukumumuzda idari makamlarca verilen adli olmayan boşanma kararlarına Türkiye'de sonuç bağlanabilmesi konusundaki görüşler onlarca yıl eskiye uzanmaktadır. Genel görüş, dünyadaki gelişmelere bağlı olarak, Türkiye'de de yabancı idari boşanma kararlarının sonuç doğurmasına olanak sağlanması gerektiğı yönündedir. Ancak bu görüşler aşağıda da görüleceğı üzere biri hariç²⁰, meseleyi adli olmayan yabancı boşanmaların Türkiye'de tanınması ekseninde ele almış ancak adli ya da adli olmayan boşanmalara doğrudan sonuç bağlanması gerektiğı yönünde bir öneri ortaya konulmamıştır.

Konuya ilişkin ilk görüş, kişi halleri alanında büyük etkiler doğuran boşanmaların, önemli bir sebep olmadıkça Türkiye'de tanınmaları gerektiğı ve yabancı boşanma kararlarının tanınması taleplerinin sırf idari makamlarca verilmiş olması nedeniyle reddedilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı

boşanma her iki kütüğe de tescil edilir.

ç) *Eşlerden biri yabancı ise boşanma, Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişinin kaydına işlenir."*

²⁰ Bkz. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, İstanbul, 2017, s. 239.

yönündedir²¹. Benzer yöndeki diğer bir görüş ise, 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde savunulmuştur. Bu görüş uyarınca tanıma, tenfize göre farklı işlevlere sahiptir ve tanımanın temelinde yatan kazanılmış haklara saygı ilkesi, adli makamlar dışındaki makamlarca verilen boşanma kararlarının da tanınmasını gerektirmektedir²².

Konuya ilişkin diğer bir görüş ise, NHK'da yapılan değişiklik öncesinde konuya var olan hukuk bakımından yaklaşmaktadır. Buna göre, hukukumuzda sadece yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilebileceği, yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararlarının ise bir mahkeme kararı olmamaları nedeniyle Türk mahkemelerince tanınmayacağı yönündedir²³. Salt idari boşanmaların tanınamayacağını kabul eden diğer bir görüş ise, idari makamlarca verilmiş boşanma kararlarının bir yargı organınca denetlenmiş ve onanmış olması durumunda, bu idari kararların adeta bir mahkeme kararı haline geldiğini belirtmekte, bu yolla tanınmalarının mümkün olacağını ifade etmektedir²⁴. Yargıtay da doktrindeki bu görüşü benimseyen ve yabancı idari makamlarca verilen kararların tanınmasının mümkün olmadığını ortaya koyan kararlar vermiştir²⁵.

Konu hakkındaki üçüncü yaklaşım ise, var olan hukuk içerisinde adli olmayan boşanmaların tanınması mümkün olmasa da, idari makamlarca verilen bu boşanma kararlarının Türkiye'de dolaylı olarak etki yaratabileceği görüşündedir²⁶. Bu görüş uyarınca yabancı adli makamların iştir-

²¹ Ata SAKMAR, *Devletler Hususi hukukunda Boşanma*, 1976, İstanbul, s. 205 ve 217 (*Boşanma*).

²² Bilgin TIRYAKIOĞLU, *Yabancı boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 1996, s. 37.

²³ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 655; EKŞİ, *Boşanma*, s. 77; ÇELİKEL/ERDEM, s. 655; Ziya AKINCI/Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 47.

²⁴ DOĞAN, s. 108-109.

²⁵ Y. 2. HD, E. 3612, K. 4567, T. 13.04.1995 (Karar için bkz.: Aysel ÇELİKEL/Ergin NOMER/Kerem GİRAY/Emre ESEN, *Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 10. Baskı, İstanbul, 2010, s. 493-494); Y. 2. HD, E. 12495, K. 14188, T. 28.12.1988 (Karar için bkz. Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, İstanbul, 2007, s. 217-218).

²⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 492, dn. 305; ÇELİKEL/ERDEM, s. 655. Benzer sonuca çıktığı söylenebilecek bir diğer görüş ise Nomer tarafından ortaya konulmaktadır. Yazar, söz konusu kararların tanınmasının (teknik anlamda) mümkün olmadığını, ancak somut olayda yabancı idari makamın, MÖHUK'un tayin ettiği hukuku uygulamış

ki olmaksızın verilen bir boşanma kararı, mahkeme kararı olmadığı için Türkiye’de tanınma şartlarını haiz değildir. Ancak bu durum ilgili kararı tamamen etkisiz hale de getirmez. Bu gibi adli olmayan boşanma kararları, Türk mahkemelerinde bir tespit davasına konu yapılabilecek ve bu yolla idari makamca verilen karar Türk mahkemesi kararına bağlanmak suretiyle, tarafların tanımadan bekledikleri sonuca ulaşılmasına olanak tanıyacaktır.

Yukarıda kısaca değindiğimiz ve adli olmayan boşanmaların Türkiye’de sonuç doğurması gerektiği yönünde görüş bildiren tüm yazarlar, konuyu söz konusu boşanmaların Türkiye’de tanınması gerekliliği üzerinden hareket etmiştir. Hatta konu üzerinde özel bir monografi yazmış olan EKŞİ, Türk maddi hukukunda da noter ve nüfus müdürlükleri gibi idari makamlara kişileri boşama yetkisi verilmesi konusunda çalışmalar olduğunu belirtmiş ve yabancı adli olmayan boşanmaların Türkiye’de sonuç doğurabilmeleri bakımından da MÖHUK’da bir düzenleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır²⁷.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda genel yaklaşım yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması önündeki engelin (MÖHUK m. 50) kanun değişikliği ya da yorum yoluyla aşılmasıdır. NHK m.27/A adli olmayan boşanma kararlarına Türkiye’de sonuç bağlanması bakımından doktrindeki genel eğilime uygun gözükmektedir. Ancak doktrindeki beklenti söz konusu kararların, Türkiye’de mahkemeler eliyle tanınmasının sağlanması yönündedir.

III- Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Kapsamında Yapılacak Tescilin Hukuki İçeriği ve Tescil İçin Aranılan Koşullar

NHK’da yapılan değişiklik bu haliyle, bir önceki başlıkta değindiğimiz beklentilerin çok ötesindedir. Kanun yabancı boşanma kararlarını mahkeme ve idari karar ayrımı yapmaksızın, Türk mahkemelerinin adli denetimi dışına çıkartmıştır. Böylece, ilgili yabancı kararların tanınması zorunluluğu belirli koşullarla tamamen kaldırılmış ve bunun yerine, tescil edilme yoluyla

olması halinde ve uygulanacak hukukun da buna izin vermesi durumunda, boşanmanın bozucu yenilik doğuran sonuçlarının maddi hukuktaki etkilerinin Türkiye’de de kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. NOMER, s. 500.

²⁷ EKŞİ, *Boşanma*, s. 77.

bu kararların sonuç doğurması kuralı getirilmiştir. Aşağıda, yapılacak olan tescilin hukuki içeriği, tescil için aranan koşullar ile düzenlemenin olumlu ve olumsuz yanları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. Yapılacak Tescil İşleminin Hukuki İçeriği

NHK m. 27/A uyarınca yabancı adli ve idari makamlarca verilmiş olan boşanma ve evliliği sona erdiren kararlar koşulların gerçekleşmesi halinde ilgili Türk makamlarınca tescil edilecektir. Kanunda “tescil” kavramın tercih edilmesi, yapılacak işlemin hukuki içeriğinin ne olduğu sorusunu ortaya çıkartmaktadır.

Düzenlemenin yeni olması, doktrinde meselenin detaylı şekilde tartışılmasını engellemiştir. Konuya ilişkin ileri sürülen iki görüş mevcuttur. Bunlardan ilki yapılan düzenlemeyi MÖHUK’un öngördüğü sistem dışında yer alan bir “tanıma” olarak değerlendirmektedir²⁸. İkinci görüş ise, NHK m. 27/A’da yapılacak işlemin bir “doğrudan tanıma” olduğu yönündedir²⁹. Buna göre m. 27/A’da aranan koşulların gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda, Türk mahkemelerince MÖHUK m. 58 kapsamında bir tanıma kararı verilmesine gerek olmaksızın yabancı karar “doğrudan tanınarak” tescil edilecektir.

Doğrudan tanıma, doktrinde yabancı bir kararın diğer bir devlette tanıma kararı verilmesine gerek olmaksızın kendiliğinden, *ipso iure* sonuç doğurması olarak tanımlanmaktadır³⁰. Bu anlamda doğrudan tanıma talebe bağlı olmayacağı gibi, ilke olarak bir koşula da tabi tutulmamaktadır. Ancak bazı durumlarda, doğrudan tanımayı düzenleyen ilgili milletlerarası sözleşmelerde doğrudan tanıma için özel koşulların aranabildiği görülmektedir³¹.

Türk hukukunda doğrudan tanıma milletlerarası anlaşmalarla kabul edilmiştir³². Bu anlamda doktrinde NHK m. 27/A düzenlemesinin anlaşmalar yanında doğrudan tanımayı düzenleyen bir kanun hükmü olduğu yönündeki görüşün değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

²⁸ Rifat ERTEN, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Ankara, 2017, s. 194.

²⁹ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 237.

³⁰ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 127; EKŞİ, *Tenfiz* s. 2.

³¹ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 129.

³² Bkz. yukarıda, dn. 10.

Öncelikle, yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere doğrudan tanımada bir “talep” bulunması gerekmemektedir. Yabancı kararın kesin hüküm ve kesin delil etkisi kendiliğinden meydana gelmektedir. Bu tespite bağlı olarak görülmekte olan davada mahkeme, doğrudan tanınma koşullarını haiz bir yabancı kararı, tarafların talebini aramaksızın, “kendiliğinden” kesin delil ve kesin hüküm olarak kabul edecektir³³. Oysa ki, NHK m. 27/A’ya bakıldığında açıkça yabancı adli ve idari kararların tescili için tarafların birlikte başvurusu yani “talep” aranmaktadır. Dolayısıyla görülmekte olan bir davada, söz konusu yabancı boşanma kararına vakıf olursa dahi Türk mahkemesinin bu karara kesin hüküm ve kesin delil etkisi tanınması mümkün olmayacaktır. Bu anlamda doğrudan tanımının en önemli unsuru olan “kendiliğinden etki doğurma” işlevi ortaya çıkmayacaktır.

İkinci olarak “doğrudan tanımının” gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkacak olan hüküm etkisi “tanıma” işlemi ile olacağından, kesinleşmiş tanıma kararlarında olduğu gibi (MÖHUK m. 58 gereği) tescil işlemiyle gerçekleşen doğrudan tanımaya karşı da yargı yolunun kapanmış olması gerekmektedir. Ancak NHK m. 27/A’nın doğrudan tanıma olduğunu savunan müellif, kamu düzenine aykırı olmasına rağmen idarece hatalı olarak tescil edilen (yani doğrudan tanınan) yabancı kararlara karşı, asliye hukuk mahkemesinde cumhuriyet savcılıkları ve nüfus müdürlüklerince tescilin düzeltilmesi (NHK m. 36) ve iptali davası (NHK m. 40) açılabileceği savunmaktadır. Keza aynı yazar tescili reddedilen kararlara karşı da aile mahkemelerinde NHK m. 27/A kapsamında tescil kararı verilebileceğini ifade etmektedir³⁴. Kanaatimizce tescil işlemine karşı dava yoluna başvurulabileceğinin savunulması, NHK m. 27/A’nın bir doğrudan tanıma hükmü olduğu yönündeki görüşle tezdattır ve ortaya konulan “doğrudan tanıma” kavramı ile uyumsuzdur.

Son olarak maddede aranan koşullar MÖHUK m. 50’de yer alan kesinleşme ve m. 54’de aranan tanıma şartlarıyla da paraleldir. Her ne kadar NHK m. 27A’da, MÖHUK m. 54/b ve ç fıkralarında aranan koşullar aranmasa da bu durum işin doğası gereğidir. Savunma haklarının korunmasına ilişkin m. 54/ç fıkrası ile aşırı yetki itirazı, m. 27/A’da boşanan tarafların birlikte başvurusu gerekliliği arandığından, bir anlam ifade etmemekte-

³³ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 127.

³⁴ Bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 244-245. Ayrıca bkz. *aşağıda*, IV-C.

dir. Bu iki sebepten biri nedeniyle karara etki tanınmasını istemeyen taraf, zaten basitçe m. 27/A kapsamında başvuru yapmayarak tescili engelleme olanağına sahiptir. Münhasır yetki bakımından konu değerlendirildiğinde ise, boşanma davaları ve evliliği sona erdiren davalar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi içerisinde kabul edilmemektedir. Madde 27/A’da aranan bu koşullar açıkça amacın bu tip boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların adli sistem dışında hızlı ve kolay bir şekilde tescilini sağlama amacı taşımaktadır. Nitekim, maddede “tanıma” kavramı yerine “tescil” kavramının kullanılması da aynı amaca hizmet etmektedir.

Sonuç olarak, NHK m. 27/A kapsamında bir yandan yapılan tescil işlemi için iptal davası açılabilme, diğer yandan tescil talebinin reddi halinde ise MÖHUK kapsamında yeniden tanıma talebinde bulunma olanağı bulunmaktadır. Bu durum, tanımanın asıl işlevi olan yabancı kararın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin ülkede kabulü bakımından, NHK m. 27/A’nın aynı işleve sahip olmadığını göstermektedir.

Yukarıda açıkladığımız nedenler doğrultusunda, kanaatimizce NHK m. 27/A’da kabul edilen kural “doğrudan tanıma” ya da “özel tanıma” usulü olmayıp, mahkemeleri bertaraf eden özel bir doğrudan tescil hükmüdür.

B. Madde 27/A Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tescili İçin Aranan Koşullar

NHK m. 27/A’nın “*yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili*” başlığını taşıyan metni şöyledir:

“Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurması, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir.

(2) Nüfus kütüğüne yapılacak tescil işlemleri, yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler, yurt içinde ise Bakanlık tarafından belirlenen nüfus müdürlükleri tarafından yapılır.

(3) Bu maddede sayılan şartlar yerine getirilmediği gerekçeyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye’de tanınması, 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca yapılır.

(4) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından yönetmelikle belirlenir.”

Madde metnine bakıldığında -daha sonra yönetmelikle düzenleneceği belirtilen usul ve esaslar dışında- aranan koşullar şu şekilde ortaya konulabilir.

- i- Sadece boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar tescil edilebilecektir.
- ii- Karar yabancı devlet adli veya idarî makamlarınca verilmiş olmalıdır.
- iii- Kararın, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makamlar tarafından verilmiş olmalıdır.
- iv- Karar usulen kesinleşmiş olmalıdır.
- v- Karar Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamalıdır.
- vi- Kararın tescili için tarafların bizzat veya vekilleri aracılığıyla birlikte başvurması gerekmektedir.

Yukarıda altı başlık halinde sıralanan koşullar aşağıda uygulanabilirliği ve yerindeliği bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

C. Koşullara İlişkin Değerlendirmelerimiz

1. Kararın Boşanmaya, Evliliğin Butlanına, İptaline veya Mevcut Olup Olmadığının Tespitine İlişkin Olması

Yapılan düzenlemenin uygulama alanını ortaya koyan bu koşul, genel olarak evliliği sona erdiren tüm kararları kapsamaktadır. Burada kanaati-mizce üzerinde durulması gereken iki nokta vardır:

İlk olarak, NHK m. 27/A'da kullanılan “*boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin*” kararlar cümlesinde yer alan kavramlar, “evliliği sona erdiren haller” üst başlığında geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu anlamda m. 27/A evliliğin mevcut olup olmadığına ilişkin tespit kararlarını³⁵ da kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ömür boyu hapis cezası alma ve din değiştirme halleri de evlilik birliğini sona erdirebilmektedir³⁶. Bu gibi hukuk düzenlerinde, ister iptal isterse boşanma şeklinde düzenlenmiş olsun, söz konusu kararlar evlilik birliğini sona erdirdiği sürece, kamu düzenine aykırılık hali saklı kalmak kaydıyla, tescile tabi olacaktır.

İkinci önemli husus ise boşanma ve evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin fer’i sonuçlar ile ayrılık kararlarının m. 27/A düzenlemesinin kapsamında yer almayacağıdır³⁷.

Ayrılık kararı, boşanma kararı gibi mahkeme ya da adli makamlarca verilen ancak evlilik birliğini sonlandırmak yerine, evlilik birliği içerisinde velayet, nafaka ve mal rejimi gibi konularda farklı kuralların uygulanmasına yol açan bir kurumdur³⁸. Dolayısıyla ayrılık kararları Türk hukukunda nüfus siciline işlenmemektedir. Bu nedenden dolayı NHK m. 27/A kapsamı

³⁵ MÖHUK m. 14’ün uygulama alanı bakımından doktrindeki genel görüş, evliliğin kuruluşunu sakatlayan ehliyet ve şekil noksanlığı gibi konuların boşanma konusu dışında kaldığı ve evliliğin geçerliliğini yöneten 13. maddenin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. ÇELİKEL/ERDEM, s. 249; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 20; NOMER, s. 254; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 29.

³⁶ UYANIK/ÇAVUŞOĞLU, 20; NOMER, s. 256; ÇELİKEL/ERDEM, s. 250.

³⁷ Aynı yönde bkz. ERTEN, s. 194.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Bilge ÖZTAN, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 707 vd.; Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Türk Özel Hukuku Cilt III-Aile Hukuku*, İstanbul, 2016, s.132 vd.

içerisinde ayrılık kararlarının tescili de söz konusu olmayacaktır. Yabancı makamlardan alınan ayrılık kararlarının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi, tıpkı değişiklik öncesindeki gibi, tanıma yoluyla mümkün olabilecektir. Diğer taraftan NHK m. 27/A kapsamı dışında yer aldığından yabancı ayrılık kararları MÖHUK’a tabi olacaktır. Bu nedenle sadece yabancı mahkemelerce verilen ayrılık kararları tanınabilecek ve yabancı idari makamlarca verilen ayrılık kararlarının tanınması talepleri, var olan uygulama doğrultusunda MÖHUK m. 50 kapsamında reddedilecektir.

2. Karar Yabancı Devlet Adli veya İdarî Makamlarınca Verilmiş Olmalıdır

Maddede getirilen ikinci koşul kararın yabancı makamlarca verilmiş olmasıdır. Bu koşul iki açıdan önem taşır. İlk olarak, yabancı boşanmaların tescili ancak boşanmanın bir kararla gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır. İkinci olarak, kararın Türkiye dışında verilmiş olması gerekmektedir.

a. Evlilik Bir Kararla Sona Ermiş Olmalıdır. Yabancı boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların Türk nüfus siciline tescili bakımından madde 27/A, “*Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar*” cümlesini kullanarak, tescile tabi bu sonuçların mutlaka bir karar neticesinde oluşması gerekliliğini vurgulamaktadır. Doktrinde, bazı hukuk sistemlerinde din değiştirme, ömür boyu hapis cezası alma ve takibinde yeniden evlenme gibi işlemlerde evliliğin kendiliğinden *ipso jure* sona erdiği belirtilmektedir³⁹. Evliliğin bu gibi kendiliğinden sona erdiği hallerde ortada bir mahkeme ya da idari makam kararı bulunmadığından, söz konusu sona erme hallerinin tescili de mümkün olmayacaktır.

Gaiplik kararı ve ölmüş sayılma hallerinde de, bu işlemler bir adli ya da idari makam kararıyla yapılmış olsa dahi (evliliği yöneten hukuk kapsamında evlilik kendiliğinden sona ermekte yani evliliğin sona ermesine ilişkin olarak ayrıca verilmiş bir karar bulunmamağaysa) evliliğin sona ermesi bir kararla oluşmayacağından, NHK m. 27/A kapsamında tescil edilemeyecektir. Diğer yandan, kararın verildiği devlet hukukunda gaiplik ve ölmüş sayılma kararı içerisinde evlilik birliğinin sona erdiren bir kararın

³⁹ NOMER, s. 256; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 20.

da bulunması mümkündür. Ancak bu gibi durumlarda da, NHK m. 27/A'da eşlerin birlikte başvurması koşulu arandığı için, evliliği sona erdiren kararın tescili imkanı bulunmayacaktır.

b- Evliliği Sona Erdiren Karar Yabancı Bir Devlet Ülkesinde Verilmiş Olmalıdır. Bu başlık üzerinde değineceğimiz son nokta kararın “yabancı” mahkeme ya da idari makamlarca verilmiş olması zorunluluğudur. Mahkemeler bakımından yabancılik unsurunun tespiti bir sorun yaratmayacaktır. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti devleti sınırları dışında bulunan bir mahkeme, bizim açımızdan yabancıdır. Diğer taraftan yabancılik unsuru idari makamlar bakımından coğrafi olarak yabancı mahkemelerden farklılık içerir. Yabancı bir mahkeme Türkiye’de bir yargılama faaliyeti sonucu karar verme yetkisine sahip değildir. Buna karşın yabancı bir idari makamın Türkiye’de kendi hukukuna ya da uluslararası hukuka göre idari işlemler yaparak karar vermesi mümkündür.

Konumuz bakımından önem taşıyan husus ise Türkiye’de bulunan bir yabancı idari makamın, örneğin bir yabancı devlet konsolosluğunun kendi devletinden aldığı yetkiyle, Türkiye’de bir boşanma gerçekleştirilmesi ve bu boşanmanın NHK m. 27/A kapsamında tescilinin mümkün olup olmayacağıdır.

Genel olarak bakıldığında bazı devletlerde konu özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin Alman hukukunda, bir evliliğin Almanya’da sadece Alman mahkemelerince sona erdirilebileceği EGBGB m. 17/II’de bir kanun hükmü olarak yer almaktadır⁴⁰. Türk hukukunda konuya ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Alman hukukunda olduğu gibi bir engelleyici hükmün hukukumuzda bulunmaması, Türkiye’de bulunan yabancı idari makamların gerçekleştirecekleri boşanmaların tescilinin mümkün olup olmayacağı sorusunu ortaya çıkartmaktadır.

Türk mahkeme kararlarına yansıyan bir olayda, İran vatandaşı erkek Türkiye’de gerçekleştirilen talâkın İran konsolosluğunda tescili için karısının konsolosluk defterini imzalaması amacıyla Türkiye’de dava açmıştır. Yargıtay 1945 tarihli kararında, talebi kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddetmiştir⁴¹. Kararda yüksek mahkeme boşanmanın şekli ve yabancı

⁴⁰ NOMER, s. 257; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 20.

⁴¹ Karar için bkz.: Osman Fazıl BERKİ/Hilmi ERGÜNEY, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar*

idari makamın yetkisi konularına değinmemiştir. Benzer bir olayda da Mısır vatandaşı erkek İngiliz vatandaşı karısından Birleşik Arap Emirlikleri'nin İngiltere konsoloslüğünde talâk yoluyla boşanmış, İngiliz mahkemesi boşanmayı tanımamıştır⁴².

Doktrinde yer alan bir görüş, tıpkı İngiltere ve Fransa'da olduğu gibi Türk hukukunda da kendi ülkesinde yapılan talâkın kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmayacağını ifade etmektedir⁴³.

Konuyla ilgi görüş bildiren diğer yazarlar ise sorunu “boşanmanın şekli” meselesi olarak vasıflandırmakta ve konuya şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarıyla çözüm üretmektedir. Konuya bu bakımdan yaklaşan ilk görüş⁴⁴, Türk hukukunda boşanmanın sadece mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğini, bu nedenle MÖHUK'da boşanmanın şekli konusunda özel bir hüküm yer almadığını belirtmektedir. Yabancı ülkelerde gerçekleşen boşanmalarda ise, idari yolla gerçekleşen boşanmanın geçerliliği konusunda bir sorun çıkması durumunda, sorunun MÖHUK m. 7 kapsamında çözülmesi gerektiğini savunmaktadır.

Konuya ilişkin diğer bir görüş⁴⁵ ise, MÖHUK m. 14'e göre uygulanması gereken yabancı hukukun izin vermesi durumunda Türkiye'de yabancı idari makamlarca gerçekleştirilen boşanmaları -kamu düzeni müdahalesi dışında- engelleyici bir düşüncenin mevcut olmadığı yönündedir. Buna göre, yabancı

İhtilafları İle İlgili Kararların Tahlil ve İzahları, Ankara, 1963, s. 76-78; EKŞİ, *Boşanma*, s. 80-81.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Michael POLONSKY, *Non-Judicial Divorces by English Domiciliaries (Based on Radwan v. Radwan)*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, No. 2, 1973, s. 343.

⁴³ EKŞİ, *Boşanma*, s. 80. Diğer taraftan Anglo Amerikan hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerde, dini boşanmaların aile tahkimi yoluyla gerçekleşmesini sağlamak amacıyla önemli gelişmeler ortaya konmaktadır. (Bilgi için bkz.: Burak HUYSAL, *International Family Law Arbitrations*, Legal Hukuk Dergisi, Rona AYBAY Armağanı, Y. 2014, C. 1, s. 1351-1364.) Örneğin New York mahkemeleri, verdiği çeşitli kararlarla eşlerin Yahudi Din Mahkemeleri'ni yetkilendiren tahkim sözleşmelerini geçerli saymaktadır. Bkz. H. Mohammed FADEL, *Religious Law, Family Law and Arbitration: Shari'a and Halakha in America*, Chicago-Kent Law Review, V. 90, I. 1, 2015, s. 179-180.

⁴⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 134-135.

⁴⁵ NOMER, s. 257. Doktrinde Uyanık Çavuşoğlu da benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak yazar konuyu talâk ile sınırlı olarak değerlendirmekte ve talâkın kamu düzenine aykırılığını da bu tespitin içerisinde göz önünde bulundurmaktadır. Bkz.: UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 28 ve s. 82.

idari makamlarca Türkiye’de gerçekleştirilecek mahkeme dışı boşanmalar, MÖHUK m. 50 gereği tanınamayacak ancak bir tespit davasına konu olabilecek ve boşanmanın etkileri de bu yolla elde edilebilecektir. Ancak taraflardan birinin dahi Türk vatandaşı olması durumunda, söz konusu idari boşanma kararı Türk kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle hukuki bir değer taşımayacaktır.

Değinmiş olduğumuz bu görüşler, NHK m. 27/A öncesi dönemde ortaya konulmuş olup, ilgili kararların Türkiye’de tanınması konusuna ilişkindir. Doktrinde, Türkiye’de gerçekleştirilen idari boşanmaların –dolaylı da olsa- tespit davası yoluyla sonuç doğurabileceği yönünde görüşler olduğu düşünüldüğünde, tanıma kararına oranla çok daha basit bir usul olan tescil bakımından Türkiye’de verilmiş olan yabancı idari boşanma kararlarının öncelikle tesciline olanak sağlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce durum böyle değildir.

Konu konsolosluklarda gerçekleşen boşanmalar bakımından ele alındığında; Türkiye’nin tarafı olduğu⁴⁶ 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nde, konsolosların “*noter ve kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri kabul eden Devlet’in kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idarî mahiyetteki görevleri yapmak*” yetkisini haiz olduğu düzenlenmiştir (m. 5/f). Sözleşme bu halyle, gönderen devlet tarafından kendisine yetki verilen konsolosluklarda bir boşanma işleminin gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır⁴⁷. Ancak burada yetki bakımından sınır, yapılacak işlemlerin kabul eden devletin kanunlarına aykırı olmamasıdır. Devletler arasında konsolosluk ilişkileri genellikle ikili anlaşmalarla kurulmakta, böyle bir anlaşmanın bulunmaması durumunda ise devletler, aralarında mektup değişimi yoluyla konuyu düzenlemektedir⁴⁸. İkili konsolosluk anlaşmaları bakımından konu değerlendirildiğinde, Türkiye’nin, ülkesine kabul ettiği konsolosluklara boşanma işlemi yapma konusunda bir yetki tanımadığı görülmektedir. Türkiye’deki

⁴⁶ RG: 29.05.1975-15249.

⁴⁷ Doktrinde de, m. 5/f’de geçen “bazı idari görevler” kavramının Türkçe tercümesinin hatalı olduğu, konsoloslukların ilgili bentte söz edilen bütün idari görevleri yapmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Bkz. Rona AYBAY, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul, 2009, s. 221.

⁴⁸ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2010, s. 394. Ayrıca bkz. AYBAY, s. 103 vd.

yabancı devlet konsolosluklarında yapılacak boşanmaların Türk hukuku bakımından geçerliliği iki açıdan ele alınmalıdır; yapılan boşanma işleminin milletlerarası hukukun genel ilkeleri bakımından konsoloslukların mutad sayılabilecek işlemleri arasında kabul edilip edilmediği ve yapılacak boşanmaların Sözleşmenin m. 5/f bendi uyarınca Türk “*kanun ve düzenlemelerine aykırı*” olup olmayacağı. Öncelikle konsolosluk hukukunun genel ilkeleri ve tarihi gelişimine bakıldığında konsoloslukların boşanma ve evliliğin iptali gibi işlemler yapabilmesi yönünde bir teamül uluslararası hukukta mevcut değildir⁴⁹. Yapılacak boşanmanın Türk hukukuna uygun olup olmadığı ise aşağıdaki paragrafta ele alınacaktır.

NHK m. 11 uyarınca Türk nüfus kütüklerine sadece Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olaylar ve kararlar tescil edilmektedir. Türkiye’de bir Türk vatandaşının evliliğinin –aksine açık bir kanun hükmü bulunmasa da– Türk mahkemeleri dışında bir makam tarafından sonlandırılması mümkün değildir⁵⁰. Şöyle ki, TMK m. 167 ve 170 kanaatimizce aksine bir görüşün ileri sürülmesine olanak tanımamaktadır. TMK’da yer alan her iki madde de Türkiye’de gerçekleşecek boşanma, evliliğin butlanı ve iptali gibi davalar bakımından kanaatimizce doğrudan uygulanan kural niteliğindedir (MÖHUK m. 6) ve Türk vatandaşının boşanmasını MÖHUK m. 14 gereği hangi hukuk yönetirse yönetsin, işlemin Türk mahkemelerinde açılacak bir dava yoluyla gerçekleşmesini zorunlu kılar. Diğer taraftan yabancılar arasında meydana gelen boşanma ve benzeri evliliği sona erdirici işlemler ise nüfus kütüğüne değil, yabancılar kütüğüne tescil edilmektedir. NHK m. 27/A’da sadece “nüfus kütüğüne tescil” kavramı kullanılmakla, yabancılar bakımından, maddede kabul edilmiş olan tescil yoluyla boşanma ve evliliğin sona erdiren diğer hallerin Türkiye’de sonuç doğurması mümkün olmayacaktır⁵¹. Başka bir anlatımla NHK m. 27/A bu olanağı sadece Türk vatandaşları için kabul etmiş gözükmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce NHK m. 27/A’da tescil yoluyla boşanma

⁴⁹ Konsolosluk yetkilerinin tarihi gelişimi ve olağan yetkileri için bkz. AYBAY, s. 11 vd., 211-232.

⁵⁰ Doktrinde NOMER, konuyu bir doğrudan uygulanan kural sorunu olarak değil, kamu düzenine aykırılık olarak ele almaktadır. Bkz. NOMER, s. 257. Benzer görüşte bkz. EKŞİ, *Boşanma*, s. 80.

⁵¹ Bkz. NHK m. 8 ve Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik (RG. 20.10.2006-26325).

ve evliliği sona erdiren diğer hallerin hukuki sonuç doğurması olanağı sadece Türk vatandaşları bakımından kabul edilmiştir. Türk vatandaşlarının, Türkiye’de mahkemeler dışında boşanma olanağı, aksine bir kanuni düzenleme yapılmadığı sürece, mümkün değildir. Bu haliyle yabancı idari ve adli makamlarca verilen bir boşanma kararının veya evliliğe son veren bir kararın m. 27/A kapsamında tescili ancak bu kararın Türkiye dışındaki makamlar tarafından verilmesi halinde mümkün olacaktır.

c- Kararın Verildiği Devlet Kanunlarına Göre Konusunda Yetkili Adli Veya İdarî Makamlar Tarafından Verilmiş Olması. NHK m. 27/A’da tescil için aranan diğer bir koşul boşanma ve evliliğe son veren kararın, kararın verildiği devlet kanunlarına göre yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş olmasıdır.

Maddede metninde kullanılan ifade itibariyle, yabancı adli ya da idari makamın yetkisi re’sen incelenecektir. Bu koşul özellikle yabancı mahkeme kararları bakımından oldukça ağır ve kanaatimizce gereksiz bir koşuldur. Şöyle ki, boşanma ve evliliği sona erdiren diğer yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemelerince tanınması koşullarının tabi olduğu MÖHUK m. 54’de, kararı vermiş olan yabancı mahkemenin yetkisi, davalının itirazına bağlı olan “aşırı yetki” itirazı dışında incelenmemektedir⁵². Böylece, Türk hukuk sisteminde tanıma gibi tescile oranla çok daha önemli sonuçlar doğuracak bir işlemde, yabancı mahkemenin yetkisi araştırılmıyorken, tescil gibi idari bir işlemde yabancı mahkemelere yetki denetimi yapılması zorunluluğu getirilmesi hatalı ve uyumsuzluğa yol açacak bir tercih olmuştur.

İncelediğimiz koşul bakımından dikkat edilmesi gereken ilk konu adli veya idari makamın boşanma veya evliliği sona erdirmeye yetkili olması gerekliliğidir. Bu açıdan maddede belirtilen yetki, kararın verilmesi için gereken maddi koşulları değil, ilgili yabancı devlet hukukunca tescil talebine konu kararı veren makamın, karar vermekle görevli olmasını ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır.

⁵² Yabancı mahkemelerin yetkisinin denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi*, İKÜHDF, Y. 9, C. IX, S. 2, s. 248 vd.; Burak HUYSAL, *Yabancı Mahkemenin Dava Ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2011, s. 467-502. MÖHUK öncesi dönemde yabancı mahkemelerin yetki bakımından denetlenmesi konusunda bkz. Ata SAKMAR, *Yabancı İllâmların Türkiye’deki Sonuçları*, İstanbul, 1982, s. 65 vd. (*Yabancı İlam*).

Örneğin Norveç hukukunda valiler, konusu suç teşkil eden bir sebepten kaynaklanıyorsa boşanma kararı verememekte, davanın mahkemede görülmesi gerekmektedir. Kanaatimizce m. 27/A'da bahsedilen yetki, yer itibariyle yetki ya da usul hukuku bakımından görev olarak algılanmamalıdır. Bu anlamda maddede bahsedilen yetki, usul hukukundaki teknik kavramı ifade etmemekte olup, kararı veren devlet bakımından ilgili adli ya da idari makamın boşanma ve evliliği sona erdirebilme “gücüne” sahip olmasıdır. Değınmiş olduğumuz bu hususta kanun koyucunun kavramları daha dikkatli kullanması muhtemel soru işaretlerini baştan önleyebilirdi.

Bu başlık altında değınilmesi gereken ikinci konu ise kararı veren yabancı makamın “yetkisini” kimin araştıracağıdır.

Madde metninden anlaşıldığı üzere bu araştırma tescil işlemi ile görevlendirilmiş olan yurt dışında kararın verildiği devletteki Türk dış temsilcilikleri, yurt içinde ise İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen nüfus müdürlükleri tarafından yapılacaktır (m. 27/A-2). Dolayısıyla araştırma ve karar verme yetkisi idari makamlardadır. İdari makamların böyle bir araştırma yapması iki bakımdan sakıncalı olarak değerlendirilebilir.

Öncelikle, Türk idari makamlarının bilhassa yabancı mahkemelerin yetkisi bakımından karar verme konusunda görevlendirilmiş olması milletlerarası özel hukuk bakımından doğru bir yaklaşım değildir. Şöyle ki, idari makamların adli makamları denetlemesi genel hukuk ilkeleri bakımından uygun olmayan bir yöntemdir. Kararı veren mahkeme, zaten kendi hukuk sistemi içerisinde o davaya bakmaya yetkilidir ki, böyle bir boşanma ya da evliliği sona erdiren bir karar vermiştir. Keza idari makamlar için de aynı şey geçerlidir.

Değınmiş olduğumuz konu bakımından düşünölebilecek bir olasılık -önceki başlıkta incelediğimiz- yabancı idari makamın, kendi hukukundan aldığı yetkiyle Türkiye’de bir evliliği sona erdirmesinin engellenmek istenmiş olabileceğidir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, NHK m. 27/A kapsamında tescil sadece Türk vatandaşları için mümkün olabilecektir⁵³.

Türk idari makamları tarafından yabancı adli ya da idari makamın yetkisi konusunda re’sen yapılacak araştırmanın amacı da tartışmaya açıktır. Çünkü,

⁵³ Kaldı ki amaç bu olsa bile, bunun açıkça madde metnine yazılması daha yerinde olurdu.

madde 27/A'da tarafların birlikte başvuru yapması koşulu aranmaktadır. Bu husus göz önüne alındığında yetki bakımından bir sorun bulunması halinde, bundan etkilenen tarafın başvuru yapmama olanağı her zaman vardır. Bu haliyle Türk idari makamu, kararı veren yabancı adli ya da idari makamın yetkisini taraf menfaatleri değil, kamu menfaatleri bakımından inceleyecek demektir. Türk makamlarının, yabancı adli ya da idari makamların yetkisini kamu menfaati bakımından incelemesi ise mahkemelere ait bir görevdir.

Türk idari makamları bakımından yetki incelemesi yapılabilmesi, kararın verildiği yabancı devlet hukukunun aynı zamanda maddi hukuk ve usul hukuku içeriği bakımından denetimini de gerektirmektedir. Bu anlamda idari makamların araştırma olanağı, mahkemelere göre oldukça sınırlıdır⁵⁴. Yabancı makamın yetkisi konusunda yapılacak araştırmada, başvurulabilecek en önemli olanak Türkiye'nin de tarafı olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir⁵⁵. Ancak bu Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca bilgi taleplerinin, başka bir makamca düzenlenmiş olsa da, mutlaka adli bir makam tarafından talep edilmesi ve görülmekte olan bir dava ile ilgili olması gerekmektedir. Dolayısıyla NHK m. 27/A kapsamında yapılacak incelemede, Türk makamlarınca Sözleşmeye başvurulması olanağı –ortada görülmekte olan bir dava bulunmadığı için- yoktur. Yine Türk idari makamları, mahkemelerden farklı olarak yabancı hukukun içeriği konusunda bilirkişi ya da uzman görüşüne başvurma olanağına da sahip olmayacaktır. Kararı veren yabancı makamın yetkisi konusunda inceleme yapılırken başvurulabilecek olanaklar ise, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, söz konusu yabancı ülkenin Türkiye'deki elçilik veya konsoloslukları ile yabancı ülkedeki Türk elçilik veya konsolosluklarından bilgi edinmektir⁵⁶. Bu bilgi taleplerinin nasıl yapılacağı konusunun, çıkartılacak yönetmelik ile düzenleneceğini düşünmekteyiz.

⁵⁴ Mahkemelerce yabancı hukukun uygulanması ve içeriğin tespiti konusunda genel bilgi için bkz. Ergin NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul, 1972, s. 25 vd. (*Yabancı Kanun*); Tuğçe Nimet YAŞAR, *Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması*, MHB, Yıl 33, Sayı 2, 2013, s. 75-114.

⁵⁵ Sözleşme ile ilgili usul ve esaslar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün “Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması” başlıklı, 01.03.2008 tarihli ve 67/1 sayılı Genelgesi.

⁵⁶ Bu olanaklarla ilgili bilgi için bkz. NOMER, *Yabancı Kanun*, s. 69 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 172-173.

Sonuç olarak, yabancı makamın yetkisini araştırma konusunda hem yetki hem de olanakları bakımından Türk idari makamlarının tercih edilmiş olması kanaatimizce uygun olmamıştır⁵⁷.

d- Kararın Verildiği Devlet Kanunlarına Göre Usulen Kesinleşmiş Olması

aa- Genel Olarak. Yabancı adli ve idari makamlarca verilen kararın NHK m. 27/A kapsamında tescili için aranan diğer bir koşul, kararın verildiği devlet hukukuna göre “usulen” kesinleşmiş olmasıdır.

Kesinleşmemiş bir yabancı karara diğer ülkelerde etki tanınması, milletlerarası özel hukuk bakımından önemli sakıncalar içermekte ve bu anlamda kesinleşmemiş yabancı kararların diğer ülkelerde tanınmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵⁸. Öncelikle yabancı kararın kesinleşmesi, o karara ülkede etki tanıma noktasında hukuki güvenlik bakımından önem taşımaktadır⁵⁹. Burada hukuki güvenlik hem kesinleşmemiş bir karar nedeniyle kişilerin korunmasına⁶⁰ hem de milletlerarası alanda çelişkili statülerin doğmasını engelleyerek karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerle NHK m. 27/A’da tescile konu yabancı kararın kesinleşmiş olması koşulunun aranması kanaatimizce yerinde olmuştur. Ancak maddede kullanılan “usulen kesinleşme” kavramı ne MÖHUK’da ne de HMK’da kullanılan bir kavramdır. Esasen “usulen kesinleşme” kavramı yaptığımız incelemelerde hiç bir kanunda kullanılmayan bir kavramdır. Bu haliyle “usulen kesinleşme” kavramının ne anlama geldiği açıklanmaya muhtaçtır. Ancak kavramın içerik ve anlamını tanımlayacak somut bir veri mevcut değildir. Konu bir alt başlıkta (bb) ele alınacaktır.

⁵⁷ İdari ve adli makamlar arasında ortaya çıkan çelişki ve fiili uygulamalar bakımından detaylı bilgi için bkz.: Feriha Bilge TANRIBİLİR, *Yabancılar Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi*, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Sorunlar Sempozyumu, (Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar), Ankara, 2016, s. 461, s. 512-519.

⁵⁸ DOĞAN, s. 111.

⁵⁹ SAKMAR, *Yabancı İlam*, s. 57-58.

⁶⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 497.

Kesinleşme koşulunun tespiti tanıma ve tenfiz talepleri bakımından uygulamada bir güçlük yaratmamaktadır⁶¹. Öte yandan NHK m. 27/A'da konu açıkça düzenlenmemiş ve çıkarılacak uygulama yönetmeliğine bırakılmıştır. Kanaatimizce mahkeme ve idari makam kararlarının tescilinde de MÖHUK m. 53'de benimsenen yöntemin kabulü yerinde olacaktır⁶². Buna göre, tescil talebinde bulunan tarafların, mahkeme ilamının ya da idari kararın kesinleştiğini gösteren ve o devlet makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesini –milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla- Türk idari makamlarına sunması yeterli olacaktır.

bb- Usulen Kesinleşme Kavramı. NHK m. 27/A'da yer verilen “usulen kesinleşme” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı için, hukukumuzda kabul edilen maddi ve şekli anlamda kesinleşme kavramlarından hareket edilerek soruna bir çözüm üretilebilir.

Hukukumuzda “kesinleşmiş yabancı karar” kavramı MÖHUK m. 50'de kullanılmaktadır. Doktrinde yabancı kararın tanıma ve tenfiz talepleri kapsamında kesinleşmiş olması koşulu bakımından, kararların maddi ve şekli anlamda kesinleşmesi biçiminde bir ayırım yapılmaktadır⁶³. Maddi anlamda kesin hüküm kararın içeriğinin bağlayıcı olduğunu ifade ederken, şekli anlamda kesin hüküm verilmiş olan karara karşı yargı yollarının tüketilmiş olmasını ifade etmektedir. Tanıma ve tenfiz bakımından Yargıtay kararlarında⁶⁴ ve doktrinde bazı yazarlarca yabancı mahkeme kararının verildiği devlet hukukuna göre şeklen kesinleşmesi yeterli görüldüğü gibi⁶⁵, kararın hem maddi hem de şekli anlamda kesinleşmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁶⁶.

⁶¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 658.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, *Tenfiz*, s. 79-80; GÜVEN, s. 181-184.

⁶³ NOMER, s. 497; ÇELİKEL/ERDEM, s. 656-657; DOĞAN, s. 111; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 498-499; DOĞAN, s. 111; EKŞİ, *Tenfiz*, s. 129 vd.; GÜVEN, s. 51-52; Banu ŞİT, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, S. 1, 2011, s. 63 vd; Uğur TÜTÜNCÜBAŞI, *Yabancı Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Ankara, 2014, s. 138-139.

⁶⁴ YİBBGK, E. 2010/01, K. 2012/1, 10.02.2012 (www.kazanci.com.tr)

⁶⁵ SAKMAR; *Yabancı İlam*, s. 57; TİRYAKİOĞLU, s. 38; DOĞAN, s. 111; ŞİT, s. 63; TÜTÜNCÜBAŞI, 139.

⁶⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 656; NOMER, s. 497; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 499; GÜVEN, s. 51.

Özü itibariyle yukarıda değindiğimiz tartışmalar velayet ve nafaka gibi şekli anlamda kesinleşen ancak maddi anlamda koşullara göre tekrar dava konusu yapılabilecek davalar ile çekişmesiz yargı işlerine ait kararlara ilişkindir. Diğer taraftan boşanma, evliliğin iptali ve feshine ilişkin davalar niteliği itibariyle inşâî davalardır. Örneğin boşanma davası, davacının maddi hukuktan kaynaklanan evliliği sona erdirmeye hakkını kullanılabilecek hale getirmektedir⁶⁷. Adli yargıda inşâî sonuçlar, çekişmeli bir şekilde dava yoluyla oluşabileceği gibi, çekişmesiz yargılamalarda da ortaya çıkabilmektedir. Bu anlamda boşanma anlaşmalı olarak gerçekleştiğinde bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

İncelememizi oluşturan boşanma, evliliğin feshi ve iptali gibi evliliği sona erdiren kararlar bakımından önemli olan, verilen kararların – kararlar birlikte subjektif anlamda maddi hakkın tükenmesi karşısında- inşâî etki yaratmasıdır. Bu anlamda inşâî etki maddi kesinleşmeden farklı olup, etkisini kararın şekli anlamda kesinleşmesinden itibaren ileriye etkili olarak doğurur, tıpkı boşanma ve evliliğin iptalinde olduğu gibi⁶⁹. İnşâî bir hükmün, maddi anlamda kesinleşmesi ise hukuki bakımdan bir sorun yaratmamaktadır⁷⁰.

Yaptığımız bu açıklamalar ve değerlendirmeler sonucunda yabancı mahkemelerce verilecek boşanma, evliliğin iptali ve feshi gibi evliliği sona erdiren kararlar bakımından kanaatimizce NHK m. 27/A’da hatalı şekilde ifade edilmiş olan “usulen kesinleşme” kavramı “şekli anlamda kesinleşme” yani ilgili karara karşı kanun yollarının tüketilmiş olması şeklinde anlaşılmalıdır. İnşâî kararlar sadece adli makamlarca değil idari makamlarca da verilebilmektedir. Dolayısıyla yabancı idari makamlarca verilen boşanma, evliliğin iptali ve feshi gibi evliliği sona erdiren kararlar da inşâî kararlar olacağından, verildiği devlet hukukunda bu idari karara karşı hukuki başvuru

⁶⁷ Ergun ÖNEN, *İnşâî Dava*, Ankara, 1981, s. 58.

⁶⁸ Ali Cem BUDAK, *Prof. Dr. Baki Kuru'nun Kaza Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 282-286.

⁶⁹ ÖNEN, s. 179. Benzer görüşte bkz. Cemal ŞANLI, *Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması*, Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU’na Armağan, İstanbul 1990, s. s. 296 vd. Maddi kesin hüküm ise geçmişe etkili olarak karar duruşmasının kapanışına kadarki dönemde etki doğurmaktadır.

⁷⁰ Söz konusu davalarda ortaya çıkan inşâî etkiler maddi anlamda kesin hüküm etkisine dayanmaktadır. Taraf için kararlar birlikte maddi hukuktan kaynaklanan haklar tükenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. ÖNEN, s. 175 vd.

yollarının tüketilmiş olması gerekecektir.

e- Karar Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmamalıdır. NHK m. 27/A kapsamında aranan diğer bir koşul da yabancı adli ya da idari makamca verilen kararın kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Yabancı boşanma kararları ve evliliği sona erdiren diğer kararların kamu düzenine aykırılığı konusu ilke olarak tescil ya da tanıma davaları bakımından özellik taşımayacaktır. Konu Türk doktrininde⁷¹ detaylı olarak ele alındığından bu çalışmada tekrar değinilmeyecektir. Ancak düzenlemenin kamu düzenine aykırı olmama koşulu bakımından aşağıda iki konuya değinmek gerektiğini düşünmekteyiz. Bunlar, koşulun idari makamlarca nasıl değerlendirileceği ve tescil kararının velayetle olan ilişkisidir.

Maddede yer alan yabancı kararın kamu düzenine aykırı olmaması koşulu, düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla tescil talebinin yöneltildiği idare tarafından değerlendirilecektir. Bu noktada, idari makama yabancı bir mahkeme ya da idari makam kararının kamu düzenine aykırılık bakımından değerlendirilmesi konusunda verilen yetkinin uygunluğu ve idarenin bu değerlendirmeyi yapabilecek yeterliliğinin olup olmadığı soruları karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada, incelediğimiz konuya ışık tutabilecek bir örnek evlendirme işlemlerinde karşımıza çıkmaktadır. MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanacak yabancı hukukun ilgili hükmünün Türk kamu düzenine aykırı olması durumunda, yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacaktır. Yabancıların Türkiye’de yapacakları evliliklerde, evliliğin kamu düzenine aykırılığı çeşitli sebeplerle ortaya çıkabilecek olup⁷², böyle bir kamu düzenine aykırılık halinin bulunup bulunmadığı ehliyet ve koşullar bakımından da denetlenme durumundadır⁷³. Ancak uygulamaya bakıldığında, Türkiye’de gerçekleştirilen yabancı unsurlu evliliklerde, MÖHUK’un evlenme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuku düzenleyen 13. ve atıf kuralını düzenle-

⁷¹ SAKMAR, s. 238 vd.; TİRYAKİOĞLU, s. 45 vd.; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 81 vd.; EKŞİ, *Tanım ve Tenfiz*, s. 532 vd.; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 1. Bası, İstanbul, 2016, s. 170 vd.

⁷² SAYMAN, Yücel, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul, 1982, s. 27 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 226 vd.; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU UYANIK, s. 141.

⁷³ TANRIBİLİR, s. 471.

yen 2. maddeleri evlendirmeye yetkili idari makamlar tarafından ya eksik (m. 13/1 bakımından) uygulanmakta ya da hiç uygulanmamakta olduğu belirtilmektedir⁷⁴.

Gerçekten de denetim görevinin, yabancı hukukların ve kararların kamu düzenine aykırılığı gibi milletlerarası özel hukukun en tartışmalı ve teknik alanlarından birinde, idari makamlara verilmiş olması uygulamada pek çok soruna yol açacaktır⁷⁵. Doktrinde idari makamlarca, yabancı unsurlu olaylarda kamu düzenine aykırılık bakımından denetim yapılması düşünülen konuların detaylı bir liste halinde kanun metnine konması teklif edilmiştir⁷⁶. Söz konusu yaklaşım, uygulanacak hukuk bakımından uygun bir çözüm getirebilir. Ancak yabancı kararlara Türkiye’de etki tanıma konusunda, kamu düzeni ihlalleri çok farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Bu durum göz önüne alındığında, sayma metodu NHK m. 27/A için uygun olmayabilecektir. Kanaatimizce, kamu düzeni bakımından çıkarılacak yönetmelikte, bazı konular örnekleme yoluyla yazılarak uygulayıcılar için konuya ilişkin bir bakış açısı ortaya konulabilir. Ancak kamu düzeni denetimi idari makamlarca yapıldığı sürece, mahkemelerdeki gibi bir etkinliğe ulaşılamayacağı açıktır.

Kamu düzenine aykırılık bakımından en önemli sorun ise kanaatimizce evliliği sona erdiren yabancı mahkeme ya da idari makam kararı sonrasında, bu kararda yer alan velayet kararları ya da anlaşmaları konusunda ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, NHK m. 27/A sadece verilmiş olan yabancı boşanma kararlarının ve evliliği sona erdiren kararların Türkiye’de sonuç doğurmasını sağlayacaktır. Diğer taraftan yapılacak tescil işlemi boşanma, fesih ve iptal gibi işlemlere bağlı olarak ortaya çıkmış olan velayet, nafaka ve mal rejiminin tasfiyesi gibi sonuçları kapsamayacaktır. Bu sonuçlar içerisinde özellikle velayet, ayrı bir öneme sahiptir.

Tescil işlemi ile bir boşanma Türkiye’de hukuki olarak sonuç doğurduğunda aynı karar içerisinde yer alan velayet kararının da hukuki sonuç doğurması için, tarafın ayrıca bir tanıma ya da tenfiz talebinde bulunması

⁷⁴ TANRIBİLİR, s. 473.

⁷⁵ Denetimle görevlendirilen kişilerin hukukçu olmaması en önemli sorunu oluşturacaktır. Bu kişilerin hukuk olmaması, konuya ilişkin doktrindeki görüşlere ve içtihadı ulaşmayı zorlaştıracağı gibi ulaşılan vakıaların yorumunda isabetli sonuçlara varılıp varılamayacağı tartışmaya açıktır.

⁷⁶ TANRIBİLİR, s. 475.

gerekecektir. Taraflardan biri böyle bir talepte bulunmadığında, çift Türk hukukuna göre boşanmış olmasına rağmen, çocuk üzerindeki velayet -Türk hukuku bakımından düzenlenmediğinden- evlilik birliği içerisindeki velayet statüsünde kalmaya devam edecektir. İlk bakışta velayet kendisine bırakılan kişinin, hakkına ilişkin bir sorun çıktığında zaten velayet kararının tanınması ya da tenfizi talebinde bulunacağı da düşünülebilir. Ancak bu tespit bir varsayımdan ibarettir. Ayrıca velayet hak olduğu kadar, içerisinde yükümlülükler de barındırmaktadır⁷⁷.

Bir evliliğin sona ermesiyle birlikte, o evlilik birliği içerisindeki çocukların velayeti konusu da gündeme gelmektedir. Velayet hakkı ister tek bir ebeveynne bırakılmış olsun ister ana babada birlikte olsun, kanaatimizce velayet hukuken düzenlenmesi zorunlu bir konudur. Velayetin, ebeveyn bakımından bir hak olmasının ötesinde, çocuğa ve çocuk mallarına ilişkin sorumluluğun kim ya da kimlere ait olacağı gibi konular bakımından, korunması gereken bir kişi olarak çocuk için teminat altına alınması gerekmektedir. Oysa ki NHK m. 27/A ile getirilen sistemde, sadece boşanmaya etki tanınmakta ve velayetin akıbetini belirsiz bırakılmaktadır. Bu haliyle ortaya çıkacak sonuçların, doktrin ve Yargıtay farklı görüşte olsa da⁷⁸, Türk

⁷⁷ Bkz.: Rona SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2000, s. 174 vd.; Burak HUYSAL, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, İstanbul, 2005, s. 22 vd.

⁷⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi verdiği bazı kararlarda, yabancı boşanma ilamlarının içerisinde velayet konusunun düzenlenmemiş olmasını kamu düzenine aykırı bulmamıştır (Yargıtay 2. HD. E. 2007/12361, K. 2008/12805, 24.09.2008, bkz. DOĞAN, s. 119, dn. 101; E. 6723, K. 7597, 10.06.2004 bkz. Ali İhsan ÖZUĞUR, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku*, Ankara 2003, s. 1301). Doktrinde aynı görüşü savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s.532, dn. 380, GÜVEN, s. 144. Söz konusu görüş, velayetin ihtiyaç duyulan her an düzenlenme olanağına sahip olması gerekçesine dayanmaktadır. Ancak Yargıtay bu görüşüyle somut olayda davanın açıldığı ve karara bağlandığı bir kaç yıllık süreçte dahi konunun düzenlenmemiş olduğu ve velayetin askıda bulunduğu gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Doktrinde ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE Yargıtay'ın bu görüşüne ek olarak, boşanma davasında velayete ilişkin karar verilmemiş olmasını, taraflar arasında velayet konusunda bir çekişme olmadığı şeklinde yorumlamakta ve gereken hallerde Türk mahkemelerinin konuyu düzenleyebileceğini belirtmektedir. Ancak söz konusu görüşe, Türk hukukunda taraflar anlaşmış olsalar da, hakim tarafından boşanmaya karar verilirken "her zaman çocuğun yararı bakımından eşler arasındaki anlaşmanın denetlenmesi" gerekliliği karşısında katılmamaktayız. Velayete ilişkin kararların her zaman Türk mahkemesince denetlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 80.

hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz⁷⁹. Velayete ilişkin diğer bir husus, tescili kabul edilen kararın idari bir karar olması durumunda, içerisinde yer alan velayet kararının (bu da bir idari karar olacağından) tenfize konu edilemeyecek olmasıdır. Bu durum, ayrı bir velayet davasının Türk mahkemelerinde esastan görülmesini zorunlu kılacaktır. Belirtmiş olduğumuz nedenlerle, NHK m. 27/A kapsamında yapılacak bir değişiklikle tescil olanağının sadece velayet altında çocuğu bulunmayan kişilere tanınması ya da tescil ile tanıma ve tenfiz davası arasında eşgüdüm sağlanması daha yerinde olacaktır.

f- Eşlerin Birlikte Başvurması. NHK m. 27/A kapsamında yabancı boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların tescili ancak, yukarıdaki diğer koşulların sağlanması halinde, çiftin bizzat veya vekilleri aracılığıyla başvurusu halinde tescil edilebilecektir. Böylece taraflardan birinin talepte bulunmaması durumunda, yabancı kararın sonuç doğurması ancak Türkiye’de açılacak bir tanıma davası ile mümkün olabilecektir.

Söz konusu koşul, yabancı ülkelerde özellikle tek tarafın iradesiyle gerçekleşmiş olan boşanmaların -bu boşanmaya rızası olmayan tarafın aksi yöndeki iradesine rağmen-Türkiye’de sonuç doğurmasını, engelleyecek bir mekanizma getirmektedir⁸⁰. Belirtmiş olduğumuz yönüyle, düzenlemenin yerinde bir koşul öngördüğü kabul edilebilir.

Boşanmış ya da evliliği sona ermiş olan kişilerin bizzat ya da vekilleri aracılığıyla birlikte başvuruda bulunmaları koşulunun olumsuz yanıysa, tescilin sadece evliliği sona ermiş kişiler tarafından talep edilebilecek olmasıdır. Düzenleme uyarınca;

- i- Boşanmış ya da diğer sebeplerle evliliği sona ermiş kişilerden birinin evliliği sona erdiren kararın kesinleştiği tarih ile tescil talebi arasındaki bir süreçte ölmesi ya da,

⁷⁹ Aynı görüşte bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 156.

⁸⁰ Yabancı ülkelerde özellikle erkeğin tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilen boşanmalar, Türk mahkemesinde kadının tanıma talebi olmadığı sürece kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir. TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 173; NOMER, s. 536; ÇELİKEL/ERDEM, s. 655; DOĞAN, s. 123; EKŞİ, *Tenfiz*, s. 537-538. Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2001/13000, K. 2001/14704, 26.10.2001.

- ii- Yabancı ülkede verilen boşanma ve evliliğin feshi gibi bir kararının gaiplik veya ölmüş sayılma kararına bağlı olarak verilmiş olması durumunda,

sağ kalan tarafın ya da ölmüş kişinin hak sahibi olabilecek mirasçılarının tescil talebinde bulunması NHK m. 27/A bakımından mümkün olmayacaktır.

Değindiğimiz bu sorun, Türkiye’de sonuç doğurması istenen yabancı mahkeme kararları bakımından MÖHUK m. 52/1’de yer alan ve kararın tanınması ya da tenfizi talebinin, hukuki yararı bulunan herkes tarafından yapılabileceğini öngören hükmün NHK m. 27/A’da da kabul edilmesi yoluyla aşılacaktır.

Yabancı ülkede evliliğin idari makam kararıyla sonlandırılmış olması durumunda ise, yukarıda belirttiğimiz olasılıklarda sağ kalan eş ya da ölen kişinin diğer mirasçılarının NHK m. 27/A kapsamında tescil talebinde bulunması mümkün olmayacaktır⁸¹. Diğer taraftan mirasın ölümü öncesi meydana gelen boşanmalar, ölüm anı itibariyle mirasçılarının tespiti ve miras paylarının belirlenmesi bakımında büyük bir sorun oluşturmaktadır. Çünkü, öncelikle mirasçılar NHK m. 27/A kapsamında tescil talebinde bulunabilecek kişilerden değildir. İkinci olarak MÖHUK m. 50 gereği yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararların Türkiye’de tanınması olasılığı da yoktur. Bu durumda aynı statüdeki kişiler arasında farklılık oluşturarak⁸² ve adalete erişim hakkı bakımından ihlal meydana getirebilecektir⁸³.

⁸¹ Sağ kalan eş bakımından yapılacak iş, yabancı gaiplik ya da ölmüş sayılma kararının Türkiye’de tanınmasını ve buna bağlı olarak evliliğin hukuken sona erdiğinin tespitini sağlamak olacaktır.

⁸² Bu farklılık sağlığında kararın tescilini sağlayan kişilerin mirasçılı ile sağlamayanlar arasında olabileceği gibi, boşanmanın gerçekleştiği ülkenin hukuk sistemine göre mahkemede boşanmış olan kişilerin mirasçılı ile idari makamlar önünde boşanmış olan kişilerin mirasçılı arasında da ortaya çıkabilir.

⁸³ Bu konuda adalete erişim bakımından en önemli örnek Aslı Selin Öztürk-Türkiye davasıdır. AİHM kararına konu olayda başvuranın babası, söz konusu boşanma kararının Türkiye’de tanınmasını talep etmemiş ve 2001 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Ankara 1. Sulh Hukuk Mahkemesi, 8 Haziran 2001 tarihinde, başvuranın babasının terekesinin dörtte üçünün başvuranın kendisine ve terekenin geri kalan dörtte birinin eski eşine kaldığına dair veraset ilamı düzenlemiştir. Başvuran, 14 Temmuz 2001 tarihinde, yurt dışında verilen boşanma kararının tanınması amacıyla Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmıştır. Boşanma kararı, Ankara 32. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 26 Eylül 2001 tarihinde tanınmıştır. Yargıtay, 6 Aralık 2001 tarihinde, başvuranın dava açmak için

Değınmiş olduğumuz sorun bakımından, NHK m. 27/A'ya bir hüküm eklenerek -tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşmiş olan boşanmalar (ya da o hukuka göre boşanma yerine geçen kararlar) hariç- evliliği sona ermiş kişilerin tescil talebi öncesi ölmüş olmaları durumunda, tescil talebinin “tüm ilgililer”⁸⁴ tarafından yapılabileceğini öngören bir cümle eklenerek bir çözüm getirilmesi düşünülebilir⁸⁵.

IV- Tescil Talebinin Usuli Sonuçları ve Reddi

NHK m. 27/A kapsamında yapılan tescil talebinin kabulü ile maddi hukuk bakımından evliliğin sona erdiği kabul edilmiş olacaktır⁸⁶. Ancak yukarıda tescilin hukuki mahiyeti ile ilgili açıklamalarımız doğrultusunda, kanaatimizce tescil bir “tanıma” işlemi olmayacağından, kesin hüküm etkisi de doğurmayacaktır. Nitekim, tescilin reddi halinde, tarafların tanıma davası açılabilceğini düzenleyen NHK m. 27/A-3 düzenlemesi de görüşümüzü desteklemektedir. Bu sonuç, hukukumuz bakımından olağan bir durum olmamakla birlikte, NHK m. 27/A'da yapılacak işlemin “tanıma” olarak düzenlenmemiş olmasının bir sonucudur.

Tescil talebinin reddi durumunda ise taraflar için ek başvuru olanakları mevcuttur. Ancak düzenlemede talebin reddine bağlı bazı konular açıklığa kavuşturulmamıştır. Şöyle ki, yapılan tescil talebinin idarece yapılan denetimi sonucunda, m. 27/A fıkra 1'de aranan koşulların gerçekleşmediği tespit edilirse, 3. fıkra gereğince talep reddedilecektir. Aynı fıkranın devamında tescil talebi reddedilen kararların tanınmasının MÖHUK hükümlerince gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Maddede yer alan bu ifade iki önemli soru

yetkisinin bulunmaması nedeniyle kararı bozmuştur. Karar için bkz. Selin Aslı Öztürk/ Türkiye Davası, Başvuru No. 39523/03, 10.06.2014, (<http://www.inhak.adalet.gov.tr>).

⁸⁴ Tanıma ve tenfiz talepleri bakımından hukuki yarar kavramının “ilgili” şeklinde geniş yorumlanması gerektiği, hali hazırda talepte bulunabilecek ve hukuki durumu etkilenecek tüm kişiler ile kurumların MÖHUK m. 52/1 kapsamında olduğu yönündeki tespit için bkz. SARGIN/ERTEN, s. 81-83. Nitekim boşanmış eše emeklilik maaşı bağlanması talebi karşısında SGK'nın yabancı boşanma kararının tanınması talebinde bulunabileceği yönündeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2009/15801, K. 2009/11856. (Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukuk 1 Pratik Çalışma Kitabı*, 4. Bası, İstanbul 2012, s. 104).

⁸⁵ Aynı yönde bkz.: ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 241-242.

⁸⁶ Benzer bir yaklaşım, NHK değişikliği öncesi dönemde tanınma imkanı bulunmayan yabancı idari boşanma kararları için ortaya konulmuştur. Bkz. NOMER, s. 500.

gündeme getirmektedir. İlk soru, düzenlemenin tescili reddedilen idari makam kararlarının tanınması yolunu açıp açmadığıdır. İkinci soru ise tescil talebinin reddi durumunda hangi kanun yoluna başvurulacağıdır. Aşağıda bu sorulara yanıt aranmaya çalışılacaktır.

A. Tescili Reddedilen Yabancı İdari Kararlar Yeni Düzenleme ile MÖHUK Kapsamında Tanınabilir Hale Gelmiş Midir?

NHK m. 27/A f. (3) metni şöyledir: “*Bu maddede sayılan şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye’de tanınması, 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca yapılır.*”

Madde okunduğunda ilgili metin iki şekilde yorumlanabilir. Bu yorumlardan ilki, düzenleme ile reddedilen yabancı boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların MÖHUK m. 50 ve devamı hükümlerince tanınabileceğidir. İkinci yorum ise tescili reddedilen kararların, “ancak” MÖHUK’da öngörülen koşulları taşıması halinde tanınacağıdır.

Belirtmiş olduğumuz bu iki yorum arasındaki fark, yabancı mahkeme kararları bakımından bir önem taşımaz. Ancak yabancı idari makamlarca verilen kararlar bakımından, yapılacak yorum büyük bir fark yaratacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 50 gereğince -kanunda aksi yönde özel bir hüküm olmadıkça- Türk mahkemelerinde sadece yabancı “mahkeme” kararlarının tanınması ve tenfizi gerçekleştirilebilmekte ve yabancı idari makam kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmamaktadır.

Türk hukukunda yabancı idari kararların tanınması bakımından yegane kanuni düzenleme, yabancı idari evlat edinme işlemlerinin tanınmasına ilişkin NHK m. 30/2 hükmüdür⁸⁷. Buna göre “Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adlî veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye’de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır”.

⁸⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Feriha Bilge, TANRIBİLİR/Banu, ŞİT KÖŞGEROĞLU, *Uluslararası Özel Hukukta Evlât Edinme*, Prof. Dr. Tuğrul ARAT’a Armağan, Ankara, 2012, s. 1057 vd; Sibel ÖZEL, *Ülkelerarası Evlat Edinme*, GÜHFD, Ata SAKMAR’a Armağan, Y. 2011, S. 1, s. 609 vd.

Evlat edinmeye ilişkin yabancı idari makam kararlarının MÖHUK kapsamında tanınmasına olanak tanıyan NHK m. 30 ile m. 27/A birlikte ele alındığında, kanaatimizce m. 27/A'da -m. 30'da olduğu gibi- söz konusu idari kararların mahkemelerce tanınabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. MÖHUK'un sadece yabancı "mahkeme kararlarının"⁸⁸ tanınabileceğini düzenleyen m. 50 hükmü karşısında, NHK m. 27/A ile tescili reddedilen bu yabancı idari makam kararlarının MÖHUK kapsamında tanınmasına olanak tanıdığını söylemek güçtür.

Ancak vardığımız sonuç, düzenlemenin idari kararların tanınması yolunu açmadığı yönünde olsa da, NHK m. 27/A'nın kaleme alınışındaki belirsizlikler, bu konuda ciddi tereddütlere de yol açabilecek boyuttadır. Tereddütlere yol açan hususlar ve dikkate alınması gereken noktalar şu şekilde özetlenebilir:

- i. Öncelikle, 690 sayılı KHK ile yapılan değişikliğin metni anlamsal ve amaçsal olarak belirsizdir. Özellikle kabul edilen hükmün çalışmamızda belirtilen konularda MÖHUK, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Medeni Kanun ile bağlantısı ve kesişme noktaları dikkate alınmamıştır. Böyle bir düzenleme yapılırken konunun açık şekilde ortaya konulması gerekmektedir.
- ii. İkinci olarak 3. fıkrada MÖHUK'a yapılan genel atf, sadece yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin gerçekleştirilebileceğini düzenleyen 50. maddeyi de kapsamaktadır.
- iii. Maddenin başlığında, "Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili" cümlesine yer verilmiş "tanıma" kavramı kullanılmamıştır.

Kanaatimizce tüm bu hususlar ve maddenin düzenleniş biçimi karşısında, NHK m. 27/A f. (3) tescili reddedilen idari kararların Türk mahkemelerince tanınması yolunu açmamaktadır.

⁸⁸ "Oysa, tanıma ve tenfizi istenilen belgenin resmi senet niteliğinde olduğu yasanın öngördüğü anlamda ilam niteliği taşımadığı açıktır. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." Yargıtay 2. HD. E. 2007/12361, K. 2008/12805, 24.09.2008. Karar için bkz.: (www.kazanci.com.tr)

Gerçekten de kanunun amacı –her ne kadar gerekçe yayımlanmamış olsa da- yabancı boşanmalar ile evliliği sona erdiren mahkeme kararları bakımından MÖHUK’a başvuru yolunu düzenlemek değil, mahkemelerdeki iş yükünü azaltmak ve belirli koşullarda Türk vatandaşlarına kolaylık sağlamaktır. Dolayısıyla, konumuz kapsamındaki yabancı idari kararların, tarafların birlikte başvurularının mümkün olmadığı durumlarda, Türkiye’de sonuç doğurması MÖHUK m. 50 nedeniyle mümkün olmayacaktır⁸⁹. Tüm değerlendirmelerimize rağmen, fili olarak bu düzenlemenin nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağı çıkartılacak yönetmelik ve verilecek mahkeme kararları ile açıklığa kavuşacaktır.

B. Eşlerin Tescil Talep Etmeksizin Tanıma Talebinde Bulunması Mümkün müdür?

NHK m. 27/A’nın 3. fıkrasında yer alan hükmün (tescili mümkün olan bir yabancı mahkeme kararının tescili talep edilmeksizin) doğrudan Türk mahkemelerinden tanıma talep edilmesine olanak tanıyıp tanımadığı hususu da üzerinde durulması gereken bir konudur.

Uygulamada taraflar anlaşarak, tanıma talebinde bulunmakta ve bu yolla yabancı boşanma kararlarının Türkiye’de tanınmasını sağlamaktadır. NHK m. 27/A’nın uygulanmaya başlamasıyla birlikte, tescil talebiyle yabancı kararın Türkiye’de sonuç doğurabilmesi sağlanabileceken, tanıma talep etmekte tarafların hukuki yararı bulunmayacaktır (HMK m. 114/h)⁹⁰. Çünkü davacının dava açmada hukuki yararı bulunması, dava dışı bir yolla bu hakkı elde edememesine bağlıdır. Ayrıca NHK m.27/A’nın 3. fıkrasında, MÖHUK uyarınca bir tanıma kararı verilebilmesi, tescil talebinin reddine bağlanmıştır. Bu anlamda 3. fıkra HMK m. 114/2 uyarınca özel bir dava şartı olarak da değerlendirilebilir. Açıkladığımız bu nedenlerle, istisnai haller hariç, davacının boşanma kararının tanınması talebi ve davalının

⁸⁹ Tescili reddedilen idari yabancı kararların MÖHUK kapsamında tanınması yolunun açılmamış olması, özellikle yukarıda değindiğimiz üzere, yabancı idari boşanma kararı ve evliliği sona erdiren kararların Türkiye’de sonuç doğurmasında hukuki yararı bulunan diğer kişiler bakımından doğacak sakıncaların önlenmesi imkanını da ortadan kaldırmıştır.

⁹⁰ Tanıma ve tenfiz taleplerinde dava şartları ve hukuki yarar konusundaki tartışmalar için bkz. Burak HUYSAL, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*, MHB, C. 2, S.1, 2012, s. 83.

kabulüyle gerçekleşecek tanıma talepleri, dava şartı yokluğundan kanaatimizce reddedilebilecektir.

C. Tescil Talebinin Reddine Karşı Kanun Yolu

Yapılan değişiklik incelendiğinde, NHK m. 27/A f.(3)'de tescil talebi reddedilen yabancı kararların tanınmasının MÖHUK'a göre yapılacağı belirtilmektedir. Bu ifade tarzıyla düzenleme yabancı makamlarca verilmiş olan boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararlara ilişkin tescil talebi reddedildiğinde, talep sahipleri bakımından tek olanağın MÖHUK hükümlerine göre bir tanıma talebinde bulunma olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Oysa ki düzenleme, kanaatimizce bir kanun yolu düzenlemesi olmayıp, tescil talebinin reddi durumunda tanıma yolunun açık olduğunu ifade etme amacı taşımaktadır. Dolayısıyla yabancı karara ilişkin tescil talebi reddedildiğinde, hukukumuzda yer alan olağan kanun yollarına başvuru olanağı varlığını korumaktadır.

Doktrinde, kamu düzenine aykırılık nedeniyle idarece tescil talebinin reddedilmesi üzerine açılacak “tanıma davası” ile tescilin gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır⁹¹. Buna göre aile mahkemesince yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı incelenecek ve aykırılık yoksa yabancı kararın NHK m. 27/A uyarınca tesciline karar verilecektir.

Biz bu görüşe katılamıyoruz. Yetkili Türk idari makamı tarafından tescil talebi reddedildiğinde, kanaatimizce tarafların idari yargı yoluna başvurmaları mümkün olabilecektir. Burada, özellikle idare tarafından m. 27/A'da yer alan koşulların takdirinde bir hata yapıldığı düşünülüyor ise, bu hatalı işleme karşı talepleri reddedilen başvuru sahipleri, idare mahkemesinde dava açarak işlemin iptalini ve kararın tescilini talep edebilecektir. Bu anlamda aile mahkemelerine yöneltilecek talep, kanaatimizce idarenin ret kararından bağımsız bir tanıma talebi olarak ele alınmalı ve değerlendirilmelidir.

Yargı yolu bakımından “Nüfus Davaları” başlıklı NHK m. 36'da yer alan ve ilgilinin yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesini görevli ve yetkili kılan düzenleme de tereddütlere yol açabilir. Ancak NHK'nın 36. maddesinin altında yer aldığı Dördüncü Bölüm, “Kayıt Düzeltmeleri” başlığını

⁹¹ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 244.

taşımakta ve nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davalarını düzenlemektedir. Dolayısıyla, bir yabancı mahkeme ya da idari makam kararının, tesciline yönelik m. 27/A düzenlemesi bir nüfus kaydının düzeltilmesi davası değildir. Bu nedenle, bir idari işlem olan tescil talebinin reddi de NHK m. 36 kapsamına girmemektedir. Diğer yandan yapılan tescilin hukuka aykırı olması durumundaysa, yapılan tescil işlemi için NHK m. 40 kapsamında asliye hukuk mahkemelerinde dava açılacaktır⁹².

Yaptığımız değerlendirmeler sonucunda, yabancı adli veya idari makamlarca verilmiş olan boşanma kararları ile evliliği sona erdiren diğer kararların tescil talebinin reddi karşısında idari yargı yolunun açık olması ise sorunlara yol açabilecektir. Burada iptal davası ile karşılaşan idare mahkemesi yargıçları, yukarıda incelediğimiz ve esasında uzmanlık alanlarına girmeyen pek çok milletlerarası özel hukuk sorununa çözüm bulmak zorunda kalacaktır. Belirtmiş olduğumuz bu sakınca karşısında, NHK m. 27/A'da tescil talebinin reddi durumunda aile mahkemelerinin görevli kılınmasının daha yerinde bir çözüm olacağı ve yargı yoluna ilişkin muhtemel şüpheleri net bir şekilde ortadan kaldıracığını düşünmekteyiz⁹³.

Sonuç

Genel olarak bakıldığında, 690 sayılı KHK ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 27/A ile yapılan düzenleme yabancı ülkelerde adli ve idari makamlarca verilen boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığı gibi evlilik birliğini sona erdiren kararların doğrudan tesciline olanak tanımakla milletlerarası özel hukuk sistemimiz bakımından önemli bir değişiklik meydana getirmiştir.

Düzenleme özellikle, doktrinde ifade edilen ve evlilik birliğini sona

⁹² Doktrinde -tescilin reddi için olmasa da- kamu düzenine açıkça aykırı olmasına rağmen hatalı olarak tescil edilmiş olan kararlara karşı asliye hukuk mahkemesinde, cumhuriyet savcılıkları ve nüfus müdürlüklerince tanınmanın reddi davası açılacağı savunulmaktadır. Bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 244-245.

⁹³ NHK'da yapılacak bir değişiklikte, kamu düzenine aykırı olmasına rağmen, hatalı olarak tescil edilen bir kararın tescilinin hukuka uygun hale getirilmesi için "tanınmanın reddi davası" şeklinde bir dava açılacağı, bu dava yetkisinin İçişleri Bakanlığı, Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü, cumhuriyet savcılıkları ve yararı olan herkese tanınması yönündeki görüş için bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 244-245.

erdiren idari makam kararlarının Türkiye’de kesin hüküm ve kesin delil etkisi kazanması gerektiği yönündeki bazı beklenti ve eleştirilere cevap vermektedir. Ancak doktrinde ortaya konulan idari boşanma kararlarının Türkiye’de tanınmasına yönelik beklenti, bu kararların tanımaya gerek kalmaksızın doğrudan tesciline olanak sağlamakla bir adım öteye geçmiştir. NHK m. 27/A uyarınca gerçekleştirilecek tescil işleminin hukuki mahiyeti belirsiz olmakla birlikte, kanaatimizce yapılacak işlem sadece tescil olup, milletlerarası özel hukuk bakımından tanıma vasfını haiz olmayacaktır.

Düzenlemede güdülen amaçlardan birinin adliyelerdeki iş yükünün azaltılması olduğu anlaşılmaktadır. Ancak NHK m. 27/A’da ön görülen tescil olanağı bakımından aranan koşulların yerindeliği, özellikle de yabancı makamın yetkili olması bakımından denetimi eleştiriye açıktır. Ayrıca tescil için aranan koşulların Türk idari makamlarınca değerlendirilecek olması, kamu düzenine aykırı olmama gibi hususlar dikkate alındığında, etkin ve yerinde bir denetim yapılmasını sağlamaya elverişli değildir. Keza Türk idari makamlarınca yabancı adli makam kararlarının denetlenecek olması da hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

NHK m. 27/A ile yapılan düzenlemede açık bırakılan ve diğer kanunlarla bağlantıları ele alınmayan pek çok konu vardır. Bunlardan en öne çıkanlar ise tescil talebinin reddi durumunda hangi yargı yoluna başvurulacağı ve tescili reddedilen yabancı idari makam kararlarının MÖHUK kapsamında tanınmasının mümkün olup olmayacağı hususlarıdır. Aynı şekilde eşlerden birinin ölümü halinde, mirasçılar gibi hukuki yararı bulunan üçüncü kişilerin bu doğrudan tescil olanağından faydalanmasını sağlayacak bir hükme yer verilmemesi büyük bir eksikliktir. Belirtmiş olduğumuz bu noktalar ve yukarıda detaylı olarak incelemeye çalıştığımız konular dikkate alındığında, önemli bir ihtiyacı karşılamaya yönelik bir düzenlemenin, konunun önemine kıyasla acele ve sonuçları yeterince düşünülmeden hazırlandığı söylenebilir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya/DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul, 2010.
- ARAT, Tuğrul; *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, AÜHFD, C. 21, S. 1-4, 1964.
- BERKİ, Osman Fazıl/ERGÜNEY, Hilmi; *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafları İle İlgili Kararların Tahlil ve İzahları*, Ankara, 1963.
- BİLGE TANRIBİLİR, Feriha/ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu; *Uluslararası Özel Hukukta Evlât Edinme*, Prof. Dr. Tuğrul ARAT'a Armağan, Ankara, 2012.
- BUDAK, Ali Cem, Prof. Dr. Baki Kuru'nun Kaza Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004.
- ÇELİKEL Aysel/ERDEM, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul, 2016.
- ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Ergin/GİRAY, Kerem/ESEN, Emre; *Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 10. Baskı, İstanbul, 2010.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, Ankara, 2016.
- DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Türk Özel Hukuku Cilt III-Aile Hukuku*, İstanbul, 2016.
- EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, İstanbul, 2007.
- EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, İstanbul, 2012. (Boşanma)
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul, 2013. (Tenziz)
- ERTEN, Rıfat, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Ankara, 2017.
- GÖKÇENAY, Berivan, *Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları*, İstanbul, 2009. (Yayınlanmamış Doktora Tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)
- GÜVEN, Pelin, *Tanım-Tenziz*, Ankara, 2013.

- HUYSAL, Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, İstanbul, 2005.
- MATTHEW, J. Mc. Cauley, *Divorce And The Welfare Of The Child In Japan*, Pacific Rim Law and Policy Journal, Vol. 20, No. 3, 2011.
- NOMER, Ergin, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul, 1972. (*Yabancı Kanun*)
- NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2015.
- ÖNEN, Ergun, *İnşâî Dava*, Ankara, 1981.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, *Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti'nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*, GÜHFD Ata Sakmar'a Armağan, S. 1, 2011.
- ÖZEL, Sibel, *Ülkelerarası Evlat Edinme*, GÜHFD, Ata Sakmar'a Armağan, S. 1, 2011.
- ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015.
- SAKMAR, Ata, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul, 1976.
- SAKMAR, Ata, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul, 1982. (*Yabancı İlam*)
- SARGIN, Fügen/ERTEN, Rifat; *MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımının Hukukî Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği"*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 2, 2014.
- SAYMAN, Yücel, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul, 1982.
- SEROZAN, Rona, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2000.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, 2016.
- ŞANLI, Cemal, *Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde "Tanınması" veya "Delil" Olarak Kullanılması*, Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU'na Armağan, İstanbul, 1990.
- ŞENSÖZ MALKOÇOĞLU, Ebru, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, İstanbul, 2017.
- ŞENSÖZ, Ebru, *Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü*, "10. Yıl'a Armağan" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22, 2012/2.

- ŞİT, Banu, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, 2011.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge, *Yabancılar Türk Yetkili makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi*, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Sorunlar Sempozyumu, (Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar), Ankara, 2016.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 1996.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, *Yabancı Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Ankara, 2014.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, İstanbul, 2006.
- YAŞAR, Tuğçe Nimet, *Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması*, MHB, Yıl 33, Sayı 2, İstanbul, 2013, s. 75-114.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

GENERAL EVALUATION OF THE CONTRACT ON THE CARRIAGE OF PASSENGERS BY SEA IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Araş. Gör./Res. Asst., Burcu İRGE-ERDOĞAN*

Öz

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanunun (MÖHUK)¹ m. 24 ile MÖHUK m. 26 kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre sözleşmenin paket tur kapsamında olup olmaması hangi maddeye göre uygulanacak hukukun belirleneceğini ifade eder. Bunun yanında açılacak davalarda yetkili mahkeme konusunda da MÖHUK'ta özel düzenleme yer almamaktadır. 1974 tarihli Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına dair 1974 Atina Konvansiyonu (Atina Konvansiyonu) kabul edilmiştir. Ardından gelişen yolcu taşımaları ile birlikte söz konusu Konvansiyonda birtakım değişiklikler öngören Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesine Ait 2002 Protokolü (2002 Protokolü) düzenlenmiştir. Atina Konvansiyonunda da davanın esası, yetkili mahkeme ve tanıma-tenfiz konuları hakkında hükümler yer almaktadır. Türkiye henüz bu Konvansiyona ve 2002 Protokolüne taraf değildir.

Abstract

The applicable law in the resolution of disputes regarding the carriage of passengers by sea contract is the articles 24-26 of the Code on Private International Law and International Civil Procedure No. 5718 (MÖHUK). Accordingly, the fact that whether the contract is or is not in the scope of package tours determines according to which article the law will be applied. Furthermore there is no special provision regarding the competent court in which cases will be filed. In 1974, Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974 (Athens Convention) was drafted. Due to subsequent developments in carriage of passengers, Protocol Of 2002 To The Athens Convention Relating To The Carriage Of Passengers And Their Luggage By Sea, 1974

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye, burcuirge@gmail.com.

** Makale Gönderim Tarihi: 29.11.2016; Makale Kabul Tarihi: 22.03.2017.

¹ 5718 sayılı, 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG. 12.12.2007 / 26728.

(2002 Protocol), which implements some changes to the Convention, was enacted. The Athens Convention contains provisions on the subject of the case, the competent court and the matters of recognition and enforcement as well. Nevertheless Turkey is not yet a party to the Convention or the Protocol.

Anahtar Kelimeler: *Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, Uygulanacak hukuk, Yabancılık unsuru, Atina Konvansiyonu, 2002 Protokolü.*

Keywords: *Carriage of passengers by sea, Applicable law, Element of foreignness, Athens Convention, 2002 Protocol.*

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)² ile getirilen önemli yeniliklerden biri de deniz yoluyla yolcu taşımaları hakkındaki düzenlemelerdir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi ile ilgili TTK' da yer alan hükümler incelendiğinde, yolcu taşımacılığının gelişmesi açısından isabetli düzenlemeler içeren 1974 tarihli Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına Dair Atina Konvansiyonu ile 2002 Protokolünün esas alındığı görülmektedir.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde farklı şekillerde yabancılık unsuruna rastlamak mümkündür. Özellikle son yıllarda giderek artan birden fazla ülkeyi konu edinen gemi turları buna örnek olarak verilebilir. Artan uluslararası deniz yoluyla yolcu taşımaları bu çalışmaya ihtiyaç duymamızda ana nedenlerden biridir.

Çalışmamızın ilk kısmında, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili konulardan kısaca bahsedilmiştir. Ayrıca 1974 tarihli Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına Dair Atina Konvansiyonu ile 2002 Protokolü³ ele alınmıştır. İkinci kısımda ise yabancılık unsuru taşıyan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusu Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 24, m. 26 ve Atina Konvansiyonu çerçevesinde açıklanmıştır. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden dolayı açılacak davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesi ile tanıma tenfiz hususu Atina Konvansiyonunda

² 6102 sayılı, 13.01.2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu, RG. 14.02.2011/27846.

³ Protocol of 2002 to the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974 tam metni için bkz. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/261628/Misc.6.2013_Prot_2002_Athens_8760.pdf E.T. 14.02.2017.

ayrıca düzenlediğinden MÖHUK ve Konvansiyon bakımından incelenmiştir.

Çalışmamızın konusu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarla sınırlandırılmış olmakla yabancılik unsuru taşıyan eşya taşınmasına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 29) konunun genişliği de düşünülerek kapsam dışında bırakılmıştır. Ayrıca çalışmamızda Roma I Tüzüğü'nde yer alan taşıma sözleşmelerinde uygulanacak hukuku düzenleyen hükümler de kapsam dışında bırakılmıştır.

Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi

Türk hukukunda, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi esas itibarıyla TTK' da düzenlenmiştir. Bu kanun dışında özel ve kamu hukukuna ilişkin mevzuatta da bazı düzenlemelere rastlanmaktadır⁴.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi TTK m. 1247'de "*Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, yolcunun veya yolcu ve bagajının deniz yolu ile taşınması için, taşıyan tarafından veya onun adına ve hesabına yapılan sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin unsurları; yolcunun deniz

⁴ 20 Nisan 1926 tarihli, 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun m.1'e göre; Türkiye sahil ve limanları arasında yolcu taşıma hakkı münhasıran Türk bayrağı çekme hakkına sahip gemilere aittir: 12.03.1982 tarih ve 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu m. 27'ye göre; Türk Bayrağı çekemeyen deniz turizmi araçlarına, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 823 üncü maddesine bağlı kalmaksızın, Türk Bayrağı çekilmesine izin vermeye Bakanlık yetkilidir (6762 sayılı TTK yürürlükte olmadığından bu atıf 6102 sayılı TTK m. 940'a yapılmış kabul edilmelidir). 10 Haziran 1946 tarihli, 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun, 14 Mart 1966 tarihli 6125 sayılı Ticaret Gemilerinin Tonilatolarını Ölçme Tüzüğü, 6 Nisan 1952 tarihli ve 3-14831 sayılı Tehlikeli Eşyanın Ticaret Gemileri ile Taşınmasına dair Tüzük ve 22 Haziran 1966 tarihli ve 6-6647 sayılı Ticaret Gemilerinin Yükleme Sınırı Tüzüğü ile 26259 sayılı Resmi Gazetede 14.08.2006 tarihinde yayımlanan Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemideki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik örnek verilebilir.

yoluyla taşınması, taşımanın gemi ile yapılması⁵ ve ücrettir⁶.

Sözleşmenin tarafları, yolcu ve taşıyandır. Taşıyan; yolcu taşıma sözleşmesinde yolcu ve bagajını bir ücret karşılığında denizde taşımayı taahhüt eden kişidir. Taşıyanın donatan⁷ olması gerekli olmadığı gibi, bu işi

⁵ Gemi tanımı TTK m. 931'de; "(1) Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından "gemi" sayılır. (2) Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılır." şeklinde yer almaktadır. Gemi tanımı hakkında mevzuatta farklı tanımlar bulunmaktadır, bu tanımlar hakkında bkz. Cüneyt SÜZEL, *Türk Mevzuatında Gemi Tanımı*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1615-1644; Bülent SÖZER, *Deniz Ticaret Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 27-118. Gemi tanımı hakkında 1974 Atina Konvansiyonu madde1/3'te "hava yastıklı araçlar hariç olmak üzere, sadece denizde hareket edebilen araçlar" şeklinde ifade edilmiştir.

⁶ Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. Sabih ARKAN, *Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler*, BATİDER, C. XII, S. 1, Haziran 1983, s. 13-25; Kerim ATAMER, *2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, BATİDER, C.XXIV, S.3, 2008, s. 129 vd; Mertol CAN, *Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, İmaj Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 17-20; Ergon ÇETİNGİL, *Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar)*, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul, s. 135; İlknur ULUĞ CİCİM, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, MÜHFHAD Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 527; İsmail DOĞANAY, *Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi*, Yargıtay Dergisi, 1976, s. 125-139; Rayegân KENDER, *Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta (Tebliğ)*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), İstanbul 24-25 Ocak 1985, s. 105; Canan Özlem İLGİN, *Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Bir Değerlendirme*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 6, S. 12, Güz 2007, s. 235; Sami OKAY, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 263; Melda TAŞKIN, *Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu*, İstanbul, 2016, s. 41 vd.

⁷ Donatan TTK m. 1061'de: "Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanılan gemi malikine denir.(2) Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır." şeklinde tanımlanmıştır. Donatan hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Mert PEKGÜN, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Donatanın Gemi Adamlarının Kusurlarından Doğan Sorumluluğu ve Sorumluluğunun Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Londra Konvansiyonu Uyarınca*

meslek olarak sürekli yapması da şart değildir⁸. Taşıyan, taşıma ister bizzat onun tarafından, isterse bir başka fiili taşıyan tarafından gerçekleştirilmiş olsun, taşıma sözleşmesini yapan veya taşıma sözleşmesi adına ve hesabına yapılan kişidir⁹. Fiili taşıyan, taşıyandan farklı bir kişi olup, bir geminin maliki, kiracısı veya işleteni olarak taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişidir (TTK m. 1248). Taşıyanın bu işi sürekli yapması gerekmez bir defaya özgü olsa bile, denizde yolcu taşıma sözleşmesi söz konusudur¹⁰. Yolcu; denizde yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca gemide taşınan kimseye denir¹¹. Yolcunun sözleşmenin tarafı olması zorunlu değildir. Sözleşmede ve bilete yolcunun adı gösterilmemişse, biletin hamili yolcu sayılır ve bilete sahip olmakla taşınma hakkını elde eder. Yolcunun adı bilete yer alıyorsa taşınma hakkını bir başkasına devredemez (TTK m. 1249/2). Taşıyan ve kaptanın haberi olmadan gizlice gemiye binen kişiler (kaçak yolcular) ve çalıştığı gemide anavatanına dönme hakkını kullanan gemi adamları ve kılavuzlar ise yolcu sayılmazlar¹².

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde tarafların birbirlerine karşı bir takım borçları bulunmaktadır. Yolcunun kaptanın talimatına uyma, bagaj hakkında doğru bilgi verme, gemiye zamanında gelme ve ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Taşıyanın ise yolculuğu vaktinde yapma, yolcuyu özenle taşıma, yolcunun bagajlarını¹³ taşıma ve zorunlu sorumluluk sigortası

Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 6-12; SÖZER, s. 359 vd.

⁸ CAN, s. 21; ILGIN, s. 235.

⁹ CAN, s. 20-25; ÇETİNGİL, s. 135; ILGIN, s. 235; TAŞKIN, s. 52

¹⁰ Salih ÖNDER, *1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 1546.

¹¹ CAN, s. 25; ÇETİNGİL, s. 135; DOĞANAY, s. 127; ILGIN, s. 235; ÖNDER, *1974 Tarihli Atina Komisyonu Bağlamında Denizle Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, s. 1548; TAŞKIN, s. 64.

¹² ATAMER K., s. 140; ÇETİNGİL, s. 135; OKAY, s. 258.

¹³ Bagaj kavramı, yolcunun onunla beraber taşınan eşya ve nakil vasıtasını ifade eder. TTK m. 1250: “(1) Canlı hayvanlar ve bir navlun sözleşmesine dayanılarak taşınan eşya ile araçlar dışında, taşıyan tarafından, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince taşınan eşya ve araçlar, bagaj kapsamındadır.

(2) Yolcunun kamarası içinde veya başka bir şekilde kendi zilyetliğinde, hâkimiyetinde ya da gözetiminde bulundurduğu eşya, onun kabin bagajıdır. 1258 ve 1263 üncü maddelerin uygulaması hariç olmak üzere, yolcunun aracında bulundurduğu bagajı da kabin bagajı sayılır.

(3) Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince yol-

yaptırma borcu vardır¹⁴.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler TTK m. 1247-1271 maddelerinde ele alınmıştır. Bu düzenlemede 1974 Atina Konvansiyonu ile 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınmasına İlişkin Protokol hükümleri esas alınmaktadır. Bu sözleşmenin yolcuların bedensel zararları ve bagajın zıya veya hasarından doğan zararlarına ilişkin sorumluluğu düzenleyen hükümlerinin en önemli özelliği, birçok halde sorumluluğun her bir zarar türü için belli bir miktarla sınırlandırılmış olmasıdır. Bu sınırlandırma bir yandan sorumlu sayılan kişileri koruduğu gibi, diğer yandan farklı devlet mahkemelerinde açılacak davalarda birbirine yakın miktarlarda tazminat ödenmesine ilişkin kararların alınmasında olumlu rol oynayacaktır. Sözleşmenin bu niteliği TTK'ya da yansımıştır. TTK taşıyanın yolcuların ölüm ve yaralanmalarından ve onların bagajının zıyaından veya hasarından doğan zararlara ilişkin sorumluluğu vardır. Taşıyanın sorumluluğu, zarar gören yolcu başına her bir gemi kazası için 250.000 Özel Çekme Hakkı¹⁵ ile sınırlıdır (TTK m. 1256). Bu sorumluluk yolcunun ölümü veya yaralanmasından dolayı taşıyanın her olay için yolcu başına 400.000 Özel Çekme Hakkını geçemez (TTK m. 1262). Ayrıca yolcunun bagajlarının zarar görmesi halinde taşıyanın sorumluluğu ise TTK m. 1263'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁶. Taşıyanın deniz yoluyla taşıma sözleşmesinden

cunun gemiye getirdiği bagaj için taşıma ücretinden başka bir ücret istenemez". Bagaj hakkında bilgi için bkz. ATAMER K., s. 132.

¹⁴ Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde tarafların borç ve sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, s. 41-78; ILGIN, s. 237-248; Salih ÖNDER, *Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı*, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 215- 233; TAŞKIN, s. 69 vd.

¹⁵ Özel Çekme Hakkı, 1969 yılında Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından, uluslararası rezervlerin desteklenmesi için yaratılan bir hesap birimidir. Güncel veriler için bkz. www.tcmb.gov.tr.

¹⁶ "**MADDE 1263-** (1) Kabin bagajının uğradığı zıya veya hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için yolcu başına 2.250 Özel Çekme Hakkını aşamaz. (2) Araçlar ve içlerinde veya üzerlerinde taşınan her çeşit bagajın uğradığı zıya ve hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için araç başına 12.700 Özel Çekme Hakkını aşamaz.

(3) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilenler dışındaki bagajın zıyaı veya hasarından dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için yolcu başına 3.375 Özel Çekme Hakkını aşamaz.

(4) Taşıyan ve yolcu, taşıyanın sorumluluğuna, zararın tamamından indirilmek üzere aracın uğrayacağı zıya veya hasar için 330 Özel Çekme Hakkı, diğer bagajın uğrayacağı

doğan bütün alacakları için Medeni Kanununun 950-953 maddeleri uyarınca hapis hakkı tanınmaktadır¹⁷.

1974 Tarihli Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına Dair Atina Konvansiyonu

A. Genel Olarak

Denizde yolcu taşımalarının önemi sebebiyle, milletlerarası alanda da düzenlenme yapılmak için harekete geçilmiş, bu konuda önce Denizde Yolcu Taşımaya Dair 1961 tarihli Brüksel Konvansiyonu, sonra da onu tamamlamak üzere Denizde Bagaj Taşımalarına ilişkin 1967 tarihli Brüksel Konvansiyonu düzenlenmiştir¹⁸. Daha sonra bu iki Konvansiyonun birbirleri ile yakın ilişkileri sebebiyle tek bir metin haline getirilmesi çalışmaları sonucunda 13 Aralık 1974'te Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu kabul edilmiştir. Bu sözleşme 28 Nisan 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹.

Yolcuların hem ölüm ve yaralanmalarından; hem onların bagajının zıyaından veya hasarından doğan zararlara ilişkin sorumluluğu düzenleyen hükümler içeren 1974 Atina Konvansiyonu uyarınca getirilen temel prensip, bir yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunda doğan zararlar ile bagajların uğradığı hasar ve ziyadan, zararı meydana getiren olay taşıma sırasında meydana gelmiş ve taşıyanın adamlarının veya vekillerinin görevlerini yaptıkları sıradaki kusurlarından doğmuş olması halinde taşıyanın meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmasıdır. Taşıyanın, zararı doğuran olaya ilişkin taşıyanın kastı yoksa ya da taşıyan böyle bir zarara yol açacağını bilerek ihmalkar davranmamışsa sorumluluğunu her bir zarar türü için belli

ziya veya hasar için de yolcu başına 149 Özel Çekme Hakkını aşmayacak bir muafiyetin uygulanması hususunda anlaşılabilirler”.

¹⁷ TTK gerekçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>.

¹⁸ Kerim ATAMER/Cüneyt SÜZEL, *Yeni Deniz Ticaret Hukuku'nun Kaynakları*, C. I, İstanbul, 2013, s. 247 vd.; 1961 tarihli Brüksel Konvansiyonu hakkında bilgi için bkz. Rayegân KENDER, *Deniz yolu İle Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonal Hukukta Birleştirilmesi (29 Nisan 1961 Tarihli Brüksel Konvansiyonu)*, İÜHF, C. XXVIII, S. 3-4, s. 713-750.

¹⁹ <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Athens-Convention-relating-to-the-Carriage-of-Passengers-and-their-Luggage-by-Sea-%28PAL%29.aspx>.

miktarla sınırlama hakkı bulunmaktadır²⁰.

Taşıyanın sorumluluğu sınırlama hakkı Atina Konvansiyonunun en önemli özelliğidir. Sözleşme hükümlerine göre ödenecek olan tazminatın miktarı, istisnai bazı haller hariç, her bir zarar için tayin edilmiş belli bir miktardan ibarettir.

Atina Konvansiyonu ile ayrıca “*fiili taşıyan*” kavramına yer verilmiş, yolcuların ölüm ve yaralanmadan doğan zararların karşılanacağı kabul edilirken, gecikmeden doğan zararlar sözleşme kapsamı dışında kalmıştır. Atina Konvansiyonu kusur karinesine dayanan bir sorumluluk sistemi getirirken, kusur ve ihmalin hangi şartlarda mevcut sayılacağı tespit edilmiş ve bunun dışında kusur ve ihmalin ispatı külfeti davacıya yüklenmiştir²¹. El bagajı dışında kalan bagajlar için yolculara nazaran daha fazla himaye sağlanmış, el bagajı için sorumluluk yolculara karşı sorumluluk ile aynı sisteme bağlanmıştır. Yolculara karşı olan sorumluluğun eşyaya karşı olandan daha hafif olmasının nedeni yolcunun devamlı surette hareket imkânına sahip olması nedeniyle ona karşı özen mükellefiyetlerinin ifasının çok daha zor olduğu şeklinde açıklanmıştır²². Fiili taşıyan yolcu taşıma mukavelesinde taraf olmadığı halde Konvansiyon hükmü ile akdi sorumluluğa tabi tutulmuştur. Böylece yolcuya karşı iki muhatap gösterilmiştir (m. 4).

Atina Konvansiyonu m. 16’da bildirim ve zamanaşımı hususları da düzenlenmiştir. Konvansiyona göre, yolcunun ölümü ve yaralanması veya bagajının ziyaa ve hasara uğraması hallerinde açılacak bütün tazminat davaları iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ayrıca bu zamanaşımı süreleri zararın meydana gelmesinden önce taşıyanın yazılı kabulüyle ya da zararın meydana gelmesinden sonra taraflar arasında yapılacak bir yazılı anlaşma ile uzatılabileceği yönünde düzenleme mevcuttur. TTK m. 1270’te yer alan zamanaşımı ise, yine iki yıl olarak düzenlenmiş ayrıca Konvansiyonla benzer şekilde tarafların aralarında anlaşarak uzatabileceği öngörülmüştür. Ancak TTK m. 1270/1’de yolcunun ölümünden ve bedensel zararından doğan bütün tazminat talepleri için on yıllık zamanaşımı süresini üst sınır olarak kabul edilmiştir. Böylelikle mehaz Konvansiyonda yer alan zamanaşımı maddesi ile TTK arasındaki uyum tam anlamıyla sağlanamamıştır.

²⁰ TAŞKIN, s. 69 vd.

²¹ ATAMER K., s. 132.

²² ILGIN, s. 249.

B. 1974 Denizde Yolcu ve Bagajların Taşınmasına Dair Atina Konvansiyonu'nun 2002 Protokolü

28 Ekim - 1 Kasım 2002 tarihleri arasında Londra'da yapılan diplomatik konferanslar sonucunda Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınması Hakkındaki 1974 Atina Konvansiyonuna ilişkin 2002 Protokol²³ kabul edilmiştir. Bu Protokol, Avrupa Birliği (AB) Komisyonu tarafından da dikkatle izlenmiştir. Protokolün getirmiş olduğu evrensel standartlar nedeniyle, 23.11.2005 tarihinde AB Komisyonu tarafından "Deniz Ulaşımı Güvenliği" adında Üçüncü Paketi ilan edilmiştir. Söz konusu pakete göre, AB üyesi devletler, iç hukuklarını 2002 Protokolü ile uyumlaştıracaklardır.

2002 Protokolünün giriş kısmında 1990 Protokolünün yürürlüğe girmemiş olduğuna da işaret edilmiştir²⁴. 1990 Protokolünde öngörülen sorumluluk sınırlarını miktar itibarıyla da arttıran 2002 Protokolünün 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, 1974 Atina Konvansiyonunun bundan sonra 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajının Deniz Yolu ile Taşınmasına ilişkin Atina Konvansiyonu olarak anılacağı belirtilmiştir²⁵. Buna göre, 2002 Protokolünün yürürlüğe girmesini müteakip 1974 tarihli Atina Konvansiyonu, 2002 tarihli Atina Protokolü olarak değişmiştir²⁶.

2002 tarihli Atina Protokolü ile getirilen en önemli düzenleme zorunlu sigortaya ilişkin 5. maddedir. Buna göre; Atina Konvansiyonunun 4. maddesine göre yolcunun ölümü veya yaralanması halinde taşıyanın sınırlı sorumluluğunu teminat altına alan sorumluluk sigortasının veya banka teminat mektubunun bulunması şartı getirilmektedir²⁷.

²³ Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınması Hakkındaki 1974 Atina Konvansiyonu'na ilişkin 2002 Protokol Protokolü metni için bkz. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/261628/Misc.6.2013_Prot_2002_Athens_8760.pdf.

²⁴ 1990 Protokolünde yolcunun ölümü ve yaralanması durumunda taşıyanın sorumluluk sınırı yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu protokol hiç yürürlüğe girmemiştir.

²⁵ ATAMER/SÜZEL, s. 248.

²⁶ 1974 tarihli Atina Sözleşmesi ile 2002 Protokolüne taraf ülkeler hakkında bkz. <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202016.docx.pdf>.

²⁷ Buna göre; mali teminat sertifikaları, Protokolün ekinde yer alan örnek form şeklinde hazırlanmalı ve 1) geminin adı, çağrı numarası veya harfleri ve sicil limanı, 2) taşımanın tümünü veya bir kısmını icra eden fiili taşıyanın adı ve is merkezi adresi, 3) geminin IMO kayıt numarası, 4) teminatın sekli ve süresi, 5) teminatı veren finansal kuruluşun veya

Protokole göre; taşıyan, zarara sebep olan olayın savaş, iç savaş, isyan veya olağanüstü, kaçınılamaz veya önlenemez afet sonucunda veya üçüncü şahısların ihmal veya kusuru ile meydana geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

2002 Protokolünün 6. maddesi ise Atina Konvansiyonunun 7. maddesinde düzenlenen sorumluluğun sınırlarını değiştirmektedir. Buna göre; meydana gelen zararın 4. maddede düzenlenen bu sorumluluk sınırını geçmesi halinde ise 2002 Protokolünün 6. maddesi gereğince taşıyanın sorumluluğu her yolcu ve taşıma başına 400.000 ÖÇH' ye kadar çıkabilir.

Atina Konvansiyonunun 7. maddesini değiştiren 2002 Protokolünün 6. maddesine göre sözleşen devlet sorumluluk sınırını, Protokol gereğince düzenlenen yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan sorumluluk sınırından az olmamak şartı ile kendi milli kanunları gereğince belirleyebilir (*Out-Put klozu*)²⁸. Sözleşmeye taraf devletler eğer bu hakkını kullanacak ise International Maritime Organization (IMO) Genel Sekreteri'ne kabul edilen sorumluluk sınırını veya sorumluluk sınırı bulunmadığını bildirmekle mükelleftir (2002 Protokolü madde 4bis).

Türkiye konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere henüz taraf değildir. Halen TBMM gündeminde yer alan 2002 Protokolünün kabulüne dair kanun tasarısı hakkında Dış İşleri Komisyon Raporu (Rapor) uygun görüşünü 26.01.2016'da sunmuştur²⁹.

Raporda vurgulandığı üzere, 2002 Protokolü uluslararası taşıma yapılması halinde uygulanmaktadır. Buna göre, deniz yolu ile yolcu ve bagajlarını taşıma sözleşmenin hareket yeri bir devlette, varma yeri başka bir devlette ise veya hareket yeri ve varma yerinin aynı devlet olmasına karşılık, gemi başka bir devlet limanına fiilen uğramasa dahi bu sefer uluslararası taşıma

sigortacının adı ve is merkezi adresi ve is yeri adresi, 6) sigorta veya mali teminat süresinden daha uzun bir süre olmayacak şekilde düzenlenen sertifikanın geçerlilik süresini içermektedir.

²⁸ Didem ALGANTÜRK, *Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonu'na 2002 Protokolü ile Getirilen Temel Değişiklikler*, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 585; ÖNDER, *1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizle Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, s. 1541.

²⁹ Dış İşleri Komisyon Raporu için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=192926. E.T. 28.10.2016.

niteliği taşımaktadır. Deniz yolu ile yolcu ve bagajlarını taşımanın uluslararası taşıma niteliğinden başka 2002 Protokolüne taraf devlet bayrağı taşıması, böyle bir devletin siciline kayıtlı olması, söz konusu taşıma sözleşmenin taraf devlette yapılmış olması, geminin hareket veya varma yerinin taraf devlet olması gerekmektedir³⁰.

Protokol, Türkiye tarafından kabul edildikten sonra uluslararası nitelik taşıyan deniz yolu ile yolcu ve bagajlarının taşınmasında aşağıdaki şartlar çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır:

- (1) Deniz yolu ile yolcu ve bagajlarını taşıma sözleşmenin ifa edileceği gemi, Türk Bayrağı çekme hakkından yararlanmış, Milli Gemi Siciline (MGS) ve Türk Uluslararası Gemi Siciline (TUGS) tescil edilmiş olmalıdır.
- (2) Deniz yolu ile yolcu ve bagajlarını taşıma sözleşmesi, Türkiye’de veya diğer taraf devlette imzalanmış olmalı; sözleşmeyi ifa edecek geminin hareket yeri veya varma yeri Türkiye veya diğer taraf devlet olmalıdır.

TTK hükümlerinin 2002 Protokolüne paralel olarak uygulanması, yolcuların ve bagajlarının taşınması konusunda uluslararası hukuk ile uyum sağlanması ve milli menfaatlerimiz bakımından ilgili TTK hükümlerinin uluslararası hukuk çerçevesinde ileri sürülebilmesi için 2002 Protokolüne taraf olunmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir³¹.

III. Yabancılık Unsuru Taşıyan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden bahsedebilmek için öncelikle yabancı unsurlu bir sözleşme olması gerekmektedir. Yabancı unsurlara sözleşmelerde kişi ve yer olarak farklı kategorilerde karşılaşılmaktadır³². Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde yabancı

³⁰ Dış İşleri Komisyon Raporu, s. 23.

³¹ Dış İşleri Komisyon Raporu, s. 5.

³² Yabancılık unsuru için bkz. Aysel ÇELİKEL/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel*

unsur; taşıyan ya da yolcunun yabancı olması, sözleşmenin yapıldığı yerin ya da ifa yerinin Türkiye dışında bir ülkede olması halidir. Örneğin, taraflardan birinin yabancı ülke vatandaşı olabileceği gibi, tarafları Türk olan bir sözleşmede ifa yerinin yabancı ülke sınırlarında olması da uyuşmazlığın çözümü için MÖHUK' a başvurulacağına göstergesidir.

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk konusu MÖHUK' ta ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesi MÖHUK m. 24 ve MÖHUK m. 26' ya göre belirlenecektir. Uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin paket tur kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Şayet sözleşme, taraflar arasındaki paket tur sözleşmesi kapsamında değilse uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24' e göre belirlenecektir. Öte yandan sözleşme paket tur sözleşmesinin kapsamına dahil ise uygulanacak hukuk tespitinde MÖHUK m. 26' ya başvurulacaktır. Çalışmamızın devamında her iki durum açısından değerlendirme mevcuttur.

B. Paket Tur Sözleşmesi Niteliğinde Olmayan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

1. Subjektif Bağlama Kuralı

Taraflar yabancılık unsuru taşıyan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde diledikleri zaman, sözleşme ile herhangi bir bağlantı olmasına gerek olmaksızın hukuk seçimini yapabilirler. Taraf iradelerine tanınan üstünlük ve irade serbestisi prensibi ile taraflar diledikleri hukuku seçmekte serbestirler³³. MÖHUK m. 24 yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan

Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 8; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 5; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2016, s. 251; Gülören TEKİNALP/ Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 275; Hatice ÖZDEMİR, *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 927; Rona AYBAY/ Esra DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 249; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 5.

³³ AYBAY/DARDAĞAN, s. 249; ÇELİKEL/ERDEM, s. 327; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 362; NOMER, s. 314; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 252;

uyuşmazlıklarda taraflara uygulanacak hukuku belirlemeleri bakımından irade serbestisi tanınmış, açık ve örtülü hukuk seçimine izin vermiştir.

MÖHUK m. 24/1'e göre, taraflar sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında hukuk seçimi yapabilirler. Bu hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir ülke hukuku da olabilir. Hukuk seçimi, bir ülkenin mevzuatının tamamını ifade etmektedir. Tarafların aralarında anlaşarak belirledikleri hukuk, emredici, yedek ve tamamlayıcı olan tüm yönleriyle uyuşmazlığa uygulanır³⁴. Sözleşmenin belirli kısımlarında farklı ülke hukuklarının seçilmesi mümkünken kısımlara ayırmadan birden fazla hukuk seçilmesi mümkün değildir³⁵.

Seçilen hukuk ile anlaşılması gereken, maddî hukuk hükümlerinin uygulanmasıdır. Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmaz. Ancak, taraflar aralarında anlaşarak, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilirler (MÖHUK m. 2/4).

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine, tarafların açık olarak seçtiği hukuk uygulanır. Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık olarak asıl sözleşmede veya asıl sözleşmeden bağımsız başka bir sözleşmede veya mahkeme önünde açıkça belirlemişlerse, buna açık hukuk seçimi denir³⁶. Diğer bir ifadeyle, açık hukuk seçimi yoruma ihtiyaç

TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 277.

³⁴ İç hukukta sözleşme serbestisi yalnızca iç hukukun emredici kuralları dışında taraflara özgür irade tanırken, milletlerarası özel hukukta sözleşme serbestisi, tarafların hukuk seçimi ile emredici, yedek, ve tamamlayıcı hükümlerin uygulanması konusunda serbestlik tanımaktadır, bkz. DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 362 vd; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 277; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul, 2016, s. 42 vd.

³⁵ Kısmî hukuk seçimi taraflarca açıkça ve sözleşmenin bölünebilen kısımları hakkında yapılabilir. Tarafların bir sözleşmeyi birden fazla bölümlere ayırarak birden fazla hukuk seçimi yapma olanaklarının yanında, sadece belirledikleri bir kısımda tek hukuk seçimi yapma olanakları da vardır, bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 215; ÇELİKEL/ERDEM, s. 343; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 371; Zeynep Derya TARMAN, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 151.

³⁶ Arzu ALİBABA, *Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimi* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, s. 68; Aslı BAYATA CANYAŞ, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Ankara, 2012, s. 52 (Genel Kural).

duyulmayan hukuk seçimidir. Açık hukuk seçimi, tarafların hukuk seçiminde net olarak uygulanacak hukuku belirlemeleridir³⁷.

Sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında tarafların hukuk seçiminin MÖHUK m. 24/2’de sözleşme hükümlerinden ve durumun şartlarından tereddüt oluşturmayacak şekilde anlaşılabilen hukuk seçiminin de geçerli olduğu düzenlenmiştir. Örtülü hukuk seçimi, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade açıklamasından tereddüde yer vermeyecek şekilde iki tarafça da sözleşmeye tek ve aynı hukukun uygulanmasının istendiği sonucun çıkarılabilmesidir³⁸. Örtülü hukuk seçiminde açık hukuk seçiminde olduğu gibi hangi hukukun uygulanacağı açıkça belirtilmediğinden bir takım emarelerle ortaya çıkarılması gerekmektedir. Örtülü hukuk seçimi de sözleşmeden önce yapılabileceği gibi, sonradan da yapılabilir. Örtülü hukuk seçiminin tespiti tarafların iradeleri objektif olarak irdelenmelidir. Taraflarca rastgele yapılan bir davranış hukuk seçimine dayanak oluşturmaz. Ortaya çıkan durumlar tereddüt içermeksizin hukuk seçimini işaret etmelidir³⁹. Taraflar hukuk seçimi konusunda görüşmeler yapmış fakat uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşmaya varmamışlarsa dahi, ne kadar güçlü emareler olsa da hukuk seçiminin varlığından söz edilemez. Buna rağmen uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra şayet güçlü emareler oluşmuşsa zımni hukuk seçiminden söz edilebilir. Sözleşmede örtülü hukuk seçimi yapılmış olmasından bahsedilebilmesi için, birden fazla emarenin bir arada bulunması ve

³⁷ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 365; NOMER, s. 317; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 281; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 27.

³⁸ İlyas ARSLAN, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi*, MHB, C. 33, S. 2, 2013, s. 10; Aslı BAYATA CANYAŞ, *Roma I Tüzüğü ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 2011, s. 112; Yalçın ÇAKALIR, *Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü*, Prof. Dr. Ernst E. Hisch’in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 487-496; Gülören TEKİNALP, *Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi*, MHB, C. 5, S.1, 1985, s. 28-31.

³⁹ AYBAY/DARDAĞAN, s. 252; ERDEM, B. Bahadır, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, 2010, s. 100.

birbirini destekler şekilde olması gerekmektedir. Tarafların yalnızca yetkili mahkemeyi seçmeleri, kullanılan dil, sözleşmede belirtilen ve belli bir hukuk düzenine ait olan kavramlar, edimin yabancı para ile ifa edilmesi, ifa yeri, tarafların vatandaşlıkları veya ortak mutad meskeni⁴⁰ gibi emarelerin hiç biri tek başına örtülü hukuk seçimi anlamına gelmemektedir. Örtülü hukuk seçimi bu ve benzeri güçlü birden fazla emarenin bir araya gelmesi ile mümkündür⁴¹. Kanun koyucunun m. 24'te “*tereddüte yer vermeyecek*” ifadesini kullanması örtülü hukuk seçiminin tespitini zorlaştırmak amacıyla⁴².

Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku, sözleşme kuruluşu esnasında

⁴⁰ *Mutad mesken* kavramının milletlerarası alanda kabul edilmiş bir tarifi bulunmamaktadır. Yabancı doktrin ve mahkeme uygulamasında bu nedenle mutad meskenin hukuki bir kavram olmadığı, sadece bir vaktiden ibaret olduğu kabul edilmektedir. Mutad meskenin *ikametgah* kavramının aksine hukuki bir kavram sayılmaması, onun ikametgaha tercih edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Böylece ikametgah kavramının getirdiği vasıflandırma problemleri mutad mesken için asgariye dönüşmektedir. Kişinin bir mahalde uzun süre oturmak kastıyla hareket etmesinde veya böyle bir kastı olmasa dahi belirli bir mahalde uzun süre devam eden oturma halinde orayı mutad mesken olarak kullandığı kabul edilebilir. Mutad mesken kavramının hangi hukuka göre belirleneceği konusuna bakıldığında bazı uluslararası sözleşmelerde konuyla ilgili bir hükmün düzenlendiği görülmektedir. Ör. 1955 tarihli Avrupa İkamet Sözleşmesine Ek Protokole göre, mutad mesken “ilgiline milli hukukuna göre” tespit edilecektir. Mutad mesken kavramı yukarıda da açıklandığı üzere; hukuki bir kavram olmayıp, içinde birçok kavramı barındıran bir terimdir. Dolayısıyla MÖHUK md. 41’de belirtilen “sakin olunan yer mahkemesi” yetki kuralı zaten mutad mesken kavramı içerisinde erimektedir. *Sakin olunan yer* kavramı kişinin yerleşme niyeti olmaksızın ve süreklilik arz etmeksizin yer ile olan ilişkisini ifade eder. Mutad mesken kavramı ise bu kavramı da kapsayacak şekilde genel olarak kişinin gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü, kişinin fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla sakın olunan yer kavramının mutad mesken kavramı içerisinde eridiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Mutad mesken kavramı devletler özel hukukunda ikametgâhın tespitinin yarattığı sorunları ortadan kaldırmak için ortaya atılmış bir kavramdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2007/2-331 K.2007/332 sayılı 6.6.2007 tarihli kararında, MK md. 168 ve HUMK md. 9/III anlamında yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan ikametgah kavramının anlamına ilişkin olarak “*Yerleşim yeri kendine özgü hukuki bir kavramdır. Kanun koyucu isteseydi bunun yerine mutad mesken, sakın olunan yer, oturlan yer gibi yerlerde dava açılmasına izin verirdi.*” ifadelerini kullanmıştır. Bu ifadelerden Yargıtay’ın bu kavramlar arasında fark gördüğü sonucuna varmak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlyas ARSLAN, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul, 2014, s. 69 vd; Gülin GÜNGÖR, *Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku*, AÜHFD, C.57, S.2, 2008, s.115-132; Işıl ÖZKAN, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara, 2003 s. 29 vd.

⁴¹ NOMER, s. 320.

⁴² NOMER, s. 318.

sözleşme kurulduktan sonra veya yargılama aşamasında seçmekte serbestirler (MÖHUK m. 24/3). Ayrıca taraflar kararlaştırmış oldukları hukuku sonradan değiştirme imkanına da sahiptir. Tarafların diledikleri zaman hukuk seçimi yapabilmeleri irade serbestisi prensibinin bir görünümüdür⁴³.

Tarafların sonradan seçtikleri veya değiştirdikleri hukuk, kural olarak geriye etkilidir⁴⁴. Ancak taraflar aralarında anlaşarak *ex-nunc* (ileriye) veya *ex-tunc* (geçmişe) etkili olabileceğini kararlaştırabilirler⁴⁵. Ancak sonradan yapılan hukuk seçimi veya hukuk seçimi değişikliği üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerlidir (MÖHUK m. 24/3). Hukuk seçiminin asıl sözleşmeden önce yapılması da mümkündür. Çünkü hukuk seçimi sözleşmesi ile asıl sözleşme birbirinden bağımsızdır⁴⁶.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk seçiminin şekli konusunda MÖHUK' ta bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle şekil konusunda uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7'ye göre çözümlenmelidir⁴⁷. Hukuk seçiminin şekli, bu sözleşmenin yapıldığı yer (*locus regit actum*) veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka (*lex causea*) göre belirlenmelidir. Hukuk seçiminin şekline uygulanacak hukuk olarak işlemin düzenlendiği yer hukukunun uygulanması hâlinde, hukuk seçimi sözleşmesi nerede yapılmışsa o ülke hukuku uygulanacaktır⁴⁸.

Buna göre, paket tur sözleşmesi kapsamında bulunmayan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında MÖHUK m. 24 uygulanırken öncelikle tarafların seçmiş oldukları hukuk olup olmadığı araştırılır. Şayet taraflar aralarında geçerli bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlar ise deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda seçilen hukuk uygulanır.

⁴³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 329; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 371.

⁴⁴ TARMAN, s. 150; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 280.

⁴⁵ NOMER, s. 321.

⁴⁶ TARMAN, s. 150.

⁴⁷ Temel DOĞANGÜN, Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 86; GÜNGÖR, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara, 2000, s. 128.

⁴⁸ BAYATA CANYAŞ, Genel Kural, s. 87.

2. Objektif Bağlama Kuralı

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi yapmaması hâlinde uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralı ile belirlenir. Türk hukukunda MÖHUK m. 24/4 hükmü, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde objektif bağlama kuralını düzenlemektedir. Maddede, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda sözleşmeden doğan ilişkiye en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı, en sıkı ilişkili hukuk olarak ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, ticari ya da mesleki faaliyet olduğunda işyeri, işyeri bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, birden fazla işyerinin varlığında, en sıkı ilişkili işyeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24/4 son cümleye göre ise sözleşme ile daha sıkı ilişki içinde olan bir hukuk var ise o hukukun uygulanacağı belirtilmektedir.

En sıkı ilişkili hukuk, sözleşme ile hukuk arasındaki ağırlıklı bağlantı oluşturan hukuktur⁴⁹. Objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukukun hangi hukuk olduğunun tespiti bakımından MÖHUK m. 24/4'te karakteristik edim karinesi getirilmiştir. Buna göre, sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı ile tespitinde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni/ işyeri/ yerleşim yeri dikkate alınmaktadır.

Karakteristik edim; borç ilişkisinin önemli noktasını işaret eden, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeyi karakterize edip borç ilişkisinde rizikolu olduğu kabul edilen edimdir⁵⁰. Bir borcu diğerinden ayıran öl-

⁴⁹ Mülga MÖHUK m. 24'te yer alan objektif bağlama kuralı olan en sıkı ilişkili hukuk belirlenirken sözleşme ile hukuk arasındaki bağlantının nasıl kurulacağı konusu net değildir. Buna göre sözleşme ile kurulabilecek bağlantılar, borçların ifa yeri, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, iş yeri, sözleşmenin dili, yetki sözleşmesi, kararlaştırılan para birimi, sözleşme konusu olan şeylerin bulunduğu yer, taraflar arasında daha önce yapılmış sözleşmelerde seçilen hukuk, en sıkı ilişkinin tespitinde kullanılan bir takım ölçütlerdi, bkz. Gülin GÜNGÖR, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara, 2007, s. 211.

⁵⁰ Ziya AKINCI, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992, s. 31; ÇELİKEL/ERDEM, s. 332; TEKİNALP/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 287; NOMER, s. 324; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 271. Karakteristik edim, bir sözleşmeye damgasını vuran edimdir, bkz. Sibel ÖZEL, *Sözleşmeler İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 582. ULUOCAK, karakteristik edimi; üstün niteliği haiz olan edim olarak tanımlamıştır,

çüt, işlemi karakterize eden edim tarafından belirlenir. Karakteristik edim kavramı, en sıkı ilişkili hukuku belirlemek maksadıyla kullanılan bir adi karinedir⁵¹. Tam iki tarafa borç yükleyen ve taraflardan birinin ediminin para olduğu sözleşmelerde karakteristik edim paranın karşılığında yerine getirilen edim olarak karşımıza çıkar⁵². Bir hakkın veya şeyin kullanımına ilişkin sözleşmelerde kullandıranın edimi karakteristik edimdir⁵³.

Karakteristik edim bazı sözleşme tipleri açısından; satım sözleşmelerinde satıcının, taşıma sözleşmelerinde taşıyanın, kefalet sözleşmelerinde kefilin, garanti sözleşmelerinde garanti edendedir⁵⁴. Görüldüğü gibi karakteristik edim genellikle sözleşmeye ismini veren edimindir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri nitelik olarak yolcunun asli ediminin ücret ödeme; sözleşmenin diğer tarafının asli ediminin yolcu taşıma olduğu sözleşmelerdir. Bu nedenle yolcu taşıma sözleşmelerinde karakteristik edimin taşıma borcu ve karakteristik edim borçlusunun da taşıyan olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kanaatimizce deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde karakteristik edim, taşıyanın edimidir.

Yabancılık unsuru taşıyan ve paket tur sözleşmesi niteliğinde olmayan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda tarafların hukuk seçimi yapmamaları hâlinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/4'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusu olan taşıyanın sözleşmenin kuruluşundaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde taşıyanın işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, taşıyanın birden çok işyeri varsa söz konusu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesiyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak belirlenmelidir. Ancak halin tüm şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk var ise sözleşmeye bu hukuk

bkz. Nihal ULUOCAK, *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul, 1971 s. 146.

⁵¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 270; NOMER, s. 324; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, C. 30 Sayı 1-2, 2010, s. 55.

⁵² ÖZEL, s. 583.

⁵³ NOMER, s. 326.

⁵⁴ AKINCI, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 47; Gülin GÜNGÖR, *The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure*, Ankara Law Review, Vol. 5, No. 1, 2008, s. 11; ÇELİKEL/ERDEM, s. 347; NOMER, s. 326.

uygulanmalıdır (MÖHUK m. 24/4). Daha sıkı ilişkili hukukun varlığı ve bu hukukun hangi hukuk olduğu, sözleşmede yer alan bir takım hususların incelenmesi ile ortaya çıkmaktadır.

TTK m. 1247 vd hükümlerinde deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri ticari nitelik taşıdığından uygulanacak hukukun objektif bağlama noktasına göre tespiti MÖHUK m. 24/4'te yer alan hükme göre taşıyanın işyeri hukukunun, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukunun, birden fazla işyeri varsa en yakın ilişkili olduğu işyeri hukuku uygulanacaktır.

C. Paket Tur Sözleşmesi Niteliğinde Olan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

MÖHUK m. 26, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit eden özel bir hükümdür. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuku düzenleyen 26. maddenin son fıkrasında bu maddenin kapsamına ilişkin bir düzenleme mevcuttur⁵⁵. Buna göre “*paket tur*” denilen konaklama ve yol masraflarının birlikte oluşturulduğu sözleşmelere de bu hüküm uygulanacaktır. Paket tur denilen seyahatler dışında kalan kişilerin taşınması ve turizm faaliyetleri bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca tüketici sözleşmesinde hizmetin mutad mesken ülkesinden başka bir ülkede sunulması zorunlu olan hallerde de MÖHUK m. 26 değil, genel hüküm olan MÖHUK m. 24 uygulanır⁵⁶.

Çalışmamıza konu edilen sözleşme deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi olduğundan, bu sözleşmeler kimi zaman paket tur sözleşmesi kapsamında da karşımıza çıkabilmektedir. Sözleşmenin paket tur niteliğinde olması taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında paket tur sözleşmesi ile tüketici sözleşmesi kavramlarıyla birlikte uygulanacak hukukun tespiti yer almaktadır.

⁵⁵ MÖHUK Madde 26/4: “*Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.*”

⁵⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 272.

2. Paket Tur Sözleşmesi Kavramı

Paket tur sözleşmeleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁵⁷ m. 5/1'de: “*Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından aşağıdaki hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir: a) Ulaştırma b) Konaklama c) Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri.*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁸. Paket tur sözleşmeleri ile ilgili olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılmış Paket Tür Sözleşmeleri Yönetmeliği bulunmaktadır⁵⁹.

Paket tur sözleşmeleri atipik sözleşmelerdendir. Paket tur sözleşmelerinin karma sözleşmelerden mi olduğu kendine özgü sözleşmelerden mi olduğu konusunda doktrinde fikir birliği sağlanamamıştır⁶⁰. Kanaatimizce paket tur sözleşmeleri karma sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Karma sözleşmeler kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde düzenlediği unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelirler⁶¹. Paket tur sözleşmeleri kapsamında; taşıma sözleşmesi (ulaştırma hizmeti), kira sözleşmesi (konaklama hizmeti), satış sözleşmesi (bedel ödeme) bulunmaktadır⁶².

Paket tur sözleşmesinin unsurları: edimlerin bütünlüğü unsuru, asli edimlerin birbiriyle birleşimi unsuru, ücret unsuru ve süre unsurudur⁶³.

⁵⁷ 6502 sayılı, 07.11.2013 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG. 28.11.2013/28835.

⁵⁸ Paket tur sözleşmelerine ilişkin bu madde 13.06.1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır.

⁵⁹ Paket Tür Sözleşmeleri Yönetmeliği RG Tarihi: 14.01.2015, RG Sayı: 29236.

⁶⁰ Paket tur sözleşmelerinin karma sözleşmeler ya da kendine özgü sözleşmelerden mi olduğu konusunda doktrinde yer alan görüşler için bkz. Gülşah VARDAR HAMAMCI-OĞLU, *Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 275-304.

⁶¹ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10.Baskı, İstanbul, 2014, s. 72.

⁶² Sezer ÇABRİ, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, 2016, s. 831; Ömer ÖKSÜZ, *Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 19, S. 66, 2006, s. 334.

⁶³ Selin SERT, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri*, TAAD, Yıl:6, S. 22, Temmuz 2015, s. 222-226.

Edimlerin bütünlüğü unsuru için en az iki hizmetin bulunması ve bu hizmetlerin birbiriyle ilişkili olması gerekmektedir. Tanımdan yola çıkıldığında paket tur sözleşmesinin oluşması için ulaştırma ve konaklamaya ek olarak bunlara yardımcı sayılmayan en az iki hizmetin birlikte olması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ulaştırma veya konaklamanın mutlaka paket tur içinde olması gerektiği gibi bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerden en az birisinin yani toplam iki edimin paket tur hizmeti içinde olması gerekir.

3. Tüketici Sözleşmesi Kavramı

Tüketici sözleşmesi, MÖHUK m.26/1’de kısaca tanımlanmaya çalışılmıştır. Hükümde “*Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri,*” ibaresine yer verilmiş ve sözleşmenin unsurları belirlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukukta incelenmesi gereken tüketici sözleşmesinden bahsetmek için mutlaka yabancılik unsuru bulunması zorunludur. Bunun yanında taraflardan birinin tüketici olması gerekmektedir. Tüketici, TKHK’nın 3/k maddesinde “*tüketici, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁴. Tüketici mesleki amaçla ya da ticari kazanç gütmeyen, diğer bir deyişle, kendi kişisel kullanımı veya yakınlarını kişisel kullanımı için mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşme yapıyorsa MÖHUK m. 26 kapsamında bir tüketici sözleşmesinden bahsedilebilir.

Buna göre, bir mal veya hizmeti “*özel amaçlarla*” satın alarak “*nihai olarak*” kullanan veya tüketen “*gerçek ve tüzel kişi*” bu kanun anlamında tüketici sayılır. Bu surette, TKHK uygulama alanını da tüketici bakımından ticari amaçla girililmeyen yani onun bakımından ticari amaç taşımayan hukuki işlemlerle sınırlamaktadır. Burada bazen kişilerin hem şahsi amaçla hem de ticari amaçla hareket etmeleri halinde tüketici kabul edilmeli mi sorusu akla gelmektedir. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi için kanunun aradığı şart, mesleki veya ticari amaç olmamasıdır. Ancak her iki amaç birlikte mevcutsa, tüketici olup olmayacağı konusunda

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Yılmaz ASLAN, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa, 2015, s. 3; ÇABRİ, s. 51.

farklı görüşler vardır. Baskın görüşe göre, asıl amaca bakılır. Kişinin o işlemi yaparken elde etmeyi düşündüğü baskın amaç kişisel ise tüketici olarak nitelendirilecek, fakat eğer elde ettiği amacın ticari yönü baskınsa tüketici olarak nitelendirilmeyecektir⁶⁵.

Yabancı unsurlu bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olabilmesi için, taraflardan birinin tüketici olması ve meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik bir sözleşme olması gerekmektedir⁶⁶.

Tüketici sözleşmelerindeki hukuk seçiminde bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Milletlerarası özel hukuk taraflara hangi hukukun uygulanacağını seçme imkanı tanırken, hukukun “zayıf” olarak gördüğü tarafı koruması amaçlanmıştır⁶⁷. Taraflar açısından ekonomik bir orantısızlık olması halinde milletlerarası özel hukukta koruma altına alınan taraflara rastlanmaktadır. Örneğin, tüketici sözleşmelerindeki tüketici taraf ile iş sözleşmelerinde işçi taraf korunması gereken zayıf taraftır. Çünkü sözleşme serbestisi ilkesinden yol çıkarak, sözleşmedeki bir takım unsurları tarafların kararlaştırması mümkündür ve bu durumda ekonomik olarak güçlü konumda olan taraf dilediği gibi şartları düzenleyebilir. Seçilen hukukun uygulaması ancak tüketiciyi koruyan mutad mesken hukukunun emredici hükümleri açısından daha lehine olması halinde uygulanır⁶⁸.

“Madde 26 – (1) Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.”

⁶⁵ Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, İstanbul, 2000, s. 12 (Tüketici).

⁶⁶ 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2.maddesinde, tüketici sözleşmesi niteliğindeki satım sözleşmeleri, kişisel kullanım veya aile içerisinde ya da ev işlerinde kullanılmak için bir malın satın alındığı satım sözleşmeleri olarak tanımlanmış ve anlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Hasan Seçkin OZANOĞLU, *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı*, AÜHFD, C. L, S. 1. 2001, s. 61; Yeşim ATAMER, *Devletler Özel Hukukunda Tüketicini Korunması*, İHFM, C. LV, 1996, s. 424.

⁶⁷ Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, MHB, C. 15, s. 1-2, 1995, s. 21-39.

⁶⁸ GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, s. 74; ÖZTEKİN GELGEL, *Tüketici*, s. 97.

Tüketici sözleşmelerinde de tüketici zayıf taraf olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi sadece seçilen hukukun tüketiciyi koruyan kurallarının objektif bağlama kuralı olarak uygulanan hukukun tüketiciye ilişkin kurallarından daha üstün koruma sağlaması gerekmektedir⁶⁹. Tüketicinin mutad meskeninin Türkiye olduğu hallerde, tüketici hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümleri asgari sınırı teşkil ettiğinden, daha iyi koruyan yabancı bir hukukun tüketici hükümleri uygulanır. Ancak seçilen bu hukuk, Türk tüketici hukukunun emredici hükümlerinin tüketicinin daha lehe olduğu hallerde uygulanmaz. Tüketicinin mutad meskeninin Türkiye’de bulunması halinde, taraflarca seçilen hukuk yabancı bir ülke hukuku olsa dahi, Türk hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik hükümleri uygulanmak mecburiyetindedir. Türk tüketici hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümleri asgari sınırı oluşturduğundan, tüketiciyi Türk hukukuna oranla daha iyi koruyan yabancı hukukun hükümleri Türk hukukunun tüketiciyi koruyan emredici hükümlerinin yerine uygulanmaya devam eder.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde, MÖHUK m.26/1’deki şarta uygun olarak bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak objektif bağlama kuralı tüketicinin mutad meskeni hukukudur. MÖHUK m. 26/1’e göre tüketicinin mutad mesken hukukun asgari koruması saklı tutularak hukuk seçimi imkanı tanınmasındaki en temel sebep, tüketicinin en iyi bildiği ve tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu varsayılan hukuk olmasıdır⁷⁰. Ayrıca tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması da MÖHUK m. 26/2’de sınırlı şartlara bağlanmıştır. MÖHUK m.26/2’de yer alan düzenlemede sınırlı olarak sayılan şartlardan biri mevcut değilse, bu durumda uygulanacak hukuk için MÖHUK m. 24’te düzenlenen “*sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk*” başlıklı hükme başvurulur.

⁶⁹ Zeynep ÇALIŞKAN, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, MHB, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 37.

⁷⁰ Vahit DOĞAN, *Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, 1996, s. 172.

4. Uygulanacak Hukukun Tespiti

Milletlerarası özel hukukta deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi paket tur kapsamındaysa ve tüketici sözleşmesi şartlarına uygunsa bu sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26'ya göre belirlenir.

MÖHUK m. 26/1'e göre, taraflar hukuk seçimi yapabilir ancak seçilen hukuk tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri açısından daha üstün koruyucu nitelikli olması şartıyla uygulama alanı bulur.

Taraflar hukuk seçimi yapmamış veya hukuk seçimi geçersizse ya da MÖHUK m. 26/1'deki şartı sağlamıyorsa uygulanacak hukuk MÖHUK 26/2'nci maddesi ile belirlenir. Objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanır. Ancak bu hukukun (tüketicinin mutad mesken hukuku) uygulanması için MÖHUK m. 26/2'de sayılan şartlardan birinin oluşması gerekmektedir. Bu şartları taşımayan tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK 24. madde genel hükmü ile mümkündür⁷¹.

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi eğer bir tüketici sözleşmesi kapsamında ve aynı zamanda paket tur sözleşmesine dahil ise uyumsuzluk çözümünde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26'ya göre belirlenecektir. Paket tur kapsamına dahil olmayan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri tüketici sözleşmesi olsa dahi MÖHUK m. 26/4'e göre bu hükmün kapsamı dışında kalacak ve MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte paket tur kapsamına dahil olmakla MÖHUK m. 26/2'deki şartlara uygun olmaması halinde de yine MÖHUK m. 24 hükmü uygulanacaktır.

⁷¹ Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Topluluk Bünyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması*, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 109; Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, 2010, s. 197-209.

D. Atina Konvansiyonu Kapsamında Uygulanacak Hukuk

Yukarıda belirttiğimiz üzere 1974 Atina Konvansiyonu hükümleri 2002 Protokolü ile bir takım değişikliklere uğramış ve 1974 Konvansiyonu 2002 Protokolü ile yapılan değişikliklerle birlikte uygulama alanı bulmaktadır.

Hali hazırda Konvansiyonun uygulama alanı m. 2’de düzenlenmiştir:

“1. Bu Konvansiyon aşağıdaki şartların gerçekleştiği her milletlerarası taşımaya uygulanır:

(a) Gemi, bir akit devlet bayrağını taşıyorsa veya bir akit devlette tescil edilmişse veya

(b) Taşıma sözleşmesi, bir akit devlette akdedilmişse veya

(c) Taşıma sözleşmesine göre hareket veya varma yeri, bir akit devlette bulunuyorsa.

2. Bu maddenin (1)nr.lı paragrafı hükmüne rağmen; taşıma, türü itibarıyla hukuki sorumluluk hakkında emredici hükümleri muhtevi diğer bir deniz yolu ile yolcu ve bagajının taşınmasına ilişkin milletlerarası konvansiyonun konusuna giriyorsa, bu Konvansiyon uygulanmaz.”⁷²

Buna göre, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin Atina Konvansiyonu kapsamında olması için yolcu taşımanın yapıldığı geminin bu Konvansiyona taraf olan bir devletin bayrağını taşıması için veya böyle bir devlette tescil edilmiş olması, taşıma sözleşmesinin bu Konvansiyona taraf olan bir devlette yapılmış olması veya taşıma sözleşmesine göre hareket veya varma yerinin bu Konvansiyona taraf olan bir devlette bulunması gerekmektedir⁷³.

Konvansiyonun 14’üncü maddesi: *“Yolcunun ölümü veya yaralanması veya bagajının ziyaa veya hasara uğraması halinde, bu Konvansiyon hükümlerinde öngörülmemen bir esasa dayanan sorumluluk davası açılmaz.”* şeklindedir. Bu madde ile sözleşmeye uygulanacak hukukta var olan sorumluluk davalarının açılmayacağı net bir şekilde düzenlenmiştir. Esasında

⁷² Milletlerarası taşıma kavramı 13 Aralık 1974 Tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Konvansiyonu m. 1/9’da: *“taşıma sözleşmesine göre hareket ve varma yeri iki farklı devlette olan veya aynı devlette olmasına rağmen, taşıma sözleşmesine veya öngörülen yolculuk rotasına göre, başka bir devlette uğranılacak ara limanı olan her türlü taşımayı ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır.

⁷³ ATAMER/SÜZEL, s. 249-251.

m.14 ile amaçlanan tarafların birbirlerine karşı taleplerine ilişkin kuralların Konvansiyonda yer alan sınırlar çerçevesinde olduğudur. Örneğin, taraflar yabancılık unsuru taşıyan bir deniz yoluyla yolcu sözleşmesinde hukuk seçimi yapmış olsunlar. Seçilen hukukta bulunan sorumluluk davası eğer Konvansiyonda düzenlenmemişse açamayacaklardır. Tarafların birbirlerine karşı talepleri yalnızca Konvansiyon sınırları çerçevesinde olacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre Konvansiyon m. 14'te yer alan düzenleme ile taraflar bu Konvansiyonda öngörülme-yen bir sorumluluk davası açamaz. Bu sebeple m. 14 bir kanunlar ihtilafı düzenlemesidir ve Konvansiyon hükümlerine istinaden açılan sorumluluk davalarında milli hukuklara gidilmesi yasaklanmıştır⁷⁴.

Türkiye henüz Atina Konvansiyonuna taraf değildir ancak taraf olma konusunda görüşmeler halen TBMM gündemindedir. Eğer Türkiye bu Konvansiyona taraf olursa MÖHUK' a göre belirlenen uygulanacak hukuk Konvansiyon m. 14 ile sınırlandırılacaktır. Şöyle ki, yabancı unsurlu bir deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta hakim sözleşmenin niteliğine göre yukarıda açıkladığımız üzere uygulanacak hukuk tespit edecek sonrasında uyuşmazlık tarafların sorumluluğu ile ilgili ise MÖHUK m. 1/2 gereği, Atina Konvansiyonu m. 14'ü göz önünde tutarak yetkili hukuku uygulayacaktır⁷⁵.

Örneğin Türkiye taraf olduğu takdirde, bir geminin Akdeniz'de çeşitli limanlara uğraması halinde milletlerarası nitelikli bir yolcu taşıma sözleşmesinden bahsedilecektir. Bu durumda gemi Türk bayraklıysa veya sözleşme Türkiye'de yapılmışsa yahut hareket ya da varma yerlerinden biri Türkiye sınırlarındaysa, 2002 Atina Konvansiyonu emredici olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda MÖHUK uyarınca belirlenen uygulanacak hukukun hükümleri tamamlayıcı olarak uygulama alanı bulacaktır⁷⁶.

⁷⁴ CAN, s. 140.

⁷⁵ ATAMER K., s. 124-125; TAŞKIN, s. 54.

⁷⁶ ATAMER K., s. 125.

IV. Yabancılık Unsuru Taşıyan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkeme

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yetkili Mahkeme

Yabancılık unsuru taşıyan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde yetkili mahkeme konusunda öncelikle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olup olmadığı konusuna değinilecek ardından tarafların aralarında yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerini ya da yabancı ülke mahkemelerini yetkili kılmalarının şartları açıklanacaktır.

5718 sayılı kanunun milletlerarası yetki başlıklı 40. maddesinde, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.*” hükmü yer almaktadır. Türk hukukunda ülke içi yer itibariyle yetki kuralları, aynı zamanda milletlerarası yetki kuralları olarak görev almaktadır. Yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunması o mahkemenin milletlerarası yetkisinin de varlığı için gereklidir. Herhangi bir davada, Türk hukukunda yer itibariyle yetkili bir mahkeme mevcut değilse, Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkisi de yoktur. Ayrıca MÖHUK m. 41-46 arasında milletlerarası usul hukukunda özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Buna göre, türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yetki kuralı (m.41), yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda yetki kuralı (m.42), miras davaları (m. 43), iş sözleşmesine ilişkin davalar (m.44), tüketici sözleşmesine ilişkin davalar (m.45), sigorta sözleşmesine ilişkin davalar (m. 46) özel olarak düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 47’de tarafların yetki sözleşmesi yapmaları konusu yer almaktadır. Bu sözleşme ile taraflar kural olarak bazı şartların⁷⁷ varlığı halinde uyuşmazlığın çözümünde hangi yabancı ülke mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyebileceklerdir⁷⁸.

⁷⁷ Bu şartlar; uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiş olması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğmasıdır. Ayrıca yetki sözleşmesinin yazılı delille ispat koşulu da maddede yer almaktadır.

⁷⁸ ŞANLI, s. 88 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 584 vd.; Derya BELGİN GÜNEŞ, *Yetki Sözleşmeleri*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 5, 2012, s. 199-221; Ergin NOMER, *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 111 vd. (Milletlerarası Usul Hukuku); Fügen SARGIN, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, 1996, s. 171.

Taraflar ayrı bir yetki sözleşmesi ile ya da aralarında yaptıkları sözleşmeye bir şart koymak kaydıyla (yetki şartı) HMK’da aranan şartların varlığı halinde, Türk mahkemesini yetkilendirebildikleri gibi, MÖHUK m. 47 gereği yabancı bir mahkemeyi de yetkilendirebileceklerdir. Milletlerarası özel hukukta taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde irade serbestisi tanıyan sistem, milletlerarası yetki konusunda da aynı esası benimsemiştir. Bu nedenle, taraflar yabancı bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkilendirebileceklerdir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için; söz konusu uyuşmazlık hakkında Türkiye’de münhasır yetkili bir mahkemenin olmaması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması ve yabancılık unsuru taşınması gerekmektedir (MÖHUK m. 47/1). Yabancı mahkemeye ilişkin yetki sözleşmesinde mahkemenin belirli olması şartı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Doktrinde yer alan görüşe göre, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin ismen zikredilmesine gerek yoktur. Yabancı bir devletin mahkemelerini yetkili kılan yetki sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir⁷⁹. Doktrinde bir başka görüşe göre, yetkilendirilen ülkenin usul hukuku kuralları mahkeme belirtilmeden oluşturulan yetki sözleşmesini geçerli kabul ediyorsa ve usul kurallarına göre hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu tespit edilebiliyorsa, bu taktirde belirlilik ilkesi gerçekleşmiş sayılacak ve söz konusu yetki sözleşmesi geçerli olacaktır, aksi halde ise yetki sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir⁸⁰. Yargıtay bir kararında “*Taraflar arasında yetki anlaşması yapılmışsa da, yetkili kılınan İran Mahkemesi’nin yetki anlaşmasında açıkça belirlenmemiş olması nedeniyle ve 2675 sayılı M.Ö.H.U.K’nun 31. maddesi hükmüne göre, geçerli bir yetki anlaşmasının varlığından bahsedilemez. Bu nedenle yetkili mahkemenin H.U.M.K. ’ndaki yetki kaidelerine göre belirlenmesi gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiş olmakla yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin belirli olması koşulunu aramıştır.

Tarafların aralarında anlaşarak bir Türk mahkemesine yetki tanınması halinde, HMK m. 17-18 uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemeye göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapabilecektir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda ve kesin yetki kuralının varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamaz. Yetki sözleşmesiyle

⁷⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 590; NOMER, s. 473; SARGIN, s. 171.

⁸⁰ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomere Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 5-6.

yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekir. Ayrıca yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şartı aranmaktadır.

Türk mahkemesinin yetkilendirilmesinde aranan şartlar şu şekildedir:

- i. Yetki sözleşmesi yalnızca tacirler veya kamu tüzel kişileri tarafından, aralarında doğmuş olan veya doğabilecek nitelikteki uyuşmazlıklar için yapılabilir.
- ii. Taraflar sadece serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularda ve Türk mahkemelerinin kesin yetkisinin bulunmadığı hallerde yetki sözleşmesi yapabilirler.
- iii. Yetki sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılması şartına bağlıdır.
- iv. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belli veya belirlenebilir olması gerekmektedir.
- v. Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi halinde yetkilendirilen mahkemenin belirlenmiş olması gerekmektedir. Örneğin, İstanbul mahkemeleri yetkilidir gibi, açık olarak hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu belirli olmalıdır. Bununla birlikte taraflar dilerse birden fazla yer mahkemesini de yetkilendirebilirler.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde yukarıda sayılan şartları sağladığı takdirde taraflar aralarında bir yetki sözleşmesi yaparak Türk mahkemesini yetkilendirebilir. Şartları incelediğimizde tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olma şartı, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi bakımından sağlanmayabilir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde taraflar taşıyan ve yolcudur⁸¹. HMK m. 17'ye göre, taşıyanın ve yolcunun tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde, sözleşmede taraf olan kişi her zaman fiilen taşınan yolcu kişisi olmayabilir. Örneğin grup organizasyonlarında deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi bazen taşıyan ile tur şirketleri arasında yapılabilir

⁸¹ Taşıyan ve yolcu kavramları hakkında açıklama için bkz. I.başlık.

bu durumda her iki taraf için de tacir olma sıfatı sağlandığından HMK m. 17-18 gereği taraflar aralarında yetki sözleşmesi yapabilirler. Ancak taraflardan biri tacir veya kamu tüzel kişisi olmazsa HMK m. 17’de sayılan şart sağlanmadığından taraflar yetki sözleşmesi yapamayacaktır.

1. Tüketici Sözleşmesi Niteliğinde Olmayan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Yetkili Mahkeme

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme MÖHUK m. 40’ın iç hukuka yaptığı atıfla, iç hukukun yer itibariyle yetkili kuralları ile çözümlenmektedir⁸².

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK⁸³ hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir. HMK uyarınca yer itibariyle yetkili mahkeme yoksa söz konusu uyuşmazlık için, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden de söz edilemeyecektir. Davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi, genel yetkili mahkemedir (HMK m. 6/1). Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme HMK m. 9’a göre belirlenmektedir. Anılan hükme göre; *“Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir”*.

Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, genel yetkili mahkemenin yanında özel yetkili bir mahkeme daha bulunmaktadır. Bu yetki, genel yetkili mahkemenin yetkisini bertaraf etmemekle birlikte, genel yetkili mahkemeye ek başka bir mahkemenin yetkisini de belirleyen hüküm HMK m. 10’da düzenlenmiştir. Maddede yer alan hükme göre; *“Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir”*. Belirtilmek gerekir ki; HMK m. 10 kapsamındaki sözleşmeler, konusu malvarlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerdir⁸⁴. Hükümde yer alan ve yetkili

⁸² Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi için bkz. Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 81 vd.

⁸³ 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG. 04.02.2011/27836

⁸⁴ Aydın AYBAY, *Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme*, İÜHF, C. 26, S. 1-4, 1960, s. 218-225.

mahkemeyi belirleyen “ifa yeri”nin neresi olduğu konusu ise sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Şöyle ki, yabancı unsurlu bir deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde uygulanacak hukuk paket tur kapsamında değilse uygulanacak hukuk yukarıda açıkladığımız üzere MÖHUK m. 24’ e göre tespit edilecektir. Buna göre belirlenen hukukta ifa yeri hakkındaki tanıma göre hangi yeri göstermekteyse yetkili mahkeme belirlenir. HMK m. 10’da yer alan yetki kuralının uygulanması için uygulanacak hukuka göre ifa yerinin Türkiye’de olması gerekmektedir. İfa yerinin yabancı bir ülkede tespit edilmesi halinde HMK m.10’a göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmayacaktır. İfa yeri, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşme tarafları için farklılık göstermektedir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde tarafların birden fazla borcu bulunmakla birlikte her bir borç için farklı ifa yerleri belirlenmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticareti Kitabı’nda “*yetkili mahkeme*” başlığında TTK m. 1063’te bir yetki kuralı daha bulunmaktadır. İlgili hükme göre; “(1) *Donatan aleyhine, bu sıfatı dolayısıyla, herhangi bir alacaktan dolayı geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir*”. Görüldüğü gibi burada özel yetkili bir mahkeme düzenlenmiş ve genel yetkili mahkemeye ek olarak donatan aleyhine olan bir uyuşmazlıkta geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesine de yetki verilmiştir.

Taraflar aralarında anlaşarak da bir Türk mahkemesini veya yabancı ülke mahkemesini yetkilendirebilirler. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde bir Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi HMK m. 17-18 hükümlerine tabiyken, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi MÖHUK m. 47’de düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 gereğince, iç hukukun yer itibariyle yetkili mahkemeleri tarafından belirlenir. Bu nedenle, Türk hukuku açısından Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisi, HMK hükümlerine göre yetkili bir mahkemenin olması halinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca taraflar; şartların varlığı halinde, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilecekleri gibi (MÖHUK m. 47), bir veya birden fazla Türk mahkemesini de yetkilendirebilirler (HMK m. 17-18) Yetki sözleşmesi usul hukukuna ait bir sözleşme olduğundan bu sözleşmenin hangi şartlar altında yapılabileceği *lex fori*’ye göre belirlenmelidir⁸⁵.

⁸⁵ NOMER, s. 474.

2. Tüketici Sözleşmesi Niteliğinde Olan Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Yetkili Mahkeme

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi eğer tüketici sözleşmesi niteliğindeyse yetkili mahkeme MÖHUK m. 40 atfıyla HMK hükümlerine göre değil özel hüküm olan MÖHUK m. 45'e göre belirlenecektir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi paket tur kapsamında değerlendirildiğinde MÖHUK m. 26'da uygulanacak hukuk konusunda kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiştir. Bu kuralın amacına paralel olarak da MÖHUK m. 45'te Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel yetki kuralı getirilmiştir.

Birinci fıkrada tüketicinin açacağı davalarda yetki kuralı düzenlenmiştir. Burada tüketicinin dava açacağı hallerde yetki kendi seçimine bırakılmış ve tüketicinin yerleşim yerinde, mutad meskeninde ya da diğer tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, hüküm tüketicinin lehine olarak beş ayrı mahkemeyi de yetkili kılmış olmakla HMK'nın 6. maddesine⁸⁶ istisna olmuştur.

İkinci fıkrada, tüketicinin davalı olduğu durumlarda bir başka ifadeyle tüketiciye karşı açılan davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir. Bu durumda sadece tüketicinin mutad meskeni olan mahkemenin yetkili kılınması da yine tüketiciyi korumaya yönelik bir düzenlemedir⁸⁷.

MÖHUK m. 45 hükmü tüketici sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel nitelikte bir yetki kuralıdır ve genel yetki kuralı olan MÖHUK m. 40'a göre öncelikle uygulanmalıdır⁸⁸. Bu hüküm karşı tarafa göre sosyal ve ekonomik yönden

⁸⁶ "Madde 6 : (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.(2) Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir."

⁸⁷ AYBAY/DARDAĞAN, s. 61-62; ÇELİKEL/ERDEM, s. 580; Gülüm BAYRAKTA-ROĞLU ÖZÇELİK, *Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini*, AÜHFD, C. 63, S. 4, 2014, s. 835 vd; NOMER, *Milletlerarası Usul Hukuku*, s. 104; ÖZTEKİN GELGEL, *Tüketici*, s. 119 vd; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 378.

⁸⁸ "Madde 40 – (1) Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder."

zayıf durumda olduğu kabul edilen tüketicinin korunması amacını taşır⁸⁹.

Milletlerarası unsurlu tüketici sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapılması da mümkündür. Ancak burada MÖHUK m.47/2’de çok önemli bir sınırlandırma bulunmaktadır. Buna göre, tüketici sözleşmelerinde tarafların karşılıklı anlaşarak ve yazılı olarak yetki sözleşmesi yapmaları ya da mevcut sözleşmeye yetki şartı koymaları mümkündür. Fakat tarafların aralarında yetki sözleşmesi yapmış olmaları MÖHUK m. 45’te yetki kuralını asla ortadan kaldıramaz. Tüketici sözleşmelerinde yabancı mahkemenin lehine yapılan yetki sözleşmesine rağmen MÖHUK m. 45’te sayılan tüketiciye sağlanan seçenekli mahkemeler yetkili kalmaya devam eder, çünkü burada Türk Mahkemelerinin yetkisi sınırlı münhasır yetkidir⁹⁰.

B. Atina Konvansiyonu Kapsamında

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konusunda 1974 Atina Konvansiyonunda yer alan m. 17 hükmü 2002 Protokolü m. 10 ile değiştirilmiştir. Konvansiyonda yer alan yetkili mahkeme hükmü yeni haliyle:

“(1) Bu sözleşmenin 3 üncü ve 4 üncü maddelerine göre açılacak davalar⁹¹, davacının seçimine göre, mahkemenin bu sözleşmeye taraf bir devlette yer alması şartıyla ve bir devlette birden fazla yetkili mahkeme olması ihtimalinde taraf devletin uygun olanı belirleyen iç hukuk mevzuatına tabi olarak:

(a) Davalının ikametgah veya asıl iş yerinin bulunduğu devletin mahkemesinde veya

⁸⁹ AYBAY/DARDAĞAN, s. 61-62; ÇELİKEL/ERDEM, s. 580; Emre ESEN, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 198.

⁹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 581; Günseli ÖZTEKİN *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel Konvansiyonu’nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararı Örneği*, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. yaş günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 969-987; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 378. MÖHUK m. 47/2 de yer alan kuralın niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır, bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 863-870.

⁹¹ Konvansiyon m. 3’te taşıyanın sorumluluğu m. 4’te ise fiili taşıyanın sorumluluğu konusu yer almaktadır.

(b) *Taşıma sözleşmesinde belirtilen kalkış veya varış yerinin bulunduğu devletin mahkemesinde veya*

(c) *Davacının yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülkede davalının iş yerinin olması ve davalının bu devletin yargı yetkisine tabi olması halinde taşıma sözleşmesinin yapıldığı devletin mahkemesinde açılabilir.*

(2) *Bu sözleşmenin 4bis maddesi uyarınca açılacak davalar, davacının seçimine bağlı olarak, 1 inci paragrafta göre taşıyana veya fiili taşıyana karşı dava açılacak mahkemelerden birinde açılabilir.*

(3) *Taraflar zarara yol açan olayın meydana gelmesinden sonra zarara ilişkin tazminat talepleri için yetki veya tahkim sözleşmesi yapabilirler.”*

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre yetkili mahkemelerde davacıya seçim hakkı tanınmıştır. Davacı, dilerse davalının ikametgahında ya da iş yerinin olduğu devlet mahkemelerinde dilerse taşıma sözleşmesine göre kalkış veya varış yerinin olduğu devlet mahkemelerinde açabilir. Ayrıca davacının yerleşim yeri veya mutad meskeninin olduğu yerde davalının iş yerinin olması ve davalının bu devletin yargı yetkisine tabi olması şartları sağlandığı takdirde taşıma sözleşmesinin yapıldığı devletin mahkemesinde de davasını açma hakkı vardır.

Söz konusu düzenlemede taşıyanın ya da fiili taşıyanın sorumluluğu hakkında dava açılması halinde yetkili mahkemeler belirlenmiştir. Ayrıca anılan hükmün 3'üncü fıkrasında yetki ve tahkim sözleşmesi ile ilgili bir düzenleme dikkat çekmektedir. Atina Konvansiyonu m. 17/3'e göre, taraflar zarara neden olan olayın meydana gelmesinden önce yetki veya tahkim sözleşmesi yapamayacaklardır. Buna göre, tarafların yetki sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi yapma konusunda zaman yönünden bir sınırlamaya gidilmiştir. Taraflar yetki ve tahkim sözleşmesini yalnızca zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesinden sonra yapabileceklerdir.

Türkiye'nin halen taraf olmadığı 1974 Atina Konvansiyonununun 17'inci maddesinde yer alan düzenleme deniz yoluyla yolcu taşımaları bakımından yetkili mahkemeyi düzenlemenin yanı sıra yetki ve tahkim sözleşmesinin

yapılma zamanı hakkında da hüküm içermektedir. Şayet TBMM'nin 1974 Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesine Ait 2002 Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısını kabul edilirse yetkili mahkeme, yetki sözleşmesi ve tahkim sözleşmesi konusunda yeni bir uygulamaya gidilecektir.

V. Tanıma-Tenfiz

A. Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu MÖHUK m. 50-59 arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir Buna göre yabancı mahkemelerden alınmış deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi usulü ilgili MÖHUK hükümlerine göre yapılacaktır. Konunun genişliği göz önünde tutularak tanıma-tenfiz kavramları ve şartları çalışmamızda kapsam dışı bırakılmıştır.

Tanıma tenfizin MÖHUK m. 50-52'te sayılan şartlarına kısaca değinecek olursak; Türk hukukuna göre yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için ön şartların (MÖHUK m. 50) ve asli şartların (MÖHUK m. 54) gerçekleşmesi gerekir. Ön şartlar; yabancı mahkeme kararı olması, kararın özel hukuka ilişkin olması, kararın kesinleşmiş olmasıdır. Asli şartlar ise; karşılıklılık, kararın konu olduğu uyuşmazlık hakkında Türkiye'de münhasır yetkili mahkeme bulunmaması, kararın kamu düzenine aykırı olmaması, aşırı yetkili mahkeme olmaması, savunma hakkının ihlal edilmiş olmamasıdır⁹². Asli şartlardan ilk üçü hakim tarafından re'sen dikkate alınırken, son ikisi ise davalının itiraz etmemesi koşuluna bağlıdır. Buna göre yukarıdaki şartları sağlayan kararlar Türk mahkemelerinde tenfiz edilebilir. MÖHUK m. 54/a bendinde yer alan karşılıklılık şartı dışındaki tüm şartlar tanıma için de söz konusudur.

Yabancı bir mahkemeden alınan deniz yoluyla yolcu taşımından doğan uyuşmazlığa ilişkin kararların Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizi

⁹² Tanıma- tenfiz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pelin GÜVEN, *Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)*, Ankara, 2013, s. 28 vd; Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul, 2013, s. 31 vd.

usulü halihazırda MÖHUK m.50-59 hükümlerine tabidir.

B. Atina Konvansiyonu Kapsamında

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin kararların tanınması ve tenfiz konusu 2002 Protokolünde m. 11 ile getirilen düzenlemeyle 1974 Atina Konvansiyonuna 17bis maddesi olarak eklenmiştir. Madde 17bis hükmü tanıma tenfiz konusunda şu şekilde hüküm içermektedir:

“(1) 17 inci madde uyarınca yetkili bir mahkeme tarafından verilen olağan yargı denetimine tabi olmadığı için verildiği devlette icra edilebilir her hüküm aşağıdaki haller hariç taraf devletlerce tanınacaktır:

Hükmün sahtecilikle elde edilmesi; veya

Davaliya uygun bildirim yapılmaması ve davasını savunmak için adil savunma hakkının verilmemesi

(2) İnci paragrafa göre tanınan bir karar her taraf devlette bu devletteki gerekli işlemler yerine getirilince tenfiz edilebilir. Gerekli işlemler davanın yeniden görülmesine izin veremez.

(3) Bu protokole taraf bir devlet hükümlerin tanınması ve tenfizinde asgari olarak 1 inci ve 2 inci paragraftaki şartları taşıması şartıyla 1 inci ve 2 inci paragraftakilerden daha farklı bir usul uygulayabilir”.

Ayrıca TBMM'nin 1974 Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesine Ait 2002 Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısında “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, taraf devletlerin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 11 inci maddeyi, sadece tanıdığı ve diplomatik ilişkisi olan devletler için uygulayacağını beyan eder.” şeklinde bir beyan da bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi, 2002 Protokolünde yer alan tanıma tenfiz hükmü, hükmün sahtecilikle elde edilmesi şartının yanında, taraflara uygun bildirim yapılması ile adil yargılanma hakkının sağlanması şartını da aramaktadır. Ayrıca hükmün tüm taraf devletlerce uygulanacağını ve taraf devletlerin bu şartlara ilave olarak kendi hukuklarında tanıma tenfiz için ilave şartlar öngörebileceğine de yer verilmiştir. 2002 Protokolünde yer alan bu hüküm halihazırda MÖHUK m. 50-59'daki tanıma tenfiz hükümlerine aykırılık oluşturmamaktadır.

Bu durumda eğer Türkiye, Atina Konvansiyonuna taraf olursa yabancı mahkemelerden alınan deniz yoluyla yolcu taşınmasına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde Konvansiyonun 17bis maddesi göz önünde bulundurulacaktır. Konvansiyonda yer alan bu düzenleme MÖHUK m. 54/ç maddesinde yer alan savunma hakkının ihlali şartına uygundur.

Sonuç

Yabancı unsurlu deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 ile m. 26 kapsamında belirlenir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi eğer bir paket tur sözleşmesine dahil ve şartları taşıyorsa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26'ya tabidir. Buna göre taraflar tüketicinin mutad mesken hukukunun asgari korumasını saklı tutarak hukuk seçimi yapabilirler. Hukuk seçimi yapılmayan haller için MÖHUK m. 26/2'ye göre tüketicinin mutad mesken hukuku anılan fıkrada sayılan şartları taşıması halinde uygulama alanı bulur. Paket tur kapsamında olmasına rağmen MÖHUK m. 26/2'de sayılan şartlardan herhangi birini taşıyorsa uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 24/4'e göre yapılacaktır. Eğer deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi paket tur kapsamında değilse uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'e göre belirlenir. Hükme göre taraflar dilerse hukuk açık veya örtülü olarak hukuk seçimi yapabilirler. Hukuk seçimi yapılmazsa MÖHUK m.24/4'te düzenlenen objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuk tespit edilir.

Uyuşmazlıkların çözümü için yetkili mahkeme konusunda da ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Taraflar arasında yapılan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi tüketici sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği takdirde yetkili mahkeme MÖHUK m. 45'te özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan yetki kuralı uygulanacaktır. Ayrıca MÖHUK m. 45 hükmüyle yetkili kılınan mahkemeler tarafların aralarında yapacakları yetki sözleşmesi ile bertaraf edilemez (MÖHUK m. 47/2).

Taraflarca akdedilen deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin tüketici sözleşmesi özelliği göstermediği durumlarda yetkili mahkeme MÖHUK m. 40 gereği Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukuk kurallarına göre belirlenir. Eğer HMK' da ve TTK'da yer alan ilgili hükümler Türk mahkemelerini yetkili kılıyorsa Türk mahkemeleri uyuşmazlığın çözü-

münde yetkilidir. Taraflar aralarında anlaşarak ayrı bir yetki sözleşmesi yapabilecekleri gibi asıl sözleşmeye yetki şartı da ekleyebilirler (MÖHUK m. 47). Ayrıca taraflar Türk mahkemesini yetkili kılmak isterlerse HMK m. 17-18’de sayılan şartları taşımaları halinde yetki sözleşmesi de yapabilirler.

Yabancı mahkemelerden alınan deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin kararların tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 50-59’da yer alan düzenlemelere göre mümkündür.

Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınması Hakkındaki 1974 Atina Konvansiyonuna ilişkin 2002 Protokolünde yer alan m. 14 “*davanın esası*” başlığı ile bir nevi uygulanacak hukukun kısıtlanması hükmünü içerir. Anılan Konvansiyonda m. 17 yetkili mahkemeyi ayrıntılı olarak düzenlerken yetki sözleşmesi ve tahkim sözleşmesi konusunda da taraflara zaman kısıtlaması getirmektedir. Ayrıca Atina Konvansiyon m. 17bis hükmü “*tanıma-tenfiz*” başlığı ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularını düzenlemiştir.

Türkiye eğer 1974 Atina Konvansiyonuna taraf olursa MÖHUK m. 1/2: “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*” ile T.C Anayasası m. 90/4 hükümleri gereği bu sözleşmede yer alan düzenlemeyi uygulamak durumunda kalacaktır. Bu durumda da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve tanıma-tenfiz konularında MÖHUK’ta halihazırda yer alan hükümlerin yerini Konvansiyon hükümleri alacaktır.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1992.
- AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 1-27.
- ALGANTÜRK, Didem, *Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonu'na 2002 Protokolü ile Getirilen Temel Değişiklikler*, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 581-589.
- ALİBABA, Arzu, *Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimi* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005.
- ARKAN, Sabih, *Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler*, BATİDER, C. XII, S. 1, Haziran 1983, s. 13-25.
- ARSLAN, İlyas, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi*, MHB, C. 33, S. 2, 2013, s. 1-41.
- ARSLAN, İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul, 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, 2015.
- ATAMER, Kerim, *2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, BATİDER, C.XXIV, S.3, 2008, s. 103- 213.
- ATAMER, Kerim/ SÜZEL, Cüneyt, *Yeni Deniz Ticaret Hukuku'nun Kaynakları*, C. 1, İstanbul, 2013.
- ATAMER, Yeşim, *Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*, İHFM, C.LV, 1996, s. 421-447.
- AYBAY, Aydın, *Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme*, İÜHFM, C. 26, S. 1-4, 1960, s. 218-225.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

- BAYATA CANYAŞ, Aslı, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Ankara, 2012.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: *Roma I Tüzüğü ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 2011, s. 110-121.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, *Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini*, AÜHFD, C. 63, S. 4, 2014, s. 833-878.
- BELGİN GÜNEŞ, Derya, *Yetki Sözleşmeleri*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 5, 2012, s. 199-221.
- CAN, Mertol, *Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, İmaj Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- ÇABRİ, Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara 2016.
- ÇAKALIR, Yalçın, *Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü*, Prof. Dr. Ernst E. Hisch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 457-497.
- ÇALIŞKAN, Zeynep, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, MHB, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 27-57.
- ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul 2016.
- ÇETİNGİL, Ergon, *Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu v Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar)*, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul, s. 129-162.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, 2016.
- DOĞAN, Vahit, *Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, SÜHFD, C. 5, S. 1-2, 1996, s. 153-179.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, MHB, C. 15, s. 1-2, 1995, s. 21-42.
- DOĞANAY, İsmail, *Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi*, Yargıtay Dergisi, C. 2, S.2, 1976, s. 125-139.

- DOĞANGÜN, Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996.
- EKŞİ, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, 2000.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul, 2013.
- ERDEM, B. Bahadır, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, 2010, s. 95-104.
- ESEN, Emre, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 183-206.
- GÜNGÖR, Gülin, *The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure*, Ankara Law Review, Vol. 5, No. 1, 2008, s. 1-21.
- GÜNGÖR, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara, 2000.
- GÜNGÖR, Gülin, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara, 2007.
- GÜNGÖR, Gülin, *Tüketicinin Mutad Mesken Hukuku*, AÜHFD, C.57, S.2, 2008, s. 115-132.
- ILGIN, Canan Özlem, *Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Bir Değerlendirme*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 6, S. 12, Güz 2007, s. 231-258.
- KENDER, Rayegân, *Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta (Tebliğ)*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), İstanbul, 24-25 Ocak 1985, s. 101-127.

- KENDER, Rayegân, *Deniz yolu İle Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonel Hukukta Birleştirilmesi (29 Nisan 1961 Tarihli Brüksel Konvansiyonu)*, İÜHFİM, C. XXVIII, S. 3-4, s. 713-750
- NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2015.
- NOMER, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 2009.
- OKAY, Sami, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, 2. Bası, İstanbul, 1971.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı*, AÜHFİM, C. L, S. 1, 2001, s. 55-90.
- ÖKSÜZ, Ömer, *Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 19, S.66, 2006, s. 331-351.
- ÖNDER, Salih, *1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 537-1558.
- ÖNDER, Salih, *Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı*, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 213- 238.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, C. 30 S. 1-2, 2010, s. 27-88.
- ÖZDEMİR, Hatice, *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941,
- ÖZEL, Sibel, *Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, 2002, s. 577-617.
- ÖZKAN, Işıl, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara, 2003.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *Topluluk Bünyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması*, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 101-112.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, İstanbul, 2000.

- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, 2010, s. 197-209.
- ÖZTEKİN, Günseli, *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel Konvansiyonu'nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararı Örneği*, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. yaş günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- PEKGÜN, İsmail Mert, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Donatanın Gemi Adamlarının Kusurlarından Doğan Sorumluluğu ve Sorumluluğun Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Londra Konvansiyonu Uyarınca Sınırlandırılması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- SARGIN, Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, 1996.
- SERT, Selin, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri*, TAAD, Yıl:6, S. 22, Temmuz 2015, s. 217-140.
- SÜZEL, Cüneyt, *Türk Mevzuatında Gemi Tanımı*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1615-1644.
- ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul, 2016.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2016.
- TARMAN, Zeynep Derya, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER, C. XXVI, S. 2010, s. 143-168.
- TAŞKIN, Melda, *Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu*, İstanbul, 2016.

- TEKİNALP, Gülören, *Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zimni Hukuk Seçimi*, MHB, C. 5, S.1, 1985, s. 28-31.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996.
- ULUĞ CİCİM, İlknur, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi*, MÜHFHAD Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 525-543.
- ULUOCAK, Nihal, *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul, 1971.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, *Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, İÜHFHFM, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 275-304.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN YAPISINDAN KAYNAKLANAN
ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNA İLİŞKİN SORUNLAR
PROBLEMS ARISING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW
FROM THE CHARACTERISTICS OF THE EUROPEAN UNION
LAW

Doç. Dr./Assoc. Prof. Pınar KARACAN*

Öz

Lizbon Antlaşması'nın doğrudan yatırım konusunu devredilen münhasır yetkiler kapsamına almasıyla birlikte Avrupa Birliği Hukukunun yapısından kaynaklanan özelliklerden dolayı Avrupa Birliği üyelerinin mevcut iki taraflı yatırım antlaşmaları ve hem Avrupa Birliği'nin hem de Avrupa Birliği üyesi ülkelerin taraf olduğu Enerji Şartı Antlaşması'nın durumu tartışılabilir hale gelmiştir. Özellikle bu antlaşmalarda yer alan tahkim düzenlemelerinin Avrupa Birliği Adalet Divanı ile ilişkisi incelenmesi gereken konulardan biri olmuştur. Çalışma bu konulara ilişkin sorunları gerek hakem kararları gerekse Adalet Divanı'nın karar ve görüşleri ışığında tartışmayı amaçlamaktadır.

Abstract

Bilateral investment treaties between European Union Members and Energy Charter Treaty where both the European Union and the European Members area party to become controversial due to the characteristics of the European Union Law after the Lisbon Treaty where direct investment became part of the exclusive competences of the European Union. Especially the relationship between the investment arbitration clauses in these treaties and the European Court of Justice needs to be elaborated. This paper aims to discuss these topics in light of the relevant arbitral awards and the decisions and opinions of the European Court of Justice.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası yatırım hukuku, Avrupa Birliği Hukuku, İki taraflı yatırım antlaşmaları, Enerji Şartı Antlaşması, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

Keywords: International investment law, European Union Law, Bilateral investment treaties, Energy Charter treaty, Court of Justice of the European Union.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye, pınar.karacan@deu.edu.tr. Bu çalışma TÜBİTAK 2219 bursuyla bulunduğu Londra, Brunel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılmıştır.

** Makale Gönderim Tarihi: 27.06.2016; Makale Kabul Tarihi: 11.10.2016.

Giriş

Lizbon Antlaşması ile birlikte doğrudan yatırım konusunun devredilen münhasır yetkilerden olmasıyla birlikte Avrupa Birliği (AB) hukukunun işleyişiyle ilgili birçok bilinmeyen ortaya çıkmıştır.¹ Özellikle uluslararası yatırım hukukunda yatırımcı açısından önemli konulardan “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB hukuku ile nasıl işleyeceği konusu önemlidir. Konu hem AB içinde özellikle “AB-içi YKTK” ile (AB üyeleri arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları (YKTK)) (*European Union Intra-Bilateral Investment Treaties-Intra-EU BITs*)², hem de yeni antlaşmalarda; CETA (AB- Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Antlaşması (*Comprehensive Economic and Trade Agreement-CETA*), AB-Vietnam Serbest Ticaret Antlaşması (*EU-Vietnam Free Trade Agreement*) ve görüşülen AB- ABD (Amerika Birleşik Devletleri) Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Antlaşması (*Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP*), gündeme gelen “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (*Investment Court System*) ile daha da önem kazanmıştır.

Yatırımcı açısından “yatırımcı-devlet” tahkim imkanının verilmesi, antlaşmaların ve korunan ilkelerin güvence altına alınması açısından önemlidir. AB hukuku kapsamında “yatırımcı-devlet” tahkiminin mümkün olup olmayacağı, verilen kararların uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir konudur. AB hukukunun kendine özgü (*sui generis*) uluslararası üstü (*supranational*) yapısı, AB hukukunun üstünlüğü (*supremacy*) ve önceliği (*primacy*) ayrıca AB hukuku içinde Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (Adalet Divanı) rolü ve münhasır yetkisi yatırım tahkimi konusunda sadece AB’ye özgü ilginç tartışmalara sebep olmaktadır. Bazen üye ülkeler açısından AB hukukundan kaynaklanan yükümlülük uluslararası yatırım antlaşmalarından kaynaklanan yükümlülük ile çatışmakta, sorumluluk doğurmaktadır. Bu duruma en son *Micula* davası³ ve sonrasında Avrupa Komisyonu’nun ilgili

¹ Lizbon Antlaşması ile yatırıma getirilen değişiklikler ve etkileri konusu için detaylı bilgi için bakınız: Pınar KARACAN, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Antlaşmaları*, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay’a Armağan-Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1421-1456 (KARACAN, *Lizbon Antlaşması*).

² Çalışmada “*bilateral investment treaties (BITs)*” kavramı “iki taraflı yatırım antlaşması” yerine antlaşmalarla uyumlu olması açısından “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları” (YKTK) olarak kullanılmıştır.

³ *Ioan Micula et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013

üye ülkelere karşı almış olduğu karar örnek gösterilebilir. AB Komisyonu beş ülkeye ihlal davası açmadan önceki basamak olarak “AB-içi YKTK”ları sona erdirmeleri için açıklamada bulunmuş, akabinde de yirmi üye ülkeye ilişkin “gayri resmi pilot yöntem” (*informal pilot proceeding*) adı altında idari bir süreç başlatıp ilgili ülkelerden bilgi talep etmiştir.⁴ *Micula* davası ve sonrasındaki gelişmeler önemli bir konuyu gündeme getirmiştir. AB hukuku ve uluslararası yatırım hukuku ilişkisi ve farklı düzenlemelerin ülkeler açısından sorumluluk doğurup doğurmayacağı konusu gündeme gelmiştir. Günümüzde çok katmanlı yönetim sistemi (*multi-layered system of governance*) yaygın bir durum halini almıştır.⁵ Bir hukuk sistemi açısından ülke için sorumluluk doğurmayan durum diğer sistemde sorumluluk doğurabilecektir. Örneğin *Micula* davası sonrasında AB Komisyonu Romanya’nın ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*-ICSID-Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme⁶) kararının yerine getirilmesinin AB hukukuna aykırı olacağını ileri sürmüştür.⁷ Ancak ICSID kararının uygulanmaması halinde de ICSID Antlaşmasına aykırı davranılmış olacak ve devletin ya da duruma göre AB’nin uluslararası hukuk açısından sorumluluğu doğmuş olacaktır.⁸ Çok katmanlı yönetim şekli geleneksel yasal rasyonaliteye yeni bakış açısı

(*Micula*). Dava ile ilgili bilgi için bakınız: Badr ZERHDOUD, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 1042-1052.

⁴ “Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties”, Brussels, 18 June 2015 (Söz konusu üye ülkeler: Avusturya, Hollanda, Romanya, Slovakya ve İsveç). İrlanda ve İtalya tüm “AB-içi YKTK” antlaşmalarını 2012 ve 2013 yıllarında sona erdirmişlerdir. Bu tartışmalar için bakınız: Investment Arbitration Reporter.

⁵ Christian TIETJE/Clemens WACKERNAGEL, *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, The Journal of World Investment & Trade, 16, 2015, s. 205-247 (TIETJE/WACKERNAGEL).

⁶ Sözleşmenin Türkçe metni için: RG: 06.12.1988-20011.

⁷ Komisyon Kararı (Commission Decision) (EU) 2015/1470 of 30 Mart 2015, OJ L 232, 4.9.2015, 43–70.

⁸ Farklı sistemler arasındaki ilişkiyi ve etkileşimi gösteren başka bir örnek için (uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırım hukuku etkileşimi) bakınız: Pinar KARACAN, *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 1015, (KARACAN, *Uluslararası Ticaret*).

getirilmesini gerektirmektedir.⁹

Kanımcı; Lizbon Antlaşması ile getirilen değişikliğin nelere sebep olacağı yatırıma ilişkin yetki devri sürecinde yeterince düşünülmemiş, konu davalarla gündeme geldikçe tartışılmaya başlanmıştır. Ancak aşağıda tartışılacağı üzere bu konularda Adalet Divanı da görüşünü açıklayan bir kararı henüz vermemiş ya da bilinçli olarak süreç geciktirilmiştir. Günümüzde yeni antlaşmalar ve özellikle TTIP kapsamında tartışılan “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (İlk Derece Mahkemesi (*Tribunal of First Instance*) ve Temyiz Mahkemesi (*Appeal Tribunal*)) teklifi de tartışma alanını genişleten, yeni sorunlar ekleyen bir adım olmuştur.

Bu çalışma, konunun birkaç boyutunu ve konular aralarındaki etkileşimi ele alarak genel bakış açısını ele almayı ve özellikle AB hukukunun kendi dinamiklerinden kaynaklanan sorunların uluslararası yatırım hukukunun yeni gelişmelerinde nasıl sorun olabileceğini vurgulamayı amaçlamaktadır. Doktrinde bu alanda boşluk bulunmaktadır. Çalışma AB içinde “AB-içi YKTK” konusuna, Enerji Şartı Antlaşması (EŞA) (*European Charter Treaty-ECT*) ve AB hukuku ilişkisine, *Micula* davası sonrası AB hukuku içinde uluslararası yatırım tahkimine ilişkin kararların geleceğine, teklif edilen “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin Adalet Divanı ile nasıl bir ilişki içinde olacağına ve uluslararası yatırım tahkiminin Adalet Divanı’nın Görüşleri ışığında nasıl değerlendirilmesi gerekeceği konusuna değinmeyi amaçlamaktadır. Her biri ayrı bir çalışma konusu olacak tartışma konuları, doktrindeki boşluk göz önüne alınarak, konunun birçok boyutunu göstermek ve genel çerçeveyi belirlemek amacıyla birlikte ele alınacaktır. Çalışma yeni çalışmalara da vesile olmayı amaçlamaktadır. Konunun kapsamı düşünüldüğünde her başlık tartışmalara giriş niteliğinde ele alınacaktır. Yeni tartışılmaya başlanmış bu alanda literatüre ne kadar katkı yapılırsa, alandaki gelişme de daha sağlıklı olacak ve uluslararası yatırım hukukunun dinamiklerine uygun olan düzenlemelerin getirilmesine vesile olabilecektir.

I. Avrupa Birliği Üyeleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları

Lizbon Andlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte devredilen yetkiler

⁹ TIETJE/WACKERNAGEL, s. 247.

artmış ve yatırım konusu ortak ticaret politikası kapsamında münhasır yetkilerden olmuştur.¹⁰ Konu Avrupa Birliğinin İşleyişı Hakkında Antlaşma (ABİA) madde 206 ve 207’de düzenlenmiştir.

Çözümlemesi gereken konu üye ülkelerin mevcut yatırım antlaşmalarının ne olacağı sorunudur. AB açısından YKTK söz konusu olduğunda iki tip antlaşma mevcuttur. Birinci grup “AB-içi YKTK” (*Intra -EU BITs*) yani iki üye ülke arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmaları, ikinci grup ise “AB-ekstra YKTK” (*Extra-EU BITs*) üye ülke ve üye olmayan üçüncü ülke arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmalarıdır. “AB-içi YKTK” özellikle AB’ye yeni katılımlarla birlikte gündeme gelmiş “AB-ekstra YKTK” niteliğindeki antlaşmalar üye olmayan tarafın AB’ye katılımı ile birlikte iki üye ülke arasında yatırım sözleşmesi “AB-içi YKTK” özelliğini kazanmıştır.¹¹

Özellikle bu antlaşmalar “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeler içerdiği için bu düzenlemelerin AB hukuku kapsamında geçerlilikleri ve Adalet Divanı’na rağmen üye ülkeler arasındaki uyumsuzluklarda uygulanıp uygulanmayacağı konusu önemlidir.

Antlaşmaların “AB-ekstra YKTK” olması halinde üye ülkelerin antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır.¹² Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) madde 4(3)¹³ ve ABİA madde 351¹⁴ yükümlülükleri

¹⁰ Bu bölümdeki tartışmaların bir bölümü ilk olarak KARACAN çalışmasında ele alınmıştır ancak ilgili bölüm güncel konular doğrultusunda genişletilmiştir.

¹¹ KARACAN, s. 1429.

¹² KARACAN, s. 1433.

¹³ Türkçe antlaşma metni Avrupa Birliği Bakanlığının internet sayfasından alınmıştır. “Birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalar’dan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar. Üye devletler, Antlaşmalar’dan veya Birlik kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere, genel veya özel her türlü uygun tedbiri alırlar.

Üye devletler, Birliğin görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırurlar ve Birliğin hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü tedbirden kaçınırlar.”

¹⁴ “Antlaşmalar’daki hükümler, bir veya daha fazla üye devlet ile bir veya daha fazla üçüncü ülke arasında, 1 Ocak 1958’den önce veya daha sonra katılan devletler için katılım tarihlerinden önce akdedilmiş, antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerle hâle getirmez. Bu antlaşmalar Antlaşmalar’la bağdaşmadığı ölçüde, ilgili üye devlet veya üye devletler, tespit edilen uyumsuzlukları gidermek için gerekli tüm tedbirleri alır. Bu amaçla üye devletler, ihtiyaç halinde birbirlerine yardımcı olurlar ve gerektiğinde ortak bir tavır benimserler. Üye devletler, 1. paragrafta belirtilen antlaşmaların uygulanmasında, Antlaşmalar uyarın-

bulunmaktadır. “AB-ekstra YKTK” için Komisyon’un açtığı ihlal davaları (*infringement*) söz konusudur. *Commission of the European Communities v Republic of Austria* (Avusturya)¹⁵, *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* (İsveç)¹⁶ ve *Commission of the European Communities v Republic of Finland* (Finlandiya)¹⁷ davalarında da benzer konular tartışılmıştır. AB Komisyonu üye ülkelerin üye olmayan ülkeler ile yapılmış iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan bazı düzenlemelerin AB hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Üye ülkeler tarafından gerekli düzenlemeler yapılmayınca AB Komisyonu üye ülkelerin yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddiasıyla ABİA madde 258¹⁸ gereği ihlal dava açmıştır. Ayrıca “Üye Ülke ve Üçüncü Ülke Arasındaki İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarının İntikalini Düzenleyen Tüzük” (*Regulation Establishing Transition Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries*) kabul edilmiştir.¹⁹ **Tüzük sürece ilişkin düzenleme getirdiği için** yatırımcılar için belirlilik sağlamaktadır.

Ancak “AB-içi YKTK” için ise durum farklıdır. Bu antlaşmalar sona erdirilene kadar yürürlükte kalmaya devam edecek midir? Yoksa AB hukukunun üstün olması sebebiyle sona ermiş midir? Verilecek cevap soruna hangi hukuk perspektifinden bakıldığına göre değişecektir. Sonuç AB hukukunun üstünlüğü açısından bakılırsa farklı, uluslararası hukuk ve uluslararası antlaşmalar ilişkisi açısından bakılırsa farklı olacaktır.

ca her bir üye devletin sağladığı avantajların Birliğin kurulmasının ayrılmaz bir parçası olduğu ve bundan dolayı, ortak kurumların oluşturulması, bu kurumlara yetkiler verilmesi ve diğer tüm üye devletlerce aynı avantajların sağlanmasıyla ayrılmaz biçimde bağlı olduğu gerçeğini dikkate alırlar.”

¹⁵ Case C-205/06 *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2009] ECR I-01301.

¹⁶ Case C-249/06 *Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden* [2009] ECR I-01335.

¹⁷ Case C-118/07 *Commission of the European Communities v Republic of Finland* [2009] ECR I-10889.

¹⁸ “Komisyon, üye devletlerden birinin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediği kanısına varırsa, bu devlete kendi görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, bu konuda gerekçeli görüşünü bildirir.

İlgili devlet, Komisyon’un belirlediği süre içinde bu görüşe uygun hareket etmezse, Komisyon meseleyi Avrupa Birliği Adalet Divanı’na götürebilir. “

¹⁹ Regulation, No 1219/2012, *Establishing Transition Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries*, OJ L (351/40), (Regulation, No 1219/2012). Tüzük düzenlemeleri için bakınız: KARACAN, s. 1436.

Konu önce ilgili hakem kararları ile ele alınacaktır. Hakem kararlarında AB hukukunun nasıl ele alındığı konusu da önemlidir. Adalet Divanı'nın AB-içi YKTK" ilişkin bir kararı henüz bulunmamaktadır. Ancak çok yeni bir gelişme olarak konunun ön karar prosedürü ile Adalet Divanına gitmiş olması *Achmea* davası ile aşağıda ele alınacaktır.

Tahkim Mahkemesi örneklerine bakıldığında *Eureko v. The Slovak Republic (Slovak Cumhuriyeti)*²⁰ uyuşmazlığında iki üye ülke arasında iki taraflı yatırım antlaşmasının uygulanıp uygulanmayacağı ve antlaşmada öngörülen tahkim mekanizmasının AB hukukuna rağmen mümkün olup olmayacağı tartışılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta Hollanda sağlık sigorta şirketi olan Eureko, hükümetin ilgili piyasada yapmış olduğu değişikliklerin dolaylı kamulaştırma olması, adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine aykırı olması, tam koruma ve güvenlik esasına ve karın serbest transferi ilkesine aykırı olması sebebiyle Hollanda-Slovak Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmasının tahkim düzenlemelerine dayanarak tahkime gitmiş ve tazminat talep etmiştir. Tahkim sürecinde önce yetkiye ilişkin karar verilmiştir. Süreçte Komisyon AB hukukunun üstün olması sebebiyle mevcut antlaşmaların sona ereceğini, ayrıca Adalet Divanı'nın madde 344²¹ gereği münhasır yetkisi olması sebebiyle de zaten antlaşmada düzenlenen tahkim imkanının mümkün olmadığını bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisiz olduğunu iddia etmiş ve "AB-içi yetki" itirazında (*intra-EU jurisdiction objection*) bulunmuştur. Ancak tahkim mahkemesi önce iki taraflı yatırım antlaşmasının 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne (Viyana Sözleşmesi) (*The Vienna Convention on Law of Treaties-VCLT*) madde 59²² gereği daha sonra da Viyana Sözleşmesi madde 30 gereği sona ermiş olduğu iddiasını reddetmiştir.²³ AB hukuku ile herhangi bir uyumsuzluk bulunmamıştır. Antlaşmaya göre tahkimin mümkün olup olmadığı konusunda ise mahkemenin uyuşmazlıkları uygulama konusunda tekel olmadığını belirtmiş²⁴, ABİA madde 344'ün "devlet-devlet" uyuşmazlığına ilişkin olduğunu,

²⁰ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL (Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010) s. 178, 276.

²¹ "Üye devletler, Antlaşmalar'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler."

²² s. 233-267.

²³ s. 277.

²⁴ s. 282.

uyuşmazlığın “yatırımcı-devlet” arasında olması sebebiyle bu kapsamda sayılmayacağını belirtmiş ve uyuşmazlığı incelemiştir.²⁵ Ayrıca, tahkim mahkemesi AB hukukunun dikkate alınmasının ve uygulanmasının yetkisini kaldırmayacağını ve tahkim heyetinin AB hukukunu uluslararası hukuk ya da Alman hukuku olarak uygulayabileceğini belirtmiştir.²⁶ Sonuç olarak tüm bu sebeplerle tahkim mahkemesi Komisyonun “AB-içi yetki” itirazını reddetmiştir.²⁷ Daha sonra ilerleyen yıllarda esasa ilişkin karar verilmiştir.²⁸

Eastern Sugar v. Czech Republic (Çek Cumhuriyeti)²⁹ uyuşmazlığında tahkim mahkemesi antlaşmaların AB’ye üyelik ile sona ermediğine, antlaşmaların sona ereceğine ilişkin antlaşmalarda (AB Antlaşmaları, Katılım Antlaşması ve ilgili Yatırım antlaşması dahil) herhangi bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir. Tahkim mahkemesi antlaşmaların AB antlaşmaları ile ilişkisini Viyana Sözleşmesine göre değerlendirmiştir. Yatırım antlaşmalarının AB antlaşmaları ile ileri sürüldüğü üzere konuyu kapsamadığına³⁰, yatırım antlaşmalarının yerine AB antlaşmalarının geçeceğine dair taraf niyetlerinin olmadığına³¹, antlaşmaların birbiriyle uyumlu olduğuna³², bu sebeplerle madde 59 şartlarının sağlanmadığına, sonuç olarak yatırım antlaşmasının geçerliliğini koruduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak tahkim

²⁵ s. 276.

²⁶ s. 283

²⁷ s. 293.

²⁸ *Achmea Davası* (Eureko davasının yeni adı), PCA Case 2008-13, 7 Aralık 2012. Çalışma sadece antlaşmaların AB hukuku içindeki yerini tartışmayı amaçladığı için karara ilişkin değerlendirme yapılmayacaktır.

²⁹ *Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic*, SCC No. 008/2004, (Partial Award of 27 March 2007). Davaya ilişkin ilk bölümü KARACAN, s. 1439-1440’dan alınmıştır. Bakınız: Laurence BURGER, Perreard de BOCCARD, *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*, 17.12.2012, Kluwer Arbitration Blog, [http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/\(BURGER/BOCCARD\)](http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/(BURGER/BOCCARD)), Markus BURGSTALLER, *The Future of Bilateral Treaties of EU Member States*, edited Bungenberg/Griebel/Hindelang, International Investment Law, European Yearbook of International Economic Law, Springer 2011 (BURGSTALLER, *Future of Bilateral*); Christophe von KRAUSE, *The European Commission’s Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration*, Posted: 28 September 2010, Kluwer Arbitration Blog <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>

³⁰ s. 159.

³¹ s. 167.

³² s. 168.

mahkemesi “AB-içi YKTK”ların AB’ye üye olunmasıyla birlikte sona ermediğine, AB hukukunun üstünlüğü kavramının AB’nin iç konusu olduğuna, ancak iki taraflı yatırım antlaşmalarının uluslararası genel hukuk tarafından düzenlendiğine karar vermiştir.³³

Bu konuda son kararı verecek olan Adalet Divanıdır. Ancak aşağıda tartışılacağı üzere *Micula* davası sonrası Komisyon’un henüz Adalet Divanı kararı olmadan bu konuda üyeler açısından birçok zorlaştırıcı adım atarak antlaşmaların kullanımını kısıtlamadığı görülmektedir. Çok yeni bir gelişme olarak konu Adalet Divanı’na taşınmıştır. Önceki adı *Eureko v. The Slovak Republic* davası olan *Achmea* davasında³⁴ konu ön karar prosedürü ile gündeme gelmiştir. Aslında yetkiye ilişkin karar aşamasında da benzer bir fırsat yakalanmış, yetkiye ilişkin hakem kararı verildikten sonra Slovak Cumhuriyeti karara Frankfurt Bölgesel Üst Mahkemesinde (*Higher Regional Court of Frankfurt*) iptal davası (*set-aside/annulment*) açılmıştır. Frankfurt Mahkemesi de Adalet Divanının AB hukukunu yorumlamada tekel hakkı bulunmadığı gerekçesiyle iddiaları reddetmiş ve tahkim mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Daha sonra Slovakya, Alman Yargıtay (*German Federal Supreme Court*)’ından kararın iptalini talep etmiştir. Ancak o zaman Alman Mahkemesi bu fırsatı hakem kararının ilerlemiş olması sebebiyle ve yapılan itirazın ara karar üzerinden olması sebebiyle esas hakkında karar vermeyeceğini açıklamıştır. Daha sonra esasa ilişkin hakem kararı verildikten sonra Slovakya Frankfurt Bölgesel Üst Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme önceki görüşünde, iki taraflı yatırım antlaşmasının uygulanacağı ve AB hukuku ile uyumlu olduğu konusunda ısrar etmiştir. Bunun üzerine Slovakya Alman Yargıtay’ına başvurmuştur. 10 Mayıs 2016 tarihinde mahkeme ön karar prosedürü ile Adalet Divanı’na gidip iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan tahkim hükümlerinin AB hukuku ile uyumu konusunda görüş alacağını belirtmiştir ve süreci başlatmıştır.³⁵ Söz konusu düzenlemelerin ABİA madde 18, 267 ve 344 açısından

³³ Ayrıca bakınız: Jan KLEINHEISTERKAMP, *The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future-From a European Law Perspective*, London School of Economics- Law, Society and Economy Working Papers 7/2011, (Working Paper) (KLEINHEISTERKAMP, *Next 10*), s. 9.

³⁴ Euroke Achmea birleşmesi sonrası şirketin adı Achmea olarak değiştirilmiştir ancak kolaylık açısından hakem kararında Eureko olarak kullanılmaya devam edilmiştir.

³⁵ 3 Mart 2016.

değerlendirilmesi istenmiştir.³⁶

II. Avrupa Birliği ve Enerji Şartı Antlaşması

Konunun EŞA açısından da incelenmesi önem arz etmektedir. Çok taraflı bu antlaşmaya³⁷ hem üye ülkeler³⁸ hem de AB taraftır. Konu “AB-içi YKTK”lara benzemekle birlikte hem antlaşmanın çok taraflı olması sebebiyle hem de üye ülkelere ek olarak antlaşmaya AB’nin de taraf olması sebebiyle bu bölümde ayrıca ele alınacaktır. Çalışmada sadece üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların EŞA kapsamında gündeme gelmesi değerlendirilecektir. Üye ülke ve üye olmayan EŞA tarafı ülkenin ya da yatırımcısının arasındaki uyuşmazlıklar çalışma kapsamında değildir.

Konuya ilişkin birçok soru akla gelebilir. Öncelikle AB üye ülkeleri arasında EŞA mı yoksa AB hukuku mu uygulanacaktır? AB’nin de antlaşmaya taraf olması antlaşmayı AB hukukunun parçası yapmış mıdır? Eğer AB üye ülkeleri arasında EŞA uygulanacaksa, uyuşmazlık durumunda EŞA madde 26’da öngörülen uyuşmazlık çözümü mü uygulanacaktır? Yoksa Adalet Divanı’nın münhasır yetkisi ileri sürülüp uyuşmazlık Adalet Divanında mı çözülecektir? EŞA yöntemine göre uyuşmazlık çözümüne gidilebileceği kabul edilirse tahkim mahkemesi AB hukukunu uygulayabilecek midir? Tahkim mahkemesi AB hukukunu uygularsa, nasıl uygulayacaktır ve AB hukukunun kendine özgü özelliklerini örneğin üstün olmasını dikkate alacak mıdır? Bu bölümde Tahkim Mahkemesi kararları ışığında bu sorulara cevap bulunmaya çalışılacaktır. Ancak şimdiye kadar hiçbir tahkim mahkemesi üye ülkelerarası uyuşmazlıklarda EŞA’nın uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu tartışmamıştır.³⁹ Konuya ilişkin Adalet Divanı kararı bulunma-

³⁶ Luke Eric PETERSON, *European Court Of Justice Is (Finally) Invited To Weigh In On Compatibility Of Intra- EU Bilateral Investment Treaties And EU Law*, May 10, 2016, International Arbitration Reporter.

³⁷ Genel bilgi için: Pınar BAKLACI/Esen AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması*, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s. 97-113 (BAKLACI&AKINTÜRK, *Enerji Şartı*); Pınar BAKLACI/Esen AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C XXIV, S 2, Aralık 2007, s. 305-345 (BAKLACI/ AKINTÜRK, *Enerji Şartı Uyuşmazlık*).

³⁸ Ancak yakın zamanda İtalya EŞA’dan çıkmıştır. Bu çalışma kapsamında olmamakla birlikte konunun AB-EŞA ilişkisi içinde ayrıca dikkate alınması gereken bir konudur.

³⁹ Christian TIETJE, *The Applicability of ECT in Intra-EU Disputes*, Conference: ‘The

maktadır. Ancak başka davalarda ilgili konular tartışılmıştır. Örneğin, AB hukuku kapsamında uluslararası antlaşma akdedilmesi konusunda Birliğin münhasır yetkisine ilişkin ABİA madde 3(2)⁴⁰ değerlendirmesine ilişkin **Pringle** davası⁴¹; uluslararası hukukun AB hukukuna etkisine ilişkin **Kadi** davası⁴² ve Adalet Divanının yetkisine ve diğer mahkemelerle ilişkisine ait ise çeşitli Mahkeme Görüşleri bulunmaktadır. Dava ve görüşler ilgili bölümde ele alınacaktır. Öncelikle EŞA ve AB hukuku ilişkisi ele alınacaktır.

EŞA'ya hem AB üye ülkelerinin hem de AB'nin taraf olması sebebiyle karma antlaşmadır (*mixed agreement*). Antlaşma kapsamında hem üye ülkelerin hem de AB'nin yetkisi vardır.⁴³ Bu konuda AB Komisyonu'nun EŞA Sekreteryasına sunmuş olduğu bir açıklama bulunmaktadır.⁴⁴

“Avrupa Toplulukları ve üye ülkeler Enerji Şartı Antlaşmasını akdetmişlerdir ve antlaşmada yer alan yükümlülükleri kendi yetkilerine uygun olarak yerine getirme konusunda uluslararası sorumludurlar.”⁴⁵

Bu açıklamada ayrıca gereklilik halinde Komisyon ve ilgili üye ülkenin taraf ülke yatırımcısı tarafından başlatılan tahkim sürecinde kimin davalı olacağını belirleyecekleri ve bu bildirim en geç 30 gün içinde yapacakları belirtilmiştir.⁴⁶

EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty', 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London.

⁴⁰ “Bir uluslararası antlaşmanın akdedilmesi, Birliğin bir yasama tasarrufunda öngörülüyorsa veya Birliğin iç yetkisini kullanabilmesi için gerekliyse ya da Birliğin ortak kurallarını etkiliyor veya bunların kapsamını değiştiriyorsa, Birlik böyle bir antlaşmanın akdedilmesi konusunda münhasır yetkiye sahiptir.”

⁴¹ C-370/12, 27 Kasım 2012.

⁴² Case C-402/05 P and C-415/05, *P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

⁴³ BURGSTALLER, *Future of Bilateral*.

⁴⁴ Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, OJ, 69/115, 09.03.1998.

⁴⁵ Statement submitted by the European Communities, “*The European Communities and their Member States have both concluded the Energy Charter Treaty and are thus internationally responsible for the fulfillment of the obligations contained therein, in accordance with their respective competences.*”

⁴⁶ “*The Communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an Investor of another Contracting Party. In such case, upon the request of the Investor, the Communities and the Member States concerned will make such determination within a period of 30 days.*”

EŞA ile başlangıçta öngörülme-yen birçok sorun gündeme gelmiştir. Örneğin antlaşmanın AB hukuku ile uyumu konusu özellikle üçüncü ülkelerle ilişkiler açısından önemlidir. Ayrıca antlaşmanın uluslararası hukuk perspektifi açısından geçerliliği sebebiyle AB üye ülkeleri arasında da uygulanması ve konunun AB hukuku içinde nasıl sonuç doğuracağı da tartışılması gereken bir konudur.

Cevaplanması gereken ilk konu; EŞA'nın kapsamı AB hukukunun özellikle de enerji hukukunun bir parçası olmuş mudur? Bu sorunun cevabı EŞA'nın AB üye ülkesi arasında uygulanıp uygulanmayacağı açısından önemlidir. AB üyesi ülkeler arasında antlaşma geçerliliğini koruyacak mıdır? Enerji konusu özellikle de enerji işbirliği konusu henüz tamamıyla AB münhasır yetki alanında değildir, bu alan üye ülke ile paylaşılan yetkilere (shared competences).⁴⁷

Diğer konu; bir AB üyesi ülke ve üye olmayan ülke arasında EŞA'nın uygulanması durumudur. Konuya AB üyesi ülkenin uluslararası antlaşma imzalama yetkisi olup olmadığı açısından bakılabilir. EŞA'nın da içinde değerlendirileceği eski antlaşmalar açısından yukarıda ele alınan ABİA madde 351 gündeme gelecektir. Madde gereği katılım tarihlerinden önce üçüncü ülkelerle akdetmiş olan antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler hâle getirilmeyecektir. Konuya ilişkin mahkeme kararı da bulunmaktadır. **Commission v. Slovakia** davasında önceki antlaşmaların AB düzenlemelerden üstün olacağına karar vermiştir.⁴⁸ Üye ülkelerin uluslararası yeni antlaşmalara taraf olma konusu ise EŞA açısından önemli olmamakla birlikte hem ABİA madde 3(2) de AB'nin münhasır yetkileri olarak düzenlenmiş hem de **Pringle**⁴⁹ davasında gündeme gelmiştir. Davada ABİA madde 3(2) uluslararası antlaşma akdetme konusundaki münhasır yetki konusu tartışılmıştır. Davada üye ülkelerin ortak kuralları ve ilgili alanı etkileyecek konularda uluslararası antlaşma akdedemeyeceklerine karar vermiştir.⁵⁰ Sonuç olarak EŞA önceden akdedilen antlaşma olması sebebiyle bağlayıcı olmaya devam edecektir. AB üyesi ülkeler arasında uygulanıp uygulanma-

(This is without prejudice to the right of the investor to initiate proceedings against both the Communities and their Member States.)

⁴⁷ TIETJE, ABİA madde 4(2)i, ABİA madde 194(2).

⁴⁸ C 264/09 *Commission v. Slovakia*.

⁴⁹ TIETJE.

⁵⁰ TIETJE.

yacağı konusunda çözüm olarak muafiyet belirtme (*carve out*) önerilmiştir.⁵¹ Kanımca gerçekleşmesi çok olası olmamakla üye ülkelerin yapacağı ortak bir açıklama ile EŞA'nın aralarında uygulanmayacağı açıklaması çözüm olarak ileri sürülmüştür.⁵² Çözüm bulunmaması halinde “AB-içi YKTK” konusunda ele alındığı ve bu bölümde de uyuşmazlıklar kapsamında tekrar değinileceği üzere konuya uluslararası hukuk veya AB hukuku perspektifinden bakılması farklı sonuçlar doğuracak ve ülke açısından sorumluluk doğmasını engellemeyecektir.

EŞA kapsamında uyuşmazlıklara bakıldığında 88 uyuşmazlığın 53 tanesi üye ülke arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir.⁵³ Aşağıdaki uyuşmazlıklarda AB hukuku ve EŞA ilişkisi tartışılmıştır.

AES Summit Generation Ltd. et al. v. Hungary (Macaristan) İngiliz şirket AES Summit ve Macaristan şirketi AES Tisza Macaristan'a karşı EŞA düzenlemelerini ihlal ettiği gerekçesiyle tahkim yoluna gidilmiştir. Tahkim mahkemesi öncelikle uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk konusunun tartışılmıştır ve uygulanacak hukukun EŞA ile birlikte uluslararası hukuk kural ve ilkeleri olduğuna karar vermiştir.⁵⁴ EŞA'nın düzenlemelerinin yorumlanması gerekirse Viyana Sözleşmesi madde 31 ve 32'ye başvurulabileceği belirtmiştir.⁵⁵ EŞA madde 16'nın AB hukuku ile ihtilaf olması durumunda gündeme geleceğine⁵⁶, ancak söz konusu uyuşmazlıkta AB hukuku ile ilgili bir ihtilaf

⁵¹ KLEINHEISTERKAMP, *Next 10 Year*, s. 15-16.

⁵² TIETJE.

⁵³ TIETJE.

⁵⁴ ICSID Case No ARB/07/22, 23 Eylül 2010, 7.6.4.

⁵⁵ 7.6.5.

567.6.7. Antlaşmanın Türkçe metni için bakınız: RG 12.07.2000, S. 24107, 1. Mükerrer Sayı.

EŞA madde 16 (Diğer Antlaşmalarla İlişki):

“İki veya daha fazla Antlaşma tarafının daha önceden veya sonradan, bu Antlaşmanın 3'üncü ve 5'inci Bölümlerini ilgilendiren bir uluslararası antlaşmaya dahil olmaları durumunda:

Bu Anlamanın 3'üncü veya 5'inci Bölümlerinde yer alan hiç bir hüküm, diğer antlaşma şartlarından veya söz konusu antlaşma kapsamında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlamayacaktır.

Diğer Antlaşma şartları kapsamında yer alan hiç bir hüküm, bu Antlaşmanın 3'üncü ve 5'inci bölümlerinde yer alan şartlardan veya bu Antlaşma kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir haktan daha eksik biçimde yorumlanamayacaktır.

Hangi hüküm Yatırımcı veya Yatırım açısından daha avantajlı ise o hüküm uygulanacaktır.”

bulunmadığına karar verilmiştir.⁵⁷ Kararda ayrıca katılım öncesi yapılmış antlaşmalara ilişkin ABİA madde 307'nin uyuşmazlıkta üçüncü ülke söz konusu olmadığı için uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁵⁸ Sonuç olarak tahkim mahkemesi EŞA'nın uygulanacak hukuk olduğuna ve AB hukukunun maddi vakıa olarak (*as a relevant fact*) dikkate alınacağına karar vermiştir.⁵⁹

Electrabel S.A. v. Hungary (Macaristan)⁶⁰ Belçika şirketi Electrabel enerji üretim ve satış şirkettir. Macaristan'ın AB'ye üye olmasından sonra AB Komisyonu Electrabel'in enerji satın alma antlaşmalarının (*PPA- power purchase agreement*) AB hukukunun devlet yardımı düzenlemelerine aykırı olması sebebiyle sona erdirilmesine ilişkin bir karar almıştır. Electrabel antlaşmaların sona erdirilmesinin EŞA'ya aykırı olduğunu ve yapılan işlemin hukuka aykırı kamulaştırma olduğunu iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi önce yetki, uygulanacak hukuk ve sorumluluğa ilişkin bir karar almıştır.⁶¹ Bu süreçte Electrabel'in birçok iddiası reddedilmiş sadece bir iddia daha sonraki aşamaya bırakılmıştır. Daha sonra da ilgili karar verilmiş ve Electrabel'in iddiası reddedilmiştir.⁶² Yetki, uygulanacak hukuk ve sorumluluğa ilişkin kararda tahkim mahkemesi ABİA madde 344'ün Adalet Divanı'nın son sözü söylemesinin garantisini olduğunu ancak bu düzenlemenin tahkimi engellemediğine⁶³, kaldı ki AB'nin de EŞA'ya taraf olarak madde 26 ile birlikte bunu kabul ettiğine bu sebeple de tahkimin mümkün olduğuna karar vermiştir. Tahkim mahkemesinin AB kurumlarının düzenlemelerinin hukuka uygunluğunu denetlemesi gerekmediği için mahkemenin yetkine girecek bir durum olmadığı için sorun olmayacağını belirtmiştir.⁶⁴ Uygulanacak hukuk konusunda EŞA ve ICSID'in uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte uygulanacağına⁶⁵, EŞA ve ICSID'in bağlayıcı olduğuna⁶⁶, AB hukukunun sadece AB Antlaşmalarından oluşmadığına ayrıca EŞA'nın AB'yi AB hukuku

⁵⁷ 7.6.8.

⁵⁸ 7.6.10.

⁵⁹ 7.6.12.

⁶⁰ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID ARB/07/19 (Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012), Award on 25 November 2015, ayrıca bakınız: BURGER/BOCCARD.

⁶¹ 30 Kasım 2012.

⁶² 25 Kasım 2015.

⁶³ 4.147.

⁶⁴ 4.198.

⁶⁵ 4.193.

⁶⁶ 4.194.

olarak (*as a matter of EU law*) bağladığına⁶⁷, tahkim antlaşmasının ya da uyuşmazlığın esasına ilişkin EŞA ve AB hukuku arasında uyumsuzluk bulunmadığına⁶⁸ karar vermiştir. Karar EŞA ve AB hukuku arasındaki hiyerarşi konusunu tartıştığı için de önemlidir.⁶⁹ Öncelikle uyuşmazlık konusunda AB hukuku ve EŞA tahkim düzenlemeleri arasında çelişen bir durum olmadığını tekrar vurgulamıştır.⁷⁰ Ancak uyuşmazlık olması halinde ise açık bir kural olmadığı ve uluslararası hukukun yorum kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. EŞA'nın AB hukuku ile uyum içinde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.⁷¹ Bu süreçte yukarıda bahsedilen üye ülkelerin 1958 öncesi ya da daha sonra AB'ye katılmaları durumunda katılım öncesi akdettikleri antlaşmaların durumuna ilişkin eski madde 307 yeni ABİA madde 351 EŞA değerlendirmelerinde gündeme gelmiştir. İlgili maddenin iki üye ülke arasındaki durumlarda uygulanmadığı belirtilmiştir.⁷² **Üye olmayan ülke ve üye ülkenin AB'ye üye olmadan önce** imzalanmış antlaşmalar **açısından** ise Viyana Sözleşmesi madde 30(4)b gereği takip eden antlaşmanın taraflarının aynı olmaması durumunda, tarafların bulunduğu antlaşmanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁷³ İki devlet hem katılım öncesi antlaşmaya hem de EU antlaşmalarına tarafsız Viyana Sözleşmesi madde 30(3) gereği sonraki antlaşma uygulanacaktır.⁷⁴ Hakem mahkemesi EŞA ve AB hukuku arasında çelişen düzenlemeler olması halinde, üye ülkenin EŞA'ya dayanarak AB üyesi başka bir üye ülkeye talepte bulunamayacağını ve AB hukukun uygulanacağını belirtmiştir.⁷⁵ Fakat söz konusu uyuşmazlıkta EŞA ve AB hukuku arasında herhangi bir esas uyumsuzluk bulunmadığı tekrar vurgulanmıştır.⁷⁶ Tahkim Mahkemesi ayrıca yetki itirazlarını değerlendirmiş ve yetkisi bulunduğuna karar vermiştir.⁷⁷

⁶⁷ 4.19.

⁶⁸ 4.196.

⁶⁹ 4.173.

⁷⁰ 4.175.

⁷¹ 4.130.

⁷² 4.180.

⁷³ 4.181.

⁷⁴ 4.182.

⁷⁵ 4.189.

⁷⁶ 4.196.

⁷⁷ 5.38.

Charanne and Construction Investments v. Spain (İspanya) Orijinal metnin İspanyolca olması sebebiyle ilgili bölüm kararın resmi olmayan İngilizce tercümesinden alınmıştır.⁷⁸ Hollanda şirketi Charanne ve Lüksemburg şirketi Construction Investments güneş enerjisi sistemiyle elektrik üreten ve satış yapan bir şirkettir. Şirket İspanya'nın ilgili rejime getirmiş olduğu değişikliklerin EŞA'yı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Hem üye ülkeler hem de AB, EŞA kapsamında davalı olabilirler.⁷⁹ Tahkim mahkemesi EŞA ve ABİA ilgili hükümleri arasında uyumsuzluk bulunmadığına, hatta AB hukukunda üye ülkenin başka bir üye ülke yatırımcısı arasındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmesini engelleyen bir düzenleme ve tahkim mahkemesinin AB hukukunu uygulamasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir.⁸⁰ Tahkim mahkemesine göre iddia edildiği üzere ABİA madde 344 tahkim mahkemesinin yetkisini etkilememektedir, hatta AB hukukunu uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸¹ AB, EŞA'ya taraf olduğunda zaten madde 26 düzenlemesini de kabul etmiştir.⁸² Bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisi vardır.⁸³ EŞA madde 16 EŞA ve EU hukuku arasında herhangi bir uyumsuzluk olmadığı için uygulanmayacaktır.⁸⁴ Uyuşmazlıkta Electrabel kararına atıf yapılmıştır.⁸⁵

Önemli olan, konunun hangi bakış açısı ile ele alınacağıdır. Uluslararası hukuk veya AB hukuku yaklaşımına göre varılan sonuç, bakış açısına göre farklı olacaktır. ***İlgili uyuşmazlıklar değerlendirildiğinde konuya uluslararası hukuk perspektifi ile yaklaşımış Viyana Sözleşmesi esas alınmıştır.*** AB hukuku ve EŞA arasındaki olası uyuşmazlıklarda ya EŞA madde 16 kapsamında gündeme gelecek ya da Viyana Sözleşmesindeki yol izlenecektir. Uyuşmazlık iki AB ***üyyesi*** arasında ise ve AB hukuku ile uyumlu değilse, AB hukuku uygulanacak, üçüncü ülke söz konusu ise ikisinin de taraf olduğu antlaşma uygulanacaktır. Sonuç olarak uluslararası hukuk perspektifinde ABİA madde 3(2) üstünlüğü ilkesi dikkate alınmayacak

⁷⁸ Case 062/2012, 21 Ocak 2016, <http://www.italaw.com/cases/2082>, unofficial translation (resmi olmayan tercümesi) by Mena Chambers-Draft 1, 3 Mart 2016.

⁷⁹ 429.

⁸⁰ 438

⁸¹ 443.

⁸² 445.

⁸³ 450.

⁸⁴ 439.

⁸⁵ 445.

değerlendirme Viyana Sözleşmesi madde 27 ve 30'a göre yapılacaktır.⁸⁶

Oysa AB hukuku bakış açısında AB hukukunun “*sui generis*” kendine özgü yapısı gereği Viyana Sözleşmesi uygulanmayacaktır.⁸⁷ AB hukukunun üstünlüğü ilkesi gereği AB hukuku dikkate alınacaktır. Mahkemenin yetkisi açısından ABİA madde 344 dikkate alınacaktır.⁸⁸ AB hukuku açısından hakem mahkemesi AB hukukunu yorumlayarak AB kurumlarını veya üye ülkeleri bağlayıcı değerlendirme yapamaz. Bu çalışmada değerlendirilmemekle birlikte AB hukukunun kapsamı nedir sorusu da ayrıca cevaplanması gereken bir konudur.⁸⁹ AB perspektifinde 1958 tarihi öncesi veya daha sonra katılan devletler için katılım tarihlerinden önce akdedilmiş antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülöklere halel getirilmeyeceğine ilişkin ABİA madde 351 de dikkate alınmalıdır.⁹⁰ Ancak burada **Kadi** davası önemlidir.⁹¹ Dava uluslararası hukukun AB hukuku içindeki etkisi açısından önemli bir davadır ve davaya göre madde 351'in uygulandığı durumlarda bile düzenleme Topluluk hukuk düzeninin temelini oluşturan prensiplerin değiştirilmesine cevaz verecek şekilde yorumlanmamalıdır.⁹²

Yine bu alanda belirleyici olan Adalet Divanı'nın konuya ilişkin karar vermesi olacaktır. Ancak Adalet Divanı'nın EŞA'nın AB üyeleri arasında uygulanmayacağına ya da AB antlaşmalarına uygun olmadığına ilişkin karar vermesi durumunda bu karar tahkim mahkemelerini bağlamayacağı için zor

⁸⁶ Bakınız: TIETJE, Konstanze VON PAPP, *The principle of autonomy of EU law and its implications for intra-EU disputes under the ECT*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London .

⁸⁷ TIETJE.

⁸⁸ Petra NEMECKOVA, *The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law*, Conference: ‘The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty’ on 11 & 12 February 2016 at Queen Mary University of London.

⁸⁹ VON PAPP, Özellikle *Commission v. Australia, Sweden, Finland* (ilk bölümde bahsedilen Komisyon v. Avusturya, İsveç, Finlandiya) davalarında Hukuk Sözcüsü (*Advocate General*) Madura'nın tanımına bakmak gerekir. Madura'a AB çıkarlarının engellendiği ve AB hedeflerinin ciddi şekilde tehlikeye atıldığı durum (*when EU interests frustrated or EU objectives seriously jeopardized*) olarak tanımlamıştır.

⁹⁰ VON PAPP.

⁹¹ Joined cases C-402&415/05, *Kadi & Al Barakaat Int'l Found v Council & Commission* (2008) ECR I-6351.

⁹² “*It must not be read to authorize to derogation of principles that form part of the very foundation of the Community legal order*”.

olmakla birlikte EŞA'nın tekrar görüşülmesi ve antlaşma kapsamında değişiklik yapılması bir çözüm olabilecektir.⁹³ Ya da yukarıda belirtildiği üzere olası olmamakla birlikte AB ülkelerinin birlikte yapacağı ortak bir açıklama EŞA'nın aralarında uygulanmayacağı açıklaması bir çözüm olabilecektir.

III. Antlaşmaların Doğrudan Etki Doğurması

AB'nin taraf olduğu antlaşmaların doğrudan etki (*direct effects*) doğurup doğurmayacağı konusu önemlidir. Konu EŞA gibi CETA veya TTIP gibi diğer antlaşmalar açısından da gündeme gelebilecektir. Doğrudan etki yine AB hukukuna özgü önemli kavramlardan biridir. Bu ilkeye göre gerçek ya da tüzel kişiler AB hukukundan kaynaklanan haklarını doğrudan ulusal mahkemelerinde talep edebilmektedirler. Bu süreçte şartlar sağlanıyorsa ulusal mahkeme üye ülkenin doğrudan etki doğuran uluslararası antlaşmaya aykırı davranması sebebiyle AB hukukunu ihlal ettiğine karar verebilecektir.⁹⁴ Antlaşmalarda taraflar açıkça antlaşmanın doğrudan etki doğurmayacağını belirtebilirler.⁹⁵ Örneğin CETA antlaşması kapsamında bu imkan tartışılmıştır.⁹⁶ EŞA'nın da doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusu değerlendirilmelidir.⁹⁷

Uluslararası antlaşmaların doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunda net bir cevap olmamakla birlikte davalara bakıldığında konu genel hatlarıyla şu şekil özetlenebilir: Kupferburg davasında iki aşamalı bir test ileri sürülmüştür. Öncelikle antlaşmanın genel yapısı ve doğası doğrudan etkiye engel olmamalıdır. Daha sonra da söz konusu hükümler doğrudan etki doğurmak için yeterince açık ve koşulsuz olmalıdır. Dünya Ticaret Örgütü

⁹³ Jan KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection and EU Law: The Intra and Extra Dimension of the Energy Charter Treaty*, Journal of International Economic Law, 2012, 15(1), s. 85-109, s. 105 (KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection*).

⁹⁴ Christoph HERRMANN, *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 570-584, s. 574.

⁹⁵ Paul REYNOLDS, Master Thesis, *The EU's New Trade Policy and the Doctrine of Direct Effect: The Final Crossroads?*, Tilburg University Master of International and European Law July 2012, Supervisor Dr. A. Dimopoulos, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127439>

⁹⁶ Stephen W. SCHILL, Editorial: *Opinion 2/13-The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, The Journal of World Investment and Trade, 16, 2015, s. 379-388, s. 385. CETA madde 14 (çekinceler-reservations).

⁹⁷ Detaylı bilgi için bakınız: REYNOLDS.

antlaşmaları kapsamında konu International Fruit davasında tartışılmıştır. GATT antlaşmasının genel niteliği ve antlaşmanın başlangıç bölümünde görüşmelerin karşılıklılık esası ve karşılıklı avantajlı düzenlemeler doğrultusunda yapılacak olmasının belirtilmesi ve antlaşmanın esnek olması sebebiyle doğrudan etki doğurmayacağına karar verilmiştir. Intertanko davasında ise test tek aşamaya inmiştir. Antlaşmanın koşulsuz ve yeterince açık olması (unconditional and sufficiently precise) aranmıştır. Adalet Divanı'nın rolü belirleyici olacaktır. Özellikle de AB'nin taraf olduğu yatırım antlaşmalarının doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunda yaklaşımı önemli ve belirleyici olacaktır.

IV. Hakem Kararlarının Avrupa Birliği Ülkelerinde Tenfizi

Verilen hakem kararlarının AB ülkelerinde tenfizi sorunu da değinilmesi gereken konulardandır. Özellikle de ilgili hakem kararı iki AB üyesi ülke arasında ise tartışma AB hukuku tartışmalarını da içermektedir. *Micula* davası ve sonrası olan gelişmeler bu açıdan önemlidir. Söz konusu davada tahkim mahkemesi Romanya'nın İsveç-Romanya arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmasının "adil ve hakkaniyete uygun muamele (*fair and equitable treatment-FET*) ilkesine aykırı davranması sebebiyle Romanya'ya tazminata hükmetmiştir. AB Komisyonu karar alarak (*injunction decision*) Romanya'nın hakem kararını yerine getirmemesini, kararın yerine getirilmesi halinde AB devlet yardımı (*state aid*) düzenlemelerine aykırı durum oluşacağını ileri sürmüştür.⁹⁸ Komisyon görüşünü AB hukukunun üstünlüğü ilkesine dayandırmıştır, bu sebeple de kararın AB içinde uygulanamayacağını iddia etmiştir. *Micula* bunun üzerine Komisyon kararına karşı dava açmıştır aynı zamanda Romanya ICSID'de kararın iptalini (*annulment*) talep etmiştir. Ancak hakem kararının iptali talebi reddedilmiştir.⁹⁹

Ayrıca AB Komisyonu beş farklı AB üyesi ülkenin ulusal mahkemesinde

⁹⁸ Nikos LAVRANOS, *Interference of Commission in Enforcement of Arbitral Awards: The Micula Case*, *Global Investment Protection*, 5/11/2014, <http://www.globalinvestment-protection.com/index.php/interference-of-the-european-commission-in-the-enforcement-of-arbitration-awards-the-micula-case/>, (LAVRANOS, *Interference*)

⁹⁹ 26 Şubat 2016, Luke Eric PETERSON, *Breaking: Controversial Arbitral Award Against Romania Is Upheld, Thus Affirming \$250+ Million Compensation For Micula Brothers*, Feb 26, 2016, Investment Arbitration Reporter.

(Romanya, Belçika, Fransa, Lüksemburg ve İngiltere) devam eden tahkim kararlarının tanıma ve tenfiz aşamasına dahil olmuştur.¹⁰⁰

Hakem kararının ICSID kararı olup olmamasına göre durum değişecektir. ICSID madde 53-54'e göre ICSID kararları için ayrıca tenfiz kararı gerekmemektedir.¹⁰¹ Özellikle AB üyesi ülkeler arasında tenfiz konusunda yine uluslararası hukuk ve AB hukuku bakış açısına göre farklı sonuçlar çıkabilecektir.¹⁰² Bu durumda ICSID uygulanırsa AB hukukuna, ABİA madde 107'ye (*state aid*) aykırı olacağı ancak uygulanmazsa da ICSID madde 53-54'e aykırı davranılmış olacağı ileri sürülmüştür.¹⁰³ Konu hangi bakış açısıyla ele alınırsa sonuç farklı olacaktır.

Yine Adalet Divanının konuya ilişkin kararı belirleyici olacaktır. Bu süreçte şartlar uygun olduğu ölçüde kararın AB ülkeleri dışında tenfizi istenebilecektir.¹⁰⁴ Örneğin bu duruma Micula davasında ABD'de kararın tenfizinin talep edilmesi örnek gösterilebilir.¹⁰⁵

V. Adalet Divanı ve Yatırım Tahkimi İlişkisi

Aslında yukarıda incelenen “AB-içi YKTK” ve EŞA ve AB hukuku ilişkisi içinde Adalet Divanı'nın münhasır yetkisi ve ABİA madde 344 değerlendirmesi değinilen konulardan biriydi. Ancak ilgili Adalet Divanı Görüşleri de değerlendirilerek konuya sadece mahkemenin yetkisi açısından vurgu yapmak için konu ayrı bir bölüm olarak ele alınacaktır. Temel

¹⁰⁰ Luke Eric PETERSON, *European Commission's Arguments Before Micula Annulment Committee Are Dismissed, But E.C. Says That Its Non-Enforceability Arguments Are Gaining Purchase In Member-State Courts*, Feb 28, 2016, Investment Arbitration Reporter.

¹⁰¹ TIETJE/WACKERNAGEL, Markus BURGSTALLER, *Enforcement of Intra-EU ECT Arbitral Awards in the EU*, Conference: 'The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty' on 11 & 12 February 2016 at Queen Mary University of London (BURGSTALLER, *Enforcement*).

¹⁰² Intra-EU ICSID kararlarının değerlendirilmesi için bakınız: TIETJE/WACKERNAGEL, s. 206.

¹⁰³ TIETJE/WACKERNAGEL, s. 207.

¹⁰⁴ Nikolaos LAVRANOS, *The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings*, European Energy and Environmental Law Review June 2009, s. 418, (LAVRANOS, *Epilogue*).

¹⁰⁵ Luke Eric PETERSON and Jarrod HEPBURN, *Recent Post-Award Developments in the Micula v. Romania I Case*, Sep 10, 2015, Investment Arbitration Reporter.

sorular şu şekilde sıralanabilir: Adalet Divanına rağmen “yatırımcı-devlet” tahkime gidilebilecek midir? Tahkimin mümkün olması durumunda tahkim mahkemesi AB hukukuna göre karar verebilecek midir? Yoksa Adalet Divanı’nın yetki dışında AB Hukukunu yorumlama konusunda da münhasır yetkisi mi vardır?¹⁰⁶

Söz konusu konular hem hakem kararlarında hem de Adalet Divanı kararlarında ele alınmıştır. Hakem kararlarına bakıldığında:

Eureko v. The Slovak Republic davasında Tahkim Mahkemesi Adalet Divanı’nın AB hukukunu yorumlamada tekel olmadığına; AB içinde diğer mahkeme ve tahkim mahkemelerinin de AB hukukunu yorumlayıp uygulayabileceğine; ancak Adalet Divanı’nın AB hukukunun nasıl yorumlanacağı konusunda kesin ve belirleyici rolü (*final and authoritative interpretation of EU law*) olduğuna fakat bu durumun yorumlamada tekel olmaktan farklı bir şey olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁷ **Eastern Sugar v. Czech Republic** davasında ve **Electrabel S.A. v. Hungary**¹⁰⁸ de benzer tartışmalar gündeme gelmiştir. Hakem mahkemesinin AB kurumlarının düzenlemelerinin hukuka uygunluğunu denetlemesi gerekmediği için mahkemenin yetkisine girecek bir durum olmadığı bu sebeple de sorun olmayacağını belirtmiştir.¹⁰⁹ Tahkim mahkemesi Adalet Divanı’nın (ABİA madde 344) üye ülkeler arasında AB hukukunun uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda münhasır yetkisi olduğunu ancak bu düzenlemenin diğer mahkeme ve tahkim mahkemelerinin AB hukukunu uygulamasını engellemediğini, AB hukukunun uluslararası ticarete verdiği önem düşünüldüğünde aksinin mümkün olmadığını belirtmiştir.¹¹⁰

Adalet Divanı’nın yaklaşımı ise farklı olmuştur.¹¹¹ **MOX Plant** davasında

¹⁰⁶ Adalet Divanı ve tahkim ilişkine ait tartışmanın ilk hali KARACAN’da yer almıştır, (s. 1441-1444). Ancak ilgili bölüme güncel gelişmeler ayrıca da konuya ilişkin 3 Görüş eklenmiştir. August REINISCH, *The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 6, s. 111-157; Mark A. CLODFELTER, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 7, s. 179-180.

¹⁰⁷ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, 282.

¹⁰⁸ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID ARB/07/19 (Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability 30 November 2012), ayrıca bakınız: Burger&Boccard, Karacan, s. 1443. ¹⁰⁹ 4.198.

¹¹⁰ 4.147. KARACAN, s. 1443.

¹¹¹ Bu bölümdeki tartışmaların bir bölümü ilk olarak Karacan çalışmasında ele alınılmış-

AB Komisyonu İrlanda'ya Adalet Divanı'nın münhasır yetkisine rağmen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine (*United Nations Convention on the Law of the Sea-UNCLOS*) dayanarak İngiltere'ye karşı tahkim mekanizmasını başlatarak AB hukuku yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçeyle dava açmıştır.¹¹² Aynı zamanda da UNCLOS Tahkim Mahkemesi'nin yetkisine itiraz etmiştir. UNCLOS Tahkim Mahkemesi itirazı haklı bulup Adalet Divanı karar verene kadar işlemleri durdurmuştur.¹¹³ Daha sonra İrlanda'nın iddiasını geri çekmesi sebebiyle tahkim incelemesi sona ermiştir.¹¹⁴ Adalet Divanı tahkime gidilerek üye ülkelerin Adalet Divanına gitme yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹¹⁵ Bu davanın önemi Adalet Divanı'nın uluslararası mahkeme ve tahkim ile yetkisi konusunu incelemiş olmasıdır.¹¹⁶ Ancak doktrinde *MOX Plant*¹¹⁷ davasında incelenen tahkimin devletlerarasındaki uyuşmazlığa ilişkin olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarındaki "yatırımcı-devlet" tahkiminin ise devlet ve yatırımcı arasında olması sebebiyle dava kapsamına girmeyeceği ileri sürülmüştür.¹¹⁸ Bu davalarda Adalet Divanı'nın AB hukuku konularında münhasır yetkili olması sebebiyle tahkime gidilmesinin AB hukukuna aykırı olduğu iddia edilmiştir. Tahkim Mahkemesi ise *MOX Plant* davasına da atıf yaparak ABİA madde 344'ün sadece üye ülke arasındaki uyuşmazlıklara uygulandığına bu sebeple de yatırımcı ve üye ülke arasındaki "yatırımcı-devlet" tahkimini kapsamadığına karar vermiştir.¹¹⁹

tır ancak ilgili bölüm güncel konular özellikle Adalet Divanı'nın Görüşleri de eklenerek genişletilmiştir, bakınız KARACAN, s. 1444.

¹¹² Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, [2006] ECR I-04635, Komisyonun Adalet Divanı'nın münhasır yetkisi olduğu iddiası 59-60; ayrıca bakınız: REINISCH.

¹¹³ Case C-459/03, 48.

¹¹⁴ LAVRANOS, *Epilogue*, s. 418.

¹¹⁵ Case C-459/03, 121-123, 136-137, 152-155, 169 ve 1. Karar. Ayrıca bakınız: Milos OLİK, David FYRBACH, *The Competence of Investment Arbitration Tribunals to seek Preliminary Rulings from European Courts*, Czech Yearbook of International Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802464

¹¹⁶ Bakınız: LAVRANOS, *Epilogue*.

¹¹⁷ Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, [2006] ECR I-04635.

¹¹⁸ CLODFELTER, s. 179, REINISCH s. 153. Konu ayrıca *Eureko v. The Slovak Republic* ve *Electrabel S.A. v. Hungary* davalarında ileri sürülmüştür.

¹¹⁹ Bakınız: Stephan BALTHASER, *Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in Eureko v. Slovakia*, posted on 28.08.2012, Kluwer Arbitration blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/28/investment-arbitration-under-intra-eu-bits-recent-developments-in-eureko-v-slovakia>

Adalet Divanı'nın ilgili Görüşleri incelendiğinde:

Görüş (Opinion) 1/92'de Avrupa Ekonomik Alanı (European Economic Area-EEA) kapsamında rekabete ilişkin düzenlemelerin AB ile yetki konusunda uyumu değerlendirilmiştir.

*“Mahkemeye Antlaşmayla verilen yetkiler ancak madde 236 da belirtilen yönteme uygun olarak değiştirilebilir. Ancak Topluluğun akdedeceği uluslararası antlaşmalarla mahkemeye Topluluk antlaşmalarında tasarlanmış fonksiyonlarının yapısını değiştirmeyecek yeni yetkiler bahşedebilir”*¹²⁰

...

*“uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin topluluğun otonom nitelikteki yasal düzenine olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır.”*¹²¹

Bu kararın “yatırımcı-devlet” tahkimi konusunda etkisine bakıldığında madde 344'ün üye ülkeler arasındaki uyuşmazlık için uygulandığından “yatırımcı-devlet” arasında sorun olmayacaktır.¹²²

Görüş (Opinion) 1/09'da Birleştirilmiş Patent Dava Sistemi'nin (*Unified Patent Litigation System*) AB antlaşma düzenlemeleriyle uyumlu olup olmadığı incelenmiştir.¹²³ Üçüncü ülkelerle akdedilen uluslararası antlaşmaların Adalet Divanına yeni yetkiler verebileceği belirtilmiştir¹²⁴

¹²⁰ Adalet Divanı Görüşleri tarafımca çevrilmiştir. Olası hatalar için metnin aslı dipnot olarak verilmiştir, “...the Powers conferred on the Court by the Treaty may be modified pursuant only to the procedure provided for in Article 236. However international agreements concluded by the Community may confer new Powers on the Court, provided that in so doing it does not change the nature of the function of the Court as conceived in the EEC Treaty”, 32.

¹²¹ “...settlement of disputes by arbitration is not liable adversely to affect the autonomy of the Community legal order”, 36

¹²² SCHILL, s. 384.

¹²³ 1, ayrıca bakınız: HERRMANN, s. 580-581.

¹²⁴ 75

“Eğer yetkinin esaslı karakterini güvence altına alan zaruri şartlar sağlanırsa AB yasal düzeninin otonomisine ilişkin herhangi bir olumsuz etki yoktur.”¹²⁵

Görüşe göre madde 267 topluluk düzenini muhafaza etmek için gereklidir.¹²⁶ Ayrıca, madde 267 Mahkeme ile ulusal mahkemeler arasında AB hukukunun doğru yorumlanıp, yeknesak yorumlanması konusunda ve yasal düzenin bireylere vermiş olduğu hakların korunması konusunda doğrudan işbirliğini sağlamaktadır.¹²⁷

“Bu sebeple AB'nin yasal çerçevesi ve kurumsal yapısı dışında başka bir uluslararası mahkemeye bireyler tarafından patent konusunda dava açabilme ve mahkemeye de AB hukukunun alanında uygulama ve yorumlama konusunda münhasır yetki verilmesi, üye ülke mahkemelerinin ön karar prosedürü ile Adalet Divanından AB hukukunun uygulanması ve yorumlanması, Mahkemenin de cevap verme konusundaki yetkisinden mahrum bırakacak, sonuç olarak AB hukukunun yapısını muhafaza etmek için zorunlu olan ve antlaşmayla AB kurumlarına ve üye ülkelere verilmiş yetkiye ilişkin temel karakteri değiştirecektir.”¹²⁸

Bu sebeple de öngörülen Patent Mahkemesi kurulmasına ilişkin antlaşma AB antlaşmalarına uygun bulunmamıştır. Yapılan bir Görüş değerlendirmesinde AB hukuk düzeninin otonomisi korunduğu sürece “yatırımcı-

¹²⁵ “...if indispensable conditions for safeguarding the essential character of those Powers are satisfied there is no adverse effect on the autonomy of the EU legal order”, 76.

¹²⁶ 83.

¹²⁷ “article 267 establishes direct cooperation between the court and the national courts in correct application and uniform interpretation of the EU law and also the protection of individual rights conferred by that legal order”, 84.

¹²⁸ “...by conferring on an international court which is outside the institutional and judicial framework of the European Union an exclusive jurisdiction to hear a significant number of actions brought by individuals in the field of the Community patent and to interpret and apply European Union law in that field, would deprive courts of Member States of their powers in relation to the interpretation and application of European Union law and the Court of its powers to reply, by preliminary ruling, to questions referred by those courts and, consequently, would alter the essential character of the powers which the Treaties confer on the institutions of the European Union and on the Member States and which are indispensable to the preservation of the very nature of European Union law.”, 89.

devlet” tahkim imkanı kapısının kapanmadığı ileri sürülmüştür.¹²⁹

Görüş (Opinion) 2/13’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı sağlayacak taslak antlaşmanın AB antlaşmalarıyla uyumu değerlendirilmiştir.¹³⁰ Yeni bir yasal düzen olduğu belirtilmiştir.¹³¹

“Adalet Divanı daha önce de düzenlemelerini yorumlamaktan sorumlu ve verdiği kararların Adalet Divanı dahil kurumları bağlayacak bir mahkeme kurulmasını sağlayan bir antlaşmanın prensip olarak AB hukukuna uygun olmadığını ifade etmiştir...”¹³²

...

“Adalet Divanı ayrıca uluslararası antlaşmalarının ancak yetkisinin esaslı karakterini güvence altına alan zaruri şartlar sağlanırsa yetkisini etkileyebileceğine ve sonuç olarak AB yasal düzeninin otonomisine ilişkin herhangi bir olumsuz etki olmadığını belirtmiştir”.¹³³

...

“Mahkeme istikrarlı olarak uluslararası antlaşmanın Antlaşmalarla belirlenmiş ve uyulması mahkeme tarafından sağlanan yetki dağılımını veya sonuç olarak AB yasal sisteminin otonomisini değiştiremeyeceği yönünde karar vermiştir.”¹³⁴

¹²⁹ BURGSTALLER, s. 564.

¹³⁰ Opinion of the Court, 18 December 2014, 1.

¹³¹ 158.

¹³² 182.

¹³³ “Nevertheless, the Court of Justice has also declared that an international agreement may affect its own powers only if the indispensable conditions for safeguarding the essential character of those powers are satisfied and, consequently, there is no adverse effect on the autonomy of the EU legal order”, 183.

¹³⁴ “The Court has consistently held that an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court.”, 201.

*“Bu ilke açık olarak ABİA madde 344’de korunmuştur, düzenlemeye göre üye ülke antlaşmaların uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlığı maddede belirtilen çözüm yönteminden başka yönteme başvurmayacağını taahhüt etmektedir”.*¹³⁵

Sonuç olarak, AB’nin sözleşmeye taraf olması AB hukuku açısından özellikle otonomi ve AB hukukunun önceliği ilkeleri açısından sorunlu bulunmuştur.¹³⁶

İncelenen davalarda genelde vurgulanan Adalet Divanı’nın AB hukukunu yorumlama konusundaki münhasır yetkisi ve bu konudaki ön karar prosedürüdür. Tahkim kararlarında vurgulanan tahkim mahkemesinin bu imkandan yararlanamaması ve ön karar prosedürüne başvuramaması sebebiyle Adalet Divanının AB hukukunu yorumlama konusunda rolünün gerçekleşemeyecek olması olmuştur. Bu sebeple Adalet Divanı’nın tahkim mahkemelerinin ABİA madde 267’¹³⁷ ye göre ön karar prosedürüne başvurabilmesi konusunda görüşünü değiştirmesini ileri sürülmüştür.¹³⁸

VI. Yatırım Mahkemesi Sistemi

Yukarı bölümde tartışıldığı üzere AB hukukuna özgü dinamikler sebebiyle özellikle iki AB üyesi arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmaları ve

¹³⁵ “That principle is notably enshrined in Article 344 TFEU, according to which Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”, 201.

¹³⁶ SCHILL, s. 379-388.

¹³⁷ “Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmalar’ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı’ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan’a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”

¹³⁸ BURGSTALLER, s. 565.

hem AB'nin hem de yeni çıkan İtalya hariç tüm AB üyesi ülkelerin taraf olduğu EŞA antlaşmasının AB hukuku ile uygulanabilirliği, özellikle “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin Adalet Divanı'nın yetkisi karşısında uygulanabilirliği çok tartışmalı konulardır. Konuya ilişkin yeni bir gelişme AB'nin yeni antlaşmalar için teklif ettiği yatırım mahkemesi sistemidir. “Yatırım Mahkemesi Sistemi” (İlk Derece Mahkemesi (Tribunal of First Instance) ve Temyiz Mahkemesinden (Appeal Tribunal)) oluşmaktadır. Bu sebeple de AB Komisyonunun da belirttiği gibi son YKTK'lar da “yatırımcı-devlet” tahkim mekanizması içermemektedir.

Ayrı bir çalışma konusu olabilecek Yatırım Mahkemesi Sistemi doktrinde eleştirilmektedir. Önerinin çözüm olmadığı ve aslında aksaklıkların dikkate alınıp mevcut sistemde değişiklik yapılabileceği ileri sürülmüştür. Konunun ulusal hukuk içinde ele alınması gerektiği, ulusal mahkemede sorun varsa uluslararası işbirliği ile onun üstüne gidilmesi gerektiği ve ulusal sistemin iyileştirilebileceği belirtilmiştir. Benzer şekilde ulusal mahkemelerin sürece daha çok dahil olması ileri sürülmüştür. Ayrıca benzer düzenlemelerin hem yabancı hem de AB vatandaşlarına sağlanabileceği savunulmuştur. Hem CETA hem de TTIP antlaşması ile çok tartışılan mahkeme sistemi konusunda tartışmalar devam etmeye devam edecek ancak bu süreçte de AB hukukuna özgü dinamiklerin dikkate alınması gerekecektir.

Sonuç

Çalışmada ele alındığı üzere günümüzde çok katmanlı yönetim sistemi yaygın bir durum halini almıştır. AB hukuku ve uluslararası yatırım hukuku ilişkisi ve doğuracağı sonuçlar önemlidir. AB hukukunun kendine özgü uluslarüstü yapısı ve üstünlüğü, ayrıca AB hukuku içinde Adalet Divanı'nın rolü yatırım tahkimi konusunda ilginç tartışmalara sebep olmaktadır. Bu çalışmada konu sadece AB üyesi ülkelerin kendi aralarındaki mevcut yatırım antlaşmaları ve EŞA açısından ele alınmış, konunun AB hukuku özelliklerinden kaynaklanan birçok boyutu olduğu ortaya konulmuştur. İlgili hakem kararları ve mahkeme kararları incelendiğinde alandaki gelişmelerin ve tartışmaların uluslararası yatırım hukukuna ek olarak özellikle AB hukuku dinamikleri ve Adalet Divanının bu konulardaki rolünün dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Achmea davası ile birlikte Adalet Divanı'nın vereceği karar tartişmalara ışık tutacaktır. TTIP antlaşmasında olduğu gibi AB'nin yeni görüşeceği yatırım antlaşmalarında konu tartişılmaya devam edecektir. Çalışmada konunun birçok boyutu ve aralarındaki etkileşim gösterilmek ve genel çerçeveyi belirlemek amacıyla ilgili konular genel hatlarıyla ele alınmıştır. Çalışma doktrinadaki boşlukta göz önünde bulundurulduğunda yeni çalışmalara vesile olmayı amaçlamaktadır.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- BAKLACI, Pınar; AKINTÜRK, Esen. *Enerji Şartı Antlaşması*, Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006, s. 97-113 (BAKLACI; AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması*)
- BAKLACI, Pınar; AKINTÜRK, Esen. *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 2, Aralık 2007, s. 305-345, (BAKLACI; AKINTÜRK, *Enerji Şartı Antlaşması Uyuşmazlık*)
- BALTHASER, Stephan. *Investment arbitration under intra-EU BITs: Recent developments in Eureko v. Slovakia*, posted on 28.08.2012, Kluwer Arbitration blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/28/investment-arbitration-under-intra-eu-bits-recent-developments-in-eureko-v-slovakia>
- BRONCKERS, Marco. *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements*, Journal of International Economic Law, 2015, 18, s. 655-677
- BUNGENBERG, Marc. *From: EU Commission, Upgrading the EU Investment Policy*, Note of 30 May 2006 for the attention of the 133 Committee, Brussels.
- BURGER, Laurence; Perreard de BOCCARD, *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*, 17.12.2012, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/> (BURGER; BOCCARD)
- BURGSTALLER, Markus. *Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 551-569 (BURGSTALLER, *Dispute Settlement*)
- BURGSTALLER, Markus. *Enforcement of Intra-EU ECT Arbitral Awards in the EU*, Conference: 'The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty', 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London (BURGSTALLER, *Enforcement*)
- BURGSTALLER, Markus. *The Future of Bilateral Treaties of EU Member States*, edited Bungenberg; Griebel; Hindelang, International In-

- vestment Law, European Yearbook of International Economic Law, Springer 2011 (BURGSTALLER, *Future of Bilateral*)
- CLODFELTER, Mark A. *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 7, s. 179-180
- HERRMANN, Christoph. *The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy*, The Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, s. 570-584
- KARACAN, Pınar. *Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Anlaşmaları*, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan-Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1421-1456 (KARACAN, *Lizbon Andlaşması*)
- KARACAN, Pınar. *Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı*, Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 1015 (KARACAN, *Uluslararası Ticaret*)
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Investment Protection and EU Law: The Intra and Extra Dimension of the Energy Charter Treaty*, Journal of International Economic Law, 2012, 15 (1), s. 85-109 (KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection*)
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. *The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future-From a European Law Perspective*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2011, (Working Paper) (KLEINHEISTERKAMP, *Next 10 Year*)
- LAVRANOS, Nikolaos. *The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings*, European Energy and Environmental Law Review June 2009, s.180-184 (LAVRANOS, *Epilogue*)
- LAVRANOS, Nikos. *Interference of Commission in Enforcement of Arbitral Awards: The Micula Case*, Global Investment Protection, 5/11/2014, <http://www.globalinvestmentprotection.com/index.php/interference-of-the-european-commission-in-the-enforcement-of-arbitration-awards-the-micula-case/>, (LAVRANOS, *Interference*)
- LESTER, Simon. *Rethinking the International Investment Law System*, Journal of World Trade, 49, No 2, 2015, s. 211-221
- NEMECKOVA, Petra. *The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law*, Conference: 'The EU and Investment Arbitration under

the Energy Charter Treaty’, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

OLIK, Milos.; FYRBACH, David. *The Competence of Investment Arbitration Tribunals to seek Preliminary Rulings from European Courts*, Czech Yearbook of International Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802464

PETERSON, Luke Eric; HEPBURN, Jarrod. *Recent Post-Award Developments in the Micula v. Romania I Case*, Sep 10, 2015, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *Breaking: Controversial Arbitral Award Against Romania Is Upheld, Thus Affirming \$250+ Million Compensation For Micula Brothers*, Feb 26, 2016, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *European Commission’s Arguments Before Micula Annulment Committee Are Dismissed, But E.C. Says That Its Non-Enforceability Arguments Are Gaining Purchase In Member-State Courts*, Feb 28, 2016, Investment Arbitration Reporter

PETERSON, Luke Eric. *European Court of Justice is (Finally) Invited to Weigh In on Compatibility of Intra- EU Bilateral Investment Treaties And EU Law*, May 10, 2016, International Arbitration Reporter

REINISCH, August. *The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, Santa Clara Journal of International Law, V.12, Issue 1, Article 6, s. 111-157

REYNOLDS, Paul. Master Thesis, *The EU’s New Trade Policy and the Doctrine of Direct Effect: The Final Crossroads?*, Tilburg University Master of International and European Law July 2012, Supervisor Dr. A. Dimopoulos, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127439>

SCHILL, Stephen W. (eds.). *Opinion 2/13-The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, The Journal of World Investment and Trade, 16, 2015, s. 379-388

TIETJE, Christian; WACKERNAGEL, Clemens. *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards, Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, The Journal of World Investment & Trade, 16, 2015, s. 205-247 (TIETJE; WACKERNAGEL)

TIETJE, Christian. *The Applicability of ECT in Intra-EU Disputes, Conference: ‘The EU and Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty*, 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

Von KRAUSE, Christophe. *The European Commission's Opposition to Intra-EU BITs And Its Impact on Investment Arbitration*, Posted: 28 Sep 2010, Kluwer Arbitration Blog <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>

VON PAPP, Konstanze. *The principle of autonomy of EU law and its implications for intra-EU disputes under the ECT*, Conference: 'The EU and investment arbitration under the Energy Charter Treaty', 11 & 12 February 2016, at Queen Mary University of London

ZERHDOUD, Badr. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, s. 1042-1052

TANIMA VE TENFİZ KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL QUALIFICATION OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT DECISIONS

Arş. Gör. / Res. Asst., Ali ÖNAL*

Öz

Yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen mahkeme kararları tanıma ve tenfiz sürecinden geçirilmek suretiyle bir başka ülkede kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olur. Ancak yabancı mahkemede verilen kararın tanıma ve tenfiz sürecinde nitelendirilmesi önemlidir. Zira tanıma ve tenfize ilişkin talebin istemi sürecinde yapılan yargılama faaliyetinde yargılamanın usulü, talebin çekişmeli yoksa çekişmesiz olarak mı ileri sürüleceği, tarafların mahkemeye katılımı, tanıma ve tenfiz isteminin kimler tarafından isteneceği, ispat ve delillerin ne şekilde mahkemede ileri sürüleceği ve nihayet verilen kararın kanun yolu bakımından değerlendirilmesi tanıma ve tenfiz taleplerinin niteliği ile doğrudan ilişkilidir. Bu çalışma esas olarak tanıma ve tenfiz talepleri bakımından belirtilen değerlendirmelerin yapılması amacıyla kaleme alınmıştır.

Abstract

The court decisions made by the foreign state court shall be the effective in another country as final judgment and final evidence by means of being undergone a process of the recognition and enforcement decisions. However, it is important that the court decision taken in the foreign court should be described in the process of recognition and enforcement. Likewise, in the process of demand concerning the recognition and enforcement; The judging proceeding, whether demand is to be claimed as controversially, the participation of parties in the court, by whom the demand of recognition and enforcement will be requested, in what way the proof and evidences will be submitted in the court and finally, the evaluation of the court decision in terms of the legal remedy, are directly related to the qualification of recognition and enforcement demands. This study, fundamentally, was performed in order that the mentioned assessments can be carried out in terms of the recognition and enforcement demands.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir, Türkiye, ali_onal@anadolu.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 11.04.2017; Makale Kabul Tarihi: 08.11.2017.

*** Makale konusu hakkında fikirlerini, eleştiri ve görüşlerini benimle paylaşan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku ABD Öğretim Üyesi Yard. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU'ya teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Anahtar Kelimeler: *Tanıma, Tenfiz, Çekişmeli yargı, Çekişmesiz yargı, İspat, Deliller.*

Keywords: *Recognition, Execution, Adversarial proceedings, Ex Parte proceedings, Evidence, Proof.*

I. Genel Olarak

Yargılama yetkisi, her devletin egemenliğinin bir uzantısı olarak var olan ve devletleri devlet yapan mekanizmadır. Her devlet kendi ülkesinin hukuk kuralları ve usûl hukuku içerisinde yargılama yapar. Devletlerin kendi kurallarınca vermiş olduğu kararlar birden çok devlette uygulama alanına sahip olabilir. Başkaca bir devletin mahkemesinin vermiş olduğu kararların, bir diğer devlette uygulanması için, uygulanması istenen devletin iç hukukunca değerlendirilmiş, bir diğer ifade ile uygulanması istenen devletin iç hukukunca onaylanmış olması gereklidir¹. Söz konusu hâl günümüze kadar yazarlar ve doktrinca epeyce tartışılmış ve günümüzde Türk hukukunda tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir². Yabancı mahkemelerden alınmış mahkeme kararlarına dayanarak, Türk hukukunda kesin hüküm niteliğine haiz bir karar oluşturulabilmesi için bir Türk Mahkemesi'nin ilgili kararı tanınması veya tenfiz etmesi gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 50. maddesinde “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır*”, şeklinde düzenlenirken, 58. maddesi “*Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığıнын mahkemece tespitine bağlıdır*”, hükmünde ifade edilmiştir.

Tanıma ve tenfiz kararlarının niteliği gereği yabancı mahkemede karar verilmesi sonrasında, kararın doğru veya yanlış verildiğinin incelemesi Türk mahkemelerinde yapılamayacaktır (*revision yasağı*)³. Yabancı mahkeme

¹ O. Fazıl BERKİ, *Devletler Hususi Hukuku*, C. II, 4. Bası, Ankara, 1961, s. 353.

² Tartışmalar için bkz. BERKİ, 353; Tuğrul ARAT, *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-4, Ankara, 1961, s. 422; Işık NAZİKİOĞLU, *Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3 - 4, 1950, s. 468; Sabri Şakir ANSAY, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara, 1960, s. 342.

³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2012 yılında verdiği bir kararda revizyon yasağının Türk hukukunda da kabul edildiğini ortaya koymuştur. Buna göre: “*Tenfiz*

kararının Türk mahkemesince incelenmesi, Kanun'da belirtilen şartlar içinde olacaktır. Şu halde Türk mahkemelerinde verilen tanıma ve tenfiz kararının niteliğinin ne olduğu tartışılmalıdır. Bu noktada ileride etraflıca değinileceği üzere doktrinde tanıma ve tenfiz taleplerinin tespit, eda ve nihayet yenilik doğuran kararlara konu olduklarına dair tespitler ileri sürülmüştür⁴.

MÖHUK m. 50 ve devamı hükümlerinde kanun koyucu tanıma ve tenfiz talepleri için özellikle “*karar*” ifadesinin kullanmaktadır. Söz konusu ifade tesadüfen kullanılmış değildir. İfadenin mefhumu muhalifinden anlaşıldığı üzere, tanıma ve tenfiz taleplerinin incelemesi sonucunda mahkemenin verdiği kararın hukuki niteliği, hükmün hukuki niteliğinden farklılık arz edecektir. Uygulamada sıkça kullanılan “*tanıma ve tenfiz davası*”, “*tanıma ve tenfiz davası davacı-davalı tarafı*” ifadesi, Kanun'da kullanılan ifadeyi karşılamamaktadır. Zira dava, çekişmeli yargıyı, davacı-davalının olduğu, içinde uyuşmazlığı barındıran bir hukuki ifadedir. Türk mahkemeleri de madem ki *revision* yasağının bir sonucu olarak kararın esasına dair inceleme yapamayacaktır, o halde tanıma ve tenfiz talebinin hukuki niteliği ne anlama gelmektedir? Tanıma ve tenfiz talepleri “*talep*” midir, “*dava*” mıdır? Öte yandan çekişmesiz yargı kararları, bir hüküm müdür, yoksa karar mıdır? Yine bu doğrultuda ve tüm bunların sonucu olarak değerlendirildiğinde tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargıya mı yoksa çekişmeli yargıya mı ait bir husus olduğunun tartışılması gerekmektedir. Yargılamada ve hatta

hâkiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasak çerçevesinde, tenfiz hâkiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz. İlamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Anayasanın 141. maddesinin yargılama usulüne ilişkin olarak koyduğu ilkelerin, münhasıran Türk Mahkemeleri için geçerli olacağı açık ve tartışmasızdır. Yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, kamu düzenine aykırı sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir. Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına karar verilmiştir.” Y. İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012 (Kazancı İçtihat Programları, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 26.10.2016).

⁴ Farklı görüşler için bkz. Aysel, ÇELİKEL/ B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, 2016, s. 661 vd.; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 204 vd.; Cemal ŞANLI/ Emre ESEN/ İnci FİGANMEŞE-ATAMAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 490 vd.; Pelin GÜVEN, *Tanıma-Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2013, s. 51 vd.; Musa AYGÜL, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C: 31, S: 2, 2011, s. 93.

hukuk kitaplarında tanıma ve tenfiz talepleri hakkında kullanılan *dava, karar, hüküm* ifadelerinin işlemin esası bakımından ve uygulama açısından kanun yoluna başvuru noktasında, önem arz ettiği söylenebilir. Zira çekişmeli yargı yoluna dair kararlar, şartları sağlaması durumunda temyiz kanun yoluna başvurulabilecek kararlar iken; çekişmesiz yargı kararları yalnızca istinaf kanun yoluna dâhil olacaktır. Öte yandan hukukçuların kavramlara, kanunlara, kurallara hâkim olma ve doğru ifadeleri doğru şekillerde kullanma borcu bulunmaktadır. Bu nedenle tanıma ve taleplerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, bu çalışmanın esas konusu olmaktadır.

Yabancı bir mahkemeden⁵ verilen ilam niteliğinde kararın Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfiz edilmesi bakımından gereken şartlar MÖHUK'te düzenlemiştir. Belirtilen şartlar ön şartlar ve asli şartlar olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucunun tenfiz şartları olarak belirlediği bu durum, tanıma için de geçerlidir⁶. Tanımaya ilişkin Türk mahkemelerinde bir karar verilmesi için tanıma kararının tenfiz şartlarını yerine getirmesi gerekmektedir. Yine mahkemelerinin görevleri, yetkisi, yargılama usulü ve itirazlar gibi hususlar MÖHUK'te açıkça belirtilmiştir. Çalışmamızda kanunda verilen ipuçları değerlendirilerek bir sonuca varılması hedeflenmektedir.

II. Tanıma ve Tenfiz Kararlarında Görevli Ve Yetkili Mahkeme

A. Görevli Mahkeme

Tanıma ve tenfiz taleplerinde görev ve yetki konusu özel kanun olarak MÖHUK çerçevesinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 51'de⁷ tanıma ve tenfizde görevli mahkemelerin asliye⁸ mahkemeleri olduğu, yetkinin ise öncelikle kendisine karşı tenfiz istenen tarafın yerleşim yeri olduğu şek-

⁵ Yabancılık unsuru hakkında bkz. Mesut AYGÜN, *Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066.

⁶ Tenfize ilişkin şartlarda geçerli olan *karşılıklılık* şartı tanıma için geçerli değildir.

⁷ Madde 51 - "(1) Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir. (2) Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sakın olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.

⁸ HMK m. 2/2 de "...diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir" denilerek MÖHUK'un ilgili düzenlemesi saklı tutulmuştur. Ancak MÖHUK m. 51/1 asliye mahkemesi demekle, ilgili davaların sulh hukuk mahkemelerinde görülemeyeceğini belirtmektedir.

linde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu noktada özellikle *asliye mahkemeleri* ifadesini kullanmıştır⁹. Önceleri asliye mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemelerini içine alan geniş bir görevli mahkeme sıfatı tayin edildiği anlayışı hâkimken, özellikle asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki görev ilişkisini düzenleyen 6335 sayılı Kanunun¹⁰ 2. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir¹¹. Şu halde iki mahkeme arasında iş bölümü ilişkisi sona ermiş, görev ilişkisi başlamıştır. Bu durumun pratik sonucu ise iflas davaları bakımından verilmiş olan yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiz talebinin asliye ticaret mahkemelerince verilmesi örneğinde görülmektedir. Öyleyse yabancı mahkemece verilen iflas kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında asliye hukuk mahkemelerinde açılan davalar, görev ilişkisinin kanundan kaynaklanan, kamu düzeni ilişkisi olması nedeniyle mahkemece yargılamanın her aşamasında gündeme getirilebilecek ve görevsizlik kararı verilebilecektir¹².

Uygulamadan kaynaklanan bazı hallerde ise özel ihtisas mahkemele-

⁹ EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Tanıma ve Tenfiz), İstanbul, 2013, s. 37.

¹⁰ 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz. R.G. 30.06.2012, S. 28339.

¹¹ Söz konusu düzenleme ile doktrinde yapılan esaslı bir tartışma da sona ermiştir. İş bölümü bakımından, Türk hukukuna göre ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıkların tenfizine ilişkin davaların hangi mahkemelerce görüleceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttu. İlk görüş ticari davalara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin taleplerin ticaret mahkemelerince görülmesi gerektiği yönündeydi (KURU, s. 5794; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 805). Karşı görüş ise tenfiz davalarında dava konusunun, ticari bir uyuşmazlığın görülmesi olmayıp, şekli bir değerlendirmeye yabancı kararın tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığının tespiti olduğundan hareketle, yukarıdaki görüşe karşı çıkmakta ve bu taleplerin asliye hukuk mahkemelerince karara bağlanması gerektiğini belirtmekteydi (Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (Ticari Akitler), 6. Bası, İstanbul, 2016, s.192-193; Cemal ŞANLI, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak "Karar ve İlam Harcı"na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde "Görevli Mahkeme"ye İlişkin Bazı Sorunlar* (Sorunlar), İBD, C. 69, S. 10-12, 1993, s. 766 vd.).

¹² Benzer görüş için bkz. ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 208-209; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 492-493 (DHH); Ali ÖNAL, *Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2881-2907.

rinin görevli olup olmadığı sorunu kendini göstermektedir. Nitekim aile mahkemeleri için konu Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da¹³ m. 4/2'de düzenlenmiştir. MÖHUK'a göre konusu aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davaları aile mahkemelerince görülecektir¹⁴. Bu konuda verilen yakın tarihli bir Yargıtay kararında görev sorunu kesin olarak çözülmüştür. Buna göre “4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabı ile 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun kapsamındaki aile hukukundan doğan dava ve işler Aile Mahkemesinde görülür. Davada, nafaka ile ilgili yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi (yerine getirilmesi, infaz edilmesi) talep edilmektedir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca ileri sürülmesine bile, mahkemece re'sen nazara alınması gerekmektedir. Bu durumda davanın genel hükümlere tabi bir dava niteliğinde olmayıp, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 1. maddesi ile 4. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ile davanın Aile Mahkemelerinin görevi dahilinde olduğu anlaşıldığından, mahkemece; görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”¹⁵. şeklinde karar verilerek aile hukukundan kaynaklanan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi noktasında aile mahkemelerinin kesin olarak, kamu düzeninden kaynaklı görevli oldukları kararı verilmiştir.

¹³ R.G. 18.01.2003, S. 24997.

¹⁴ Yargıtay 2. HD. T. 24.5.2011 E. 20342, K. 9075: “...Şu halde Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. (HGK. 16.11.2005 tarih ve 2/673-617 sayılı kararı) Bu açıklamalar karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı ise de; karar kesinleşmiş olduğundan bu husus bozma sebebi yapılmamış yanlışlığa işaret olunmakla yetinilmiştir...”. (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Programı, www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 26.10.2016). Öte yandan benzer görüş için bkz. Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 1996. Burak HUYSAL, *Burak, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 32, S. 1, 2012, s. 74; Nuray EKŞİ, *Yabancı Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabileceğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi* (Karar Değerlendirmesi), Milletlerarası Hukuk Bülteni, C: 32, S: 1. 2012, s. 34.

¹⁵ Yargıtay 3. H.D. E. 2013/15673 K. 2014/233 T. 14.1.2014.

İş hukukundan kaynaklanan yabancı devlet mahkemelerinde verilen kararların Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizi bakımından asliye hukuk mahkemelerinin mi yoksa, iş mahkemelerinin mi görevli olduğu sorunu uzunca bir müddet mahkemelerin gündemini meşgul etmiştir. Eski tarihli bir Yargıtay kararında *farklı bir usulün uygulanmasının iş mahkemelerinin asliye mahkemesi olduğu esasını değiştirmeyeceğini belirterek, iş hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında iş mahkemelerinin görevli olduğuna* karar vermiştir¹⁶. Ancak 2000’li yıllara gelindiğinde verilmiş olan bir kararda, ilgili daire görüş değiştirmiştir. Buna göre, “*Davacı hizmet akdi ile yurt dışında davalıya ait işyerinde çalıştığını belirterek, işçilik alacaklarının hüküm altına alındığı yabancı mahkeme ilamının Milletlerarası Özel Hukuku Usulü Kanunu’nun 38 ve devamı maddeleri uyarınca tenfizine karar verilmesini talep etmiştir...Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu’nun 35. maddesine göre “tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.”; “Tenfizi istenen ilam Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesince verildiğinden, istemin de Asliye Hukuk Mahkemesince çözümlenmesi gerekir. Uyuşmazlığın İş Mahkemesinde görülmesi mümkün olmadığından, görevsizlik kararı verilmesi gerekir”* şeklindedir¹⁷.

Tanıma ve tenfiz taleplerinde görevli mahkemenin tespit edilmesi bakımından önem arz eden ve uygulamada sorun yaratan bir diğer alan da ticaret hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Asliye mahkemeleri ifadesindeki iş bölümü ilişkisinin sona ererek, görev ilişkisi olarak nitelendirilmesi sonrasında ticari ilişkilerden kaynaklanan tanıma ve tenfiz taleplerinin asliye hukuk mahkemesinin mi yoksa asliye ticaret mahkemesinin mi görev alanına girdiği tartışılmıştır. 6100 sayılı HMK’nın 5/2. maddesine göre; bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4. madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere bu mahkemede bakılır. Bu hükme göre asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde olmakla birlikte 6102 sayılı TTK’nın 4. maddesi gereğince ticari dava sayılan hallerde ticaret

¹⁶ Yargıtay 9. H.D. 09.12.1991, 13625 E., 15885 K., Karar için bkz. Ergin NOMER, *Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu*, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, (Yargıtay Kararları), s. 705.

¹⁷ Yargıtay 9. H.D. 04.03.2002, 3932 E., 3194 K. (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Programı, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.10.2016). Kararlar ve değerlendirme için bkz. HUYSAL, s. 74.

mahkemesi görevli olacaktır. Nitekim Yargıtay 15. HD. vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında “*Somut olayda taraflar tacir olup tanıma ve tenfizi istenen karar da tarafların ticari işletmesi ile ilgili olduğundan açılan dava ticaret mahkemesinin görevine giren ticari davadır. Mahkemece davaya bakılması gerektiği halde yukarıdaki açıklanan kurallara aykırı olarak asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik nedeni ile dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.*” şeklinde karar vermiştir¹⁸.

Daha yakın tarihli Yargıtay 11. HD. kararında ise yabancı mahkeme tarafından verilen kararın masraf ve gider tespitine ve tenfizine karar verilmesi hakkındaki bir talep hakkında, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanunu’nun 51/(2). maddesi “*Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.*” hükmünü, 6102 sayılı TTK’nun 5/3. maddesi de “*Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.*” hükmünü haizdir. *Somut olayda, yabancı mahkemece davacının davalı şirketin ortağı olmadığı, davacıdan her an istendiğinde geri verileceği inancıyla para tahsil edildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş olup, iddianın ileri sürülüşü ve mahkemenin kabulü dikkate alındığında dava haksız fiile dayalı tazminat istemine ilişkin olduğuna ve yabancı mahkemenin bu davaya ilişkin masraf tespit kararının tenfizi istendiğine göre, davaya bakmakla asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Mahkemece yazılı gerekçeyle davaya bakmakla Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.*” şeklinde karar vermiştir¹⁹.

Yargıtay tarafından verilen farklı kararlara ilişkin verilecek bir diğer örnek de Yargıtay HGK tarafından verilen yakın tarihli bir içtihatır. Ticari ilişkilere dair kararların tanınması ve tenfizine dair verilen kararda, “*Aynı Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca da; dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm “ticari davalar” ile*

¹⁸ Yargıtay 15. HD. E. 2015/5244 K. 2015/6250 T. 8.12.2015. Kazancı İçtihat Programı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/15hd-2015-5244.htm>>, Erişim Tarihi: 12.02.2017.

¹⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2016/6895 K. 2016/7320 T. 19.9.2016. Kazancı İçtihat Programı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-6895.htm>>, Erişim Tarihi: 12.02.2017.

ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. 6102 Sayılı TTK'nun getirdiği yenilik uyarınca, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki artık görev ilişkisi olup, bu durumda göreve dair usul hükümleri uygulanacaktır (6102 Sayılı TTK, m. 5/3). Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ticari satım sözleşmesinden kaynaklandığı hususunda bir tereddüt bulunmamakta olup, tacir olan taraflar arasındaki buğday alım-satımı konusundaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için verilen yabancı hakem kararının tenfizine karar vermekle görevli mahkeme yukarıda açıklanan mevzuat uyarınca asliye ticaret mahkemesidir. O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” şeklinde²⁰. Görüldüğü üzere Hukuk Genel Kurulu verdiği kararda ticari ilişkiden kaynaklanan yabancı mahkeme kararlarının görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmektedir.

Yine geçmişte Yargıtay'ın geçmişte ihtisas mahkemelerinin görevi konusunda vermiş olduğu bir kararında *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda* mahkemelerince verilen ve fikri mülkiyet hukukuna dâhil olan bir dava hakkında verilen kararın tenfiz istemini Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde açmış, ilgili Yargıtay hukuk dairesi de birçok yönden kararı ele almış; ancak, görev incelemesi yapmamak suretiyle ihtisas mahkemesi tenfiz kararını onamıştır²¹.

²⁰ Kazancı İçtihat Programı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2014-19-1090.htm>>, Erişim Tarihi: 12.02.2017.

²¹ Yargıtay 11. HD. E. 2007/1335, K. 2007/3808, T. 02.03.2007, “*Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve tenfizi istenen kararın verildiği İngiltere Kraliyet Mahkemesi'nde yapılan yargılamada, dava dilekçesinin davalılara tebliğ edilip savunma hakkı tanındığı, davalıların avukatları aracılığı ile sundukları savunmalarının mahkemece değerlendirildiği ve böylece davada taraf teşkilinin sağlandığının anlaşılması, İngiltere ile Türkiye arasında mahkeme ilamlarının karşılıklı tanıma ve tenfizi konusunda bir anlaşma veya fiili uygulama bulunmamasıyla birlikte, İngiltere'de yabancı mahkeme kararına dayanılarak yeniden dava açılabilirdiği, bu davada uyuşmazlığın esasının incelenmeyip Türk mahkemesi hükmünün taraflara tebliğ edildiğinin ve savunma olanağı tanındığının ispatının arandığı, buna karşılık iddianın esasla ilgili olmayıp usuli aykırılıklar hakkında olabileceğinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 14.09.2004 gün ve 63457 sayılı cevabi yazısından anlaşılması olup, böylece İngiltere ve Türkiye arasında hukuki mütakabiliyetin gerçekleştiğinin anlaşılması bulunmasına, tenfizi istenen hükmün Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş ve Türk kamu düzenine açıkça aykırılığın sözkonusu olmamasına, bu durumda MÖHUK'nun 37 ve 38. maddelerinde öngörülen tenfiz koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olduğunun an-*

Farklı hukuki uyuşmazlıklar hakkında yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların tanınması ve tenfizi konusunda mahkemelere ilişkin görev ilişkisi çoğu zaman ne şekilde hareket edileceği belirsiz olan bir sorun meydana getirmiştir. Bilindiği üzere görev kamu düzenine ilişkindir ve kanunla düzenlenir. Bu doğrultuda kanunda açıkça düzenlenen bir durumda, kanunda gösterilenden başkaca bir mahkemede dava açılmaz, açılırsa davanın her aşamasında görevsizlik kararı verilir. Ancak kanunda düzenlenmeyen konularda tanıma ve tenfize ilişkin görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi mi, yoksa ihtisas mahkemelerinin alanına girdiği hususunda Yargıtay Büyük Hukuk Genel Kurulu'nun iş bölümüne ilişkin aldığı kararlar içinde güncel kararı mevcuttur. Yargıtay Büyük Hukuk Genel Kurulu'nun 2016/1 sayılı²² kararına göre; “*Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi istemli davalar sonucu verilen kararlar ile hakemlerce ve hakemlere ilişkin her türlü işlerle ilgili hüküm ve kararların incelenmesi, esas davaya ait hükmü incelemekle görevli daire tarafından yapılır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Şu halde asliye hukuk mahkemeleri dışında, ihtisas mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin, ilgili ihtisas mahkemesi olacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın kararları ile Yargıtay Büyük Hukuk Genel Kurulu'nun, tanıma ve tenfiz taleplerinde görevli mahkemeler konusu hakkında MÖHUK'ta belirtilen asliye mahkemelerinin dışında ihtisas mahkemelerini görevli kabul etmesi doğru değildir. Zira, tanıma ve tenfiz kararları en başta belirttiğimiz gibi esastan incelenemeyen, yabancı mahkemenin vermiş olduğu kararın Türk hukukunda, özellikle MÖHUK'ta belirtilen şartları haiz şekilde verilip verilmediğini denetleyen ve şekli bir inceleme yapılması amacıyla sunulan taleplerdir. Şu halde tanıma ve tenfiz taleplerinin, belli bir alanda uzmanlaşması amacıyla kurulmuş ve salt uzmanlık alanlarında karar vermek üzere hareket eden ihtisas mahkemelerinde görülmesi gereken bir durum söz konusu değildir. Örneğin, yabancı mahkemenin kararına konu olan hukuki uyuşmazlık ticari sahada dâhi olsa, Türk mahkemesinde kararın ticari bir yönü incelenmeyeceği için, kanunda görevli asliye hukuk mahkemesince inceleme yapılmasında herhangi bir hukuki sorun bulunmamaktadır.

laşılmış olmasına göre, davalı K. Dış Ticaret ve Tekstil San. Ltd. Şti. vekilinin HUMK'nın 440. maddesinde belirtilen nedenlerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme talebinin reddi gerekir.” Bkz. GÜVEN, s. 191.

²² Yargıtay Büyük Hukuk Genel Kurulu, S. 2016/1, T. 12.02.2016, Yargıtay, <<https://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/565>>, Erişim Tarihi: 12.02.2017.

O halde gerek kanuni düzenlemeler gerek Yargıtay kararlarının tanıma ve tenfiz taleplerine ihtisas mahkemelerince değerlendirilmesi hususu, *revision* yasağını kaldırmak amacıyla hareket edildiği görünümü yaratmaktadır. Bu durum da görev gibi kanunla düzenlenmesi gereken ve kamu düzeni teşkil eden bir hususun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır²³.

Görevli bir mahkemede açılmış olan davada, tanıma talebinin ileri sürülüp sürülemediği noktasını belirtmekte fayda vardır. Tanımanın hukuki niteliği gereği, tanıma kararı sonrasında icrası gereken bir karar olmadığı, bir diğer ifade ile yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığı mahkemece tespitine bağlı olması nedeniyle, tenfizden²⁴ farklı olarak sürmekte olan bir davada tanıma talebinin ileri sürülebileceği ifade edilmektedir²⁵. Türk mahkemesinde görülmekte olan bir dava içinde yabancı mahkeme kararının kesin hükmünün olumlu ya da olumsuz etkisinden faydalanmak için yabancı mahkemede verilen kararın “*kesin hüküm itirazı*” olarak ileri sürülmesi mümkündür²⁶. Bu durumda mahkeme görülmekte olan dava içinde yabancı mahkeme kararını “*ön sorun*” olarak tanır²⁷. Türkiye’de açılmış bir

²³ Aynı yönde görüş için bkz. ŞANLI, *sorunlar*, 767-768; ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 233.

²⁴ Yargıtay 2.H.D. 11.11.2002, E.11305/K.12116 sayılı kararında, “*Davalının Dortmund mahkemesi kararının tanınması konusunda harcı verilerek açılmış bir davası veya karşılık davası bulunmamaktadır. Yabancı mahkeme ilamının kesin hüküm veya kesin delil olarak kabul edilebilmesi için yabancı mahkeme ilamının tenfiz şartlarını taşıdığı mahkemece tespitine bağlıdır. Bu ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (MÖHUK m. 34,42). O halde kesin hükmün varlığından söz edilemez. Mahkemece yapılacak iş taraf delillerini sorup, toplamak, sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*” şeklindedir (Ali İhsan ÖZÜGÜR, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Sözleşmeler ve İlgili Mevzuat*, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2008, s.1291).

²⁵ GÜVEN, s. 176.

²⁶ Ebru ŞENSÖZ, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Yayımlanmamış doktora tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 80 vd.; Doktrininde Şanlı, “*Tanıma, müstakil bir davaya konu yapılan kararın kesin hüküm kuvvetinin tanınması veya görülmekte olan davada kesin delil olarak tanınması şeklinde olur*” demektedir. Cemal ŞANLI, *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Velayet), MHB 1996, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, Çocuk Hakları ve Çocukların Korunmasına İlişkin Ağırıklı Sayı, s. 72.

²⁷ Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara, 2001, s. 140; Ahmet Gündüz ÖKÇÜN, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 1967, s. 132-134; Ata SAKMAR, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, (Boşanma) 1972, s. 242-245; TİRYAKİOĞLU, s. 101; ÖZBAKAN, s. 138. İsviçre hukukunda da,

davada, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm veya kesin delil teşkil etmek üzere tanıma şartlarının mevcudiyetinin tespit edilmesi, yani tanıma işlemi asıl dava bakımından bekletici mesele teşkil etmektedir. Türkiye’de görülmekte olan bir davada yabancı ilama dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulması veya kesin delil kuvvetinin ileri sürülmesi halinde, esas davayı görmekte olan bu mahkeme, öncelikle, yabancı ilamın tanıma şartlarını tespit etmek durumundadır²⁸. Görülmekte olan davaya mahkeme, dava dosyasına kesin hüküm itirazı veya kesin delil olarak ibraz edilen ve tanınması talep edilen, yabancı ilamın tanıma şartlarını taşıyıp taşımadığını görev ve yetki bakımından kendisi araştırmalıdır²⁹.

Nihayet, kural olarak çekişmesiz yargıda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemeleridir (*HMK m. 383*). Ancak bu durum kanunda özel olarak istisnai bir durumun var olmaması durumunda geçerlidir. Bir diğer ifade ile kanunda sulh hukuk mahkemelerinin dışında asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu, çekişmesiz yargı talepleri olabilir. Bu taleplerin en önemlisi de konumuz bakımından ele alınan tanıma ve tenfiz talepleridir. Tanıma ve tenfiz taleplerinde görevli mahkeme asliye mahkemeleridir. Bu durum tanıma ve tenfiz taleplerinin kural olarak çekişmesiz yargı kararı olması özelliğini etkilememektedir³⁰.

B. Yetki Bakımından

Tanıma ve tenfiz kararları bakımından yetki sorunu incelendiğinde, MÖHUK 51/2 uyarınca tanıma ve tenfiz talepleri bakımından yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye’de yerleşim yeri veya sâkin olduğu

görülmekte olan davada yabancı karar kesin hüküm itirazı veya kesin delil olarak (*res judicata*) ileri sürülebilir ve tanınması talep edilebilir. ŞENSÖZ, s. 81.

²⁸ ŞENSÖZ, s. 82.

²⁹ Türk mahkemelerinde görülen özellikle boşanma ve miras davaları bakımından, yabancı mahkemede alınan kararların tanınmasının aynı davada talep edilmesi pratik açıdan faydalıdır. Zira görev ve yetki konusunu asıl mahkeme inceleyeceğine göre görev ve yetki uyumsuzluğu ile karşılaşılacak olan hâl bu durumdur. Türk mahkemelerinde aile hukukuna ilişkin olarak eşin nafaka davası açması durumunda, diğer eşin yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının tanınmasını isteyerek, evliliğin sona ermesi nedeniyle nafaka talebinin reddini istemesi bu duruma örnektir. Ziya AKINCI/ Cemile DEMİR-GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 57-58.

³⁰ HUYSAL, s. 84.

bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biri olduğu kabul edilmiştir. HMK kapsamında ise çekişmesiz yargı kararlarında yetkili mahkemenin HMK m. 384 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, talepte bulunan kişinin veya ilgilerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Tüm bunlardan hareketle söylenebilir ki tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı usulüne tâbi olduğuna dair yapılacak olan değerlendirmelerde HMK ile MÖHUK arasındaki farklılık, kural bozan bir farklılık değil; ilk kuralın istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır³¹.

II. Taraflar

Tanıma ve tenfiz kararlarında kimlerin talepte bulunabileceği konusunda 2675 sayılı MÖHUK döneminde bir kesinlik bulunmaması nedeniyle^{32, 33}

³¹ Ancak yetki kuralı bakımından dikkat edilmesi gereken nokta, yabancı mahkeme kararının verildiği yerin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini bertaraf edici bir yer olmamasıdır. Zira böyle bir durum açık ve kesin bir tanıma ve tenfiz engelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 83; Ata SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, (İlam) İstanbul, 1982, s. 99; Aysel ÇELİKEL, *Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları*, MHB, C: 2, S: 2, 1982, s. 7-13; Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 214; Fügen SARGIN, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, 1996, s. 152.

³² 2675 sayılı Kanun döneminde tanıma ve tenfiz talebinde bulunacaklar hakkında bir düzenlemenin bulunmamasının eleştirisi hakkında bkz. EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 58.

³³ Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda yabancı mahkemece verilen boşanmaya ilişkin tanıma ve tenfiz talebinin hasımlı olarak istenmesinin reddedilmesi karşısında, bu durumun hukuka uygun olmayacağına dair karşı oy şu şekildedir: “*Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespitine bağlıdır. Yabancı mahkeme ilamına dayanılarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır*” (2675 S. K. 42) *Boşama ilamının nüfus siciline işlenmesi idari bir işlem olduğundan boşanmadan başka bir hüküm taşımayan yabancı mahkeme ilamının tanınması yeterlidir. Şu halde tanıma özellikle yabancı mahkeme kararına inşai bir nitelik kazandırmamakta; Tanıma kararı açıklayıcı nitelikte olmaktadır. Tanınmasına karar verilen yabancı ilamın Türkiye’de hukuki sonuçlarının hangi andan itibaren etkili yukarıda açıklanan niteliği dikkate alındığında, yabancı mahkeme ilamının oluştuğu günden itibaren varlığını ve sonuç doğuracağını kabul etmek doğru olacaktır. (Prof. Dr. Aysel Çelikel Milletler arası Özel Hukuk 1992, sf. 403) Şu halde boşanma davasına ilişkin olsa dahi tanıma davası, boşanma istemi niteliğinde kabul edilemez. Tanıma davası, tanınması istenen yabancı ilamın tarafları arasında bir hukuki durumun kanunda gösterilen biçimlere uygun oluştuğunun tespitinden ibarettir. Boşanma olgusu yabancı kesin ilamın oluşması ile tamamlanmıştır. Bu aynı kesinleşmesine rağmen nüfus idaresine gönderilmeyen ve sicile işlenmeyen Türk mahkemeleri ilamı gibidir. Tüm bu sebepler gösteriyor ki tenfiz veya tanıma isteme hakkı şahsa bağlı haklardan olmayıp, boşanan eşlerden birinin mirasçılarının tenfiz veya tanıma istemede hukuki yararları açıktır. Davanın bu sebeple de reddi doğru değil ise de 2675 sayılı kanunun 39 ve 36. maddelerine aykırı bir*

5718 sayılı MÖHUK'te bu konuda düzenleme yapma gerekliliği ortaya çıkmıştır. 5718 sayılı MÖHUK m. 52/1'de “*Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir*” düzenlemesi ile bu konuda açıklık meydana gelmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre hukuki yarar olmak şartıyla, tanıma ve tenfizden menfaati olan herkesin tanıma ve tenfiz için talepte bulunabileceği kararı verilmiştir. Kanun hükmünde “*hukuki yararı bulunan*” dediği için yabancı mahkemede görülen kararın davacısı veya davalısı olmayan; ancak, kararın Türkiye’de tanınması veya tenfiz edilmesi bakımından hukuki yararı olan kimse de Türk mahkemelelerinde tanıma ve tenfiz talebinde bulunabilecektir. Nitekim Yargıtay 2. HD. bir kararında “*Dosyaya sunulan veraset ilamına göre, davacının, davalı ile birlikte müteveffa Kamile'nin mirasçısı olduğu, bu durumda davacının tenfiz talep etmekte hukuki yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 Sayılı Kanun dikkate alınarak, delillerin toplanıp sonucu uyarınca karar vermek gerekirken, husumet yönünden davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.*” şeklinde³⁴ belirtmiştir.

Öte yandan belirtilen düzenleme son derece yerinde olmuştur. Zira hem kimlerin tanıma ve tenfiz talebinde bulunacakları konusu kesin bir biçimde düzenlenmiş, hem de bir dava şartı olarak yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen incelenebilecek olan hukuki yarar şartına ilişkin HMK düzenlemesi ile uyum sağlanmıştır. Geçmiş yıllarda verilen ve AIHM kararına da konu olan *Selin Aslı Öztürk & Türkiye*³⁵ kararı gibi emsal teşkil

biçimde hasımsız açılan tanıma davasının dinlenme imkânı yoktur. Ret bu gerekçe ile doğru olduğundan onanmalıdır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 1994/11220, K. 1994/12667, T. 19.12.1994. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Programı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-1994-11220.htm&kw=1994/11220`#fm>, Erişim Tarihi: 27.10.2016.

³⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2009/8580, K. 2009/21495, T. 14.12.2009. Kazancı İçtihat Programı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-21495.htm&kw=2009/21495`#fm>, Erişim Tarihi: 27.10.2016.

³⁵ Karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 13.10.2009 tarihli, 39523/03 numaralı kararı. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Hukuk Birimi Resmi İnternet Sitesi, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/asliozturk.pdf>, Erişim Tarihi: 27.10.2016. Karara göre başvuran, 7 Eylül 2000 doğumlu olup İstanbul’da ikamet etmektedir. 22 Mart 1968 tarihinde, başvuranın babası Alman uyruklu bir bayanla evlenmiştir. Bu çift, belirtilmeyen bir tarihte boşanmadan ayrı yaşamaya başlamışlardır. Başvuran, babasıyla yeni bayan arkadaşının birlikteliğinden doğmuştur. 1 Şubat 2001 tarihinde, *Bensheim (Allemagne)* Asliye Hukuk Mahkemesi başvuranın babası ile Alman eşinin boşanmasına karar vermiştir. Boşanma kararı, 13 Nisan 2001 tarihinde kesinleşmiştir. Başvuranın babası, boşanma kararının Türkiye’de tanınması ya da tenfizi için gerekli başvuruları yapmadan 22 Mayıs 2001 tarihinde vefat etmiştir. 8 Haziran 2001 tarihinde, Ankara Bölge Mahkemesi başvuranın babasının mirasının dörtte birinin Alman eşine ve geriye kalan dörtte üçünün ise başvurana

edecek kararların önüne geçilmek suretiyle hukuken taraf menfaatlerini ayakta tutan bir düzenleme yapılmıştır.

Taraf incelemesi bakımından MÖHUK ve HMK düzenlemeleri birbirine paraleldir. MÖHUK m. 52/1 ile HMK m. 384 hükmü bakımından, her iki düzenlemede de kesin veya münhasır yetkili bir mahkemenin tayin edildiğinden bahsetmek mümkün değildir. HMK m. 384 “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.*” şeklinde düzenlenmişken, MÖHUK m. 52/1’de “*Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir*” şeklinde belirtilmiştir. HMK’da belirtilen durumun, kanuni istisnasını yine MÖHUK m. 51 oluşturmaktadır.

III. İspat ve Deliller

İspat kavramı, uyuşmazlık konusu hakkında belirsiz ve çelişkili olan kısımların taraflarca açıklanmasıdır. İspat ölçüsü hâkimde vakıanın kesinliğinin anlaşılması ve ispat edilmesi noktasındaki kesinliktir³⁶. Tam ispat hâkimde kesinlik kanaatini yüksek noktada oluşturan ispat iken, yaklaşık

kaldığını gösteren varis belgesi vermiştir. 14 Temmuz 2001 tarihinde, başvuranın annesi reşit olmayan başvuran adına hareketle yabancı ülkede alınan boşanma kararının tenfizi için Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmıştır. 26 Eylül 2001 tarihinde, asliye hukuk mahkemesi boşanma kararını tanımıştır. 6 Aralık 2001 tarihinde, Yargıtay bu kararı bozmuştur. Yargıtay öncelikle yabancı ülkede alınan kararın tanıma veya tenfiz belgesi olmadan Türkiye’de geçerli olmadığını kaydetmiştir. Daha sonra Yargıtay, dava taraflarından birinin 22 Mayıs 2001 tarihinde vefat etmesi dolayısıyla evliliğin son bulduğunu ve bu durumda çocukların anne-babalarının boşanma kararlarının tanınma veya tenfizini talep edemeyeceklerini, bu nedenle başvuranın dava açma vasfı olmadığını gözlemlemiştir. Yargıtay ayrıca, başvuran kararın tenfizini talep ettiği halde asliye hukuk mahkemesinin kararın tanınması yönünde karar aldığını kaydetmiştir. Başkan, muhalif görüşünde yasal bir menfaati olan herkesin tanıma ya da tenfiz talebinde bulunabileceğini savunmuştur. 1 Ekim 2002 tarihinde, asliye hukuk mahkemesi Yargıtay kararına uyarak başvuranın talebini reddetmiştir. Yargıtay, 4 Mart 2003 tarihinde bu kararı onanmış ve 21 Nisan 2003 tarihinde de karar düzeltme yönündeki itirazı reddetmiştir. Bu son karar, başvurana 14 Mayıs 2003 tarihinde tebliğ edilmiştir. Karar kısmi olarak AİHM tarafından kabul edilmiştir. Kararın değerlendirilmesi için bkz. K. Sedat SİRMEN, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Selin Aslı Öz-Türk/Türkiye Kararı*, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, 2012, s. 1013 vd.

³⁶ Hakan PEKCANITEZ/ Oğuz ATALAY/ Muhammed ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2015, s. 376; Abdurrahim KARSLI, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İkinci Bası, İstanbul, 2014, s. 415; Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 6, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 5794; Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014, s. 275.

ispat, kesin olmamakla birlikte gerçeğe yakın bir şekilde ispat kriteridir³⁷. İncelemede hâkimin talebin haklılığı konusunda bir kanıya varması, istemin haklı olduğunu kuvvetle muhtemel görmesi (*yaklaşık ispat*) yeterlidir³⁸. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada dava sebebi olan olay ve olguların (*vakıaların*) tam ispatı aranır³⁹. Yani hâkim, HMK'nun ispat ve delillere ilişkin kurallarına göre, tarafların iddia ettikleri vakıalar konusunda tam bir kanıya ulaşmadan o vakıayı doğru kabul edip karar veremez; dava sebebinin varlığı konusunda tam bir kanıya varmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verir⁴⁰. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme olanağı vermektedir⁴¹.

İspat kavramının konumuz açısından pratik önemi şu şekilde açıklanabilir: Hâkim dava türleri ve çeşitlerine göre ispat edilecek ve davanın aydınlatılması gerekli olan hususların aydınlatılmasında tarafların yardımını isteyebilecektir. Taraflar aydınlatılmaya muhtaç olan çekişmeli kısımların kendi lehlerine olacak şekilde aydınlatılması noktasında hâkime inandırıcı deliller sunacaktır⁴². Ancak, ispat hukuku açısından ispat kavramı ve ölçüsü özellikle davanın ön inceleme aşamasında belirlenecektir. Esaslı bir inceleme yapacak olan hâkim, tahkikat aşamasında davanın aydınlatılması ve tarafların davayı kendi lehlerine çevirecek şekilde inandırıcı ispat araçlarını sunmaları için taraflardan delillerini sunmalarını bekleyecektir. Tanıma ve

³⁷ Haluk KONURALP, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara, 1999, s. 46; Yavuz ALANGOYA, *Medeni Usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul, 1979, s. 3; M. Kamil YILDIRIM, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 65; A. Serkan ARSLAN, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara, 2013, s. 34.

³⁸ Gökçen TOPUZ, *Medeni Usul Hukukunda Karineler ile İspat*, Ankara, 2012; Ahmet BAŞÖZEN, *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara, 2010; Ahmet AL-BAYRAK, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara, 2013.

³⁹ Barış TORAMAN, *Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PÉK-CANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2015, s. 1483-1523.

⁴⁰ Baki KURU, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 25. Baskı, Ankara, Yetkin, Ankara, 2014, s. 354.

⁴¹ Muhammed ÖZEKES, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999, s. 226; Evrim ERİŞİR, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, İstanbul, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 217 vd.

⁴² KURU, *Ders Kitabı*, s. 355.

tenfiz taleplerinde basit yargılama ölçüsü kapsamında inceleme yapacak olan hâkim, kanunda tanıma ve tenfiz taleplerinin gerçekleşmesi için var olan şartların mevcut olup olmadığı incelemesini yapacaktır. Hâkimin buradaki görevi re'sen araştırma ilkesi çerçevesindedir⁴³.

MÖHUK, özel olarak tanıma ve tenfiz taleplerinde ispat kuralı, aracı ve ölçüsü tanımlamamıştır⁴⁴. Bu durumun temel nedeni ispat hukukuna ait kaidelerin *lex fori*'ye tabi olduğunun doğal olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁵. Tanıma ve tenfiz taleplerinde hâkim şartların var olup olmadığını inceler. Tanıma ve tenfiz taleplerinde incelenmesi gereken şartlar kural olarak hâkimin re'sen inceleyeceği şartlar olmakla birlikte, kamu düzeni, münhasır yetki, davanın usulüne uygun incelenmediği, tebligatın yapılmadığı gibi taraflar ile doğrudan ilişkili vakıaların incelenmesinde taraflarca getirilmesi ilkesi doğrultusunda inceleme yapılacaktır. Belirtilen noktada itirazı olan tarafın bunu mahkemeye itiraz olarak dile getirmesi gereklidir⁴⁶. Kanuna aykırı bir durumun incelenmesi gerekliliği nedeniyle basit yargılama esasına göre incelenecek olan davada, bu itirazlar ilk itiraz olarak değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülecek olan itirazlardır. Çekişmeli yargıda ise var olan taraflarca getirilme ilkesi, çekişmeli yargının temel özelliği olmakla birlikte, çekişmeli yargının gereği, taraflar arasında var olan husumetin bir sonucu olarak davacı ve davalı olan tarafların, kendilerini haklı çıkarmak ve vakıalarını ispat etmek, hâkimde kanaat oluşturmak amacıyla mahkemeye vakıa getirmeleridir. Ancak tanıma

⁴³ Tanıma ve tenfiz taleplerinde, hâkimin şartları re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde inceleyeceği hakkında bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 480; SAKMAR, İlam, s. 112; TİRYAKIOĞLU, s. 34; AYGÜL, s. 98.

⁴⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 429.

⁴⁵ “Öte yandan prensip olarak Milletlerarası Usul Hukukunda uygulanması gereken Kanun daima hâkimin kendi kanunudur (*Lex fori*). Bu prensip Yargı faaliyetinin kamu hukukuna dâhil olmasının ve mahkemenin sadece kendisinin tabi olduğu Usul Hukukunu uygulamakla yetkili kılınmasının sonucudur (Aynı görüşte, Prof. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 2. Bası, İstanbul-1982, Sh:283,289). O halde olayda iddianın tanıkla ispat edilip edilemeyeceğine ilişkin usul sorunu HUMK.muza göre çözülmek ve karara bağlanmak gerekir. HUMK.nun 288. maddesine ve söz konusu olan ödünç işleminin değerine göre olayda tanık dinlenmesine olanak yoktur. Davalılar davacının tanık dinleme talebine karşı koymuşlardır. Bu durumda borç ilişkisi yönünden tanık dinlenemeyeceği gibi, dinlenmiş tanık beyanlarına da itibar edilemez. Öyleyse davacı, davasını kanıtlayamamıştır. Ne varki dava dilekçesinin deliller bölümünde gerekirse yemin deliline de dayanıldığından davacıya davalılara yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak, hâsıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözetilmeden davanın kabulü usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 13. HD. E. 1989/4375, K. 1989/7250, T. 12.12.1989.

⁴⁶ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 712.

ve tenfiz taleplerinde, çekişmesiz yargının özelliğini bünyesinde barındıran re'sen araştırma ilkesi kabul edilmektedir. Çekişmeli yargıda talep olmadan hâkim harekete geçemez. Çekişmesiz yargıda ise hâkimin re'sen harekete geçmesi mümkün olduğu gibi hâkim, tarafların talepleriyle de kural olarak bağlı değildir. Tanıma ve tenfiz taleplerinde taraflar yabancı mahkemenin sonucunun Türkiye'de geçerli olması ve sonucunda eda, tespit, inşai nitelikte bir kararın ortaya çıkması amacıyla hareket ederler. Bu doğrultuda bakıldığında tarafların tanıma ve tenfiz taleplerinde, yabancı mahkeme kararının Türkiye'de geçerli olması amacıyla bir prosedürden hareket ettikleri görülmektedir. Bu prosedür çerçevesinde talep sadece yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfiz edilmesi olup, kanunda belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelemesini yapmak da hakim'in re'sen takdir edeceği bir durumdur. Hâkimin tanıma ve tenfiz taleplerindeki şartların değerlendirilmesi noktasında, özellikle m. 51 çerçevesindeki şartların varlığını incelemesindeki re'sen hareket ve değerlendirme serbestiyeti, tanıma ve tenfiz taleplerini kural olarak çekişmesiz yargı işleri içerisinde değerlendirilmesini sağlamaktadır.

Kanun düzenlemesinden görüldüğü üzere taraflara doğrudan bir ispat yükü yüklenmemiştir⁴⁷. Tarafların mahkemenin seyrine ve yabancı mahkeme kararının MÖHUK tanıma ve tenfiz taleplerini karşılamadığı hakkında yapacakları itirazlar ışığında bir ispat yükü söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, tanıma veya tenfiz talebiyle ilgili olarak açılan bir davada davacının tanıma ve tenfiz talebine karşı, davalı eğer, esas kararın aşırı yetki veya Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verildiğini iddia ediyor ise bu durumda, kararın tanıma veya tenfiz şartlarını haiz olduğu ve davalının taleplerinin yerinde olmadığı hususundaki ispat yükü davacı tarafa ait olmaktadır. Ancak burada esasa ilişkin bir inceleme yapılmadığı için ispat ölçüsü noktasında kesin veya yaklaşık ispat şeklinde bir ölçü aranmamaktadır.

⁴⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 429.

IV. Yargılama Usulü

Tanıma ve tenfiz talepleri MÖHUK m. 55 kapsamında açıkça düzenlendiği üzere basit yargılama usulüne göre karar verilecektir⁴⁸. Basit yargılama usulü HMK'nun 316. vd. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁹. Kanun'da yazılı yargılama

⁴⁸ Yargıtay 2. HD. E. 2013/21464 K. 2014/4837 T. 6.3.2014: “*Dava, 23.11.2012 tarihinde açılmış olup, tanıma ve tenfize ilişkindir. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve tanınması talepleri basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. (2675 sayılı MÖHUK md. 39/1) Basit yargılama usulünde, yapılan ilk duruşmada dava hakkında hüküm verilmeyen durumlarda, mahkeme tahkikata başlar ve tahkikat duruşması için tarafları duruşmaya davet eder. Mahkemece ön incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verilerek, davalıya ön inceleme duruşmasına çağrı davetiyesi tebliğ edilmiş; ancak davalı taraf belirlenen ön inceleme duruşmasına gelmemiştir. Mahkemece ön inceleme duruşmasında dava nihai olarak karara bağlanmayıp, tahkikat aşamasına geçildiğine göre, davalının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 147. maddesi gereğince tahkikat duruşmasına davet edilmesi zorunludur. Bu yasal zorunluluğun gereği yapılmadan davalının yokluğunda hüküm kurulması, davalının hukuki dinlenilme hakkına (HMK.md.27) aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.*” Kazancı İçtihat Bankası, < <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2013-21464.htm&kw=2013/21464#fm>>, Erişim Tarihi: 30.03.2017.

⁴⁹ “6100 sayılı HMK’nda iki temel yargılama usulü düzenlenmiştir. Bunlar; yazılı (m. 118-186) ve basit (m. 316-322) yargılama usulleridir. Davanın açıldığı mahkemeye veya uyuşmazlığın niteliğine göre uygulanacak yargılama usulü farklılık göstermektedir. Örneğin, asliye hukuk mahkemelerinde asıl olarak yazılı yargılama usulü uygulanırken, sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.06.2013 tarih 2013/18-18 Esas 2013/891 sayılı kararı için bkz. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; vesayetin kaldırılması istemlerinde, duruşma açılmadan evrak üzerinden karar verilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için basit yargılama usulünün özellikleri üzerinde durulmasında yarar vardır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ’nda iki temel yargılama usulü düzenlenmiştir. Bunlar, yazılı (m. 118-186) ve basit (m. 316-322) yargılama usulleridir. Davanın açıldığı mahkemeye veya uyuşmazlığın niteliğine göre uygulanacak yargılama usulü farklılık göstermektedir. Örneğin, asliye hukuk mahkemelerinde asıl olarak yazılı yargılama usulü uygulanırken, sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Kanunda yazılı yargılama usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, basit yargılama usulü ise temel özellikleri ve farklı noktalarıyla belirtilmiş, hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (m. 322/1). Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilir dava ve işler için kabul edilmiş daha basit, daha seri bir yargılama usulüdür. Basit yargılama usulünde, dava ve davaya cevap verilmesi yazılı yargılama usulünde olduğu gibi dilekçe ile olur (m. 317/1). Ancak dava ve cevap dilekçeleri, Yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir (m.317/4). Burada amaç, basit işlerde avukat tutamayanlara kolaylık ve böyle bir durumda dahi dava ve cevap dilekçelerinin bir düzen içinde mahkemeye verilmesini sağlamak, ayrıca hak kayıplarının önüne geçmektir. Basit yargılama usulünde cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak, mahkeme duruma göre bu sürede cevap dilekçesi verilmesi zor ise, bu süre içinde başvurulmak kaydıyla bir defaya mahsus olarak ve iki haftayı geçmeyecek ek bir süre verebilir (m. 317 /2). Basit yargılama usulünde, dava ve cevap dilekçesi dışında cevaba cevap (replik) ve ikinci cevap (düplik) dilekçesi verilmez (m. 317/3). Bu çerçevede, birer defa dilekçe vermek durumunda olan tarafların daha dikkatli davranmaları gerekir; bu şekilde dilekçe sayısının sınırlan-

usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, basit yargılama usulü ise temel özellikleri ve farklı noktalarıyla belirtilmiş, hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (m. 322/1).

Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılacak dava ve işler için kabul edilmiş daha basit, daha seri bir yargılama usulüdür. Basit yargılama usulünde, dava ve davaya cevap verilmesi yazılı yargılama usulünde olduğu gibi dilekçe ile olur (m. 317/1). Ancak dava ve cevap dilekçeleri, Yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir (m. 317/4). Burada amaç, basit işlerde avukat tutamayanlara kolaylık ve böyle bir durumda dahi dava ve cevap dilekçelerinin bir düzen içinde mahkemeye verilmesini sağlamak, ayrıca hak kayıplarının önüne geçmektir⁵⁰.

Tanıma ve tenfiz kararların bakımından basit yargılama usulünün kabul edilmesi, tanıma ve tenfiz taleplerinin içeriği bakımından da uygundur. Zira esasa girme yasağı nedeniyle mahkeme etraflıca bir inceleme yapmayacak, şekil ve esas bakımından tanınması ve tenfizi kabıl bir kararın olması durumunda, karar Türk mahkemelerinde tanınacak ve tenfiz edilecektir. Yargıtay'ın pek çok kararında da tanıma ve tenfiz kararlarının basit yargılama usulüne göre incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay 2. HD. 2012/12579 sayılı kararında "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul

masının sebebi, bu usulde görülecek işlerin basit olması ve kısa sürede karara bağlanması gerekliliğidir. Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açık ve hangi vakiyaya ilişkin olduğunu belirterek bildirmek durumundadırlar. Ayrıca, taraflar ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerden getirilecek delillere ilişkin belge ve dosyalar içinde bunlar hakkındaki bilgileri vermek zorundadırlar (m. 318). Basit yargılama usulünde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, yazılı yargılama usulünden farklı olarak dava açılmasıyla ve cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (m. 319). Yine, yazılı yargılama usulünden farklı olarak ön inceleme ve tahkikat işlemleri de basitleştirilmiştir. Eğer, dosya üzerinden karar verilmesi mümkünse (örneğin, geçici hukuki korumalarda), taraflar duruşmaya çağırılmadan sadece dilekçe ve delilleri dikkate alınarak karar verilebilir (m. 320/1). Dosya üzerinden karar verilemiyorsa, bu durumda mahkeme ön inceleme yapar. Burada da, mahkeme dava şartları ve ilk itirazların varlığını inceleyerek, hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süreleri hakkında tarafları dinler. Bundan sonra hâkim, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit ederek, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları; sulh olmamışlarsa anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır ve tutanak hazır bulunanlarca imzalanır. Tahkikat bu tutanağa göre yürütülür (m. 320/2)." Kazancı İçtihat Bankası, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-18-18.htm&kw='2013/18-18'+#fm>>, Erişim Tarihi, 30.03.2017.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 79.

Hukuku Hakkındaki Kanunun 55. maddesi gereğince tanıma ve tenfiz davaları basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. Basit yargılama usulünde ilk oturuma kadar yetki itirazında bulunulması halinde yetki itirazı süresindedir. Davalı kadına 16.07.2011 tarihinde dava dilekçesi tebliğ edilmiş, tebliğden sonraki 28.07.2011 tarihli oturuma kadar yetki ilk itirazında bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece, davalının yetki itirazı ile ilgili karar verilmemiştir. Davalının yetki itirazı süresinde olup, taraflardan yetki hususundaki delilleri sorulup değerlendirilerek sonucu itibarıyla karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” şeklindedir^{51, 52}.

Bu durumun pratik sonucu şudur: Tanıma ve tenfiz talepleri bakımından yargılama usulünün basit yargılama şeklinde olması, yargılamanın bir an önce karara bağlanması amacıyla hareket edildiği izlenimini vermektedir. Bu noktada esasa ilişkin inceleme yapmaksızın, yabancı bir mahkeme tarafından verilen kararın şekil ve esas bakımından MÖHUK kapsamında düzenlenen tanınması ve tenfizi kabil kararlar niteliğine ilişkin şartları taşımanın yeterli olduğu kabul edilmektedir. Öyleyse tanıma ve tenfiz talepleri bakımından bir dava değil, talep ve talep sonucu çerçevesinde verilen bir karar olduğu hususu basit yargılama usulünün kabul edilmesi ile de desteklenmektedir. Zira tanıma ve tenfiz talepleri bakımından kanun koyucu çekişmeli bir durumun yaratılmasını değil, derhal uyuşmazlığın çözümlenmesini amaçlamıştır.

Öte yandan öncelikle çekişmeli yargıda, yargılamalar aleni ve sözlü olarak yapılmaktadır. Ancak bu duruma karşılık, çekişmesiz yargı işlerinde aleniyet ilkesi söz konusu olmadığı gibi *hâkimin duruşma yaparak karar vermesi ihtiyaridir*. Türk hukukunda, sözlü yargılamanın ve dolayısıyla duruşmanın yapıldığı her hâlde, aleniyet ilkesinin gerçekleştirilmesinin kural olarak mecburi olduğu kabul edilmektedir. MÖHUK kapsamında tanıma ve tenfiz

⁵¹ 2. HD. T. 12.5.2012, K. 2012/12579, E. 2011/17270. Kazancı İçtihat Bankası, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2011-17270.htm&kw=10.5.2012#fm>>, Erişim Tarihi: 18.03.2017.

⁵² 2. HD. E. 2012/1344, K. 2012/31919, T. 27.12.2012, “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle tanıma talebinin 5718 Sayılı MÖHUK’un 61/2. maddesinin yollamasıyla, aynı Kanunun 55/1. maddesi gereğince basit yargılama usulüne tabii olduğuna, davalının cevap dilekçesindeki savunma içeriğine ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1. maddesi gereğince basit yargılama usulüne tabii davalarda mümkün olan hallerde taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinde karar verilmesinin mümkün bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına ...*” şeklinde karar vermiştir.

talepleri bakımından hâkimin duruşmalı mı yoksa duruşmasız bir şekilde mi karar vereceği konusunda doğrudan bir kural yoktur. Ancak MÖHUK m. 55 hükmünden bu konuda bir karar vermek mümkündür. MÖHUK m. 55'e göre "Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İhtilafsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizi de aynı hükme tâbidir. Hasımsız ihtilafsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır." şeklindedir. Bu hüküm çerçevesinde basit yargılama usulüne göre çözülecek⁵³ tanıma ve tenfiz talepleri, bu konudaki HMK m. 320/1 düzenlemesine göre hâkime yol göstermektedir. Buna göre mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir. Dolayısıyla duruşma yapıp, yapılamayacağı hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Tanıma ve tenfiz talepleri bakımından da hâkim yapılacak başvuruya göre buna karar verecektir.

V. Kanun Yolu Bakımından Değerlendirme

6100 sayılı HMK kapsamında düzenlenen, ancak 20 Temmuz 2016⁵⁴ tarihine kadar uygulama alanı bulmayan istinaf kanun yolunun, yürürlüğe girmesi ile birlikte, tanıma ve tenfiz taleplerinin ne şekilde etkileneceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. HMK m. 341/5 "İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir" şeklinde düzenlenmiştir⁵⁵. Bu husustaki

⁵³ Tanıma ve tenfiz talepleri basit yargılama usulüne tabi olmaları nedeniyle yetki itirazı ilk oturumun sonuna kadar yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2007/7851 K. 2008/7080 T. 15.5.2008: "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 55. maddesi gereğince tanıma ve tenfiz davaları basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. Basit yargılama usulünde ilk oturuma kadar yetki itirazında bulunulması halinde yetki itirazı süresindedir. Mahkemece davalının yetki ilk itirazının süresinde olduğu kabul edilerek yetki itirazı hadise şeklinde incelenip sonucuna göre karar vermek gerekirken davalının yetki itirazının süresinde olmadığından bahisle ret edilip işin esasının incelenmesi doğru olmamıştır." Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2007-7851.htm&kw=e.+`2007/7851`#fm>, Erişim Tarihi: 30.03.2017.

⁵⁴ Karara ilişkin R.G. 7.11.2015 S. 29525, T. 7.11.2015.

⁵⁵ İstinaf yoluna başvurulabilecek kararlar şunlardır: (1) İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

düzenleme kapsamında bir sorun bulunmamaktadır. Zira ilk derece mahkemelerinin vereceği tanıma ve tenfiz kararları bakımından, karar bir dava niteliğinin; haiz olmayan, talep sonucu verilen bir tanıma ve tenfiz talebi olsa da *mahkemenin yapacağı işlerden* olması nedeniyle istinaf kanun yoluna başvurmak noktasında herhangi bir şüphe yoktur⁵⁶.

Ancak, tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin istinaf kanun yoluna başvurulması sonrasında verilen karara karşı en üst mercii olarak Yargıtay'a başvuru yapılabilecek midir? Bu hususun tespiti konumuz ile yakından ilgilidir. Zira HMK m. 361'de temyiz edilebilen kararlar, m. 362'de ise temyiz edilemeyen kararlar yer almaktadır. HMK m. 362'de belirtilen temyiz edilemeyen kararlar kapsamında ise (ç) bendinde belirtilen *çekişmesiz yargı* kararları bulunmaktadır. Şu halde tespitlerimiz doğrultusunda tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı kararı olarak nitelendirilmesi sonrasında, yalnızca istinaf kanun yoluna başvurulabilecek; temyiz kanun yolu ise HMK'nın açık hükmü karşısında kapalı olacaktır. Bu nedenle tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmeli veya çekişmesiz olması konusunun nitelendirmenin yapılması son derece önemlidir.

Kanaatimizce, tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı olarak incelenmesi, istinaf kanun yoluna başvuru sonrasında, yargı yolunun kapanması pratik açıdan da temyiz kanun yolunun amacına uygundur. Zira temyiz mercii, yargılamalara ilişkin son nokta olması nedeniyle, belirli nitelik ve sınırları aşan kararların başvuru merciidir. İstinaf kanun yolu ise bilindiği üzere ülkemizin pek çok bölgesinde faaliyet gösteren bölgesel ve hızlı karar verme yeteneğine sahip kanun yoludur. Sonuç olarak, tanıma ve tenfiz talepleri bakımından basit yargılama usulünde hızlı bir şekilde değerlendirilmesi gereken bir mekanizma öngörülmesi, kanun yolu bakımından da aynı seri karar verme sürecini beraberinde getirmelidir⁵⁷. Bu durumda

(2) Miktar veya değeri bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.

(3) Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda bin beş yüz Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

(4) Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz.

(5) İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir.

⁵⁶ Aynı yönde görüş için bkz. HUYSAL, s. 97.

⁵⁷ Tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmeli yargı yolunun bir unsuru olarak değerlendirilmesi

çekişmesiz kanun yolu olarak tanıma ve tenfiz taleplerinin incelenmesi bakımından istinaf kanun yolu son başvuru imkânı olacaktır.

VI. Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Dava Türleri ve Nitelikleri Bakımından Değerlendirilmesi

Tanıma ve tenfiz talepleri sonucunda iki tür karar ortaya çıkmaktadır: İlk olarak yabancı mahkeme kararıdır. Bu karara konu olan uyuşmazlık yabancı bir mahkemede çözüme kavuşturulmuş, kesinleşmiştir. İkinci olarak ise tanıma ve tenfiz talebi sonrasında Türk mahkemelerinden verilen karardır. İlk karar olan yabancı mahkeme kararının eda, tespit, inşai nitelikte bir karar olmasının Türk mahkemesinde görülecek olan tanıma ve tenfiz talebi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. İkinci olarak Türk mahkemelerinde verilecek kararın niteliği aşağıda etraflıca inceleneceği üzere yenilik doğuran bir karardır. İşte bu noktada tanıma ve tenfiz talepleri bakımından dava türleri ve nitelikleri bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

A. Dava Türleri Bakımından Değerlendirme

Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığı giderecek olan mekanizmadır. Ancak taraflar aralarındaki bu uyuşmazlığın niteliğine göre mahkemeden bir talepte bulunacaklardır. Tarafların mahkemeden istediği sonuca göre davaların isimlendirilmesi usulüne, davaların çeşitlendirilmesi ve gruplandırılması denilmektedir⁵⁸.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın niteliğine göre davaların gruplandırılmasında çeşitli kıstaslar esas alınmaktadır. Dava çeşitleri tarafların mahkemeden istediği hukuki korumaya göre dava çeşitleri, dava konusu mala göre dava çeşitleri⁵⁹, dava konusu hakkın niteliğine göre dava çeşitleri⁶⁰, dava konusu talep neticesine göre dava çeşitleri⁶¹ gibi başlıca ayrıma tutulmaktadır. Tanıma ve tenfiz taleplerinin incelenmesi bakımından ele

durumunda ise şartları sağlaması durumunda Yargıtay kanun yoluna başvurulacağı kabul edilecektir.

⁵⁸ Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 2, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1405.

⁵⁹ Menkul ve gayrimenkul davaları hakkında bkz. KURU, C. II, s. 1483.

⁶⁰ Örn. Ayni, şahsi ve karma davalarıdır. KURU, C. II, s. 1483.

⁶¹ Terditli, seçimlik, objektif, kısmi nitelikteki davalar. KURU, C. II, s. 1483-1484 vd.

alacağımız dava çeşitleri mahkemeden istenilen hukuki korumanın niteliğine göre olacaktır. Bu doğrultuda tanıma ve tenfiz talepleri eda⁶², tespit⁶³, inşai⁶⁴ davalar kategorisine dâhil olacaktır. Zira tanıma ve tenfiz talepleri her ne

⁶² Eda (*edim*) davasında, davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesini ister. Davacının eda davası açmakta hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Eda davası açılmasında hukuki yarar olması için davalının, davacının bir hakkının olduğunu inkâr etmesi şart değildir. Davalı, davacının bir hakkının olduğunu kabul eder, ancak bu hakkını yerine getirmez ise davacı, hakkın yerine getirilmesi amacıyla eda davası açabilir. Eda davasında, davacının hakkının yerine getirilmesi için öncelikle bir tespit hükmü yer almalıdır. Bu tespit hükmü niteliği gereği davacının bir hakkının olduğunu gösterecektir. Tespit hükmü sonrasında, belirtilen hakkın yerine getirilmesi için ayrıca bir yaptırım kararı verilmesi gerekir. Şu halde eda davasında ilk olarak bir tespit hükmü ikinci olarak da icra edilebilirlik amacıyla emir ve yaptırım hükmü barınmaktadır.

⁶³ Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Eda davası açabileceksen, tespit davası açmanın hükmü yoktur. Mahkeme, sonucun neticesinde herhangi bir hükümde bulunamaz sadece tespit eder. Tespit davasının açılabilmesi (başka bir ifade ile, açılan tespit davasının usulden görülebilmesi) için, iki husus büyük önem arz eder.

a) Tespit davasının konusu, (yalnızca) bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının/ yokluğunun tespiti ya da senedin sahte olup olmadığının belirlenmesi olabilir (m. 106/1). Maddî vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz (m. 106/3). b) Tespit davası açılmasında hukukî menfaatin varlığı şu üç şartın varlığına bağlıdır: i- Davacının bir hakkı veya hukukî durumu, güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; ii- Bu tehdit nedeniyle, davacının hukukî durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; iii- Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır (m.106/2; karşı. m. 107/3). Tespit davasının kabulü veya reddi hakkında verilen kararlar birer tespit hükmüdür. Davanın kabulü halinde, davacının iddia ettiği üzere, bir hakkının varlığı veya yokluğu yahut bir belgenin sahte olduğu belirlenmiş olur. Davanın reddi halinde ise, davacının talebinde haklı bulunmadığı tespit edilmiş olur. Tespit davasında da mahkeme taleple bağlı olduğundan (m. 26), mahkeme, tespit hükmü dışında bir hüküm (*örneğin eda hükmü*) veremez. Tespit hükmü, (eda hükmü gibi) kesin hüküm (m. 303) ve kesin delil oluşturur. Fakat (eda hükmünden farklı olarak) tespit hükmünde eda emri bulunmadığından, tespit hükmü icraya konulamaz. Tespit davası (m. 106) ile delil tespiti (m. 400-405), birbirinden farklı iki müessesedir. Çünkü delil tespiti, hukukî niteliği gereği dava değildir; mahkemenin yapılan talebi usulen uygun görmesi üzerine, ileride açılacak olan bir davada kullanılmak üzere ilgili delili şimdiden tespit etmesinden ibarettir.

⁶⁴ İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. Bunlara “*yenilik doğuran davalar*” da denilir. Kanunun öngördüğü hallerde açılır. Her inşai hakka dayanılarak açılan dava inşai değildir. Örneğin: Boşanma davası. Kural olarak inşai haklar, sahibinin tek taraflı kullanılmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Bazı inşai haklarda tek taraflı bildirimle sonuçlarını doğurmazlar. Mahkeme yoluyla yaratılması gerekir. Verilen hüküm reddedilirse, bu artık bir tespit hükmü olacaktır. Kabul edilirse, tespit edilmiş olur ve inşai hüküm yer alır. Bu tür inşai davalarda ek olarak verilen hükümler, icra edilebilen, eda hükümleridir. İnşai davalar, kural olarak geleceğe etkili olarak hükümlerini doğurur. Geçmişe etkili olan inşai davalar da ise verilen hüküm geçmişe etkilidir.

kadar diğer dava türlerine ait gruplar içerisinde değerlendirilebilecek olsa da esaslı olarak incelenecek sınıf, mahkemeden istenilecek hukuki koruma çerçevesinde olacaktır⁶⁵.

Tanımaya kararları, mahkemeden istenecek hukuki koruma çeşitliliği, ancak inşai davaların konusu olabilecektir⁶⁶. Zira yenilik doğuran bir durum meydana getiren inşai davalar, bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi, ortadan kaldırılması için hak sahibinin iradesinin yeterli olmaması ve ancak bir yenilik doğuran dava açılmasının gerekli olduğu hallerde mümkündür. Bu kararların nitelik gereği olarak bir icra etkisinin olmasının önemi yoktur. Önemli olan inşai kararlar ile arzu edilen yenilik doğuran bir durum meydana getirilmesidir⁶⁷. Bu nedenledir ki inşai bir karar olarak tanıma kararı yenilik doğuran bir karar olacaktır.

⁶⁵ Örneğin, tanıma ve tenfiz kararlarının dava konusu mala göre dava çeşitleri grubunda yer alması mümkün değildir. Zira Türkiye’de bulunan gayrimenkuller hakkında yabancı mahkemeden bir karar istenemeyecektir. Bu duruma engel olan husus ise bilindiği üzere münhasır yetki prosedürüdür. Bu nedenle yalnızca taşınırlara ait hak ve talepler Türk mahkemesinde istenebileceği için dava konusu mala göre dava çeşitleri sınıflandırması içinde tanıma ve tenfiz taleplerinin yer alması mümkün değildir. Öte yandan dava konusu hakkın niteliğine göre ayni, şahsi ve karma davalar kategorisinde, her ne kadar tanıma ve tenfiz talepleri incelenebilecek olsa da özü itibarıyla Türk mahkemelerinden yabancı mahkemede verilen bir kararın tatbiki istenmesi nedeniyle kararın esas bakımından dava konusu hakkın niteliği mahkemede gündeme gelmemektedir.

⁶⁶ NOMER, DHH, s. 507.

⁶⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 652. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD. T. 30.06.1989, E. 1989/1221, K. 1989/4636: “Davacı, davalının ödemeyi taahhüt ettiği 20.268 DM. ödemediğinden Hamburg Devlet İş Mahkemesi’nde dava açarak 24.800 DM. ödemeyi hüküm aldığını ileri sürerek Hamburg Mahkemesi Kararının tanınmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı taraf, süresinde cevap vermemiş, süreden sonra verdiği dilekçelerinde yetki ve esastan davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, tanınması istenen kararın aslının ve davacının alacağı olduğuna dair belgenin ibraz edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Tanınması dava yoluyla istenen yabancı mahkeme kararı, eda davası sonunda verilmiş olan ve belirli bir paranın tahsilini içeren bir karardır. Bu kararın Türkiye’de icra edilebilmesi ancak tenfizine karar verilmekle mümkündür. Yabancı ilamların tanınması kesin hüküm kuvvetinin kabulü anlamını taşıdığından tanıma ancak (inşai mahiyette) yenilik doğurucu ve mal varlığına ilişkin olmayan yabancı kararlar için mümkündür. Olayda, yukarıda açıklandığı gibi mal varlığına ilişkin bir eda davası sonucu verilen karar söz konusu olduğundan ve bu karar cebri icrayı gerektirdiğinden tanınması değil tenfizi istenmelidir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda tanıma ve tenfiz ayrı ayrı düzenlenmiş olup tanıma ile tenfiz şartları birbirine uygun değildir. Tanıma istenemez. Bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmelidir. Bu nedenle HUMK.nun 438 /son maddesi gereğince mahkeme kararının gerekçesi değiştirilerek onanması gerekir.” Kazancı İçtihat Bankası, < <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-1989-1221.htm&kw=1989/1221`#fm>>, Erişim Tarihi: 30.03.2017.

Öte yandan tanıma kararına konu olacak yabancı mahkeme kararının niteliği önemlidir. Zira icra kabiliyeti içermeyen bir karar olmalıdır ki, bu karar inşai bir karar sonucunu bağlamalıdır⁶⁸. Bu nedenle hukuki koruma çeşitlerine göre dava çeşitlerinin ayrılması noktasında özellikle icra kabiliyetinden daha çok, bir durumun meydana getirilmesi amacını taşıyan kararlar tanınmanın konusu olacaktır. Bu durum da derhal akla tespit ve inşai kararları getirmektedir⁶⁹. Tespit davaları bilindiği üzere bir durumun varlığının, yokluğunun, hukuki bir kavramın içeriğinin mahkeme huzurunda tescil edilmesi sonucunun doğurulması amacıyla var olan kararlardır. İnşai kararlar da yeni bir hakkın varlığının, hakkın kurulmasının, değiştirilmesinin, yokluğunun mahkeme kararı ile onaylanması anlamında kullanılmaktadır⁷⁰. Şu halde tanıma ve tenfiz talepleri, yabancı mahkeme kararının niteliği ne olursa olsun, sonucu yenilik doğuran bir karar olarak sonuç verecektir⁷¹.

Tenfiz kararları, yabancı mahkeme tarafından verilen icra kabiliyeti haiz kararların Türkiye’de icra edilmesi amacıyla verilen kararlardır. Tenfiz kararlarında amaç icra kabiliyeti haiz olan yabancı mahkeme kararının uygulanmasının temin edilmesidir. Bu nedenle tenfiz kararlarının mahkeme tarafından alınması, sonrasında mahkeme kararında belirtilen durumun verilmesi, yapılması, yapılmaması temin edilmektedir⁷². Hemen belirtmelidir ki, tenfiz talebine konu olacak bir kararın tanınması mümkündür. Ancak bu durum yalnızca tenfiz talebinde bulunacak olan kimsenin hukuki yararı olması şartına bağlıdır^{73, 74}.

⁶⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 652.

⁶⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 652.

⁷⁰ Örneğin, yabancı mahkemeden esasa ilişkin verilen ret kararının tanınması mümkündür. Bu durumun bir tespit hükmü olduğu hakkında bkz. NOMER, DHH, s. 507.

⁷¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 652.

⁷² ÇELİKEL/ERDEM, s. 652.

⁷³ Yargıtay bir kararında eda niteliğini; haiz olan bir yabancı mahkeme kararının tenfiz talebine konu olması gerekirken, Türkiye’de iflas masasına yazılması amacıyla tanınması yönünde karar verilmesinde tarafların menfaati olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. Nuray EKŞİ, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Mahkeme Kararları* (Yargıtay Kararları), İstanbul, 2009, s. 144.

⁷⁴ Yenilik doğurucu bir kararın, aynı zamanda eda hükmüne haiz olması halinde tenfiz şartlarının ayrıca aranması gereklidir. ÇELİKEL/ERDEM, s. 653. Bu konuda Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2007/2219 K. 2007/2792 T. 26.2.2007: “1- Tarafların Karaman Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1997/442 Esas, 1998/51 Karar sayılı ilamıyla boşandıkları, bu boşanma kararının nüfusa işlendiği ve taraflar arasındaki evlilik birliğinin bu şekilde sona erdiği anlaşılmaktadır. Davacı, yabancı mahkemenin verdiği boşanma hükmünün tanınmasındaki hukuki yararını kanıtlayamamış bulunmasına göre boşanmanın

Tüm bu anlatılanların konumuz bakımından önemi şudur: Tanıma ve tenfiz taleplerinin, bir talep ve nihayetinde mahkemeden alınan bir karara dayanması hususunda eda davası, tespit davası veya inşai dava olarak görülmesinden kasıt önemlidir. Sonuç kısmında ayrıntılı olarak belirteceğimiz üzere, tanıma ve tenfiz talepleri, bir dava değil, *çekişmesiz yargı talebidir*. Verilen kararın nitelendirmesinin bu yönde olması gerekmektedir. Tanıma veya tenfiz talepleri bakımından, davanın niteliğinin eda, tespit ve inşai olmasının verilen kararın sonucu bakımından önemi bulunmamaktadır. Mahkemenin vereceği karar nihayetinde inşai, tespit veya eda talebi niteliğinde olsa da inşai, tespit veya eda niteliğini haiz yabancı bir mahkemeden verilen kararın, içeriğine herhangi bir rötuş yapılmadan, kanunda belirtilen şekil şartlarının incelenmesinden ibaret bir karar verme süreci mevcuttur. Dolayısıyla tanıma ve tenfiz kararları, yabancı mahkeme kararının verilmesi sonrasında Türkiye’de yenilik doğuran bir durumu meydana getirmesi veya icra edilebilir bir kararın Türkiye’nin egemenlik hakları ve adalet süzgecinde geçirilmesinden ibaret olan bir prosedürdür. Bir dava olmayan tanıma ve tenfiz taleplerinin mahkemeden istenilen hukuki korumanın niteliği çerçevesinde dava çeşitlerinden herhangi birine tabi olması, sonucun bu yönde verilmesinin tanıma ve tenfiz taleplerini bir dava yapmamakta, tanıma ve tenfiz kararlarının niteliğinde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Böylece Türk mahkemesince kabul edilen tanıma ve tenfiz talebi inşai niteliği haiz bir yenilik doğuran durum meydana getirecektir. Bu anlamda MÖHUK’un 52. maddesi, HMK’nın 119 ve 137. maddeleriyle tam bir uyum içerisindedir⁷⁵.

tanınması isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 2- Davacının velayet ve nafaka konusundaki tanıma isteğine gelince; Bu istemlerin icrai niteliklerinden dolayı tanıma değil “tenfiz” davasına (MÖHUK m. 38) konu olacağı da açıktır. Davacı yabancı mahkeme kararının tenfizini değil tanınmasını istemiştir. Bu nedenle davacının velayet ve nafaka konusundaki davasının da reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

⁷⁵ İlgili hükümlerin uyumları aynı doğrultuda olmalarından kaynaklanmaktadır. Yargıtay 2. H.D. 01.07.2010, 1024 E., 13191 K.: “Davacının, 7.2.1992 tarihinde Alman yetkili makamları işlemiyle “Seyit” olan adını “Jean Pierre” olarak değiştirdiği usulince onaylı yabancı ülke (Almanya) belgesi ile anlaşılmaktadır. Davacının davalı ile “Seyit Tunç” ad ve soyadıyla 24.4.1980 tarihinde Türkiye’de evlendiği ve evliliğin Türk nüfus siciline işlendiği görülmektedir. Tarafların bu evliliğinin davaya konu 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu’nun 53. maddesine uygun biçimde sunulan 6.3.2002 tarihinde kesinleşen yabancı mahkeme kararı ile boşanma ile sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; davacının ad değişikliğinin tanımayla T.C. nüfus kayıtlarına geçmiş olmayacağı ve bu sebeple kamu düzenine bir aykırılık oluş- turmayacağından; davacının kapalı olan TC. kimlik bilgileri ve adının Jean Pierre olarak değişmiş

B. Dava Niteliği Bakımından Değerlendirme

Çalışmamız kapsamında dava niteliğinden kasıt, yabancı mahkeme kararının konusunun çekişmeli veya çekişmesiz olmasının tanıma ve tenfiz talebinin sonucuna dair nitelendirmesinin hukuka uygun yapılmasıdır. Bu noktada asıl açıklamalarımızı yapmadan önce dava, karar, talep, hüküm kavramları hakkında genel açıklamalar ve farklılıkları belirtmemizde fayda vardır.

Dava kavramı çekişmeli yargıya ilişkin bir durum olup, sübjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi olan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin, mahkemeye başvurarak hukuki olarak koruma talep etmesidir⁷⁶. *Talep* ise dava sonucu istenen şeydir ve dava türlerine göre değişkenlik gösterir⁷⁷. Davacı eda davalarında, davalının bir şey vermesini, bir işi yapmasını veya yapmamasını isterken; tespit davalarında, bir hukuki ilişkinin (var olup olmadığının) tespitine karar verilmesini ister. İnşai davalarda ise davacı var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını ya da yeni bir hukuki durumun yaratılmasına karar verilmesini ister⁷⁸. Görüldüğü üzere talep ile dava arasındaki temel fark talep dava sonucunda istenen ve dava açılma sebebi olan neden iken, dava talebin dile getirildiği çekişmeli yargı işi olarak tanımlanmaktadır.

İkinci olarak *hüküm ve karar* kavramlarına değinilmelidir. Bu iki kavramın çoğunlukla birlikte ya da birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Ancak dikkatli incelendiğinde görülecektir ki, Anayasa'da hüküm ve karar kavramları ayrı ayrı anlamlarda kullanılmıştır. 1982 Anayasasının 138. maddesinin 1. fıkrasında, "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" denilmek suretiyle *hüküm* kavramına yer verilmiştir. Anayasanın 138/son fıkrasında ise "*yasama ve yürütme organları, idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır*" denilerek karar hakkında vurgulama yapılmıştır⁷⁹. Doktrin de bu iki kavramını farklı şekillerde tanımlamıştır. Bir görüşe göre "*kararlar,*

olduğu belirtilmek ve bu şekilde kayıtlar arasında bağlantı kurmak suretiyle yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar vermekten ibarettir." HUYYSAL, s. 77.

⁷⁶ Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 871 vd.

⁷⁷ KURU, C. II, s. 1601.

⁷⁸ KURU, C. II, s. 1602.

⁷⁹ KURU, C. II, s. 1603.

davanın kolay yürütülmesi, ihtilafların aydınlatılması, şahıs ve hakların himayesi nihayet niza son verilmesi gibi muhtelif gayelere matuf olarak, umumiyetle tarafların talebi üzerine, istisnaen re'sen mahkemelerin yaptıkları usul muameleleri olarak tarif edilebilir” şeklinde beyan edilmişken⁸⁰, bir diğeri görüş “bugünkü örfümüze göre, inceleme ve araştırmadan veya bir yargılamadan sonra yapılan herhangi bir hukuki emir veya beyana karar denilir”⁸¹ şeklinde ifade etmiştir. Görüldüğü üzere karar kavramı hüküm kavramını da içine alan genel nitelikli bir ifadedir. Hüküm, “hukuk dilinde salahiyyetli makamın, ferdin tecavüz edildiğini iddia ettiği subjektif hakkının varlığını kesin olarak tespit etmek ve onu korumak veya tamir için gerekli tedbirleri emretmektir”⁸². Mahkeme bir yargılamada hüküm vererek davaya son verir ve dava sonuca bağlanır. Her hüküm karar iken, her karar hüküm ifade etmez⁸³. Hüküm, taraflar arasındaki anlaşmazlığı uyuşmazlığın esası bakımından çözen, davayı kesin şekilde neticelendiren, hâkimin o işten el çekmesini gerektiren nihai nitelikli karardır⁸⁴. Sonuç olarak bakıldığında da çekişmesiz yargı işleri talep sonucunda ortaya çıkan ve nihayeti ise mahkeme tarafından karar verilen hukuki kavramdır. Çekişmesiz yargı işleri dava olmadıkları için çıkan sonuç da hüküm olmayacaktır.

Tanımaya ve tenfiz talepleri hakkında MÖHUK 50 vd. maddelerinde kullanılan ifade, tanımaya ve tenfiz taleplerinin karar niteliğini haiz olduğudur. Kanunun hiçbir noktasında tanımaya ve tenfiz talep ve kararları hakkında *dava, husumet vb.* şekilde taraflar arasında çekişmeli bir niteliği haiz durumun varlığından söz edilmemektedir. “Kanun koyucu abesle iştigal etmez” lafzı uyarınca bu durumu, kanun ifadesinin lafzi, amaçsal, tarihsel ve mantıksal yorum türlerinin her biri bakımından değerlendirilmesi sonucunda aynı noktaya varılmaktadır: Tanımaya ve tenfiz talep ve kararları bir *dava* değil, *çekişmesiz yargı işidir*; mahkeme sonucunda belirtilen durum ise bir *hüküm* değil, *çekişmesiz yargı işi karardır*.

⁸⁰ Tahsin TÜRKÇAPAR, *Mahkeme Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu ve Takdir*, Yargıtay Dergisi, Sayı 3-4, 1977, s. 257.

⁸¹ Eyüp Sabri ERMAN, *Hüküm Nedir; Nasıl İttihaz ve Tefhim Olunmalıdır?*, Adalet Dergisi, Sayı 1, 1974, s. 1.

⁸² M. Reşit BELGESAY, *HUMK Şerhi, I Teoriler, C.III, İspat ve Hüküm Teorileri*, İstanbul, 1951, s. 169.

⁸³ BELGESAY, s. 170.

⁸⁴ ERMAN, s. 3.

Belirtmek gerekir ki kural olarak tanıma ve tenfiz talepleri bir *çekişmesiz yargı* işidir. Zira bu durum hem kanun koyucunun lafzinin yorumu sonucunda hem de tanıma ve tenfiz taleplerinin yargılama süreci zarfında hemen tüm aşamaların *çekişmesiz yargı* kararları ile benzerlik arz etmesinden kaynaklanmaktadır.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk hukukunda *çekişmeli* ve *çekişmesiz yargıya* ilişkin tanımlar ve her duruma cevap veren bir nitelik henüz tam anlamı ile ifade edilmemektedir. *Çekişmesiz yargıda* temel olarak üç unsur vardır: Hâkim re'sen araştırma ilkesi gereğince, husumet olmayan ve herkesçe ileri sürülebilen bir yargılama talebidir. İki yargılama türü arasında doğrudan bir tanım yapmak yerine, özellikle *çekişmesiz yargı* kavramını *çekişmeli yargıdan* ayıran bazı ölçü ve kıstaslar üzerinde durulmaktadır. *Çekişmeli yargı* ile *çekişmesiz yargının* ayırımı konusunda belli başlı hususlara dikkat çekilmiştir. Aradaki farklara daha önce değindiğimiz için bu noktada üzerinde durulmayacaktır. Ancak dava niteliği bakımından verilen talep sonucu kararın niteliği bakımından şu husus önem arz etmektedir: *Çekişmeli yargıda* kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. *Çekişmesiz yargıda* verilen kararlar ise maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Zira verilen kararın sonradan haksız görülmesi veya kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle yeni bir karar verilmesi mümkündür. Adli bir gerçeklik olan kesin hüküm, hukuk güvenliğinin teminatını sağlayan bir kavramdır. Devlet tarafları, dava konusu ve niteliği aynı olan uyuşmazlıkların defalarca mahkemeler önüne gelmesinin önüne gelmesini ve gereksiz bir meşguliyet yaratılmasını faydalı bulmamaktadır. Hâl böyle olunca, devlet ve kişiler bakımından kesin hüküm ile hukuki açıdan istikrar sağlanmış olmaktadır⁸⁵. Tarafları, dava konusu ve niteliği olan yabancı bir mahkemede verilen bir kararın bozulması veya farklı bir kararın tekrar Türkiye'de tesis edilmek istemesi durumunda da aynı hâl geçerlidir. Zira yabancı bir mahkemede verilen kararın Türkiye'de tanıma ve tenfiz edilmesi sonrasında aynı tarafların aynı konu ve niteliği haiz bir davayı tekrar Türk mahkemelerinin önüne getirmesi durumu mümkün değildir. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfiz edilmesi sonrasında Türk hukukunca kabul edilen bir karar var olduğu için aynı konuda tekrar dava açılması

⁸⁵ Uğur TÜTÜNCÜBAŞI, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 69; Baki KURU, *Nizasız Kaza*, Ankara, 1961, s. 175-176; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 840 vd.

durumunda, kesin hüküm itirazında bulunulabilecektir. Ancak tanıma ve tenfiz talebinin istenmemesi durumunda aynı taraflardan birinin, dava konusu ve niteliği aynı olan bir dava hakkında Türkiye’de dava açmaları ve talepte bulunmaları mümkündür. Bu durum tanıma ve tenfiz taleplerinin kesin hüküm ve delil etkisi açıklanabilir⁸⁶.

Çekişmesiz yargı kararları kural olarak doğrudan maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁸⁷. Zira HMK m. 388 ifadesine göre aksi bir hüküm belirtilmediği müddetçe çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm değildir. Bu durum, maddî anlamda kesin hüküm olmayan çekişmesiz yargı kararının, ilgili kişilerce yapılan itirazlar sonrasında gerekçesi açıklanmak suretiyle hâkim tarafından çekişmesiz yargı kararının tekrar değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Tanıma ve tenfiz talepleri açısından değerlendirildiğinde ise sonuç şu şekilde olacaktır: Görüşümüz doğrultusunda tanıma ve tenfiz kararlarının çekişmesiz yargı işi olarak karara

⁸⁶ Aynı durumun milletlerarası derdestlik ve paralel davalar bakımından incelenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülüm BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 27 vd.; Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2013, S. 2, s. 15; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, C. 40, S. 1-2, s. 394; EKŞİ, *Yetki*, s. 12; Vahit DOĞAN, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, MHB, Ergin Nomer’e Armağan, 2002, C. 22, S. 2, s. 122.

⁸⁷ Çekişmesiz yargı kapsamında verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm gücünü sahip olmadıklarından değiştirilebilirler. Fakat bu görüş, günümüzde genellikle terk edilmiştir. Çekişmesiz yargı, öğretilerde dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı işleri dışında kalan ve şeklen mahkemelerce görülen genelde karara bağlanması istenen bir talep ya da olgu veya durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde somutlaşan işler kastedilmektedir. Geniş anlamda çekişmesiz yargı, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra, *özel hukuka ilişkin işlemleri bizzat düzenlemek veya onaylamak suretiyle, onlara resmiyet kazandırma işi*, terekeye ilişkin işler, nüfus sicili, tapu sicili, gemi sicili ve ticaret sicili gibi resmi sicillerin tutulmasıyla bir takım tescil işlerini de kapsamaktadır. Çekişmesiz yargı işlerinin pek çoğunda ortada bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu nedenle çekişmesiz yargının maddî anlamda yargı olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, yargısal fonksiyon organik (şekli) ölçüt de hesaba katılarak belirlendiğinde çekişmesiz yargı işleri bağımsız mahkemelerce ve yargılama usulleri izlenerek yapıldığından yargısal fonksiyona dâhil sayılmaktadır. Çekişmesiz yargı işleri ile somut özel hukuk işlerine ilişkin olarak hukuk düzeni gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, yargı fonksiyonu, organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merci ve ajanlar, yani bağımsız ve yansız mahkemeler tarafından yerine getirilirken, idari fonksiyon bağımsız olmayan idare ajanları tarafından yerine getirilmektedir. Türk hukukunda 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuku Muhakemeleri Kanunu’nda zikredilen çekişmesiz yargı işlerinin tümünün mahkemelere tevdi edilmiş olması da, kanımızca, çekişmesiz yargı işlerinin birer yargısal faaliyet sayılması yönünde ileri sürülebilecek ilave bir gerekçe olarak değerlendirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.II, B.6, İstanbul 2001, s.1468-1471.

bağlandığında, maddî anlamda kesin hüküm ifade etmemesi gerekir. Ancak, kanaatimizce HMK m. 388’de belirtilen durumun kanuni istisnası MÖHUK m. 57/1’de zikredilmektedir. Buna göre tenfizine karar verilen yabancı ilamlar Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi icra olunur. Tanıma kararları bakımından da tenfize ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinde (MÖHUK m. 58/1-2) aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bu sonuç ise şudur: HMK m. 388’in kanuni istisnası olarak MÖHUK m. 57 ve 58’e göre çekişmesiz yargı işi olan tanıma ve tenfiz talepleri kesinleşmesi sonrasında Türk mahkemelerinde verilen kararlar gibi icra olunur, kesin delil teşkil eder ve kesin hüküm olarak kabul edilir⁸⁸. Bu durum da yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi sonrasında, kararın çekişmesiz yargı işi sonucuna bağlı olarak *şekli anlamda kesin hüküm etkisine sahip olan yabancı mahkeme kararının maddi anlamda kesin hüküm kuvveti*⁸⁹ şeklinde açıklanmaktadır^{90, 91}. *Şekli anlamda kesin hüküm etkisine sahip olan yabancı mahkeme kararının maddî anlamda kesin hüküm kuvvetine* sahip olan karar

⁸⁸ Doktrinde Sakmar, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi işleminin ayrıca bir işlem olduğu, kazai bir işlemin sonucunda meydana geldiği ve asıl kararın altına yazılmaksızın, bağımsız bir şekilde ayrıca bir karar olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. SAKMAR, *İlam*, s. 56. Farklı nitelikteki karar ve görüşler bkz. TEZGEL, s. 223-224, GÜVEN, s. 209, TIRYAKIOĞLU, s. 96.

⁸⁹ NOMER, DHH, s. 532-533; GÜVEN, s. 185.

⁹⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2012/11697 K. 2012/16596 T. 2.7.2012: “*Hemen belirtmelidir ki, her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararları-istisnalar dışında- icra kabiliyeti de taşırlar. Ne var ki, hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımayan mahkeme kararları da bulunmaktadır. Bir mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu birlikte taşıyıp taşımadığı, kesin hüküm teşkil eden o mahkeme kararının hukuki niteliğine göre belirlenir. Aynı sonuç yabancı mahkeme kararları için de söz konusudur. Kesin hüküm, bir uyumsuzluğu nihai olarak ortadan kaldıran ve o hususun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vafıdır ve kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple yeniden kaza organı önünde muhakeme konusu yapılamamasıdır. İstisnalar dışında icra kabiliyeti olan kararlar; hem maddi hem de şekli kesinlik taşıyan kararlardır. Maddi anlamda kesin hükmün, taşıdığı niteliğin gereği olarak, iki sonucu bulunmaktadır: kararın kesin delil teşkil etmesi ve aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple dava açılması halinde karşı tarafın kesin hüküm itirazında bulunabilmesidir. İşte yabancı mahkeme kararının tanınmasının hukuki gerekçesini, kararın kesin hüküm kuvveti oluşturmaktadır.”*

⁹¹ Tanıma ve tenfiz kararının yabancı mahkeme kararının altına veya ayrıca yazılmasının, Türk mahkemesinde verilen tanıma ve tenfiz talebinin niteliği hakkında ayrıca bir etkisi olmadığını savunmaktayız. Zira yabancı mahkeme kararı tanıma ve tenfiz kararı sonrasında artık yabancı olmaktan çıkar ve Türk mahkemesi kararı olarak işlem görür. Bu anlamda şekli anlamda kesin hüküm etkisine sahip yabancı mahkeme kararının, maddi anlamda kesin hüküm kuvveti olarak anlaşılmalıdır. Bu durum yukarıda açıklandığı üzere HMK m. 388’in kanuni bir istisnası olan MÖHUK m. 57’nin bir sonucudur.

demek bu anlamda bir maddî anlamda kesin hüküm değil, maddî anlamda kesin hüküm kuvveti olarak açıklanmaktadır.

Daha önce de açıklandığı üzere çekişmesiz yargı kararlarının birçoğu inşai etkiye sahiptir. İnşai etkinin bir sonucu olarak bu kararlar yeni bir durum meydana getirirler. Bu nedenle çekişmesiz yargı kararlarının esas anlamda değiştirilememelerinin sebebi *şekli anlamda kesin hüküm etkisine sahip olan yabancı mahkeme kararının maddî anlamda kesin hüküm kuvveti* etkisinden ziyade, inşai karar sonuçlarından kaynaklanmaktadır. Tanıma ve tenfiz kararının sonrasında ortaya çıkan durum için de aynı husus geçerlidir. Bunun tek istisnası yine HMK'da belirtilen çekişmesiz yargı kararlarının gerekçesi açıklanmak üzere değiştirilmesidir.

Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi yönünde davacı tarafından Türk mahkemelerinde istenen talebe ilişkin, davalının olası itirazı durumunda dava çekişmeli bir dosya halini alır mı? Zira tanıma ve tenfiz taleplerinin nitelik olarak çekişmesiz yargı işine haiz olmasının temel nedeni, Türk hâkimin yabancı mahkeme kararının niteliği hakkında genel bir kanuni değerlendirme yapması isteminden kaynaklanmaktadır. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi talebi sonrasında davalıya itiraz hakkı MÖHUK m. 55/2 uyarınca tanınmıştır. Davalı taraf hâkimin re'sen inceleyeceği konular dışında kalan hususlar hakkında inceleme yetkisine haizdir. Bu noktada yabancı ilamın kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olması ile birlikte, kamu düzeninden kaynaklanan bir engelin olması veya yabancı mahkemede görülen dava esnasında davalı tarafa itiraz ve savunma hakkının tanınmadığı gibi itiraz taleplerinin gündeme gelmesi mümkündür. Bu durumda hâkim belirtilen durumun incelemesini kanuni sınırlar içinde tartışacak ve karar verecektir. Ancak kanaatimizce bu durumda yine bir çekişme meydana gelmeyecektir. Zira çekişmeli yargının temelinde olan davanın esasına dâhil olan dava konusu hakkındaki ihtilafa ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Burada ise davanın esasına dair bir değerlendirmeden daha çok kanuni şartların yerine getirilmesi hususunda var olan bir kanuni itiraz müessesesi mevzu bahistir. Bu durum da mevcut hâl bir çekişmeli yargı işine sokmamaktadır⁹².

⁹² Ancak, hâkim yapmış olduğu inceleme sonrasında tanıma ve tenfize ilişkin kanuni şartların sağlanmadığına hükmeder ise davayı reddedecektir. Bu durum da yabancı mahkeme kararının tanınmasını ve tenfiz edilmesini, Türkiye sınırları içinde kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğurmasına mani olacaktır. Mahkemenin istemin reddi halinde vereceği

Sonuç

Çalışmamızın temelini oluşturan tanıma ve tenfiz taleplerinin hukuki niteliği konusunda varmış olduğumuz sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Tanıma ve tenfiz taleplerinin niteliği bakımından Türk hukukunda adı kesin ve net konulmamış bir durum söz konusudur. MÖHUK'te tanıma ve tenfiz talepleri hakkında kanun koyucunun ifade ettiği “*talep, karar vb.*” ifadelerden hareketle, denilebilir ki tanıma ve tenfiz süreci bir dava değil; taleptir. Bu durum da tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı işi olduğuna dair ilk izlenimi vermektedir.

2. Tanıma ve tenfiz talepleri mahkeme sonucunda verilen kararın *hüküm* niteliği olmadığı için taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi *şekli anlamda sona erdirirken* ve *maddi* anlamda sona erdirmez. Böylece tanıma ve tenfiz talepleri *kesin hüküm* içermediği için bir *dava* değildir. Bu nedenle verilen mahkeme kararı da bir *hüküm* değil, *talep sonucudur*. Tanıma ve tenfiz taleplerinde *davacı* ve *davalı* terimlerine bu nedenle başvurulamaz.

3. Çekişmesiz yargı kararları kural olarak sulh hukuk mahkemelerinde görülmektedir. Ancak tanıma ve tenfiz kararlarının asliye mahkemelerinde görülmesi, genel kuralın bir istisnasını teşkil eder. Bu durum tanıma ve tenfiz taleplerini çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkarmaz. Kanunda izin verilen istisnanın uygulanmasıdır. Yine yetki konusunda HMK m. 383 ile MÖHUK m. 51 arasındaki farkın temel kuralın istisnası olduğu sonucu ortaya çıkmıştır.

Tanıma ve tenfiz taleplerinin MÖHUK m. 51'de belirtildiği üzere görev ilişkisi hakkında asliye mahkemelerinin görevli olduğu vurgulanmıştır. Asliye mahkemeleri ile asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olması sonrasında verilen pek çok Yargıtay kararında iş, aile ve ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan husumetlerde verilen kararların çelişkili olduğu görülmüştür. Pek çok kararda ihtisas mahkemelerinin

karar esasa ilişkin kesin hüküm kuvvetinde olacaktır. Kanaatimizce bu durumda tarafların, kararın uygulanmasının önündeki engeller nedeniyle yeniden Türk mahkemelerinde dava açmaları gerekecektir. Elbette, bu durumda açılacak olan dava yeni bir dava olacağından, bu davanın konusunun çekişmeli veya çekişmesiz olması çalışmamızın konusu sınırlarının dışındadır. Sadece şu kadar belirtilmelidir ki, açılacak olan yeni davada, yabancı mahkeme tarafından verilen ancak Türkiye'de tanınması ve tenfiz edilmesi hakkında kanuni engel olan karar, tarafların ileri sürmesi durumunda takdiri delil olarak değerlendirilecektir.

tanıma ve tenfiz kararlarında görevli olduğu vurgulanırken, bazı kararlarda da asliye mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Tanıma ve tenfiz taleplerinin *revision* yasağı gereğince esasına girilemeyecek kararlar olması ve nihayet ihtisas mahkemelerinin kuruluş amacının uyuşmazlığı ihtisas bakımından yetkin hâkimlerce değerlendirilecek oluşu, tanıma ve tenfiz kararları gibi mahkemenin işin esasına girmeyeceği talepler bakımından ihtisas mahkemelerinin görevli kabul edilmesi kamu düzeninden kaynaklanan görev ilişkisinin ihlal edilmesi ve gereksiz olarak ihtisas mahkemelerine iş yüklenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle MÖHUK lafzına uygun olarak tanıma ve tenfiz talepleri bakımından görevli mahkeme asliye mahkemeleridir.

4. Tanıma ve tenfiz talepleri basit yargılama usulüne tabidir. Bu durum MÖHUK'ta belirtilmiştir. Ancak, MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz taleplerinin asliye mahkemelerinin görev alanına girdiği düzenlemesi, tanıma ve tenfiz taleplerinin HMK'da sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği düzenlemesi ile çelişmemektedir. Zira MÖHUK ifadesi, HMK ifadesinin kanuni istisnasını oluşturmaktadır. Bunun yanında tanıma ve tenfiz taleplerinde kural olarak *re'sen araştırma ilkesi* geçerlidir. Ancak vakıa olarak kabul edilecek olan MÖHUK m. 54/c-ç bentlerinde belirtilen hallerde taraflar itiraz edebilir; bu durumun mahkeme tarafından kabul edilmesi sonrasında, uyuşmazlığı çekişmeli yargı işine dâhil eder. Ancak bu durumda taraflarca getirilme ilkesi kabul edilebilir.

5. Tanıma ve tenfiz talepleri, çekişmesiz yargı taleplerinde olduğu üzere hukuki yararı olan herkes tarafından istenebilecektir.

6. Tanıma ve tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı işi olmasının uygulamaya ilişkin en büyük etkisi, kanun yoluna ilişkin talepler bakımından değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. HMK m. 362'de açıkça belirtildiği üzere çekişmesiz yargı kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz; yalnızca istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Bu nedenle diğer şartlar sağlansa dâhi, tanıma ve tenfiz talepleri çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle istinaf kanun yolundan öteye başvuru yolu kapalı kararlardır.

7. Çekişmesiz yargı kararı olarak tanıma ve tenfiz talepleri maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Yabancı mahkeme kararının eda, tespit, inşai olması türüne bakılmaksızın, Türk mahkemesinde verilen tanıma ve

tenfiz talebi inşai etkiye sahip yenilik doğuran bir karardır. Bu nedenle *şekli anlamda bir kesin hüküm etkisine sahip yabancı mahkeme kararının, maddî anlamda kesin hüküm kuvveti olarak tanımlanmaktadır.*

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya/ DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010.
- ALANGOYA, Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vaktalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul, 1979.
- ALBAYRAK, Ahmet, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara, 2013.
- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara, 1960.
- ARAT, Tuğrul, *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-4, Ankara, 1964, s. 421-422.
- ARSLAN, A. Serkan, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara, 2013.
- AYGÜL, Musa, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C: 31, S: 2, T. 2011, s. 83-121.
- AYGÜN, Mesut, *Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066.
- BAŞÖZEN, Ahmet, *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara, 2010.
- BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara: 2016.
- BELGESAY, M. Reşit, *HUMK Şerhi, I Teoriler, C.III, İspat ve Hüküm Teorileri*, İstanbul, 1951.
- BERKİ, O. Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku*, C. II, 4. Bası, Ankara, 1961.
- ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul: 2016.
- DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara, 2001.
- DOĞAN, Vahit, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Ergin Nomer'e Armağan, 2002, C. 22, S. 2.

- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- EKŞİ, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- EKŞİ, Nuray, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Mahkeme Kararları*, (Yargıtay Kararları), İstanbul, 2009.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabileceğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi* (Karar Değerlendirmesi), Milletlerarası Hukuk Bülteni, C: 32, S: 1, 2012, s. 33-50.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Tanıma ve Tenfiz), İstanbul, 2013.
- EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2013, S. 2, s. 1-30.
- ERİŞİR, Evrim, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, XII Levha, İstanbul, 2013.
- ERMAN, Eyüp Sabri, *Hüküm Nedir, Nasıl İttihaz ve Tefhim Olunmalıdır?*, Adalet Dergisi (AD), Sayı 1, 1974, s.1.
- GÜVEN, Pelin, *Tanıma-Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2013.
- HUYSAL, Burak, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 32, S. 1, 2012, s. 70-101.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2014.
- KONURALP, Haluk, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara, 1999.
- Baki KURU, *Nizasız Kaza*, Ankara, 1961.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 2, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 6, 6. Baskı, İstanbul 2001.

- KURU, Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- KURU Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, 2014.
- NAZİKİOĞLU, Işık, *Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3 - 4, 1950, s. 460-481.
- NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, C. 40, S. 1-2.
- NOMER, Ergin, *Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu*, (Yargıtay Kararları) Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 685-730. NOMER, Ergin, *Devler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 21. Bası, İstanbul (DHH).
- ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 1967.
- ÖNAL, *Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2881-2907.
- ÖZEKES, Muhammed, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin, Ankara, 1999
- ÖZUĞUR Ali İhsan, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Sözleşmeler ve İlgili Mevzuat*, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2008.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammed, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2015.
- SAKMAR Atâ, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, (Boşanma) 1972.
- SAKMAR, Atâ, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, (İlam), İstanbul, 1982.
- SİRMEN, K. Sedat, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mah-*

kemesinin Selin Aslı Öz-Türk/Türkiye Kararı, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, 2012, s. 1013-1023.

ŞANLI, Cemal, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak "Karar ve İlam Harcı"na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde "Görevli Mahkeme"ye İlişkin Bazı Sorunlar* (Sorunlar), İBD, C. 69, S. 10-12, 1993, s. 763-772.

ŞANLI, Cemal, *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Velayet) MHB 1996, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, Çocuk Hakları ve Çocukların Korunmasına İlişkin Ağırlıklı Sayı, s. 71-82.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / FİGANMEŞE-ATAMAN, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2015.

ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Ticari Akitler), 6. Bası, İstanbul, 2016.

SENSÖZ, Ebru, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Yayımlanmamış doktora tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 1996.

TOPUZ, Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karineler ile İspat*, Ankara, 2012.

TORAMAN, Barış, *Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2015, s. 1483-1523.

TÜRKCAPAR, Tahsin, *Mahkeme Kararlarında Gerekçe Zorunluluğu ve Takdir*, Yargıtay Dergisi (YD), Sayı 3-4, 1977.

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

YILDIRIM, M. Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.

25 EKİM 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMA
VE HUKUKİ YÖNLERİNE İLİŞKİN LAHEY SÖZLEŞMESİ
ÇERÇEVESİNDE ARABULUCULUK UYGULAMASI

APPLICATION OF MEDIATION IN THE FRAMEWORK
CONVENTION OF 25 OCTOBER 1980 ON THE CIVIL ASPECTS OF
INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN-GELGEL*

Öz

22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu bazı özel hukuk ihtilaflarının arabuluculuk usulü ile çözümlenmesine izin vermektedir¹. Mahkeme dışı alternatif bir usuli yol olan arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki ilişkilerden çıkan ihtilafların çözümünde tercih edilebilecektir. Ancak Kanun'un (HUAK m. 1) birinci maddesi gereği kamu düzeninden sayılan aile hukuku meselelerinde arabuluculuk çözümü kabul edilmemiştir. Dolayısıyla boşanma, ayrılık, velâyet, vesayet ve çocuk üzerindeki tüm haklardan doğan ihtilaflar arabuluculuk yolu ile çözülemeyecektir. Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi²'nde ve Sözleşme'nin uygulanmasına dair hazırlanan 5717 Sayılı Kanun³'da ihtilafların çözümünde dostane sulh yolu ile çözüm önerilmektedir.

Abstract

The Law on Mediation in Legal Disputes, which entered into force on 22 June 2012, allows some private law disputes to be resolved by mediation. Mediation as an alternative procedural mechanism outside of the court may be preferred in the settlement of disputes arising from legal relations in which the parties can freely dispose. However, the mediation solution has not been accepted in family law cases deemed to be in the public order

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, günseli.gelgel@istanbul.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 21.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 28.12.2017.

6325 Sayılı HUAK 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir. RG: 22.06.2012-28331 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹ 6325 Sayılı HUAK 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir. RG: 22.06.2012-28331 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

² 03.11.1999 tarihli 4461 Sayılı Kanunla onaylanmış 15.02.2000-23965 tarih ve Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme için bkz., Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 384 dn. 644.

³ 20.11.2007 tarihli Kanun RG: 04.12.2007-26720.

pursuant to the first article of the Law (HUAK Article 1). Therefore, divorce, separation, guardianship, custody and any disputes arising from all rights on the child will not be solved through mediation. Turkey is party to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and prepared for implementation of the Convention on the Law No. 5717. In both these regulations are also proposed an amicable solution with the way the peaceful settlement of the conflict.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi, Çocuğun mutad meskenine İadesi, Arabuluculuk, Aile hukukunda arabuluculuk, Çocuk ile ilgili konularda arabuluculuk.*

Keywords: *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Return of child's habitually residency, Mediation, Mediation in family law, Mediation in child related issues.*

Giriş

Çocuğun yüksek yararını koruma amacı ile hukuka aykırı bir şekilde, mutad meskeninden alınmasını uzaklaştırılmasını veya alıkonulmasını ivedilikle çözmeyi amaçlayan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi aslında ihtilafı en çabuk ve çocuk lehine en sancısız biçimde çözmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle mahkemelerde geçecek uzun ve zorlu yolun, daha ılımlı yöntem olan sulh yolu ile çözülmesini hedeflemiştir.

Sözleşme'nin 7(c) maddesi gereği; “taraf devletlerin merkezi makamları, doğrudan ve dolaylı olarak yetkili makamlar nezdinde girişimde bulunarak sorunun dostane bir şekilde çözümlenmesi için gerekli önlemleri almalı veya aldırmalıdır” denilmektedir.

Sözleşme'nin arabuluculuk yöntemine bir ölçüde imkan tanıyan bu düzenlemesi karşısında Türk Hukukundaki durumun değerlendirilmesi makalemizin konusunu oluşturmaktadır.

Biz burada öncelikle arabuluculuk çözüm yolunun nasıl bir yöntem olduğunu ele aldık, ardından Sözleşme'nin tavsiye ettiği dostane çözüm usulünün uygulanmasında izlenen yolu anlatacağız. Son olarak da ihtilafın arabulucu yöntemi ile çözümlenmesinin nasıl imkân dahilinde olduğunu belirteceğiz.

I. Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır⁴. Alternative Dispute Resolution “arabuluculuk” yöntemi hızlı ve etkin bir çözüm yolu olarak sadece ulusal ihtilaflarda değil uluslararası ihtilaflarda da tercih edilmiştir.

Arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi lehine söylenenleri belirlersek bu yöntemin mahkemeler yanında niye alternatif olarak tercih edildiğini daha iyi anlarız.

A. Arabuluculuğun Tercih Nedenleri-Olumlu Yönleri

1. Hızlı Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk usulü hiç şüphesiz mahkemelerle mukayese edildiğinde daha hızlı ilerleyen bir yöntemdir. Zira “ortada bir uyuşmazlık varsa doğru olan bunun en kısa zamanda çözümlenmesidir” hedefi arabuluculuk yönteminin olumlu yönlerinden biri olarak belirlenmiştir⁵.

Yöntemin hızlı ilerlemesi meselenin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Zira arabuluculuk yöntemi ile taraflar kısa sürede bir araya gelip çatışma ve problemlerini kısa sürede tespit edebileceklerdir.

Tespiti yapılan problem diğer alternatif çözüm yollarının hemen hepsinden daha hızlı sonuçlanabilecektir. Mahkemelerdeki gibi bir yoğunluk olmadığı ve tek bir probleme odaklı olduğu için problem arabuluculuk

⁴ Süha TANRIVER, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim II, 2006-2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 3; Gonca Gülfem BOZDAĞ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S.1, 2016, s. 103 vd.; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Reddi Nedenleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 96 vd.; Lisa PARKINSON, *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)*, Çeviri: Nikbinlik Tercüme, Sorumlu Editör: Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, 2017, s. 17 vd.

⁵ *Temel Arabuluculuk Eğitimi (Katılımcı Kitabı)*, Eylül, 2017, s. 33; Seda ÖZMUMCU, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 274.

yöntemi ile daha hızlı çözüme kavuşturulabilecektir.

Geleneksel yöntemlerden farklı bir bakış açısı getiren arabuluculuk, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletecektir. Buna bağlı olarak zaman ve masraf kaybının da önüne geçilmiş olacaktır.

Menfaat ve İhtiyaç Odaklı Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk yönteminde, tarafların ihtiyaç ve menfaatleri temel alınmaktadır. İhtilafın sulh yolu ile çözümü amaçlanmaktadır. Oysa mahkeme yolu ile çözümden, herkes için geçerli olan kanunlar çerçevesinde mesele çözümlenmektedir. Objektif olarak uygulanan kanun ve usulün her somut olaya uygun bir çözüm bulması mümkün değildir. Oysaki arabuluculukta bu mümkündür. Zira her somut olayın ve ihtilafın ihtiyaçlarına uygun ve tarafların menfaatine odaklı çözümler arabuluculuk yönteminde uygulanabilmektedir.

İhtiyaca uygun çözümler üreten arabuluculuk yönteminin sonunda yapılan anlaşmaların fazlalılığı, ihtilafın taraflar arasında dostane çözüme kavuşturulmasının arzulanacağı neticesine bizi ulaştırmaktadır⁶.

Kontrolün Taraflarda Olduğu Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk çözümünün her safhası tarafların kontrolündedir. Zira arabuluculuk tarafların serbest iradesinin egemen olduğu bir yöntemdir. Taraflar kendilerini en tatmin eden çözümde anlaşacaklardır. Çözümü kabul edip etmeme içeriği ve şartları tamamen taraflara aittir.

Gerek mahkemeler gerekse hakemler marifetiyle ihtilafın çözümünde tarafların bu denli kontrolü ve yetkisi yoktur. İhtilaf biri lehine sonuçlanabilir. Bir diğer taraf sonuçtan memnun olmayabilir.

Arabuluculukta ise sulh odaklı bir çözüm usulü izlendiğinden çoğu zaman tarafların her ikisini de tatmin eden ve onların kontrolünde gelişen bir netice doğacaktır. Zira bu yöntemde kontrol taraflarda olmaktadır.

⁶ *Temel Arabuluculuk Eğitimi (Eğitici Kitabı)*, Eylül, 2007, s. 85; ÖZMUMCU, s. 387.

Gizli Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Mahkemeler gibi kamuya açık olmayan oturumlar dahilinde yapılan arabuluculuk yöntemi bu anlamda gizli bir yöntem olarak kabul edilir. Gizlilik tarafların sürece duydukları güven bakımından önemlidir.

Oturumların gizli yürütülmesi, sunulan belgelerin gizli tutulması ihtilafın çözümü için arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinde önemli nedenlerden biridir.

B. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

Gönüllülük İlkesi

Arabuluculuk taraf iradesine bağlı olup onların iradesi ile tamamlanan tamamen ihtiyari bir yöntemdir (HUAK m. 3/1). Bu sebeple arabuluculuk yönteminin temelinde “gönüllülük ilkesi” yatar⁷.

Tarafların arabuluculuğa gitmeleri bütünüyle onların iradesine bağlı olduğundan bu yöntemden yine kendi istek ve iradeleriyle vazgeçmeleri mümkündür. Bu serbesti bu çözüm yönteminin olumlu yönlerinden biridir. Arabuluculuk yöntemi tarafların kontrolünde işleyen bir yöntemdir.

Eşitlik İlkesi

Yargılamada eşitlik tarafsız ve bağımsız yargının temelini teşkil eder. Doğal hakim ilkesi bu felsefenin ürünüdür. Adil yargılama ilkesi, hakem veya hakemlerin uyması gereken temel ilkelerden biridir.

Adil olmayan bir yargılama sonucu verilen hüküm üst mahkemede bozma sebebi, hakem kararında iptal sebebi olacaktır. Fakat eşitliği temel alan adil yargılanma ilkesinin sarsılması ve bozulması durumunda tarafların hukuken korunan eşit olarak hak arama hakları bazen gecikmekte veya bir taraf lehine gerçekleşmektedir.

Arabuluculuk yönteminde eşitlik tarafların istediği şekilde işlemektedir. Tarafların bir uyum içinde çalışabilmeleri için tamamen eşit koşullar altında

⁷ PARKINSON, s. 27 vd., ÖZMUMCU, s. 388.

olmaları gerekmektedir. İhtilafı sonlandıracak olan tarafların bizzat kendisidir. Arabulucunun görevi, hakem ve hakimler gibi karar vermek değildir. Arabulucu ihtilafın tarafların anlaşması ile sonlandırılmasında aracı olmaktan öte bir vazifeye sahip değildir.

3. Gizlilik İlkesi

Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu 4. maddesi gizlilik ilkesini hükme bağlamıştır. Maddeye göre; “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür” denilmektedir.

Sürecin gizli yürütülmesi tarafların görüşmeler sırasında daha samimi ve dürüst olmalarını da sağlamaktadır⁸.

C. Arabuluculuğun Tercih Edilmemesi - Olumsuz Yönleri

Tarafın bu kadar yönetim ve idaresi altında yürüyen arabuluculuk yöntemi tarafların müzakerelere aktif bir şekilde katılması ile anlam kazanacaktır.

Tarafların pasif yaklaşımı, uzlaşma amaçlı olmayan gönülsüz yaklaşımları süreci tıkayacaktır⁹. Tarafların iradesi ile yürüyen bu yöntemin taraflardan kaynaklanan sebeplerden dolayı durması tıkanması arabuluculuk yönteminin olumsuz yönünü ironik bir şekilde ortaya çıkarmaktadır.

Bu sebeple arabulucuların eğitimi önemlidir. Hukuki konularda arabuluculuk yapan kişilerin iyi hukuk bilgilerinin yanısıra insan davranışı ve psikolojisinde de iyi bir eğitimden geçmiş olması gerekir. Özellikle niteliği icabı gayet hassas dengelerin olduğu çocuk ve aile odaklı meselelerde arabulucuların daha ciddi bir eğitim sürecinden geçmelerinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Arabuluculuk konusu olacak ihtilaflar hukuk sistemimizde tanımlanırken aile hukuku meseleleri hariç tutulmuştur. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu 1980 tarihli Sözleşme ve ardından çıkarılan 5717 Sayılı Kanun bir ölçüde

⁸ Geniş bilgi için, PARKINSON, s. 28 vd.

⁹ TANRIVER, s. 3-31.

arabuluculuk yöntemini ihtilafın çözümünde tavsiye eden tutum içindedir. Meselenin öncelikle tarafların uzlaşması ile çözüme kavuşturulmasını önermektedir.

Sözleşme niteliği ile bağlantılı olarak uyuşmazlık konusunu hızlı çözmeyi amaçlamıştır. Zira Sözleşme bir adli yardım sözleşmesidir. Bu çerçevede taraf devletlere merkezi makam ve aracı kurum belirleme yetkisini vermiştir. Bu kurumlar aracılığı ile bir an önce çocuğun hukuka aykırı olarak uzaklaştırıldığı mutad meskenine ulaşmasını temin etmek Sözleşme'nin esas amacıdır. Bu nedenle mahkemeden daha hızlı işleyen arabuluculuk yöntemi bu Sözleşme'nin amacına daha uygundur.

II. Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine İlişkin 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bağlamında Arabuluculuk

A. Genel Olarak

Sözleşme mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen 16 yaşından küçük olan çocuğun, eski mutad meskenine ivedilikle iadesini sağlamayı hedeflemekte ve bu konuda düzenleme yapmaktadır. Niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesi olan 1980 tarihli Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönüne İlişkin Lahey Sözleşmesi, taraf devletler açısından belirlenen merkezi makam ve ona bağlı aracı kurum vasıtasıyla prosedürün yürütülmesini düzenler.

İhtilafın çabuk ve tarafların, bilhassa “çocuğun çıkarına” çözümlenmesi önemlidir. Çocuğun yüksek menfaati, çocukla ilgili her sözleşmede olduğu gibi bu Sözleşme’de de öncelikli olarak korunmuştur.

Bu korunmayı sağlayacak önemli hususlardan biri hiç şüphesiz ihtilafın çözüm yolu olacaktır. Çocuğun en az ölçüde zarar görüp olumsuz etkileneceği çözüm yolu meselenin sulh sağlanarak dostane bir şekilde çözülmesidir. Bu noktada Sözleşme'nin 7. ve 10. maddelerinde ihtilafın uzlaşmacı metotla dostane araçlarla çözümü için taraf devlet merkezi makamlarına ve aracı kurumlarına görev verilmiştir.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, “ arabuluculuk” terimini doğrudan kullanmasa da bu konuda taraf devletlerin düzenleme yapmalarına bir ölçüde öncülük etmektedir. Sözleşme ihtilafın mahkemeye gitmeden veya mahkeme esnasında tarafların uzlaşması ile çözümlenebileceği hatırlatmasını yaparak

bu konuda aracı kurumlara tarafları yönlendirmeleri hususunda düzenleme getirmiştir.

Tarih itibariyle 80’li yıllar mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları denince tahkim yargılamasının anlaşıldığı yıllardır. Tarafların anlaşmasına dayalı arabuluculuk yöntemi bu yıllarda fazla bilinen bir yöntem değildi. Hele ki aile hukuku kaynaklı ihtilaflarda uygulanan bir yöntem hiç değildi.

Avrupa Birliği bünyesinde yapılan çalışmalara da baktığımızda 90’lı yılların sonu 2000’li yıllarda “arabuluculuk” yönteminin bir ihtilaf çözüm yolu olarak aile hukukunun bazı alanlarında uygulamasının kabulüne dair çalışmaların olduğunu görmekteyiz.

Avrupa Konseyi’nin Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R(98)1 Sayılı Tavsiye Kararında, boşanma ve ayrılık davalarında arabuluculuğun uygulanabileceği, ancak çocukların velayeti ile çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflarda uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁰.

Tavsiye Kararının 8. ilkesinde; aile hukukundan doğan sınırötesi ihtilaflarda özellikle çocuğun velayeti, korunması ve şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin uygulanmasının uygun olmadığı belirtilmiştir.

2008 yılında Avrupa Birliği bünyesinde kabul edilen 2008 tarihli Yönerge, Birlik üyesi devletler için arabuluculuk yöntemini alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak önermektedir¹¹.

Özellikle aile hukukundan kaynaklanan ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümünde taraflar arasında husumete sebep olacak unsurları kaldıran bir yöntem olacağı ifade edilmektedir¹². Sırf bu yönü ile bile sınırötesi aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin verimli olacağı ifade edilmiştir. Birlik nezdinde hazırlanan 2008/52/EC Yönergesi

¹⁰ Council of Europe; *Family Mediation, Recommendation No R(98)1 Explanatory Memorandum*.

¹¹ AB 2008/52/EC Sayılı belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi (2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008)0] 21 May 2008 L 136.

¹² Serhat ESKİYÖRÜK, *AB 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, (Çarşamba 29.10.2008), (Çevrimiçi) www.arabulucu.com.

24 Mayıs 2008 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir¹³.

Boşanma neticesinde verilecek velayet ve kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin kararlar niteliği itibariyle sadece tarafların ortak anlaşmasına bağlı tesis edilecek kararlar değildir. Çocuğun menfaati bu kararlarda taraf iradesinin önündedir. Bu sebeple bu tip ihtilafların kamu düzeni niteliğini çocuğun yüksek menfaatine bağlı olarak değerlendirdiğimizde, ihtilafın mahkeme önünde hükme bağlanmasının daha doğru olacağını düşünebiliriz.

B. Uluslararası Lahey Özel Hukuk Konferansları Bünyesinde Arabuluculuk İle İlgili Gelişmeler

Lahey Konferansı özel hukuk alanında sınırötesi işbirliğini hedefleyen ve bu amaçla kurulmuş bir kuruluştur.

Türkiye 26/8/1955 tarihinden beri bu kuruluşa üyedir¹⁴.

Kuruluşun yaptığı çalışmalara ilişkin temel araştırmalar Daimi Büro tarafından yapılmaktadır.

Kuruluşun son yıllardaki çalışmaları, uluslararası aile hukukunda arabuluculuk, diğer alternatif çözüm yollarına ilişkindir. Daimi Büro'nun işbirliği ile hazırlanan "İyi Uygulama Rehberi"nde aile ve bilhassa çocukla ilgili konularda ve özellikle 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin kapsamına giren konularda arabuluculuk yöntemi, ilk izlenecek usul olarak tavsiye edilmiştir¹⁵.

Daimi Büro'nun denetimi altında 2006 yılının Nisan ayında aile hukukuna ilişkin konularda arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin olarak bir alan tarama çalışması yapılmıştır.

Bu fizibilite raporu 2007 Nisan ayında Konsey'e sunulmuştur. Konsey Lahey Konferansına üye devletlere aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk usulünün uygulanmasına ilişkin öneride bulunmaları için 2007 yılının sonuna kadar süre vermiştir.

¹³ 0] 24 May 2008 – L136.

¹⁴ Hague Conference on Private International Law HCCH Members.

¹⁵ *Guide to Good Practice – Mediation*, s. 15, 19 vd.; BOZDAĞ, s. 119, dn. 65.

Konsey, 2008 Nisan ayında yapılan müzakereler neticesinde taraf devletlerde bu konuda yaşanan gelişmeler için “Daimi Büro”yu konuyu takip etmesi için görevlendirmiştir¹⁶.

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansının hazırladığı 1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’ni tamamlayan iki Sözleşme daha vardır. Bunlardan ilki Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’dir¹⁷. Diğeri ise 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme’dir¹⁸.

Bu üç Sözleşme adeta birbirini tamamlayan sözleşmelerdir. Bunların dışında Türkiye’nin de taraf olduğu 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 2002 tarihli Uluslararası Evlat Edinme Sözleşmeleri çocuk hukukunda önemli uygulaması olan sözleşmelerdir.

Bu Sözleşmeler milletlerarası çocuk hukuku alanının aile hukuku haricinde bağımsız bir alan olarak gelişmesine ve tanımlanmasına geniş ölçüde hizmet etmiştir.

Lahey Konferansı sürecinde hazırlanan 1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’ne birçok devletin taraf olması, milletlerarası alanda bu ihtilafların daha çabuk ve çocuğun yararına hizmet edecek ölçüde daha adil çözümlenmesi gereksimini doğurmuştur. Bu anlamda milletlerarası davalarda adli işbirliğinin geliştirilmesi yönünde adımlar atılmıştır. Bunların neticesinde hukuk sistemlerinin farklılığının yarattığı problemleri gidermede en rahat çözüm yolunun arabuluculuk olduğu tespit edilmiştir¹⁹.

1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi adli işbirliğinin çözümü için atılan önemli bir adımdır. Ancak Sözleşme’ye Güney Afrika ve Fas dışında Afrika’da hiçbir devlet taraf olmamıştır. Aynı şekilde Ortadoğu’da yalnızca İsrail sözleşmenin tarafı olmuştur.

Afrika ve bilhassa Ortadoğu’da aile hukukunda örf adet hukukunun uygulanması farklılık yaratmakta ve problemlerin çözümünü

¹⁶ BOZDAĞ, s. 120, dn. 66.

¹⁷ RG: 17.11.2011-28115.

¹⁸ RG: 22.05.2016-29719.

¹⁹ PARKINSON, s. 268 vd.

imkânsızlaştırmaktadır. Örneğin Nijerya'da 350 etnik grubun olması ve bunların her birinin farklı örf adet hukuku uygulaması, bu alanda sınırötesi doğan problemlerin çözümünü zorlaştırmaktadır²⁰. Bu konuda Uluslararası Aile Mahkemesi ihtiyacı bile dile getirilmiştir²¹.

1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve ardından düzenlenen 1996 tarihli Çocuğun Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin uzmanlarının ve hakimlerinin bir araya gelerek başlattığı önemli çalışmalarından biri de Malta Süreci olarak bilinmektedir²².

Malta Süreci'nin odak noktası çocukla ilgili sınırötesi ihtilaflarda hukuk sistemi ve yapısı farklı olan sistemlerde yaşayan anne baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin nasıl kurulup yürütüleceğine ilişkin çözüm yollarının üretilmesidir.

“Malta Süreci”nin Çalışma Grubu içinde 12 devlet yer almıştır. Farklı sistemlerin yarattığı problemlerin çözümü amacı ile Çalışma Grubu'nda yer alan 6 ülke 1980 ve 1996 tarihli Sözleşmelere taraf olmayan ülkelerdir.

Malta Süreci'nin önemli neticeleri olmuştur. Bu neticelerden biri de hiç şüphesiz aile ve çocuk hukukuna ilişkin bazı konuların arabuluculuk yöntemi ile çözümünün mahkemeler nezdinde çözümlenmesine göre çocuğun yüksek yararına daha çok hizmet edeceğidir. Bu konuda yapılması gereken çalışmaların planı oluşturulmuştur.

Malta Süreci'nden sonra ikinci Milletlerarası Aile Adaleti Yargı Konferansında, Kara Avrupa ülkeleri dışında Anglo Sakson hukuku içinde yetişmiş hukukçular ve hakimlerle de çalışılmıştır²³.

C. Arabuluculuk Yönteminin 1980 Tarihli Sözleşme'de Uygulanabilmesi

Mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğun eski durumuna kavuşturulması, bu çerçevede iadesinin hızlı ve sancısız sonuçlanması

²⁰ PARKINSON, s. 270 vd.

²¹ PARKINSON, s. 270.

²² PARKINSON, s. 270.

²³ PARKINSON, s. 271.

istenilen en önemli sonuçlardan biridir. Çocuğun yüksek yararını ihlal etmeyecek ona zarar vermeyecek en iyi yöntem bu hukuka aykırılığın bir an önce tarafların uzlaşması ile ortadan kaldırılmasıdır.

Sözleşme 7. ve 10. maddelerinde merkezi makamlara ve aracı kurumlara ihtilafı öncelikle tarafları uzlaştırmaya yönlendirerek çözmeleri önerilmektedir.

Arbuluculuk yöntemi bu sebeple 1980 tarihli Sözleşme çerçevesinde uygulanması en yerinde uyumsuzluk çözüm metodudur. Bu sebeple öncelikle Sözleşme'nin konusunu, niteliğini, koruduğu menfaati ve tüm bunlarla birlikte getirdiği kavram ve usulü incelemekte yarar vardır.

Sözleşme'nin Uygulama Alanı – Niteliği – Amacı ve Getirdiği Hukuki Kavramlar

Bu Sözleşme uygulama alanı itibariyle çocuk ve ebeveyn arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen temel konuyu ele almaz. Bu çerçevede velayet ilişkisi, kişisel ilişki kurmadan doğan sonuçlar, çocuğun malları gibi konular bu Sözleşme'nin uygulama alanında değildir. Bu Sözleşme bu anlamda kanunlar ihtilafı kuralları içermediği gibi usule ilişkin tanıma tenfiz hükümleri de içermez.

Ancak Sözleşme usuli bir sözleşmedir. Şöyle ki, mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğu eski mutad meskenine tekrar ulaştırmak için gerekli adli yardım mekanizması bu Sözleşme'de düzenlenmiştir.

Taraf devletlerin merkezi makamlarına bağlı olan aracı kurumları vasıtasıyla bu usuli mekanizma işleyecektir.

Bu adli yardım mekanizmasının hızlı ve güvenli işlemesi çerçevesinde amaç çocuğun yüksek yararını korumaktır. Bu amacın sağlanabilmesi için, değişen mutad meskenin nasıl belirleneceği önemlidir. Daha açık ifade edecek olursak mutad mesken kavramı bu Sözleşme açısından önemli bir hukuki kavramdır.

a. Mutad Mesken. “Mutad mesken” hukuki kavramı Lahey Konferansı çerçevesinde düzenlenen milletlerarası sözleşmelerde

birinci derecede tercih edilen bağlama noktasıdır²⁴.

Son yıllarda çocukla ilgili düzenleme getiren velayet, vesayet ve nafaka gibi hukuki ilişkilerde bu kavram etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Ancak çocuğun anne ve babasından ayrı yorumlanan mutad mesken kavramı, bu Sözleşme'nin temelini dolduran ve amacını belirleyen bir kavram olarak uygulanmaktadır²⁵.

Çocuğun mutad meskeni anne babasından ayrı değerlendirilerek tespit edilecektir. Aslında bu niteliği ile tespit edilen mutad mesken kavramı çocuğun yüksek yararına geniş ölçüde hizmet edecektir. Dolayısıyla çocuğun yüksek yararı ilkesi çocuğun mutad meskeninin tespitinde anne ve babasından bağımsız değerlendirilerek bir ölçüde tesis edilmiş olacaktır.

b. Koruma Hakkı. Bir diğer hukuki kavram “koruma hakkı” kavramıdır. Sözleşme'deki “koruma hakkı” velayet ve vesayet gibi hukuki kavramların dışında değerlendirilecektir.

Burada kast edilen çocuğun mutad meskenini tesis ve temin edecek ölçüde kabul edilen bir hakkın varlığıdır. Hiç şüphesiz velayet hakkı sahibi anne baba bu hakka da sahiptir. Ama unutulmaması gereken her velayet sahibinin koruma hakkına da sahip olacaktır. Koruma hakkı sahibi sadece mutad meskenin tespiti ile belirlenecektir.

Bu sebeple velayet hakkının ihlali veya tesisi bu Sözleşme'nin konusunu teşkil etmeyeceği gibi, alıkonulma veya kaçırılma ihlalleri değerlendirilmesi yapılmadan bu konuda karar verilmeden çocuğun velayetine ilişkin kararlar değerlendirmeye alınamayacaktır.

Sözleşme görülmekte olan velayet davalarının askıya alınıp öncelikle iade meselesinin çözüme kavuşturulmasını açıkça ifade etmiştir (m. 16).

Türk hukuk uygulamasında yapılan en önemli hatalardan biri mahke-

²⁴ İlyas ARSLAN, *Milletlerarası Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 26 vd.; F. Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 56 vd.; Aysel ÇELİKEL/ Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 270 vd.; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 34.

²⁵ GİRAY, s. 66-67; ÇELİKEL/ERDEM, s. 277-279.

melerin iade davalarında velayetin tesisi ile ilgili tartışmalara girmesidir.

Fransa'dan altı aylık iken Türkiye'ye anne ve babası ile gelen bebeğin annesi tarafından alıkonulması üzerine baba tarafından talep edilen iade talebi ve akabinde açılan davalarda Türk mahkemelerinin velayet tartışmasına girmiş olması neticesinde 27 aylık bebeğin mutad meskeni olarak tespit edilen Fransa'ya iadesi neticesine varılmıştır²⁶.

Zira burada tespit edilmesi gereken iade için gerekli olan mutad meskenin neresi olduğudur. Velayet hakkı sahibinin tespiti ve bu noktada çocuğun annenin bakım ve şefkati altında olması sebebiyle veli olması konusu tartışılmamalıdır. Bu tartışma Sözleşme'nin uygulama alanının dışında başka bir hukuki süreçtir.

Nitekim İnegöl mahkemesi iade kararını verirken çocuğun bir an önce iddia edilen mutad meskenine kavuşmasını hedeflemiştir.

İnegöl mahkemesinin vermiş olduğu iade kararının kesinleşmesinden sonra, Bursa mahkemesi tarafların boşanmalarına ve çocuğun yaşı gereği velayetinin anneye verilmesine karar vermiştir²⁷.

İroni teşkil eden bu durum karşısında hukuki dayanağı farklı iki karardan bahsedilecektir. Babanın avukatı iki çelişkili karar karşısında yargılamanın iadesi için dava açmıştır. Ancak iki farklı hukuki sebep ve netice-i talebin olması sebebi ile Yargıtay yargılamanın iadesi talebini ret etmiştir²⁸.

Bu noktada Yargıtay'ın konuya yaklaşımı haklı ve yerindedir. Gerçekten iade talebi ve buna ilişkin verilen karar 1980 tarihli Sözleşme kapsamında çocuğun korunduğu mutad meskenine kavuşturulmasına ilişkindir. Bu davanın içeriği bununla sınırlıdır.

Velayet ve bu hakkın kimin tarafından kullanılacağı bu Sözleşme'nin uygulama alanı içinde değildir. Bu sebeple de söz konusu iade talebinin içeriğinin değerlendirilmesinde bu konu ele alınıp incelenmeyecektir.

²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 279 vd.

²⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 278, dn. 109.

²⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 280, dn. 111.

c. Sözleşme'nin Adli Yardım Niteliği. Sözleşme daha önce de ifade ettiğimiz üzere çocuğun bir an önce mutad meskenine iade edilmesini hedefleyen bu konuda merkezi makam tesis eden bir adli yardım sözleşmesidir.

Taraf ülkelerin merkezi makamları aracı makamlar vasıtasıyla bu iadeyi gerçekleştirecektirler. Pratik bir çözüm getiren Sözleşme taraf devletlerin merkezi makamları vasıtası ile milletlerarası alanda gayet çetrefilli olan ihtilafı çözmektedir.

Bu şekilde taraf devletlerin merkezi makamları yeri değiştirilen çocuğun rahat ve çabuk eski durumuna kavuşmasını sağlamaktadır.

Türkiye'de merkezi makam görevini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü yürütmektedir.

Merkezi makam bölgelerdeki Cumhuriyet Başsavcılıkları vasıtasıyla görevini yerine getirecektir. Aracı kurum olarak adlandırılan Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevi çocuğun iadesi için gerekli girişimleri yapmaktır.

d. Sözleşme'nin Konusu İçine Giren İade Davasının Tarafları. Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafın vekili sıfatı ile hareket edecektir. Tarafın vekili sıfatı ile dava açacaktır. Fakat öncelikle Sözleşme'nin 7. ve 10. maddeleri gereği tarafları sulh yapmaları, meseleyi dostane yollarla çözmeleri yolunda ikna edecektir. Bu noktada uzlaşmalarını sağlayacaktır.

Ancak uygulamada Cumhuriyet Başsavcılıklarının ceza hukuku alanında çalışmaları, bu görevi layiki ile yerine getirmelerine engel olmaktadır. Zira; sulhe gitmek, tarafları barıştırmak ve uzlaşmaya varmak konularında yardım etme girişimleri, içinde buldukları görevin ve öğretilerinin yapısına da ters düşmektedir. Bu sebeple çocuğun iadesi yolunda attıkları ilk adım yakalama, celp yolu ile çağırma olduğundan taraflar için ürkütücü olarak algılanmaktadırlar. Ancak prosedür aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının işlemi ile başlayacaktır.

Sözleşme gereği aracı kurum faaliyeti gösteren Cumhuriyet Başsavcılıkları dava ve takibe başlamadan taraf vekillerinin iade konusunda dava

açmaları da mümkün değildir²⁹. Bu problem meselenin sulh yolu ile çözümünde görevin aracı kurumlara verilmesi ile belki ortadan kalkmayacaktır. Ancak arabulucu olarak hareket edecek kişilerin, aracı makamın meseleyi ortaya koymasına ile bir an önce harekete geçmelerini sağlayabilir ve problemin tarafların anlaşması ile ortadan kalkmasını sağlayabilir.

Bu noktada iade talebinde bulunacak kişi ihtilafın bir tarafı diğeri ise karşı tarafıdır. Aracı makamlar ise adli yardım ve işbirliği sağlama noktasında devrededir. Yoksa davanın tarafları kişi ve onların karşısındaki aracı kurum değildir.

Taraflar, Sözleşme gereği (m. 8), anne veya baba olabileceği gibi çocukla bağlantılı başka gerçek kişi veya tüzel kişi ya da kurumlar da olabilir³⁰.

Nitekim bir ihtilafta Alman Duisburg Gençlik Dairesi çocukların üzerinde koruma hakkı sahibi olduğu iddiası ile çocukları Türkiye'ye getiren anne babaya iade davası açmıştır³¹.

Taraflar Alman Duisburg Gençlik Dairesi ile çocuğun anne ve babasıdır.

Alman Duisburg Gençlik Dairesi, anne ve babası ile Türkiye'ye gelen ve burada alıkonulan çocukların iadesini talep etmektedir.

Türk mahkemesinde dava açan Gençlik Dairesi, çocukların gerçek mutad meskeni olan Almanya'ya iadesini talep etmiştir. Körfez Aile Mahkemesinde görülen bu davaya Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müdahil olarak katılmıştır.

Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ailenin çocuklar üzerinde velayet görevini yerine getirmesinde bir sakıncanın olmadığını güvence altına almak için hasta ve bakıma muhtaç olan çocukların tedavi ve bakımının Bakanlığın gözetimi altında olacağı teminatını vermiştir. Bunun üstüne Alman Duisburg Gençlik Dairesi davadan feragat etmiştir. Mahkeme iade davasını feragat nedeniyle ret ederek, hükme bağlamıştır.

Bu örnek de; yabancı vesayet makamının iade talebi ile dava açtığını

²⁹ Adalet Bakanlığının 65(1) Sayılı Genelgesi. Ayrıntılı bilgi için Ziya AKINCI/Cemile DEMİRGÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 256.

³⁰ EKŞİ, s. 389-390.

³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 272, dn. 98.

ve taraf sıfatına haiz olduğunu görmekteyiz. Zira Sözleşme gereği koruma hakkı sahibi olacaklar anne baba ve ailenin diğer fertleri dışında tüzel kişiliğe sahip kurum ve makamlar da olabilecektir (m. 8).

e) Sözleşmenin Kapsamına Giren Çocuk. Sözleşmenin uygulanabilmesi için koruma altındaki çocuğun 16 yaşından gün almamış olması gerekmektedir. Bu konu yaşın zaman olarak hangi tarihten itibaren hesaplanması gerektiği noktasında doktrinde tartışılmıştır³². Ancak burada makul yaklaşımın sözleşmenin niteliğine bakılarak bir değerlendirmenin yapılmasıdır. Sözleşme bir adli yardım Sözleşmesi olduğundan 16 yaş sınırlamasının bu niteliğe uygun olarak uygulanması gerektiği kanaatini paylaşıyoruz³³. Buna göre çocuğun iadesi için başvuru 15 yaşında iken yapılmış olup ancak bu başvurudan sonra çocuğun 16 yaşından gün almış olması halinde Sözleşmenin artık bu ihtilafa uygulanamayacağı görüşünderiz.

f. Sözleşmenin Konusu Olan İade Talebinin Süre Kısıtlaması İçermesi. Sözleşmeye göre çocuğun alıkonulma veya kaçırılmasından itibaren tarafların bir yıl içinde iade için yetkili makamlara müracaat etmesi gerekmektedir (m. 8). Bir yıl geçtikten sonra yapılan müracaatlar çocuğun yeni yaşantısına alıştığı gerekçesi ile reddedilecektir.

Sözleşmenin koruduğu en vazgeçilmez menfaat çocuğun yüksek yararlarıdır. Yeni hayatına alışan çocuğun tekrar eski yaşamına döndürmek onun yararına bir netice doğurmayacaktır. Bunun dışında çocuğun mutad meskenine yeniden kavuşması biran önce sonuçlanması gereken bir durumdur. İşte bu nedenle de süre kısıtlaması getirilmiştir. Bu sürenin tek istisnası iade edilmesi için yapılan itiraza dayalı olarak söz konusu devletin insan haklarının korunması ve temel ilkelere izin vermeyen bir devlet olmasıdır (m. 20). İşte bu durumda bir yıllık süre geçmiş olsa bile çocuğun bu devletten iadesi için talep ve dava açılabilir. İnsan hakları ihlalinin yoğun olarak yaşandığı bir devletten söz edebilmek için, bu ihlallerin bir devlet politikası olarak kendi içinde yürütülmesinin olağan karşılanması ile ölçümlenmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Cinsler arası ayrımcılığı bir hukuk nizamı olarak kabul eden veya belli cins ve kültür ve dinden olanlara farklı muamele öngören devletlerde Söz-

³² GİRAY, s. 45; ÇELİKEL/ERDEM, s. 273.

³³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 273.

leşmedeki insan hakkı ihlalinin gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Ama buna mukabil olağan durumun dışında savaş hali bu anlamda bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmemiştir. Savaş halinde olan İsrail'e iade edilen çocuğa karşı yapılan bu sebebe dayalı itirazda, tek başına savaş hali bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmemiştir³⁴.

Her somut olayın niteliğine uygun olarak değerlendirilmesi gereken bu itirazın geçerliliği ülkenin içinde bulunduğu durumdan ziyade meşru saydığı kuralların ışığında genel olarak insan hakları ihlali doğurması neticesine bağlı olarak değerlendirilecektir.

g. Çocuğun Yüksek Yararı. Sözleşmenin amacı çocuğun yaşam alanına bir an kavuşmasını sağlamaktır. Yüksek yarar çocuğun mutad meskeni ile şekillenmektedir. Çocuk sosyal yaşantısı içinde alıştığı ortamda genellikle mutludur ve gelişimi burada sağlıklı olacaktır. Ancak Sözleşme bazı hallerde bu mutad meskenin çocuğun yüksek yararına hizmet edemeyeceğini de tespit ettiği için iadeye itiraz sebeplerinde saymıştır (m. 13 ve m. 20). Bu ret sebeplerine bakıldığında aslında hepsinin çocuğun yüksek yararını sağlamaya, onu korumaya yönelik olduğunu görmekteyiz. Buna göre;

- Koruma hakkının etkin şekilde yerine getirilmemesi
- Çocuğun bakımını üstlenmiş koruma hakkı sahibinin yer değiştirmeye muvafakat etmesi
- Çocuğun psikolojik ve fiziki risk altında olması

Bütün bunlar somut olayın verilerine göre değerlendirilecektir. Çocuğun rızası isteği onun ruhi ve psikolojik açıdan risk altında olup olmadığını belirlemede hiç şüphesiz dikkate alınacaktır. Her somut olayda çocuk için risk ve tehlike teşkil edecek hususlar değerlendirilecektir. Bu nedenle, çocuğun yüksek yararına hizmet eden, bu amaçla hareket eden Sözleşmenin uygulanmasında tercih edilen yöntem ve usul kanaatimizce çok önemlidir. Özellikle iade işlemini başlatan ve yürüten "Aracı Kurumunun" yaklaşımı, problemi ele alışı şekli ve çözüm usulü çok önemlidir.

³⁴ AKINCI/GÖKYAYLA, s. 290 vd.

2. Sözleşmede Öngörülen Usul ve Yetkili Makam Olarak Aracı Kurumun Görevleri

Sözleşmenin uygulanması ile ilgili her devlette bir merkezi makam ve aracı makam tesis etmesi öngörülmüştür (m. 6). Sözleşme ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin 5717 sayılı Kanun gereği; Türkiye açısından merkezi makam Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüdür. Merkezi makama gelen dosya bölgesine bağlı olarak görevli aracı kurumlar vasıtası ile yürütülecektir.

Aracı Kurum; çocuğun iadesi için gerekli hukuki prosedürü başlatacak yetkili organdır. 5717 Sayılı Kanun gereği Türkiye’deki aracı kurum Cumhuriyet Başsavcılıklarıdır. Daha önce de ifade ettiğim üzere hukuk öğretisi ve pratiğini ceza hukuku alanında geliştiren Cumhuriyet Başsavcılarının aile hukukunun en hassas konularından biri olan çocuk ile ilgili bu tip ihtilaflarda aracı kurum olarak yetkilendirilmesi ne derece yerindedir tartışılabilir.

İade prosedürünü başlatacak ve yürütecek olan aracı kurumun görevlerini şu şekilde sıralayabiliriz.

a) 5717 sayılı Kanunun 5(b) maddesi gereği aracı kurum, merkezi makamın yönlendirmesi ile ihtilafın taraflar arasında dostane çözümü için gerekli girişimlerde bulunacaktır. Öncelikle çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveynden kendi rızası ile çocuğu iade etmesini isteyecektir.

b) Çocuk bulunamıyor veya yeri tespit edilemiyorsa çocuğun bulunmasını sağlayıp bu yönde arama işlemlerini kolluk vasıtasıyla yürütecektir.

c) Çocuğun kaçırılması ve yerinin değiştirilmesinin her an ihtimal dahilinde olduğu veya çocuğun bir zarara uğramaması için alınması gereken idari veya adli tedbirlerin alınmasını sağlayacaktır. Yurt dışı yasağı, çocuğun şehir veya ülke değiştirmesinin yasaklanması gibi tedbirleri alacaktır.

d) Çocukla ilgili bilgi toplamak da Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevidir. Bu çerçevede çocukla ilişkili kişilerden ve sosyal çevresinden bilgi tedarik edebilecektir.

e) Karşı taraf devlet aracı kurumunun faaliyet ve görevlerini takip edebilmek ve kavrayabilmek de aracı kurumun görevleri arasındadır. Bu sebeple bu sözleşmenin başka devletlerde uygulanmasına ilişkin bilgi ve verileri toplayacaktır.

f) Meselenin dostane şekilde çözümünün sağlanamaması neticesinde, iade davasının açılması yönünde prosedürü başlatacaktır. Uygulamada Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından başlatılmayan iade davalarına ilişkin kararlar Yargıtay'da bu kanuna aykırılıktan dolayı bozma sebebi oluşturmaktadır. Dolayısıyla taraf avukatlarının harekete geçmesi için öncelikle Cumhuriyet Başsavcılıklarının prosedürü başlatması gerekmektedir.

g) Bu çerçevede iade davalarında taraf avukatları ile birlikte ve onlara yardım ederek bizzat yargılamanın içinde yer alacaklardır.

h) Netice itibariyle çocuğun yerine iadesi ve dönüşünü sağlamak da aracı kurumun görevi içindedir.

Cumhuriyet Başsavcılıkları sözleşmenin işleyişini temin etmek amacı ile karşı tarafın aracı kurumu ile uyumlu biçimde gerekli bilgilendirmeleri de sağlayacaktır. Bu çerçevede çıkabilecek tüm engellere ilişkin tedbirleri alacak yeterlilik ve öngörüye sahip olmaları gerekir. Bu konuda, Cumhuriyet Başsavcılıklarının uluslararası uygulamaya ve bu konularla ilgili bilgi donanımına haiz, hukukçu olarak eğitim almaları gerekmektedir. Ceza hukuku öğretisi kadar uluslararası hukuk, aile hukuku ve çocuk hukuku alanlarında eğitim alması gerekmektedir. Ancak bu yeterlilik derecesinde olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının, daha pratik bir çözüm yolu olarak prosedürü başlatıp tarafların gönüllü dostane çözüme gitmeleri yönünde arabuluculuk yöntemini önermeleri mümkün olabilecektir.

Bu çerçevede uyuşmazlığın nasıl ve ne şekilde aracılık yöntemi ile çözüleceğini gösteren hukuki bir düzenlemeye de ihtiyaç vardır. Bu tip ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümü meselenin en zararsız ve acısız çocuğun menfaatini en iyi şekilde koruyacak şekilde hallolmasını sağlayacaktır.

D. 1980 Tarihli Sözleşme Çerçevesinde Arabuluculuk Çözüm Yolunun Hukuki Dayanağı

Sözleşmenin 7. ve 10. maddeleri tek başına meselenin arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi için yeterli değildir. Bu alanda özel bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç sözleşmenin amacına bağlı olarak doğmaktadır. Çocuğu en az zarar göreceği şekilde mutad meskenine ulaştırmak tarafların uzlaşması ile gerçekleşebilir.

Bu çerçevede dayanağını Sözleşmenin bizzat hükümlerinden alan arabuluculuk çözüm yolunun bu ihtilafların çözümünde birinci yol olarak tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinin olumlu yönlerini sayacak olursak şöyle sıralayabiliriz.

- Arabuluculuk çözüm yolu çocuğun yüksek menfaatine diğer yargı yollarına nazaran daha çok hizmet edecek bir yöntemdir. Mahkeme sürecinde yaşanan yıpranma bu süreçte yaşanmayacaktır. Tarafların anlaşması uzlaşması ile yürüyen bu yöntemde çocuk kendisini daha rahat ve güvende hissedecektir.
- Daha kısa süren ve daha verimli sonuçların alınacağı bir yöntem olacaktır arabuluculuk. Bu konuda yetişmiş eğitim almış arabulucular nezdinde çözüme gidilineceğinden daha verimli neticeler alınacaktır. Ayrıca tarafların uzlaşmacı tutum içinde olmaları meselenin gereğinden fazla uzamasına da engel olacaktır. Zamandan tasarruf edilecektir.
- Müzakereler tarafların gönüllü katılımıyla gerçekleşecektir. Bu sebeple çocuğun da müzakerelere katılımı daha rahat olacaktır. Çocuk uzlaşmalı geçen bu süreçte daha güvenli ve huzurlu olacağından, kendisi ile ilgili bu süreçte gerekirse açık iradesini daha rahat dile getirebilecektir.
- Arabuluculuk yönteminde müzakerelerin gizliliği de bu tür ihtilaflar için tercih edilme sebeplerinden biridir. Mahkemeler gibi kamuya açık oturumlar olmayacağından taraflar ve özellikle çocuk bu yöntem içinde daha rahat ve güvenli hareket edeceklerdir.

E. Türk Hukukunda Yapılması Gerekenler

Türk hukukunda arabuluculuk yöntemine ilişkin hukuki düzenleme daha önce de ifade ettiğimiz üzere yakın zamanda yapılmıştır.

22 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı kanunla Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girmiştir. 26 Ocak 2013'de de kanunun Uygulama Yönetmeliği çıkmıştır.

Kanun hem milli hem de yabancılık unsuru taşıyan tüm arabuluculuk

faaliyetlerine uygulanmaktadır (m. 1). Bu nedenle yabancılık unsuru taşıyan ilişkiler için farklı bir milletlerarası arabuluculuk kanunu yapmaya ihtiyaç yoktur.

Türk hukukunda arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dahil tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları için uygulanabilmektedir (m. 1).

Tarafların sulh veya kabul yolu ile üzerinde anlaşabildikleri ahdi ticari ilişkiler arabuluculuk yolu ile çözülebilecektir.

Aile hukukuna ilişkin hususlar kamu düzeninden kabul edildiği için arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyecektir (m. 1). Zira bu konular üzerinde tarafların serbest tasarruf yetkisinin olmadığı ifade edilmektedir.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların mevcut düzenlemede arabuluculuk yöntemi ile çözümü mümkün olmamakla birlikte bu konuya ilişkin olarak Türkiye’de birçok çalışma yapılmaktadır³⁵.

Bu anlamda, toplumsal uzlaşmanın sağlanması ile bu tip ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümünün yaratacağı endişelerin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Bu sebeple toplumsal uzlaşmanın ne olduğunu belirlemekte yarar vardır.

1. Toplumsal Uzlaşma

Toplumsal uzlaşma sosyolojide kullanılan bir terimdir. Anlamı, belli bir toplumu ya da toplumsal kümeyi oluşturan bireylerin düşünce, duygu, eylem uyumluluğu olarak ifade edilmektedir³⁶.

Bireylerin farklılıklarından kaynaklanan çatışmaların nasıl çözüleceğinin belirlenmesi gerekir. Aile hukukundan kaynaklanan birçok ihtilaf eşlerin farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Ailede eşlerin uzlaşmacı bir tutum içinde olabilmeleri eşit hareket etmeleri gerekir. Ancak toplumun bireylere yüklediği farklı kimlikleri sebebiyle birinin diğerine nazaran daha baskın

³⁵ Bilgi için Baran DOĞAN, *Arbuluculuk Nedir*, <https://barandogan.av.tr/blog>. Ayrıca bkz. Adalet Bakanlığının Avrupa Konseyi ile yürüttüğü çalışmalar için *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı ve Eğitimci Kitapları*, Eylül 2017.

³⁶ Bkz. <https://nedir.ileilgili.orgstoplumsal+uyu>.

olması çatışmaya sebep olacaktır.

Toplumsal uzlaşa bu farklılıkların fark edilerek çatışma ortamının ortadan kaldırılması ile sağlanabilir.

Aile içi çatışmaların en önemlisi toplumsal cinsiyete dayalı farklılıktan kaynaklanmaktadır. Arabuluculuk mekanizmasının aile hukukuna dayalı ihtilaflarda sağlıklı işleyebilmesi için toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçilmelidir.

2. Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrım

Toplumsal cinsiyet farklılığı aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin taraflar arasında eşit olarak yürütülmesini engellemektedir.

Arabuluculuk yöntemindeki temel ilkelerden birisinin eşitlik ilkesi olduğunu söylemiştik. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahip olmalıdırlar. Tarafların eşit koşullarda ihtilafın çözümünde anlaşmaları arabuluculuk yönteminin adil bir yöntem olarak uygulanması için temel ilke olmaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda karı kocanın farklılıklarının cinsiyete dayalı olarak toplum içinde kabul görmesi bu anlamda birinin diğerinden daha güçlü algılanması çatışma ortamının doğmasına sebep olacaktır.

Çatışmanın olduğu bir ortamda ise ihtilafın arabulucu yöntemi ile çözümü mümkün olmayacaktır. Bu farklılıklardan kaynaklanan güce dayalı dengesizliklerin öncelikle çözülmesi gerekmektedir. Güce dayalı dengesizlikler eşitliğin eşit koşulların ve uzlaşmacı çözümün düşmanıdır.

Toplumdaki kadın ve erkeğin farklılığından kaynaklanan güç dengesizliklerinin üç temel düzeyi tespit edilmiştir³⁷.

- Kişisel ve Psikolojik Farklılıklara Dayalı Güç İlişkileri: Bi-reyin becerileri ve doğuştan gelen rolü ve kişisel özellikleri ile ilgilidir. Bu anlamda toplumun kadına ve erkeğe vermiş olduğu rollerin farklılığı önemlidir. Kız çocuklarının güzel,

³⁷ *Temel Arabuluculuk Eğitimi, (Katılımcı Kitabı), s. 55-56.*

erkek çocuklarının güçlü olmasının olumlu karşılanması bu farklılıkların kadın ve erkek de ayrı ayrı aranması toplumsal cinsiyetten kaynaklanan eşitsizliğe sebep olarak gösterilmektedir.

- Söylemsel ve Kültürel Farklılıklara Dayalı Güç İlişkileri: Cinsiyete dayalı meslekler ile açıklanmaktadır. Toplumda kadın işi erkek işi gibi yapılan ayrımlar cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır.
- Yapısal Alan: Kişilerin, kaynaklara erişimi açısından farklı toplumsal konumlarda yer almaları olarak ifade edilmektedir. Bu alan geniş anlamda toplumda yaratılan ırkçı ayrımcılık olarak da ifade edilmektedir. Kadın ve erkek bağlamında toplumun yapısı ile açıklanmaktadır. Ataerkil dediğimiz erkek egemen toplumlarda erkeklerin daha fazla konularda söz sahibi olmaları yapısal alanda eşitsizliği doğurmaktadır.

Toplumsal cinsiyete dayalı bu farklılıkların arabuluculuk yönteminde olumsuz etkiler yaratmaması için arabuluculuk eğitiminin bu farkındalıklara dikkat çekilerek verilmesi gerekir.

Aile hukukundan kaynaklanan ihtilafların bu sebeple daha farklı eğitim almış arabulucular vasıtasıyla çözümlenmesi gerekir. Aile hukukundan doğan ihtilafları çözecek arabulucuların toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın bilincinde hareket etmesi gerekmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık aile hukuku ilişkilerinde kadın ve erkeğin uzlaşmadan uzaklaşması sonucunu doğuracağından bu ihtimalde arabuluculuk yöntemi işlemeyecektir. Çatışmanın olduğu alanda buna dayalı şiddetin olduğu alanda arabuluculuk olamaz.

3. Farklı Cinsler Arası Çatışma ve Şiddet

Aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin tarafların uzlaşması halinde uygulanması gerekir. Tarafların ihtilafı bu şekilde çözme konusunda tam bir anlaşma içinde olmaları gerekir. Bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin ihtiyari olarak tercih edilmesi gerekir.

Türk hukukunda aile hukuku alanında en fazla gündeme gelen konulardan biri de aile içi şiddet meseleleridir.

“Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” 8 Mart 2012’de yürürlüğe girmiştir³⁸. İstanbul Sözleşmesi olarak da adlandırılan bu Sözleşme şiddet tanımını oldukça geniş tutmuştur.

Şiddet, kadın ve erkek arasındaki bu farklı algının sonucu olarak beş farklı boyutu ile ele alınmıştır.

Buna göre şiddet;

- Fiziksel,
- Cinsel,
- Psikolojik,
- Ekonomik,
- Kültürel olabilmektedir.

Cinsiyete dayalı farklılığın bu beş olguda şiddeti doğuracağı ifade edilmiştir.

Arabuluculuk yöntemi hiç şüphesiz bu şekilde sayılan şiddet ortamından herhangi birinin yer alması halinde, aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda, uygulanmayacaktır.

4. Aile Hukuku Konuları ve Arabuluculuk Yöntemi

Türk hukukunda aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflar Medeni Kanunumuzun aile kitabında ele alınmış konulardır.

Tarafların anlaşmalı olarak boşanmaları mümkündür (MK m. 166/3). Türk hukukunda eskiden bir tabu gibi görülen anlaşmalı boşanma artık bir

³⁸ RG: 08.03.2012-28227 (mükerrer).

boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir³⁹.

Boşanma sürecinde tarafların üzerinde anlaşacağı konular malların paylaşımı ve nafaka olarak sıralanabilir. Bu konularda tarafların anlaşmasını yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Ancak velayet ve kişisel ilişki konularının Türk hukukunda tarafların anlaşması ile çözülecek konulara dahil edilmesi tartışılmaktadır.

Tarafların boşanmadan sonra velayeti anlaşarak ortak yürütmeleri Türk hukukunda kabul edilmemektedir (MK m. 336). Ancak sınır ötesi ihtilaflarda bazı hukuk sistemlerinin bu konularda anlaşmayı kabul etmesi boşanmadan sonra da anlaşmalı olarak ortak velayetin bu sistemlerde olması, bu hukuklara dayalı kararların tenfizinde kamu düzeni engelini tartışılır hale getirmiştir. Bizde olmayan anlaşmalı ortak velayete artık Türk doktrini “asla” olmaz gözü ile bakmamaya başlamıştır⁴⁰.

Arabuluculuk yönteminin aile hukukunun boşanma, mal rejimi, nafaka ve hatta velayet konularına uygulanabilmesi için çalışmalar yapılmaktadır. Bu konuda arabuluculuk eğitimi özel olarak aile arabuluculuğu olarak verilmektedir.

5. Çocukla İlgili Konularda Arabuluculuk

Az önce ifade ettiğimiz üzere çocukla ilgili konularda tarafların arabulucuya gitmeleri bu şekilde ihtilafın çözümünü istemeleri bilhassa velayet konusunda anlaşmalarının hukuken kabul edilmesi tartışmalıdır⁴¹.

Aile hukuku içinde tarafların üzerinde serbest tasarruf edeceği konular vardır. Boşanma bunlardan biri olmaktadır. Ancak karı kocanın kendileri hakkında verecekleri karar dışında çocukları hakkında vereceği kararlar

³⁹ Ergin NOMER, *Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 14, S. 2, 1984, s. 95; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, 1996, s. 46-47; Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 51-53.

⁴⁰ Ancak uygulamada ortak velayeti kabul eden mahkeme kararları vardır. İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E. 2009/448, K. 2009/470. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 702/dn. 290; EKŞİ, s. 547-548 vd.

⁴¹ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 160-161; yazar velayet kararının tarafların anlaşması ile tesis edilemeyeceğini belirtmiştir.

hakkında da serbest tasarruf yetkilerinin olduğu konusu tartışılabilir.

Aile hukukunda mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu benimseyen hukuk sistemlerinde bile bu konularda kısıtlamalara gidilmektedir⁴².

Çocukla kurulacak velayet ilişkisinde bu hakkı kullanacak olan ebeveyn kadar çocuğun da rızasının alınması gerekir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine göre, çocuğu ilgilendiren meselelerde çocuğun görüşü alınmalıdır. Sözleşmenin 12. maddesine göre; akit devletler, yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına özen göstermek mükellefiyeti altındadırlar. Bu sebeple çocukla ilgili konularda tarafların arabuluculuğa gitmeleri hassas bir konu olmaktadır.

Bu noktada uzlaşma yönteminde çocuğun da iradesinin açık olarak var olması halinde arabuluculuk yöntemi ile ihtilafın çözülmesi kabul edilebilme-lidir. Kanaatimizce arabuluculuk yöntemi çocukla ilgili alınacak kararlarda onun iradesinin alınması koşulu ile kabul edilebilir. Bunun yanısıra bu konuda özel yasal bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Yasal düzenleme dışında bu konuda eğitim alan arabulucuların diğer konulara kıyasen daha farklı alanlarda da eğilmeleri gerekir. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ve özellikle çocuk hakları konularında eğitim almaları gerekmektedir.

6. 1980 Tarihli Sözleşme Çerçevesinde Arabuluculuk

Lahey Sözleşmesi çerçevesinde mutad meskeni değiştirilerek kaçırılan veya alıkonan çocuğun mutad meskenine iade edilmesi prosedüründe ilk tercih edilecek yöntem uzlaşmadır (m. 7/c).

Merkezi makam kendisi veya aracı kurum aracılığı ile çocuğun iadesi için hemen harekete geçecektir. Bu çerçevede çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü önerebilecektir.

Bu noktada çocuğu kaçıran veya alıkoyan kişinin anlaşmaya yönelmesini

⁴² İngiliz hukukunda ve Galler'de aile hukukuna ilişkin usul kurallarını düzenleyen kanun (art 3/3) gereği aile hukuku alanında mahkeme dışı alternatif çözüm yolları kabul edilmektedir. Wendy KENETT, "It's Arbitration, but Not as We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution", Int. Journal of Law, Policy and Family, Vol 30, 2016.

sağlayabilecektir. Merkezi makam, aracı kurum vasıtasıyla taraflar arasındaki bu ihtilafı uzlaşmacı bir yol izleyerek çözecektir. Aracı kurumun taraflar arasında dostane çözümü önermesi aslında görevlerinden biri olmaktadır.

Sözleşmenin 10. maddesinde de uzlaşma içinde iadenin gerçekleşmesi için taraf devlet merkezi makamlarının gerekli önlemleri alacağı ifade edilmiştir.

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönleri Hakkındaki Kanun gereği de öncelikle dostane çözüm yolu önerilmiştir.

Aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılığı, öncelikle çocuğu alıkoyan veya kaçıran kişinin rızası ile iade edilmesini sağlayacaktır. Kanun gereği (m. 8) taraflar arasında dostane bir çözümün sağlanması için girişimlerde bulunması gerekir. Adalet Bakanlığınca yayınlanan 65/1 No'lu Genelge'ye göre; Sözleşmenin uygulanmasında çocuğun rıza ile tesliminin öncelikli olarak tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Zira iade sürecinde doğacak ihtilaflar ve mahkeme sürecinin çocuk için yarattığı olumsuz etkiler hiç şüphesiz bilinen bir gerçektir.

Dava devam ederken taraflar arasındaki gerginlik çocuk için tahammül edilmesi zor bir noktaya gelebilir. Bu sebeple bu konuda uzlaşmaya varılarak meselenin sulh yolu ile çözüme kavuşturulması çocuğun lehinedir.

Uzlaşma yöntemi Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da da öngörülmüştür⁴⁴. Kanunun 7. maddesine göre, aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmezden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldıklarını tespit ederek bunların sulh yolu ile çözümünü teşvik edecektir.

Çocuğun iadesi prosedürünü yürütecek savcının taraflara sulh olmaları konusunda telkinde bulunması önerilmekle beraber bu konunun uzlaşma ile çözümünde yapılması gerekenler 5717 Sayılı Kanunda düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce 5717 sayılı kanunda savcıların tarafları arabuluculuk yöntemine yöneltmesi açıkça ifade edilebilirdi.

⁴³ Adalet Bakanlığınca yayınlanan 01.03.2008 tarihli 65/1 No'lu Genelgenin II. Bölümünün 1. Kısmı 12 No'lu Paragraf.

⁴⁴ GİRAY, s. 211.

Aracı kurum ihtilafın çözümünde taraflara arabuluculuk yöntemine başvuracakları noktasında telkinde bulunabilirdi. Hiç şüphesiz bu konuda açık bir hükmün olması halinde bu imkan taraflara sunulabilir. Ancak halihazırda 5717 sayılı kanun bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin uygulanmasına cevaz vermemektedir.

Arabuluculuk yöntemi kanaatimizce kaçırılan çocuğun iadesine ilişkin ihtilaflarda tercih edilecek en iyi yöntemdir. Ancak bunun en iyi yöntem olması için yapılması gereken özel hukuki düzenleme yanında bu konuda alınacak arabuluculuk eğitimlerinin de daha farklı içerikli olması gerekir. Netice itibariyle 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi Sözleşmenin niteliğine uygun olduğu kadar amacına da en iyi hizmet edecek uyumsuzluk çözüm yolu olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç

1980 tarihli Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Uygulama Kanunu gereği; mutad meskeni değiştirilen çocuğun eski durumuna iadesinde arabuluculuk yöntemi bir uyumsuzluk çözüm yolu olarak uygulanabilir.

Sözleşmenin 7. ve 10. maddeleri aynı şekilde Kanunun ilgili maddeleri; taraf devletlerinin merkezi makamlarının, öncelikle ihtilafın sulhe dayalı dostane çözümü konusunda girişimlerde bulunmasını önermektedir.

Bu çerçevede öncelikle yapılması gereken bu konuda Türk hukukunda hukuki alt yapının oluşturulmasıdır. 5717 sayılı Uygulama Kanununa konulacak hükümle bu yapılabilirdi. Zira burada sulh yolu dostane çözüm önerisi yapılmış olmakla birlikte bunun arabuluculuk yöntemi ile nasıl işleyeceği ifade edilmediğinden, taraflar bu şekilde sulhe mahkeme safhasında başvurabilecektir.

5717 sayılı Uygulama Kanunu; tarafların meseleyi arabuluculuk yöntemi ile nasıl çözeceğine ilişkin usul ve yöntemleri ana hatları ile belirleyebilirdi.

Bu çerçevede aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının, tarafları arabuluculuk yöntemine yönlendirmeleri öncelikle düzenlenebilirdi. Bu konuda hüküm getirilebilirdi. Ancak bu yöntemin işleminde usul için

bu konuda özel bir arabuluculuk düzenlemesinin yapılmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkan çocuk kaçırma ihtilaflarının çözümünde arabuluculuk başlığı altında özel bir kanuni düzenleme yapılabilir. Bu çerçevede prosedürü başlatacak olan Cumhuriyet Başsavcılıklarına, tarafları arabuluculuk yöntemine yönlendirmesi konusunda görev verilebilir. Böylelikle; Türkiye’deki ihtilaflar yetkili Cumhuriyet Başsavcılığının yönlendirmesi ile öncelikle arabuluculuk yolu ile çözülebilir.

Bu yasal düzenlemenin bu şekilde özellikle bu Sözleşmenin kapsamına giren konulara ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk çözüm yolu olarak yapılması daha yerinde olacaktır. Zira makalemizde de belirttiğimiz üzere aile hukukuna ilişkin meselelerde bilhassa çocukla ilgili konularda tarafların anlaşarak ihtilafı çözmeleri kamu düzeni endişesi ile kabul edilmemektedir.

Kamu düzeni kriteri çocukla ilgili konularda çocuğun yüksek yararını koruma yönünde bu amaca yönelik yorumlanmaktadır. Bu sebeple boşanma neticesinde verilen velayet ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar sadece tarafların anlaşmasına bağlı olarak verilemez.

Bu noktada çocuğun dinlenmesi özellikle uzmanlar eşliğinde dinlenmesi şarttır. Bu sebeple bu ihtilaflarda arabuluculuk çözüm yöntemi bugün için oldukça radikal bir adım olacaktır.

Ancak mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğun eski durumuna iadesi sözleşmenin de önerdiği gibi arabuluculuk yöntemi ile çözülebilir. Zira burada velayet ilişkisi ve kavramları üzerinde bunlarla ilgili bir ihtilafın çözümü yoktur. Burada aslında çok hızlı ve pratik işlemesi gereken bir çözüm yolunun olabileceği bir ihtilaf vardır. Çocuğun mutad meskeninin ihlalinin bir an önce ortadan kalkması sözleşmenin amacıdır. Bu problemin hızlı ve pratik çözümü çocuğun yüksek yararınadır.

Çocuğun mutad meskenine bir an önce ulaşması için tarafların ortak bir anlaşmaya yönelmeleri aslında bir çığ gibi büyüyen ihtilafın hızlı ve sancısız bir şekilde çözülmesini sağlayacaktır.

Bu konuda sırf bu sözleşmenin kapsamına giren konulara yönelik Arabuluculuk Kanununun düzenlenmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Bu konuda yetişecek arabulucuların daha nitelikli bir eğitimden geçmesinin de şart olduğu kanaatini taşımaktayız.

Genel arabuluculuk eğitiminin yanı sıra bu sözleşmenin kapsamına giren konularda da eğitim almaları gerekir.

Kanaatimizce bu alanda çalışan arabulucuların,

- Milletlerarası özel hukuk konusunda ve özellikle sözleşmenin uygulama alanı içindeki konularda eğitim almaları gerekmektedir.
- Milletlerarası usul ve adli işbirliği yine bu arabulucuların alması gereken eğitimin içinde olması gereken konulardır.
- Ayrıca bu kişilerin cinsiyete dayalı toplumsal ayrımcılığın yarattığı neticeler konusunda da yeterli donanıma sahip olmaları gerekir. Bu sebeple bilhassa çocukla ilgili doğabilecek bu tip ihtilaflarda, şiddet ve tacize sebep olacak davranışların neler olduğunun farkındalığında olabilmeleri gerekir. Hangi davranışın şiddet olduğu şiddetin sadece fiziksel olmadığı, çocuğun birey olarak hak sahibi olduğu olgusunun göz ardı edilmesinin de tek başına şiddet olgusu içinde olduğu bilincinde hareket etmeleri gerekir. Bu yönde özellikle eğitilmeleri gerekir.
- Son olarak bu konuda arabuluculuk yapacak kişilerin iyi birer dinleyici olmaları ve uzlaştırıcı yapıya sahip olmaları gerekir. Çocuk ile ilgili olan bu ihtilaflarda bunun yanı sıra ayrıca çocuk konusunda bilgi sahibi olmaları gerekir. Çocuk yetiştirme, çocuk hakları, çocuğun ihtiyaçları, çocuğun yaşamında olumlu adımlar konusunda algıları gelişmiş kişiler olması gerektiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya; DEMİR GÖKYAYLA; Cemile; *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ARSLAN, İlyas; *Milletlerarası Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; *Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Reddi Nedenleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; “*Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016.
- ÇELİKEL, Aysel; ERDEM, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- DOĞAN, Baran; *Arabuluculuk Nedir*, <https://barandogan.av.tr/blog>.
- EKŞİ, Nuray; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ESKİYÖRÜK, Serhat; *AB 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, (Çarşamba 29.10.2008), (Çevrimiçi) www.arabulucu.com.
- GİRAY, F. Kerem; *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- KENETT, Wendy; “*It’s Arbitration, but Not as We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*”, Int. Journal of Law, Policy and Family, Vol 30, 2016.
- NOMER, Ergin; *Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 14, S. 2, 1984.
- ÖZMUMCU Seda; *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- PARKINSON, Lisa; *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)*, Çeviri: Nikbinlik Tercüme, Sorumlu Editör: Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, 2017.

ŞANLI, Cemal; ESEN, Emre; ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

TANRIVER, Süha; *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim II, 2006-2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Temel Arabuluculuk Eğitimi (Eğitici Kitabı), Eylül, 2007.

Temel Arabuluculuk Eğitimi (Katılımcı Kitabı), Eylül, 2017.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, 1996.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

BRÜKSEL I BIS TÜZÜĞÜ UYARINCA YETKİ ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ

VALIDITY OF JURISDICTION AGREEMENTS UNDER BRUSSEL I BIS REGULATION

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Zeynep ÖZGENÇ*

Öz

10 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe giren 1215/2012 sayılı Brüksel I bis Tüzüğü, Brüksel I Tüzüğü'nde yetki anlaşmalarının etkinliğinin artırılması amacıyla önemli değişiklikler getirmiştir. Ayrıca söz konusu değişiklikler ile Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu ile Brüksel I bis Tüzüğü'nün uyumlaştırılması da amaçlanmıştır. Bu gaye ile Brüksel I bis Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için yetki anlaşmalarının taraflarından en az birinin üye devletlerde ikâmet etme şartı kaldırılmıştır. Ayrıca yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine seçilen üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin hukukunun, kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil olmak üzere, uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Çalışmamız kapsamında ise Brüksel I bis Tüzüğü kapsamında yetki anlaşmalarının geçerlilik şartlarını Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda incelenecektir.

Abstract

Brussels I bis Regulation (EU) no 1215/2012, entered into force in January 2015, made significant significant amendments in order to improve the efficacy of jurisdiction agreements on Brussels I Regulation. With this amendments, it is aimed to harmonise with La Haye Convention on Choice of Court Agreement. For that purpose, residence clause of parties has been removed for implementing of article 25 of the Brussel I bis Regulation. Beside, this article regulates that court or courts shall have jurisdiction, unless jurisdiction agreements are null and void as to its substantive validity under the law of that Member State including choice of law rules thereof. Hereby, the object of this article is to examine the validity of jurisdiction agreements in accordance with the Court of Justice of The European Union, within the scope of The Recast Brussels I Regulation.

Anahtar Kelimeler: Yetki anlaşmaları, Brüksel I bis Tüzüğü, Yetki anlaşmalarına ilişkin La Haye konvansiyonu, Maddi geçerlilik, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

Keywords: Jurisdiction Agreements, Brussel I bis Regulation, La Haye Convention on Choice of Court Agreement, Substantive validity, Court of Justice of the European Union.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Bursa, Türkiye, zeynepm@uludag.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 21.02.2017; Makale Kabul Tarihi: 15.10.2017.

Giriş

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme ya da mahkemelerin yetki anlaşması¹ ile taraflarca kararlaştırılması hukuki öngörülebilirlik, davanın maliyetinin düşürülmesi ve bazı taraflar açısından kimi ulusal mahkemelerin hukuki imkânlarından faydalanılabilmesi açısından önem taşımaktadır². Bu nedenle, 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001 sayılı Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük'te³ (Brüksel I Tüzüğü) değişiklik yapılmasına karar verilmiştir⁴. Bu konuda Avrupa Komisyonu'nun getirdiği öneride, yapılan değişikliklerle yetki anlaşmalarının etkinliğinin artırılması da amaçlandığı belirtilmiştir⁵.

Aslında yetki anlaşmaları AB hukukunda ilk defa, Brüksel I Tüzüğü'nden önce 1968'te akdedilen ve 01.02.1973 tarihinde yürürlüğe giren Medeni

¹ Taraflar yetkili olmayan bir mahkemenin yetkili olduğunu ayrı bir yetki sözleşmesi ile kararlaştırabilecekleri gibi, esas sözleşme hükümlerine koydukları yetki şartı ile de yapabilirler. Bu nedenle, çalışmada yetki sözleşmesi deyimi yerine, her iki durumu da kapsayan yetki anlaşması terimi kullanılmıştır.

² Yetki anlaşmasının taraflara sağladığı kolaylıklar ve avantajlar hakkında bkz., Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Altıncı Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 76-78; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 89; Fügen SARGIN, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 27-33; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 2295-2318, s. 2301-2302; UYANIK Ayfer, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, İÜSBE yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 4; Tena RATKOVIĆ/Dora ZGRABLJIĆ ROTAR, *Choice-of-Court Agreements Under The Brussels I Regulation (Recast)*, Journal of Private International Law, Vol. 9, No 2, August, 2013, s. 245-268, s. 245.

³ İşbu Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:133054&from=EN> (e.t. 29.10.2016).

⁴ Brüksel I Tüzüğü yürürlüğe girene kadar geçen tarihsel ve hukuki süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ata SAKMAR/Nuray EKŞİ, *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konseyi Tüzüğü*, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, MHB, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 721-743.

⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (Recast), COM(2010) 748 Final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:EN:PDF> (e.t. 29.10.2016), s. 6.

ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine Dair Brüksel Sözleşmesi⁶ (Brüksel Sözleşmesi) ile düzenlenmiştir⁷. Brüksel Sözleşmesi madde 17 ile yetki anlaşmalarının geçerlilik şartları düzenlenmiş ve münhasırlık nitelik tanınmıştır. Bu Sözleşme, 2000 yılında Tüzük haline getirilerek Brüksel I Tüzüğü olarak anılmaya başlanmıştır⁸. Brüksel I Tüzüğü madde 23'te yetki anlaşması ile seçilen mahkeme ya da mahkemelerin yetkilerinin aksi kararlaştırılmadıkça münhasır olacağı hükme bağlanmıştır. Brüksel I bis Tüzüğü⁹ madde 25'te de aynı esas korunmakla birlikte, yetki anlaşmasının maddi geçerliliği, seçilen üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin hukukuna tabi kılınmıştır.

Bu çalışma kapsamında öncelikle Brüksel I bis Tüzüğü'nde yetki anlaşmalarına getirilen değişikliklerin temel nedenleri ile işbu Tüzüğün uygulama alanını ortaya koyacağız. Brüksel I bis Tüzüğü'nün uygulama alanına değinirken, Tüzük ile Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu¹⁰ (La Haye Konvansiyonu) arasındaki ilişkiyi inceleyeceğiz. Daha sonra

⁶ İşbu Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN) (e.t. 29.10.2016). Sözleşme'nin Türkçe tam metni için bkz., Türkçe metni için bkz. Burak ODER/Murat SAĞBİLİ, *Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma*, MHB, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, s. 73-100.

⁷ Brüksel Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahadır ERDEM, *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Brüksel Antlaşması'nın Hükümlerinin Türk Milletlerarası Yetki Kuralları ile Kararlaştırılması*, Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, MHB, Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 183-215.

⁸ Brüksel I Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahadır ERDEM, *Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt II, 2003, s. 1009-1026 ("Tüzük"); Bülent ÇİÇEKLİ, *Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı*, MHB, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e Armağan, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 179-202, s. 195-198.

⁹ 10.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren Brüksel I bis Tüzüğü madde 80 uyarınca, işbu Tüzük yürürlüğe girdiği andan itibaren 44/2001 sayılı Brüksel Tüzüğü'nün yerini almıştır.

¹⁰ La Haye Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz., <https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf> (e.t. 08.11.2016). La Haye Konvansiyonu'nun Türkçe metni için bkz., Ceyda SÜRAL, *Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında La Haye Konvansiyonu*, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2010, s. 1507-1522. Bu konu hakkında bkz. Feriha Bilge TANRIBİLİR, *30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007, s. 321-354.

ABAD kararları da dikkate alınarak Brüksel bis I Tüzüğü kapsamındaki yetki anlaşmalarının geçerlilik şartlarının neler olduğunu ve bu anlaşmaların geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinin nasıl yapılabileceğini irdeleyeceğiz.

1. Brüksel I bis Tüzüğü'nün Değiştirilme Sebepleri ve Uygulama Alanı

Lizbon Andlaşması'nın¹¹ 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından¹², diğer düzenlemelerle birlikte Brüksel I Tüzüğü'nün de yeniden ele alınmasına karar verilmiştir¹³. Tüzüğün kapsamına giren birçok hususta değişiklik yapılmasına rağmen, çalışmamız kapsamında yetki anlaşmaları bakımından getirilen değişikliklerin sebeplerinin neler olduğunu ortaya koymaya çalışacağız.

Ayrıca La Haye Konvansiyonu da AB hukukunun kaynakları arasında sayılmaktadır¹⁴. La Haye Konvansiyonu ile Brüksel I bis Tüzüğü'nün uygulama alanları çakıştığı¹⁵ takdirde hangi düzenlemenin esas alınacağı da

¹¹ Lizbon Andlaşması AB Kurucu Andlaşması ile AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma olmak üzere iki uluslararası hukuk işleminden oluşmaktadır. İlgili Andlaşmaların İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF> (e.t. 08.11.2016)

¹² AB Anayasası, Fransa (29.05.2005) ve Hollanda (01.06.2005) tarafından iç hukuklarında öngörülen prosedür gereğince referanduma sunulmuş; ancak bu referandum olumsuz sonuçlanmıştır. Bunun üzerine 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Andlaşması'nın hazırlanmasına kadar giden süreç gelişmiştir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kamuran REÇBER, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinler*, 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013, s. 35-47; Kamuran REÇBER, *Avrupa Birliği'nde Değişim İhtiyacı: Avrupa Toplulukları Ortadan Kaldırılıyor (Hukuksal Bir Analiz)*, Global Strateji, Yıl 3, Sayı 12, Kış 2008, s. 83-84.

¹³ Milletlerarası özel hukukunun Avrupalılaşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl ÖZKAN, *Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Devletler Özel Hukukuna Etkisi*, (ed. Işıl ÖZKAN/Ceyda SÜRAL/Uğur TÜTÜNCÜBAŞI), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınları, 2016, s. 1-23, s. 4-7.

¹⁴ AB'nin La Haye Konvansiyonları'na taraf olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, *Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü*, AÜHFD, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 17-49, s. 46-47.

¹⁵ Yetki Anlaşmasına İlişkin La Haye Konvansiyonu 01.10.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Birliği (Danimarka hariç), Meksika ve Singapur La Haye Konvansiyonu'nu

önem taşımaktadır¹⁶.

1.1. Brüksel I bis Tüzüğü'nde Yetki Anlaşmasına İlişkin Getirilen Değişiklikler

Brüksel I Tüzüğü'nde yapılan değişikliklerin en önemli sebebi, ulusal hukuklardaki farklı mevzuatların ve uygulamaların birbirine yakınlaştırılma çabasıdır. Bu kapsamda, yetki anlaşmalarına ilişkin getirilen yeni hükümlerin amacı şu şekilde açıklanabilir¹⁷:

(i) Yetki anlaşmalarına Brüksel I bis Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için taraflardan en az birinin üye devlette ikâmet etme şartı aranmamaktadır. Buna karşılık, Brüksel I Tüzüğü madde 23/I'e göre yetki anlaşmasının tesis edilebilmesi için taraflardan en az birinin üye devlette ikâmet etmesi gerekmektedir. Ayrıca Brüksel I Tüzüğü madde 23/III'te de üye devletlerde ikâmet etmeyen tarafların, yetki anlaşması ile seçtiği mahkeme veya mahkemeler yetkisizlik kararı vermedikçe, üye devlet mahkemelerinin davaya bakmaya yetkisi bulunmamaktaydı¹⁸. Her ne kadar Brüksel I Tüzüğü kapsamında âkit

onaylayarak yürürlüğe koymuştur. Amerika Birleşik Devletleri ile Ukrayna Konvansiyonu imzalamışlar; ancak henüz yürürlüğe koymamışlardır. Bu konuda bkz., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98> (e.t. 23.01.2017).

¹⁶ AB ise 04.12.2014 tarihli AB Bakanlar Konseyi Kararı ile La Haye Konvansiyonu'nu onaylamıştır. 2014/87/EU için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014D0887> (e.t. 23.01.2017). Bu konuda bkz. Mary KEYES/ Brook Adele MARSHALL, *Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical*, Journal of Private International Law, Vol. 11, No. 3, 2015, s. 345-378, (dn. 7), s. 347.

¹⁷ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Işıl ÖZKAN, "Avrupa Birliği Usul Hukuku", (ed. Işıl ÖZKAN/Ceyda SÜRAL/Uğur TÛTÛNCÜBAŞI), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınları, 2016, s. 25-100, s. 75-78.

¹⁸ Brüksel I Tüzüğü madde 23'te yetki sözleşmeleri şu şekilde hükme bağlanmıştır:

"1. *Âkit taraflardan en az birinin bir üye devlette ikâmet etmesi şartıyla tarafların, aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıklarda bir üye devletin mahkemesinin veya mahkemelerini yetkili kılmaları halinde bu mahkeme ya da mahkemeler yetki kazanır. Mahkemelerin bu yetkisi aksi kararlaştırılmadıkça münhasırdır. Yetkiyi veren böyle bir sözleşme şu şekilde yapılabilir:*

(a) *Yazılı olarak yapılmış veya onanmış olmalıdır veya*

(b) *Tarafların aralarında oluşmuş olan âdete uygun bir biçimde veya*

(c) *Milletlerarası ticarete örf ve âdete uygun olan ve tarafların bildiği veya bileceği veya bu tür bir akdi ilişkilerde genel olarak tanınan ve gözönüne alınan şekilde yapılmalıdır.*

² *Bir nühasının sürekli olarak temininin mümkün olduğu elektronik anlamdaki her türlü*

tarafardan birinin üye devlette ikamet etmediği yetki anlaşmalarının Tüzük kapsamına girmeyeceği düzenlenmişse de söz konusu tarafların üye devlet mahkemelerini yetkilendirmeleri durumunda, seçilen mahkeme yetkisizlik kararı almadıkça, diğer bir üye devlet mahkemesinin davaya bakmaya yetkisinin olmadığı hükme bağlanmaktaydı. İlk etapta bakıldığında bu hüküm, yetki anlaşmasının münhasırlığının olumsuz etkisi¹⁹ ile bağdaşır nitelikte kabul edilmekteydi²⁰. Daha net bir ifadeyle, üye devlette ikâmet etmeyen tarafların yetki anlaşması tesis ederek üye devlet mahkemelerini yetkilendirmeleri durumunda; seçilmeyen üye devlet mahkemesinin, seçilen mahkeme kendini yetkisiz saymadıkça yetkili kabul edilmemesi, yetki anlaşmalarının münhasır niteliğinin olumsuz etkisinin sonucu olarak görülmekteydi.

Ancak Brüksel I Tüzüğü madde 23/III'e göre seçilen üye devlet mahkemesi yetki anlaşmasının geçersizliğini ulusal hukuk kurallarına göre belirlemektedir. Buna karşılık yetki anlaşması ile üye devlet mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumunda; âkit taraflardan birinin üye devlette ikâmet etmesi halinde bu anlaşmanın geçerliliği Tüzüğe göre tespit edilmekteydi. Dolayısıyla konusu aynı; fakat tarafları farklı olan uyuşmazlıklarda, yetki anlaşmalarının geçersizliğine üye devletler farklı hukuk kuralları uygulayabilmekteydi. Bu durumun neden olduğu ikili uygulamaların ve belirsizliklerin önüne geçmek amacıyla Brüksel I bis Tüzüğü'nde yetki anlaşmalarına

iletişim "yazı" ile eşdeğerdir.

³ Üye devletlerde ikâmet etmeyen tarafların bu tip bir yetki anlaşması yapmaları durumunda yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkeme ya da mahkemeler yetkisizlik kararı vermedikçe diğer üye devletin mahkemelerinin davaya bakmaya yetkisi yoktur.

⁴ Bir "trust"ın kurucusu, mütevellisi veya imtiyaz sahibine karşı açılacak davalarda yazılı olarak yapılan trust sözleşmesi uyarınca yetkili kılınan üye devlet mahkemesi veya mahkemeleri, ilgili kişilerin trust alanındaki karşılıklı ilişkilerinden veya haklarından ve yükümlülüklerinden doğan uyuşmazlıklarda münhasıran yetkilidir.

⁵ Yetki sözleşmeleri veya trust sözleşmelerinin, madde 13-17 veya 21 hükümlerine aykırılık teşkil eden veya madde 22'de münhasır yetkili kılınan mahkemelerin yetkilerini bertaraf eden hükümleri hukuki sonuç doğurmaz."

¹⁹ Yetki anlaşmasının münhasırlığının iki etkisi söz konusudur: Olumlu etki, yetkisiz olan bir mahkemenin taraflarca yetkili hale getirilmesidir. Olumsuz etki ise, ulusal hukuk kurallarına göre yetkili olan bir mahkemenin yetkisinin kaldırılmasıdır. Bu konuda bkz. Quim FORNER-DELAYGUA, *Changes to Jurisdiction Based on Exclusive Jurisdiction Agreements Under The Brussels I Regulation Recast*, Journal of Private International Law, Vol. 11, No 3, 2015, s. 379-405, s. 379.

²⁰ FORNER-DELAYGUA, s. 384.

getirilen ikâmet şartı kaldırılmıştır²¹.

(ii) Brüksel I Tüzüğü'nün üye devletlerde uygulanmasına ilişkin Hidelerberg Raporu'nda²² ulusal mahkemelerin, yabancı unsurlu yetki sözleşmelerinin geçerliliğini dar yorumlama eğiliminde oldukları belirtilmektedir²³. Bu nedenle Brüksel I bis Tüzüğü madde 25'te²⁴ yetki anlaşmasının maddi geçerliliği konusunda uygulanacak hukukun seçilen mahkemenin ya da mahkemelerin hukuku olduğu düzenlenmiştir. İşbu Tüzüğün Dibase kısmı 20. paragrafta da seçilen mahkeme hukukuna üye devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının da dâhil olduğu düzenlenmiştir. Bu sayede, yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin AB'ye üye devlet mahkemelerinde birliğin sağlanması amaçlandığı ifade edilmiştir²⁵.

²¹ Bu konuda bkz. FORNER-DELAYGUA, s. 384.

²² Hidelerberg Raporu'nun İngilizce tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf (e.t. 08.11.2016).

²³ Hidelerberg Raporu, prg. 374.

²⁴ Brüksel I bis Tüzüğü madde 25'te yetki sözleşmeleri şu şekilde hükme bağlanmıştır: *"1. Âkit taraflar, yerleşim yerlerine bakılmaksızın, aralarında belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıklarda bir üye devletin mahkemesinin veya mahkemelerini yetkili kılmaları halinde bu mahkeme ya da mahkemeler, ilgili üye devlet hukukuna göre maddi anlamda geçersiz olmadığı müddetçe, yetki kazanır. Mahkemelerin bu yetkisi aksi kararlaştırılmadıkça münhasırdır. Yetkiyi veren böyle bir sözleşme şu şekilde yapılabilir:*

- (a) Yazılı olarak yapılmış veya onanmış olmalıdır veya
- (b) Tarafların aralarında oluşmuş olan âdete uygun bir biçimde veya
- (c) Milletlerarası ticarete örf ve âdete uygun olan ve tarafların bildiği veya bileceği veya bu tür bir akdi ilişkilerde genel olarak tanınan ve gözönüne alınan şekilde yapılmalıdır.

² Bir nüshasının sürekli olarak temininin mümkün olduğu elektronik anlamdaki her türlü iletişim "yazı" ile eşdeğerdir.

³ Bir trustın kurucusu, mütevellisi veya imtiyaz sahibine karşı açılacak davalarda yazılı olarak yapılan trust sözleşmesi uyarınca yetkili kılınan üye devlet mahkemesi veya mahkemeleri, ilgili kişilerin trust alanındaki karşılıklı ilişkilerinden veya haklarından ve yükümlülüklerinden doğan uyuşmazlıklarda münhasıran yetkilidir.

⁴ Yetki sözleşmeleri veya trust sözleşmelerinin, madde 15-19 veya 23 hükümlerine aykırılık teşkil eden veya madde 22'de münhasır yetkili kılınan mahkemelerin yetkilerini bertaraf eden hükümleri hukuki sonuç doğurmaz.

⁵ Yetki veren bir sözleşmenin asıl sözleşmenin bir parçası olarak tesis edilmesi halinde, yetki anlaşması esas sözleşmeden bağımsız kabul edilir. Yetki anlaşmasının geçerliliğine, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasıyla itiraz edilemez."

²⁵ Komisyon Raporu, s. 9.

(iii) Gerek Brüksel I Tüzüğü gerekse de Brüksel I bis Tüzüğü'nde yetki anlaşmaları, taraflarca aksi belirtilmediği müddetçe, münhasır niteliktedir. Ancak Brüksel I Tüzüğü'nde yetki anlaşmalarının münhasır niteliği ile bağdaşmayacak hükümler bulunmaktaydı. Şöyle ki; Brüksel I Tüzüğü'nde genel bir düzenleme ile hukuki sebebi ve tarafları aynı olan davaların iki farklı üye devlet mahkemesinde açılması durumunda, daha sonra başvuru mahkemenin ilk başvuru mahkeme yetkisini tespit edene kadar davaya re'sen ara vereceği, bu mahkemenin kendisini yetkili kabul etmesi halinde son başvuru mahkemenin yetkisizlik kararı vereceği hükme bağlanmıştı (madde 27). Keza birbirinden farklı üye devletlerin mahkemelerinde birbiriyle bağlantılı davaların açılması halinde de ilk davadan sonra açılan davanın görüldüğü üye devlet mahkemesinin davaya ara vereceği, taraflardan birinin başvurusu üzerine ilk dava açılan mahkemenin her iki davada da yetkili olması durumunda son başvuru mahkemenin yetkisizlik kararı verebileceği düzenlenmişti (madde 28). Ancak, yetki anlaşması ile belirlenen mahkemenin ya da mahkemelerin yanı sıra, bir başka üye devlet mahkemesinde derdest (*lis pendes*) veya bağlantılı davanın (*related action*) açılması halinde nasıl bir usûlün izlenebileceğine ilişkin Brüksel I Tüzüğü'nde herhangi bir hüküm yer almamaktaydı.

Derdest veya bağlantılı davalar hakkındaki bu hükümler, yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemeler hakkında da uygulanmaktaydı. Ancak bu durum münhasır niteliği göz önünde bulundurulduğunda yetki anlaşmaları ile yetkili kılınan mahkemenin, son başvuru mahkeme olması halinde birtakım sakıncaları da doğurabilmekteydi. İlk açılan mahkemenin yetki anlaşması ile seçilen mahkeme olmaması; buna karşılık son başvuru mahkemenin yetkilendirilen mahkeme olması halinde, yetkiye hangi mahkemenin karar vereceğine ilişkin Brüksel I Tüzüğü'nde açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Derdest veya bağlantılı davaları düzenleyen söz konusu hükümlerin uygulanması halinde ise davanın ilk açıldığı ve fakat yetki anlaşması ile seçilmeyen mahkeme kendi yetkisine karar verme yetkisini haiz görülmekteydi. Bu durumda, davanın son açıldığı ve fakat taraflarca yetkilendirilen mahkeme, yetkisiz mahkemenin kendini yetkili sayan kararı uyarınca davayı sonlandırmak zorunda kalabilmekteydi²⁶.

²⁶ ÖZKAN, s. 72-75; RATKOVIĆ/ZGRABLJIĆ ROTAR, s. 261-266; Felix M. WILKE, *The Impact of the Brussels I Recast on Important "Brussels" Case Law*, Journal of Private International Law, Vol. 11, No. 1, 2015, s. 128-142, s. 129-131; Ian BERGSON, *The Death of The Torpedo Action? The Practical Operation of The Recast's Reforms To Enhance the*

Bu nedenle Avrupa Komisyonu önerisinde, yetki anlaşması ile seçilen mahkeme ya da mahkemeler kendisini yetkisiz kabul etmediği müddetçe, aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak seçilmeyen mahkemede yargılama yapılmasının önüne geçilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, yetki anlaşması ile seçilen üye devlet mahkemesi ile yetkisiz mahkemede derdest davaların görülmesi halinde, yetkisiz mahkemenin –davanın açılma tarihine bakılmaksızın- seçilen mahkemenin kendini yetkisiz kabul edene kadar yargılamayı durdurmasına karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylelikle yetki anlaşmasının etkinliği sağlanırken, aynı zamanda üye devlet mahkemelerinin yer itibarıyla yetkilerinin kötüye kullanımına ilişkin saiklerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁷.

Yukarıda genel ve soyut olarak ifade edilen nedenlerden ötürü, Brüksel I bis Tüzüğü'nde yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin kendi yetkisine ilişkin kararının esas alınacağı düzenlenmiştir²⁸. Nitekim derdest davalara ilişkin olarak getirilen Brüksel I bis Tüzüğü madde 29 uyarınca, *31/II hükmüne halel gelmeksizin*, hukuki sebebi ve tarafları aynı olan davaların iki farklı üye devlette açılmış olması halinde, daha sonra başvurulmuş mahkeme ilk başvuran mahkeme yetkisini tespit edene kadar re'sen davaya ara vereceği hükme bağlanmıştır. Tüzük madde 31/II'de ise davanın ne zaman açıldığına bakılmaksızın, yetki anlaşması ile yetkilendirilmeyen üye devlet mahkemesinin yetki anlaşması uyarınca yetkili olan mahkeme yetkisizlik kararı verinceye kadar yargılamayı durduracağı düzenlenmiştir. İlgili hükümlerle yetki anlaşmaları konusunda ilk davanın açıldığı mahkemenin mutlak yetkisi bertaraf edilmiştir. Bu husus milletlerarası ticari ilişkileri hızlandırmak, hukuki öngörülebilirlik ve kesinlik açısından önemli görülmektedir²⁹. Ancak aynı husus, bağlantılı davalar açısından benimsenmemiştir. Söz konusu değişiklik ile Brüksel I bis Tüzüğü ile La Haye Konvansiyonu da uyumlu hale getirilmiştir³⁰.

Protection For Exclusive Jurisdiction Agreements Within the European Union, Journal of Private International Law, Vol. 11, No.1, 2015, s. 1-30, s. 2-5.

²⁷ Bu konuda bkz. Komisyon önerisi, s. 9.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN, s. 75-78.

²⁹ ÖZKAN, s. 78.

³⁰ Bu konuda, Brüksel I Tüzüğü ile La Haye Sözleşmesi arasındaki farklılıklar hakkında bkz. Arzu ALİBABA, *Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi*, MHB, Sayı 1-2, Yıl 29, 2009,

1.2. Brüksel I bis Tüzüğü ile Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu Arasındaki İlişki

La Haye Konvansiyonu milletlerarası nitelik taşıyan hukuki veya ticari bir meseleye ilişkin olarak tesis edilmiş münhasır yetki anlaşmalarına uygulanmaktadır (madde 1). Bu açıdan Brüksel I bis Tüzüğü ile uygulama alanları benzerlik taşımaktadır. Nitekim Tüzük, hangi görevli mahkemede davanın görüleceğine bakılmaksızın, medeni ve ticari konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin uygulanmaktadır (madde 1)³¹. Gerek Brüksel I bis Tüzüğü'nde (madde 1/II) gerekse de La Haye Konvansiyonu'nda (madde 2) hukuki veya ticari olarak kabul edilen ve fakat kapsam dışı bırakılan hususlar sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılmaktadır³². Bunun yanı sıra, La Haye Konvansiyonu sadece münhasır nitelikteki yetki sözleşmeleri için tatbik edilebilir. Brüksel I bis Tüzüğü'nün yetki anlaşmaları açısından uygulanabilmesi için bu anlaşmaların münhasır nitelikte olup olmadığına bakılmamaktadır.

La Haye Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın milletlerarası nitelikte olması gerekmektedir. Konvansiyona göre bir uyuşmazlığın milletlerarası olabilmesi için aynı âkit devlette ikâmet eden uyuşmazlık tarafları ile uyuşmazlığın tüm unsurlarıyla, seçilen mahkemenin bulunduğu yer hariç, söz konusu devlet ile bağlantılı olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlığın taraflarının aynı devlet ülkesinde ikâmet etmeleri durumunda La Haye Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için yetki anlaşması ile seçilen mahkemenin bağlantılı olması³³ koşulu aranmaktadır. Brüksel I bis Tüzüğü'nde ise bir yetki anlaşmasının milletlerarası sayılabilmesi için üye devletlerden herhangi birinin mahkemesinin ya da mahkemelerinin yetkili olarak kararlaştırılması yeterlidir.

Yukarıda genel ve soyut olarak belirtilenler dikkate alındığında, Brüksel I bis Tüzüğü ile La Haye Konvansiyonu'nun uygulama alanının çakışması sorununun ortaya çıkması muhtemeldir. Zira La Haye Sözleşmesi de AB mevzuatının bir parçası olarak kabul edilmektedir. La Haye Konvansiyonu

s. 1-20, s. 12.

³¹ Bu konuda bkz. ÖZKAN, s. 25-29.

³² Bu konuda bkz. ALİBABA, s. 8-9.

³³ Milletlerarası usul hukukunda bağlantı koşulu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*, MHB, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 1-27. (*Bağlantı*)

madde 26/6-a uyarınca, yetki anlaşmasının tarafları bölgesel ekonomik entegrasyon örgütüne (Regional Economic Integration Organization) üye olmayan devlet ülkesinde ikâmet etmiyorsa Konvansiyonun uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır³⁴. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşmasının taraflarının her ikisinin de AB üyesi devlette oturduğu ve AB üyesi devlet mahkemesini seçtikleri durumlarda; ilgili devletler La Haye Konvansiyonu'na taraf olsalar bile, Konvansiyon uygulanmayacaktır.

Yetki anlaşmasının tarafları, AB üyesi olmayan; ancak La Haye Konvansiyonu'na taraf olan bir devlette oturuyor ve La Haye Konvansiyonu'na taraf AB üyesi devlet mahkemesini seçiliyorsa Konvansiyon mu; yoksa Tüzük mü uygulanacak sorusu gündeme gelebilir³⁵. Zira Brüksel I Tüzüğü'nün aksine, Brüksel I bis Tüzüğü'nün yetki anlaşmasına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için AB üyesi devlet ülkesinde ikâmet etme şartı aranmaktadır. Bu durumda, La Haye Konvansiyonu madde 26/IV-a uyarınca Konvansiyon uygulanacaktır. Keza Brüksel I bis Tüzüğü madde 71/I uyarınca da işbu Tüzüğün üye devletlerin taraf olduğu ve yetki ile yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizinin düzenlendiği Konvansiyonların uygulanmasını etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

2. Brüksel I bis Tüzüğü Kapsamındaki Yetki Anlaşmalarının Geçerlilik Şartları

Brüksel I bis Tüzüğü kapsamındaki yetki anlaşmalarının şekli geçerliliğine ilişkin şartlar doğrudan düzenlenmiştir. Yetki anlaşmalarının maddi geçerliliği kapsamında ise taraf iradelerinde hangi unsurların yer alması gerektiği Tüzük'te açıkça hükme bağlanmıştır.

2.1. Brüksel I bis Tüzüğü Kapsamındaki Yetki Anlaşmalarının Şekli Geçerliliği

Brüksel I bis Tüzüğü'nde, yetki anlaşmaları için aranan yazılılık, geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir³⁶. Ancak milletlerarası ticaretin mahiyetine ve

³⁴ ALİBABA, s. 19; TANRIBİLİR, s. 350.

³⁵ ÖZKAN, s. 82.

³⁶ Türk mahkemelerini yetkili kılan yabancı unsurlu yetki anlaşmalarının geçerli olabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) madde 18 uyarınca yazılılık şartı getirilmiştir.

koşullarına uygun bir şekilde şekil şartından ne anlaşılması gerektiği konusu oldukça geniş ele alınmaktadır. Önemli olan tarafların yetki anlaşmasının varlığına ilişkin iradelerinin belirlenebilir olmasıdır³⁷. Belirtilen sebeple, Brüksel I bis Tüzüğü madde 25 uyarınca, bu anlaşmaların şeklen geçerli olabilmesi aşağıdaki şartlardan birine uygun olarak tesis edilmesi yeterlidir.

(i) Yetki anlaşmalarının yazılı olarak yapılmış veya onanmış olması. Brüksel I bis Tüzüğü'nden önce yürürlükte olan Brüksel Konvansiyonu³⁸ döneminde ABAD'ın verdiği kararlarda, yazılılık şartı katı bir şekilde yorumlanmıştır³⁹. Divan, Brüksel Konvansiyonu'nun lafzına sadık kalarak tarafların imzaları olmadıkça veya taraflar yazılı metni onaylamadıkları

Yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki anlaşmaları açısından ise MÖHUK madde 47 uyarınca yazılılık, ispat şartı olarak düzenlenmiştir. Türk hukukunda yabancı unsurlu yetki anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, s. 76-115; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 477-489; Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 125-134/178-191; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 72-83; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 390-417; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 584-610; Cemile Demir GÖKYAYLA, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmesi)*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 460-482; Ceyda SÜRAL, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 100, 2012, s. 167-216, s. 189-197. Ayrıca eski MÖHUK uyarınca yetki anlaşmaları hakkında bkz. AKINCI, *Derdestlik*, s. 55-93; SARGIN, s. 143- 244; UYANIK, s. 42-103; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir, 1996, s. 133 (*İnşaat*).

³⁷ Trevor C. HARTLEY, *International Commercial Litigation*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015, s. 182.

³⁸ Bu kararlar Brüksel Konvansiyonu madde 17/I'ın 1978'de değiştirilmemiş haline göre verilmiştir. Brüksel Konvansiyonu madde 17/I'ın ilk hali şu şekilde düzenlenmişti:

“1. *Âkit taraflardan birinin veya her ikisinin Konvansiyon'a taraf devlette ikâmet etmesi şartıyla tarafların, yazılı veya onanmış sözlü anlaşma ile aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğacak uyumsuzluklarda bir üye devletin mahkemesini veya mahkemelerini yetkili kılmaları halinde bu mahkeme ya da mahkemeler yetki kazanır.*” Görüldüğü üzere Brüksel Konvansiyonu'nda sonradan yapılan değişiklikle şekli geçerliliğin var olması için iki alternatif daha eklenmiştir. Böylelikle 1978'ten sonra getirilen şekli geçerlilik şartları Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I'de de aynı şekilde korunmuştur.

³⁹ HARTLEY, s. 184.

müddetçe, yazılılık şartının oluşmadığını kabul etmiştir⁴⁰.

ABAD'ın *Colzani v. Rüwa*⁴¹ kararında taraflar, ilgili sözleşmeyi ticari senede bağlı akdetmişlerdir. Senedin ön yüzünde sözleşmeye ilişkin genel işlem şartları yer alırken; arka yüzünde ise yetki anlaşması bulunmaktadır. Yetki anlaşmasının, asıl sözleşme hükümlerini veya senedin ön kısmındaki genel işlem şartlarını kapsayıp kapsamadığına ilişkin herhangi bir gönderme hükmü yer almamaktadır. Bu kapsamda, yetki anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olarak ABAD'a ön karar yöntemi ile iki soru sorulmuştur.

İlk olarak, sözleşme hükümlerinin yer aldığı senedin ön yüzünün imzalanmasının arka yüzde yer alan yetki anlaşmasının yazılılık koşuluna uygun olup olmadığı sorulmuştur. Divan somut uyuşmazlıkta yapılan yetki anlaşmasının, yazılılık koşulunu sağlamadığına; zira bu şekilde diğer tarafın yetki anlaşmasının varlığına dair gerçek iradesinin olup olmadığının hiçbir zaman anlaşılamayacağına hükmetmiştir⁴².

İkinci olarak ise taraflar arasındaki asıl sözleşmede senedin ön ve arka yüzünde yer alan hükümlerin, yetki anlaşması da dahil olmak üzere geçerli olacağına dair bir atıf kaydının⁴³ yer alması halinde, Brüksel Konvansiyonu anlamında yazılılık şartının sağlanıp sağlanamayacağı sorulmuştur. Divan bu durumda yazılılık şartının sağlanabilmesi için atıf kaydından makul özen sınırları (reasonable care) içerisinde açık bir şekilde yetki anlaşmasını da içerdiğinin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle ABAD, dolaylı ve örtülü bir şekilde yapılan göndermelerin, hukuki kesinlikten uzak olduğu

⁴⁰ HARTLEY, s. 184.

⁴¹ 17.12.1976 tarihli ve C-24/76 sayılı Colzani/Rüwa kararı için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0024&from=EN> (e.t. 14.11.2016).

⁴² Colzani/Rüwa Kararı, prg. 9.

⁴³ Sözleşmeye dâhil etme, sözleşmenin hükmü veya bir parçası haline getirme anlamına gelen atıf kayıtları (incorporation clause) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Nuray EKŞİ, *Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*, Prof Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Cilt 19, Sayı 1-2, 2001, s. 263-291, s. 263, (*Incorporation*); Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Tıpkı 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 21, (*Deniz Ticareti*); Cemal ŞANLI, *Konışementonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışementoyu Devralan, Alacağın Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 773-789. (*Tahkim Şartı*)

için yetki anlaşmalarını kapsamayacağını kabul etmiştir⁴⁴.

ABAD'ın *Segoura v. Bonakdarian* Kararı'na⁴⁵ konu olayda uyuşmazlığın tarafları sözlü olarak bir satım sözleşmesi akdetmişlerdir. Malları teslim ederken satıcı, sözleşme hükümlerinin yanı sıra arkasında yetki anlaşması bulunan bir belgeyi de alıcıya teslim etmiştir. ABAD, yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için açık ve eksiksiz bir şekilde taraflarca onaylanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁶. Zira Brüksel Konvansiyonu madde 17'nin (Brüksel I bis Tüzüğü madde 25) şekle ilişkin düzenlemelerinin amacının bu olduğu ifade edilmiştir⁴⁷.

Divan, sözlü akdedilen bu tip sözleşmelerde “yazılı olarak onanmış” olma kriterinin nasıl sağlanacağına ilişkin de dar yorum yapma eğilimindedir. Zira sözleşmenin hangi tarafının yetki anlaşmasından etkileneceği açık bir şekilde Konvansiyon'da (Tüzük'te) belirtilmemiştir⁴⁸. Yetki anlaşmasının hangi tarafın menfaatine olduğu ise dava açılıp takip edilmeden bilinmemektedir⁴⁹.

Teknolojik gelişmelere paralel olarak, Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/II ile bir nüshasının sürekli olarak temininin mümkün olduğu elektronik anlamdaki her türlü iletişimin “yazı” ile eşdeğer olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükmün faks ve e-posta yoluyla haberleşmede yer alan yetki anlaşmalarını kapsadığı ifade edilmektedir⁵⁰.

(ii) Yetki anlaşmalarının tarafların aralarında oluşmuş olan âdete uygun bir biçimde yapılması. ABAD, *Segoura v. Bonakdarian* Kararı'nda Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I-b bendine uygun yetki anlaşmasının tesis edilip edilmediğini de incelemiştir. Buna göre, sözlü yapılan sözleşmeye bağlı akdedildiği iddia edilen yetki anlaşmasını içeren belge, taraflar arasında devam etmekte olan bir ticari ilişkinin parçası ise veya taraflar arasındaki

⁴⁴ Colzani/Rüwa Kararı, prg. 10.

⁴⁵ 14.12.1976 tarihli ve C-25/76 sayılı *Segoura v. Bonakdarian* Kararı için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0025&from=EN> (e.t.: 14.11.2016)

⁴⁶ *Segoura v. Bonakdarian* Kararı, prg. 13.

⁴⁷ *Segoura v. Bonakdarian* Kararı, prg. 13.

⁴⁸ *Segoura v. Bonakdarian* Kararı, prg. 14.

⁴⁹ *Segoura v. Bonakdarian* Kararı, prg. 14.

⁵⁰ HARTLEY, s. 188.

her türlü uyuşmazlık için aynı yetki anlaşmasının yapılması öngörülmekteyse ilgili anlaşma dürüstlük kuralına aykırı olmadığı müddetçe, geçerli kabul edilebilir⁵¹.

(iii) Yetki anlaşmalarının milletlerarası ticarete örf ve âdete uygun olan ve tarafların bildiği veya bileceği veya bu tür akdi ilişkilerde genel olarak tanınan ve gözönüne alınan şekilde akdedilmesi. 1978’de Brüksel Konvansiyonu’nda yapılan değişikliklerden itibaren ABAD aldığı kararlarda yazılılık ve onanmış olma şartını daha geniş yorumlamaya başlamıştır. Divanın *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı’na⁵² konu olan uyuşmazlıkta taraflar arasında yine sözlü olarak çarter sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için yetki anlaşması akdedilmemiştir. Ancak MSG, işbu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar için Würzburg mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğunu belirten bir teyit mektubunu sözleşmenin diğer tarafına göndermiştir. Bu süreci takiben Rhénanes ödemeyi yapmış ve faturayı MGS’ye göndermiştir.

Divan, Brüksel Konvansiyonu madde 17/I-c’de yer alan hükmün, taraflar arasındaki yetki anlaşmasının varlığına ilişkin onayın aranmayacağı anlamına gelmediğini ifade etmiştir⁵³. Bu hükmün amacının, yetki anlaşmasının varlığına ilişkin tarafların gerçek iradelerini teminat altına alarak asıl sözleşmenin zayıf tarafının korunmasını sağlamak olduğu vurgulanmıştır⁵⁴. Böylelikle atıf kaydı ile sözleşmeye dahil edilen yetki anlaşmalarının, zayıf tarafın bilgisi ve rızası olmadan geçerli olmasının önüne geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵.

Divan, *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı’nda teyit mektubu kendisine gönderilen tarafın sessiz kalmasını ve hiçbir itirazda bulunmadan faturayı, yetki şartına atıfta bulunarak diğer tarafa göndermesinin yetki anlaşmasını geçerli kılıp kılmadığını, milletlerarası ticari örf adet kurallarına uygun olup olmadığını irdelemiştir⁵⁶.

⁵¹ Segoura v. Bonakdarian Kararı, prg. 15.

⁵² C-106/95 sayılı *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı için bkz., <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100377&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=389141> (e.t. 15.11.2016).

⁵³ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 17.

⁵⁴ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 17.

⁵⁵ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 17.

⁵⁶ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 20.

ABAD, böyle bir örf adet kuralının varlığına ilişkin objektif deliller aramamakta; sadece şu hususların varlığını yeterli saymaktadır⁵⁷: Öncelikle taraflar arasında çarter sözleşmesine atıf yapılarak tesis edilen yetki anlaşmasının varlığının, milletlerarası ticarete alışlagelmiş bir uygulama olup olmadığına bakılmalıdır. İkinci olarak; böyle bir uygulama sadece milletlerarası ticarete değil, aynı zamanda tarafların sözleşmeyi akdettiği deniz taşımacılığı alanında da alışlagelmiş olmalıdır. Son olarak, böyle bir uygulamanın varlığının kesin veya muhtemel olarak bilinmesi halinde, tarafların kendi aralarında veya başka taraflarca akdettiği deniz yoluyla taşıma sözleşmelerinde atıf yoluyla yetki anlaşması tesis etmeleri gerekmektedir.

Yukarıda genel ve soyut olarak belirtilen şartlar, şekli rızanın oluşmasında taraflarca kararlaştırılması ve dikkate alınması gereken unsurlar olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, yetki anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı dikkate alındığında, gerçek iradelerin varlığının ayrıca sorgulanması gerekmektedir. Zira yazılılık şartının getirilmesi gerçek iradelerinin varlığına ilişkin aksi iddia edilemez bir karine olarak kabul edilemez⁵⁸. Dolayısıyla yetki anlaşmasının varlığı, yazılılık şartı ve şekli rızanın tespitinden bağımsız olarak ele alınmalıdır⁵⁹.

Bu bağlamda önemli olan şeklen geçerli bir yetki anlaşmasının olup olmadığının tespitinin yanı sıra, taraflar arasında karşılıklı ve uygun iradelerin varlığının ortaya koyulabilmesidir. Dolayısıyla atıf kaydının yetki anlaşmalarını geçerli kılıp kılamayacağı sorununa somut olayın şartlarına veya atıf kaydının içerdiği ifadelerle göre çözüm aramak daha hakkaniyetli görünmektedir. ABAD birçok kararında da bu düşünceden yola çıkarak hareket etmektedir. Örneğin ABAD *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı'nda atıf kaydıyla geçerli bir yetki anlaşmasının tesis edilip edilemeyeceğine ilişkin bu anlaşmanın, taraflar arasında alışlagelmiş bir uygulamaya dayanıp dayanmadığını irdeleyerek gerçek iradelerin varlığını tespit etmeye çalışmıştır⁶⁰.

Diğer yandan ABAD'ın bu konuda yaptığı değerlendirmeler yetki anlaş-

⁵⁷ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 21-24.

⁵⁸ Mónica Herranz BALLESTEROS, *The Regime of Party Autonomy In The Brussels I Recast: The Solutions Adopted For Agreements on Jurisdiction*, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No 2, 2014 s. 291-308, s. 291.

⁵⁹ FENTIMAN, s. 68.

⁶⁰ *MSG v. Les Gravières Rhénanes* Kararı, prg. 20.

masının ve esas sözleşmenin taraflarının aynı olması halinde söz konusudur. Her iki hukuki ilişkinin taraflarının aynı olmaması durumunda üçüncü kişi yetki anlaşması ile bağlı olacak mı⁶¹? Bu sorunsal konişmento düzenlenen eşya taşıma sözleşmeleri açısından ortaya çıkmaktadır. Eşya taşıma sözleşmeleri, taşıyıcı ve taşıtan arasında akdedilmektedir. Buna karşılık, konişmento taşıyıcı tarafından tesis edilmektedir ve hamiline eşyanın asli zilyetliğini sağlamaktadır. Taşıtan da bu belgeyi genellikle gönderilene teslim etmektedir. Konişmentoda yer alan atıf kaydıyla da gönderilen eşya taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tüm hakların ve yükümlülüklerin muhatabı olabilmektedir. Bu durumda eşya taşıma sözleşmesinde yer alan yetki şartı ile gönderilen bağlı olacak mıdır?

Bu soru ABAD nezdinde *Tilly Russ v. Nova Kararı*'nda⁶² tartışılmıştır. Brüksel Konvansiyonu'nun yürürlükte olduğu dönemde alınan karara konu olan olayda, Belçikalı Goeminne Hout limited şirketi, Amerikan firmasından aldığı büyük miktardaki odunların Partenreederei ms Tilly Russ isimindeki gemi ile Alman donatan tarafından Toronto'dan Antwerp'e deniz yoluyla taşınması hususunda anlaşmıştır⁶³. Akdedilen taşıma sözleşmesine binaen taşıyıcının Amerikalı acentesi tarafından 16.08.1976 tarihinde konişmento tanzim edilmiş ve imzalanmıştır. Varna limanında yük boşatılırken taşıma sözleşmesine konu olan odunlar hasara uğramıştır⁶⁴. Bunun üzerine taşıtan Goeminne Hout ve onun temsilcisi NV, Haven- & Vervoerbedrijf Nova zararın tazmini için Antwerp mahkemeleri önünde tazminat davası açmıştır. Davalı taşıyıcı Partenreederei ms Tilly Russ ve Ernest Russ da konişmentonun arkasında yer alan "*Bu konişmentodan doğan uyuşmazlıkların çözümünde Hamburg mahkemelerinin yetkili*" olduğuna ilişkin kayda istinaden Antwerp mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir⁶⁵. Buna rağmen, mahkeme

⁶¹ Bu konunun Türk hukuku açısından değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Deniz MERAKLI YAYLA, *Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 1987-2013.

⁶² 16.06.1984 tarihli ve C-71/83 sayılı Tilly Russ v. Nova kararı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983CJ0071:EN:HTML> (e.t. 08.02.2017).

⁶³ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 1.

⁶⁴ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 3.

⁶⁵ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 4.

kendisini yetkili görmüş ve davacı lehine karar tesis etmiştir.

Daha sonra, karar temyiz merciine götürülmüştür. Temyiz mahkemesi de önkarar prosedürü ile ABAD'a taşıyıcı tarafından düzenlenerek yükletene teslim edilen konişmentoda yer alan yetki şartının Brüksel Konvansiyonu madde 17/II'de (Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/II) belirtilen yazılı olma ya da onanmış olma kriterini sağlayıp sağlamadığı⁶⁶; eğer sağlıyorsa yetki şartının üçüncü kişiler açısından geçerli olup olmadığı sorularını yöneltmiştir⁶⁷.

İlk olarak, yazılılık şartından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, Divan konişmentoda yer alan yetki şartının geçerli olabilmesi için taraflarca imzalanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁸. Zira, ABAD bu sonuca Brüksel Konvansiyonu madde 17'de (Brüksel I bis Tüzüğü madde 25) yer alan "yazılı olarak ispatlanabilir olma" (*evidenced in writing*) teriminden ulaşmaktadır⁶⁹. Bu anlamda ABAD, yetki anlaşmasının maddi geçerliliği ile imza şartı arasında doğrudan bir ilişki kurmuştur. Ancak milletlerarası ticarete aksine gelişmiş bir örf adet uygulaması mevcutsa, bu durumda imza olmadan da yetki şartının geçerli olacağını ifade etmiştir⁷⁰.

İkinci olarak ise yetki şartının üçüncü kişi konumundaki konişmento hamili açısından geçerliliği Divan tarafından tartışılmıştır. Konişmentoya uygulanacak hukuk uyarınca, hamilin konişmentoyu devralmakla yükletenin senetten doğan hak ve yükümlülüklerin ilgili hukuka (*relevant national law*) göre belirleneceğini vurgulamıştır⁷¹. Burada, ABAD'ın ilgili hukuktan kastettiği konişmentoya uygulanacak hukuktur. Dolayısıyla, yetkili hukukun cevaz verdiği ölçüde, konişmento hamilinin, yükletenin hak ve yükümlülüklerine sahip olacağını ifade etmiştir⁷². Daha net bir ifadeyle, Divan, senet hamilini yükletenin hak ve yükümlülüklerinin halefi olarak kabul etmiş ve yetki şartı ile bağlı sayılabilmesi için imza şartını aramamıştır. Bu anlamda ABAD, konişmentonun devrini, yetki anlaşması açısından gönderilenin iradesinin ortaya konulmasında yeterli görmüştür.

⁶⁶ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 6.

⁶⁷ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 7.

⁶⁸ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 16.

⁶⁹ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 16.

⁷⁰ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 19.

⁷¹ Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 24.

⁷² Tilly Russ v. Nova kararı, prg. 26.

Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I ile ilgili olarak ifade edilmesi gerekir ki, bu hükümde sayılan şartlar sınırlı sayı ilkesine tabidir⁷³. Bu konuda üye devletlere takdir yetkisi tanınmamaktadır. Daha net bir ifadeyle, AB üyesi devletler iç hukuklarında, Tüzük'te öngörülen şekil şartlarının kapsamını genişleten ya da daraltan koşullar arayamayacaktır. Aksi takdirde ise ilgili ulusal hukuk kuralının dikkate alınmaması gerekmektedir.

2.2. Brüksel I bis Tüzüğü Kapsamındaki Yetki Anlaşmalarının Maddi Geçerliliği

Yetki anlaşması da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile kurulan bir sözleşmedir. Bu anlaşmanın hukuki sonucu ise diğer Tüzük hükümleri ile yetkilendirilen mahkeme veya mahkemeler dışında bir başka mahkemenin ya da mahkemelerin taraflarca yetkili kılınmasıdır. Dolayısıyla tarafların yetkili mahkeme dışındaki bir mahkemenin yetkisini kabul ettiklerine dair gerçek iradelerinin şekli olarak tespiti bu iradelerin yoruma mahal vermeyecek kesinlikte ortaya konulması açısından önemlidir. Nitekim Brüksel I bis Tüzüğü'nde taraf iradelerinin şekil şartı ile sabit kılınmasındaki amaç, yetki anlaşması ile dezavantajlı konumda olabilecek tarafın, iradenin varlığına dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde itiraz etme ihtimalinin önüne geçmektir. ABAD'ın *Colzani v. Rüwa* Kararı'nda, tarafların karşılıklı olarak üye devlet mahkemelerini yetkilendirdiklerinin *açık ve kesin* olarak anlaşılması gerektiği⁷⁴ ifade edilmiştir⁷⁵. Bu doğrultuda, Brüksel I bis Tüzüğü uyarınca, yetki anlaşmasına yönelik gerçek bir iradenin varlığını tespit ederken tarafların aşağıda belirtilen hususlarda anlaşması gerektiği hükme bağlanmıştır:

(i) Yetki anlaşmaları ile seçilen üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir. Taraflar üye devletin herhangi bir mahkemesini özel olarak yetkilendirebilirler. Sadece üye devletin ismi ifade edilerek de bu devletin tüm mahkemeleri de yetkili kılınabilir. Bu durumda ilgili üye devletin yer itibarıyla yetkili mahkemesinin ya da mahkemelerinin belirtilmesine gerek yoktur; yetkili mahkeme

⁷³ SARGIN, s. 134.

⁷⁴ Colzani/Rüwa Kararı, prg. 7.

⁷⁵ Richard FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, s. 68.

tarafarca zikredilen üye devletin iç hukuk kuralları ile tespit edilebilir⁷⁶. Burada önemli olan taraf iradelerinden üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin seçildiğinin hiçbir yoruma mahal vermeyecek şekilde anlaşılabilir olmasıdır.

(ii) Yetki anlaşmalarının kaynağını teşkil eden uyumsuzluk belirli olmalıdır. Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I kapsamında yetki anlaşmalarının geçerli olabilmesi için yetki anlaşmalarının konusunu oluşturan uyumsuzluğun belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek olması gerekmektedir.

(iii) Yetki anlaşmaları, Brüksel I bis Tüzüğü'ne göre münhasır yetkili kabul edilen mahkemelerin yetkisine yönelik olmamalıdır. Tüzüğe göre münhasır yetkili kılınan mahkemelerin yetkisini kaldıran yetki anlaşmaları geçersiz kabul edilmiştir. Hangi mahkemelerin münhasır yetkili olduğu ise Brüksel I bis Tüzüğü madde 24'te düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların yerleşim yerinden bağımsız olarak şu mahkemeler münhasır yetkili kabul edilmiştir:

- Kira ve hasılat kirası da dahil olmak üzere konusu, taşınmazlar üzerindeki aynı haklar olan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir. Buna rağmen taşınmazları şahsi kullanımı için en fazla altı ay süreyle para ve hasılat karşılığı kiralanmasına ilişkin davalarda, kiracının gerçek kişi olması ve mal sahibi ile kiracının aynı devlette ikâmet etmeleri şartıyla, davalının yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.
- Konusu şirketlerin ve diğer tüzel kişilerden oluşan birliklerin kuruluşunun geçerliliği, butlanı veya feshi olan davalarda veya bunların organlarının verdiği kararların geçerliliğine ilişkin davalarda; şirketin, tüzel kişinin veya birliğin yerleşik bulunduğu üye devletin mahkemeleri münhasır yetkilidir.
- Konusu resmi sicillere yapılan tescillerin geçerliliği olan davalarda, sicilin tutulduğu üye devlet mahkemeleri münhasır yetkilidir.
- Konusu patentlerin, markaların, modellerin veya tevdi ya da tescil gerektiren benzer hakların tescili veya geçerliliği olan davalarda, bu hakların tevdiinin veya tescilinin talep edildiği, yapıldığı veya AB hukuku normları veya milletlerarası bir anlaşma gereğince yetkilendirilen üye

⁷⁶ SARGIN, s. 130.

devlet mahkemeleri münhasır yetkilidir. 5 Ekim 1973'te Münih'te akdedilen Avrupa Patentlerin Verilmesi Hakkındaki Andlaşma uyarınca Avrupa Patent Ofisi'nin yargı yetkisi saklı kalmak kaydıyla, her üye devletin mahkemeleri, yerleşim yerine bakılmaksızın, bu üye devlette verilen her Avrupa patentinin tesciline veya geçerliliğine ilişkin davalarda münhasır yetkilidir.

- Konusu cebri icraya ilişkin davalarda, bu kararın alındığı veya alınmasının gerektiği üye devlet mahkemeleri münhasır yetkilidir.

Sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, kural olarak münhasır kabul edilmektedir. Ancak Brüksel I bis Tüzüğü'nde belirtilen hallerin varlığında tarafların yetki anlaşması tesis edebilecekleri kabul edilmektedir. Tüzük'te belirtilen hallerde dahi zayıf tarafın korunması ilkesine sadık kalınmaktadır.

Bu kapsamda, Brüksel I bis Tüzüğü madde 15 uyarınca aşağıda belirtilen durumların varlığı halinde sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda yetki anlaşmasının yapılabileceği kabul edilmektedir:

- i. Yetki anlaşması ihtilafın doğumundan sonra yapılmışsa veya
- ii. Yetki anlaşması sigorta ettirene, sigortalıya veya sigortadan yararlananlara Tüzük Bölüm 3 Kısım 3'te belirtilen mahkemeler dışında başka bir mahkemeye başvurma imkânı tanımışsa ya da
- iii. Yetki anlaşmasının sigorta ettiren ve sigortacı arasında sigorta sözleşmesinin yapıldığı sırada yerleşim yerleri veya mutad olarak oturdukları aynı üye devletin mahkemelerini, zararı veren olayın bu üye devletin sınırları dışında gerçekleşmesi halinde de yetkili kılmak amacıyla yapılmışsa ve böyle bir yetki anlaşması ilgili üye devlet hukukuna göre geçerliyse veya
- iv. Yasal zorunluluk veya herhangi bir üye devletin sınırları içerisinde bulunan taşınmaz için yapılan sigorta sözleşmeleri haricinde, yetki anlaşması üye devletlerde yerleşim yeri bulunmayan sigorta ettiren tarafından yapılmışsa ya da
- v. Yetki anlaşması madde 16'da sayılan rizikolardan birini veya bir-

kaçını kapsayan sigorta sözleşmesine ilişkinse bu anlaşmanın yapılabileceği kabul edilmektedir.

Tüzük madde 19’da da tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da yetki anlaşması yapılabilecek haller hükme bağlanmıştır. Buna göre;

- i. Yetki anlaşması ihtilafın doğumundan sonra yapılmışsa veya
 - ii. Yetki anlaşması tüketiciye Tüzük Bölüm 3, Kısım 4’te belirtilen mahkemeler dışında başka bir mahkemeye başvurma imkânı tanımışsa ya da
 - iii. Yetki anlaşması tüketici ve sözleşmenin diğer tarafı arasında sözleşmenin akdedildiği anda yerleşim yerleri veya mutad meskenleri aynı üye devletin mahkemelerini yetkili kılmak amacıyla yapılmışsa ve böyle bir yetki sözleşmesi bu üye devlet hukukuna göre geçerliyse yapılabilir.
- Brüksel I bis Tüzüğü madde 23’te de iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da yetki anlaşması yapılabilecek haller hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre;
- i. Yetki anlaşması ihtilafın doğumdan sonra yapılmışsa veya
 - ii. Yetki anlaşması, işçinin açacağı davanın Tüzük Bölüm 3, Kısım 4’te belirtilen mahkemeler dışında başka bir mahkemede açma yetkisi veriyorsa yapılabilir.

3. Brüksel I bis Tüzüğü’ne Göre Yetki Anlaşmalarının Geçerliliğine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Brüksel I bis Tüzüğü’nde yetki anlaşmasının şekil şartları açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu konuda yetkili hukuk tespit edilmeyecek ve Tüzük doğrudan uygulanacaktır. Buna karşılık Türk hukukundan farklı olarak, AB hukukunda yetki anlaşmaları usulî bir sözleşme⁷⁷ değil, maddi

⁷⁷ Türk hukukunda hakim görüşe göre, yetki anlaşmasının etkisini usul hukukunda doğurduğu için usul hukuku sözleşmesidir. Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.

hukuk sözleşmesi⁷⁸ olarak kabul edilmektedir⁷⁹. Bu kapsamda Brüksel I bis Tüzüğü'nde, yetki anlaşmasının maddi geçerliliği *lex fori* 'ye değil, seçilen mahkemenin ya da mahkemelerin hukukuna tabi kılınmıştır⁸⁰. Bu değişiklik La Haye Konvansiyonu madde 5 ile de paralellik göstermektedir.

Diğer yandan hangi hususların maddi geçerlilik kapsamında kabul edileceği tartışma konusu olmuştur. Brüksel I bis Tüzüğü ile La Haye Konvansiyonu arasındaki uyumu sağlamak amacıyla Hartley ve Dagouchi tarafından hazırlanan raporda⁸¹, yetki anlaşmasının maddi geçerliliği kapsamında hile, hata, tehdit, ehliyetsizlik ve yetkisiz temsil hallerinin seçilen mahkemenin ya da mahkemelerin hukukuna göre tespit edileceği öngörülmektedir⁸². Brüksel I Tüzüğü'nün yürürlükte olduğu dönemde, ABAD'ın bu konuda tekdüze bir uygulamasının varlığından bahsedebilmek mümkün değildir. Divan *Berghoef*er Kararı'nda⁸³ ulusal hukukları uygulanmaktan kaçınmış; yetki anlaşmaları açısından maddi geçerliliğin kapsamını genel hukuk ilkelerine göre belirlemiştir⁸⁴. *Castelletti v. Trumphy* Kararı'nda⁸⁵ ise bu konuda, seçilen mahkemenin hukukuna göre tespit yapılacağı belirtilmiştir. Brüksel

176; Yavuz ALANGOYA/ Kamil YILDIRIM/ Nevhis DEREN-YILDIRIM, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.106; Nur BOLAYIR, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 47 vd. Aksi görüşler için bkz. Saim ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları*, İÜHF, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 310- 339, s. 313; İlhan POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975, s.160, dn. 13.

⁷⁸ Bu konuda görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UYANIK, s. 27-31.

⁷⁹ BALLESTEROS, s. 297.

⁸⁰ Türk hukukunda yabancı unsurlu yetki anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde *lex fori* ilkesinin tatbik edileceğine ilişkin görüş birliği bulunmaktadır. NOMER, s. 483; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 386; ÇELİKEL/ERDEM, s. 602; UYANIK, s. 33; EKŞİ, *Yetki*, s. 125; AKINCI, *İnşaat*, s. 133; GÖKYAYLA, s. 472; Baki KURU, *Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması*, MHB, Cilt 6, Sayı 2, 1986, s. 140-145, s. 144.

⁸¹ Söz konusu raporun İngilizce tam metni için bkz. <https://assets.hcch.net/upload/exp-137final.pdf> (e.t. 20.01.2017). (Rapor)

⁸² Rapor, prg. 125.

⁸³ 11.08.1985 tarihli ve C-221/84 sayılı *Berghoef*er Kararı için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0221:EN:HTML> (e.t. 23.05.2017).

⁸⁴ *Berghoef*er Kararı, prg., 15.

⁸⁵ 16.03.1999 tarihli ve C-159/97 sayılı *Castelletti v. Trumphy* Kararı için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0159&from=EN> (e.t. 07.02.2017), s. 1644.

I bis Tüzüğü yürürlüğe girdikten sonra ise ABAD, *Refcomp* Kararı'nda⁸⁶ nelerin maddi geçerlilik kapsamında değerlendirileceğinin ulusal hukuklardan bağımsız bir şekilde belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁷. Ancak Divanın bu kararının Brüksel I bis Tüzüğü ile getirilen değişikliğin gayesi ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir⁸⁸. Değişiklik dikkate alındığında, nelerin maddi geçerlilik kapsamında kabul edileceğinin seçilen mahkemenin hukukuna göre belirlenmesi gerektiği söylenebilir.

Brüksel I bis Tüzüğü ile yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun seçilen üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin hukukuna bağlanması ile taraflar açısından öngörülebilirliğin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilebilir. Ayrıca Tüzük madde 25/I'de getirilen bu değişiklik, madde 31/II'nin uygulanmasını da kolaylaştırmaktadır. Zira yetki anlaşması ile taraflarca seçilmeyen mahkemenin yargılamayı durdurma kararı vermeden önce, yetki anlaşmasının maddi geçerliliğini *lex fori*'ye göre tespit etmesinin kabulünün, usul ekonomisine aykırı ve zaman israfı olacağı ifade edilebilir⁸⁹.

Diğer yandan, bu düzenlemenin birtakım sorunların ortaya çıkmasına neden olabileceği de söylenebilir. İlk olarak, birden fazla üye devlet mahkemesinin seçilmesi durumunda yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine hangi devletin hukukunun uygulanacağı muğlaktır. Bu konuda iki ihtimal üzerinde durulmaktadır⁹⁰: Yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine seçilen mahkeme hukukları birlikte uygulanabilir. Bu çözüm yöntemi hâkim açısından oldukça külfetli bir yöntem olmakla birlikte, usul ekonomisi bakımından da birtakım zorlukları barındırabilir. Veya daha pragmatik bir çözüm yöntemi olduğu aşikar olan davanın görüldüğü seçilen mahkemenin hukukuna göre yetki anlaşmasının maddi geçerliliğinin tespit edilmesi gerektiği savunulabilir.

Karşılaşılması muhtemel diğer bir sorun ise AB hukukunda yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğinde atfın kabul edilmesinden kaynaklanabilir.

⁸⁶ 07.02.2013 tarihli ve C-543/10 sayılı *Refcomp* Kararı için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d67a736cdd72c347f0bc08961fab91e805.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLbN50?text=&docid=133621&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75992> (e.t. 23.05.2017).

⁸⁷ *Refcomp* Kararı, prg. 40.

⁸⁸ BALLESTEROS, s. 304.

⁸⁹ BERGSON, s. 13.

⁹⁰ BALLESTEROS, s. 296.

Brüksel I bis Tüzüğü'nde maddi geçerlilikten bahsederken, Dibace'nin 20. paragrafında seçilen mahkemenin hukukuna ilgili üye devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dâhil olduğu ifade edilerek atıf da kabul edilmektedir⁹¹. Bu kapsamda bazı yazarlar, yetki anlaşmasının maddi geçerliliğinin tespitiinde Roma I Tüzüğü⁹²'nün uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler⁹³. Ancak Roma I Tüzüğü madde 1/II-e uyarınca tahkim anlaşmaları ile yetki anlaşmalarının Tüzüğün uygulama alanı dışında olduğu belirtilmektedir⁹⁴. Buna rağmen, Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanının yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanabilecek şekilde yorum yoluyla genişletilebileceğini iddia etmektedirler. İddialarını ise Brüksel I Tüzüğü ile Roma I Tüzüğü arasında uyumun sağlanması gerektiği argümanına dayandırmaktadırlar⁹⁵.

Roma I Tüzüğü madde 1/II-e hükmü dikkate alındığında, açık bir değişik-

⁹¹ Milletlerarası özel hukukta atıf hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 83-85; ÇELİKEL/ERDEM, s. 105-128; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 50-57; DOĞAN, s. 189-199; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 44-46; Hacı CAN/Alı Gümrah TOKER, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s. 89-103; C. M. V. CLARKSON/Jonathan HILL, *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, Oxford University Press, London, 2011, pp. 34-43; Venn DICEY A./ J. H. Carlile MORRIS, *The Conflict of Laws*, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 1, Sweet and Maxwell, London, 1993, s. 70-87; John O'BRIEN, *Conflict of Laws*, Second Edition, Cavendish Publishing, London/Sydney, 1999, s. 133-143; J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press, London, 2003, s. 20-26; James FAWCETT/Janeen M. CARRUTHER, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Consultant Editor: Peter North, Fourteenth Edition, Oxford University Press, London, 2008, s. 57-73; Aysel ÇELİKEL, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda "Atıf" Prensibinin Uygulanması*, MHB, Cilt 3, Sayı 2, 1983, s. 1-4; Süheylâ BALKAR BOZKURT, *Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi*, Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER Anısına Armağan, GÜHFD, 2014/II, s. 795-861.

⁹² 17.06.2008 tarih ve 593/2008 sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün İngilizce tam metni için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF> (e.t. 20.01.2017).

⁹³ Ole LANDO/Peter Ant NIELSEN, *Rome I Regulation*, *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, s. 1687-1725, s. 1690.

⁹⁴ Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanı hakkında bkz. CLARKSON/HILL, s. 205-208; Peter STONE, *EU Private International Law*, Second Edition, Edward Elgar Publishing, UK, 2010, s. 289-290; Jonathan HILL/CHONG Adeline, *International Commercial Disputes-Commercial Conflict of Laws in English Courts*, Fourth Edition, HART Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, s. 499-504.

⁹⁵ LANDO/NIELSEN, s. 1690.

lik yapılmadığı sürece yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine ilgili Tüzüğün uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu durumda yetki anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı nedeniyle, her iki sözleşmenin maddi geçerliliğine farklı hukuk sistemlerinin uygulanabilmesi muhtemeldir. Her iki hukuk sistemi içerisindeki kuralların farklılığı hukuki kesinliği zedeleyebileceği ve milletlerarası ticarete birtakım zorluklara neden olabileceği neticesinde eleştirilmektedir⁹⁶. Bu husus da Brüksel I bis Tüzüğü'nün amaçladığı⁹⁷ yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin üye devlet hukuklarında yeknesaklığın sağlanamamasına sebep olabilir.

Ayrıca, yetki anlaşmaları taraf iradesinin milletlerarası usul hukukuna yansımalarıdır. Sağladığı avantajlar nedeniyle birçok ticari uyuşmazlıkta taraflarca yetki anlaşmaları tesis edilmektedir. Dolayısıyla yetki anlaşmasının taraflarınca, aksi kabul edilmediği sürece atfin kabul edilmemesi gerekmektedir⁹⁸. Ancak böyle bir iddianın söz konusu olabilmesi için Brüksel I bis Tüzüğü'nün Dibace kısmı 20. paragrafında değişiklik yapılması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, seçilen mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının üye olmayan devletin maddi hukukuna atıf yapması halinde de yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından AB hukukunda amaçlanan yeknesaklığın sağlanamayacağı ifade edilebilir. Dolayısıyla yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde atfin reddedilerek seçilen mahkemenin maddi hukukunun uygulanmasının daha makul bir çözüm olduğu ileri sürülebilir.

Sonuç

Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecinin ne zaman ve ne şekilde gerçekleştirileceği öngörülememektedir. Ancak bu durum, AB hukuku normları ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarının muhatap olmamaları anlamına gelmemektedir. Nitekim Brüksel I bis Tüzüğü ile yetki anlaşmaları açısından bu Tüzüğün uygulanabilmesi için taraflardan birinin üye devlet

⁹⁶ BALLESTORS, s. 300.

⁹⁷ Bu konuda bkz., FENTIMAN, s. 70.

⁹⁸ Bu konuda bkz. Adrian BRIGGS, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, UK, 2014, s. 253; Peter NYGH, *Autonomy in International Contracts*, A Clarendon Press Publication, Australia, 1999, s. 83-84.

ülkesinde ikâmet etme şartı kaldırılmıştır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının üye devlet mahkemelerinden birini yetkilendirmeleri halinde Brüksel I bis Tüzüğü ile karşı karşıya kalmaları muhtemeldir. Ancak Tüzüğün yetki anlaşmalarına ilişkin birçok yenilik farklı hukuk sistemlerini bağdaştır nitelikte olduğu için anlaşılması kolay gözükmemektedir.

Öncelikle La Haye Konvansiyonu ile Brüksel I bis Tüzüğü'nün uygulama alanlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Yetki anlaşmasının taraflarının her ikisinin de AB üyesi devlette oturduğu ve AB üyesi devlet mahkemesini seçtikleri durumlarda; ilgili devletler La Haye Konvansiyonu'na taraf olsalar bile, Tüzük öncelikli olarak tatbik edilecektir. Ancak yetki anlaşmasının tarafları, AB üyesi olmayan; ancak La Haye Konvansiyonu'na taraf olan bir devlette oturuyorsa Konvansiyon uygulanacaktır. Bu sonuca La Haye Konvansiyonu madde 26 ile Brüksel I bis Tüzüğü madde 71 hükümlerinden ulaşılmaktadır.

La Haye Konvansiyonu'nda olduğu gibi, Brüksel I bis Tüzüğü'nde de yetki anlaşmalarının geçerli olabilmesi için yazılılık şartı getirilmiş ve şekli rızaya ilişkin hükümler Brüksel I Tüzüğü ile paralellik arz etmektedir. Bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmemesinin sebebinin, söz konusu şartların esnekliğinin ABAD uygulamaları ile taraflar açısından bir kesinlik ve öngörülebilirlik aracı olarak yorumlanmasından kaynaklandığı söylenebilir.

ABAD yazılılık şartını, yetkili olmayan bir üye devlet mahkemesinin ya da mahkemelerinin yetkili kılınmasında tarafların gerçek iradelerinin tespiti açısından bir nevi araç olarak görmektedir. Ancak yetki anlaşmalarının tespitinde yazılılık koşulunun sağlanması, taraf iradelerinin varlığına dair bir karine teşkil etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, tarafların Brüksel I bis Tüzüğü'ne göre belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıklarda bir üye devletin mahkemesinin veya mahkemelerinin yetkili kılınarak iradelerinin yazılı metin ile sabit kılınması, tarafların bu konudaki rızalarının varlığının belirlenmesi için gerekli; ancak yeterli değildir. Bu anlamda, Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I uyarınca yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun seçilen üye devlet mahkemesinin veya mahkemelerinin hukukuna göre tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Yetki anlaşmalarının esas sözleşmeden bağımsızlığı nedeniyle, bu anlaşmaların maddi geçerliliklerine uygulanacak hukuka ilişkin farklı bağlama noktası benimsenmiştir. Bu kapsamda nelerin maddi geçerlilik olarak kabul edileceği tartışma konusu olmuştur. Kanımızca bu

konuda seçilen ve davanın görülmekte olduğu mahkemenin hukukunun uygulanması gerekmektedir. Zira ABAD'ın *Refcomp* Kararı'nda belirttiği gibi ilgili meselenin çözümünde ulusal hukuklardan bağımsız bir anlayışın benimsenmesi Brüksel I bis Tüzüğü madde 25/I'de yapılan değişikliğin gayesi ile bağdaşmamaktadır.

Ayrıca Brüksel I bis Tüzüğü Dibase paragraf 20 ile atıf da kabul edilmiştir. Kanımızca yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde atfın kabulü şu şekilde eleştirilebilir:

- i. İlk olarak, birden fazla üye devlet mahkemesinin seçilmesi durumunda yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine hangi devletin hukukunun uygulanacağı muğlaktır.
- ii. Esas sözleşme ile yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin kuralların farklılığı hukuki kesinliği zedeleyebilir ve milletlerarası ticarete birtakım zorluklara neden olabilir.
- iii. Ayrıca yabancı unsurlu yetki anlaşmaları milletlerarası usul hukukunda irade serbestliğinin yansımasıdır. Bu nedenle yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukta, taraflarca aksi kabul edilmediği sürece atfın kabul edilmemesi gerektiği söylenebilir.
- iv. Seçilen mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının üye olmayan devletin maddi hukukuna atıf yapması halinde de yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından AB hukukunda amaçlanan yeknesaklığın sağlanamayacağı ifade edilebilir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*, MHB, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 1-27. (Bağlantı)
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir, 1996. (İnşaat)
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. (Derdestlik)
- ALANGOYA Yavuz/Kamil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ALİBABA Arzu, *Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi*, MHB, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, s. 1-20.
- BALLESTEROS Mónica Herranz, *The Regime of Party Autonomy In The Brussels I Recast: The Solutions Adopted For Agreements on Jurisdiction*, Journal of Private International Law, Vol. 10, No 2, 2014, s. 291-308.
- BERGSON Ian, *The Death of The Torpedo Action? The Practical Operation of The Recast's Reforms To Enhance the Protection For Exclusive Jurisdiction Agreements Within the European Union*, Journal of Private International Law, Vol. 11, No.1, 2015, s. 1-30.
- BOLAYIR Nur, *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- BOZKURT BALKAR Süheylâ, *Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner Anısına Armağan, GÜHFD, 2014/II, s. 795-861.
- BRIGGS Adrian, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, UK, 2014.
- CAN Hacı/Alı Gümrah TOKER, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- CLARKSON C.M. V./Jonathan HILL, *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, Oxford University Press, London, 2011.

- COLLIER J. G., *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press, London, 2003.
- ÇELİKEL Aysel, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atıf” Prensibinin Uygulanması*, MHB, Cilt 3, Sayı 2, 1983, s. 1-4.
- ÇELİKEL Aysel/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÇİÇEKLİ Bülent, *Avrupa Birliğinde Özel Hukukta Adli İşbirliği ve Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı*, MHB, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 179-202.
- DICEY A. Venn/J. H. Carlile MORRIS, *The Conflict of Laws*, (editor: Lawrence Collins), Twelfth Edition, Volume 1, London, 1993.
- DOĞAN Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- EKŞİ Nuray, *Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*”, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’e Armağan, Cilt 19, Sayı 1-2, 2001, s. 263-291. (*Incorporation*)
- EKŞİ Nuray, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Tıpkı 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. (*Deniz Ticareti*)
- EKŞİ Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- ERDEM Bahadır, *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk Milletlerarası Yetki Kuralları ile Kararlaştırılması*, Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan, MHB, Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 183-215.
- ERDEM Bahadır, *Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt II, 2003, s. 1009-1026.
- FAWCETT James/Janeen M. CARRUTHER, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Consultant Editor: Peter North, Fourteenth Edition, Oxford, 2008.

- FENTIMAN Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.
- FORNER-DELAYGUA Quim, *Changes to Jurisdiction Based on Exclusive Jurisdiction Agreements Under The Brussels I Regulation Recast* Journal of Private International Law, Vol. 11, No 3, 2015, s. 379-405.
- GÖKYAYLA DEMİR Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmesi)*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- HARTLEY Trevor C., *International Commercial Litigation*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015.
- HILL Jonathan/CHONG Adeline, *International Commercial Disputes-Commercial Conflict of Laws in English Courts*, Fourth Edition, HART Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- KEYES Mary/Brook Adele MARSHALL, “*Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical*”, Journal of Private International Law, Vol. 11, No. 3, 2015, s. 345-378.
- KURU Baki, *Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması*, MHB, Cilt 6, Sayı 2, 1986, s. 140-145.
- LANDO Ole/Peter Ant NIELSEN, *Rome I Regulation*, Common Market Law Review, Vol. 45, 2008, s. 1687-1725.
- NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- O’BRIEN John, *Conflict of Laws*, Second Edition, Cavendish Publishing, London/Sydney, 1999.
- ODER Burak/Murat SAĞBİLİ, *Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma*, MHB, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, s. 73-100.
- ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU Gülüm, *Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü*, AÜHFD, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 17-49.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 2295-2318.

- ÖZKAN Işıl, *Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Devletler Özel Hukukuna Etkisi*, (ed. Işıl ÖZKAN/Ceyda SÜRAL/Uğur TÜTÜNCÜ-BAŞI), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınları, 2016, s. 1-23.
- ÖZKAN Işıl, *Avrupa Birliği Usul Hukuku*, (ed. Işıl ÖZKAN/Ceyda SÜRAL/Uğur TÜTÜNBAŞI), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınları, 2016, s. 25-100.
- PEKCANITEZ Hakan/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- POSTACIOĞLU İlhan, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975.
- RATKOVIĆ Tena/Dora ZGRABLJIĆ ROTAR, *Choice-of-Court Agreements Under The Brussels I Regulation (Recast)*, Journal of Private International Law, Vol. 9, No 2, August, 2013, s. 245-268.
- REÇBER Kamuran, *Avrupa Birliği'nde Değişim İhtiyacı: Avrupa Toplulukları Ortadan Kaldırılıyor (Hukuksal Bir Analiz)*, Global Strateji, Yıl 3, Sayı 12, Kış 2008, s. 83-84.
- REÇBER Kamuran, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinler*, 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013.
- SAKMAR Ata/Nuray EKŞİ, *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konseyi Tüzüğü*, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, MHB, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 721-743.
- SARGIN Fügen, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- STONE Peter, *EU Private International Law*, Second Edition, Edward Elgar Publishing, UK, 2010.
- SÜRAL Ceyda, *Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında La Haye Konvansiyonu*, Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul 2010, s. 1507-1522.
- SÜRAL Ceyda, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 100, 2012, s. 167-216.

- ŞANLI Cemal, *Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağın Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, ss. 773-789. (*Tahkim Şartı*)
- ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Altıncı Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016. (*Uluslararası Ticari Akitler*)
- ŞANLI Cemal/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- TANRIBİLİR Feriha Bilge, *30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına İlişkin Lahaye Sözleşmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007, s. 321-354.
- TEKİNALP Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- UYANIK Ayfer, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, İÜSBE yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medenî Usûl Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları*, İÜHFM, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 310- 339.
- YAYLA MERAKLI Deniz, *Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 1987-2013.

TÜRKİYE İLE AVRUPA BİRLİĞİ ARASINDA VİZE MUAFİYETİNİN YASAL VE/VEYA YASADIŞI GÖÇ OLGUSUNA BAĞLANMASININ ANLAMSIZLIĞI

REDUNDANCY OF CONNECTING THE VISA EXEMPTION BETWEEN TURKEY AND EU WITH THE MATTER OF LEGAL/ ILLEGAL IMMIGRATION

Prof. Dr. Kamuran REÇBER*

Öz

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Avrupa Birliği (AB) arasında aşağıda sunacağımız Anlaşma aracılığıyla vize muafiyeti veya vizesiz AB üyesi devletlerin ülkelerine (Schengen müktesebatına dâhil olan üye devletler için) ziyaret, göç ve/veya yasadışı göç olgusuna bağlanmıştır. Oysaki Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarının vize işlemlerine tâbi olmaksızın Avrupa Birliği (AB) üyesi devletlerin ülkelerine serbestçe giriş yapmaya hakları olduğu AB Adalet Divanı (ABAD) tarafından tesis edilen birçok önkarda tespit edilmiştir. Ancak, bu konuda AB hukukunda yetkili kurum veya kuruluşlar aracılığıyla gerekli düzenlemelerin yapılmaması nedeniyle özellikle hizmet sunma ve/veya yerleşme serbestisine ilişkin AB üyesi devletler tarafından Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına ek kısıtlayıcı önlem(ler) (vize uygulaması gibi) uygulanmaktadır. Bu konuda özellikle, vize muafiyeti sağlanarak AB üyesi devletlerin ülkelerine gidebilmenin karşılığı olarak, AB Türkiye'den geri kabulü içeren bir anlaşmanın benimsenmesini istemiştir. Bu çalışmada veya makalede, vize muafiyetinin Geri Kabul Anlaşması'na bağlanmasının anlamsızlığı iddia edilmekte ve vize muafiyetinin bu Anlaşma olmaksızın ortaklık mevzuatından kaynaklanan bir hak olduğu savunulmaya çalışılmaktadır.

Abstract

The matter of irregular immigration has been associated with the visa exemption that enables to travel Schengen area through the Turkey-EU readmission agreement. In fact, it has been determined in the several preliminary rulings of the Court of Justice of the European Union that Turkish citizens have the right to visa-free travel in EU countries. Yet, there has not been established any required regulations by institutions that are authorized in EU law concerning the issue, thus, there has been implementation of additional restrictive measures such as visa procedures in particularly obtaining services and residence permit. In this regard, the EU has requested Turkey a readmission agreement which

* Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Bursa, Türkiye, recber@uludag.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 22.08.2017; Makale Kabul Tarihi: 30.11.2017.

regulates the return of irregular immigrants to Turkey particularly in return for access of Turkish nationals to the Schengen passport-free zone. The current paper argues that it is not reasonable to link the visa exemption with the readmission agreement. It justifies that the visa exemption right has already emanated from the association agreement without the need for the readmission agreement.

Anahtar Kelimeler: Geri Kabul Anlaşması, Vize, Göç, İltica, Avrupa Birliği.

Keywords: Readmission agreement, Visa, Immigration, Refuge, EU.

1. Geri Kabul Anlaşması'nın Yürürlüğe Girmesi ve İçeriği

Yasadışı göç ile ilgili gerçek kişilerin geri kabul edilmesine yönelik bir anlaşmanın yapılması Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve AB tarafından teklif edilmiş ve bu hususa ilişkin öneri 04.03.2003 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Geri kabule dair anlaşma metninin benimsenmesi hususunda 2005-2006 yıllarında taraflar arasında dört kez müzakere yapılmıştır. Kamuoyunda kısaca Geri Kabul Anlaşması¹ olarak nitelendirilen uluslararası hukuk işlemi metninin üzerindeki görüşmelere 2009 ve 2010 yıllarında da teknik düzeyde devam edilmiştir.

Müzakereler sonucunda Türkiye ile AB arasında 21.06.2012 tarihinde parafe edilen, 16.12.2013 tarihinde imzalanan ve Türkiye'de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 25.06.2014 tarih ve 6547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “*Türkiye ile AB Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşma*”² (*Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier*)³ isimli uluslararası hukuk işlemi, taraflar arasında önemli haklar ve yükümlülükler yaratmaktadır. Bahsi geçen Anlaşma, Anlaşma'nın 24. md.'si düzenlemeleri gereğince 01.10.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴. Bu Anlaşma'yı kısaca Geri Kabul Anlaşması şeklinde isimlendireceğiz.

¹ Bu makalede konu edinilen hususların önemli bir kısmı tarafımızca yazılan 2016 yılında yayımlanan Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku isimli kitap çalışmasından alınmıştır. Bu alıntıların önemli bir kısmı değiştirilmiş, alıntılara eklemeler yapılmış ve güncellemeler gerçekleştirilmiştir. Bkz. Kamuran REÇBER, *Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, 1. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 61-75, 244-274.

² Bkz. *Resmi Gazete*, 02.08.2014, Sayı 29076.

³ Bkz. http://www.info-droits-etangers.org/pdf/Accord_UETURQUIE.pdf.

⁴ Bkz. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-285_tr.htm.

Geri Kabul Anlaşması, fesih vb. nitelikteki hakların kullanılması veya şartların yerine getirilmesi konusundaki hususlar saklı kalmak kaydıyla, süresiz (sınırsız süreli) şekilde akdedilmiştir. Bu Anlaşma'nın tarafları istedikleri takdirde bildirimde bulunarak Anlaşma'yı feshedebilirler. Eğer taraflardan biri fesih bildirimini yaparsa, bu bildirimden itibaren altı ay sonra Anlaşma sona erebilecektir⁵.

Geri Kabul Anlaşması, AB Kurucu Andlaşması'nın 52. md.'si ile AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 355. md.'sinde belirtildiği gibi, AB Kurucu Andlaşması'nın uygulandığı üye devletlerin ülkelerinde (Danimarka hariç) ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti ülkesinde geçerli olmaktadır⁶.

Bu Anlaşma'nın düzenlemeleri, Türkiye veya AB üyesi devletlerden birinin ülkesine girme, burada bulunma veya ikamet etme şartlarını taşımayan kişiler için geçerlidir.

Geri Kabul Anlaşması'nın, AB hukuku uyarınca öngörüldüğü veya benimsendiği biçimiyle, AB üyesi devletlerin ülkelerinde dönüş usullerine tâbi olan veya bu devletlerin yetkili makam veya birimlerine iltica başvurusunda bulunmuş kişilerin haklarına ve usulü garantilerine etki etmemesi gerektiği de taraflarca kabul edilmiştir.

Ayrıca taraflar Geri Kabul Anlaşması'nın Türkiye-AB arasında oluşturulan ortaklık mevzuatına (Ankara Anlaşması ve Anlaşma'nın kaynaklık ettiği diğer hukuk tasarrufları vb.) ve konuya ilişkin ABAD'nın ilgili içtihadına hâle getirmeyeceğini de benimsemişlerdir.

Geri Kabul Anlaşması karşılıklı olmak kaydıyla, Türkiye'de veya AB üyesi devletlerin ülkelerinden birinde, ülkeye giriş, ülkede bulunma veya ikamet etme koşullarını sağlamayan veya sağlayamaz duruma düşen gerçek kişilerin Anlaşma'da öngörülen normlar kapsamında ilgili devletin ülkesine geri gönderilmesini gaye edinmektedir.

Bu anlamda yukarıda belirttiğimiz gibi Anlaşma, yasadışı yollarla AB üyesi devletlerin ülkelerine giden veya bu ülkelerde buldukları sırada yasadışı duruma düşen (vize süresini geçiren vb.) Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları ve Türkiye üzerinden Anlaşma'ya taraf diğer devlet(ler)-

⁵ Geri Kabul Anlaşması'nın 24. md.'sinin 4 ve 5. prg.'ları.

⁶ Geri Kabul Anlaşması'nın 22. md.'si.

in ülkesine veya ülkelerine geçiş yapmış üçüncü devlet⁷ vatandaşlarının Anlaşma'da belirlenen normlar kapsamında, Türkiye'ye geri alınmasını öngörmektedir. Ayrıca Anlaşma, yasadışı yollarla AB üyesi devletlerin ülkeleri üzerinden Türkiye'ye gelen veya Türkiye'de buldukları sırada yasadışı duruma düşen AB üyesi devletler ve üçüncü devlet vatandaşlarının Anlaşma'da belirlenen kurallar kapsamında, ilgili AB üyesi devletin ülkesine iade edilmesini de düzenlemektedir.

Geri Kabul Anlaşması'nın tarafların iç hukuklarının öngörmüş olduğu prosedüre göre yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu anlamda Anlaşma'nın, tarafların birbirlerine onaylama işlemlerini tamamladıklarını bildirdikleri tarihi takip eden ikinci ayın birinci gününde yürürlüğe girmesi planlanmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, gerekli şartların yerine getirilmesi neticesinde Geri Kabul Anlaşması 01.10.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Geri Kabul Anlaşması'nda, tarafların üçüncü devlet vatandaşlarını Anlaşma'nın yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıllık bir geçiş süresi sonunda kabul etmeye başlamaları öngörülmüştür. Böylece Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ülkesi üzerinden AB üyesi devletlerin ülkelerine yasa dışı yollarla giden üçüncü devlet vatandaşlarını Anlaşma yürürlüğe girdikten üç yıl sonra geri almaya başlayacaktır.

Fakat, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile ikili geri kabul anlaşması veya benzer uluslararası hukuk işlemleri⁸ bulunan üçüncü devlet(ler)in vatandaş-

⁷ Geri Kabul Anlaşması'nın birçok düzenlemesinde “*üçüncü ülkelerin vatandaşı*” (*ressortissant de pays tiers*) terimi kullanılmaktadır. Geri Kabul Anlaşması'nın Fransızca metninde de (bkz. 2 nolu dipnot) ülke kavramının kullanıldığını belirtmek gerekir. Birçok uluslararası hukuk işleminde, bilimsel çalışmada ve resmi evrakta devlet ve ülke terimi aynı anlamda kullanılmaktadır. Bize göre iki kavramın aynı anlamda kullanılmaması gerekir. Zira, ülkenin tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle ülkenin vatandaşının da olması söz konusu değildir. Eğer ülkeye ait bir vatandaşlık söz konusuysa, ilgili ülkeye tüzel kişilik tanındığı sonucu ortaya çıkar. Bu anlamda “*üçüncü ülke vatandaşı*” tümcesi yanlıştır ve yanıltıcıdır. Prensip olarak uluslararası hukuk ve/veya ulusal hukuk itibarıyla ülkeye atfen vatandaşlık teriminin kullanılmaması gerekir. Zira, uluslararası hukuk sisteminde (ulusal hukuk açısından da aynı şey geçerlidir) devletin tüzel veya hukuk kişiliği bulunurken, ülke (toprak-kara parçası, hava sahası ve varsa deniz alanı) devletin ancak kurucu öğelerinden biri olabilmektedir. Devletin kurucu öğelerinden biri olan ülkeye atfen vatandaşlık terimini kullanmak doğru değildir. Bu nedenle çalışmada “*üçüncü ülke vatandaşı*” yerine “*üçüncü devlet vatandaşı*” tümcesini kullanacağız.

⁸ Türkiye'nin Geri Kabul Anlaşmaları akdettiği bazı devletler şunlardır: Bosna-Hersek

ları ve vatansız kişilerin iadeleri için üç yıllık geçiş süresinin beklenmesine gerek kalmamakta ve bu kişilerin iadeleri Geri Kabul Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle başlamış olmaktadır. Tarafların bir diğ erinin ülkesinde düzensiz göçmen durumunda bulunan vatandaşları itibarıyla, Geri Kabul Anlaşması'nın düzenlemeleri bu Anlaşma'nın yürürlüğe girişiyle birlikte geçerli olacaktır. Aşağıda açıklayacağımız gibi, Türkiye AB ile benimsediği Açıklamalı Yol Haritası'na bu durumdaki Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaş(lar)ı, konuyu AB'nin ilgili üye devletinin iç hukukunda yargıya götürmüşse, yargı süreci tamamlanmadan bu kişinin veya kişilerin iade edemeyeceğine dair kayıt konulmuştur⁹.

Geri Kabul Anlaşması, AB üyesi tüm devletleri kapsamamaktadır. Zira, İngiltere, İrlanda ve Danimarka'nın AB müktesebatının bir parçasını oluşturan Schengen müktesebatına (vize, göç, iltica, sınırların kontrolü vb.) kendi özellikleri itibarıyla kısmen muhatap olmaları nedeniyle, Geri Kabul Anlaşması bu devletleri bağlamamaktadır. Bu konuda, Geri Kabul Anlaşması'nın giriş kısmında gerekli açıklamalar bulunmaktadır. Geri Kabul Anlaşması'nın giriş kısmında, bu Anlaşma'nın, AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 67. md.'si ve devamında yer alan düzenlemeler (özgürlük, güvenlik ve adalet alanı) ve Lizbon Andlaşması düzenlemeleri ile benimsenen Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı Konusunda Birleşik Krallık ve İrlanda'nın Durumu Hakkında Protokol (Protokol No 21) uyarınca, kendileri talep etmedikçe, bu devletler için geçerli olmayacağı öngörülmektedir.

Aynı durumun Danimarka için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Lizbon Andlaşması ile kabul edilen Danimarka'nın Durumu Hakkındaki

(2012), Kırgızistan (2003), Moldova (2012), Nijerya (2011), Pakistan (2010), Romanya (2004), Rusya Federasyonu (2011), Suriye (2001), Ukrayna (2005), Yemen (2011) ve Yunanistan (2001) (bkz. http://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-yasadisi-gocle-mucadelesi-tr.mfa). Geri Kabul Anlaşması'nın 24. md.'sinin 3. prg.'ına halel gelmeksizin, bu Anlaşma'nın düzenlemeleri ile uyum sağlamayan veya çatışma halinde olan işlemlerin düzenlemeleri olduğu takdirde, Geri Kabul Anlaşması düzenlemeleri, Türkiye ile AB üyesi farklı devletler arasında Geri Kabul Anlaşması'nın 20. md.'sinin uygulanması sonucu akdedilen veya akdedilmesi mümkün olan yasal ikamet iznine sahip olmayan kişilerin geri kabulüne ilişkin hukuki bağlayıcılığa sahip her işlemin (uygulama protokolü vb.) düzenlemelerine göre önceliğe sahip olmaktadır (Geri Kabul Anlaşması'nın 21. md.'si).

⁹ Bu konuda hazırlanmış metin için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf.

Protokol, 22 noludur¹⁰. Geri Kabul Anlaşması'nın ekinde Danimarka'ya ilişkin bir Ortak Bildiri kabul edilmiştir. Bu Bildiriye göre taraflar, bu Anlaşma'nın Danimarka Krallığı ülkesinde ve Danimarka Krallığı vatandaşları için geçerli olmayacağını dikkate aldıklarını ve bu koşullarda, Türkiye ve Danimarka'nın bu Anlaşma ile aynı şartlarda bir geri kabul anlaşmasını imzalamalarının uygun olacağını öngörmüşlerdir.

Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanması, yasadışı olarak kalan üçüncü devlet vatandaşlarının iadesi için özellikle de bunların yasal danışmaya, bilgiye erişimlerine, iade kararlarının uygulanmasının geçici olarak askıya alınmasına ve yasal olanaklardan yararlanmalarına ilişkin AB üyesi devletlerinin ülkelerinde uygulanabilir ortak prosedür ve normlara dair Avrupa Parlamentosu'nun ve AB Bakanlar Konseyi'nin 16.12.2008 tarih ve 2008/115/CE sayılı direktifte¹¹ belirtildiği üzere iade usullerinin konusu olan kişilerin haklarına ve usulü güvencelerine hanel getirmemektedir.

Geri Kabul Anlaşması'nın tatbiki sonucunda, iltica talebinde bulunan kişilerin kabulü için asgari standartlar belirleyen 27.01.2003 tarih ve 2003/9/CE sayılı AB Bakanlar Konseyi direktifinde¹² ve özellikle başvuru incelemesi sırasında üye devletin ülkesinde kalma hakkına ilişkin olarak mülteci statüsü verme ve geri çekme için üye devletlerdeki usullerin asgari standartlarına ilişkin 01.12.2005 tarih ve 2005/85/CE sayılı AB Bakanlar Konseyi direktifinde¹³ belirtildiği üzere iltica başvurusu yapan kişilerin haklarına ve usulü güvencelerine zarar vermemesi kabul edilmiştir.

Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanması, üçüncü devlet vatandaşlarının durumu ile ilgili olan 25.11.2003 tarih ve 2003/109/CE sayılı AB Bakanlar Konseyi direktifi¹⁴ düzenlemeleri gereğince uzun dönem ikamet izni almış kişilerin haklarına ve usulü güvencelerine hanel getirmemektedir. Geri Kabul

¹⁰ Bu Protokollerin Türkçe metinleri için bkz. Kamuran REÇBER, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013, s. 685-692.

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:FR:PDF>.

¹² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:fr:PDF>.

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:FR:PDF>.

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0109&from=en>.

Anlaşması'nın düzenlemelerinin, aile birleşimi hakkına ilişkin 22.09.2003 tarih ve 2003/86/CE sayılı AB Bakanlar Konseyi direktifi¹⁵ gereğince ikamet izni verilen kişilerin haklarına ve usulü güvencelerine aksi yönde bir etki yapmaması benimsenmiştir. Ayrıca Geri Kabul Anlaşması'ndaki hiçbir düzenlemenin diğer resmi veya gayri resmi düzenlemeler çerçevesinde kişilerin iadesini engellememesi öngörülmüştür¹⁶.

Kısaca Geri Kabul Anlaşması ile ilgili genel ve soyut mahiyetteki bu açıklamaları yaptıktan sonra Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yönelik kabul edilmesi öngörülen vize muafiyetinin aslında ortaklık mevzuatından doğan bir hak olduğu olgusuna ilişkin bir değerlendirme yapmak ve/veya bilgi aktarmak uygun olacaktır.

2. Vize Muafiyetinin Ortaklık Mevzuatından Doğan Bir Hak Olması

Vize muafiyetinin Türkiye ile AB arasında oluşturulan ortaklık mevzuatındaki ilgili düzenlemelerden doğduğu söylenebilir. Bu konuda vizenin belirli konularda Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına uygulanmasının AB hukukuna aykırı olduğu aşağıda aktaracağımız önkarar prosedürüyle teyit edilmiş durumdadır.

2.1. ABAD'nın Örnek Nitelikte Önkararları

ABAD'nın önkarar prosedürü işletilerek tesis ettiği önkararlardan bazı- larını konuyu açıklamak gayesiyle aktarmak uygun olacaktır.

2.1.1. Veli Tüm ve Mehmet Dari Önkararı

ABAD'nın 20.09.2007 tarihinde tesis ettiği Veli Tüm ve Mehmet Dari önkararı¹⁷, ortaklık mevzuatına istinaden Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruğunda bulunan sülhelerin yerleşim hakkı konusunda yararlanabilecekleri haklar itibarıyla önemli hükümler içermektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları Veli Tüm, 29.11.2001 tarihinde Almanya'dan ve Mehmet

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086&from=en>

¹⁶ Geri Kabul Anlaşması'nın 18. md.'si.

¹⁷ Bkz. C-16/05, Arrêt du 20.09.2007, Tum et Dari.

Darı ise 01.10.1998 tarihinde Fransa'dan İngiltere devlet ülkesine geçerek iltica talebinde bulunmuşlardır. İngiltere, iltica taleplerini reddetmiş ve ilgili kişilere yönelik yetkili makamları aracılığıyla sınır dışı etme kararı almış, ancak bu kararı uygulamaya koymamıştır. Veli Tüm ve Mehmet Darı geçici ikamet izniyle İngiltere'de buldukları esnada kendilerine çalışma izni verilmediği için, serbest işyeri kurma gayesiyle İngiltere devlet ülkesine yerleşmek hususunda İngiltere makamlarından Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'nda yer alan düzenlemeyi gerekçe göstererek giriş vizesi talep etmişlerdir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ı şu düzenlemeyi içermektedir: “*Akit Taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar*”. Bunun anlamı şudur: 01.01.1973 tarihinden itibaren Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 2. prg.'nda Ortaklık Konseyi'ne tanınan yetkiler saklı kalmak kaydıyla, Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyuşundaki sùjelerin yerleşim ve hizmet konusundaki haklarına tek taraflı olarak yeni kısıtlamalar konulamaz.

Böyle olmakla birlikte ilgili kişilerin giriş vizesi talepleri İngiltere'nin İşçileri Bakanlığı'na bağılı (Secretary of State for the Home Department) yetkili makam tarafından reddedilmiştir. Bu makamın tesis ettiğı karara muhatap olan Veli Tüm ve Mehmet Darı, İngiltere'de bu tasarrufun iptali (ortaklık mevzuatı mesnet gösterilerek) için yargıya müracaat etmişlerdir. İngiltere'deki yetkili Mahkeme (House of Lords), davacılar tarafından ileri sürülen argümanların AB hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle sorunu önkara kapsamında ABAD'nın yargı yetkisine götürmüştür.

ABAD, tesis ettiğı önkaraında (özellikle bkz. Kararın 70 nolu prg.'ı), 23.11.1970 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve 19.12.1972 tarih ve 2760/72 sayılı Konsey Tüzüğü ile AB adına akdedilen ve daha sonra onaylanan Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ını şu şekilde yorumlamıştır: bağımsız işçiler olarak mesleki bir aktiviteyi üye devletlerde icra etme hususunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruklularının bu üye devletlerin ülkelerine ilk kabulleri konusunda usul ve esasa ilişkin koşullar dâhil olmak üzere, yerleşim özgürlüğünün kullanımına getirilecek tüm yeni kısıtlamalar ilgili üye devlet açısından bu Protokol'ün yürürlüğe girişinden itibaren yasaklanmıştır.

Bu önkarda, ABAD tarafından hükme bağlanan hususun Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyuşunda bulunan sùjelere ilişkin önemli sonuçları

bulunmaktadır. ABAD, Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ı itibarıyla daha önceden tanınmış olan hakların korunması (*Clause de standstill/standstill kuralı*) gerektiğini belirtmiştir. Bu hususu aşağıda biraz daha ayrıntılı olarak değerlendirmeye çalışacağız.

2.1.2. Ezgi Payır, Burhan Akyüz ve Birol Öztürk Kararı

İngiltere'de au-pair (çocuk bakıcısı) olarak çalışan ve bir yıllık çalışma izni bulunan Ezgi Payır ile yine İngiltere'ye öğrenci vizesiyle gelerek kalma süreleri boyunca verilen izin kapsamında haftada 20 saat çalışan Burhan Akyüz ve Birol Öztürk isimli Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları, Ortaklık Konseyi'nin 19.09.1980 tarih ve 1/80 sayılı Kararı'nın 6. md.'sinin 1. prg.'ına istinaden çalışma izinlerinin bir yıl daha uzatılması gayesiyle İngiltere'deki yetkili makama (Secretary of State for the Home Department) müracaat etmiş, ancak, ilgili makam, bu kişileri işçi statüsünde saymayarak uzatma taleplerini reddetmiştir. Bu ret kararına istinaden Payır, Akyüz ve Öztürk, İngiltere'deki yetkili mahkemeye [la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Royaume-Uni)] başvurmuş ve bu mahkeme de 28.06.2006 tarihli kararıyla önkarar isteminde bulunmak üzere 30.06.2006 tarihinde ABAD'na müracaat etmiştir. ABAD, 24.01.2008 tarihinde tesis ettiği önkararında¹⁸, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir vatandaşının, bir üye devletin ülkesine au-pair veya öğrenci olarak girmiş olmasının, işçi statüsünde kabul edilmesini ve böylelikle Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı Kararı'nın 6. md.'sinin 1. prg.'ı anlamında bir üye devletin işgücü piyasasına yasal olarak girmiş sayılmasını engellemeyeceğini ve bu hususa bağlı olarak da, bu kişinin söz konusu hükme dayanarak çalışma ve bunun doğal sonucu olarak da ikamet izninin yenilenmesini isteyebileceğine karar vermiştir.

2.1.3. Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı Kararı

Yukarıda değindiğimiz Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ını (*standstill kuralı*) ilgilendiren bir önkarar da ABAD tarafından 19.02.2009 tarihinde tesis edilmiştir. ABAD, C-228/06 sayılı önkararında Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyrukluğunda bulunan Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'ya uygulanan vizenin Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ına

¹⁸ Bkz. C-294/06, Arrêt du 24.01.2008, Payır e.a.

aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Bu önkarar prosedürünün işletilmesine ilişkin önceki gelişmeleri kısaca özetlemek uygun olacaktır. Türkiye’de ikamet eden veya ikametgâh sahibi olan ve aynı zamanda Türkiye’deki bir uluslararası mal taşıma şirketinde sürücü olarak çalışan Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı, Almanya’nın uyuşunda bulunan bir firmaya ait ağır yükleri Türkiye ile Almanya arasında taşıırken, sürekli vize almak zorunda kalmışlardır. Almanya 2000 yılına kadar bu vizeleri vermiş, ancak daha sonra ise vize taleplerini reddetmeye başlamıştır. Bu ret işlemine karşı ilgili kişiler tarafından Berlin İdare Mahkemesi (Verwaltungsgericht Berlin)’nde iptal davaları açılmış, ancak İdare Mahkemesi bu müracaatları 03.07.2002 tarihinde reddetmiş ve bu karara yönelik olarak da Alman iç hukukunda temyiz mekanizması işletilmiştir. Temyiz başvurusuna bakan Alman Mahkemesi (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg) de kararını verebilmek için davacılar tarafından ileri sürülen Katma Protokol’ün 41. md.’sini ve AB hukuk düzenini ilgilendiren diğer hususları yorumlatmak gayesiyle önkarar prosedürü kapsamında ABAD’na (30.03.2006 tarihli kararıyla) müracaat etmiştir.

ABAD, bu önkarar müracaatını 2008 Eylül ayında değerlendirmeye başlamıştır. Genel ve soyut olarak belirtecek olursak, önkarar müracaatında, Schengen vizesi uygulamasının Katma Protokol’ün 41. md.’sinin 1. prg.’ı itibarıyla hukuka uygun olup olmadığı ABAD’na sorulmuştur. Zira, Katma Protokol’ün yürürlüğe girdiği tarihte Almanya Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruklarına vize uygulamazken 1980 yılından itibaren bu tür bir uygulamaya gitmiştir. Önkarar müracaatı kapsamındaki davaya, Almanya Dışişleri Bakanlığı ve Çalışma Kurumu taraf olurken, AB üyesi devletlerden Danimarka, Yunanistan ve Slovenya ile Komisyon müdahil olmuşlardır. Önkarar prosedürüne müdahil olan devletler görüşlerinde, özet olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına uygulanan vizenin devam etmesini, aksi takdirde birçok uyuşturucu kaçakçısının ve teröristin AB üyesi devletlerin ülkelerine geleceğini savunmuş ve Almanya’nın yetkili kişileri ise Schengen müktesebatının (özellikle vizeye ilişkin) Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına kolaylıklar sağladığını iddia etmişlerdir. Avrupa Komisyonu’nu temsil eden kişi de daha önceki görüşlerinin aksine vize uygulamasının devam etmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz ve aşağıda biraz daha detaylandıracağımız gibi Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ı, konusu itibarıyla daha sonradan getirilebilecek kısıtlamalara izin vermemektedir. Bu anlamda, ABAD, 19.02.2009 tarihli önkaranında Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ının hizmet sunmak amacıyla AB üyesi devletlerin ülkelerine giden Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına yeni kısıtlamalar getirilmesini yasakladığını belirtmiştir. Bu doğrultuda ABAD, Schengen müktesebatı kapsamında Almanya tarafından oluşturulan vize uygulamasının ek masraf ve külfetler getirmesinin yeni bir kısıtlama olduğuna hükmetmiştir. ABAD'nın bu önkaranında, vize uygulamasının açık olarak Katma Protokol'ün 41. md.'si anlamında yeni bir kısıtlama olduğunu belirtmesi son derece önemli olmaktadır. Böyle olmakla birlikte, AB üyesi devletlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına uyguladıkları vizeyi kaldırmaları için aşağıda da belirteceğimiz gibi öncelikle Schengen müktesebatı açısından bir revizyonun yapılması gerekmektedir.

ABAD'nın bu önkaranında tartışılması gereken en önemli husus Katma Protokol'ün 41. md.'sinin üye devletler açısından ne zaman yükümlülük doğurduğudur. Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarih 01.01.1973'tür. Bu tarihte AB üyesi devletlerin üye sayısı dokuz olmaktadır. Daha sonraki tarihlerde genişleme ile birlikte AB'nin üye sayısı yirmisekize ulaşmıştır. Burada, 01.01.1973 tarihini baz aldığımızda, eğer bu tarihten önce Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına yönelik dokuz devletin (Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İtalya ve Lüksemburg), vize uygulaması var ise, bu durum Katma Protokol'ün 41. md.'si itibarıyla sonradan getirilen bir kısıtlama olarak düşünülmemekte veya değerlendirilmemektedir. Konuya ilişkin olarak, ABAD'nın, 01.01.1973 tarihinden sonra Katma Protokol'ün 41. md.'si itibarıyla üye devletlerin yeni veya ek kısıtlama getirmeyecekleri hususundaki görüşü kesin ve nettir. Oysaki ABAD, AB'ne sonradan üye olan devletler açısından farklı bir görüş benimsemektedir.

ABAD, AB'ne daha sonradan üye olan devletler için Katma Protokol'ün yürürlük tarihini, ortaklık mevzuatının bu yeni üyelere teşmil edildiği (Ek Protokollerle) tarih olarak kabul etmektedir (örneğin İspanya ve Portekiz için 1986, Avusturya, Finlandiya ve İsveç için 1995). Bu durumda ABAD, bu devletler açısından vize uygulamasının ilgili tarihlerden önce uygulanıp

uygulanmadıklarına bakılması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Eğer, bu devletler Katma Protokol'ün kendileri açısından yürürlük tarihinden önce Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize uyguluyorlarsa ve bu uygulamayı hâlâ devam ettiriyorlarsa, ABAD tarafından bu uygulama Katma Protokol'ün 41. md.'si anlamında getirilen yeni bir kısıtlama olarak değerlendirilmemektedir. Bu durumda ABAD, Katma Protokol'ün zaman bakımından uygulanmasına yönelik farklılığı benimsemektedir. Oysaki, Katma Protokol'ün AB'nin müktesebatını oluşturması nedeniyle, 01.01.1973 tarihinin AB'ne sonradan üye olan devletler için de geçerli olması gerekmektedir. Zira, ABAD tesis etmiş olduğu birçok önkaraında ortaklık mevzuatını AB hukuk düzeninin bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu durumda, yeni üye devletlerin de ortaklık mevzuatını AB'nin müktesebatı olarak benimsemeleri gerekmektedir. Çünkü, AB'ne yeni üye olan devletler, AB müktesebatını prensip olarak (katılım anlaşmaları itibarıyla kuraldışı durumlar saklı kalmak kaydıyla) olduğu gibi kabul etmektedirler. Fakat, belirttiğimiz gibi, ABAD'nın bu konudaki görüşü aksi yöndedir¹⁹. ABAD'na göre, AB'ne sonradan üye olan devlet açısından eğer Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize uyguluyorsa, bu durumda vizenin uygulandığı tarih ile Katma Protokol'ün kendisi açısından yürürlük kazandığı tarihe bakılması gerekir. Bu anlamda vize uygulaması, ilgili üye devlet itibarıyla Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden sonraya denk geliyor ise, bu uygulama 41. md. anlamında getirilen yeni bir kısıtlama olarak değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle bu uygulama, Katma Protokol'ün 41. md.'si itibarıyla şartların duruma göre maddi ve/veya usulü anlamda ağırlaştırılması olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bir üye devlet, Katma Protokol'ün kendisi açısından yürürlüğe giriş tarihinden önce Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize uyguluyor olsa bile, Katma Protokol'ün kendisi için yürürlüğe girdiği tarihten sonra vize uygulamasına ilişkin şartları Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarının aleyhine ağırlaştırması durumunda, bu husus da 41. md. itibarıyla yeni bir kısıtlama olarak kabul edilmektedir.

Ancak, Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'nda öngörülen *standstill kuralı*, Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyrukluğunda bulunan kişilere (sadece yerleşme hakkı ve hizmet sunma serbestisi kategorisinde olanlar) AB üyesi devletlerin ülkelerine yerleşme ve bu anlamda oturma hakkının tanınması

¹⁹ Bu konuda bkz. ABAD'nın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı önkaraınının 48 nolu prg.'ı vd.

için yeterli olmamaktadır. Çünkü, *standstill kuralı* Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği zamandaki koşullara, daha da ağırlaştırılmış maddi ve/veya usulü koşulların eklenemeyeceğini öngörmektedir. Bu durumda, AB üyesi devlet(ler), *standstill kuralına* aykırı olmamak kaydıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruklarına yönelik kendi ülkelerine girişte kural koyma ve uygulama hakkını korumaktadır. Bu konuda önemli olan husus, AB üyesi devlet(ler)'in ülkelerine giriş için uyguladıkları kuralların, *standstill kuralına* göre ağırlaştırılmış maddi ve/veya usulü bir kısıtlama olup olmadığıdır.

ABAD'nın 19.02.2009 tarihli önkararında, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte (01.01.1973) Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize uygulamayan Almanya'nın daha sonra bu uygulamaya geçmesini, Katma Protokol'ün 41. md.'sinde öngörülen yerleşme hakkı ve hizmet serbestisine getirilen yeni bir kısıtlama olarak kabul etmiştir. Yukarıda belirttiğimiz önkarar prosedürüne istinaden önkarar müracaatında bulunan ilgili devletin ulusal mahkemesi, kararını ABAD'nın görüşü doğrultusunda vermektedir. Bu durumda, ilgili devletin iç hukukunda iptal davası açan ve haklı görülen Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına bu devletin yargı organları nezdinde uğranılan maddi ve/veya manevi zarar nedeniyle tazminat davası açma hakkı da doğmaktadır.

AB üyesi devletlerin vize uygulamasından Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı olan ve çeşitli meslekleri icra eden çok sayıda kişiyi (işadamı, avukat, akademisyen, sporcu, turist, öğrenci vb. olarak AB üyesi devletlerin ülkelerine gitmek zorunda olan kişiler) etkilemektedir. Bu konuda, ilgili kişilerin nasıl ve ne şekilde hak arayacaklarına ilişkin yöntemleri veya önerilerimizi aşağıda kısaca sunmaya çalışacağız.

Yukarıda kısaca aktardığımız örnek mahiyetteki önkararlarında ABAD, Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'nin taraflar arasında hizmet edimi ve yerleşme serbestisi konusunda yeni kısıtlamalar koymasını yasakladığını açıkça kabul etmiştir. Bu durumda, özellikle Schengen müktesebatı kapsamında AB'nin türeme norm niteliğinde benimsediği tek tip vize (1683/95, sayılı AB Bakanlar Konseyi Tüzüğü) uygulaması veya vize tatbik edilen üçüncü devletleri içeren 539/2001 sayılı Tüzük gibi işlemler, Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı gerçek ve tüzel kişileri (özellikle gerçek kişileri) de menfi yönde etkilemektedir. Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ı kapsamında hizmet edimi ve yerleşme serbestisi, ABAD karar-

larıyla açıklığa kavuşturulduğu üzere, AB'ne sonradan üye olan devletler açısından Katma Protokol'ün yürürlük tarihi dikkate alınmak kaydıyla, 01.01.1973 tarihinden sonra sadece bir tarafın iradesiyle yeni kısıtlamalara tâbi tutulamamaktadır. Ancak, Schengen müktesebatı veya daha önceden bağımsız olarak üye devletlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına uyguladığı vize hususu tek taraflı ve sonradan getirilen bir kısıtlama olmaktadır. Eğer, Ortaklık Konseyi tarafından bahsettiğimiz serbestîlere ilişkin yeni bir kısıtlama(lar) getirilmiş olsaydı, bu kısıtlama(lar) tarafların ortak iradesinin ürünü olarak kabul edilirdi. Bu haliyle, yukarıda belirttiğimiz AB Bakanlar Konseyi Tüzüklerinin ilgili düzenlemeleri ortaklık mevzuatına aykırı olmaktadır. Bu husus, ABAD'nın kararıyla da açıkça tescil edilmiş durumdadır. Bu durumda Komisyon'un, AB hukukunun bekçisi rolüyle girişimde bulunup, ABAD'nın önkararları doğrultusunda AB Bakanlar Konseyi Tüzüklerinde yer alan hususların değiştirilmesi gayesiyle bir tasarıyı AB'nin ilgili ve yetkili organlarına sunması gerekir. Fakat, burada bir düzenleme ABAD'nın önkararlarında belirttiği şekilde yapılırsa bile ortaya ikili bir durumun çıkması da mümkündür. Zira, ABAD, özellikle vize uygulamasına ilişkin Katma Protokol'ün yürürlük tarihini yeni üye devletler için AB'ne tam üyelik tarihi olarak kabul etmektedir. Bu durumda, AB üyesi olan devletlerin bir kısmı Katma Protokol'ün 41. md.'sinin 1. prg.'ı anlamında Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize uygulayamazken (örneğin yukarıda belirttiğimiz dokuz devlet), sonradan üye olan ve üye olmadan önce Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize tatbik eden devletler bu uygulamalarını koruyabileceklerdir. Bu durumun da, ikili bir yapıya ve daha karmaşık bir duruma yol açması nedeniyle uygulanması tercih edilmemelidir. Bu anlamda, öneri mahiyetinde belirtmek gerekir ki, yukarıda vurguladığımız AB hukuk düzeninde yer alan özellikle Bakanlar Konseyi'nin ilgili tüzüklerinde bir revizyon yapılacaksa, bu revizyonun tüm üye devletleri kapsamaması gerekmektedir. Yapılabilecek böyle bir revizyonda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruklarına en azından Katma Protokol'ün 41. md.'si anlamında vize uygulamasına tüm üye devletlerin son vermesi sağlanmalıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, konuya ilişkin olarak Komisyon'un bu girişimde bulunmaması halinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruğunda bulunan gerçek ve tüzel kişiler, yazılı müracaatta bulunarak Komisyon'un harekete geçmesini isteyebilirler. Komisyon'un harekete geçmemesi halinde, bu kişiler

AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 265. md.'si düzenlemelerine uygun olarak hareketsizlik davası açabilirler. Komisyon'un harekete geçip ilgili istemleri reddetmesi durumunda ise, muhatap kişi veya kişiler Komisyon'un bu ret kararına karşı AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 263. md.'si düzenlemelerine istinaden iptal davası ikame edebilirler. Komisyon'un bu ret kararına karşı ilgili gerçek veya tüzel kişi(ler), AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 268. md.'si ve 340. md.'sinin ikinci bendi gereğince Komisyon'a karşı AB yargısında akit dışı sorumluluk kapsamında dava (tam yargı davası) açma hakkına prensip olarak sahip olmaktadır.

Aslında, ABAD'nın yukarıda önkara mahiyetinde aldığı kararlara yönelik üye devletlerin gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Bu konuda en doğru yöntemin, Schengen müktesebatı kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına yönelik uygulanan vizeyi kaldırması hususunda Komisyon'un girişim yetkisini kullanmasıdır. Bu anlamda, ABAD'nın önkara kararları doğrultusunda AB üyesi devletlerin iç hukukları itibarıyla gerekli önlemleri almaları gerekmektedir. Aslında bu durum, AB Kurucu Andlaşması'nın 4. md.'sinin 3. prg.'ı anlamında üye devletlerin üstlendiği bir yükümlülük olmaktadır. Zira, bu düzenleme gereğince *“Titiz işbirliği prensibi gereğince, Birlik ve üye devletler, Andlaşmalardan kaynaklanan misyonların yerine getirilmesi kapsamında karşılıklı olarak birbirlerine yardım ederler ve birbirlerine saygı duyarlar.*

Üye devletler, Birliğin kurumlarının işlemlerinden veya Andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin icrasını sağlamaya özgü genel veya özel tüm önlemleri alırlar.

Üye devletler, Birliğin görevini yerine getirmesini kolaylaştırırlar ve Birliğin hedeflerine ulaşmasına tehdit oluşturacak tüm eylemlerden kaçınırlar”. ABAD kararlarının üye devletler tarafından dikkate alınmaması veya uygulanmaması, aslında AB hukuk düzeninin ihlali anlamına gelmektedir. Bu konuda, yürürlükte bulunan AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 258 ila 260. md.'leri kapsamında öngörülen ihlal davalarının açılması anlamında AB hukuk düzeninin bekçisi rolünü üstlenen Komisyon'a önemli görevler düşmektedir.

Diğer yandan, Türkiye'nin de üye devletlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına ortaklık mevzuatına aykırı, yukarıda aktardığımız

ABAD'nın önkararları mesnet gösterilerek vize uyguladıkları gerekçe- siyle AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 258. md.'si ve devamında benimsenen düzenlemeler gereğince girişimde bulunması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ihlal davası açma hakkı AB'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın ilgili düzenlemelerinde öngörülmemektedir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti kimi üye devletlerin ortaklık mevzuatına aykırı eylemde buldukları veya işlem tesis ettiklerini gerekçe göstererek ABAD nezdinde ihlal davası açılması hususunda diğer üye devlet(ler)i veya Komisyon'u zorlayabilir. Elbette öncelikle sorunun Ankara Anlaşması'nın 25. md.'sinin ilgili düzenlemeleri gereğince çözümlenmesi gerekmektedir. Ankara Anlaşması'nın 25. md.'sine göre sorunun çözümlenememesi halinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından AB hukukunda benimsenen ihlal davaları prosedürü işletilebilir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki Ankara Anlaşması'nın 25. md.'si, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ABAD'nın yargı yetkisine müracaatı da öngörmektedir.

3. Vize Muafiyeti Geri Kabul Anlaşması'nın Yürürlüğe Konulma Şartına Bağlanmamalıdır

Geri Kabul Anlaşması'nın benimsenmesinin karşılığında Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize muafiyetinin sağlanacağına dair AB tarafından taahhütte bulunulmuştur. Bu konuyu aşağıda ayrıca değerlendirmeye alacağız. Konuya ilişkin AB, Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyuşunda bulunan gerçek kişilere vize muafiyeti vermek gayesiyle koşulluluk ilkesi kapsamında "*Vize Muafiyeti Yol Haritası*" belirlemiştir. Bu tür yol haritalarında, seyahat belgelerinin güvenliği (pasaport vb.), göç ve sınır yönetimi, kamu düzeni ve güvenliği ile temel haklar gibi alanlarda AB müktesebatına uyum ve etkili uygulamayı içeren koşullar yer almaktadır. Bu anlamda Vize Muafiyeti Yol Haritası'nda, seyahat belgelerinin güvenliği, pasaportların AB standartlarına uygun olarak hazırlanması (biyometrik pasaport), pasaport, kimlik kartı ve diğer benzeri belgelerin güvenliğinin temin edilmesi, göç yönetimi, sınırlarda yeterli kontrol ve gözetimin sağlanması, uluslararası koruma ve yabancılarla ilgili işlemlerde AB müktesebatına uyum ve etkili uygulamanın gerçekleştirilmesi, kamu düzeni ve güvenliği, örgütlü suçlar, terör ve yolsuzlukla mücadele edilmesi ve bu suçların önlenmesi, bu kapsamda terörizmin finansmanı, insan ticareti ve siber suçlara ilişkin AB

müktesebatına uyum sağlanması, cezai konularda adli işbirliği yapılması, kişisel verilerin korunması, temel haklar hususunda vatandaşlar arasında ayırım yapılmaması, herkesin serbest seyahat imkânlarından yararlanması, mülteciler ve vatansızların kimlik belgelerine erişimi gibi konularda bazı yükümlülükler yer almaktadır. Vize Muafiyeti Yol Haritası, AB Bakanlar Konseyi'nin bilgisi ve onayı dâhilinde AB Komisyonu tarafından hazırlanmakta ve ilgili devlete sunulmaktadır. Vize muafiyeti sürecinde, AB (Komisyon aracılığıyla), ilgili devletin Yol Haritası'nda yer alan koşulları yerine getirip getirmediğini izlemektedir. Bu izleme süreci, vize muafiyetinin tanınması bakımından önemlidir²⁰.

Belirttiğimiz bu hususların önemli bir kısmı, 6458 sayılı “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*”nda yer almaktadır. Yol Haritası'nda gerek vize muafiyeti, gerek Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanmasıyla doğrudan ilgili olmayan hususlar için, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, AB ile müzakerede bulunmuş ve Açıklamalı Yol Haritası benimsemiştir. AB ilk kez, vize muafiyeti diyalogunun açıklamalı yol haritası aracılığıyla yürütülmesini kabul etmiştir. Açıklamalı Yol Haritası'nda genel ve soyut mahiyette şu hususlar yer almaktadır: Türkiye Cumhuriyeti Devleti;

1. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi²¹ ve özellikle bu Sözleşmenin uygulanmasını sağlayan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 tarihli Protokol gereğince, coğrafi sınırlama anlamında ülkesinin doğusundan gelecekleri mülteci olarak kabul etmeyeceğine dair çekinceyi kaldırmayı, ancak AB'ne tam üye olma aşamasında değerlendirmeye alacağını;
2. Bazı üçüncü devletlere transit vizeyi de içeren AB'nin vize

²⁰ Bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf.

²¹ Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 14.12.1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararıyla toplanan konferansta kabul edilmiş, 28.07.1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmış ve Sözleşmenin 43. Md.'sine uygun olarak 22.04.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 24.08.1951 tarihinde imzalamış ve 29.08.1961 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 359 sayılı uygun bulma kanunu 05.09.1961 tarih ve 10898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin ihtirazi kaydı şöyledir: “*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz*”.

politikasını AB'ne üye olduğu takdirde üstleneceğini;

3. Vize Muafiyeti Yol Haritası'nda sayılan bazı uluslararası anlaşma, sözleşme ve protokollerden sadece vize muafiyeti ve Geri Kabul Anlaşması'nın usulüne uygun olarak işlemesiyle doğrudan ilgisi bulunanlara taraf olacağını belirtmiştir;
4. Geri Kabul Anlaşması'nın uygulanmasıyla ilgili olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bütçesine önemli yük getirecek konularda AB'nin mevcut mali yardım araçlarıyla sağladıklarının dışında ilave yardım verilmesi AB tarafından değerlendirmeye alınmaktadır²².

Aslında bahsi geçen Vize Muafiyeti Yol Haritası gibi hususlara ihtiyaç olmaksızın, AB üyesi devletlerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına uyguladığı vizeyi ortadan kaldırması gerekmektedir. Zira, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile AB arasında tesis edilen ortaklık mevzuatının düzenlediği bazı alanlarda (örneğin hizmet sunma ve/veya yerleşme serbestisi gibi) vizenin uygulanmasının AB hukukuna aykırı olduğunu ABAD çeşitli kararlarında (önkarar prosedürü kapsamındaki kararlarında) kabul etmiştir. ABAD'nın kararlarına rağmen Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yönelik AB bünyesinde benimsenen tek tip vize tüzüğünü²³ değiştirmek için girişimde (Komisyon'un girişimde bulunması gerekir) dahi bulunmayan AB'nin, Geri Kabul Anlaşması gereğince Türkiye'ye yönelik vize muafiyeti sağlamayı taahhüt etmesi düşündürücüdür.

Ortaklık mevzuatı açısından özellikle AB'nin olumsuz tutum takınması nedeniyle, serbest dolaşım konusunda gerekli karar(lar) Ortaklık Konseyi tarafından alınmamaktadır. Aslında bu konuda gerekli kararlar alınabilse ve ortaklık mevzuatı tam olarak işletilebilse, bahis konusu yaptığımız vize engeli ortadan kalkmış olacaktır. Bu anlamda da Geri Kabul Anlaşması kapsamında yükümlülük üstlenmemize gerek kalmamaktadır. Konu kapsamında yapılması gereken şey, ortaklık mevzuatını bütünüyle işletecek şekilde politikaların üretilmesidir.

²² Bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf.Ibid.

²³ Bu konuda 15.03.2001 tarih ve 539/2001 sayılı AB Bakanlar Konseyi Tüzüğünü de hatırlatmak gerekir.

Burada tartışma konusu yaptığımız Geri Kabul Anlaşması'nın Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne getirdiği sorumluluklar, yarattığı haklara oranla oldukça fazladır. Zira, Geri Kabul Anlaşması itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin üstlendiği yükümlülüklerin karşılığında Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına AB üyesi devletlerin ülkelerine gidebilmek için vize muafiyeti sağlanmaktadır. Bu konuda bazı hususların tartışılmaya açılması veya değerlendirilmeye alınması elzemdir. Bunlardan birincisi, ortaklık mevzuatında öngörülen ve ABAD tarafından da birçok önkarıarda teyit edilen hakların yaygınlaştırılması konusunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yukarıda bahsettiğimiz yol ve yöntemleri neden kullanmadığı şeklindeki sorudur. Bu konuda, somut nitelikte bir bilgiye sahip değiliz. Bu nedenle yapacağımız değerlendirmeler veya açıklamalar spekülâtif nitelikte olacaktır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ortaklık mevzuatını AB'nin yeni üyelerine teşmil eden Ek Protokolü onaylamaması düşünüldüğünde, acaba taraflar arasında bu konuda üstü örtülü bir uzlaşma mı sağlandı biçiminde bir soru da akla gelmektedir.

Konuya ilişkin, Geri Kabul Anlaşması'na karşılık vize muafiyetinin sağlanması Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne ne kazandıracaktır şeklindeki soruya da cevap bulmak gerekir. AB üyesi devletler tarafından Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına vize muafiyetinin sağlanması bu kişilerin AB üyesi devletlerin ülkelerine yerleşme ve oralarda iş bulma gibi olanaklardan yararlanma imkânı sağlamayacaktır. Zira, belirli bir süre için alınan vize aracılığıyla AB üyesi devletlerin ülkelerine giden Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları ilgili devletin iç hukuku gereğince turistik mahiyetteki ziyaretini yaptıktan sonra (üç ay/doksan gün) Türkiye'ye dönmek ve dönmediği takdirde de Geri Kabul Anlaşması gereğince Türkiye'ye iade edilmek durumunda olacaklardır. Bu anlamda, maddi durumu turistik gezi yapmaya elverişli olmayan kişi açısından vize muafiyeti sağlanmasının bir yararı olmayacaktır. Bu konuda, sürekli olarak AB üyesi devletlerin ülkelerine iş gereği gitmek durumunda olan kişiler için bir kolaylık sağlanacağı muhakkaktır. Ancak, Geri Kabul Anlaşması gereğince üstlenilen yükümlülüklerin karşılığında elde edilen kazancın veya menfaatin sadece bu kapsamda olması düşündürücüdür. Kaldı ki, ortaklık mevzuatı kapsamında özellikle Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşı olan kişilerin AB üyesi devletlerin ülkelerinde yararlanabilecekleri hakların (hizmet sunma, yerleşme serbestisi gibi) geniş olduğunu ve bu konuda taraflar itibarıyla

elzem olan girişimlerin de yapılması gerekir.

Konuya ilişkin ABAD'nın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'ya ilişkin tesis ettiği önkararı oldukça önemlidir. Ayrıca Geri Kabul Anlaşması metninin ekinde taraflarca benimsenen şu beyan oldukça ilginçtir. “*Vize Politikası Alanında İşbirliği Hakkında Ortak Beyan*” başlığını taşıyan açıklamada taraflar, halklar arası temasları daha çok arttırmak amacıyla, ABAD'nın Mehmet Soysal ve İbrahim Savatlı'ya ilişkin önkararında bahsi geçen konulara yönelik işbirliğini güçlendirmeyi (hizmet sunma, vize vb.) amaçlamışlardır.

Sonuç

Uluslararası hukuk itibarıyla karma nitelikte olan ve AB hukukunun bir parçasını oluşturan Geri Kabul Anlaşması ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlarına AB üyesi devletlerin ülkelerine vize muafiyeti sağlanarak gidilebilmesi amaçlanmaktadır. Geri Kabul Anlaşması'nın taraflar arasında yasa dışı yollarla gelen ve/veya yasal yollarla gelip yasa dışı konuma düşen kişileri konu edinmesi olağan bir uygulamadır. Bu anlamda uluslararası hukuk kişileri bu türden uluslararası anlaşmaları kendi aralarında yaratılan haklar ve üstlenilen sorumluluklar itibarıyla tesis etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti uyruklarına AB üyesi devletlerin ülkelerine vizesiz gidebilmeyi Ankara Anlaşması ile oluşturulan ortaklık mevzuatı öngörmesi nedeniyle, bu hususun ortaklık mevzuatı kapsamında çözüme kavuşturulması gerekirken, taraflar açısından tesis edilen uluslararası hukuk işlemi olan Geri Kabul Anlaşması ile bunun çözümlenmeye çalışılması oldukça ilginçtir. Zira yukarıda açıkladığımız gibi, vize olgusu ortaklık mevzuatı işletilerek kolaylıkla çözüme ulaştırılabilir. Bu yöntem denenmeden ve/veya zorlanmadan uluslararası hukuk kurallarına tâbi olarak tesis edilen ve yürürlüğe sokulan Geri Kabul Anlaşması'nın en azından Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne büyük bir katkısının olduğunu söylemek oldukça güçtür.

KAYNAKÇA/REFERENCES

C-16/05, Arrêt du 20.09.2007, Tum et Dari.

C-294/06, Arrêt du 24.01.2008, Payir e.a.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0109&from=en>.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086&from=en>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:fr:PDF>.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:FR:PDF>.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:FR:PDF>.

http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-285_tr.htm.

http://www.abgs.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf.

http://www.info-droits-etrangers.org/pdf/Accord_UETURQUIE.pdf.

REÇBER Kamuran, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2013.

REÇBER Kamuran, *Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, 1. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016.

Resmi Gazete, 02.08.2014, Sayı 29076.

BAĞLAMA KÜTÜĞÜNE KAYITLI GEMİLERİN MÜLKİYETİNİN ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE GÖRE KAZANILMASINA İLİŞKİN ESASLAR

PRINCIPLES ON ACQUISITION OF OWNERSHIP OF SHIPS REGISTERED TO THE HOME PORT LOG ACCORDING TO PRIVATE LAW PROVISIONS

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Aslıhan SEVİNÇ-KUYUCU*

Öz

Gemilerin kayıt altına alınması, ekonomik bakımdan önem taşıyan ve üçüncü kişileri ilgilendiren hukuki ilişkilerin aleni hale getirilmesi ihtiyacını karşılamaktadır¹. Gemi sicilleri gemilerin bayrak çekme hakkını ve dolayısıyla devletin tabiiyetinde olan gemileri belirlemede; geminin adı, bağlama limanı, tonajı gibi diğer gemilerden ayırt edilmesini sağlayan unsurların bilinmesini ve gemiler üzerinde ipotek, intifa gibi aynı hakların kazanılmasını sağlamaktadır². Türk Hukukunda gemilerin kayıt edildiği siciller Türk Milli Gemi Sicili ("MGS"), Türk Uluslararası Gemi Sicili ("TUGS") ile yapı halindeki gemilere özgü Yapı Sicilidir³. Herhangi bir sicile tescil edilmemiş gemilerin kayıt altına alınması temel amacıyla 2009 yılında Bağlama Kütüğü ihdas edilmiştir⁴. Bağlama Kütüğüne ilişkin mevzuatta yer

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, asevinck@istanbul.edu.tr

** Makale Gönderim Tarihi: 22.08.2017; Makale Kabul Tarihi: 27.12.2017.

¹ Gemi sicilleri büyük ekonomik değere sahip olan gemilerin maddi ve hukuki durumlarının bilinmesini ve aleni hale getirilmesini sağlamaktadır. Emine YAZICIOĞLU, *Türk Gemi Sicili*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 3; Zehra ŞEKER ÖĞÜZ, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 850. İngiliz Hukukunda da aynı durum geçerlidir. NJJ GASKELL/C. DEBATTISTA/RJ SWATTON, *Chorley & Giles' Shipping Law*, Pitmann, 1987, s. 27.

² YAZICIOĞLU, s. 3 vd.

³ Rayegan KENDER, Ergon ÇETİNGİL, Emine YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku (Temel Bilgiler)*, Cilt I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 53.

⁴ Bağlama Kütüğüne ilişkin ilk yasal düzenleme, kütüğü ihdas eden 6.5.2009 tarihli ve 5897 sayılı "Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dur (16.05.2009 tarihli, 27230 sayılı R.G.). Anılan Kanun 1. maddesinde 10.8.1993 tarihli ve 491 sayılı "Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye Ek 12. maddenin eklenmesini öngörmüştür. 10.8.1993 tarihli ve 491 sayılı "De-

alan özensiz düzenlemeler sebebiyle, Kütüğe kayıt edilen gemiler üzerindeki aynı hakların durumunun ve özellikle mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerin aydınlatılması gerekmektedir.

Abstract

Registration of the ships serves the need for making public the legal relationships that are economically important and that involve third parties. Ship registries determine the flag rights of the ships and hence the ships that would belong to the nation; provide the publicity of the properties of a ship that distinguish one from the others such as, their name, port of registry, tonnage and the entitlement of absolute rights on a ship such as the rights in rem, like right of property or mortgage. According to the Turkish Law the registries used to record the ships are Turkish National Ship Registry, Turkish International Ship Registry and for the ships under construction, Construction Registry. A special registry has been designated by the lawmaker in 2009 in order to record the ships that have not been registered to any other registry. Given the rough regulations in the legislation related to the aforementioned registry, there is a necessity of clarifying the issues about the status of rights in rem on ships recorded to this registry and especially the articles related to the right of property.

Anahtar Sözcükler: *Bağlama kütüğü, Gemi, Kayıt, Mülkiyetin kazanılması, Gemi mülkiyeti.*

Keywords: *Home port log, Ship, Register, Acquisition of ownership, Ownership on ships.*

nizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye (19.08.1993 tarihli, 21673 sayılı R.G.) Ek 12. madde ise "Bağlama Kütüğü" başlığını taşımaktadır. Ek 12. maddede, Bağlama Kütüğü'nün kurulması, tutulması, kütüğe kayıt edilecek gemiler, kayıt usulü, kütüğe kayıt edilen gemiler üzerindeki mülkiyet hakkının devri, Türk bayrağı çekme hakkı ve kabotaj hakkı ile ruhsatnameye ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Ek 12. maddenin son fıkrasında Bağlama Kütüğüne ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığının uygun görüşünü almak kaydıyla Denizcilik Müsteşarlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüş; bu yetkiye dayalı olarak Denizcilik Müsteşarlığı tarafından 14.9.2009 tarihli "Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği" (14.09.2009 tarihli, 27349 sayılı R.G.) 30.6.2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulmuştur. Anılan Yönetmelik Ek 12. maddede belirtilen hususlara ilişkin ayrıntılı düzenleme getirmiştir. 24.04.2010 tarihli "Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" (24.04.2010 tarihli, 27561 sayılı R.G.) ile 2009 tarihli Bağlama Kütüğü Yönetmeliği'nde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Ek 12. maddesinde Bağlama Kütüğü'nü düzenleyen 491 sayılı KHK, 26.9.2011 tarihli ve 655 sayılı "Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin (01.11.2011 tarihli, 28102 sayılı 1. Mükerrer R.G.) 44. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve KHK'nın 43. maddesinde "Bağlama Kütüğü" başlığı ile düzenleme yapılmıştır. KHK m. 43 f.2'de belirtildiği üzere Bağlama Kütüğüne kayda ilişkin usul ve esaslar ile yapılacak iş ve işlemlerin yürütülmesini belirlemek üzere "Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği" (25.09.2014 tarihli, 29130 sayılı R.G.) yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik'in 37. maddesi ile 2009 tarihli Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği de yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer bir ifade ile Bağlama Kütüğüne ilişkin yürürlükteki mevzuat 655 sayılı KHK m. 43 ile Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği'dir.

I. Genel Olarak Bağlama Kütüğü

A. Bağlama Kütüğünün Hukuki Niteliği

1. Bağlama Kütüğünün Hukuki Niteliğinin Tespitinin Önemi

Bağlama Kütüğünün hukuki niteliğinin tespit edilmesi, kütüğe kayıt edilecek gemilerin statüsünün belirlenmesi bakımından önemlidir. Kütüğün sicil niteliğine sahip olduğunun kabul edilmesi halinde kütüğe kayıt edilen gemiler sicile kayıtlı gemi statüsünde olacağından TTK'nın sicile kayıtlı gemiler hakkındaki hükümlerine tabi olacakken; kütüğün sicil niteliğine sahip olmadığı kabul edilmesi durumunda, Bağlama Kütüğüne ilişkin mevzuatta ayrı düzenleme bulunmadıkça, bu gemiler sicile kayıtlı olmayan gemilere ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

2. Sicil Kavramı

Ticari hayat ve ekonomik yönden yüksek değerde olan nesnelere ilişkin hukuki ilişkiler bakımından güvenli bir ortam oluşturmak ve aleniyeti sağlamak zorunluluğu sonucunda, çeşitli kanunlarda “sicil” veya “kütük” olarak adlandırılan kayıt defterleri düzenlenmiştir. Anılan kayıt defterleri bir hakkı veya hukuki durumu kurucu, açıklayıcı veya ispat edici fonksiyona sahip olmakta veya bu fonksiyonların birden fazlasını icra edebilmektedir⁵. Taşınır veya taşınmaz malların kayıt edildiği defterlerin sicil niteliğinde olup olmadığı, düzenlenme amacına göre tespit edilmelidir. Diğer bir ifade ile, bir kayıt defterinin hukuki olarak sicil niteliğini taşıyıp taşımadığı kanun koyucunun amacına bakılarak değerlendirilmelidir.

⁵ YAZICIOĞLU, s. 1. Kayıt defterlerine örnek olarak taşınmazların kayıt edildiği tapu sicili, tacirlere ilişkin işlemlerin kayıt edildiği ticaret sicili gösterilebilir. Hüseyin ÜLGEN/ Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/Fusun NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 356 vd.; Kemal OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY- ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 136.

3. Bağlama Kütüğünün Sicil Niteliğine Sahip Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Bağlama Kütüğüne ilişkin düzenleme yapılmasının gerekçeleri herhangi bir sicile tescil edilmemiş gemilerin ve diğer su araçlarının kayıt altına alınmasının sağlanması, denizciliğin geliştirilmesi, gemi ve diğer su araçları üzerindeki vergi yükü hafifletilerek diğer taşıma araçlarına göre adaletsiz olan vergi dağılımının düzenlenmesi ve denizciliğe özendirilmesi olarak özetlenebilir⁶. Dikkat edilirse, kütüğün düzenlenme amaçları arasında herhangi bir sicilde tescil edilmemiş olan gemiler için bir sicil ihdas edilmesi, anılan gemiler için kurulan kütüğün sicil fonksiyonlarını icra etmesi gibi hususlar yer almamaktadır.

Bağlama Kütüğünü düzenleyen 655 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) m. 43'te kütüğün sicil niteliğine sahip olduğuna ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği (BKUY)'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde Bağlama Kütüğü tanımına yer verilmiş olup "gemi, deniz ve içsu aracının kaydedildiği, ana ve yardımcı kütüklerden oluşan elektronik kayıt sistemini ve bağlama kütüğü dosyası" şeklinde verilen tanımdan da kütüğün bir sicil olarak düzenlendiği anlaşılmamaktadır⁷.

Sicil niteliğini haiz olan MGS'nin hukuki fonksiyonları geminin tabiiyetini belirlemek, geminin tabi olacağı hukuki statüyü belirlemek, gemi üzerinde bir hakkın tesisi ile bir hakkın veya hukuki durumun açıklanmasını sağlamak, tescil edilmiş hususların ispatını ve alenileştirilmesini sağlamak, tescil edilmiş haklardan doğan talep haklarının zamanaşımına uğramasını

⁶ İstanbul Milletvekili Mehmet Domaç ile Antalya Milletvekili Hüsnü Çöllü ve 38 Milletvekilinin; Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifleri ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (2/266, 2/268), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 257, s. 4, www.tbmm.gov.tr; İsmail DEMİR, *Yeni Bağlanma Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler*, AÜHFĐ, 64 (1), 2015, s. 109 vd.; Kerim ATAMER, *Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXV, Sayı 4, Aralık 2009, s. 327 vd.

⁷ Kanun koyucunun özellikle "sicil" ve "tescil" ifadelerine de yer vermediği görülmektedir. DEMİR, s. 117; ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 343. Ayrıca kanun koyucunun Bağlama Kütüğüne sicil niteliği tanımak istemesi halinde TTK m. 931 f.1'deki gemi tanımını genişletme yolunu tercih edeceği yönünde bkz. ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 343.

önlemek ve sicile güvenin korunmasıdır⁸. Dolayısıyla gemilere ait bir kayıt defterine gemi sicili niteliği verilmek istenmesi halinde bu deftere anılan fonksiyonların da tanınacağı kabul edilmelidir. Oysa ilgili mevzuattan Bağlama Kütüğünün sayılan hukuki fonksiyonların tamamını icra ettiği anlaşılmamaktadır.

Sicillerin düzenlenmesini gerektiren temel ihtiyaç gemilerin tabiiyetinin belirlenmesi ve aleni hale getirilmesi iken, zamanla siciller aynı hakların varlığının herkese açıklanmasını sağlayarak bir özel hukuk fonksiyonuna da sahip olmuştur⁹. Aynı hakların sicile tescil ile herkese açıklanması fonksiyonunun amacına ulaşması için aynı hak sahibinin veya üçüncü kişilerin sicile güven ilkesinden faydalanması gerekir¹⁰. Aksi halde sicilin aleni hale getirmiş olduğu bilgi üçüncü kişilere ulaşacak; ancak bu durumun hukuki bir etkisi olmayacaktır.

Hukuki nitelik itibarıyla taşınır olan gemilerin tescil edildiği MGS'ye ilişkin olarak TTK m. 973-974'te sicilin açıklığı ve sicildeki kayıtların karine özelliği düzenlenmiştir. Yine TTK m. 1015/1 ve 2'ye göre, MGS'ye tescil edilmiş bir gemi üzerinde rehin kurulması, ancak kanunda belirlenen şekilde sicile tescil suretiyle mümkündür. Taşınmazlar bakımından ise tapu siciline güven prensibi TMK m. 1023'te düzenlenmiştir. Öte yandan TMK m. 705 gereğince mülkiyet ve m. 856 gereğince rehin hakkı sicile tescil ile kazanılır. Görüldüğü üzere bir kütüğe sicil niteliği kanun koyucunun amacı doğrultusunda bu kütüğe belli özelliklerin kazandırılması ile tanınmaktadır. BKUY m. 23 f.1'de kütüğe yapılan kayıtların aleni olduğu ve ilgisini ispatlayan herkesin kayıt örneği alabileceği öngörülmüştür. Hükümde kütüğün aleniyet fonksiyonu vurgulanmış olsa da, aleniyet özelliğinin hukuki etkisini ortaya koyan sicil karinelerine ve sicile güven ilkesine yer verilmemiştir. Bu husus da düzenleme ile Kütüğe bir sicil özelliği tanınmak istenmediğini göstermektedir.

⁸ YAZICIOĞLU, s. 74 vd.

⁹ YAZICIOĞLU, s. 7. Aynı hakların açıklanması ve inancın korunması Eşya Hukukunun temel prensiplerinden olup, bu prensiplerin gerekleri kural olarak taşınırlarda ziyetlik taşınmazlarda ise sicil vasıtasıyla sağlanmaktadır. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 27. Gemi sicillerinin düzenleme amaçlarından bir diğeri gemilerin milliyetinin belirlenmesidir. GASKELL/ DEBATTISTA/ SWATTON, s. 26.

¹⁰ DEMİR, s. 120. İngiliz Hukukunda gemi sicilinin aynı amaca hizmet ettiği ve ispat etkisi için bkz. GASKELL/ DEBATTISTA/ SWATTON, s. 27 ve 35.

Bağlama Kütüğünün sicil niteliğinde olmadığını ortaya koyan önemli hususlardan birisi BKUY’nde kütüğe kayıt edilen gemilerin ve su araçlarının mülkiyetinin devrine ve bu araçlar üzerindeki rehin hakkına ilişkin düzenleme yapmış olmasıdır. BKUY m. 12’de kütüğe kayıtlı gemilerin ve su araçlarının mülkiyetinin devrine ilişkin şekil şartı getirilmiş olması Kütüğe kayıtlı gemilerin “*sicile kayıtlı gemi*” olarak nitelendirilmediğini göstermektedir; zira sicile kayıtlı gemi olarak nitelendirilmiş olsa idi, TTK m. 996 uyarınca bu gemiler üzerindeki mülkiyetin devri TTK hükümlerine -TTK m. 1001’e- tabi olur veya bu gemiler sicile kayıtlı olmasına rağmen ayrı bir düzenleme getirildiğinin açıkça belirtilmesi gerekirdi¹¹. Yine rehin hakkı bakımından da kütüğe kayıtlı gemilerin sicile kayıtlı gemi sayılması halinde TTK m. 996 gereği bu gemiler üzerinde gemi ipoteği tesis edilmesi mümkün olurdu; ancak BKUY m. 10’da sadece rehinlerin kütüğe kayıt edilmesinden bahsedilmiş, bu rehinin bir gemi ipoteği olduğu, kütüğe kayıt ile kurulacağı belirtilmemiştir¹². Oysa, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin TTK m. 1015’te “*Gemi ipoteğinin kurulması için geminin maliki ile alacaklının gemi üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi şarttır.*” ifadesi ile tescilin ipoteğin kurulması bakımından bir şart olduğu ve kurucu nitelikte olduğu açıkça vurgulanmıştır¹³.

¹¹ Örneğin Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilen gemiler, TUGSY’nin “Mevzuat” başlıklı 16. maddesindeki “...*bu kanunun düzenlemediği hususlarda yürürlükteki mevzuat hükümleri uygulanır.*” ifadesi gereği mülkiyet ve aynı haklar bakımından TTK hükümlerine tabidir. TTK m. 996 uyarınca sicile kayıtlı gemiler üzerindeki aynı haklara TTK hükümleri uygulanır. Dolayısıyla kanun koyucunun bir kayıt defterini sicil olarak nitelendirmek istediğinde TTK’da düzenlenen aynı haklara ilişkin kurallara tabi kaldığı, sicile kayıtlı gemiler üzerindeki aynı haklara ilişkin farklı düzenlemeler yapma ihtiyacı duymadığı görülmektedir.

¹² ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 344. Kanımızca da BKUY m. 10 uyarınca kütüğe yapılacak kayıt sadece üçüncü kişilere bilgi verme amacına yöneliktir. DEMİR, s. 153; Sami AKSOY, *Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü*, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 102. Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemiler üzerinde sözleşmesel rehin bakımından Medeni Kanun’un taşınır rehni hükümlerinin uygulanacağı veya koşulları varsa ticari işletme rehininin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Samim ÜNAN, “*Bağlama Kütüğü*” ile ilgili Bazı Sorunlar, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 10, Sayı 1-4, Ocak-Aralık 2005, s. 23

¹³ Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemiler üzerinde zilyetlik devredilmeksizin, sicile kayıt ile rehin tesis edileceği yönünde bkz. Didem ALGANTÜRK LIGHT, *Bağlama Kütüğü Uygulama Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 52. Yazar BKUY m.10’da rehinin Kütüğe kaydının kurucu niteliğine sahip olduğunu vurgulayarak ancak sicil niteliğinde bir

Hukukumuzda resmi siciller mahkeme gözetiminde tutulmaktadır¹⁴. Bağlama Kütüğünün mahkeme gözetiminde tutulmayıp kütüğün tutulmasında liman başkanlıklarının ve belediye başkanlıklarının yetkili kılınması kütüğe resmi sicil niteliğinin tanınmak istenmediğine işaret etmektedir¹⁵. Öte yandan hukukumuzda resmi sicillerin mahkeme gözetiminde tutulmasının yanında belli bir organizasyon oluşturularak tutuldukları görülmektedir. Örneğin, TTK m. 954 uyarınca MGS'nin tutulması için Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının uygun gördüğü yerlerde bir sicil teşkilatı oluşturulmuştur. Aynı şekilde taşınmazlar için TMK m. 1006 uyarınca özel kanun hükümlerine tabi olarak tapu idaresi teşkilatı oluşturulmuştur. Bağlama Kütüğü ise, liman başkanlıkları ve belediye başkanlıkları nezdinde tutulup kütüğün tutulması için bir organizasyon oluşturulmamıştır.

Görüldüğü üzere, gerek ilgili mevzuat gerekse kütüğün sahip olduğu hukuki işlev göz önünde bulundurulduğunda Bağlama Kütüğüne sicil niteliği tanınmak amacıyla olunmadığı; bu kütüğün yalnızca herhangi bir sicilde tescil edilmemiş gemileri ve su araçlarını kayıt altına almak; bu suretle denizciliğin geliştirilmesine hizmet etmek ve kayıt altına alınan gemiler ve su araçları bakımından vergi kolaylığı sağlanmak amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır¹⁶.

kütük ile hak doğurucu işlemler kurulabileceğinden Bağlama Kütüğünün sicil niteliğini haiz olduğu görüşünü savunmaktadır.

¹⁴ YAZICIOĞLU, s. 84.

¹⁵ DEMİR, s. 118.

¹⁶ DEMİR, s. 120; ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 344; ÜNAN, s. 21. Aksi yönde bkz. AKSOY, s. 98. 491 Sayılı KHK'da her ne kadar "sicil" ve "tescil" ifadeleri kullanılmamışsa da kayıttan liman başkanlıklarının sorumlu tutulması, hak sahipliği belgesinin düzenlenmesi, mülkiyetin devri için tescil şartının aranması, Türk bayrağı çekme hakkının kayıt ile kazanılması, ruhsatname verilmesi ve rehnin, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının kütüğe kaydedilmesinin gerekmesi sebebiyle kütüğün sicil niteliğine sahip olduğu görüşü öğretilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; anılan görüş eTTK'nın uygulama döneminde ve yine 14.09.2009 tarihli "Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği"nin yürürlüğü döneminde bu düzenlemeleri esas almaktadır. Öte yandan Bağlama Kütüğünün sicil niteliğini haiz olduğunu ileri süren anılan görüşün, yine 14.09.2009 tarihli Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği'nin Kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin 14. maddesinde mülkiyetin devri için Kütüğe kayıt yapılmasının esas alınması yönündeki düzenlemesi göz önünde bulundurularak gerekçelendirildiği vurgulanmalıdır. ALGANTÜRK LIGHT, s. 51 ve 58. Bağlama Kütüğünün sicil niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. Yarg.11.HD,19.11.2014, 2014/10235, (http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?Doc=YARGITAY_TR&SOPI=YA801D20141119K201417936E201410235).

B. Bağlama Kütüğüne Kayıt Edilebilecek Gemilerin Belirlenmesi

1. Bağlama Kütüğüne İlişkin Mevzuat Uyarınca Kütüğe Kayıt Edilebilecek Gemiler

a. Genel Olarak

Bağlama Kütüğüne kayıt edilecek gemilerin tespiti, mülkiyetin devrine ilişkin BKUY hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

BKUY'nin tanımlara ilişkin 4. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendine göre “*gemi; cinsi, tonlatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekte başka aletle yola çıkabilen her araç*”tır. BKUY'nin, TTK'ya göre daha geniş bir gemi tanımına yer verdiği görülmektedir. TTK m. 931'e göre, tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç gemi olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla bir aracın TTK'ya göre gemi olarak nitelendirilmesi için suda hareket amacına tahsis edilmesi ve pek küçük olmaması gerekirken, BKUY uyarınca bir araç suda hareket amacına tahsis edilmemiş olsa ve pek küçük olsa dahi, denizde kürekte başka bir aletle yola çıkabilmesi şartıyla, gemi olarak nitelendirilebilecektir. Bu durumda TTK'ya göre “*gemi*” olarak nitelenemeyecek araçların da- örneğin çok küçük teknelerin, denizde sabit bir amaca tahsis edilen teknelerin¹⁷- Bağlama Kütüğüne kaydedilmesi mümkündür¹⁸.

Bağlama Kütüğüne kayıt edilecek gemilerin tespiti yapılırken BKUY m. 4/1 (f)'de verilen tanımda dikkat çeken hususlardan birisi “*denizde*” ifadesidir. Anılan hükmün 1. fıkrasının (f) bendinde gemi tanımı verilirken

¹⁷ Örneğin, otel gemileri, restoran gemileri, sergi ve gösteri gemileri. ALGANTÜRK LIGHT, s. 51.

¹⁸ Öte yandan BKUY m. 4 f.1 (e) ve (ı) bentlerine göre gemi niteliğinde olmayan deniz araçlarının ve iç su araçlarının da kütüğe kayıt edilme olanağı bulunmaktadır. Bağlama Kütüğüne gemi niteliğine sahip olmayan deniz ve iç su araçlarının kayıt edilmesi mümkün olmakla birlikte, çalışmamızın asıl amacını TTK düzenlemesi ve BKUY'nde yer alan düzenlemeler karşısında sicile kayıtlı olmayan gemilerin mülkiyetinin devrinin ne şekilde gerçekleşeceğinin tespiti olduğundan çalışmada “*gemi*” ifadesi tercih edilecektir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, TTK m. 931/1 uyarınca gemi olarak nitelenmeyen ancak BKUY m. 4 f.1'e göre gemi, deniz aracı veya iç su aracı sayılan araçlar da taşınır olduklarından TMK m. 763 ve BKUY m. 14 hükümlerine tabi olacaktır.

kullanılan “denizde” ifadesi Yönetmeliğin yalnızca deniz gemilerini kapsamına aldığına; dolayısıyla iç su gemilerinin Bağlama Kütüğüne kaydının mümkün olmadığına işaret etmektedir¹⁹.

655 Sayılı KHK'nin 43. maddesine göre Bağlama Kütüğüne kayıt edilecek gemiler “*Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemiler*”dir. TUGSK m. 2'ye göre TUGS'ye yalnızca ticari amaçlı gemilerin tescili mümkün olduğundan 655 Sayılı KHK'nin 43. maddesinin TUGS'ye tescil edilmeyen ticari amaçlı gemiler olarak anlaşılması gerekmektedir. Kütüğe tescil edilecek diğer gemiler ise MGS'ye tescili zorunlu olmayan gemilerdir. TTK m. 957'ye göre, on sekiz gros tonilatoda ve daha büyük ticaret gemilerinin MGS'ye tescili zorunludur. Bu durumda 18 gros tonilatodan küçük olan ve MGS'ye veya TUGS'ye de tescil edilmemiş olan tüm ticari ve özel kullanıma mahsus gemilerin Bağlama Kütüğüne kaydı söz konusu olabilecektir.

b. Bağlama Kütüğüne Kaydı Zorunlu Olan Gemiler

Bağlama Kütüğüne kayıt, zorunlu ve ihtiyari kayıt olarak düzenlenmiştir. 655 Sayılı KHK'nin “*kaydettirmek zorundadırlar*” ifadesine yer veren 43. maddesine göre, Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemiler, Bağlama Kütüğüne kaydı zorunlu gemilerdir.

655 Sayılı KHK'nin 43. maddesinde “*Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki*” ifadesinin MGS'ye tescili ihtiyari olan her geminin MGS'ye tescil edilmiş olması ihtimalinde dahi Bağlama Kütüğüne de tescilin gerektiği yönünde bir lafzi yorumu beraberinde getirebileceği öğretide ileri sürülmüştür²⁰. Gerek hukukumuzda gerekse karşılaştırmalı

¹⁹ DEMİR de isabetli olarak, her ne kadar gemi tanımında “denizde” ifadesi yer alsada deniz aracı ve iç su aracı kütüğe kayıt edilebilecek araçlar içinde yer aldığından yüzebilen tüm araçların (dolayısıyla iç su gemilerinin de) Bağlama Kütüğüne kaydedilmek zorunda olduğunun anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. DEMİR, s. 121.

²⁰ DEMİR, s. 125; AKSOY, s. 77. BKUY'nin bu düzenlemesinin 491 Sayılı KHK'dan geldiği ve 5897 Sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında Denizcilik Müsteşarlığı ile Maliye Bakanlığı arasındaki görüş ayrılığına dayandığı belirtilmektedir. Vergi kaybına neden olunmaması için bu metin üzerinde uzlaşıldığı vurgulanmaktadır. DEMİR, s. 125-

hukukta gemilerin tek bir sicile tescil edilmesi esas olup, çifte tescil kanun koyucunun arzu edeceği bir sonuç değildir²¹. Bir geminin birden fazla sicile veya kütüğe tescil edilmesi sicillerin ve kütüklerin düzenlenme amacıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim MGS'ye tescil edilecek bir geminin başka sicildeki kaydının terkininin belgelendirilmesi aranmakta (TTK m. 962); yabancı sicilde tescil edilmiş gemiler tescili yasak gemiler arasında sayılmaktadır (TTK m. 958). Yine TUGSK m. 4 f.1 (a) bendinde de Milli Gemi Sicilindeki gemilerin TUGS'ne tescil edilebileceği düzenlenirken, bu gemilerin kayıtlarının TUGS'ne aktarılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bir geminin birden fazla sicil veya kütüğe tescil edilmesinin uygulamada birçok sorunu beraberinde getireceği tartışmasızdır. Böyle bir geminin iki ruhsatnamesinin olması, çifte vergilendirmeye tabi tutulması gibi hususlar ortaya çıkması olası sorunlara örnek verilebilir²². Dolayısıyla 655 Sayılı KHK'nın 43. maddesinin lafzen dahi olsa bir geminin hem MGS'ye hem de Bağlama Kütüğüne tescilini gerektirdiği yönünde yorumlanması kanımızca mümkün değildir. Anılan madde her halde, bir geminin herhangi bir sicile tescil edilmemiş olması durumunda Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesini zorunlu kılabılır. Kaldı ki KHK'nın uygulanmasına yönelik BKUY m. 9 f.1 (a) bendi de m. 43'ün bu yönde yorumlanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır²³.

Bağlama Kütüğüne kaydı zorunlu olan gemilere ilişkin diğer bir hüküm BKUY m. 9'dur. Anılan hükmün 1. fıkrasının (a) bendine göre, 18 gros

126, dn. 49.

²¹ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 53 vd. Karşılaştırmalı hukukta da devletlerin birden fazla gemi sicili ihdas ettiği görülmekle birlikte, gemilerin bu sicillerden birisine tescili esası benimsenmiştir: İngiliz Hukukunda tescil sistemi için bkz. GASKELL/ DE-BATTISTA/ SWATTON, s. 26 vd. Amerikan Hukukunda tescil sistemi için bkz. Ernest J. CARRADO, *United States International Ship Register. Is there a real need for it?* Conference on Which Register Which Flag ... Now? Essex House, New York 19-20 October, 1988, s. 1 vd. Panama sicili bakımından ikincil tescil veya çift tescilli gemi ("*Dual Registry Vessels*") olarak görülen hususun bareboat charter sicili olarak anılan sicile tescili ifade ettiği yönünde bkz. Hugo TORRIOS, *The Panamanian Register's Position in the International Shipowning Community*, Conference on Which Register Which Flag... Now? Essex House, New York, 19-20 October, 1988, s. 10.

²² Öğretide bu gemilerin hem kütüğe hem de Milli Gemi Siciline tescili halinde rehin bakımından iki ayrı rejimin söz konusu olacağı ve bu sebeple de iki ayrı sicile veya kütüğe kaydın olanaksız olduğu vurgulanmaktadır. Atilla ALTOP, *Bağlanma Kütüğü ile İlgili Yasal Düzenlemenin Getirdiği Sorunlar*, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 10, Sayı 1-4, 2005, s. 11.

²³ Aynı yönde bkz. ALTOP, s. 9.

tonilatunun altında ve 2,5 metre ve üzerindeki ticari gemilerin Milli Gemi Siciline veya Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilmemiş olması halinde Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesi zorunludur²⁴. Bu durumda 18 grostonun altında olan *ticaret gemilerinin* MGS'ye ve TUGS'ne tescili zorunlu olmadığından 2,5 metrenin üstünde olmaları durumunda Bağlama Kütüğüne kaydı zorunludur. 18 grostonun altında olan bu gemilerin 2,5 metrenin altında olması halinde ise Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesi zorunluluğu söz konusu değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun Bağlama Kütüğünü ihdas ederek ulaşmak istediği kayıtsız gemi kalmaması yönündeki amaca ulaşılmadığını söylemek mümkündür.

BKUY m. 9 f.1 (b) bendine göre boyu 2,5 metre ve üzerinde olan *özel kullanıma mahsus gemilerin* de Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesi zorunludur. TTK m. 956 uyarınca, 940. maddeye göre Türk bayrağı çekme hakkına sahip ticaret gemileri ile 935. maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerinde sayılan gemilerin MGS'ye tescili mümkündür. TTK m. 935 f. 2 (a) bendinde sayılan gemiler, yatlar ile denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilerdir. Diğer bir ifade ile özel kullanıma mahsus bir geminin tonilatosu ne olursa olsun MGS'ye tescili zorunlu değildir; ancak yasak da değildir. TUGS'ye tescili ise mümkün değildir. Dolayısıyla özel kullanıma mahsus bir geminin 2,5 metre veya üzerinde olması halinde de; ancak MGS'ye tescil edilmemiş olması şartıyla Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

c. Bağlama Kütüğüne Kaydı İhtiyari Olan Gemiler

Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesi ihtiyari olan gemiler BKUY m. 9 f.2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bayrak çekme hükümlerine bağlı olmaksızın; yabancı uyruklu olup oturma izni bulunan gerçek kişilere ait özel kullanıma mahsus gemilerin Kütüğe kayıt edilmesi ihtiyaridir. Bilindiği üzere TUGS'nin ihdas edilme amaçları içinde yabancı bayrak taşıyan gemilerin ve yatların Türk bayrağına geçmesinin teşvik edilmesi de yer almaktadır. Bununla birlikte TUGSK m. 2 f.1

²⁴ 655 Sayılı KHK'da yer almayan gemilerin boyuna ilişkin sınırlandırmanın yönetmelik ile getirilemeyeceği yönünde bkz. DEMİR, s. 128-129.

(b) bendinde yer alan yat tanımı yalnızca ticari amaçla kullanılan yatları kapsayıp özel kullanıma mahsus yatları kapsam dışında bıraktığından özel kullanıma mahsus yatlar bakımından TUGSK'nun anılan amacı gerçekleştirilememiştir. BKUY m. 9 f.2 (a) bendi ile Türkiye'de oturma izni bulunan yabancı kişilere ait özel kullanıma mahsus yatların da Bağlama Kütüğüne kayıt edilerek Türk bayrağı taşıması mümkündür.

BKUY m. 9 f. 2 (b) bendine göre devlete ait olup temel kamu hizmetinde kullanılan gemilerin, diğer bir ifade ile TTK m. 958/1 uyarınca Milli Gemi Siciline tescili caiz olmayan gemilerin, kütüğe kaydı ihtiyaridir²⁵. Yine 9. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde 2,5 metrenin altındaki özel kullanıma mahsus gemilerin kayıt edilmesi de malikin seçimine bırakılmıştır. TTK m. 956 gereğince özel kullanıma mahsus geminin MGS'ye tescili de mümkün olduğundan bu özellikteki bir geminin 2,5 metrenin altında olması halinde malikin gemisini MGS'ye veya Bağlama Kütüğüne tescil ettirmek hususunda seçim hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılmak gerekir.

BKUY'ne göre, kütüğe kayıt ettirilmesi ihtiyari gemiler arasında Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulüplerinin ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemiler de bulunmaktadır²⁶.

II. Kütüğe Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Devri

A. Hukuki İşlem Yoluyla

1. BKUY'nin Mülkiyet Devrine İlişkin Düzenlemesi

BKUY 14. maddesinde "Mülkiyetin Devri" başlığıyla kütüğe kayıt edilen gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir²⁷.

²⁵ Devlete ait olup kamu hizmetinde kullanılan gemilerin kütüğe kayıt edilmesinin eleştirisi için bkz. DEMİR, s. 131-132.

²⁶ Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulüplerinin ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemilerin kaydının ihtiyari değil zorunlu tutulması gerektiği yönünde bkz. DEMİR, s. 133-134.

²⁷ Mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmelerin yönetmelikle şekle tabi tutulmasının yerinde olmadığı ve düzenlemenin geçersiz olduğu yönünde bkz. DEMİR, s. 151. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde bir yönetmelik ile kanun hükmünün değiştirilmesinin mümkün olmadığını vurgulamak gerekmele beraber; ilgili yönetmeliğin dayanağı bir KHK olduğundan ve

BKUY m. 14 f.1, kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin başkanlıklar²⁸ veya noter huzurunda düzenlenmesinin zorunlu olduğunu öngörmektedir. Mülkiyetin devrine ilişkin hükümde yer alan “*mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işleme ilişkin belge*” ifadesi ise açık değildir.

Uygulamada gemilerin mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi için iki ayrı belge düzenlenmektedir. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki, satıcının geminin mülkiyetini devretmeyi borçlandığı sözleşme “*Memorandum of Agreement (MoA)*”dır²⁹. Geminin mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemi niteliğinde olan sözleşme ise “*Bill of Sale (BoS)*”dır.

Yönetmelik’te yer verilen “*mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işleme ilişkin belge*” ifadesi, satıcının geminin mülkiyetini devretme borcu altına girdiği sözleşmeyi, diğer bir ifade ile geminin mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmeyi akla getirmektedir³⁰; zira mülkiyetin devrini gerçek-

uygulamada yeni düzenleme sebebiyle ortaya çıkacak aksaklıklar dikkate alındığında dayanağı KHK olan Yönetmelik hükmünün değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

²⁸ BKUY m. 4 f.1 (d) uyarınca, bağlama kütüğünün tutulduğu liman başkanlıkları veya bağlama kütüğü tutmakla yetkilendirilmiş belediye başkanlıklarının her biridir.

²⁹ Basılı sözleşmeler, uluslararası bir alan olan gemi satışı piyasasında genel geçer olarak kullanılmak üzere çeşitli denizcilik örgütleri tarafından çıkarılmıştır. Güncel gelişmelere uyum sağlanması amacıyla belli aralıklarla yenilenen bu sözleşmeler Norwegian Saleform 1993, Nipponsale, Salescrap 87 ve Barecon 89’dur. Iain S. GOLDREIN/John BASSINDALE/ Paul TURNER, *Ship Sale and Purchase*, Lloyd’s of London Press Ltd., London-New York-Hamburg-Hong Kong, 1993, s. 78 vd.; Yvonne BAATZ/Ainhoa Campàs VELASCO/ Charles DEBATTISTA/Johanna HJALMARSSON/Andrea LISTA/Filipo LORENZON/ Rob MERKIN/Richard PILLEY/Andrew SERDY/Richard SHAW/Michael TSIMPLIS, *Maritime Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, s. 77. Yat satışlarında ise en sık kullanılan basılı sözleşme Mediterranean Yacht Brokers Association Memorandum of Agreement (MYBA MOA)’dır: VELASCO/LORENZON, s. 78. Ülkemizde Norwegian Saleform 1993 (Saleform’93) ve Nipponsale (Nipponsale’93)’ın yaygınlıkla kullanıldığı görülmektedir. Kerim ATAMER, *TTK m. 867-871 Hükümlerinin Tarihçesi ve Gemi Satım Sözleşmelerine Uygulanması*, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s. 372. Norwegian Saleform, Norveç Gemi Brokerleri Birliği tarafından hazırlanmış ve 1956 yılında BIMCO tarafından benimsenmiştir. Sözleşmenin güncel hali 2012 metnidir.: ATAMER, *TTK m. 867-871*, s. 372. Sözleşme metni için bkz. www.bimco.org/en/Chartering/Documents/Sale_and_Purchase/SALEFORM_2012/Explanatory_notes.aspx; Nipponsale Form ise, Japon Denizcilik Birliği tarafından hazırlanıp kullanıma sunulmuştur. Uygulamada dökme yük gemileri daha çok Japonya’dan satın alındığı için Sözleşme sıklıkla kullanılmaktadır. Sözleşmenin en güncel düzenlemesi Nipponsale’99 dur. ATAMER, *TTK m 867-871*, s. 372.

³⁰ 2009 tarihli Yönetmelik m. 14’te “*mülkiyetinin devrini gerektiren satış, bağış gibi söz-*

leştiren tasarruf işleminin belirtilmek istenmesi durumunda “*mülkiyetin devrine ilişkin belge*” veya benzer bir ifade kullanılması gerekirdi.

Maddenin lafzından yola çıkıldığında bu sonuca varılabilmekle birlikte, hükümde yer alan ifadenin açık olmaması sebebiyle farklı şekilde yorumlanabileceği kanısındayız. Öncelikle anılan hükümde şekil şartına tabi kılınmak istenen “*hukuki işlemin*” tespit edilmesinde TTK m. 1001 hükmünün göz önünde tutulması mümkündür; zira TTK m. 1001 hükmünde kanun koyucu şekle tabi tutulmasında yarar gördüğü hukuki işlemi ortaya koymaktadır. Sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin TTK m. 1001/1 aynı hakkın devrine ilişkin tasarruf işlemi şekle tabi kılmaştır³¹. TTK m. 1001’in gerekçesi “*mülkiyeti iktisap edilecek taşınırın büyük bir ekonomik değer taşıması ve hukuk emniyeti bakımından mülkiyetin intikaline ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde ve imzaların noterce tasdikli olarak akdedilmesi gerekli görülmüştür.*” şeklindedir. Gerekçede belirtildiği üzere, kanun koyucu mülkiyeti devreden anlaşmayı şekle tabi kılmaştır ve bu anlaşmayı şekle tabi kılmasının sebebi geminin taşıdığı büyük ekonomik değer ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Diğer bir ifade ile, kanun koyucu büyük ekonomik değer taşıyan bir taşınırın mülkiyetinin intikalinde resmi makamın katılımını ve onayını aramakta; geminin mülkiyetinin kime ait olduğunun resmi makamca bilinmesinde hukuki yarar görmektedir. Gemi mülkiyetinin devri borcu doğuran satış sözleşmesi veya başkaca bir borçlandırıcı işlemin³² şekle tabi tutulması ve bu borçlandırıcı işlemde sonra

leşmelerin” ifadesiyle mülkiyetin devri borcunu doğuran borçlandırıcı işlemin şekil şartına tabi tutulduğu açıkça belirtilmiştir. Kanımızca her ne kadar Yönetmelik ifadesi borçlandırıcı işleme işaret etmiş de, borçlandırıcı işlemin şekil şartına tabi tutulması isabetli bir tercih değildir. Öğretide bu hükmün taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin TMK m. 706 f.1’den aktarıldığı belirtilmiş olsa da, kanun koyucunun bu sözleşmelere -taşınmazlarda olduğu gibi- aynı sözleşme niteliği tanımak istediği maddeden anlaşılacaktır. Burada özellikle Ek Madde 12’de bağışlama sözleşmesinin türleri dikkate alınmaksızın düzenleme yapıldığı da vurgulanmalıdır; zira öğretide elden bağışlamanın tasarruf muamelesi olduğu da kabul edilmektedir. Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 203; Kudret AYİTER, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara, 1953, s. 34; ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 342. 2009 tarihli Yönetmelik 14. maddede getirilen şekil şartının borçlandırıcı işleme ilişkin olduğu yönünde bkz. ÜNAN, s. 24-25; ALTOP, s. 5-6.

³¹ KENDER/ ÇETİNGİL/ YAZICIOĞLU, s. 70.

³² Bu hukuki işlem trampa, bağışlama, gemi inşa sözleşmesi veya başka bir borçlandırıcı işlem olabilir. KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 70.

yapılacak ve geminin mülkiyetini diğer tarafa devredecek tasarruf işleminin şekle tabi tutulmaması halinde yetkili idari makamlar geminin mülkiyetinin devredilmiş olup olmadığı hususunda bilgi sahibi olamayacağından borçlandırıcı işlemin şekil şartına tabi tutulmasında herhangi bir hukuki yararın bulunmadığını söylemek mümkündür³³.

Yönetmelik'teki “*mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işleme ilişkin belge*” ifadesinin anlamının tespitinde hükmün devamında yer alan “*Başkanlıklar veya noter dışında yapılmış mülkiyetin devrini amaçlayan işlemler geçersizdir*” ifadesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Kanımızca bu ifade ile “*mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işlem*” ifadesi aynı olmakla beraber Yönetmeliği düzenleyen makam her iki ifade ile aynı işlemden bahsetmektedir. “*Mülkiyetin devrini amaçlayan işlem*” ifadesinin mülkiyeti devreden işlem, mülkiyetin devrini sağlamayı amaçlayan işlem olarak anlaşılması mümkündür. Yönetmeliğin 14. maddesinin 1. fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerinde yer verdiği iki ayrı ifade ile aynı işlemden bahsettiği dikkate alındığında, bu ifadelerin gereken dikkat gösterilmeksizin kullandığını ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

14. maddenin 4. fıkrasında yer verilen “*devir işlemi*” ve “*devredilmiştir*” ifadelerinin de Yönetmelik'te şekle tabi kılınan işlem ile hangi sonuca varıldığı – mülkiyeti devretme borcunun doğduğu veya mülkiyetin devredildiği işlemi şekle tabi kılma- hususunda aydınlatıcı olabileceği dikkat çekmektedir. 4. fıkrada “*Taraflar, devir işleminin yapılacağı başkanlığa devir işleminin yapılabilmesi için birlikte yazılı talepte bulunur.*”; 4. fıkranın (a) bendinde “*Devir işlemi gemi, deniz ve iç su aracının kaydının bulunduğu başkanlıktan başka başkanlıkta yapılacak ise, talebi alan başkanlık talebi yazılı olarak veya elektronik ortamda kaydı tutan başkanlığa bildirir.*” ifadeleri ile başkanlıklar huzurunda resmi şekilde yapılacak işlemin “*devir işlemi*” yani geminin mülkiyetini devreden tasarruf işlemi olduğu belirtilmektedir. 4. fıkranın (a) bendinde devir işlemini gerçekleştirecek olan başkanlığın devir belgesini ve ruhsatnameyi düzenleyeceği ve eski ruhsatname üzerine “*devredilmiştir*” şerhini düşeceği öngörülmektedir. Bu hüküm açık bir şekilde başkanlık huzurunda gerçekleştirilecek işlemin mülkiyetin devri işlemi olduğunu ve bu işlem ile geminin mülkiyetinin devredilmiş olacağını

³³ Geminin mülkiyetinin devredilmesi için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek duyulacağı yönünde. ÜNAN, s. 25; ALTOP, s. 7.

kabul etmektedir³⁴.

Kanımızca Yönetmeliği düzenleyen makamın bu düzenleme ile karşılanmasını istediği hukuk güvenliği ihtiyacı, Yönetmeliğin farklı hükümlerinde aynı hukuki işlem için farklı ifadeler kullanılmış olması ve uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların önüne geçilmesi ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda borçlandırıcı işlemi şekle tabi tutma amacıyla olunmayacağı; hükümde işaret edilen sözleşmenin geminin mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme olduğu sonucuna varılabilmektedir. Diğer bir anlatımla Kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrinde mülkiyetin devri borcunu doğuran borçlandırıcı işleme değil; aynı hakkın devrine ilişkin tasarruf işlemine ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı duyulduğunun ve BKUY m. 14 f.1’de geçerlilik şekline tabi tutulmuş sözleşme olarak geminin mülkiyetinin devredildiği tasarruf işleminden bahsedildiğinin kabul edilebileceği kanısındayız³⁵.

BKUY m. 14 f.1’e göre, mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşmenin Kütüğün bağlı olduğu başkanlık dışında bir başkanlıkta düzenlenmesi de mümkündür. Sözleşmenin başkanlık veya noter huzurunda düzenlenmesi geçerlilik şekli olup bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçerli olmayacak ve bu sözleşmelere dayalı olarak mülkiyetin devri gerçekleştirilmeyecektir³⁶.

³⁴ Burada vurgulanması gerekir ki, Yönetmeliğin 14. maddesinin (b) bendinde ve 5. fıkrasında “satış” ifadesi kullanılmıştır.

³⁵ Yargıtay 11 HD. 2014/10235 Esas, 2014/17936 Karar numaralı, 19.11.2014 tarihli kararında Milli Gemi Siciline tescilli gerekirken Bağlama Kütüğüne kayıt edilen bir geminin mülkiyetinin devrini değerlendirirken “*geminin gemi siciline kayıtlı olmayıp bağlama kütüğüne kayıtlı olduğu gözden kaçırılarak resmi şekil şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle gemi satış akdinin geçersiz olduğu yönünde karar verilerek...*” ifadesini kullanmıştır. Yargıtay’ın anılan kararında Milli Gemi Siciline kayıtlı olan gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlem bakımından TTK m. 1001’de düzenlenen şekil şartını aradığı veyahut da “gemi satış akdi” ifadesi ile satış senedini işaret etmek istediği anlaşılmaktadır. TTK m. 1001 f.1 ve 2’de şekil şartına tabi kılınan anlaşma mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işlemi olduğundan, kararda “gemi satış akdi” ifadesi ile bu işlemden bahsedildiğinin kabul edilmesi yerinde olur. İlgili karar ile Yargıtay’ın bağlama kütüğüne kayıtlı gemiler bakımından borçlandırıcı işlemin şekil şartına tabi olduğunu kabul ettiği yönünde bkz. Cüneyt SÜZEL, *Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Araçların Mülkiyetinin Devri*, <https://denizhukuku.bilgi.edu.tr>, s. 4. Kanımızca ilgili kararda Yargıtay Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin tabi olduğu şekil bakımından görüşünü ortaya koymamıştır.

³⁶ 491 Sayılı KHK’da ve 2009 tarihli Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği’nde yer alan mülkiyetin devrine dair sözleşmelerin şekline ilişkin hükmün temel kanun olan Borç-

BKUY m. 14 f.2'ye göre, mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmenin noterde yapılması halinde devreden; devri yapılacak geminin üzerinde bulunan takyidatların yer aldığı ve satışın yapıldığı tarihle aynı tarihli bağlama kaydı örneğini, devralanın incelemesi amacıyla notere sunacaktır. Hükme göre devir belgesinde devralanın bağlama kaydı örneğini gördüğüne dair beyanı da yer almak zorundadır.

2. Taşınır Mülkiyetinin Devrine İlişkin Hükümlerin Kütüğe Kayıtlı Gemilere Uygulanması

TTK m. 997 gereğince sicile kayıtlı olmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklara Türk Medeni Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bağlama Kütüğü sicil niteliğini haiz olmadığından kütüğe kayıtlı gemiler sicile kayıtlı olmayan gemilerden olup bu gemiler üzerindeki mülkiyet hakkı TMK'nın taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlerine tabidir³⁷.

Taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin TMK m. 763'e göre taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. TMK m. 763'te anlaşmadan bahsedilmediği görülmekle beraber, zilyetliğin devrinin mülkiyeti devralana geçirmesi için mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın gerekli olduğu öğretiler kabul edilmektedir. Anlaşmaya ilişkin herhangi bir şekil şartı aranmamış olup, burada belirtilen anlaşma da aynı hakkın devrine ilişkin işlemdir³⁸.

lar Kanunu'nun öngördüğü şekil serbestisi ilkesine ters olması sebebiyle geçersiz olduğu; Türk Hukukunda taşınır mülkiyetinin devrinin sebepten soyut olup olmadığı konusundaki tartışma karşısında bu düzenlemenin hukuki çekişmelere yol açabileceği yönünde bkz. ALTOP, s. 5-6.

³⁷ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 848.

³⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 742-743; Rona SEROZAN, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 260. TMK m. 763'e göre, taşınır mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri gerekmele beraber, öğretiler Kanun'un ifadesinde yer almamasına rağmen taraflar arasında mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yapılmış olması aranmaktadır. Aynı durum İsviçre Hukuku için de geçerlidir. Anılan anlaşma aynı hakkın devralana geçmesine ilişkin aynı sözleşmedir. Bu sözleşme devredeninin sahip olduğu mülkiyet hakkına doğrudan doğruya etki eden ve mal varlığının aktif kısmını azaltan bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Mal varlığının pasif kısmını arttıran bir borçlandırıcı işlem niteliğinde değildir. Anılan sözleşme ile devreden mülkiyet hakkının devralana nakledilmesi amacıyla mülkiyet hakkından vazgeçmekte olduğundan aynı zamanda bir temliktir. Devredeninin ve devralanın mülkiyetin devralana geçmesi hususunda anlaşması

Bağlama Kütüğüne ilişkin yeni düzenleme sonucunda kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin ne şekilde devredileceğinin tespit edilebilmesi için öncelikle TMK m. 763 ve BKUY m. 14 hükümleri arasındaki ilişki belirlenmelidir. Belirtmek gerekir ki, bir temel kanun hükmü olarak TMK m. 763'in normlar hiyerarşisinde alt sırada bulunan bir başka düzenleme olan BKUY hükmü ile ilga edilmesi mümkün değildir³⁹. Dolayısıyla BKUY hükümlerinin, TMK hükümlerine aykırı düzenleme getirmesi isabetli değildir. Öte yandan sicile kayıtlı olmayan gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin TTK m. 997'de, aynı hususu düzenleyen 6762 Sayılı TTK m. 876 f.1'e göre esaslı bir değişiklik yapılarak geminin mülkiyetinin zilyetliğin devri olmaksızın devrine imkân tanınmamıştır. TTK m. 997'ye ilişkin madde gerekçesinde “...*Türk Medeni Kanununun taşınır mülkiyetinin iktisabı ile alakalı kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir sebep olmadığından...*” 6762 Sayılı Kanun'un zilyetlik devredilmeksizin mülkiyetin devrine imkan tanıyan hükmünün TTK'ya alınmadığı belirtilmektedir⁴⁰. Temel kanun nite-

gerektiğinden akit şeklinde yapılan bir tasarruf işleminden bahsetmek gerekir. Mülkiyetin devrine ilişkin aynı sözleşmenin hukuki etkisinin doğması içinse zilyetliğin devredilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak taşınır mülkiyetinin devri için gerekli olan anlaşma, TTK m. 1001/1'de şekle tabi tutulan ve TMK m. 763'de arandığı kabul edilen anlaşma, mülkiyetin devri borcunu doğuran borçlandırıcı işlem değil; doğrudan doğruya mülkiyet hakkı üzerinde hukuki etki doğuran aynı sözleşme, tasarruf işlemidir. AYİTER, s. 17 vd.; Tahir ÇAGA/Rayegan KENDER, *Deniz Ticaret Hukuku*, Cilt I, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 98; SEROZAN, s. 256; Özge ERBEK, *Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi*, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir, 2013, s. 938-940; Aydın A YBAY/Hüseyin HA TEMİ, *Eşya Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 150; Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 483; Mehmet AYAN, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 578 vd; Fikret EREN, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 49. Ayrıca taşınırların devrinde aranan anlaşmanın aynı akit değil iktisap akdi olarak adlandırılması gerektiği yönünde bkz. Selahattin Sulhi TEKİNAY, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1970, s. 464.

³⁹ Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 188.

⁴⁰ Düzenlemenin eleştirisi için bkz.: ŞEKER ÖĞÜZ, s. 48. Kanımızca sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrine ilişkin TTK m. 1001'in gerekçesi dahi kanun koyucunun sicile kayıtlı olsun olmasın tüm gemilerin mülkiyetinin devri bakımından geminin taşınır niteliğini vurgulayarak TMK'nın taşınırların mülkiyetinin devrine ilişkin hükümlerine paralel düzenleme yapmayı tercih ettiğini ortaya koymaktadır. TTK m. 1001'e ait gerekçede “... *gemi mülkiyetinin Türk Medeni Kanununda taşınır mülkiyetinin intikali için öngörölmüş olan usule uygun olarak anlaşma ve gemi zilyetliğinin nakli suretiyle intikal edeceğini ifade etmek üzere maddeye “gemi zilyetliğinin nakli şarttır” ibaresinin eklenmesi suretiyle*” yapıldığı vurgulanmaktadır. Ayrıca sicile kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devri için zilyetliğin

liğindeki TTK’da kanun koyucu sicile kayıtlı olmayan gemiler bakımından zilyetliğin devrinden ayrılmamayı tercih etmişken, BKUY ile bu prensibin terk edildiğinin kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir.

BKUY m. 14’ün getirdiği şekil zorunluluğunun taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin taraflar arasında yapılması gereken anlaşmaya yönelik olduğu kanısında olduğumuzu yukarıda belirtmiştik. BKUY’nin TMK hükmünü ilga etmesi mümkün olmadığından⁴¹, ancak ilave bir düzenleme getirdiği kabul edilebilir. Her iki hükmün uygulanması halinde Bağlama Kütüğüne kayıtlı Türk gemilerinin mülkiyetinin devri için anlaşma ve zilyetliğin devrinin gerekeceğinin, mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın BKUY m. 14’te belirlenen şekle uygun olarak yapılması gerektiğinin kabul edilmesi mümkündür⁴². Böylelikle şekle tabi olarak yapılan aynı akit ve zilyetliğin devri ile geminin mülkiyeti devredilmiş olacak ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilecektir⁴³.

Öğretide 2009 tarihli Yönetmeliğin 14. maddesinde yer alan “*Resmi sözleşme dışında yapılmış mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler geçersiz ve bu sözleşmelere dayanarak, sözleşmede hak sahibi olarak gözüken kişi*

devralana geçirilmesi gereğinin eleştirisi için bkz. KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 71-72.

⁴¹ DEMİR, s. 151.

⁴² TTK m. 997 ve BKUY m. 14 aynı anda yürürlükte olduğu için Bağlama Kütüğüne kayıtlı bir geminin mülkiyetinin devri için liman başkanlıklarında veya noterde resmi şekilde sözleşme yapılabileceği gibi adi yazılı bir sözleşme ve hatta yazılı sözleşme yapılmaksızın ilgili başkanlığa verilecek dilekçe ve zilyetliğin devri ile mülkiyetin devredilebileceği görüşü için bkz.: DEMİR, s. 153. 491 Sayılı KHK Ek Madde 12’de yer alan mülkiyetin devrine ilişkin düzenleme ve eTTK m. 867 hükmü karşısında öğretide KHK hükmü ile eTTK m. 867 hükmünün ilga edilmiş olduğu savunulmuştur. Görüşe göre, TMK 706 ile paralel düzenleme getiren 491 Sayılı KHK, mülkiyetin devri için tescil şartını öngören TMK m. 705’i de geçerli hale getirmiş; bu durumda taşınırlarda zilyetliğin devrini gerekli kılan TMK m. 763’e eTTK’nın yaptığı atıf zımnen ilga edilmiştir ve Kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri gerekmemektedir. ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 351. Bağlama Kütüğü sicil niteliğine sahip olduğundan artık Türk Hukuku bakımından sicile tescil edilmemiş gemi bulunmayacağı ve eTTK m. 867 (TTK m. 997)’nin uygulama alanının kalmadığı yönünde bkz. AKSOY, 98. Ayrıca eTTK m. 867 uygulanmamasına rağmen mülkiyetin devri için resmi sözleşmenin yeterli olmayıp zilyetliğin devrinin gerektiği yönünde bkz. AKSOY, s. 100.

⁴³ 491 sayılı KHK döneminde de resmi borç doğuran sözleşme metninde aynı akit ve zilyetliğin devrine ilişkin beyan da yer aldığı takdirde sorunların önüne geçilebileceği yönünde bkz. ÜNAN, s. 25.

adına kayıt yapılamaz.” ifadesi gereği tescilin mülkiyetin devri bakımından kurucu etkiye sahip olduğu savunulmaktadır⁴⁴. Kanımızca mülkiyetin devrine ilişkin hükümde açıkça mülkiyetin devri için tescilin şart olduğu yönünde bir esas düzenlenmiş olmadığından mülkiyetin devri bakımından tescil kurucu bir etki taşımamaktadır.

B. Hukuki İşlem Dışındaki Yollarla

1. Genel Olarak

Bağlama Kütüğü sicil niteliğine sahip olmadığı için kütüğe kayıtlı gemiler sicile kayıtlı olmayan gemi niteliğindedir. Dolayısıyla TTK m. 997 uyarınca sicile kayıtlı olmayan gemilerin mülkiyetinin kazanılmasında hukuki işlem dışındaki yöntemlerin geçerliliği kütüğe kayıtlı gemiler bakımından değerlendirilmelidir.

2. Sahiplenme Yoluyla

Taşınırların mülkiyetinin sahiplenme yoluyla kazanılması mümkündür. Sahiplenme, bir kimsenin sahipsiz bir taşınır üzerinde malik olma iradesiyle zilyetlik kurması anlamına gelmektedir (TMK m. 767).

Bir taşınırın mülkiyetinin sahiplenme yoluyla kazanılabilmesi için öncelikle sahipsiz bir taşınır olması gerekir⁴⁵. Bu kapsamda kütüğe kayıtlı bir gemi maliki tarafından mülkiyet hakkından vazgeçilmek kastıyla terk edilirse sahipsiz hale gelir⁴⁶. Sahiplenme yoluyla taşınırların mülkiyetinin

⁴⁴ ALGANTÜRK LIGHT, s. 58.

⁴⁵ SİRMEN, s. 489-490; AYBAY/HATEMİ, 143-144; AYAN, s. 593-595; TEKİNAY, s. 471.

⁴⁶ TTK m. 998 f.1 sicile kayıtlı bir geminin ne şekilde sahipsiz hale geleceğini düzenlemektedir. Hükme göre, sicil kayıtlarından sahibinin kim olduğu anlaşılmayan veya usulüne uygun olarak mülkiyeti terk edilmiş gemidir. Sicil kayıtlarından geminin sahibinin kim olduğunun belirlenememesinin ne şekilde tespit edileceği belli olmadığından öğretilerde bu ifade eleştirilmektedir. Geminin sahipsiz bir gemi olarak kabul edileceği diğer hal ise malikinin usulüne uygun olarak mülkiyeti terk etmesidir. Diğer bir ifade ile malikin mülkiyeti terk iradesiyle gemiyi terk etmesidir. Bu ikinci halde geminin sicilde kaydının bulunup bulunmadığı önem taşımamaktadır. Taşınırların sahipsiz hale gelmesine ilişkin TMK m. 767’de de mülkiyet hakkından vazgeçilmek iradesiyle terk edilen taşınırın herhangi bir sicilden malikin anlaşılıp anlaşılmadığı hususu üzerinde durulmamaktadır. Dolayısıyla

kazanılması için gerekli olan ikinci şart, malik olma iradesiyle taşınırın zilyetliğinin elde edilmesidir. Sahipsiz hale gelen ve kütüğe kayıtlı olan geminin mülkiyetini TTK m. 767 uyarınca malik olma iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse geminin maliki olur⁴⁷.

3. Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla

Kazandırıcı zamanaşımı taşınırlarda mülkiyetin hukuki işlem dışındaki yollarla kazanılması hallerinden birisidir. TMK m. 777 hükmü uyarınca, başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız, beş yıl, iyi niyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse zamanaşımı yoluyla o malın maliki olur. Öte yandan TTK’da gemilerin mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir (TTK m. 999-1000). Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasına ilişkin taşınırlara dair hükümlerin ve TTK’da yer alan özel düzenlemelerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

a. Olağan Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla

TTK m. 999’da “Olağan Zamanaşımı” başlığı ile sicile kayıtlı gemilerin beş yıllık süreye bağlı olarak zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılması düzenlenmiştir. Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemiler sicile kayıtlı gemi olmadığından, anılan hükmün bu gemiler bakımından uygulanması söz konusu değildir.

Sicile kayıtlı olmayan gemiler üzerindeki aynı haklar TTK m. 997 f.1 gereğince TMK hükümlerine tabi olduğundan, kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin TMK m. 777’ye göre kazanılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. TMK m. 777 uyarınca geminin mülkiyetinin kazanılması için başkasının mülkiyetinde olan kütüğe kayıtlı bir gemi üzerinde

taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlere tabi olan kütüğe kayıtlı gemilerin malikinin mülkiyeti terk etme iradesiyle gemiyi terk etmesi halinde gemi sahipsiz hale gelir. Kütükteki kayıt geminin sahipsiz hale gelmesini engelleyecek bir etkiye sahip değildir. Aynı yönde bkz. DEMİR, s. 150. TTK m. 998’in eleştirisi için bkz. KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 74. Kütükte gemiye ilişkin kayıt yer aldıkça malikin kim olduğunun belli olduğu, geminin sahipsiz hale gelmeyeceği ve sahiplenme yoluyla mülkiyetinin kazanılamayacağı yönünde bkz. ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 352.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. DEMİR, s. 150.

malik sıfatıyla zilyetlik kurulması, zilyetliğin aralıksız ve davasız beş yıl boyunca devam etmiş olması ve zilyedin iyi niyetli olması gerekmektedir⁴⁸. Zilyedin iyi niyetli olması, geminin başkasına ait olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması anlamına gelmektedir⁴⁹. BKUY m. 23 f.1 uyarınca Bağlama Kütüğünde yer alan kayıtlar alenidir; diğer bir ifade ile kütükte yer alan kayıtlar üçüncü kişiler bakımından aleni olduğundan bu kişiler kütükteki kaydı bilmediğini ileri süremez⁵⁰. Dolayısıyla Bağlama Kütüğünde kayıtlı olan bir gemiye üçüncü kişi malik sıfatıyla zilyet olup zilyetliği aralıksız ve davasız beş yıl sürmüş olsa dahi bu kimsenin iyi niyetli olma şartını sağlaması mümkün olmaz ve TMK m. 777'ye göre geminin mülkiyeti zamanaşımı yoluyla kazanılamaz⁵¹.

b. Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla

TTK m. 1000'e göre, olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması sicile kayıtlı gemiler veya sicile kaydı gerekli iken kaydedilmemiş gemiler bakımından söz konusudur. Bağlama Kütüğüne kayıt edilecek gemiler Milli Gemi Siciline kaydı zorunlu olmayan gemilerdir. Dolayısıyla sicile tescili gerekirken kaydedilmemiş bir geminin Bağlama Kütüğüne kayıt edilmesi mümkün değildir⁵².

Sonuç

Bağlama Kütüğü herhangi bir sicile tescil edilmemiş gemilerin, deniz ve iç su araçlarının kayıt altına alınması amacıyla ihdas edilmiş bir kütüktür. İlgili mevzuatta gemi sicillerine has bazı özellikler kütüğe tanınmış olsa da, özellikle kamu güveni ilkesi kabul edilmemiş olduğundan, sicil niteliğinde

⁴⁸ SİRMEN, s. 494; AYBAY/HATEMİ, s. 146-147; TEKİNAY, s. 475-476; AYAN, s. 600-602.

⁴⁹ AYAN, s. 601-602; SİRMEN, s. 494.

⁵⁰ DEMİR, s. 150; ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 352.

⁵¹ Aynı yönde bkz. DEMİR, s. 150. Ayrıca DEMİR'in Bağlama Kütüğüne kaydı zorunlu olduğu hâlde henüz kayıt işlemi yapılmayan gemi ve araçların TMK m. 777 çerçevesinde zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılmasının mümkün olduğu görüşü için bkz. DEMİR, s. 150.

⁵² Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemilerde olağan veya olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanımının "iyi niyet" unsuru gerçekleşmeyeceğinden mümkün olmadığı yönünde bkz. ATAMER, *Bağlama Kütüğü*, s. 352; DEMİR, s. 150.

olduğunun kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Kütüğe kayıt edilecek gemiler bakımından 655 Sayılı KHK ve BKUY’nde çelişen hükümler yer almakla birlikte gerek hukukumuzda gerekse uluslararası hukukta bir geminin birden fazla sicile veya kütüğe tescili uygun görülmeyip, uygulamada birçok sorunu beraberinde getireceğinden mevzuattaki çelişkili düzenlemenin geminin tek sicile/kütüğe tescilinin gerektiği yönünde yorumlanması gerekmektedir.

Bağlama Kütüğü sicil niteliğinde olmadığından kütüğe kayıt edilen gemiler sicile kayıtlı olmayan gemi konumundadır ve bu gemilere ilişkin aynı haklar TMK hükümlerine tabidir. Bu bakımdan kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi halinde taşınırın mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan tüm yollarla kazanılması mümkündür.

Hukuki işlem yoluyla mülkiyetin kazanılması bakımından TMK m. 763 gereği aranan aynı sözleşmenin BKUY m. 14’te şekil şartına tabi tutulduğu görülmektedir. BKUY m. 14’te mülkiyetin kazanılmasına ilişkin anlaşmanın şekil şartına tabi tutulmuş olması TTK m. 997’nin atfıyla TMK m. 763’ün kütüğe kayıtlı gemiler bakımından uygulanmasının önüne geçemeyecektir; zira bu gemiler sicile kayıtlı olmayan gemidir ve taşınır mülkiyeti hükümlerine tabidir.

Son olarak taşınırın mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hukuki işlem dışındaki yollar değerlendirildiğinde, kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin sahiplenme yoluyla kazanımı mümkün iken mülkiyetin iktisabında kazandırıcı zamanaşımı yolunun kapalı olduğu tespit edilmektedir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKSOY Sami, *Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 63-139.
- ALGANTURK LIGHT Didem, *Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 49-64.
- ALTOP Atilla, *Bağlama Kütüğü ile İlgili Yasal Düzenlemenin Getirdiği Sorunlar*, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 10, Sayı 1-4, 2005, s. 1-13
- ATAMER Kerim *Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXV, Sayı 4, Aralık 2009, s. 301-360, (*Bağlama Kütüğü*).
- ATAMER Kerim, *TTK m. 867-871 Hükümlerinin Tarihçesi ve Gemi Satım Sözleşmelerine Uygulanması*, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 357-389, (*TTK m. 867-871*).
- AYAN Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- AYBAY Aydın / HATEMİ Hüseyin, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- AYİTER Kudret, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara, 1953.
- BAATZ Yvonne/VELASCO Ainhoa Campàs/DEBATTISTA Charles/HJALMARSSON Johanna/LISTA Andrea/LORENZON Filippo/MERKIN Rob/PILLEY Richard/SERDY Andrew/SHAW Richard/TSIMPLIS Michael, *Maritime Law*, Sweet&Maxwell, London, 2011.
- CARRADO Ernest J., *United States International Ship Register. Is there a real need for it?*, Conference on Which Register Which Flag.... Now?, Essex House, New York, 19-20 October, 1988, s. 1-12.
- ÇAĞA Tahir/ KENDER Rayegan, *Deniz Ticareti Hukuku*, Cilt I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- DEMİR İsmail, *Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler*, AÜHFD, 64(1), 2015, s. 103-169.
- ERBEK Özge, *Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)- Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi*, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt 8, Özel

- Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir, 2013, s. 937-985.
- EREN Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GASKELL NJJ/DEBATTİSTA C./SWATTON RJ, *Chorley&Giles' Shipping Law*, Pitmann, 1987.
- GOLDREIN Iain S. / BASSINDALE John / TURNER Paul, *Ship Sale and Purchase*, Lloyd's of London Press Ltd., London- New York- Hamburg- Hong Kong, 1993.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- KENDER Rayegan / ÇETİNGİL Ergon / YAZICIOĞLU Emine, *Deniz Ticareti Hukuku (Temel Bilgiler)*, Cilt I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- SEROZAN Rona, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- SİRMEN Lale, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- SÜZEL Cüneyt, *Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Araçların Mülkiyetinin Devri*, <https://denizhukuku.bilgi.edu.tr>.
- ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Gemi Mülkiyetinin Devrine İlişkin Getirilen Esaslar*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 838-853.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1970.
- TORRIOS Hugo, *The Panamanian Register's Position in the International Shipowning Community*, Conference on Which Register Which Flag.... Now?, Essex House, New York, 19-20 October, 1988.
- ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet/ KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÜNAN Samim, *Bağlama Kütüğü ile İlgili Bazı Sorunlar*, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 10, Sayı 1-4, Ocak- Aralık 2005, s. 15-26.
- YAVUZ Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, (Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- YAZICIOĞLU Emine, *Türk Gemi Sicili*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.

İstanbul Milletvekili Mehmet Domaç ile Antalya Milletvekili Hüsni Çöllü ve 38 Milletvekilinin; Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifleri ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (2/266, 2/268), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 257, www.tbmm.gov.tr.

YABANCILARIN TÜRKİYE'DE EVLENMESİ
KONSOLOSLUK EVLENMELERİNİN HUKUKİ GEÇERLİLİĞİ VE
SONUÇLARI

FOREIGN MARRIAGES IN TURKEY LEGAL VALIDITY AND
RESULTS OF CONSULAR MARRIAGES

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Ebru ŞENSÖZ-MALKOÇ*

Öz

Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlenme akdinin geçerliliği için, sadece tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları ve evlenme engellerinin bulunmaması, başka bir ifadeyle, sadece evlenmenin maddi şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Buna ilaveten, evlenmenin şekli şartlarına da uyulması gerekir. Evlenmenin şekil şartları 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda 134 ilâ 144. madde hükümleri arasında, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ve Evlendirme Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 134 ilâ 143. madde hükümleri arasında, Türk yetkili makamları huzurunda Türk vatandaşlarının evlenmesi düzenlenmiştir. 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği öncesi dönemde, yabancı konsolosların Türkiye'de evlendirme yetkisi sadece Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tanınmış iken, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği'yle de dış temsilciliklere Türkiye'de kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanınmıştır. Bugün Türkiye'de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar ve bu makamların yetkilerinin sınırları, Türk Medeni Kanunu 144. madde atfiyle, Evlendirme Yönetmeliği, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve yine Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tespit edilecektir. Bu çalışmamızda Türkiye'de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar, bu makamların yer ve evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetkilerinin sınırları ve özellikle evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetki sınırına uyulmaksızın konsolosluklarda akdedilen evlenme akitlerinin geçerliliği konusu incelenecektir.

Abstract

For the validity of a marriage contract, which is a family law contract, it is not enough that only the parties have the capacity to marry and that there are no barriers to marriage, in other words, only the material circumstances of the marriage. Besides, the formal conditions of the marriage must also be respected. The formal conditions of the marriage are regulated in the provisions between Articles 134 and 144 of the Turkish Civil Code,

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, esensoz@ticaret.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 26.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 31.12.2017.

in the Civil Registry Services Act and in the Regulation on Marriage. Among the provisions between Articles 134 and 143 of the Turkish Civil Code, the marriage of Turkish citizens is arranged in the presence of the Turkish authorities. In the period prior to the 1985 Regulation of Marriage, the competence to marry of a foreign consul in Turkey is recognized only in the context of the consular agreements concluded with Turkey, while the 1985 Regulation of Marriage also gave the foreign representatives the right to marry their citizens in Turkey. Today, the authorities authorized to marry foreigners and the limit of the authorities' right to marry in Turkey will be determined within the framework of the Marriage Regulation under Article 144 of the Turkish Civil Code, Civil Registry Services Act and bilateral consular agreements concluded by Turkey. Within the scope of this work, (1) the authorities authorized to marry foreigners in Turkey, (2) limits of these authorities related to the competence to marry regarding to marriage place and citizenship of the parties, (3) the validity of the consular marriages when the consular or diplomatic representatives exceeds the limits of competence to marry in terms of citizenship of the parties shall be examined.

Anahtar Kelimeler: *Yabancıların evlenmeleri, Konsolosluk evlenmeleri, Hukuki geçerlilik, Yokluk.*

Keywords: *Foreign marriages, Consular marriage, Legal validity, Nullity.*

Giriş

Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlenmenin geçerliliği için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda¹, özel ehliyet şartları konulmuş, bazı engellerin bulunmaması aranmış ve belirli bir şekle uyulması öngörülmüştür². Evlenmenin geçerli olarak yapılabilmesi için, sadece tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları ve evlenme engellerinin bulunmaması, başka bir ifadeyle, sadece evlenmenin maddi şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli değildir³. Bunun yanı sıra, evlenmenin şekli şartlarına da uyulması gerekir. Doktrinde, özel hukuk alanında evlenme kadar sıkı şekil şartlarına bağlı tutulmuş başka hiçbir hukuki işlemin olmadığı ifade edilmektedir⁴.

Evlenmenin şekil şartları Türk Medeni Kanunu'nda 134 ilâ 144. madde hükümleri arasında, Evlendirme Yönetmeliği'nde⁵ ve 5490 sayılı Nüfus

¹ R.G. T. 08.12.2001, S. 24607.

² Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, *Aile Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 47.

³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 61.

⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 61.

⁵ R.G. T. 07.11.1985, S. 18921.

Hizmetleri Kanunu’nda⁶ düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 134 ilâ 143. madde hükümleri arasında, Türk yetkili makamları huzurunda Türk vatandaşlarının evlenmesi düzenlenmiştir. Yabancıların Türk yetkili makamları önünde evlenmesi veya konsolosluk evlenmeleri hakkında Türk Medeni Kanunu’nun 144. maddesi⁷ atfıyla, Evlendirme Yönetmeliği’nin ilgili hükümleri uygulanır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun “Evlendirme Yetkisi” başlıklı 22. maddesinde de, Türk vatandaşları ve yabancıları Türkiye’de evlendirmeye yetkili makamlar belirlenmiştir.

1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği öncesi dönemde, yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisi sadece Türkiye ile akdedilen konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tanınmış iken, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği ile de dış temsilciliklere Türkiye’de kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanınmıştır⁸. Bugün Türkiye’de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar ve bu makamların yetkilerinin sınırları, Türk Medeni Kanunu 144. madde atfıyla, Evlendirme Yönetmeliği, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve yine Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tespit edilmelidir.

Bu çalışmamızda Türkiye’de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar, bu makamların yer ve evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetkilerinin sınırları ve özellikle evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetki sınırına uyulmaksızın konsolosluklarda akdedilen evlenme akitlerinin geçerliliği konusu incelenecektir.

I. Türkiye’de Yabancıları Evlendirmeye Yetkili Makamlar

A. Türkiye’de Yetkili Makamlar Önünde Evlenme

Türkiye’de yetkili makamlar önünde evlendirme işlemleri, Türk Medeni Kanunu ile getirilen temel kurallara, Evlendirme Yönetmeliği’ndeki esaslara ve Nüfus Hizmetleri Kanunu’na uygun olarak yürütülmelidir (Evlendirme

⁶ R.G. T. 29.04.2006, S. 26153.

⁷ Madde 144- Evlenme işlemi, evlenme kütüğü, evlenmeye ilişkin yazışma ve evlenme ile ilgili diğer konular yönetmelikle düzenlenir.

⁸ Rona AYBAY, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s. 225, dn. 450; Yücel SAYMAN, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul, 1982, s. 184.

Yönetmeliği m. 3)⁹.

Türk vatandaşlarının evlenmelerinde yetkili olan resmi makamlar Türk Medeni Kanunu (TMK m. 134/f.2¹⁰), Nüfus Hizmetleri Kanunu (m. 22¹¹) ve Evlendirme Yönetmeliği'nde (m. 7¹²) belirlenmiştir. Bu hükümlere göre, evlenme, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya başkanın evlendirme işlerine memur ettiği görevli (evlendirme memuru) ile köylerde muhtar tarafından yapılır (TMK m. 134/f.2, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 22, Evl. Yön. m. 7/c.1). İçişleri Bakanlığı, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve ilgili dış temsilciliklere (NHK m. 22/f.2) Evl. Yön. m. 7/c.2) ve il ve ilçe müftülüklerine (NHK m. 22/f.2¹³) evlendirme

⁹ Evlendirme işlemleri, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nce yürütülür. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü evlendirme işlemlerinin Türk Medeni Kanunu ile getirilen temel kurallara ve Evlendirme Yönetmeliği'ndeki esaslar ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'na uygun olarak yürütülmesini sağlar, iş ve işlemleri düzenler, takip eder, denetler ve denettirir (Evlendirme Yönetmeliği m. 3).

¹⁰ “Evlendirme Başvurusu ve Töreni, A. Başvuru, I. Başvuru makamı” başlıklı TMK m. 134 hükmüne göre, “*Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar (f.1). Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır (f.2).*”

¹¹ “Evlendirme yetkisi” başlıklı NHK m. 22 hükmüne göre, “(1) Bakanlık, evlendirme işlemlerinin nüfus ve vatandaşlık hizmetlerinin bütünlüğü içerisinde yürütülmesi için gereken her türlü tedbiri alır ve uygular. (2) **Evlendirme memuru; belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine⁽¹⁾ evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir.** Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, (...)”⁽²⁾ belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir”. (1)19/10/2017 tarihli ve 7039 sayılı Kanununun 6 ncı maddesiyle, bu fıkra “dış temsilciliklere” ibaresinden sonra gelmek üzere, “il ve ilçe müftülüklerine” ibaresi eklenmiştir. (2) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Kanununun 47 nci maddesiyle; bu fıkra bulunan “il ve ilçe” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

¹² Evlendirme Yönetmeliği “Evlendirme Memurları” başlıklı 7. maddesine göre (Değişik: 16/11/2006-2006/11269 K.), “(1) **Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve ilgili dış temsilciliklere evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verebilir.** (2) Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir.”

¹³ Kanun maddesi için bkz. dn. 11.

19/10/2017 tarihli ve 7039 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle, bu fıkra “dış temsilciliklere” ibaresinden sonra gelmek üzere, “il ve ilçe müftülüklerine” ibaresi eklenmiştir ancak İçişleri Bakanlığı, il ve ilçe müftülüklerini henüz yetkilendirmemiştir.

memurluğu görev ve yetkisi verebilir.

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu’nda (m. 134/f.2), Türk Medeni Kanunu’nun 144. maddesi atfıyla Evlendirme Yönetmeliği’nde (m.7 ve 9) ve Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda (m. 22) evlendirmeye yetkili resmi makamlar ve memurların yetki sınırları “yer itibariyle” açıkça belirlenmiştir¹⁴. “*Bu hükümler çerçevesinde, evlendirme yetkisi, büyükşehir belediye başkanları ile büyükşehir içindeki belediye evlendirme memurlukları için büyükşehir belediye hudutları, diğer belediye başkanları veya görevlendirilecekleri memurlar için yetki alanında bulunan il, ilçe ve belde belediye hudutları, muhtarlar için o köy hudutları ile sınırlıdır. Nüfus memurlarına birden fazla köy veya kasabada ya da bütün ilçede evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verilebilir*” (Evl. Yön. m. 9).

Yukarıda ele alınan hükümlere göre, yer itibariyle yetki sınırları belirlenerek, büyükşehir belediye başkanı, il, ilçe belediye başkanları veya görevlendirecekleri memurlar, nüfus memurları, muhtarlar ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmeleri halinde müftülükler Türkiye’de evlendirmeye yetkilidir¹⁵. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 13.12.1985 tarih, E.1985/4, K. 1985/9 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı ile “*yasa kurallarına uygun hareket edildiği inancı içinde köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme akıtları (sözleşmeleri), muhtarın kendi idari görev alanı dışında yapılmış olsa bile geçerlidir*” görüşünü benimsemiştir. Yargıtay’ın bu içtihadı, Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği’ne göre “*evlenecek kişileri*” evlendirmeye yetkili memur ve resmi makam olan muhtarın yaptığı evlendirmelerde “**yer itibariyle yetki sınırlarının aşılmış olması**” durumunda uygulanabilir niteliktedir¹⁶.

Evlenecek kişilerden birinin yabancı olması halinde, evlendirmeye, **belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürlükleri** yetkilidir (NHK m. 22/f.2/c.son, Evl. Yön. m.7/f.2, Evl. Yön. m.12/f.1/c.2)¹⁷. Kana-

¹⁴ Turgut AKINTÜRK/ Derya ATEŞ KARAMAN, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 2. Cilt, 16. Bası, İstanbul, 2014, s. 96.

¹⁵ Müftülüklerin yetkilendirilmesi hakkında, bkz. dn. 13.

¹⁶ Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.10.2017).

¹⁷ NHK m. 22/f.2/c.son, “*Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, (...) (2) belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir*”.

Evl. Yön. m. 7/c.2 “*Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir*”.

atimizce, ilgili yasal mevzuat gereği, Türk vatandaşlarının evlenmelerinde yetkili resmi makamlardan olan belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürlüğü, yabancıların Türkiye’de evlenmesinde de yetkili makam olmakla birlikte, muhtarlıklar ile il ve ilçe müftülüklerinin yabancıları evlendirmeye yetkili makam olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu çerçevede, muhtarlar ve müftüler yabancıları evlendirememelidir; **“evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle”** muhtar ve müftülerin yabancıları evlendirme yetkisi bulunmamaktadır (NHK m.22/f.2/c.son, Evl. Yön. m. 7/f.2).

Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi¹⁸ de, yabancıların Türkiye’de evlenmesini düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca da, Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde

Evlendirme Yönetmeliği m.12/f.1/c.2 *“Evlenecek kişilerden birinin yabancı olması halinde, evlendirmeye, “belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürlükleri yetkilidir”.*

¹⁸ “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi” başlıklı Evlendirme Yönetmeliği **Madde 12 –(Değişik: 16/11/2006 –2006/11269 B.K.) “(1)Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler. Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, il ve ilçe belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürlüğü yetkilidir.**

(2) Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler.

(3) Yabancıların evlenme isteklerine dair müracaatları evlendirme memurluğunca kabul edilir ve bu Yönetmeliğin Türk vatandaşlarının evlenmeleri hakkındaki esas ve usul hükümleri yabancılar için de uygulanır.

(4) Evlenme ehliyet belgesinin tarafların uyruğu bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilmesi esastır. Bunun mümkün olmaması halinde bu belge evlendirme memurları tarafından Genel Müdürlük aracılığı ile de istenebilir”.

2006 değişiklik öncesi metin de aynı esasları kabul etmektedir. “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi” başlıklı 12. madde metni aynen şöyledir; *“Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı veya aynı devlet vatandaşı olmayan iki yabancı ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler.*

Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunu yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi Türk makamları önünde de evlenebilirler.

Yabancıların evlenme isteklerine dair müracaatları evlendirme memurluğunca kabul edilerek, bu yönetmeliğin Türk vatandaşlarının evlenmeleri hakkındaki esas ve usul hükümleri yabancılar için de uygulanır.

Evlenme ehliyet belgesinin getirilmesi konusunda evlendirme memurları yabancı devlet başkonsoloslukları ile doğrudan yazışma yapabilecekleri gibi, Genel Müdürlük aracılığıyla da bu belgeleri getirebilirler”.

evlenebilirler (Evl. Yön. m. 12/f.1). Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 2. fıkrasında ise, aynı devlet vatandaşı olan iki yabancıya evlenmeyi yapabilecekleri yetkili makamı seçme hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre, aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, Türk yetkili makamları (belediye evlendirme memurlukları ile nüfus memurları) önünde evleneceği gibi, kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde de evlenebilirler (Evl. Yön. m. 12/f.2). Görüldüğü üzere, Evlendirme Yönetmeliği yabancıların her durumda Türk yetkili makamları önünde evlenmelerine izin vermiş, aynı devlet vatandaşı olan yabancılara ise, evlenmeyi yapabilecekleri yetkili makamı seçme hakkı tanınmıştır¹⁹.

B. Konsolosluk Evlenmeleri

Yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisi, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği öncesi dönemde, sadece Türkiye ile akdedilen konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tanınmış iken, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği ile de dış temsilciliklere Türkiye’de kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanınmıştır²⁰. Bugün Türkiye’de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar ve bu makamların yetkilerinin “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibarıyla” sınırları, Türk Medeni Kanunu 144. madde atfıyla, Evlendirme Yönetmeliği (m. 7/c.2, m. 12), Nüfus Hizmetleri Kanunu (m. 22/f.2/c.son) ve yine Türkiye ile akdedilen iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri çerçevesinde tespit edilmektedir.

Vatandaşı olunan devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme, Türk hukukunda “diplomatik evlenme” veya “konsolosluk evlenmesi” ya da “konsüler evlenme” olarak adlandırılır²¹. Diplomatik görevlerin “siyasi” yanının, konsüler görevlerin ise “idari” yanının ağır basması²² ve “evlendirme memurluğu” görevinin “idari” bir görev olması sebebiyle, “konsolosluk evlenmesi” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

¹⁹ SAYMAN, s. 169.

²⁰ AYBAY, s. 225, dn. 450; SAYMAN, s. 184. Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemleri ve Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarında konsolosluk evlenmeleri için bkz. Gündüz ÖKÇÜN, *Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları*, Sevinç Yayınevi, Ankara, 1968, s. 60 vd.; Vedat Raşit SEVİĞ, *Konsolosluk Hukuki Vazifeleri*, İstanbul Barosu Dergisi, 1962, Cilt 36, Sayı 1-2-3, İstanbul, 1962, s. 190 vd.

²¹ SAYMAN, s. 169; AYBAY, s. 218 vd.

²² AYBAY, s. 7.

Bu nedenle, çalışmamızda bundan böyle “konsolosluk evlenmesi” ifadesi kullanılacaktır.

Konsolosluklar, her iki eş de kendi ülkesinin vatandaşı ise Türkiye’de bulunan dış temsilciliklerinde evlenme işlemi yapma yetkisine sahiptirler. Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 2. fıkrası açık olup, “**Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler**”. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, **farklı devlet vatandaşı olan iki yabancının ancak Türk yetkili makamları önünde** evlenebileceği sonucuna varılmaktadır²³. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmelerindeki istisnalar saklı olmak üzere, Türkiye’de “*bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da iki farklı devlet vatandaşı olan iki yabancı –yetkili Türk evlendirme memuru (belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri) önünde evlenebilir*” şeklindeki Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi de bu sonucu desteklemektedir²⁴. Görüldüğü üzere, Evlendirme Yönetmeliği ile Türkiye’de yabancı konsolosların evlendirme yetkileri de “**evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibarıyla**” açıkça sınırlandırılmıştır. Türkiye’de dış temsilcilikler ancak temsil ettiği devletin vatandaşı olan kişileri evlendirebilirler (TMK m. 144 atfıyla Evl. Yön. m. 12/f.2)²⁵.

Evlenme töreninin, Türk Medeni Kanunu’nda (m. 134/f.2), TMK 144. maddesi atfıyla Evlendirme Yönetmeliği’nde (m. 7, m. 9, m. 12) ve Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda (m. 22) belirtilen “yer ve kişi itibarıyla” yetkili memur veya resmi makamlar önünde yapılması zorunludur²⁶. Evlenme sözleşmesinin yetkili bir memur ve makam önünde yapılması evlenme

²³ Aynı yönde bkz. AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; SAYMAN, s. 184; Gizem ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.103.

²⁴ Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir (Evl. Yön. m. 7/f.2-Evl. Yön. m. 12/f.1/c.2).

²⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 96.

²⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 96; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 76; Bilge ÖZTAN, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015, s.158; Bilge ÖZTAN, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, 41. Bası, Ankara, 2016, s. 427.

töreninin kurucu unsurudur²⁷ ve asli şartlarından biridir²⁸. Bu hükümler emredici nitelikte olup kamu düzenindedir²⁹.

Kamu düzeni gereği kabul edilmiş ve emredici nitelikte olan bu hükümler uyarınca, bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ile bir yabancı (vatansız ve mülteciler dahil)³⁰ veya birbirinden farklı devlet vatandaşlığına sahip iki yabancı, Türkiye’de ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilir (Evl. Yön. m. 7/c.2 ve m.12/f.1/c.1 ve m. 12/f.2, NHK m. 22/c. son). Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, Türkiye’de kendi dış temsilcilikleri önünde de evlenebilir (Evl. Yön. m. 12/f.2). “Mülteci”, “vatansız” gibi özellik arz eden diğer yabancı gruplar, konsolosluk evlenmelerinden yararlanamamaları nedeniyle, ancak buldukları ülkenin yetkili makamları önünde evlenebilirler. Türk hukukunda belirtilen “yer ve kişi itibariyle” yetkili memur veya resmi makamlar dışında, Türkiye’de başka bir makam önünde evlenilemez. Türk hukukunda belirtilen “yer ve kişi itibariyle” yetkili memur veya resmi makamlar dışında bir makam önünde evlenme işlemi gerçekleştirilirse, bu Türk hukukundaki yasal mevzuata aykırılık teşkil eder ve Türk yetkili evlendirme memurlarının yetkisini reddetmek anlamına gelir.

Türk hukukunda belirtilen “yer ve kişi itibariyle” yetkili memur veya resmi makamlar dışında bir makam önünde yapılan evlenme işlemi nüfus siciline tescil edilmiş olabilir. Bu onu geçerli hale getirmez. Nitekim, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin³¹ 57. maddesine göre, kanunen yetkili kılınmış memurlarca yapılmadığından Türk hukukuna göre geçersiz olduğu nüfus müdürlüğünce tespit edilen evlenmeler de her hâlükârda aile kütüğüne işlenecek, bundan sonra durum tescil işlemini yapan

²⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 70; Abdürrahim SAVAŞ, *Evlenmenin Yokluğu*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, (Milenyum Armağanı), 2000, (s. 121-140), s. 20 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262128>) (Erişim Tarihi: 18.12.2017).

²⁸ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 95-96.

²⁹ Türk Medeni Kanunu’nun evlenmeye ilişkin hükümlerinin emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin kurallar olduğu hakkında bkz. Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 232; Ziya AKINCI/Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul, 2010, s. 17.

³⁰ Yabancı kavramına vatansız ve mülteciler de dâhildir. Bkz. Aysel ÇELİKEL/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, 2017, s. 16.

³¹ R.G. T. 23.11.2006, S. 26355.

nüfus müdürlüğünce Cumhuriyet savcılığına bildirilecektir³². Bu hüküm gereği, geçersiz bir evlenme sicile işlendiğinde geçerli hale geldiği iddia edilemez. Geçersiz bir evlenmenin sicile işlenmiş olması onu geçerli hale getirmez. Bu durumda, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından NHK 36. madde³³ uyarınca, yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde “kayıt düzeltme davası” açılır. Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder (NHK m. 36/f.1/c).

Evlendirme Yönetmeliği'nin Türkiye'de yabancı elçilik ve konsolosluklara “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı evlendirme yetkisi”

³² “Cumhuriyet Savcılığına Bildirilecek Evlenmeler” başlıklı 57. madde hükmüne göre, “(1) **Nüfus müdürlüğüne gönderilen evlenme bildirimleri üzerinde yapılan ilk inceleme sonucunda; evlenmenin kanunen yetkili kılınmış memurlarca yapılmadığının anlaşılması**, aile kütük kayıtlarına göre karı veya kocadan birinin başkasıyla evli olduğunun tespit edilmesi, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması ya da evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması veya karı ve koca arasında Türk Medenî Kanununun 129 uncu maddesinde belirtildiği şekilde evlenmeye mani derecede kan ya da kayın hısımlığının bulunması hallerinde evlenme aile kütüğüne işlenir ve durum **tescil işlemini yapan nüfus müdürlüğünce Cumhuriyet savcılığına bildirilir**”.

NHK m. 33 hükmünde de, nüfus idarelerinin evlenmeyi aile kütüklerine tescil ederken evlenmenin mutlak butlan sebeplerinden biri ile malul olduğunu tespit ettikleri takdirde, tescil işlemini sonuçlandırmakla beraber gerekli bilgilerle birlikte durumu cumhuriyet savcılığına bildirecekleri hükmüne bağlanmıştır.

³³ Nüfus Hizmetleri Kanunu “Nüfus Kaydının Düzeltilmesine İlişkin Esaslar” Bölümü, “Nüfus davaları” başlıklı 36. maddeye göre, “(1) **Mahkeme kararı ile yapılan kayıt düzeltmelerinde aşağıdaki usullere uyulur: a) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları** (...) (1) nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır. (1) (b) (Değişik: 19/10/2017-7039/9 md.) **Haklı sebeplerin bulunması hâlinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir. Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eşin ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir.** (1)(c) **Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder. (2) Kişilerin başkasına ait kaydı kullandıklarına ilişkin başvurular Bakanlıkça incelenip sonuçlandırılır**”.

“Nüfus kaydının iptali” başlıklı NHK 40. maddesine göre, “(1) **Usûlüne göre düzenlenmemiş bir belgeye dayanılarak tesis edilmiş nüfus kayıtları Genel Müdürlüğün ya da nüfus müdürlüklerinin göstereceği lüzum üzerine mahkemeye verilecek kararla iptal edilir. Nüfus kütüğüne düşülmüş olan şerh ve açıklamaların iptal edilmesi de aynı usûle tâbidir**”.

veren emredici nitelikte ve kamu düzeninden olan bu hükmü (m. 12/f.2), milletlerarası özel hukuk bakımından, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilir³⁴. Bu durumda, Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği’nin bu hükmü, evlenmenin geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin, doğrudan somut olaya uygulanabilir (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 6).

Bu kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna, doktrinde, Sayman’ın “konsolosların kendi devletlerince tanınan görevlerini yerine getirebilmeleri, yetkilerini kullanabilmeleri, gönderilen devletin bu konudaki rızasına bağlıdır. Nitekim, konsoloslar görevlerini yabancı bir devletin ülkesinde görmektedirler. Bu devletin, ülkesinde faaliyette bulunan yabancı devlet memurlarının görevlerini yerine getirebilmelerini kendi rızasına bağlı kılmak istemesi egemenlik hakkının doğal sonucudur”³⁵; “Konsolosların gönderildikleri ülkede görevlerini yerine getirmeleri, yetkilerini kullanmaları, gönderen devlet bakımından egemenlik hakkının kullanılması anlamını taşır. Gönderilen devlette de gönderen devlet konsoloslarının ülkesinde yetkilerini kullanmalarına izin vermekle (de kendi ülkesinde) yabancı bir devletin egemenlik hakkını kullanmasını kabullenmiş olmaktadır” şeklindeki ifadelerinden yararlanılarak ulaşılabılır³⁶.

Şöyle ki, bir devletin evlendirme yetkisi kendi yetkili makamlarınca kullanılan egemenlik hakkının bir tezahürüdür. Ancak devletlerin, kendi yetkili makamlarınca kullandığı evlendirme yetkisini, uluslararası sözleşmeler (özellikle konsolosluk sözleşmeleri) veya kanunlarla, belli şartlar veya sınırlar dahilinde, yabancı yetkili makamlara -uygulamada sadece büyükelçiliklere ve konsolosluklara- devrettiği görülmektedir. Büyükelçiliklerin veya konsoloslukların kendi vatandaşlarının evlendirme işlemlerini Türkiye’de yapabilmeye yetkili olmasının yasal dayanağı, iki devlet

³⁴ Evlendirme Yönetmeliği’nin ilgili hükümlerinin kamu düzeni müdahalesi ile değil, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabileceği hakkında bkz. SAYMAN, s. 19.

İç hukukta yer alan emredici nitelikte ve kamu düzeninden olan bir kuralın yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan uygulanan kural niteliğini tespit etmek kolay olmayıp, bu bir yorum meselesidir. Bu iç hukuk kuralının düzenlediği konu bakımından amaçlanan siyaseti, kamu düzeni ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları göz önünde bulundurularak yapılacaktır (ÇELİKEL/ERDEM, s. 154).

³⁵ SAYMAN, s. 173; Nihal ULUOCAK, *Kanunlar İhtilafı*, İstanbul, 1971, s. 61; Erdoğan GÖĞER, *Devletler Hususi Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 1977, s. 177.

³⁶ SAYMAN, s. 177.

arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri, Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği'nin ilgili hükümleridir³⁷. Kanaatimizce, Evlendirme Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri, devletin egemenlik hakkının belirli bir konuda yabancı temsilciliklere devrinin sınırlarını korumaya yönelik, devlet menfaatini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle, evlendirme yetkisini kanunen belirlenen şartlar ve sınırlar dahilinde kullanmayan, yetkilerini aşan yabancı dış temsilciliklerin yaptıkları evlenme işlemlerinin geçerliliği konusunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmü doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir ve kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin uygulanabilir.

1. Konsolosluk Evlenmelerinde Evlenme Yetkisinin Mevcudiyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Yukarıda belirtildiği şekilde, Evlendirme Yönetmeliği'nin Türkiye'de yabancı elçilik ve konsolosluklara “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı evlendirme yetkisi” veren emredici nitelikte ve kamu düzeninden olan madde 12/f.2 hükmü, milletlerarası özel hukuk bakımından, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilir³⁸. Bu durumda, kendilerine verilen evlendirme yetkisini Evlendirme Yönetmeliği'nde belirlenen şartlar ve sınırlar dahilinde kullanmayan, “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlandırılmış olan yetkilerini aşan” yabancı dış temsilciliklerin Türkiye'de yaptıkları evlenme işlemlerinin geçerliliği konusunda, evlenmenin geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin, Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmü, doğrudan somut olaya uygulanabilir (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 6).

Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmemesi durumunda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un (MÖHUK) ilgili maddesi uyarınca, konsolosluk evlenmelerinin geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti gerekir.

³⁷ Büyükelçiliklerin veya konsoloslukların sadece kendi vatandaşları hakkında evlendirme gibi diğer hukuki işlemleri de Türkiye'de yapabilmeye yetkili olmasının yasal dayanağı, iki devlet arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmeleridir.

³⁸ Bkz. dn. 34.

5718 sayılı MÖHUK’un 13. maddesi uyarınca, evlenmenin şekline, evlenmenin gerçekleştiği devlet hukuku (*Lex Loci Celebrationis*) uygulanır³⁹. Milletlerarası sözleşme hükümlerine göre, konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir (MÖHUK m. 1/f.2, Anayasa m. 90)⁴⁰. Konsolosluk

³⁹ Bu evrensel bir kuraldır. Bu kural, evlenmenin hukuken geçerli bir biçimde kurulabilmesi için aranan şekli şartlarda, evlenme işleminin gerçekleştiği yerin hukukunun uygulanması gerektiğini belirtir. Hukuksal işlemleri, şekil bakımından, yaptıkları devletin hukukuna bağlayan ilke olan *Locus Regit Actum* (LRA) kuralının; evlenme hukuki işleminin şekli bakımından geçerliliğinde uygulanacak hukuk olarak, evlenme aktinin yapıldığı yer hukukunu belirlemek için kullanılan terimdir. Aynı yönde bkz. Rona AYBAY/ Esra DARDAĞAN, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması: (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Bası, İstanbul, 2008, s. 201-205; AYBAY, s. 218; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 20; Comment on Cases, California Law Review, s. 42: “the marriage was held valid on the ground that its validity should be tested under the laws of the place where it was celebrated”.

Asaad Kurter kararında da, “evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli bir evlenme her yerde şeklen geçerli kabul edilir. Tam tersi, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçersiz bir evlenme, hiçbir yerde geçerli değildir” demektedir (“It’s as well-established rule of private international law that a marriage is formally valid in the country in which it took place, it is formally valid everywhere. Conversely, if it is not formally valid by the laws of that country, it is not valid anywhere”) (Asaad v Kurter [2013] EWHC 3852 (Fam) naklen) Karar için bkz. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed122354> (Erişim Tarihi: 12.12.2017). Aynı yönde Bertiaume V Dastus [1930] AC 79 (Karar için bkz. <http://swarb.co.uk/berthiaume-v-dastous-hl-1930/>). David HODSON, *A Practical Guide to International Family Law*, 2008, s. 30; James FAWCETT/Janeen CARRUTHERS/Peter NORTH, *Private International Law*, 14th edition, (CHESHIRE, NORTH & FAWCETT), 2008, s. 878. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, bölüm 3, kısım 1, “Applicable Law” başlıklı 44. maddenin 3. fıkrası açıkça İsviçre’de gerçekleştirilecek evliliklerin şeklinin İsviçre kanunlarına dayalı olacağını hükme bağlamıştır, maddenin İngilizce metni aynen şu şekildedir: “...The form of the celebration of marriage in Switzerland shall be governed by Swiss law.” Pierre A. KARRER/ Karl W. ARNOLD/ Paolo Michele PATOCCHI, *Switzerland’s Private International Law*, second edition, Zurich, 1994, s. 65; François DESSEMONTET, *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, Lausanne, 1989, s. 32.

⁴⁰ 27 Kasım 2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK ile yürürlükten kaldırılan, 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’nun 12. maddesi uyarınca da, “Evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tabidir” denilmekte, bu hükmün hemen ardından “Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir” cümlesi yer almakta idi. Yeni Kanun’da bu son cümle kaldırılmıştır. Ancak, bu yeni düzenlemeden, konsolosluk evlenmelerinin kabul edilmediği sonucuna varmak yanlış olur. Nitekim, hükmün gerekçesinde, MÖHUK m 1 (2)’deki, “Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır” hükmü karşısında, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek görülmediği açıklanmıştır. Bu “genel kural” niteliğindeki hüküm, MÖHUK’nun düzenleme alanına giren bütün konular gibi diplomatik evlenmeleri de kapsar. Bkz. Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul,

evlenmesi, her zaman, milletlerarası özel hukukta, LRA veya *Lex Loci Celebrationis* kuralından bağımsız olarak var olmuştur ve LRA kuralına bir istisnadır⁴¹. Konsolosluk evlenmesi, konsolosluğun mensup olduğu devlet (gönderen devlet) hukukunun aradığı şekil kurallarına uyularak yapılır⁴². Konsolosluk evlenmesi merasiminin gönderen devletin hukukuna uygun bir şekilde gerçekleşmesi evliliğin şekli geçerliliği için gereklidir. Ancak öncelikle, bir konsolosluk memuru önünde bir konsolosluk evlenmesinin gerçekleştirilebilmesi için, konsolosluk memurunun gönderen devlet tarafından bu konuda yetkilendirilmiş olması ve bulunduğu devlet tarafından bu yetkinin kabul edilmiş olması gerekir. Yetkili bir konsolosluk memurunun yapacağı evlenme merasimi konsolosluğun mensup olduğu devlet hukukunun aradığı şekil kurallarına uygun olarak yapılır. Yetkili resmi evlendirme memuru önünde evlenme işleminin gerçekleştirilmiş olması koşulu, Türk hukukunda evlenmenin asli şekli kurucu unsur olarak kabul edilmekle birlikte, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve sınırlarının tespiti bakımından, kanaatimizce, evlenme merasiminin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak kabul edilen “konsolosluğun mensup olduğu devlet hukuku”nun, tek başına uygulanması, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyetinde çifte yetkilendirme esası kabul edildiğinden, yeterli olmayacaktır.

Zira, milletlerarası uygulamada konsolosluk evlenmesinin yapılabilmesi için dört şart aranmaktadır: (1) konsolos kendi devletinin hukukuna göre evlendirme yetkisine sahip olmalıdır, (2) bu yetki bulunduğu devlete kabul edilmiş olmalıdır, (3) gönderen devlet ile gönderilen devlet arasında bu konuda bir milletlerarası sözleşme veya “bir iç hukuk düzenlemesi” bulunmalıdır, (4) konsolosluk evlenmesi, yetkili hukuka uygun olarak

2016, s. 172; AYBAY, s. 219, 224; ÇELİKEL/ERDEM, s. 236-237.

⁴¹ SAYMAN, s. 169; AYBAY, s. 218-219; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 21; ÇELİKEL/ERDEM, s. 236; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, İstanbul, 2016, s. 247; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, 2016, s. 126; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, 2015, s. 288. İngiltere’de yaygın olmayan bir görüş ise, diplomatik evlenmelerin de konsolosluğun mensup olduğu devletin hukukuna göre değil, konsolosluğun bulunduğu ülke hukukuna göre gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. İngilizce metin aynen şöyledir: “... *There is minimal authority but Radwan (No 2) [1972] 3 All ER 1026 says that is the law of the country where embassy is situated, not the law of the country of the embassy*”. Bkz. HODSON, s. 31.

⁴² SAYMAN, s. 178.

gerçekleştirilmiş olmalıdır⁴³. Görüldüğü üzere, konsolosun yetkili resmi memur olarak evlenme akdini gerçekleştirebilmesi bakımından hem gönderildiği devlet hukuku bakımından yetkilendirilmiş olması hem de kabul eden devlet hukuku bakımından bu yetkinin kabul edilmiş olması (çifte yetkilendirme esası) gerekmektedir. Konsolosun evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirme esasının kabul edilmiş olması nedeniyle, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti, kapsam ve sınırları, nihayetinde, kanaatimizce, “kabul eden devletin hukuku”na göre tespit edilmelidir.

Bu durumda Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmeleri bakımından, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve sınırları ile konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkisini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdiği evlenmelerin hukuki geçerliliği konusunda Türk hukuku uygulanacaktır.

Türkiye’nin taraf olduğu 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi⁴⁴ incelendiğinde de, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyetinin “kabul eden devletin hukuku”na göre belirlenmesi gerektiği tespit edilmektedir.

Türkiye’nin taraf olduğu 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nde, konsolosların evlendirme yetkisini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Sözleşme’nin giriş bölümü ve 5. maddesinin (f) bendi bir arada incelendiğinde, **kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde**, konsolosların evlendirme yetkisinin var olduğu sonucuna varılır. Nitekim, Viyana Sözleş-

⁴³ SAYMAN, s. 170. Konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirmeye ihtiyaç bulunduğu hakkında bkz. DOĞAN, s. 289; ÇELİKEL/ERDEM, s. 237; TEKİNALP/UYANIK, s. 146; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126.

⁴⁴ 20 Mayıs 1975 tarihli ve 1901 sayılı onay kanunu (R.G. 29 Mayıs 1975-S.15249) ile Türkiye’nin anılan sözleşmeye katılması uygun bulunmuştur. Bu kanuna dayanarak, 5 Haziran 1975 tarihli ve 7/10222 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesi ile katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Örgütü genel sekreterine tevdi tarihini izleyen 30. gün yürürlüğe girmek üzere, katılım kararı alınmıştır. Anılan Sözleşme’ye devletimiz 19/02/1976 tarihinden itibaren taraftır. Karar Resmi Gazete’nin 27 Eylül 1975 tarihli 15369 sayılı nüshasında yayımlanmıştır. Sözleşme ekleri ile birlikte 21/12/1984 tarih ve 18615 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Türkiye, Sözleşme’ye, ek protokollere taraf olmamıştır. Bu bilgiler ve Sözleşme’ye taraf ülkeler için bkz. www.uhdigm.gov.tr.

mesi m. 5/f bendinde, kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde, konsoloslara, kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etme yetkisi tanınmıştır⁴⁵. Viyana Sözleşmesi'nin 5. maddesine ilişkin gerekçede, konsolosların, kabul eden devletin yasaklamamış olması şartıyla, kendi vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşı arasındaki evlilikleri gerçekleştirebileceği belirtilmiştir⁴⁶. Başka bir ifadeyle, Viyana Sözleşmesi'nde, gönderen devlet konsoloslarının kendi vatandaşı ile bir yabancı arasındaki

⁴⁵ Aynı yönde bkz. ERSEN, s. 92; AYBAY, s. 221.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi madde 5 hükmünün Türkçe çevirisi "... (f) *Noter kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri ve kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idari mahiyetteki görevleri yapmak*" şeklinde olmakla birlikte, "*kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde*" şeklindeki yetki sınırı, sadece "... *bazı idari mahiyetteki görevleri yapmanın*" değil, 5 (f) maddesinde sayılan tüm yetkiler için geçerlidir. Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca metinleri incelendiğinde, "*Kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde*" şeklindeki yetki sınırının Sözleşme'nin 5 (f) maddesinde sayılan tüm görev ve yetkiler için olduğu açıkça görülmektedir.

İngilizce metin 5. madde (f) bendi aynen: "*Article 5 (f) acting as notary and civil registrar and in capacities of a similar kind, and performing certain functions of an administrative nature, provided that there is nothing contrary thereto in the laws and regulations of the receiving State*" (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf) (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

Fransızca metin 5. madde (f) bendi aynen şu şekildedir: "*Article 5 (f) Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas*" (<https://teams.unesco.org>) (Erişim Tarihi: 05.11.2017).

⁴⁶ Kişi halleri memuru olarak, konsül veya diğer konsolosluk memurları, gönderen devletin yasaları ve mevzuatı uyarınca şahsi sicilleri tutar ve doğum, evlilik, ölüm, nesebe ilişkin belgeleri tescil eder. Ne var ki, ilgili şahıslar, kabul eden devletin yasalarının gerekli kıldığı bütün beyanları yapmakta yükümlüdürler. Konsolosluk memurları gönderen devletin hukukuna göre yetkili kılınmış ve bu yetki kabul eden devletin hukukuna göre yasaklanmamışsa, kendi vatandaşları arasındaki veya kendi vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşları arasındaki evlilikleri akdedilebilirler. Gerekçenin İngilizce metni aynen şöyledir: "*In this capacity as registrar, the consul or any other consular official keeps the registers and enters all relevant documents relating to births, marriages, deaths, legitimations, in accordance with the laws and regulations of the sending State. Nevertheless, the persons concerned must also make all the declarations required by the laws of the receiving State. The consular official may also, if authorized for that purpose by the law of the sending State, solemnize marriages between nationals of his State or between nationals of the sending State and those of another State, provided that this is not prohibited by the law of the receiving State*" [United Nations Conference on Consular Relations Vienna 4 March-22 April 1963, Official Records, Volume II: Annexes Vienna Convention on Consular Relations Final Act Optional Protocols Resolutions, s. 7].

evlenmeyi akdetmesi, kabul eden devletin bu konuda sınırlayıcı bir hüküm getirmemesine bağlı kılınmıştır⁴⁷. Bu demektir ki, gönderen devletin **konso- loslarının** evlendirme memurluğu yetkisine sahip olup olmadığını, sahipse, “**evlenmek isteyen kişilerin vatandaşlıkları itibariyle**” hangi sınırlarla sahip olduğunu **ancak akit devletlerin iç hukukları belirleyebilir**. Bu nedenle, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, taraf tüm devletler için genel nitelikli bir sözleşme olmaktan öteye gitmemektedir⁴⁸.

Devletlerin iç hukuklarında, konsolosların evlendirme yetkisini kullanabilmesi bakımından, **evlenecek kişilerin vatandaşlığı esas alınarak**, “Geleneksel (mutad) Sistem” ve “Liberal Sistem” olarak başlıca iki sistem kabul edilmektedir⁴⁹. Geleneksel sistemde, konsolos ancak kendi vatandaşlarını evlendirebilirken, liberal sistemde, konsolos kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirebilir⁵⁰.

Türk hukukunda, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, “**Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler**” hükmü evlenecek kişilerin vatandaşlığı bakımından “geleneksel sistem”in kabul edildiğine işaret etmektedir⁵¹. Türk hukukunda “geleneksel sistem”in kabul edildiği, aynı maddenin 2. fıkrasında, “yabancı konsolos tarafından Türkiye’de evlendirilecek kişilerin ikisinin de aynı devlet vatandaşı olması” koşulu ile daha da açıklığa kavuşturulmuş durumdadır.

“Yabancı konsolos tarafından Türkiye’de evlendirilecek kişilerin ikisinin de aynı devlet vatandaşı olması” koşuluna ancak milletlerarası sözleşmelerle istisna getirilebilir. Örneğin, Türkiye’nin İtalya⁵² ile imzalandığı iki taraflı

⁴⁷ SAYMAN, s. 184.

⁴⁸ SAYMAN, s. 184, 185.

⁴⁹ AYBAY, s. 219.

⁵⁰ SAYMAN, s. 179; AYBAY, s. 220.

⁵¹ AYBAY, s. 225.

⁵² AYBAY, s. 226.

Türkiye-İtalya arasındaki 26 Mart 1931 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Krallığı Arasında Mün’akit Konsolosluk Mukavelesinin 18. maddesi uyarınca, konsolosların evlendirme memurluğu yetkisine, evlenecek kişilerden en az birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşı olması ve hiçbirinin kabul eden devletin vatandaşı olmaması halinde sahiptir (Aysel ÇELİKEL/Cemal ŞANLI/Günseli ÖZTEKİN/Bahadır ERDEM/İnci ATAMAN/Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*, II. Cilt (İki Taraflı Sözleşmeler), İstanbul, 2005, s. 606.

konsolosluk sözleşmesinde, “liberal sistem” benimsenmiş ve taraf devletlerin konsoloslarının, biri kendi vatandaşı diğeri üçüncü devlet vatandaşı iki kişiyi evlendirebileceği kabul edilmiştir⁵³. Türkiye ile İtalya arasındaki konsolosluk sözleşmesi hariç, Türkiye ile diğer devletler arasında yapılan ve Türkiye’de konsoloslara “evlendirme yetkisi veren” konsolosluk sözleşmelerinin diğeri hepsinde⁵⁴, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesindeki genel hükmün benimsendiği ve konsoloslara sadece her ikisi de kendi vatandaşı olan kişileri evlendirme yetkisi tanındığı görülmektedir.

20 Aralık 1939 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti ve Macaristan Krallığı Arasında Konsolosluk Mukavelesi (m.13)”nde olduğu gibi, bazı iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinde ise, konsoloslara evlendirme memurluğu

Doktrinde, Bulgaristan ile de böyle istisnai sonuç doğuran bir anlaşma yapıldığı belirtilmekle birlikte, (Cemal ŞANLI/Emre ESEN/ İnci ATAMAN FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 127), 6 Ekim 1970 tarihinde Sofya’da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Hükümeti arasında Konsolosluk Sözleşmesi’nin (R.G. 19.03.1973-1707) 38. maddesi incelendiğinde, bu maddenin, “...*(e) İlgililerden hiç olmazsa birinin gönderen Devlet vatandaşı olması halinde, kabul eden Devletin kanunlarına göre yapılmış bulunan evlenmeleri tescil etmek; (f) Kabul eden Devlet mevzuatınca icrası menedilmemiş bulunması şartıyla, her ikisi de gönderen Devletin vatandaşı olan şahısların evlenme akitlerini icra etmek; ...*” şeklindeki açık hükmünden, Bulgaristan ile Türkiye arasında İtalya-Türkiye arasındaki gibi istisnai bir durum bulunmadığı tespit edilmektedir (Sözleşme için bkz. ÇELİKEL/ŞANLI/ÖZTEKİN/ERDEM/ATAMAN/GİRAY, s. 677; DOĞAN, s. 290, dn. 50).

⁵³ Aynı yönde, DOĞAN, s. 289-290.

⁵⁴ Türkiye ile Almanya (m.18); Afganistan; Arnavutluk (m.36/1), Azerbaycan (m.37/b), Belçika (m.38/d), Bulgaristan (m.28/f), Bosna-Hersek (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Cezayir, Çek Cumhuriyeti (m.31/1/c), Çin (m. 10/4), Gürcistan (m.37/b), Hırvatistan (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Kazakistan (m. 37/b), Kırgızistan (m.37/b), Libya (m.34/8/b), Litvanya (m.37/b), Lübnan (m. 37/1/b), Makedonya (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Mısır (m.35/8/b), Moldova (m.37/1/b), Özbekistan (m.37/1/b), Polonya (m.36/1), Romanya (m.14/2), Rusya Federasyonu (Türkiye- SSCB Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.37/1/b), Sırbistan (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Karadağ (m.12/4) (R.G. T. 23.06.2017-S.30105/1), Slovakya (m.31/1/c), Suriye (m.36/b), Tunus (m.35/8/b), Türkmenistan (m.37/b), Ukrayna (m. 8/4) gibi ülkeler arasında yapılan konsolosluk sözleşmelerine göre, evlenecek kişilerden her ikisinin de konsolosu gönderen devlet vatandaşı olduğu durumlarda, konsolosların evlendirme yetkisi vardır. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri için bkz. ÇELİKEL/ŞANLI/ÖZTEKİN/ERDEM/ATAMAN/GİRAY, s. 575-1319. Ayrıca bkz. http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/71-1.pdf (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

yetkisi hiçbir şekilde verilmemektedir⁵⁵. Yine, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, İsviçre⁵⁶ ve Japonya gibi bazı devletler ise, konsolosluk

⁵⁵ Türkiye-Macaristan arasındaki 20 Aralık 1939 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti ve Macaristan Krallığı Arasında Konsolosluk Mukavelesi” Madde 13- “Başkonsolos, konsolos, muavin konsoloslar ve diğer konsolosluk memurları nikâh akdedemezler” (Sözleşme için bkz. ÇELİKEL/ŞANLI/ÖZTEKİN/ERDEM/ATAMAN/GİRAY, s. 627).

⁵⁶ 18 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunu’nun “Evlenme”yi düzenleyen “Evlenmenin Kuruluşu” 3. bölüm 1. kısmında, “Yetki” başlığı altında 43. maddede ve 44. maddede “Uygulanacak Hukuk” başlığı altında diplomatik evlenmelere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. (Bkz. Bernard DUTOIT, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2004, s. 146, 148).

Yine, İsviçre’nin taraf olduğu iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmeler incelendiğinde, İsviçre’nin konsoloslara evlendirme memurluğu yetkisi veren hiçbir sözleşmeye taraf olmadığı tespit edilmektedir (Bkz. AYBAY, s. 230; TEKİNALP/UYANIK, s. 143, 147). İsviçre’de evlenecek kişiler yetkili kişi halleri memuru önünde evlenebilirler (İsviçre MK m. 97/2 ve Nüfus Hizmetleri Kanunu (Ordonance sur L’Etat Civil) m. 156; yürürlükteki 28 Nisan 2004 tarihli yeni Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 74) (Bkz. www.admin.ch, Erişim Tarihi: 13.12.2017). İsviçre’de diplomatik ya da konsüler temsilciler önünde evlenmek yasaktır (Andreas BUCHER/Andrea BONOMI, *Droit International Privé*, 2e édition, Genève, 2004, s.173-174; DESSEMONTET, s. 32).

Swiss Civil Law Chapter Three: Preparation and Wedding Ceremony Art. 97 (1) “*The wedding ceremony takes place in the presence of the civil registrar after the preparatory procedure has been taken. (2) The engaged couple may marry in the civil register district of their choice. (3) No religious wedding ceremony is permitted prior to the civil ceremony*” (<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201709010000/210.pdf>) Bununla birlikte, İsviçre, Viyana Sözleşmesi’nin 5. maddesinin f bendi ve İsviçre Medeni Kanunu’nun 41/3 hükmü uyarınca, yurtdışına gönderdiği diplomatik ve konsüler temsilcilerine evlendirme memurluğu yetkisi tanıyabilir. Bu hükmeye dayanarak, 24 Kasım 1967 tarihli Diplomatik ve Konsüler Hizmetler Tüzüğü’nün 23. maddesi ile Bağdat (Irak), Şam (Suriye) ve Kahire (Mısır) temsilciliklerine evlendirme yetkisi vermiştir (DUTOIT, s. 146).

evlenmelerini kabul etmemektedir⁵⁷. Fransa⁵⁸ ve İngiltere⁵⁹ gibi bazı dev-

⁵⁷ AYBAY, s. 221, dn. 439, 441.

⁵⁸ Fransa, yabancı ülkelerdeki Fransız konsoloslarına evlendirme memurluğu yetkisini tanımakla birlikte, buna bazı sınırlamalar getirmiştir. Fransız Medeni Kanunu m. 171-1 uyarınca, Fransız diploması görevlileri veya Fransız konsolosları sadece Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile belirtilen devletlerde bir Fransız ile bir yabancı arasında evlendirme işlemi yapabilirler. Karşılıklılık esası gereği, Fransa’da yabancı konsolosluk veya elçilik görevlileri her iki tarafın da konsolosu görevlendiren devletin vatandaşı olması şartıyla, Fransız hukukuna göre geçerli bir evlilik akdedebilir (AYBAY, s. 221, dn. 441). Fransız Medeni Kanunu’nun 171-1 madde Fransızca metni aynen şöyledir; “Code Civile Française Article 171 “(1)Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s’il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n’aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre. (2) Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises. (3) Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret .” www.legifrance.gouv.fr (Erişim Tarihi: 05.07.2017).

Fransız Medeni Kanunu’nun 171-1 madde İngilizce metni aynen şöyledir: “Article 171-1 A marriage contracted in a foreign country between French persons and between a French person and a foreigner is valid if it is celebrated in the forms in use in that country, provided the French person or persons did not violate the provisions contained in Chapter I of the present title. It shall be likewise as regards a marriage celebrated by French diplomatic or consular agents, in accordance with French legislation. Nevertheless, those authorities may proceed to the celebration of the marriage between a French person and an alien only in the countries designated by decree”. (https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations) (Erişim Tarihi: 06.11.2017).

⁵⁹ Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Yabancı Evlenmeler Kanunu’nun (Foreign Marriages Act 1982-1947) 33. bölüm 6 (3) atfıyla, 1970 tarihli 1539 nolu Yabancı Evlenme Kararnamesi’nin (The Foreign Marriages Order 1970) 5. maddesinde, konsolosların evlendirme yetkisi açıkça tanınmıştır ancak aynı kararnamenin 3. maddesi uyarınca, İngiliz Konsolosluk görevlilerinin evlenme akdedebilmeleri için, (a) evleneceklerden en az birinin İngiliz vatandaşı olması, (b) kabul eden devletin evlendirmeye itiraz etmemesi, (c) kabul eden devletin yasalarında tarafların evlenmesi için yeterli olanığın bulunmaması, (d) evlenmenin taraflardan her birinin kendi ülkesindeki hukuka göre geçerli olarak evlenmiş sayılması gerekir.

The Foreign Marriages Order 1970, Article 5 İngilizce metni aynen şu şekildedir; “In order for marriages to be compensated by a consular officer or a consular officer who is a marital duties, every place in the building’s duties or locations and used for the duration of duty shall be part of the official dwelling. In this type of marriage house, it is considered part of the office, (1) Before a marriage is solemnised in a foreign country under the Foreign Marriage Acts 1892 to 1947, (1), the marriage officer must be satisfied: (a)that at least one of the parties is a British subject; and (b)that the authorities of that country will not object to the solemnisation of the marriage; and (c)that insufficient facilities exist for the marriage of the parties under the law of that country; and(d)that the parties will

letler de, konsolosluk evlenmelerini bazı şartlarla kabul etmekte ya da taraf oldukları uluslararası sözleşmeler çerçevesinde geçerlilik tanımaktadır⁶⁰.

Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinde, konsolosların evlendirme memurluğu yetkisinin mevcudiyeti, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde, Türk hukukunda uygulanacak genel kural, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 2. fıkrası olmakla birlikte, milletlerarası sözleşmeler özellikle Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen konsolosluk sözleşmelerinin varlığı durumunda, bu sözleşme hükümleri, “özel hüküm (*lex specialis*)” niteliğinde olduklarından, öncelikle uygulanmalıdır (MÖHUK m. 1/f.2). Bununla birlikte, Türkiye-Macaristan ve Türkiye-İtalya arasında akdedilen konsolosluk sözleşmesi hariç, Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen konsolosluk sözleşmelerinin Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi ile birebir uyum içerisinde olduğu tespit edilmektedir. Buna göre, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin iç hukukumuzda yaptığı atıfla, Türkiye ile diğer devletler arasında imzalanan konsolosluk sözleşmelerinin ilgili hükümleri (Türkiye-İtalya ve Türkiye-Macaristan arasındaki konsolosluk sözleşmesi hariç) ve Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi, konsoslara sadece her ikisi de kendi vatandaşı olan kişileri evlendirme yetkisi⁶¹ (evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı evlendirme yetkisi) tanımaktadır.

2. Çifte veya Çok Vatandaşlık Durumunda Konsolosluk Evlenmesi

Bir devletin vatandaşı olan kişinin aynı zamanda bir başka devletin veya birden fazla devletin vatandaşı olduğu durumlar da karşımıza çıkabilir. Bir devletin vatandaşı olan kişinin aynı zamanda bir başka devletin vatandaşı olması halinde “çifte vatandaşlık” (*double nationality*), birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda ise çok vatandaşlık (*multi nationality*) durumu söz konusu olur⁶².

Bir devlet vatandaşlığının yanında bir başka devletin ya da birden fazla

be regarded as validly married by the law of the country to which each party belongs”.
www.legislation.gov.uk (Erişim Tarihi: 05.11.2017).

⁶⁰ AYBAY s. 219, dn. 440-441.

⁶¹ TEKİNALP/UYANIK, s. 147.

⁶² AYBAY, s. 229; Bahadır ERDEM, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 195 vd.

devletin vatandaşlığına sahip olan kişiler bakımından esas alınacak olan vatandaşlık milletlerarası özel hukuk bakımından ele alınır ve 5718 sayılı MÖHUK 4. madde uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında; vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması hâlinde Türk hukuku (m.4/1/b), vatandaşlıklarından herhangi biri Türk vatandaşlığı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku (m.4/1/c) uygulanır⁶³.

Birden çok vatandaşlığı olan kişilerin, konsolosluk önünde evlenmelerinde hangi vatandaşlıklarının esas alınacağı sorunu, her devletin kendi vatandaşlığına öncelik tanınması ile çözümlenmiştir. Dolayısıyla, kişi aynı zamanda hem A devletin hem B devletin vatandaşı ise, A devleti açısından A devletin, B devleti açısından B devletin vatandaşı sayılacaktır. Konsolosluk evlenmeleri açısından sonuç şöyle olmaktadır: Örneğin, Almanya'daki Türk konsolosları gerek Türk yasalarından gerek Türkiye ile Almanya arasında 1929 yılında akdedilmiş Konsolosluk Sözleşmesi'nden aldıkları yetki ile, tarafların her ikisi de Türk vatandaşı olan kişileri evlendirebileceklerdir. Böyle bir evlenmede taraflardan birinin aynı zamanda Alman vatandaşlığına da sahip olması halinde evlenmenin Türk konsolosluğunda yapılmasına engel bir durum yoktur. **Böyle bir evlenmenin Türk hukuku açısından geçerliliğinde bir duraksamaya yer yoksa da, Alman hukuku açısından geçersiz sayılması söz konusudur.** Çünkü Almanya kendi vatandaşlığına öncelik tanımak durumundadır. Sonuç olarak, Almanya açısından bu evlenme, bir Alman vatandaşının Almanya'da Türk konsolosunca evlendirilmesi olarak kabul edilip geçersiz sayılacaktır⁶⁴.

⁶³ Devletler genel hukuku bakımından da bu kişiler, vatandaşlığına sahip oldukları diğer ülkede buldukları zamanlarda diğer vatandaşlığının kendilerine sağladığı diplomatik himayeden mahrum kalırlar. 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunlarının İntibaksızlığından Doğan Bazı Meseleler Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin 4. maddesi de, "*bir devlet kendi vatandaşına, onun aynı zamanda vatandaşı bulunduğu bir devlet karşısında diplomatik himaye bahsedemez*" diyerek bu konudaki prensibi ortaya koymuştur. Bkz. NOMER, s. 33; ERDEM, s. 201. Sözleşme'nin İngilizce metni şu şekildedir: Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws The Hague - 12 April 1930, **Article 4-** "*A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses*". (<http://eudo-citizenship.eu>) (Erişim Tarihi: 06.11.2017).

⁶⁴ AYBAY, s. 229-230.

Konuyla ilgili olarak, Dışişleri Bakanlığı'nca 1981 yılında dış temsilciliklerimize gönderilen bir Genelgede önce konuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı'ndan alınan görüş (mütalaa)

Konuyla ilgili olarak, Dışişleri Bakanlığı’nca 1981 yılında dış temsilciliklerimize gönderilen Genelge metninde, “*Bir Türk vatandaşı ile çifte vatandaş olan Alman vatandaşının (aynı zamanda Türk vatandaşı) Türk konsoloslukunda evlenmesi halinde, bu evliliğin Türkiye bakımından geçerli olacağını ancak Almanya bakımından geçerli olmayacağı*”nı, evliliğin bir ülke bakımından geçerli, diğeri bakımından geçersiz olmasını önlemek bakımından, çifte vatandaşların Türkiye temsilcilikleri önünde evlenme akdinin yapılmayarak yetkili makamlar önünde evlenmelerinin temin edil-

verilmiştir. Bu görüş aynen şöyledir:

“*Almanya’daki Konsolosluklarımızda akdedilecek evlenme akitlerinin geçerliliği konusuna ilişkin ilgi yazınız ve ekleri incelendi.*

Devletler gerek kanunlarla ve gerekse aralarında akdettikleri karşılıklı anlaşmalarla diplomatik temsilcilik veya konsolosluklarına kendi vatandaşlarının evlenme akitlerini yapma yetkisi vermektedir.

Türk hukukunda diplomatik temsilcilik ve konsoloslukların kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi 10 Nisan 1927 tarih ve 5005 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, 1 Haziran 1298 tarihli “Şehbenderlik Nizamname-i dahili”sinin 29. maddesine istinat etmektedir. Ancak bu tür evlenmelerde akdin geçerliliği için, akdin yapıldığı yer devletin bu gibi evlenmeleri tanımış olması gerekmektedir. Örneğin, İsviçre’de yabancı devlet konsolosları kendi kanunlarına göre yetkili olsalar dahi, kendi vatandaşlarını evlendirememektedirler. Zira, İsviçre, bu tür evlenmelerin “Locus regit actum” kuralı gereğince yetkili İsviçre makamları tarafından yapılmasını şart koşmaktadır. Buna rağmen evlenme akdinin yapılmış olması halinde ise bu tür evlilikler (kendi milli kanunumuz yetki verdiği fakat kabul eden devlet yasakladığı için) ancak Türk hukukuna göre geçerli olacaktır.

Almanya Federal Cumhuriyeti için ise, durum bundan farklıdır. Anılan devletle Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan 28 Mayıs 1929 tarihli Konsolosluk mukavelesininin 18. maddesi aşağıdaki hükmü ihtiva etmektedir :

(Konsolosluklar kendilerini tayin eden devletin kanunlarına göre mezun oldukları takdirde, iki taraf mezkur devlet tabaasından olursa nikah akdedebileceklerdir.

Konsoloslar yukarıda mezkur evlenmeleri derhal buldukları devlet makamına bildirmeye mecburdurlar.)

*Madde metninden de anlaşılacağı gibi, İsviçre’den farklı olarak Türk konsolosluklarının Almanya Federal Cumhuriyetinde nikah akdi yapma yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetki tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olmaları haline münhasırdır. Taraflardan birisinin hem Türk ve hem Alman olarak çifte uyruklu olması halinde ise, Konsoloslukların evlenme akdi yapmaları mümkün olmakla ve bu tür evlenmeler Türk hukukuna göre geçerli olmakla beraber, bu evlenmeler mahalli devlet tarafından kabul edilmemektedir. Bu durumda taraflardan birisinin çifte uyruklu olması halinde evlenme akdinin konsolosluklarca yapılmayarak, söz konusu “locus regit actum” kuralı gereğince mahalli şekle uygun olarak evlendirme memurlukları önünde yapılması uygun olacaktır”. T.C. Bonn Büyükelçiliğinin 25 Mart 1981 tarihli ve 522/3/1623 GEN.59 sayılı yazısıyla Almanya’daki Başkonsolosluklara iletilen **Genelge metni** bulunamadığından, aynen AYBAY, s. 230-231’den aktarılmıştır.*

mesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁵.

Doktrinde, bu Genelgeye “konsoloslukta yapılacak evlenmenin Türk hukuku açısından geçerli ancak Alman hukuku bakımından geçersiz sayılabileceği” şeklinde bir uyarının eklenmesi gerektiği; bu uyarıya karşın, taraflar, konsoloslukta evlenmek istediklerini bildirmişlerse ve başkaca bir engel de yoksa konsoloslukta evlenme işleminin yapılmasına bir engel olmadığı ifade edilmiştir⁶⁶. Kanaatimizce, Genelge metinlerine bu yönde uyarının eklenmesi yerindedir, fakat şahsın hukukuna ilişkin işlemlerin özellikle evlenmelerin eşlerden her ikisinin de vatandaşı olduğu devletler bakımından geçerli kabul edilmesi ve hukuki sonuç doğurması son derece önem arz ettiğinden, çifte vatandaşların evlendirme işlemlerini yetkili makam önünde yapmak üzere yönlendirilmesinin daha uygun olduğu sonucuna varılmalıdır.

II. Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, konsolosluk evlenmelerinin hukuki geçerliliği konusunda aranması gereken en önemli şartın, evlenmeyi akdeden makamın “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” evlendirme memurluğu yetkisinin bulunması olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, evlenmenin konsoloslukta akdedilmiş olması yeterli olmayıp, “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” de evlendirme memurluğu yetkisi olan konsolos ya da yetkili konsolosluk memurları tarafından akdedilmiş olması gereklidir⁶⁷. Bu yetki, o kişiye gönderen devlet tarafından verilmiş olmalı ve gönderilen devlet tarafından da kabul edilmiş olmalıdır⁶⁸.

Yukarıda belirtildiği şekilde, Evlendirme Yönetmeliği’nin Türkiye’de yabancı elçilik ve konsolosluklara “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı evlendirme yetkisi” veren emredici nitelikte ve kamu düze-

⁶⁵ “3. Bakanlığımızca da paylaşılan Adalet Bakanlığımız mütalaası uyarınca, evlenmek maksadı ile Başkonsolosluklara yapılan müracaatlarda, taraflardan birinin Türk vatandaşlığı yanında Alman da dahil başka bir devletin daha vatandaşı olduğunun tesbiti halinde, evlenme akdinin yapılmayarak bu gibi çifte uyrukluların yetkili mahalli makamlar önünde evlenmelerinin teminini rica ederim”. Bkz. AYBAY, s. 232.

⁶⁶ AYBAY, s. 232.

⁶⁷ SAYMAN, s. 179.

⁶⁸ Konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirmeye ihtiyaç bulunduğu hakkında bkz. dn. 43.

ninden olan Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin 2. fıkrası hükmü veya Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinde kabul edilen istisna hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilip, kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin, Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmeleri bakımından, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti, kapsam ve sınırları bu hükümlere göre belirlenir (MÖHUK m. 6). Konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkisini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdiği evlenmenin hukuki geçerliliği konusunda da Türk hukuku uygulanır.

Bu hükümlerin Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmemesi durumunda, Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmeleri bakımından, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti, kapsam ve sınırlarını belirlemek için, yukarıda tespit edildiği üzere, “kabul eden devletin hukuku” olarak Türk hukuku uygulanmalı ve konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkisini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdiği evlenmelerin hukuki geçerliliği konusunda Türk hukukuna göre karar verilmelidir.

Konsoloslara, gönderen devlet tarafından hiçbir şekilde evlendirme yetkisi verilmemiş olması ya da kabul eden devlet tarafından evlendirme yetkisinin tanınmamış olması hallerinde “konsolosların yetkisi bulunmaması”na rağmen veya konsoloslara, gönderen devlet ve kabul eden devlet tarafından evlendirme yetkisinin “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” sınırlı olarak verildiği (geleneksel sistem) durumlarda, “konsolosların kendisine verilen sınırlı yetkiyi aşarak” yaptığı evliliklerin, bir evliliğin yoklukla malul olması ile butlan nedeniyle geçersiz olması arasında doğurduğu sonuçlar itibariyle önemli farklar bulunduğundan, hangi tür geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacağına tespiti önem taşımaktadır.

Konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkisini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdiği evlenmelerin kabul eden devlet hukuku olarak Türk hukukuna göre hangi tür geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacağına tespiti bakımından, öncelikle Türk hukukunda evliliğin geçersizlik halleri incelenmelidir.

A. Türk hukukunda Evliliğin Geçersizlik Halleri

Sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması halinde hukuki işlem yoktur, hiç meydana gelmemiştir⁶⁹. Kurucu unsurlarının olması sebebi ile kurulmuş olan bir sözleşme, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde geçersizdir⁷⁰. Aile hukuku alanında, evliliğin geçersizliği, evlenmenin yokluğu ya da evlenmenin butlanı olarak karşımıza çıkabilir. Borçlar hukuku alanında hukuki işlemin yok ve butlan yaptırımlarının sonucu itibari ile aynı olmasına karşın, aile hukuku alanında evlenmenin yokluğu ile butlanı arasındaki farklar küçümsenmeyecek ölçüde önemlidir⁷¹.

1. Evlenmenin Butlanı

Türk hukukunda evlenmenin butlanı, mutlak butlan ve nisbî butlan olmak üzere Türk Medeni Kanunu'nda iki başlık altında düzenlenmiştir. Her iki butlanın doğurduğu sonuç aynı olup bu sonuç "evliliğin sona erdirilmesi"dir (ortadan kaldırılması)⁷².

a. Mutlak Butlan

Mutlak butlan sebepleri TMK 145. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması⁷³, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması⁷⁴,

⁶⁹ Hüseyin HATEMİ, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1997, s. 126 vd.; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1995, s. 126; Aydın ZEVLİLİLER, *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 4. Bası, Ankara, 1995, s. 28; SAVAŞ, s. 122.

⁷⁰ SAVAŞ, s. 122 vd.

⁷¹ SAVAŞ, s. 123, 124.

⁷² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN s. 208; Hüseyin HATEMİ/Burcu Kalkan OĞUZTÜRK, *Aile Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 2016, s. 80.

⁷³ TMK 130 "yeniden evlenmek isteyen kimse önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır." hükmünü getirmiştir, o halde eşlerden biri zaten evli ise evlilik mutlak butlanla sakattır. Hatta diğer eş iyi niyetli olsa yani kendisiyle evlendiği kişinin halen bir başkasıyla evli olduğunu bilmeseydi ve bilmesi gerekmeseydi de sonuç değişmez. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 210; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 82-84.

⁷⁴ Ayırt etme gücünden yoksunluğun mutlak butlan sebebi sayılması için, sürekli olması şartı aranmaktadır. Bu nedenle, eşlerden biri evlenme töreninin yapıldığı sırada ayırt etme

eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması⁷⁵ ve eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması⁷⁶ TMK m.145 gereği mutlak butlan sebepleridir. Bu sebepler dışında bir sebeple mahkemeye evliliğin mutlak butlanı davası açılmaz. Bozucu yenilik doğuran mutlak butlan davasını re’sen savcı veya eşler ve ilgililer (vasi, yasal temsilci) açabilirler⁷⁷. Mutlak butlan davası hak düşürücü süreye bağlı değildir⁷⁸. Mutlak butlanda evlilik belirli bir süre geçmekle geçerli hale gelmez, dava her zaman açılabilir. Mutlak butlan kararı geriye etkili (*ex tunc*) olmaz, mahkeme kararına kadar evlilik geçerli bir evliktir (TMK 156/2)⁷⁹ ve geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur.

b. Nisbi Butlan

Türk Medeni Kanunu’nda nisbî butlan halleri; ayırt etme gücünden geçici yoksunluk (TMK m.148)⁸⁰, irade bozuklukları⁸¹ (yanılma halleri (TMK

gücünden geçici olarak yoksun bulunuyordusa, bu durum mutlak butlan sebebi değil, nisbî butlan sebebi kabul edilecektir (TMK m. 148). Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN s. 211; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 84, 85.

⁷⁵ TMK 133’e göre akıl hastaları ancak hastalıklarının evlenmeye mani olmadığını gösteren bir sağlık kurulu raporu varsa evlenebilirler. TMK 145/3’e göre böyle bir raporu olmadan, evliliğe mani bir akıl hastalığı olan kişinin evliliği mutlak butlanla batıldır. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 85. TMK 147/II evliliğe mani akıl hastalığı olan kimsenin sonradan tedavi görüp iyileşmesi durumu için, butlan davasının açılmasını sınırlandırmıştır. Söz konusu hükme göre “.....akıl hastalığının iyileşmiş olması durumlarında mutlak butlan davasını yalnız akıl hastalığı iyileşen eş açabilir.” Buna göre böyle bir durumda ne savcı, ne ilgililer ne de diğer eş dava açabilecektir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 85; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 211.

⁷⁶ TMK 129’da üç bent halinde sayılmış olan hısımlar arasında yapılan evlilikler de mutlak butlan sebebi olarak TMK 145’te sayılmıştır.

⁷⁷ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 66.

⁷⁸ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 80; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 92.

⁷⁹ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 67; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 96.

⁸⁰ TMK 148’e göre bir kimse sadece evlenme töreni sırasında, geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunsa, örneğin sarhoşluk sebebiyle ya da bir uyuşturucu maddenin veya hipnozun etkisi altındaysa, yapılan evlenme nisbî butlanla sakattır. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 86.

⁸¹ Bir kimsenin iç iradesi ile dış iradesinin dışı açıklanması arasında bilmeden ve istemeden bir uyumsuzluk meydana gelmişse, o kimsenin iradesinin bozukluğundan söz edilir. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 215. İrade bozukluğu halleri kanunda 3 başlık altında ele alınmıştır: yanılma, aldatma ve korkutma.

m.149)⁸², aldatma halleri (TMK m.150)⁸³, korkutma halleri (TMK m.151)⁸⁴ ve TMK m. 153'te belirtilen yasal temsilcinin rızası⁸⁵ bulunmamasıdır. Mutlak butlanda olduğu gibi nisbî butlan sebepleri de kanunda tahdidi olarak sayılmıştır, bu haller dışında bir sebeple de evliliğin nisbî butlanı davası (evliliğin iptali) açılmaz⁸⁶. Yine, TMK m. 155'e göre "evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez".

Gerek mutlak butlan gerek nisbî butlan davası bozucu yenilik doğuran davadır. Belirtmek gerekir ki evlenmenin butlanı Türk Medeni Kanunu'nda evlilik yönünden özel olarak hükme bağlandığı için, Türk Borçlar Kanu-

⁸² Yanılma halleri TMK 149'da sayılmıştır; eşlerden birinin evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişi ile evlenmeyi düşünmediği halde yanılarak bu evlenmeye razı olmuşsa veya eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmişse, evlenmenin iptalini dava edebilir.

⁸³ Aldatma (hile) bir kimsenin diğer bir kimseyi bir irade beyanında bulunmağa sevk etmek için onun zihninde yanlış bir tasavvur uyandırmak üzere kasten bazı hususları uydurması veya gizlemesidir. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 220, dn. 56'dan naklen Haluk TANDOĞAN, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1965, s. 59. TMK m. 150 hükmünde, eşin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olmuşsa ya da davacının veya alt soyunun sağlığı için ağır bir tehlike oluşturacak bir hastalık gizlenmişse evliliğin aldatma nedeniyle iptalinin istenebileceği hükme bağlanmıştır.

⁸⁴ TMK 151'e göre de kendisinin veya yakınlarında birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş olan eş, evliliğin iptalini talep edebilir.

⁸⁵ Ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının, yasal temsilci tarafından verilen izin belgesini nüfus memurluğuna sunmadan nüfus memurunun evlendirmeyi akdetmemesi gerekse de, memurun ihmali yüzünden evlilik gerçekleşmişse, yasal temsilci bu evlenmeye karşı nisbî butlan davası açma hakkına sahip olur.

⁸⁶ Nisbî butlan davasını ayırt etme gücünün yoksunluğunda, yoksun olup da ayırt etme gücünü yeniden kazanan eş, irade bozukluklarında irade bozukluğuna uğrayan eş, yasal temsilcinin izni olmaması halinde izni alınmamış olan yasal temsilci davayı açma hakkına sahiptir. Mutlak butlan yaptırımı hak düşürücü süreye bağlı olmadığı halde, eşin açacağı nisbî butlan davaları; butlan sebebinin öğrenilmesinden itibaren ve korkutmada korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren altı ay; evlenme tarihinden itibaren de beş yıllık hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Yasal temsilcinin açacağı dava TMK 152'deki altı aylık ve 5 yıllık hak düşürücü süreye bağlı değildir. TMK 153'te bu dava için özel bir sınırlama getirilmiştir; yasal temsilcinin iznini almaksızın evlenen küçük bu arada ergin olmuşsa yahut kısıtlı ise ve kısıtlı olmaktan çıkmışsa veya evlilikte eş hamile kalırsa artık evlenmenin iptaline karar verilemez. Bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 79-80; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 85; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 228, 229.

nu’ndaki sözleşmenin butlanı hükümlerinden ayrılır, evlenmenin butlanı sözleşmenin butlanı gibi kendiliğinden değil, ancak mahkeme kararıyla gerçekleştirilebilir. Butlan kararı geçmişe etkili değildir, bu bakımdan batıl olan evlenme butlan kararının kesinleşmesinden itibaren ileriye etkili (*ex nunc*) olarak hükümsüz hale gelir (TMK 156 c.1). Bu ana kadar geçerli bir evlenmenin tüm sonuçlarını doğurur (TMK 156 c.2)⁸⁷.

2. Evliliğin Yokluğu

Türk Medeni Kanunu’nda mutlak butlan ve nisbî butlan halleri kanunda sınırlı (*numerus clausus*) olarak sayılmış, yokluk hallerine ise, kanunda yer verilmemiştir⁸⁸.

Kanunda sınırlı olarak sayılan mutlak ve nisbi butlan hallerinin dışında kalan, bu hallerden hiçbirisine girmeyen ve görünürde bir evlilik olmasına rağmen hukuken batıl bile kabul edilmeyen birlikteliklerin yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir⁸⁹. Geçersizliğin, mutlak butlan ve nisbî butlan hallerinden biri olmadığı durumlarda, evliliğin geçersizliği yokluk sebebine dayandırılır⁹⁰. Türk hukukunda yokluk halî mutlak butlan ve nisbî butlan

⁸⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 86, 96.

⁸⁸ SAVAŞ, s. 124.

⁸⁹ SAVAŞ, s. 124; Kemal OĞUZMAN/Mustafa DURAL, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 96, 172; H. Veldet VELİDEDEOĞLU, *Türk Medeni Hukuku*, II. Cilt, *Aile Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 1965, s. 250; Selahattin Sulhi TEKİNAY, *Türk Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 108; Feyzi N. FEYZİOĞLU, *Aile Hukuku*, Bası 3, İstanbul, 1986, s. 103; ZEVKLİLER, s. 749; Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 84.

İngiliz hukukunda “yok evlenme”, “geçersiz bir evlilik” dahi bulunmayan halleri tanımlamak için geliştirilmiştir.”, metnin orijinali şu şekildedir: “... *under English law we developed the concept of a non-marriage to describe a situation in which not even a void marriage has occurred...*” Kassim v Kassim [1962], s. 224’den naklen Ormrod J.’nin görüşü, s. 233. (*Cited in Asaad v Kurter* [2013] EWHC 3852 (Fam) naklen par. 74 (Karar için bkz. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed122354>) (Erişim Tarihi: 12.12.2017).

⁹⁰ Rebecca PROBERT, *When are we married? Void, Non-existent and Presumed Marriages*, Legal Studies, Volume 22, Issue 3, September 2002, (s. 398-419), s. 399.

Şartlarına uyulmadan yapılan evliliğin, sayılan özel geçersizlik hallerinden biri olmaması nedeniyle geçersiz-batıl- kılınamaması, evliliği geçerli kabul etmemiz sonucunu doğurmaz, şartlara uyulmadan gerçekleştirilen merasim tarafların statülerinde bir değişiklik yaratmayacaktır. Orijinal metin şu şekildedir: “... *opinion of holding the marriage to be void is precluded by lack of specific invalidating provisions and the policy that such*

geçersizliğinden farklı olarak mahkeme kararına ihtiyaç duymadan kendiliğinden hüküm doğurur⁹¹. Ancak evlenmenin yokluğu ihtilafı ise, yokluğun tespiti için bir tespit davası açılabilir, karar yalnızca yokluğu tespit eder, evlenme yine baştan itibaren geçersizdir⁹².

Evlenme şekle bağlı bir sözleşmedir⁹³ ve evlenmenin geçerli bir biçimde oluşabilmesi için mutlaka uyulması ve yerine getirilmeleri gerekli olan şartlar evlenme töreninin asli (kurucu) şartları olarak nitelendirilmektedir. Asli kurucu şartlara uyulmamış olması halinde, evlenmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olduğundan bahsedilemez⁹⁴. Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği'nde, evliliğin evlendirme memuru önünde ve iki tanığın huzurunda, evlenecek olan kadın ve erkeğin bizzat hazır bulunmalarıyla aleni olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir (TMK m. 141/c.1, Evlendirme Yön. m. 27/1)⁹⁵. Evlenmenin bu asli (kurucu) unsurlarının bulunmadığı hallerde *evlenmenin yokluğundan* söz edilir⁹⁶. Başka bir ifadeyle, evlenme töreninin asli (kurucu şekil) şartlarına uyulmamış olmasının yaptırımı, evlenmenin yokluğudur⁹⁷.

provisions are not be implied. The means of escape from this quandary has been found in the concept of 'non-marriage', a lack of status which could be aptly describe as 'only an idle ceremony [which] achieves no change in the status of participants [and] achieves nothing of substance.'

⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 70.

⁹² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77.

⁹³ SAVAŞ, s. 125; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 61.

⁹⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN s. 96, 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; HATEMİ/SEROZAN, s. 89; Ferit Hakkı SAYMEN/ Halit Kemal ELBİR, *Türk Medeni Hukuku* III. Cilt, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1960, s. 112; Andreas B. SCHWARZ (Çeviren: Bülent DAVRAN), *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1960, s.102; Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU, *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 1963, s. 52; Selahattin Sulhi TEKİNAY, *Türk Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 101; Feyzi N. FEYZİOĞLU, *Aile Hukuku*, Bası 3, İstanbul, 1986, s. 95; Bülent KÖPRÜLÜ/Selim KANETİ, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 91; Aydın ZEVKLİLER/Beşir ACABEY/Emre GÖKYAYLA, *Medeni Hukuk*, 5. Bası, Ankara, 1997, s. 704; Kemal OĞUZMAN/Mustafa DURAL, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 89.

⁹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 70.

⁹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 70; Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, *Medeni Hukuk*, 23. Bası, İstanbul, 2017, s. 219.

⁹⁷ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 96, 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s. 102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95 KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 91; ZEVKLİLER/ ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/ SEROZAN, s. 89; SAVAŞ, s. 125.

Türk medeni hukuk doktrininde ve Yargıtay kararlarında⁹⁸, (1) evlenmenin aynı cinsten iki kişi arasında yapılması, (2) evlenmenin yetkili evlendirme memuru önünde yapılmamış olması ve (3) iki tarafın evlendirme memuru önünde aynı anda hazır olmamaları, tartışmasız olarak evlenmenin yokluğu sonucunu doğuran haller olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

Evlenme sözleşmesinin kurulması için, tarafların yetkili evlendirme memuru önünde aynı anda hazır bulunmaları ve karşılıklı birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları gerekir¹⁰⁰. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur (TMK m. 142). Türk hukukunda vekâletle evlenme yapılamaz (Evl. Yön. m. 27/f.3). Bu şart evlenmenin mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının sonucu olup, evlenmenin kurucu unsurudur. Bu nedenle, bazı hukuklarda uygulanan temsilci yolu ile evlenme Türk hukuku açısından yoklukla malul evlenmedir¹⁰¹. Tarafların evlenmeye yönelik iradelerini yetkili evlendirme memuru veya resmi makam önünde açıklamamaları nedeniyle, yoklukla sakat olan evlenme herhangi bir şekilde düzeltilemez, geçerli bir evliliğe dönüşmez, bundan dolayı yok olan bir evlenmenin nüfus siciline kaydedilmesi de sonucu değiştirmez¹⁰². Başka bir ifadeyle, taraflar aynı anda hazır olmadan yetkili evlendirme memuru önünde yapılan evlenmeler, evlenme nüfus siciline kaydedilse bile yok hükmünde olacaktır¹⁰³. Boşanma davası açılmış olması yoklukla malul

⁹⁸ Y.2.H.D. T. 3.5.2011, E.2011/4235, K. 2011/7649 tarihli kararı, “... evlendirmeye selahiyetli memur önünde irade beyanı geçerli bir evlenmenin asli ve kurucu unsurudur. Aktin kurucu unsurlarındaki noksanlık evlenmenin yokluğu sonucunu doğurur” şeklindedir. Benzer yönde, Yargıtay İBGKK, T. 14.06.1965, E. 1965/3, K. 1965/3; Yargıtay HGK, T. 29.09.1976, E.1975/2-1065, K.1976/2578; Yargıtay İBGKK, T. 14.06.1965, E. 1965/3, K. 1965/3; Yargıtay 2.H.D. T.13.01.2004, E.2013/16618, K.2004/183; Yargıtay 2.H.D. T.05.11.2009, E. 2009/17229, K.2009/18989 (www.kazanci.com).

⁹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77-78; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 33-41; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 205-208; ÇELİKEL/ERDEM, s. 232; VELİDEDEOĞLU, s. 250; SAVAŞ, s. 125.

¹⁰⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67; W.K. LEONG, *Formation of Marriage In England and Singapore by Contract: Void Marriage and Non-Marriage*, International Journal of Law, Policy and the Family, 14 (2000), (s. 256-280), s. 257 İngilizce metin aynen şu şekildedir: “Non-marriage is only appropriate to identify the situation where there has not been the meeting of minds and thus no formation even of an inchoate marriage”.

¹⁰¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 67-68.

¹⁰² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.78; nüfus siciline kaydın, evliliğin geçerliliğine etki etmediğine ilişkin bkz. dn. 152.

¹⁰³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 78.

evliliği geçerli hale getirmez¹⁰⁴.

Evlenme ancak Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği'nde belirlenen yetkili memur veya resmi makamların huzurunda yapıldığı takdirde geçerli olur¹⁰⁵. Örneğin, Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği'nde evlendirme memurluğu yetkisi tanınmamış olan, bir yerin en yüksek mülki idare amirinin veya bir din görevlisinin huzurunda yapılan evlenmeler Türkiye'de yok hükmünde kabul edilir¹⁰⁶.

Yargıtay uzunca bir süre evlendirme memurunun kendi yetki alanı dışında yapılmış olan evlenmelerin yoklukla sakat evlenme sayılacağı içtihadını¹⁰⁷ korumuş, daha sonra eski görüşünden vazgeçmiş ve hiçbir resmi sıfatı ve evlendirme memuru niteliği bulunmayan kişiler (din adamı) önünde yapılan evlenmelerle, resmi evlendirme memuru olan fakat idari görev alanı dışında nikâh kıyan köy muhtarının yaptığı evlenmelerin geçersiz sayılmayacağını vurgulamıştır¹⁰⁸. Evlenme işlemi evlendirmeye yetkili memur önünde değil

¹⁰⁴ Yargıtay 2.H.D. T. 30.03.2004, E. 2004/2975, K. 2004/4024 sayılı kararında, boşanma davasının açılmış olmasının yoklukla malul evliliği geçerli hale getirmeyeceğini kabul etmiştir (Karar için bkz. www.kazanci.com).

¹⁰⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s.102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 91; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/SEROZAN, s. 89.

¹⁰⁶ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 97; TEKİNALP/UYANIK, s. 172; OĞUZMAN/BARLAS, s. 188.

¹⁰⁷ 29.09.1976 tarih, E. 1975/2-1065, K. 1976/2578 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında, evlendirme memurunun idari görev sınırının dışına çıkarak bir evlendirme işlemi yapması halinde, o yer evlendirme memurunun görevini gasp etmiş olacağı için yaptığı nikahın yok sayılacağı, yokluk ifade eden işlem ve sözleşmelerde **iyi niyete dayanılmayacağı** gibi, bunların herhangi bir suretle geçerlilik kazanamayacağı kararı verilmiştir.

¹⁰⁸ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 13.12.1985 tarih, E. 1985/4, K. 1985/9 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında, yasaların öngördüğü şekil şartlarına uyularak yapılan evlenme akitlerinin, sadece köy sınırları dışında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle yok sayılmasının çelişkiye yol açacağı, görevli olmayan bir kimsenin alenen yaptığı evlenme akdi, tarafların iyi niyetinin korunması gerektiği düşüncesiyle geçerli sayılabildiğine göre, köy muhtarının **kendi idari görev alanı dışında** yaptığı evlenme akdinin de evleviyetle geçerli sayılması icap ettiği, köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme akitlerinin, muhtarın görev alanı dışında yapılmış olsa bile "**evlenenlerin niyetlerine bakılmaksızın**" geçerli sayılacağına karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki burada yetkisiz evlendirme memuru önünde yapılan evlendirmenin geçerli hale gelmesi değil, muhtarın yer bakımından yetkisini aşarak yaptığı evlenmenin yoklukla sakat olmayacağını kararı verilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. SAVAŞ, s. 127 vd.

de bir başka resmi memur önünde yapılmışsa, bu makam ve kişiler resmi sığfata sahip olsalar bile evlenme gerekleşmez¹⁰⁹.

Bu nedenle, **evlendirme yetkisi olmayan resmi memur önünde yapılan evlendirmeler, yoklukla sakat olup, fiili birleşme olmaktan ileri gide-
mezler**¹¹⁰. **Evlenecek kişiler**, evlenme hususundaki iradelerini karşılıklı ya da **evlendirmeye yetkili olmayan bir makam** önünde açıklamış olsalar bile ortada hukuken bir evlenme yoktur¹¹¹. Erkek ve kadın evlendiklerini farz etseler bile, evlenme yok olduğu için, karı koca değildirler ve bu sebeple de aralarındaki ilişkiye evlenmeye ilişkin hükümler uygulanamaz¹¹². Yokluk müeyyidesinde evlenme hiç meydana gelmemiş kabul edilir¹¹³. Yok olan bir evlenmede boşanma söz konusu olamaz¹¹⁴, açılmış bir boşanma davasında, evliliğin yokluğunu gören hâkim, bunu tespitle yetinir ve boşanmaya karar vermez¹¹⁵.

¹⁰⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704.

¹¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 76, 80.

¹¹¹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s.102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 91; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/SEROZAN, s. 89; El Gamal v Al Maktoum davasında İngiliz yargıç Bodey J’e göre, İngiliz kanunlarınca (Marriage Acts) evlenme olarak görünmeyen bir işlem, tarafların iradesi ile uygun bir evlilik haline gelmez. İngilizce metin aynen şöyledir: “.. *where a marriage in no way purports to comply with the Marriage Acts, the parties’ intentions cannot create a compliant marriage...*” bkz. Chris BEVAN, *The Role of intention in non-marriage cases post Hudson v Leigh (Case Commentary)*, Child and Family Law Quarterly, Vol 25, No. 1, 2013, (s. 80-95), s. 88 (www.heinonline.com).

¹¹² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 76.

¹¹³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 232; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77, Comment on Cases, California Law Review, “*a decree of annulment not merely dissolves the marriage relation for the future but has the effect of determining that a marriage relation never did exist.*”, s. 40.

¹¹⁴ Comment on Cases, California Law Review, s. 40 “*that in a action of annulment there is no status of marriage to be dealt with and therefore there is no res before the court for adjudication*”.

¹¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77. Yargıtay 2.H.D. T. 31.03.2003, E.2003/3387, K. 2003/4492 sayılı kararında, “...evliliğin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekirken boşanmaya karar verilmesini bozmayı gerektirmiştir” diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (Karar için bkz.www.kazanci.com).

Yine, Yargıtay 2.H.D. T. 30.03.2004, E. 2004/2975, K. 2004/4024 sayılı kararında, boşanma davasının açılmış olmasının yoklukla malul evliliği geçerli hale getirmeyeceğini kabul etmiştir (Karar için bkz. www.kazanci.com) ayrıca bkz. dn. 160.

Yabancı bir mahkemede boşanma davası açılmış ve hatta boşanma kararı¹¹⁶ alınmış olması, Türkiye’de evliliğin yokluğu davası açılmasına hukuki yarar yokluğu nedeniyle engel olmayacağı gibi, Türkiye’de görülmekte olan boşanma davasında Türk mahkemesinin re’sen evliliğin yokluğuna karar vermesine de engel olmamalıdır. Nitekim, evliliğin bir ülkede geçerli kabul edilmesi, diğer bir ülkede geçerli kabul edilmesi anlamına gelmemektedir.

Yabancı bir devlet mahkemesinde boşanma davası daha evvel açıldığından Türkiye’de boşanma davası açılması taraflardan birinin Türk vatandaşı olması nedeniyle MÖHUK m. 41 hükmü uyarınca yabancı derdestlik nedeniyle engellenmiş olsa dahi, bu durum dava konusu farklı olan “evliliğin yokluğunun tespiti” davasının Türkiye’de açılmasına engel teşkil etmez¹¹⁷.

C. Yetki Yokluğu veya Yetki Aşımı ile Gerçekleştirilen Konsolosluk Evlenmelerinin Geçerliliği

Türk hukukunda evlenmenin geçersizlik hallerine ilişkin olarak yapılan tespitler çerçevesinde, konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkisini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdiği evlenmelerin hangi tür geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacağı ayrıca tespit edilmelidir.

Konsolosluk sözleşmelerinde, konsolosa gönderen devlet veya kabul eden devlet tarafından hiçbir şekilde evlendirme yetkisi verilmediği halde (Türkiye-Macaristan Konsolosluk Sözleşmesi) her nasılsa, konsolos tarafından evlendirme işleminin gerçekleştirildiği durumlarda, bu evliliğin yok hükmünde geçersiz olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamak-

¹¹⁶ Yabancı mahkemeden alınan boşanma kararı kesinleşmiş olsa dahi, milletlerarası özel hukuk bakımından, her mahkeme kararı verildiği devletin sınırları içerisinde geçerli olacağından, verildiği devletin sınırları dışında, tanınıp tenfiz edilmedikçe, hiçbir ülkede geçerli değildir, başka bir ifadeyle, verildiği ülke sınırları dışında hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Bu da devletlerin egemenlik hakkının yargısal sisteme yansımadır.

¹¹⁷ Milletlerarası Derdestlik itirazı hakkında bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 418 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 605-610; NOMER, s. 457-460; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, 2015, s. 50-57. Türk hukukunda yabancı derdestlik hakkında geniş bilgi için bkz. Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara, 2002, s. 1 vd.; Vahit DOĞAN, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, (Ergin Nomer’e Armağan), MHB, Yıl: 22, S. 2-2002, s. 121 vd.; Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 192 vd.

tadır. Şöyle ki, Yugoslavya ile Türkiye arasında konsolosluk sözleşmesi akdedilmeden önceki dönemde, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.09.1946 tarihli ve E.6837-K.1946/3705 sayılı kararı ile Yugoslavya’nın Türkiye Konsolosluğu’nda akdedilen evlenmenin, o tarihte Türkiye ile Yugoslavya arasında konsoloslara böyle bir yetki tanıyan milletlerarası sözleşme hükmünün bulunmaması sebebiyle (ayrıca o tarihte konsoloslara kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanıyan 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği de yürürlükte olmadığından), evliliğin “yok” hükmünde olduğuna ve evlenme akdi var olmadığından boşanma davasının bakılma kabiliyetinin de bulunmadığına karar vermiştir¹¹⁸. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türkiye’de evlenme ancak Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Evlendirme Yönetmeliği ve Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri ile belirlenen yetkili memur veya resmi makamların önünde yapıldığı takdirde geçerli olur¹¹⁹. Bunların dışında, diğer memur ya da resmi bir makamın huzurunda yapılan evlenmeler hukuken yok hükmündedir¹²⁰.

Konsolosa gönderen devlet veya kabul eden devlet tarafından hiçbir şekilde evlendirme yetkisi verilmemesi halinde olduğu gibi, evlendirme yetkisinin evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı olarak verildiği durumlarda da, konsolosların kendilerine sınırlı olarak verilen yetkiyi aşarak Türkiye’de yaptığı evliliklerin de geçersiz olduğu milletlerarası özel hukuk doktrininde baskın görüş olarak kabul edilmektedir¹²¹. Doktrinde bir görüş ise, kamu düzeni gerekçesiyle bu evliliklerin geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir¹²².

¹¹⁸ TEKİNALP/UYANIK, s. 147, dn. 46. Karar için bkz. Osman Fazıl BERKİ/Hilmi ERGÜNEY, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile ilgili Yargıtay Kararlarının Tahlihi ve İzahları*, Ankara, 1963, s. 54.

¹¹⁹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s. 102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 91; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/SEROZAN, s. 89.

¹²⁰ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN s. 97; ÇELİKEL/ERDEM, s. 232; TEKİNALP/UYANIK s. 172; ŞANLI, s. 126 ve dn. 59.

¹²¹ SAYMAN, s. 174, 184, 185; ÇELİKEL/ERDEM, s. 237; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126 ve dn. 59; AYBAY, s. 229; ERSEN, s. 99; DOĞAN, s. 289.

¹²² NOMER, 22. Bası, s. 253.

Doktrinde konsolosların “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” kendilerine sınırlı olarak verilen yetkiyi aşarak yaptıkları konsolosluk evlenmelerinin geçersiz olduğuna ilişkin baskın görüş, bu evlenmelerin yoklukla malul olduğunu ifade etmekle birlikte¹²³, mutlak butlanla batıl olduğunu ileri süren bir görüş de mevcuttur¹²⁴. Yargıtay kararları incelendiğinde, Türkiye’de “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle kendilerine verilen sınırlı yetkiyi aşarak” Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin geçerliliğine ilişkin bir karara rastlanmıştır, ancak kararda bu durumun geçersizliğine ilişkin bir inceleme yapılmadığı, kararın usulden bozularak, tekrar incelenmek üzere ilk derece mahkemesine gönderildiği anlaşılmaktadır¹²⁵.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bir evliliğin yoklukla malul olması ile mutlak butlan nedeniyle geçersiz olması arasında doğurduğu sonuçlar itibariyle önemli farklılıklar bulunduğundan, konsolosların “evlenecek

¹²³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 237; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126 ve dn. 59.

¹²⁴ AYBAY, s. 229.

¹²⁵ Yargıtay 2.H.D. E. 2015/21374 K. 2016/3634 ve 29.02.2016 tarihli kararına konu evlenmenin yokluğunun tespiti davasında, “Davacı vekili, Türkiye’de farklı uyruklu iki yabancının ancak Türk evlendirme memuru önünde evlenebileceklerini, bu sebeple konsoloslukta yapılan evlenmenin yetkili memur önünde yapılmadığını, ayrıca konsoloslukta yapılan evlenme sırasında tarafların aynı anda hazır olmadığını ileri sürerek ... Cumhuriyet Başkonsolosluğunda yapılan evliliğin yokluğunun tespitini talep etmiş, mahkemece davacı ve davalının müşterek hayatı uzun yıllar sürdürdükleri ve bu uzun süreç içerisinde üç müşterek çocuk dünyaya getirdikleri, ayrıca davacının kendi ülkesinde bu evliliğe dayanarak boşanma davası açması karşısında artık bu evliliğin şekil şartlarına uymadığını ileri sürerek yok hükmünde olduğunu tespitini istemenin Türk Medeni Kanununun 2. maddesi uyarınca mümkün olmayacağı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden onaylanan nikah belgesinin dosyada mevcut suretinde konsolosluk mührünün bulunmasına rağmen ... Cumhuriyeti Başkonsolosluğu’nun cevabi yazısında arşivlerinde evlilik belgesine dair herhangi bir kayda veya dosyaya rastlanılmadığının belirtildiği ve ... Cumhuriyeti Adalet Bakanlığında yapılan araştırmada da yine evlilik belgesi ile ilgili hiçbir belgenin bakanlık sistemine işlenmediği cevabının alındığı bildirilmiştir. Mahkemece anılan nikah belgesinin düzenlenip düzenlenmediği tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulmadan ve yine tarafların evlilik işleminin nüfusta tesciline dayanak belgeler getirtilmeden eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir ve Yargıtay 2.H.D bu sebeplerle temyize konu hüküm bozma kararı vermiş ve diğer temyiz sebeplerini incelemeye gerek görmemiştir” (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2015/21374.htm&kw=konsolosluk+evlenme+yokluk#fm>) (Erişim Tarihi: 04.12.2017).

kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” kendisine sınırlı olarak verilen yetkiyi aşarak Türkiye’de yaptıkları evliliklerin Türk hukukunda hangi tür geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacağıın belirlenmesi önem taşımaktadır.

Türkiye’de konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve sınırları, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. madde ve Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinin ilgili madde hükümlerince kesin sınırlarla belirlenmiştir. Yukarıda da detaylı olarak incelendiği üzere, Türkiye ile İtalya arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi hariç, Türkiye ile diğer devletler arasında yapılan ve konsoloslara “evlendirme yetkisi veren” konsolosluk sözleşmelerinin diğer hepsinde¹²⁶, Evlendirme Yönetmeliği 12. maddesindeki genel hükmün benimsendiği ve konsoloslara Türkiye’de sadece her ikisi de kendi vatandaşı olan kişileri evlendirme yetkisi tanındığı görülmektedir. Türkiye ile İtalya arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi hariç, konsolosların Türkiye’de her ikisi de kendi vatandaşı olan kişiler dışında evlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Her nasılsa Türkiye’de bir konsoloslukta aynı devlet vatandaşı olmayan kişiler arasında evlenme işlemi yapılmışsa, kabul eden devletin hukuku olarak Türk hukukuna göre bu evlenme işlemi geçersiz olacaktır¹²⁷. Böyle bir durumda, konsolosu kabul eden devlet olarak Türkiye, gönderen devlete, diplomatik yoldan konuyla ilgili uyarıda bulunabilir¹²⁸.

Doktrinde Sayman, Viyana Sözleşmesi’nin genel düzenleme niteliğinde iken, iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinin özel düzenleme niteliğinde olduğunu ve bu nedenle iki taraflı konsolosluk sözleşmelerine aykırı bir şekilde akdedilen evlenmelerin geçersiz olduğunu açıkça belirtmekte, fakat bu durumda hangi tür geçersizliğin söz konusu olacağı tespitinde bulunmamaktadır¹²⁹.

Doktrinde, Tekinalp/Uyanık da, Türkiye’de yabancı konsoloslar nezdinde yapılan evlenmelerin ancak kendi devletinin yetki vermiş olması ve kendi devletinin vatandaşı olan kişileri evlendirmesi halinde geçerli olacağını ifade etmiştir¹³⁰.

¹²⁶ Konsolosluk sözleşmeleri için bkz. dn. 54.

¹²⁷ SAYMAN, s. 184-185.

¹²⁸ ERSEN, s. 99; Gizem ERSEN PERÇİN, *Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem- Konsolosluk Evlenmeleri*, Rona Aybay’a Armağan Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı 2014, Cilt 1, s. 912, dn. 33.

¹²⁹ SAYMAN, s. 184-185.

¹³⁰ Tekinalp/Uyanık bu görüşünü aynen, “mevzuat gözönünde tutulduğunda Türkiye’de

Doktrinde Aybay, Türk Medeni Kanunu'nun 155. maddesi¹³¹ ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 57. maddesi¹³² uyarınca, Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilen böyle bir evlilik hakkında, evliliğin mutlak butlanına hükmedilmesi istemiyle dava açılması gerektiğini belirtmektedir¹³³. Ancak, yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere, Türk hukukunda mutlak butlan ve nisbî butlan sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmış olduğundan ve bu haller dışında bir sebeple evliliğin butlanı davası açılmayacağı¹³⁴ kabul edildiğinden, bu durumda mutlak butlan davası açılmayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, “evlenmenin kanunun yetkili kıldığı makam önünde gerçekleşmesi” evliliğin kurucu şekil şartlarından biri olup, bu şarta uyulmamasının yaptırımını da “yokluk”tur¹³⁵. Bu nedenle, kanaatimizce, bu görüşü savunmak mümkün görünmemektedir. Milletlerarası özel hukuk doktrininde de, yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye’de konsolosların “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle” kendilerine sınırlı olarak

yabancı konsoloslar kendi devleti yetki vermişse, iki kendi devlet vatandaşını evlendirebilmektedir (Evl. Yön. m. 12(2)). Ancak bu şekilde yapılan evlilik Türkiye’de geçerli olur” şeklinde ifade etmiştir (TEKİNALP/UYANIK, s. 147).

¹³¹ TMK 155’e göre “evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez”.

¹³² Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (R.G. T. 23 Kasım 2006 – S. 26355) “Cumhuriyet savcılığına bildirilecek evlenmeler” başlıklı 57. maddesine göre, “(1) Nüfus müdürlüğüne gönderilen evlenme bildirimleri üzerinde yapılan ilk inceleme sonucunda; evlenmenin kanunen yetkili kılınmış memurlarca yapılmadığının anlaşılması, aile kütük kayıtlarına göre karı veya kocadan birinin başkasıyla evli olduğunun tespit edilmesi, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması ya da evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması veya karı ve koca arasında Türk Medeni Kanununun 129 uncu maddesinde belirtildiği şekilde evlenmeye mani derecede kan ya da kayın hısımlığının bulunması hallerinde evlenme aile kütüğüne işlenir ve durum tescil işlemi yapan nüfus müdürlüğünce Cumhuriyet savcılığına bildirilir”.

Aybay’ın bu görüşünü oluştururken, Cumhuriyet savcılarının mutlak butlan davası açması hakkında TMK m.146 hükmüne dayandığı tespit edilmektedir. TMK m.146- “(1) Mutlak butlan davası, Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen açılır. (2) Bu dava, ilgili olan herkes tarafından açılabilir”.

¹³³ AYBAY, s. 229, dn. 456.

¹³⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 80, 85; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 210, 215.

¹³⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.70, 80, 85; OĞUZMAN/BARLAS, s. 219; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 95-97, 103, 210, 215; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s. 102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 91; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/SEROZAN, s. 89.

verilen yetkiyi aşarak gerçekleştirdikleri evlenme işlemlerinin, yetki aşımı nedeniyle “yok”¹³⁶ hükmünde olduğu yönünde doktrinde baskın bir görüş bulunmaktadır.

Doktrinde Nomer, “Türk konsolosunun, bulunduğu devletin de tanınması şartıyla, yapmış olduğu evlendirmeler hem Türk hukukuna hem de bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli evliliklerdir. ... Yurtdışındaki kendi konsoloslarına sadece Türk vatandaşları arasındaki evlilikleri yapabilme yetkisini vermiş olan Türk hukuku, Türkiye’deki yabancı temsilcilikler için de sadece kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapma yetkisi tanımıştır. Bu sebeple, Türkiye’de bulunan yabancı konsoloslar ancak kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapabilirler. Kendi vatandaşları ile bir diğer devlet vatandaşı arasındaki bir evliliği yaptıkları takdirde, bu evlilik kendi hukuklarına göre geçerli sayılsa bile, Türk hukuku bakımından yok kabul edilir” şeklinde görüşünü açıklamış¹³⁷ fakat daha sonra görüş değiştirerek, bu halde, milletlerarası hukuk alanında total bir evlilik¹³⁸ söz konusu olacağını, ancak milletlerarası hukuk alanında geçerliliği olan ve varlığı devam eden total bir evliliğin, şekil şartlarına uyulmaması sebebiyle yok veya hükümsüz veya geçersiz sayılmayacağını, aileyi toplumun temel unsuru kabul eden onu devlet düzeninin özel koruması altına alan anayasa hükmü de dikkate alınırca varlığı milletlerarası hukuk alanında devam eden bir evliliği yok saymanın kabul edilebilir bir anlayış olamayacağını ifade etmiştir¹³⁹.

Doktrinde, Çelikel/Erdem, evlenmeye yetkili memur ve resmi makamların Evlendirme Yönetmeliği’nde belirlendiğini¹⁴⁰, evlenmenin ancak Evlendirme Yönetmeliği’nde belirlenen yetkili resmi makamların önünde yapıldığı takdirde geçerli olacağını, bunların dışında, diğer memur ya da resmi bir makamın huzurunda yapılan evlenmelerin hukuken yok hükmünde olacağını, Türkiye’de yapılan konsolosluk evlenmelerinin geçerli olabilmesi bakımından ise, evlenecek kişilerin konsolosluğun bağlı olduğu devlet

¹³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 237; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 126 ve dn. 59.

¹³⁷ Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, s. 250.

¹³⁸ Doktrinde, eşlerden birinin vatandaşı olduğu devlet hukukuna göre geçerli, diğer eşin devlet hukukuna göre geçersiz olan evlilikler total evlilik olarak adlandırılmaktadır. Bkz. DOĞAN, s. 292.

¹³⁹ NOMER, s. 253.

¹⁴⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 237.

vatandaşı olmasının şart olduğunu belirtmiştir¹⁴¹.

Doktrinde, Akıncı/Demir Gökyayla, bu konudaki görüşünü, “Türkiye’de bulunan yabancı konsoloslukların evlendirme yetkileri de sınırlı olarak tanınmıştır (Evlendirme Yönetmeliği m.12) Türkiye’deki yabancı konsolosluklar, sadece kendi vatandaşı olan kişileri evlendirebilir. Yine kendi devletlerinin bu evlendirme yetkisini de tanımış olması gerekir. Yabancı konsoloslukların, kendi vatandaşı olmayan kişileri evlendirmeleri halinde, bu evlilik Türk hukuku bakımından yok hükmündedir”¹⁴² şeklinde ifade etmiştir.

Doktrinde Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe’ye göre de, “Evlendirme Yönetmeliğinin 12. maddesi uyarınca, aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenebilir. Sayılan koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen bir konsolosluk evlenmesi Türk hukuku bakımından geçersizdir. Bu itibarla, evlenen kişilerin her ikisi de Türk vatandaşı değilse veya evlendirme işlemi yapan Türk konsolosluğunun bulunduğu devlet, Türk Konsolosluğunun bu yetkisini tanımıyor ise yahut Türkiye’de bulunan yabancı konsolosluk kendi vatandaşı olmayan kişileri evlendirmiş ise Türk hukuku bakımından şeklen geçerli bir evlilikten söz edilemez. Bu tür evlilikler Türk hukuku bakımından yok hükmündedir¹⁴³. Mesela İstanbul’da Azerbaycan Başkonsolosu, kendi vatandaşı erkek ile Gürcistan vatandaşı kadını evlendirmiştir. Türkiye ile Azerbaycan arasındaki 1993 tarihli Konsolosluk Anlaşması’nın 37/1-b maddesine göre, Azerbaycan Konsolosları Türkiye’de sadece kendi vatandaşlarını evlendirebilir. Buna göre, Azerbaycan Başkonsolosunun yetkisini aşarak gerçekleştirdiği evlilik yok hükmündedir. Bu gibi durumlarda Türk mahkemelerinde boşanma davası açılmaz sadece “evlenmenin yokluğunun tespiti davası” açılabilir”¹⁴⁴.

Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe’nin verdiği örnekten hareket ederek, konsolosluğun evlenecek kişilerin vatandaşlığı itibarıyla yetkisiz olmasına rağmen yaptığı evlenmenin geçerliliği incelenecek olursa aşağıdaki hukuki

¹⁴¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 237. Çelikel/Erdem bu görüşünü aynen, “Konsolosluk evlenmelerinin geçerli olabilmesi için aranan şart, evlenecek kişilerin konsolosun bağlı olduğu devlet vatandaşı olmasıdır” şeklinde ifade etmiştir.

¹⁴² AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22.

¹⁴³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126.

¹⁴⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126, dn. 59.

tespitlerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda da belirtildiği üzere, konsolosluk evlenmesi merasimi, konsolosluğun mensup olduğu devletin hukukunun aradığı şekle ilişkin kurallara uyularak yapılmalıdır¹⁴⁵, fakat Türkiye’de konsolosluğun evlendirme yetkisinin var olup olmadığı ve sınırları konusunda ya Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. madde hükmü ve Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmesinin ilgili hükmü doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmalı (MÖ-HUK m. 6) ya da Türkiye’de konsolosluğun evlendirme yetkisinin var olup olmadığı ve sınırları konusunda uygulanacak hukuk olarak, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirme esası kabul edildiğinden, konsolosluğun mensup olduğu devletin hukuku değil, “kabul eden devletin hukuku” olarak kabul edilmelidir. Her iki durumda da Türkiye’de konsolosların evlendirme yetkisinin var olup olmadığı ve sınırları konusunda uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır.

Bu durumda, Türkiye’de yabancı konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve yetki yokluğu veya yetki aşımına rağmen gerçekleştirdikleri evlenme işlemlerinin hukuki geçerliliği konusunda uygulanacak mevzuat, Viyana konsolosluk sözleşmesi, Türkiye-Azerbaycan arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmesi¹⁴⁶, Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Türk Evlendirme Yönetmeliği’nin ilgili hükümleridir.

Türkiye-Azerbaycan arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi, Anayasa m. 90/f.5 hükmü uyarınca usulüne uygun olarak onaylanmış bir milletlerarası sözleşme olarak, Türk hukukunun bir parçası olup, “kanun” hükmündedir ve Viyana Sözleşmesi’ne nazaran özel nitelikte (*lex specialis*) bir düzenleme olup, öncelikli olarak uygulanmalıdır.

Viyana Sözleşmesi’nin 5/f madde hükmünde, gönderilen devlet konsoloslarının (Azerbaycan) kendi vatandaşı ile kabul eden devlet dışında yabancı bir devlet vatandaşı arasındaki evlenmeyi gerçekleştirmesi, kabul eden devletin bu konuda “sınırlayıcı” bir hüküm öngörmemesine bağlı kılınmıştır. Viyana Sözleşmesi’nin uygulanması açısından en önemli husus da budur. Kabul eden devletin mevzuatı (Türk hukuku), konsoslara (Azerbaycan) kendi

¹⁴⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 126; SAYMAN, s. 178; ÇELİKEL/ERDEM, s. 237.

¹⁴⁶ 3902 sayılı ve 15.04.1993 tarihli Onay Kanunu için bkz. RG. 21.4.1993-S. 21559.

vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşı arasındaki evliliği yapmasına izin vermiş olmalıdır. Halbuki, Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin 2. fıkraya hükmü ve Türkiye-Azerbaycan arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi'nin 37/1/b maddesi hükmü¹⁴⁷, Azerbaycan konsolosunun Türkiye'deki evlendirme yetkisini "kendi vatandaşları arasındaki evlilikler" ile sınırlandırmıştır.

Evlendirme Yönetmeliği'nin madde 12/f.2 hükmü ve bu hükme paralel düzenleme getiren, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi'nin 37/1/b maddesine göre, konsolosluk memuru "*müstakbel evlilerin her ikisinin de gönderen devletin (Azerbaycan) vatandaşı olmaları halinde, nikâh kıymakla yetkilidir*". Bu maddenin mefhumu muhalifinden, Azerbaycan konsolosunun Azerbaycan vatandaşı olmayan iki kişiyi veya kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirme yetkisi olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. O halde, örnek olayda belirtildiği gibi, biri Azerbaycan diğeri Gürcistan vatandaşı iki kişi, Türkiye'de Türk evlendirme memuru dışında bir makam önünde evlenemez (Evlendirme Yönetmeliği m.12/f.1/c.1 ve m.12/f.2, Evl.Yön. m.7/c.2, NHK m.22/c.son)¹⁴⁸. Evlenirlerse, evlenme tarihinde farklı vatandaşlıkta olan bu kişiler, Türk hukukuna göre kanunun belirlediği yetkili makamlar önünde evlenme akdini gerçekleştirmemiş kabul edilirler.

"Evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle" yetki sınırlarını aşarak konsolosluğun evlenme işlemi yapması durumunda bu evliliğin hukuki akıbetinin ne olacağı Viyana Konsolosluk Sözleşmesi ve Türkiye-Azerbaycan arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmesinde düzenlenmemiştir. Bu nedenle, "iki taraflı konsolosluk sözleşmesine, Türk Medeni Kanunu'na, TMK 144. maddesi atfıyla Evlenme Yönetmeliği'ne ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre yetkili resmi makam" önünde gerçekleşmeyen evlenme işlemlerinin geçerli olup olmadığı Türk hukukuna göre değerlendirilmelidir.

¹⁴⁷ Sözleşmenin "Şahsi Hallere İlişkin Görevler" başlıklı 37/1/b maddesi şu şekildedir: "Kabul eden devletin (Türkiye) mevzuatının izin verdiği ölçüde, konsolosluk memuru aşağıdaki hususlarda yetkilidir; (a) ... (b) ... (c) Müstakbel evlilerin **her ikisinin de Gönderen Devletin (Azerbaycan) vatandaşı olmaları halinde, nikâh kıymak** ve ilgili belgeleri düzenlemek. Kabul eden devletin mevzuatının gerektirmesi halinde konsolosluk kabul eden devletin yetkili makamlarına kıyılan nikâhlar hakkında bilgi verecektir".

¹⁴⁸ SAYMAN, s. 184,185; ERSEN, s. 98, 99.

Türk hukukunda, evlenme ancak Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği ve Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinde belirlenen yetkili memur veya resmi makamların önünde yapıldığı takdirde geçerli olacaktır, biri Azerbaycan diğeri Gürcistan vatandaşının Azerbaycan Konsolosluğu’nda yaptığı evlenme, kanaatimizce de, kabul eden devletin hukuku olarak Türk hukukuna göre yetkili makam önünde yapılmadığından geçersizdir ve “yok” hükmündedir. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Evlendirme Yönetmeliği ve Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinin emredici nitelikteki ilgili hükümleri ile belirlenen “yetkili memur veya resmi makamların dışında diğeri memur ya da resmi bir makamın huzurunda yapılan evlenmelerin, evlenme töreninin kurucu şartlarına uyulmamış olması nedeniyle, hukuken yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁹”.

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere, Türk hukukunda mutlak butlan ve nisbî butlan sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmış, kanunda yokluk hallerine yer verilmemiştir fakat “evlenmenin kanunun yetkili kıldığı makam önünde gerçekleşmesi” Türk medeni hukuk doktrininde ve Yargıtay kararlarında, evliliğin kurucu şekil şartlarından biri olarak kabul edilmiş ve bu şarta uyulmaması da “yokluk” yaptırımına bağlanmıştır. Sonuç olarak, kanaatimizce, Türkiye’de yapılan konsolosluk evlenmeleri bakımından da yetki yokluğu veya “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetki” tanındığı hallerde yetki aşımı ile yapılan evlenme işlemleri de, resmi yetkili evlendirme memuru huzurunda yapılmadığından yok hükmünde kabul edilmelidir¹⁵⁰. Yok olan evlenme, baştan itibaren hukuk alanında yer

¹⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 70; OĞUZMAN/BARLAS, s. 219; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 96, 97, 103; VELİDEDEOĞLU, s. 87, 88; SAYMEN/ELBİR, s. 112; SCHWARZ, s. 102; OĞUZOĞLU, s. 52; TEKİNAY, s. 101; FEYZİOĞLU, s. 95; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 91; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 704; OĞUZMAN/DURAL, s. 89; HATEMİ/SEROZAN, s. 89; ÇELİKEL/ERDEM, s. 232.

¹⁵⁰ İngiliz Yüksek Mahkemesinin (The High Court of Justice, Family Division) 15 Mart 2012 tarih ve FD 11F00696, (2012) EWHC 1748 (Fam) nolu *Dukali v. Lamrani* davasında, iki İngiliz vatandaşı (çifte vatandaş), Londra’da (İngiltere) Fas Konsolosluğu’nda fakat Fas Udul-Adoul’u (imamlık vasfı bulunmayan noter) önünde evlenmişlerdir (par.7). İngiltere’de gerçekleştirilen evliliklerde İngiliz hukuku uygulanır. Evliliğin İngiltere’de geçerli olabilmesi için, İngiliz yetkili makamları veya Fas Büyükelçilik veya Konsolosluklarında diplomatik veya konsüler temsilci önünde gerçekleştirilmesi gerekir (par. 18). Evlilik Fas’ta geçerli bir evlilik olmasına ve Fas’ta boşanma kararı alınmış olmasına karşın,

almadığı için kendiliğinden hükümsüzdür. Yetkili resmi makam önünde gerçekleştirilmediğinden yoklukla sakat olan bu evlenme, aradan ne kadar zaman geçerse geçsin herhangi bir şekilde de düzeltilemez¹⁵¹. Yok olan evlenmenin nüfus siciline kaydedilmesi de sonucu değiştirmez¹⁵². Bir evliliğin nüfusa işlenmiş olması, onun hukuken varlığının, şekil, ehliyet ve maddi şartlar (evlenme engelleri) bakımından geçerliliğinin ispatı olamaz. Yok olan evlenmenin nüfus siciline kaydedilmesi evliliğin yoklukla tespitini engellemez¹⁵³. Cumhuriyet Savcısı¹⁵⁴ dahil, her ilgili, yanlış kaydın düzeltilmesi amacıyla ve yokluğun tespiti için her zaman tespit davası açabilir¹⁵⁵.

III. Evliliğin Yokluğunun Tespitinde İyiniyetin Rolü

Yokluk hali, mutlak butlan ve nisbî butlan geçersizliğinden farklı olarak, mahkeme kararına ihtiyaç duymadan kendiliğinden hüküm doğurur¹⁵⁶. Ayrıca bir dava açılmasına gerek yoktur. Ancak, evlenmenin yokluğu ihtilafı ise, yokluğun tespiti için her zaman¹⁵⁷ bir tespit davası açılabilir. Karar sadece yokluğu tespit eder, evlenme karar anından itibaren değil, baştan itibaren geçersizdir¹⁵⁸.

Türk mahkemeleri de, görülmekte olan boşanma davası sırasında, hüküm kesinleşmeden önce, yargılamanın her aşamasında, re'sen¹⁵⁹ veya taraflardan birinin talebi üzerine, evlenmenin yokluğuna karar verebilir. Nitekim

İngiltere'de açılan davada, evliliğin İngiliz hukuku bakımından yok (non-marriage) veya geçersiz (void) olup olmadığı tartışılmış, mahkeme, iddia eden eşin yasada öngörülen şekilde bir evliliğin varlığını ortaya koyamaması (evliliğin yokluğu) nedeniyle, eşin, boşanmanın mali sonuçlarına hak kazanamayacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed98292>. Ayrıca bu konuda bkz. BEVAN, s. 87-89.

¹⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 78, kn. 419.

¹⁵² İngiltere ve Singapur'da da evliliğin kamu kayıtlarına geçirilmesi evliliğin geçerlilik şartlarından değildir ve kayıt geçersiz evliliği geçerli hale getirmez. Bkz. LEONG, s. 258. İngilizce metin aynen şöyledir: *"In both countries, after the solemnization is complete, it is registered for public record but this has no effect on validity"*.

¹⁵³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 78, kn. 419.

¹⁵⁴ NHK m. 36, 40, 57.

¹⁵⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 78, kn. 419; OĞUZMAN/BARLAS, s. 189.

¹⁵⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 70.

¹⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 78, kn. 419.

¹⁵⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 77, kn. 418.

¹⁵⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 189.

boşanma davasının dinlenmesinin ya da boşanma hakkında hüküm kurulabilmesinin ön şartı, öncelikle Türk hukukuna göre geçerli bir evlenme ilişkisinin bulunmasıdır¹⁶⁰. Boşanma davasının açılmış olması yoklukla malul evliliği geçerli hale getirmez¹⁶¹.

Çalışma konumuzla ilgili olarak evlenmenin Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memuru önünde yapılmamış olmasının yokluk hallerinden biri olduğu tespit edilmiş; Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmeleri bakımından da yetki yokluğu veya “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetki” tanındığı hallerde yetki aşımı ile yapılan evlenme işlemlerinin de, yine Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memuru huzurunda yapılmamış olması nedeniyle, yok hükmünde kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Türk hukukunda, yok hükmünde olan evlenme, baştan itibaren geçersiz olduğundan, bu sonuç, gerek eşler gerekse çocuklar bakımından evlenmeye bağlı hukuki sonuçları ortadan kaldıracak gibi, boşanmaya bağlı mali ve kişisel sonuçların talep edilmesini de imkânsız kılacak, taraf veya ilgililerin kişisel ve mali menfaatlerinin kaybolmasına sebebiyet verecektir¹⁶².

Türk hukukuna göre yetkili olmayan makamlar önünde yapılan evlenme işlemlerinin veya Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memurlarının

¹⁶⁰ Yargıtay 2.H.D.’nin 2009/19952-K.2010/2037 sayılı ve 8.2.2010 tarihli kararına konu olan boşanma davasında, **Afgan uyruklu eşlerin evli olduklarına dair dosyada bir belge bulunmadığı için, yerel mahkemece** 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında tutulan yabancılar kütüğünde evli olarak kayıtlı olup olmadıkları araştırılmaksızın, **yabancılar kütüğünde kayıtları yoksa**, Afganistan’ın Türkiye Büyükelçiliği’nden Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla **sorulmaksızın boşanmaya hükmedilmesi bozma sebebi yapılmıştır** (Bkz. EKŞİ, s. 6 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.132, dn.73

Yargıtay 2.H.D. E.2015/21374 K. 2016/3634 ve 29.02.2016 tarihli kararına konu evlenmenin yokluğunun tespiti davasında da öncelikle tarafların evli olduklarına ilişkin tescile dayanak belge dosyaya getirilmeden dava hakkında karar verilmesi doğru olmadığından Yargıtay bozma yönünde karar vermiştir. Bu karar için bkz. dn. 125.

Yargıtay 2.H.D. T. 31.03.2003, E. 2003/3387, K. 2003/4492 sayılı kararında, “...evliliğin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekirken boşanmaya karar verilmesini bozmayı gerektirmiştir” diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. (Karar için bkz. www.kazanci.com).

¹⁶¹ Yargıtay 2.H.D. T. 30.03.2004, E. 2004/2975, K. 2004/4024 sayılı kararında, boşanma davasının açılmış olmasının yoklukla malul evliliği geçerli hale getirmeyeceğini kabul etmiştir (Karar için bkz. www.kazanci.com).

¹⁶² PROBERT, s. 399. Yok olan bir evlenmeye hiçbir sonuç bağlanmayacaktır, orijinal metin şu şekildedir: “.. A non-marriage attracts no such consequences..”

-yabancı konsoloslar dahil- “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı olan evlendirme yetkilerini aşarak” yaptığı evlenme işlemlerinin yokluğunun tespitinde, taraf ve ilgililerin menfaatlerinin korunması amacıyla, evlenen kişilerin ya da evlenenlerden birinin iyi niyetli olmasının evliliğin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği konusu bu noktada incelenmelidir.

Evliliğin yokluğunun tespitinde iyi niyetin rolüne ilişkin 29.09.1976 tarih, E. 1975/2-1065, K. 1976/2578 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memurunun idari görev sınırının dışına çıkarak bir evlendirme işlemi yapması halinde, o yer evlendirme memurunun görevini gasp etmiş olacağı için yaptığı nikâhın yok sayılacağı, yokluk ifade eden işlem ve sözleşmelerde **iyi niyete dayanılmayacağı** gibi, bunların herhangi bir suretle geçerlilik kazanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Buna karşın, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 13.12.1985 tarih, E. 1985/4, K. 1985/9 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında, yasaların öngördüğü şekil şartlarına uyularak yapılan evlenme akitlerinin, sadece köy sınırları dışında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle yok sayılmasının çelişkiye sebebiyet vereceği, köy muhtarının **kendi idari görev alanı dışında** yaptığı evlenme işleminin geçerli sayılması gerektiği, muhtarın görev alanı dışında yapılmış olsa bile, köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme işlemlerinin, “**evlenenlerin niyetlerine bakılmaksızın**” geçerli sayılacağı kararını vermiştir. Bu karar ile Yargıtay, kanaatimizce, evlenmenin yetkili makamlar önünde yapılmamasını asli kurucu unsurlarda eksiklik olarak kabul etmesine karşın, yetkili makamlardan köy muhtarının yer bakımından yetki sınırını aşmasını asli kurucu unsurlarda bir eksiklik olarak kabul etmemiş ve evlenenlerin iyiniyetli olup olmadıklarını değerlendirmeksizin, evlenmenin geçerli olduğuna karar vermiştir. Karar, yetkisiz evlendirme memuru önünde yapılan evlendirmenin geçerli kabul edilmesine ilişkin olmayıp, Türk hukukuna göre “kişi itibariyle de” yetkili evlendirme memuru olan muhtarın “yer bakımından” yetkisini aşarak yaptığı evlenme işleminin, evlenmenin asli kurucu unsurlarında bir eksiklik bulunmadığından geçerli sayılacağına ilişkindir.

Yargıtayın bu kararları, Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memurunun “yer itibariyle yetki”sini aşarak gerçekleştirdiği evlenme işlemlerinin geçerliliğine ilişkin olduğundan, Türk hukukuna göre yetkili evlendirme

memurlarının –konsoloslar dahil– “yetki yokluğu” veya “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı olan evlendirme yetkilerini aşarak” yaptığı evlenme işlemlerinin yokluğu halinde uygulanamayacaktır. Türkiye’de yabancı konsolosların “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı olan evlendirme yetkilerini aşarak” yaptığı evlenme işlemlerinin yokluğu, muhtarların yer itibariyle yetkisini aşarak evlenme işlemi yapması ile değil, ancak muhtarların yabancıları evlendiremeyeceği şeklindeki “kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetkisinin sınırlandırılması” hükmü ile kıyaslanabilir niteliktedir.

Türk hukukuna göre yetkili olmayan makamlar önünde yapılan evlenme işlemlerinin veya Türk hukukuna göre yetkili evlendirme memurlarının –yabancı konsoloslar dahil– “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı olan evlendirme yetkilerini aşarak” yaptığı evlenme işlemlerinin yokluğunun tespitinde, taraf ve ilgililerin menfaatlerinin korunması amacıyla, evlenen kişilerin ya da evlenenlerden birinin iyi niyetli olmasının evliliğin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği konusunda bir Yargıtay kararına rastlanamamıştır.

Bu durumda, doktriner olarak, Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinde yetki yokluğu veya “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle yetkinin sınırlandırıldığı” hallerde yetkili makamın yetkisini aşarak yaptığı evlenmelerin yokluğunun tespitinde, (a) **iyi niyete dayanılıp dayanamayacağı**, (b) evlenen kişilerin ya da evlenenlerden birinin iyi niyetinin varlığının yok hükmünde bir evlenmeye geçerlilik kazandırıp kazandıramayacağı ve (c) iyiniyet bu evlenmeye geçerlilik kazandırmayacak olsa da, yine de bu geçersiz evliliğin, iyiniyetin varlığı nedeniyle geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurup doğurmayacağı konuları açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kanaatimizce, bu noktada da, öncelikle, konsolosluk evlenmeleri ile ilgili Türk hukukunda kabul edilen hukuk kuralları ile korunan menfaatin ne olduğu tespit edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, doktrinde, Sayman tarafından da ifade edildiği gibi, “*konsolosların kendi devletlerince tanınan görevlerini yerine getirebilmeleri, yetkilerini kullanabilmeleri, gönderilen devletin bu konudaki rızasına bağlıdır. Nitekim, konsoloslar görevlerini yabancı bir devletin ülkesinde görmektedirler. Bu devletin, ülkesinde faaliyette bulunan yabancı devlet memurlarının görevlerini yerine getirebilmelerini kendi rızasına bağlı kılmak istemesi egemenlik hakkının doğal*

sonucudur”¹⁶³. “Konsolosların gönderildikleri ülkede görevlerini yerine getirmeleri, yetkilerini kullanmaları, gönderen devlet bakımından egemenlik hakkının kullanılması anlamını taşır. Gönderilen devlette de gönderen devlet konsoloslarının ülkesinde yetkilerini kullanmalarına izin vermekle (de kendi ülkesinde) yabancı bir devletin egemenlik hakkını kullanmasını kabullenmiş olmaktadır”¹⁶⁴. Şöyle ki, bir devletin evlendirme yetkisi egemenlik hakkının bir tezahürü olup, devletin kendi yetkili makamlarınca kullanılır. Ancak devletlerin, kendi yetkili makamlarınca kullandığı evlendirme yetkisini¹⁶⁵, uluslararası sözleşmeler (özellikle konsolosluk sözleşmeleri) veya kanunlarla, belli şartlar veya sınırlar dâhilinde, yabancı yetkili makamlara -uygulamada sadece büyükelçiliklere ve konsolosluklara- devrettiği görülmektedir. Büyükelçiliklerin veya konsoloslukların kendi vatandaşlarının evlendirme işlemlerini Türkiye’de yapabilmeye yetkili olmasının yasal dayanağı, iki devlet arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri, Türk Medeni Kanunu ve Evlendirme Yönetmeliği’nin ilgili hükümleridir.

İsviçre hukukunda da, konsolosların kişi halleri memuru sıfatıyla hareket ederek işlem yapması egemenlik hakkına ilişkin bir resmi işlem olarak kabul edilmekte ve bu nedenle, konsoloslukların noter veya kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmesinin, kabul eden devletin kanunlarında kabul edilmesine bağlı tutulduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶.

Bu nedenlerle, TMK m.144 atfıyla Evlendirme Yönetmeliği’nin madde 12/f.1 ve 12/f.2 hükümleri, devletin belirli bir konuda (evlendirme yetkisi) egemenlik hakkının yabancı bir devlete devrinin sınırlarını korumaya yönelik olarak “devlet menfaatini koruyan hüküm”ler olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu durumda devlet menfaati kişi menfaatinden önce korunmaktadır. Bu hükümlere dayanarak yabancı devlet makamları ülkemizde işlem yapabilse dahi, kendilerine yasal olarak çizilen sınırlar içerisinde yetkilerini kullanmaları gerekir. Bu devletin menfaati ve egemenlik hakkının korunmasının bir gereğidir. Aynı devlet vatandaşı olmayan kişilerin, Türk hukukundaki emredici ve kamu düzeninden olan bu hükümlere uymaksızın, yetkisiz

¹⁶³ SAYMAN, s. 173; ULUOCAK, s. 61; GÖĞER, s. 177.

¹⁶⁴ SAYMAN, s. 177.

¹⁶⁵ Büyükelçiliklerin veya konsoloslukların sadece kendi vatandaşları hakkında evlendirme gibi diğer hukuki işlemleri de Türkiye’de yapabilmeye yetkili olmasının yasal dayanağı, iki devlet arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmeleridir.

¹⁶⁶ DUTOIT, s 146.

makam önünde evlenmesi, Türk yetkili makamlarının yetkisini reddetmesi olarak değerlendirilebilir.

Yetki yokluğu veya yetki aşımına rağmen gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği konusunda, iyi niyet ve ailenin korunması gerekliliği kabul edilerek, devletin menfaatinden önce kişilerin menfaatinin korunması gerektiği konusu doktrinde tartışılmaya başlanmıştır.

Doktrinde Hatemi, yukarıda anılan YİBK kararının başka belediye sınırları içinde evlenme akdeden belediye başkanları veya vekilleri için de geçerli sayılabileceğini ancak Türk konsolosu da olsa, bir diplomatın yurt içinde bir evlenmeye resmiyet vermeye kalkışması halinde, bu evliliğin kurulmamış sayılması gerektiğini belirtirken¹⁶⁷, kitabının son basısında, evlenmenin yokluğunun tespitinde Alman hukukunda yer alan “hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesi” çerçevesinde Türk hukukunda bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁸.

Alman hukukunda “hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesi”, Alman Medeni Kanunu’nda yer almakta olup, evlendirme memuru sıfatını haiz olmayan kişinin evlenmeye aleni olarak resmiyet vermesi ve bu evliliğin evlenme kütüğüne geçmesi halinde (BGB 1310&2¹⁶⁹) hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesi gereğince, evlenmenin yok sayılmayacağı açıkça kanun hükmüne bağlanmıştır. Bu hükme göre, eşler bizzat irade beyanlarını açıklamış ve yetkili evlendirme memuru, “yetkili olmayan evlendirme memuru önünde gerçekleştirilen evlenme işlemi” eşlere verilen kanuni mesnedi olan belgeye dayanarak “yok hükmünde olmasına rağmen kütüğe

¹⁶⁷ Hüseyin HATEMİ/Burcu KALKAN OĞUZTÜRK, *Aile Hukuku*, 1. Bası, İstanbul, 2014, s. 38 vd.

¹⁶⁸ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 38-40.

¹⁶⁹ İngilizce madde metni şu şekildedir: BGB art. 1310/3- “*A marriage is also deemed to have been entered into if the spouses have declared that they intend to be married to each other and (1) the registrar has entered the marriage in the marriage register; (2) the registrar, in connection with the recording of the birth of a child of the spouses, has entered a reference to the marriage in the register of births, or (3) the registrar has received from the spouses a family-law declaration which requires an existing marriage in order to be valid and the spouses have been issued with a certificate of this that is provided in statutory provisions and the spouses have lived together as spouses for ten years since then or until the death of one of the spouses, but for a minimum of five years*”. (<https://www.gesetze-im-internet.de>; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4775) (Erişim Tarihi: 09.11.2017).

kaydetmiş, çocukları evlilik ile birlikte doğum kütüğüne işlemiş ve bu olgulardan sonra (on) yıl veya eşlerden birinin ölümüne kadar en az 5 yıl birlikte yaşamış iseler, yok hükmünde görünüşteki evlilik, artık geçerli evlilik sayılır (BGB 1310-1311)¹⁷⁰.

Doktrinde, Nomer de, yetkisiz konsolosun veya kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkili konsolosun yetkisini aşarak yaptığı evliliklerin yok sayılacağı görüşünü savunmaktayken, kitabının son basısında bu evliliklerin “milletlerarası hukukta geçerliliği kabul edilen ve hala devam etmekte olan evlilik sonucu kurulan “ailenin” anayasa hükmü ile devlet koruması altında olması ve toplumun temel taşı olması” gerekçesiyle geçersiz, yok sayılmaması gerektiği şeklinde görüş değiştirmiş ve görüşünü “... (bu şekilde akdedilen bir evlilik) *milletlerarası hukuk alanında topal bir evlilik*¹⁷¹ *tir. Milletlerarası hukuk alanında geçerliliği olan ve varlığı devam eden topal bir evlilik, şekil şartlarına uyulmaması sebebiyle yok veya hükümsüz veya geçersiz sayılmaz. Aileyi toplumun temel unsuru kabul eden onu devlet düzeninin özel koruması altına alan anayasa hükmü de dikkate alınırsa varlığı milletlerarası hukuk alanında devam eden bir evliliği yok saymak kabul edilebilir bir anlayış olamaz*” şeklinde açıklamıştır¹⁷².

Kanaatimizce, Türk hukukunda mevcut yasal düzenleme çerçevesinde, yetkili makam önünde evlenme akdinin gerçekleşmesi evlenmenin asli kurucu unsurlarından biridir ve bunun eksikliği, evlenmenin yokluğu yaptırımı ile karşılaşır¹⁷³. Alman hukukunun aksine, Türk hukukunda, evlendirme memuru sıfatına haiz olmayan kişinin evlenmeye aleni olarak resmiyet vermesi ve yaptığı evlenme işleminin evlenme kütüğüne geçmesi, şartlar ne olursa olsun, bu sonucu değiştirmez. Konsolosluk evlenmelerine ilişkin Türk Medeni Kanunu madde 144 ve onun atfıyla Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. madde hükmü de yukarıda açıklandığı üzere kanaatimizce devletin menfaatinin koruyan hükümlerdir ve bu hükümler, kişilerin menfaatlerini korumak adına uygulanamaz hale getirilmemeli, kanuni bir dayanak olmadığı sürece, iyiniyet ve ailenin korunması gerekçeleriyle yumuşatılmamalıdır.

¹⁷⁰ Bu konuda bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 40 ve Yargıtay İBK T. 9.01.1986. E. 1985/4 K. 1985/9 nolu içtihadı.

¹⁷¹ Bkz. dn 138.

¹⁷² NOMER, s. 253.

¹⁷³ Bkz. dn. 98.

Kaldı ki, devletin evlendirme yetkisini yönetmelik hükümlerinde belirtilen şartlar ve sınırlar dâhilinde kullanmayan, yetkilerini aşan yabancı konsolosların gerçekleştirdiği evlenme işlemlerinin yokluğu tespit edildiğinde, kişilerin menfaatlerinin tamamen ihlal edildiği de söylenemez. Türkiye’de evlenme dâhil bir hukuki işlemin geçersiz ve yok hükmünde olduğunun kabul edilmesi, o hukuki işlemin bir başka ülkede de geçersiz olması sonucunu doğurmaz¹⁷⁴. Bunun tam tersi de söz konusu olabilir. Bir hukuki işlemin herhangi bir ülkede geçerli kabul edilmesi, Türkiye’de de geçerli olması sonucunu doğurmaz. Bu, her devletin egemenlik hakkı gereği, kendi hukuk sistemine sahip olmasının bir sonucudur.

Örneğin, Türkiye’de bulunan yabancı konsolos kendi vatandaşı olmayan kişileri evlendirmişse, Türk hukuku bakımından şeklen geçerli bir evlilikten söz edilemeyecektir. Ancak evliliğin Türkiye’de şeklen geçerli olmaması, yabancı bir ülkede bu evlenmenin geçerli sayılmasına engel değildir¹⁷⁵. Kişiler evlilikten ya da evliliğin sona ermesinden doğan haklarını evliliğin geçerli olarak kabul edilebileceği yabancı konsolosluğun bağlı olduğu gönderen devlette arayabilirler.

¹⁷⁴ DOĞAN, s. 292; SAYMAN, s. 174, AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22.

İngiliz Yüksek Mahkemesinin (The High Court of Justice, Family Division) 15 Mart 2012 tarih ve FD 11F00696, (2012)EWHC 1748 (Fam) nolu Dukali v. Lamrani davasında, iki İngiliz vatandaşının (çifte vatandaş), İngiltere’de, Fas Konsolosluğu’nda Fas Udul-Adoul’u (imamlık vasfı bulunmayan noter) tarafından gerçekleştirilen evliliğin İngiltere’de geçerliliğinin tartışmalı olması nedeniyle, taraflar Fas’ta geçerli ve mevcut olan evliliği, Fas’ta boşanarak sonlandırmışlar, evliliğin geçerliliği evliliğin sonlandırılması ile elde edilen hakların talebi için İngiltere’de açılan davada ayrıca tartışılmış, mahkeme, iddia eden eşin yasada öngörülen şekilde bir evliliğin varlığını ortaya koyamaması nedeniyle, eşin, boşanmanın mali sonuçlarına hak kazanamayacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed98292>. Ayrıca bu konuda bkz. BEVAN, s. 87-89. İsviçre hukukunda konsolosluk evlenmelerine müsaade edilmediğinden konsolosluklarda yapılan evlenmeler doktrinde bazı tartışmalar olmasına rağmen, yok hükmünde kabul edilmektedir (HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 39). Yabancıların İsviçre MÖHUK m. 44/3’e aykırı olarak İsviçre’de dini veya konsüler evlenmesi, bu evliliğin kendi milli hukuklarına veya mutad mesken hukuklarına göre geçerli olmasına rağmen, İsviçre’de tanınması sorununu çıkarır. İsviçre Federal Mahkemesi ATF 106 II 180 (fr.), JdT 1981 I 224 (rés.) kararında, iki İspanyolun kanonik evlenmesinin, İsviçre’de evlenmeye yetkili makamların yetkisinin reddi anlamına geldiğinden, yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir (DESSEMONTET, s. 32). İsviçre’de diplomatik veya konsüler evlenmelerin, dini evlenmelerle aynı kurallara tabi olduğu kabul edilmektedir (DUTOIT, s. 146).

¹⁷⁵ NOMER, s. 253.

Bu nedenle, Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesi ile belirlenen sınırlar aşılarak gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin yokluğunun tespitinde, kişilerin menfaatlerinin tamamen ihlali de söz konusu olmayacağından, iyiniyetin devreye girmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay da, evlenmenin yokluğunun tespiti için evlenmenin asli kurucu unsurlarındaki eksikliğin tespit edilmesinin gerekli ve yeterli olduğuna ayrıca tarafların aynı anda evlenme merasiminde hazır bulunmaması gibi evlenmenin yokluğunu gerektiren diğer durumlarda yoklukta iyiniyet veya kötüniiyetin araştırılmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir¹⁷⁶.

Kanaatimizce, yok hükmünde olan bir evlilik iyiniyet nedeniyle geçerli kılınacaksa da bu durumun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Nitekim, Türk Medeni Kanunu'nun "İyiniyet" başlıklı 3. maddesi, "(1) Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. (2) Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz" şeklinde olup, iyiniyete hukuki sonuç bağlanmasının kanun hükmü ile olması gerektiği ve iyiniyet iddiasında bulunan tarafların gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı vatandaşlığa sahip iki yabancı'nın Türkiye'de evlenmesi, Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesi gereğince Türk yetkili evlendirme memuru önünde gerçekleştirilebileceği gibi, vatandaşı buldukları devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde de gerçekleştirilebilir. Bu seçimlik bir haktır, bu nedenle evlenecek kişilerin, Türk Medeni Kanunu madde 3 (2) hükmü gereğince gerekli özeni göstererek yetkili makam önünde evlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, aynı devlet vatandaşı olmayan yabancıların Türk yetkili makamları önünde evlenmeleri gerektiğini bilmemeleri gerekli özeni göstermemek olarak nitelendirilmeli ve böylelikle iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmelidir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda Alman hukukundaki gibi "yok hükmünde olan evliliği belirli şartlar altında geçerli kılmaya" yönelik hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması da düşünülebilir. Ancak böyle bir değerlendirmenin yapılması da kanaatimizce ancak Alman hukukunda yer alan benzer yönde bir hükmün

¹⁷⁶ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 13.12.1985 tarih, E. 1985/4, K. 1985/9 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı, Hukuk Genel Kurulu 29.09.1976 tarih, E. 1975/2-1065, K. 1976/2578 sayılı Kararı. (Kararlar için bkz. www.kazanci.com).

Türk hukukunda da kabul edilmesi ve yasal düzenlemeye kavuşması ile mümkün olabilir.

Sonuç

Bir aile hukuku sözleşmesi olan evlenme akdinin geçerliliği için, taraflarda evlenme engellerinin bulunmaması ve tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları gerektiği gibi evlenme akdedilirken, evlenmenin şekil şartlarına da uyulması gerekir.

Evlenmenin kurucu ve asli şekil şartlarından olan “yetkili makam önünde evlenme” gerçekleştirilmediğinde evlilik Türk medeni hukuk doktrininde ve Yargıtay kararlarında kabul gördüğü üzere geçersizdir. Türkiye’de evlendirmeye yetkili makamlar, Türk Medeni Kanunu 144. madde atfıyla, Evlendirme Yönetmeliği’nde sayılmıştır. Türkiye’de yabancıları evlendirmeye yetkili makamlar ise, yine Türk Medeni Kanunu 144. madde atfıyla, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi ve Türkiye ile akdedilen iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri ile belirlenmiştir. Evlendirme Yönetmeliği’yle dış temsilciliklere kendi vatandaşını evlendirme yetkisi tanınmıştır, dış temsilciliklere kendi vatandaşı olmayan yabancı ülke vatandaşlarını evlendirme yetkisi, ancak istisnai hallerde, iki taraflı konsolosluk sözleşmeleriyle tanınabilir. Türk hukukunda bu istisna, sadece Türkiye-İtalya arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi’nde kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. madde hükmü, yabancı elçilik ve konsolosluklara “evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı bir evlendirme yetkisi” vermiştir.

Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde, aynı vatandaşlığa sahip iki yabancıların Türkiye’de evlenmesi, Türk yetkili evlendirme memuru önünde gerçekleştirilebileceği gibi vatandaşı buldukları devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde de gerçekleştirilebilir. Bu hükümle, aynı ülke vatandaşı olan müstakbel evlilere seçimlik bir hak tanınmıştır. Ancak evlenme esnasında farklı devlet vatandaşlığına sahip iki yabancıların evlenmesi hususunda, Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi incelendiğinde -iki taraflı sözleşmelerle tanınan istisnalar hariç- Türkiye’de evlendirmeye yetkili tek makamın Türk yetkili makamları olduğu anlaşılmaktadır.

İki ayrı devlet vatandaşının dış temsilcilikler önünde evlendirilmesi, -ikili sözleşmelerle yetki verilmedikçe- yetkisiz makam önünde gerçekleştirilmiş bir evliliktir. Bir devletin evlendirme yetkisi egemenlik hakkının yansıması olup ancak kendi yetkili makamlarınca kullanılmalıdır. Devletin evlendirme yetkisini belirli sınır ve şartlarla konsolosluklara tanınması egemenlik hakkının devri niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumda kişi menfaatleri değil, devlet menfaati gözetilmesi esas olup, kişilerin iyiniyetli olup olmadığına bakılmamalıdır. Kanaatimizce, yok hükmünde olan bir evlilik, iyiniyet nedeniyle geçerli kılınacaksa bu durumun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun "iyiniyet" başlıklı 3. maddesi, iyiniyete hukuki sonuç bağlanmasının kanun hükmü ile olması gerektiği ve iyiniyet iddiasında bulunan tarafların gerekli özeni göstermesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

Evlendirme Yönetmeliği'nin yabancı elçilik ve konsolosluklara "evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı evlendirme yetkisi" veren emredici nitelikte ve kamu düzeninden olan bu hükmü (m. 12/f.2), milletlerarası özel hukuk bakımından, doğrudan uygulanan kural olarak da nitelendirilebilir¹⁷⁷. Bu durumda, kendilerine verilen evlendirme yetkisini Evlendirme Yönetmeliği'nde belirlenen şartlar ve sınırlar dâhilinde kullanmayan, yetkilerini aşan yabancı konsolosların Türkiye'de yaptıkları evlenme işlemlerinin geçerliliği konusunda, evlenmenin geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin, Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmü, doğrudan somut olaya uygulanabilir (5718 sayılı MÖHUK m. 6) ve bu türden evlenmelerin geçersizlik yaptırımını Türk hukukuna göre tespit edilir.

Türk hukukunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmemesi durumunda, 5718 sayılı MÖHUK ilgili maddesi uyarınca, konsolosluk evlenmelerinin geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti gerekir. 5718 sayılı MÖHUK'un 13. maddesi uyarınca, evlenmenin şekline, evlenmenin gerçekleştiği devlet hukuku (*Lex Loci Celebrationis*) uygulanır¹⁷⁸. Konsolosluk evlenmesi, her zaman, milletlerarası özel hukukta, LRA veya *Lex Loci Celebrationis* kuralından

¹⁷⁷ Bkz. dn. 34.

¹⁷⁸ Bkz. dn. 39.

bağımsız olarak var olmuştur ve LRA kuralına bir istisnadır¹⁷⁹. Konsolosluk evlenmesi, konsolosluğun mensup olduğu devletin hukukunun aradığı şekle ilişkin kurallara uyularak yapılır¹⁸⁰. Milletlerarası sözleşme hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir (MÖHUK m. 1/f.2, Anayasa m. 90)¹⁸¹.

Ancak milletlerarası uygulamada konsüler bir evlenme yapılabilmesi için dört şart aranmaktadır. Bunlar (1) konsolosluk memurları kendi devletin hukukuna göre evlendirme yetkisine sahip olmalıdır, (2) bu yetki bulunduğu devletçe kabul edilmiş olmalıdır, (3) gönderen devlet ile gönderilen devlet arasında bu konuda bir milletlerarası sözleşme veya “bir iç hukuk düzenlemesi” bulunmalıdır, (4) Konsolosluk evlenmesi, yetkili hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş olmalıdır¹⁸².

Konsolosluk evlenmesi merasiminin konsolosluğun bulunduğu devlet hukukuna uygun bir şekilde gerçekleşmesi evliliğin şekli geçerliliği için gereklidir. Yetkili resmi evlendirme memuru önünde evlenme işleminin

¹⁷⁹ SAYMAN, s. 169; AYBAY, s. 218-219; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 21; ÇELİKEL/ERDEM, s. 236; NOMER, s. 247; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 126; DOĞAN, s. 288. İngiltere’de yaygın olmayan bir görüş ise, diplomatik evlenmelerin de konsolosluğun mensup olduğu devletin hukukuna göre değil, konsolosluğun bulunduğu ülke hukukuna göre gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. İngilizce metin aynen şöyledir: “... *There is minimal authority but Radwan (No 2) [1972] 3 All ER 1026 says that is the law of the country where embassy is situated, not the law of the country of the embassy*”.. Bkz. HODSON, s. 31.

¹⁸⁰ SAYMAN, s. 178.

¹⁸¹ 27 Kasım 2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK ile yürürlükten kaldırılan, 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’nun 12. maddesi uyarınca da, “*Evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tabidir*” denilmekte, bu hükmün hemen ardından “*Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir*” cümlesi yer almakta idi. Yeni Kanun’da bu son cümle kaldırılmıştır. Ancak, bu yeni düzenlemeden, konsolosluk evlenmelerinin kabul edilmediği sonucuna varmak yanlış olur. Nitekim, hükmün gerekçesinde, MÖHUK m. 1 (2)’deki, “*Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*” hükmü karşısında, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek görülmediği açıklanmıştır. Bu “genel kural” niteliğindeki hüküm, MÖHUK’nun düzenleme alanına giren bütün konular gibi diplomatik evlenmeleri de kapsar. Bkz. Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 172; AYBAY, s. 219, 224; ÇELİKEL/ERDEM, s. 236-237.

¹⁸² SAYMAN, s. 170. Konsolosların evlendirme yapabilmeleri için çifte yetkilendirmeye ihtiyaç bulunduğu hakkında bkz. DOĞAN, s. 289; ÇELİKEL/ERDEM, s. 237; TEKİNALP/UYANIK, s. 146; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE s. 126.

gerçekleştirilmiş olması koşulu, Türk hukukunda evlenmenin asli şekli kurucu unsur olarak kabul edildiğinden, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve sınırları şekil meselesi olarak kabul edilebilir. Ancak, kanaatimizce, konsolosun evlendirme yetkisinin mevcudiyeti, kapsam ve sınırlarının tespiti bakımından, konsolosluk evlenmelerinde evlenme merasiminin gerçekleşmesine ilişkin şekli meselelere uygulanacak hukuk olarak kabul edilen “konsolosluğun mensup olduğu devlet hukuku”na uygunluk, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirme esası kabul edildiğinden, tek başına yeterli değildir. Nitekim, konsolosların yetkili resmi memur olarak evlenme akdini gerçekleştirebilmesi bakımından hem gönderildiği devlet hukuku bakımından yetkilendirilmiş olması hem de kabul eden devlet hukuku bakımından bu yetkinin kabul edilmiş olması (çifte yetkilendirme esası) gerekmektedir. Nihayetinde, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti bakımından çifte yetkilendirme esasının kabul edilmiş olması nedeniyle, konsolosların evlendirme yetkisinin mevcudiyeti ve sınırları “kabul eden devletin hukuku”na göre tespit edilmelidir. Bu durumda Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmeleri bakımından, konsolosların evlendirme yetkisi bulunmadığı halde veya yetki sınırını aşarak gerçekleştirdiği evlenmeler bakımından, bu evlenmelerin geçersizlik yaptırımını Türk hukukuna göre belirlenmelidir.

Türk hukukunda, evlenmenin geçersizliği bakımından, mutlak butlan ve nisbi butlan sebepleri TMK 145-153 maddeleri arasında tahdidi olarak sayılmıştır. Yetkisiz makam önünde gerçekleştirilen evlilik kanunda sayılan mutlak butlan veya nisbi butlan halleri içinde sayılmamakta ve evliliğin asli ve şekli kurucu unsur olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, doktrinde, yetkisiz makam önünde gerçekleştirilen evlenmeler yoklukla malul kabul edilmektedir. Bu gerekçelerle, milletlerarası özel hukuk bakımından da Türkiye’de konsolosların yetki yokluğu halinde veya tarafların vatandaşlıkları itibariyle sınırlı yetkilerini aşarak gerçekleştirdiği evlenme işlemlerinin de yok hükmünde olduğu sonucuna varılmaktadır.

Kişi menfaatlerinin korunması açısından, yetki yokluğu veya yetki aşımı halinde gerçekleştirilen yoklukla malul evlenme işlemlerinin Türk hukukunda da geçerli kabul edilebilmesi için, Alman hukukundaki gibi, “sicile tescil”, “müşterek çocukları olmak”, “belirli bir süre birlikte yaşama” gibi bazı şartların sağlanması ile evliliğin geçerli hale geleceğine ilişkin benzer bir hükmün kanunumuza eklenmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI Ziya / DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul, 2010.
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara, 2002.
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II. Cilt, 16. Bası, İstanbul, 2014.
- AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması: Kanunlar İhtilafı*, 2. Bası, İstanbul, 2008.
- AYBAY Rona, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- BERKİ Osman Fazıl / ERGÜNEY Hilmi, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile ilgili Yargıtay Kararlarının Tahlili ve İzahları*, Ankara, 1963.
- BEVAN Chris, *The Role of intention in non-marriage cases post Hudson v Leigh (Case Commentary)*, Child and Family Law Quarterly, Vol 25, No. 1, 2013, s. 80-95.
- BUCHER Andreas / BONOMI Andrea, *Droit International Privé*, 2^e édition, Genève, 2004.
- ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul, 2016.
- ÇELİKEL Aysel/ŞANLI Cemal/ÖZTEKİN Günseli/ERDEM Bahadır/ ATAMAN İnci/GİRAY F. Kerem, *Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*, II. Cilt, *(İki Taraflı Sözleşmeler)*, İstanbul, 2005.
- ÇELİKEL Aysel/ ÖZTEKİN GELGEL Günseli, *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, 2017.
- DESSEMONTET François, *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, Lausanne, 1989.
- DOĞAN Vahit, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, (Ergin Nomer’e Armağan), MHB, Yıl: 22, S. 2-2002, s. 121-148.
- DOĞAN Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Ankara, 2015.
- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, *Aile Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 2015.

- DUTOIT Bernard, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2004.
- EKŞİ Nuray, *5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Kararlar*, İstanbul, 2010.
- EKŞİ, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, 2000.
- ERDEM Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 2011.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku*, C. I, 6. Bası, İstanbul 1998.
- ERSEN Gizem, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- ERSEN PERÇİN Gizem, *Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem- Konsolosluk Evlenmeleri*, Rona Aybay'a Armağan Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı 2014, Cilt 1, İstanbul, 2014.
- FAWCETT James/ CARRUTHERS Janeen/ NORTH Peter, *Private International Law*, 14th edition, 2008.
- FEYZİOĞLU Feyzi N., *Aile Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1986.
- GÖĞER Erdoğan, *Devletler Hususi Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 1977.
- HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, *Aile Hukuku*, İstanbul, 2014.
- HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, *Aile Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 2016.
- HATEMİ Hüseyin/SEROZAN, Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993.
- HATEMİ Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1997.
- HODSON David, *A Practical Guide to International Family Law*, 2008.
- KARRER Pierre A./ARNOLD Karl W./PATOCCHI Paolo Michele, *Switzerland's Private International Law*, second edition, Zurich, 1994.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989.
- LEONG W.K, *Formation of Marriage in England and Singapore by Contract: Void Marriage and Non-Marriage*, International Journal of Law, Policy and the Family, 14 , 2000, s. 256-280.
- NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Bası, İstanbul, 2011 (21. Bası).

- NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, *Medeni Hukuk*, 23. Bası, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1995.
- OĞUZOĞLU Hüseyin Cahit, *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 1963.
- ÖKÇÜN Gündüz, *Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları*, Sevinç Yayınevi, Ankara, 1968.
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015.
- ÖZTAN Bilge, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, 41. Bası, Ankara, 2016.
- PROBERT Rebecca, *When are we married ? Void, Non-existent and Presumed Marriages*, Legal Studies, Volume 22, Issue 3, September 2002, s. 398-419, 512-
- SAVAŞ Abdürrahim, *Evlenmenin Yokluğu*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı: 1-2, 2000, s.121-140.
- SAYMAN Yücel, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul, 1982.
- SAYMEN Ferit Hakkı/ELBİR Halit Kemal, *Türk Medeni Hukuku*, III. Cilt, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1960.
- SCHWARZ, Andreas B. (Çeviren: Bülent DAVRAN), *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1960.
- SEVİĞ Vedat Raşit, *Konsolosluk Hukuki Vazifeleri*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 36, Sayı 1-2-3, İstanbul, 1962.
- ŞANLI Cemal /ESEN Emre /ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, 2016.
- ŞANLI Cemal / ESEN Emre /ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, 2015.
- TANDOĞAN Haluk, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1965.
- TEKİNALP Gülören/ UYANIK Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul, 2016.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1971 .

ULUOCAK Nihal, *Kanunlar İhtilafı*, İstanbul, 1971.

United Nations Conference on Consular Relations Vienna 4 March-22 April 1963, Official Records, Volume II: Annexes Vienna Convention on Consular Relations Final Act Optional Protocols Resolutions.

VELİDEDEOĞLU H. Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, II. Cilt, *Aile Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 1965.

ZEVKLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA Emre, *Medeni Hukuk*, 5. Bası, Ankara, 1997.

ZEVKLİLER Aydın, *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 4. Bası, Ankara, 1995.

www.admin.ch

www.kazanci.com

www.legifrance.gouv.fr

www.legislation.gov.uk

www.uhdigm.gov.tr

<http://eudo-citizenship.eu>

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf

<http://swarb.co.uk/berthiaume-v-dastous-hl-1930/>

http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/71-1.pdf

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed122354>

<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed98292>

<https://teams.unesco.org>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>

EŞYANIN TAŞINMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDAKİ MÖHUK MADDE 29'UN DEĞERLENDİRİLMESİ

CONSIDERATION ON ARTICLE 29 OF CODE 5718 ABOUT THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTS FOR THE CARRIAGE OF GOODS

Araş. Gör./Res. Asst. Rumeysa PARTALCI*

Öz

Günümüzde yabancı unsurlu eşya taşıma sözleşmeleri, milletlerarası ticaret bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple 5718 Sayılı MÖHUK'ta özel bir kanunlar ihtilaflı hükmüne yer verilmiştir. Bu çalışmada MÖHUK m. 29'un detaylı bir şekilde incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, maddenin kapsamına giren eşya taşıma sözleşmelerine ve bu sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilaflı kuralına değinilmektedir. Ayrıca milletlerarası bir antlaşma olması durumunda, MÖHUK m. 1/2 uyarınca, MÖHUK m. 29 uygulama alanı bulmayacaktır. Eşya taşıma sözleşmeleri bakımından uygulamada çok fazla milletlerarası antlaşma yapılmaktadır. Bu bağlamda Türkiye'nin tarafı bulunduğu çok taraflı milletlerarası antlaşmalar da incelenecektir.

Abstract

Today, contracts -which have foreign element- for the carriage of goods are of great importance in terms of international trade. For this reason, there is a special conflict of laws provision in the Code of 5718. In this paper, detailed examination of Article 29 is aimed. In this context, contracts of carriage of the goods in the scope of Article 29 and the law applicable for these contracts are examined. Also, if there is an international treaty for the contracts of carriage of the goods, because of the Article 1/2, Article 29 isn't applied. Practically, there are so many international treaties for these carriage contracts. For this reason, an examination will be made on multilateral international treaties that Turkey is a party.

Anahtar Kelimeler: *Eşya taşıma sözleşmeleri, MÖHUK m. 29, Karayoluyla taşıma, Demiryoluyla taşıma, Hava taşımaları, Deniz taşımaları.*

Keywords: *Contracts of carriage of the goods, Article 29 of Code 5718, Carriage by road, Carriage by rail, Carriage by air, Carriage by sea.*

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, rumeysa.partalci@istanbul.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 21.11.2017; Makale Kabul Tarihi: 15.12.2017.

Giriş

Bu çalışmada, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)¹, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler hakkında özel bir hüküm şeklinde düzenlenen 29. maddesinin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Öncelikle, MÖHUK m. 29'un uygulama alanına giren sözleşmelerin tespiti amaçlanmaktadır. Bu noktada, MÖHUK m. 29'un metninden ve doktrinde yer alan görüşlerden yararlanılmaktadır. Ayrıca, Avrupa Birliği Hukuku da MÖHUK ile karşılaştırmalı olarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu amaçla, 19.06.1980 yılında Avrupa Birliği devletleri tarafından imzalanan, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu'nun² ve bu Konvansiyon'un yerine geçen, 17.06.2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü³'nün ilgili maddelerine yer verilmektedir.

MÖHUK m. 29'un hangi eşya taşıma sözleşmelerini kapsadığı hususundaki açıklamalardan sonra, maddede yer alan kanunlar ihtilafı kuralının değerlendirilmesine geçilmektedir. Burada yine Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde yer alan kurallar ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılmaktadır.

Son olarak, MÖHUK m. 29'un uygulanmayacağı haller incelenmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'nin tarafı bulunduğu bazı antlaşmalar incelenmektedir. Bu incelemenin yapılması aşamasında, bazı antlaşmaların resmi başlığından farklı bir başlık tercih edilmektedir. Bunun sebebi, bazı antlaşmaların başlığında aslında "sözleşme" kelimesinin geçmesi ve bunun eşyanın taşınmasına ilişkin olarak taraflar arasında yapılan sözleşme ile karışma ihtimalinin bulunmasıdır.

¹ Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007/26728. Bundan sonra bu Kanun'dan "MÖHUK" şeklinde bahsedilecektir.

² Bu Konvansiyon'dan bundan sonra "Roma Konvansiyonu" şeklinde bahsedilecektir. Roma Konvansiyonu'nun metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/>, 27.10.2017. Roma Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Nuray EKŞİ, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, Beta Basımevi, İstanbul, 2004, (*Roma Konvansiyonu*).

³ Bu Tüzük'ten bundan sonra Roma I Tüzüğü şeklinde bahsedilecektir. Roma I Tüzüğü'nün metni için bkz., (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/>, 27.10.2017.

I. MÖHUK Madde 29'un Kapsamı

A. Genel Olarak

5718 Sayılı MÖHUK m. 29 hükmü, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler için hazırlanan özel bir kanunlar ihtilafı kuralıdır⁴. Madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler

(1) *Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*

(2) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir.*

(3) *Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.”*

MÖHUK m. 29'un kapsamına sadece eşya taşıma sözleşmeleri girmektedir. MÖHUK m. 29'un başlığından ve içeriğinden bu açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yolcu taşıma sözleşmeleri inceleme konusu dışında kalmaktadır⁵.

⁴ Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 338; Ergin NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2017, s. 355; Aysel ÇELİKEL/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2017, s. 434; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 290; Rona AYBAY/Esra DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 268; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 400.

⁵ Doktrinde yolcu taşıma sözleşmeleri için, milletlerarası bir antlaşma yoksa, MÖHUK m. 24'teki genel kuralın devreye gireceği belirtilmektedir, bkz., TEKİNALP/UYANIK, s. 338; Nuray EKŞİ, *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler çok farklı şekillerde gerçekleşebilir. MÖHUK m. 29'un metninde açıkça belli bir tür eşya taşıma sözleşmesinden bahsedilmemektedir. Dolayısıyla, karada, demiryolunda, denizde, havada ve hatta karma bir şekilde yapılan⁶ tüm taşımalara ilişkin sözleşmeler maddenin uygulama alanına girmektedir⁷.

Eşyanın taşınmasına ilişkin bir sözleşmenin MÖHUK m. 29 kapsamına girilmesi için yabancılik unsuru taşıması gerekmektedir⁸. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, somut olaydaki yabancılik unsuru görmezden gelinmiş ve Mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na⁹ göre karara varılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1981 yılında verdiği bir kararda, bir Alman şirketi ile Türk şirketi arasında yapılmış olan taşıma sözleşmenin

Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 142, (5718 Sayılı MÖHUK md. 29); Aslihan SEVİNÇ, 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Taşıma İşlerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1590. Bu noktada akla MÖHUK m. 26 kapsamında düzenlenen tüketici sözleşmeleri de gelmektedir. Ancak MÖHUK m. 26'nın dördüncü fıkrasında açıkça paket turlar hariç taşıma sözleşmelerinin madde kapsamına girmediği belirtilmiştir. Paket tur sözleşmeleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Kabul Tarihi: 07.13.2013, RG. 28.11.2013/28835) m. 51'de tanımlanmıştır. Buna göre paket tur sözleşmesi, ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisini içermelidir. Dolayısıyla, paket tur dahilindeki yolcu taşıma sözleşmeleri için MÖHUK m. 26'ya gidilecek, bunun dışındaki yolcu taşıma sözleşmeleri için ise MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır; bkz., Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, *Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 256-257.

⁶ EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 152; Karma bir şekilde yapılan taşımalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Sabih ARKAN, *Karma Taşımlarla İlgili Hukuki Sorunlar*, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Yayınları No: 100, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 11, 1991, s. 341-358; Doğan DEMİRİSOY, *Uluslararası Karma Taşımlarda Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 1996, s. 4-5.

⁷ TEKİNALP/UYANIK, s. 339; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 290; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 143, EKŞİ; MÖHUK m. 29'un, milletlerarası kargo şirketleriyle yapılan sözleşmelerde (s. 157), milletlerarası posta taşımalarında (s. 161) ve milletlerarası cenaze taşımalarında (s. 165) uygulama alanı bulmasına bir engel olmadığını belirtmektedir.

⁸ Yabancılik unsuru ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, s. 5-8; ÇELİKEL/ERDEM, s. 5-11; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 5-6.

⁹ Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG. 09.07.1956/9353. Bu Kanun'dan bundan sonra "Mülga 6762 Sayılı TTK" şeklinde bahsedilecektir.

varlığına rağmen, yabancılık unsurunu dikkate almamış ve ihtilafın çözümünde doğrudan Türk Hukukunu uygulamıştır¹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1995 yılında verdiği bir karara¹¹ konu olayda da, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmenin taraflarından birinin Polonya'da bulunan ithalat yapan bir şirket olması ve taşımanın Türkiye dışında, milletlerarası sınırlar geçilerek yapılması (eşyanın taşındığı araç, Bulgaristan sınırları içerisinde iken yanmıştır) görmezden gelinmiştir. Somut olaydaki ihtilafa, Mülga 6762 Sayılı TTK'nın taşımaya ilişkin hükümleri uygulanmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, 18 adet tıra yüklenen yumurtanın, Türkiye'den Irak'a (Silopi-Bağdat) götürülmesi borcunu içeren taşıma sözleşmesinden doğan ihtilafa Mülga 6762 Sayılı TTK'nın ilgili hükümlerini uygulamıştır¹². Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında¹³, İtalya'dan ithal edilen makinelerin Türkiye'ye getirilmesi borcunu içeren taşıma sözleşmesinden doğan ihtilaf, Mülga 6762 Sayılı TTK hükümleri uygulanarak karara bağlanmıştır.

Yargıtay bazı kararlarında ise yabancılık unsurunu göz önünde bulundurmamıştır. 18.04.1986 tarihli bir kararda¹⁴, ihtilafa konu olan taşımanın, Kuveyt-Basra ve Kuveyt-Bağdat arasında gerçekleştiği vurgulanmış ve yabancılık unsuruna işaret edilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.04.2006 tarihli bir kararına¹⁵ konu olan olayda davacı, davalı şirket ile yaptığı sözleşmeler uyarınca Türkiye'den Al-

¹⁰ YHGK, E. 1979/1775, K. 1981/563, 03.07.1981. Kararın metni ve karara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz., Gülören TEKİNALP, *Türk Mahkeme Kararları: Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 2, Sa. 2, 1982, s. 35-41.

¹¹ YHGK, E. 1995/11-980, K. 1996/18, 31.01.1996, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

¹² Y. 11. HD., E. 1995/4930, K. 1995/6150, 11.09.1995, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

¹³ Y. 11. HD., E. 1995/6860, K. 1995/7885, 23.10.1995, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

¹⁴ Y. 11. HD., E. 1986/64, K. 1986/2029, 18.04.1986, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

¹⁵ Y. 11. HD., E. 2005/4375, K. 2006/4741, 27.04.2006, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

manya ve Hollanda'ya beş ayrı taşıma gerçekleştirmiş, ancak bu taşımalarından bakiye 8.611.434.000.TL. navlun alacağıının davalı şirketçe ödenmediğini ileri sürerek, bu meblağın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Yargıtay olaydaki yabancılık unsurunu göz önüne alarak, davaya konu taşımanın Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Antlaşma'ya (CMR)¹⁶ tabi olduğunu belirtmiş ve olaya CMR hükümlerini uygulamıştır.

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 06.06.2017 tarihli bir kararına¹⁷ konu olan olayda, davalı sorumluluğunda 291 kap kumaş emtiası 24.01.2011 tarihinde tam ve hasarsız olarak İtalya'dan davalının aracına yüklenmiş, 26.01.2011 tarihindeki tahliye sırasında yapılan kontrolde kumaşların 18 kabının ıslanmak suretiyle hasara uğradığı belirlenmiştir. Yargıtay bu kararda da yabancılık unsuruna dikkat etmiş ve olaya CMR'nin ilgili hükümlerini uygulamıştır. Kanaatimizce, Yargıtay'ın yabancılık unsuruna dikkat ederek karara varması yerindedir.

B. MÖHUK Madde 29'da Yer Alan Kavramların Açıklanması

MÖHUK m. 29'da "eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler"den özel olarak bahsedilmektedir. Bu sözleşmelere uygulanacak hukuk düzenlenirken bazı kavramlar kullanılmaktadır. Bu başlık altında MÖHUK m. 29'da yer verilen "taşıyıcı", "gönderen", "yükleme yeri", "boşaltma yeri" ve "esas işyeri" kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

"Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme", hakim önüne uyuşmazlık konusu olarak gelen, kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak çözümlenecek olan, yabancılık unsuru içeren hayat ilişkisinin kendisi, yani "bağlama konusudur"¹⁸. MÖHUK'ta bu hayat ilişkisi tanımlanmamıştır. Bu yüzden bu ilişkinin hukuki niteliğinin ortaya konulması yani vasıflandırılması gerekmektedir.

¹⁶ RG. 04.01.1995/22161. Bu Antlaşma'dan bundan sonra "CMR" şeklinde bahsedilecektir. Antlaşma'nın Resmi Gazete'de yer alan başlığı "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi" şeklindedir.

¹⁷ Y. 11. HD., E. 2016/816, K. 2017/3432, 06.06.2017, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 27.10.2017.

¹⁸ NOMER, s. 96; ÇELİKEL/ERDEM, s. 61; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 27; TEKİNALP/UYANIK, s. 34; AYBAY/DARDAĞAN, s. 147; DOĞAN, s. 179.

Doktrinde bağlama konusunun vasıflandırılmasına ilişkin birtakım yöntemlerden söz edilmektedir. Buna göre bağlama konusu; (1) hakim in hukukuna yani *lex fori*'ye veya (2) hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuka yani *lex causae*'ya göre ya da (3) bağımsız metotlarla, mukayeseli hukukun esaslarıyla vasıflandırılacaktır¹⁹. Doktrinde çoğunlukla *lex fori* yöntemi tercih edilmektedir²⁰. Biz de çalışmamızda *lex fori* yöntemini esas almaktayız.

“Taşıma işleri”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)²¹ Dördüncü Kitap'ın konusunu oluşturmaktadır. Eşya taşıma sözleşmesi TTK'da tanımlanmamıştır ancak, taşıma sözleşmesinin taraflarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden hareketle, eşya taşıma sözleşmesini tanımlamak mümkündür.

Eşya taşıma sözleşmesinin taraflarından biri “taşıyıcı”dır. Denizde eşya taşıma sözleşmelerinde, yani “navlun sözleşmelerinde”²², “taşıyan” kavramı yanında, daha geniş bir anlama sahip olan “donatan” ifadesi de kullanılmaktadır²³. Donatan, TTK 1061 uyarınca, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikidir. Uygulamada donatan, gemisini taşıma işleri dışında kurtarma, yardım, balıkçılık gibi işlerde de kullanabilmektedir²⁴. Eğer donatan, gemisini başka bir faaliyete tahsis etmemiş ve eşya taşımayı üstlenmişse; taşıyıcı sıfatına sahip olacaktır²⁵.

TTK'nın 850. maddesinde taşıma sözleşmesinin taraflarından biri olan

¹⁹ NOMER, s. 100-102; ÇELİKEL/ERDEM, s. 79-88; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 50; TEKİNALP/UYANIK, s. 35-36; AYBAY/DARDAĞAN, s. 147-154; DOĞAN, s. 180-184.

²⁰ NOMER, s. 100; ÇELİKEL/ERDEM, s. 79; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 50; TEKİNALP/UYANIK, s. 35; AYBAY/DARDAĞAN, s. 151; DOĞAN, s. 183.

²¹ Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011/27846. Bu Kanun'dan bundan sonra “TTK” şeklinde bahsedilecektir.

²² Erdoğan GÖĞER, *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1969, s. 93; M. Sami OKAY, *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. bs., Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 1; Bülent SÖZER, *Deniz Ticareti Hukuku-1: Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 317, (*Deniz Ticareti*).

²³ Erdoğan GÖĞER, *Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1965, s. 26, (*Navlun Mukaveleleri*); OKAY, s. 15; Fahiman TEKİL, *Deniz Hukuku*, 6. bs., Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 222; M. Fehmi ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi*, 2. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 126-127, (*Sefer Çarteri*).

²⁴ TEKİL, s. 222.

²⁵ GÖĞER, *Navlun Mukaveleleri*, s. 26; OKAY, s. 15; TEKİL, s. 222.

“taşıyıcı”nın açıklamasına yer verilmektedir. Maddeye göre, “*Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir.*” Bu tanım, hem eşya taşıma sözleşmelerini hem de yolcuların taşınmasına ilişkin sözleşmeleri kapsar niteliktedir. Bu çalışmada sadece eşyaların taşınmasına ilişkin sözleşmeler inceleneceği için taşıyıcı, taşıma sözleşmesi ile eşya taşıma işini üstlenen kişi olarak tanımlanabilir²⁶.

Eşya taşıma sözleşmesinin diğer tarafı “gönderen”dir²⁷. Navlun sözleşmelerinde “gönderen” yerine “taşıtan” ifadesi tercih edilmektedir²⁸. Bu durumda denilebilir ki, gönderen/taşıtan, eşyanın taşınması karşılığında taşıyana belli bir ücret ödemeyi üstlenen kişidir²⁹.

Bu bilgiler ışığında eşya taşıma sözleşmesi; taşıyıcının eşyayı bir yerden başka bir yere götürmeyi, gönderenin (navlun sözleşmesinde taşıtanın) ise belli bir ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme tipi olarak tanımlanabilir³⁰.

MÖHUK m. 29’da yer alan “yükleme yeri”, “boşaltma yeri” ve “esas işyeri” kavramları ise “bağlama noktalarını” oluşturmaktadır. Bağlama noktası, yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkinin, yani bağlama konusunun, belirli bir devletin hukukuna bağlanarak çözümlenmesini sağlayan maddi vakıalardır³¹.

Bağlama noktasının vasıflandırılması konusunda doktrinde bir görüş

²⁶ Reşat ATABEK, *Eşya Taşıma Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1960, s. 25; Sabih ARKAN, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 20, (*Karada Yapılan Eşya Taşımaları*).

²⁷ ATABEK, s. 34; ARKAN, *Karada Yapılan Eşya Taşımaları*, s. 19; Hüseyin ÜLGEN, *Taşıma Hukuku*, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Beta Basımevi, İstanbul, 1997, s. 237 (*Taşıma Hukuku*).

²⁸ GÖĞER, *Navlun Mukaveleleri*, s. 27; OKAY, s. 14; ARKAN, *Karada Yapılan Eşya Taşımaları*, s. 19.

²⁹ ARKAN, *Karada Yapılan Eşya Taşımaları*, s. 19; Ziya AKINCI, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 23.

³⁰ ATABEK, s. 24, ATABEK, taşıyıcının belli bir süre içerisinde, belli bir güzergah izlemesi gerektiğinden bahsetmektedir. ARKAN, *Karada Yapılan Eşya Taşımaları*, s. 10; Ahmet ZEYNELOĞLU, *Taşıma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 29; Bülent SÖZER, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 10, İstanbul, 2007, s. 19; SEVİNÇ, s. 1587 dn. 4; SÖZER, *Deniz Ticareti*, s. 295.

³¹ NOMER, s. 105; ÇELİKEL/ERDEM, s. 61; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 27.

birliğinin bulunduğu söylenebilir. Buna göre bağlama noktası, kanunlar ihtilafı kuralını koyan hukuka göre, yani ait olduğu ve içinde yer aldığı ülke hukukuna göre vasıflandırılır³². Dolayısıyla MÖHUK m. 29'daki bağlama noktaları Türk hukukuna göre vasıflandırılacaktır.

Yükleme ve boşaltmanın yapılacağı yer, TTK m. 863'te düzenlenmektedir. “Yükleme yeri”, taşınacak eşyanın gönderen/taşıtan tarafından taşıma aracına getirildiği yerdir³³. “Boşaltma yeri” ise eşyanın, gönderilene teslim amacıyla, araçtan taşıma güvenliğine uygun bir şekilde çıkarıldığı yerdir³⁴.

MÖHUK m. 29'da yer alan asıl bağlama noktası “işyeri”dir. İşyeri kavramı Türk hukukunda 4857 Sayılı İş Kanunu (m. 2)³⁵ ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (m. 156)³⁶ tanımlanmıştır. Ancak bu çalışmada vasıflandırma için TTK esas alınmaktadır. Çünkü çalışmanın konusunu teşkil eden eşya taşıma sözleşmesi, TTK'da yer almaktadır. TTK'da düzenlenen hususlar “ticari iş” olarak kabul edilmektedir³⁷. Dolayısıyla, MÖHUK m. 29 kapsamında ticari bir iş ile ilgili işyerinden bahsetmekteyiz.

³² NOMER, s. 107; ÇELİKEL/ERDEM, s. 89; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 43.

³³ Tahir ÇAĞA/Rayegân KENDER, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi*, 10. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 23; İnci DENİZ KANER, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmeleri*, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 22; SÖZER, *Deniz Ticareti*, s. 384.

³⁴ TEKİL, s. 303; ÇAĞA/KENDER, s. 57; DENİZ KANER, s. 39; SÖZER, *Deniz Ticareti*, s. 393.

³⁵ Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG. 10.06.2003/25134.

³⁶ Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG. 10.01.1961/10705.

³⁷ Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/N. Füsün NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 64; Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 68 (*Ticari İşletme Hukuku*); Tamer İNAL, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku: Uluslararası Ticari Sözleşmeler INCOTERMS 2010*, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 64; İsmail KAYAR, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 87; Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Dora Basımevi, Bursa, 2017, s. 33; Selma ÇETİNER/Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 77; Mehmet BAHTİYAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. bs., Beta Basımevi, 2017, s. 65; Rıza AYHAN/Hayrettin ÇAĞLAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 14; Şaban KAYIHAN/Mustafa YASAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 62; Aytekin ÇELİK, *Ticaret Hukuku*, 7. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 12.

TTK'da, "işyeri" yerine, ticaret hukukunun merkez kavramlarından biri olan "ticari işletme" kavramı yer almaktadır. TTK m. 11/1'de ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmaktadır. Esnaf ise TTK m. 15/1 uyarınca, ister gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişidir. Çalışma konusunun milletlerarası boyutu göz önünde tutulduğunda MÖHUK m. 29 kapsamındaki taşıyıcının, esnaf işletmesinin sınırını aşan düzeyde bir gelir sağladığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda bundan sonraki açıklamalar ticari işletme kavramı üzerinden yapılmaktadır.

Ticari işletmenin iç teşkilatlanması ve yönetim işleri bakımından, "merkez" ve "şube" denilen iki kavramdan bahsedilmektedir. Bir tacirin farklı işlerle uğraşan birden fazla işletmesi varsa bunların her biri ayrı birer ticari işletmedir³⁸. Ancak bir tacirin aynı tür işlerle uğraşan birden fazla işletmesi varsa, bunlardan biri merkez diğerleri ise şube sayılmaktadır³⁹. Merkez, aynı konuda çalışan şubelere iç yönetim bakımından talimat veren ve ticari işletmenin idari, hukuki, ticari faaliyetlerinin yoğun olarak yürütüldüğü yerdir⁴⁰. Şube ise merkezi işletmeye yardımcı olan, idari bakımdan merkeze bağımlı ancak dış ilişkilerde bağımsız bir şekilde iş gören işletmedir⁴¹.

MÖHUK m. 29'da taşıyıcının "esas" işyerinden bahsedilmektedir. Yukarıda verilen bilgiler bağlamında denilebilir ki, "esas işyeri", taşıyıcının "ticari işletme merkezi"nin bulunduğu yerdir.

³⁸ KAYAR, s. 65.

³⁹ KAYAR, s. 65; ÇETİNER/BOZKURT YÜKSEL, s. 74; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 98.

⁴⁰ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 168; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 35; İNAL, s. 247; KAYAR, s. 65; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 21; ÇETİNER/BOZKURT YÜKSEL, s. 72; BAHTİYAR, s. 31; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 98-99; KAYIHAN/YASAN, s. 49; ÇELİK, s. 3.

⁴¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 170-175; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 36-39; İNAL, s. 247; KAYAR, s. 66-69; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 22-23; ÇETİNER/BOZKURT YÜKSEL, s. 73-76; BAHTİYAR, s. 31-34; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 99-103; KAYIHAN/YASAN, s. 50-52; ÇELİK, s. 3-5.

C. MÖHUK Madde 29 Kapsamına Giren Bazı Özel Eşya Taşıma Sözleşmeleri

Kural olarak, bütün eşya taşıma sözleşmelerinin MÖHUK m. 29 kapsamına girdiğinden yukarıda söz edilmiştir. Ancak madde metninde bazı sözleşmelere ayrıca değinilmektedir.

MÖHUK m. 29/2'nin son cümlesinde, tek seferlik çarter sözleşmelerinin ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin de maddenin uygulama alanına girdiği vurgulanmaktadır. Maddenin gerekçesinde de aynı ifade yer almakta, ancak “tek seferlik çarter sözleşmesi” ile “esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin” ne olduğu açıklanmamaktadır⁴². Gerekçede sadece AT hukukuna uyum amacıyla bu ifadenin getirildiği belirtilmektedir⁴³.

Bu hususta öncelikle çarter sözleşmelerinin incelenmesi gerekmektedir. Çarter sözleşmesinde; bir geminin, belirli bir ücret karşılığında, tamamı veya bir kısmı taşıtana tahsis edilmektedir⁴⁴. Çarter sözleşmesinin, yolculuk ve zaman çarteri sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır⁴⁵.

Yolculuk çarteri sözleşmesi TTK'nın 1138. maddesinde düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile taşıyan, geminin tamamını ya da bir kısmını, bir veya birden çok yolculuk için, navlun karşılığında, taşıtana (çarterere) tahsis ederek, denizde eşya taşımayı üstlenmektedir⁴⁶.

Zaman çarteri sözleşmesi ise TTK m. 1131 uyarınca, tahsis edenin;

⁴² Günseli ÖZTEKİN GELGEL/B. Bahadır ERDEM, 27.11.2017 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun, 5 bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2016, s. 99-101.

⁴³ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 100.

⁴⁴ GÖĞER, *Navlun Mukaveleleri*, s. 20; OKAY, s. 25; TEKİL, s. 233; SEVİNÇ, s. 1591-1592; ÜLGENER, *Sefer Çarteri*, s. 15.

⁴⁵ GÖĞER, *Navlun Mukaveleleri*, s. 21; OKAY, s. 26; TEKİL, s. 234-236; ÜLGENER, *Sefer Çarteri*, s. 15.

⁴⁶ Harvey WILLIAMS, *Chartering Documents*, 3. bs., Lloyd's of London Press Ltd, Londra, New York, Hamburg, Hong Kong, 1996, s. 1-2; Rayegân KENDER/Ergon ÇETİNGİL/Emine YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku: Temel Bilgiler*, C. 1, 14. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 158; Lars GORTON/Patrick HILLENUS/Rolf IHRE/Arne SANDEVÄRN, *Shipbroking and Chartering Practice*, 7. bs., Informa Law, Londra, 2009, s. 111-112; Ecehan YESILOVA ARAS, *Maritime Transport Contracts*, Transport Law in Turkey, Kluwer Law International BV, Hollanda, 2013, s. 136; SÖZER, *Deniz Ticareti*, s. 351.

donatılmış bir geminin ticari yönetimini, tahsis olunana belli bir süre için ve bir ücret karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşmeye 6762 Sayılı Mülga TTK'da yer verilmemiştir. Zaman charteri sözleşmesi ilk kez 6102 Sayılı TTK'da düzenlenmiştir.

Çarter sözleşmeleri ile benzerlik arz ettiği için gemi kira sözleşmesinin niteliğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Gemi kira sözleşmesi, kiraya verenin; geminin kullanımını, kira bedeli karşılığında, belli bir süre için kiracıya bıraktığı sözleşmedir⁴⁷. Bu sözleşme TTK'nın 1119. maddesinde düzenlenmektedir.

Yolculuk charterinin bir navlun sözleşmesi olduğu kabul edilmekle beraber, zaman charteri sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, zaman charteri sözleşmesi gemi kira sözleşmesinin bir türüdür⁴⁸. Bu görüşe göre, zaman charteri sözleşmesinde taşıtan, aynı gemi kira sözleşmesindeki gemi işletme müteahhidi (kiracı) gibi, kendisine ait olmayan bir gemiyi kazanç elde etmek için kullanmakta ve dolayısıyla geminin kontrolü geminin sahibinden taşıtana geçmektedir⁴⁹. Yine bu görüşe göre, zaman charteri sözleşmesinde sözleşmenin konusu eşya taşıma değil, geminin tamamının veya belli bir kısmından yararlanma hakkının devridir⁵⁰. Geminin yüke ait yerlerinden yararlanma yani kullanma hakkı devredildiği için bu sözleşme kira sözleşmesi niteliğindedir⁵¹.

İkinci bir görüşe göre, zaman charteri sözleşmesi karma niteliktedir⁵². Bu

⁴⁷ WILLIAMS, s. 91; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 141; GORTON/HILLENIUS/IHRE/SANDEVÄRN, s. 111, 118-119.

⁴⁸ H. WÜSTENDÖRFER, *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, Tübingen, 1950, s. 117 (Aktaran: M. Fehmi ÜLGENER, *Türk Ticaret Kanunu Tasarisinda Zaman Çarteri Sözleşmesi (Zaman Çarteri)*), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, Sa. 2, 2007, s. 355 (*Zaman Çarteri*); G. C. LORENZ-MEYER, *Reeder und Charterer*, Hamburg, 1961, s. 101-102 (Aktaran: ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 355); DENİZ KANER, s. 11.

⁴⁹ WÜSTENDÖRFER, s. 117.

⁵⁰ DENİZ KANER, s. 10-11.

⁵¹ DENİZ KANER, s. 11.

⁵² H. WILLNER, *Die Zeitcharter*, Hamburg, 1953, s. 86 (Aktaran: ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 355); SCHAPS-ABRAHAM, *Das Deutsche Seerecht*, C. 2, 2. bs., Berlin, Vor §556 Anm.17 (Aktaran: ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 356); H. PRÜSSMANN/D. RA-BE, *Seehandelsrecht*, 3. bs., Hamburg, 1992, Vor §556 B3 (Aktaran: ÜLGENER, *Zaman*

görüşteki yazarlar, zaman çarteri sözleşmesinde gemi adamlarının gemi sahibi tarafından sağlanmasını, kira sözleşmesinin niteliğine uygun bulmaktadırlar⁵³. Gemi kira sözleşmesinde kiracı, geminin çıplak zilyetliğini elde etmekte ve gemi adamlarının sağlanması işini de kendisi üstlenmektedir⁵⁴. Zaman çarteri sözleşmesinde ise geminin sahibi kaptan ve gemi adamlarını kendisi sağlamakta, onlara talimatlar vermekte ve geminin kontrolünü elinde tutmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla zaman çarteri sözleşmesi ile geminin zilyetliği, gemi kendisine tahsis olunana geçmemektedir⁵⁶. O sadece geminin tamamının veya bir kısmının, belli bir süre için, ticari yönetimini üstlenmektedir⁵⁷. Bu sebeple ikinci görüşteki yazarlar, zaman çarteri sözleşmesinin “atipik bir kira sözleşmesi” olduğunu belirtmektedir⁵⁸. Bu görüşteki yazarlara göre, taşıtan, kendisine ait malları taşımak için zaman çarteri sözleşmesi yaptıysa, bu sözleşme kira sözleşmesi niteliğindedir⁵⁹. Ancak taşıtan, bir alt taşıma sözleşmesi yaparak, üçüncü kişilere ait malların taşınmasını üstlendiyse, burada taşıtan ile üçüncü kişiler arasında navlun sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir⁶⁰. Taşıtan ile gemi sahibi arasındaki ilişki kira sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmelidir⁶¹.

Üçüncü bir görüşe göre, zaman çarteri sözleşmesi esas olarak navlun sözleşmesi niteliğindedir⁶². Bu görüşe göre uygulamada hiç yer almayan “tahsis eden” ve “tahsis olunan” kelimelerinin TTK’da kullanılması hatalıdır⁶³. Tahsis eden, donatandır. Tahsis olunan ise zaman çartereri yani taşıtandır⁶⁴. Donatan, zaman çartererine karşı yük veya yolcu taşımayı

Çarteri, s. 356).

⁵³ WILLNER, s. 86.

⁵⁴ WILLIAMS, s. 92; ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 362; GORTON/HILLENİUS/IHRE/SANDEVÄRN, s. 118.

⁵⁵ WILLIAMS, s. 57; GORTON/HILLENİUS/IHRE/SANDEVÄRN, s. 115.

⁵⁶ ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 360.

⁵⁷ ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 363; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 149.

⁵⁸ WILLNER, s. 86.

⁵⁹ SCHAPS-ABRAHAM, Vor §556 Anm.17; PRÜSSMANN/RABE, Vor §556 B3.

⁶⁰ SCHAPS-ABRAHAM, Vor §556 Anm.17; PRÜSSMANN/RABE, Vor §556 B3.

⁶¹ SCHAPS-ABRAHAM, Vor §556 Anm.17; PRÜSSMANN/RABE, Vor §556 B3.

⁶² ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 356; ÜLGENER, *Sefer Çarteri*, s. 22; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 149; ÇAĞA/KENDER, s. 8; SÖZER, *Deniz Ticareti*, s. 338.

⁶³ ÜLGENER, *Zaman Çarteri*, s. 366; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 149.

⁶⁴ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 149.

üstleniyorsa, burada bir taşıma taahhüdüne girdiği söylenecektir⁶⁵. Eğer gemi sahibi bir yük taşıma taahhüdü altına giriyorsa ve bu amaçla geminin ticari yönetimini taşıtana devrederek gemiyi ona belli bir süre tahsis ediyorsa, burada bir zaman charteri sözleşmesi vardır⁶⁶. Bu görüşe göre, gemi kira sözleşmesinde olduğu gibi, geminin zilyetliği devredilmediği ve gemi adamları da gemi sahibi tarafından sağlandığı için zaman charteri sözleşmesi navlun sözleşmesi niteliğindedir⁶⁷.

Bu konudaki başka bir görüşe göre ise zaman charteri sözleşmesinin niteliğini belirleyebilmek için donatanın sözleşmeden doğan borcunun niteliğinin iyi belirlenmesi gerekmektedir⁶⁸. Eğer donatan taşıtana karşı eşya taşıma taahhüdü altına girdiyse, burada bir navlun sözleşmesinden söz edilecektir⁶⁹. Ancak donatan taşıtanın sadece gemiden yararlanmasını sağlama taahhüdü altına girdiyse, bu durumda kira sözleşmesinden bahsedilecektir⁷⁰. Bu görüş zaman charteri sözleşmesinin navlun sözleşmesi olmadığını ama ona yakın bir sözleşme olduğunu belirtmektedir⁷¹.

Doktrinde yer alan bu değerlendirmelerden sonra tekrar MÖHUK m. 29/2 ele alınırsa, tek seferlik charter sözleşmesi ile kastedilenin, bir defa yapılan yolculuk charteri sözleşmesi olduğu söylenebilecektir. Bu hususta Roma Konvansiyonu'nun metninden yararlanılabilecektir. Çünkü Roma Konvansiyonu m. 4/4 ile MÖHUK m. 29 benzer içeriğe sahiptir⁷². MÖHUK m. 29'un hazırlanması aşamasında Roma Konvansiyonu esas alınmış⁷³ ve ona uyumlu bir hüküm getirilmiştir⁷⁴. Roma Konvansiyonu m. 4/4'te, "*single voyage charter-parties*" denmektedir. Bu ifade, Türk Hukukundaki yolculuk charterine denk gelmektedir. Bir defaya mahsus olmak üzere yolculuk charteri sözleşmesi düzenlenebileceği gibi, art arda yapılacak yolculuklar için de yolculuk charteri sözleşmesi yapılabilir⁷⁵. Dolayısıyla bir defa yapılan

⁶⁵ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 149.

⁶⁶ ÜLGENER, *Zaman Charteri*, s. 363; ÜLGENER, *Sefer Charteri*, s. 28.

⁶⁷ ÜLGENER, *Zaman Charteri*, s. 359; ÜLGENER, *Sefer Charteri*, s. 26.

⁶⁸ OKAY, s. 5.

⁶⁹ OKAY, s. 5.

⁷⁰ OKAY, s. 5.

⁷¹ OKAY, s. 7.

⁷² TEKİNALP/UYANIK, s. 343; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 145.

⁷³ TEKİNALP/UYANIK, s. 343; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 145.

⁷⁴ TEKİNALP/UYANIK, s. 343; ÇELİKEL/ERDEM, s. 435.

⁷⁵ WILLIAMS, s. 53; GORTON/HILLENUS/IHRE/SANDEVÄRN, s. 114-115.

yolculuk çarteri sözleşmesinin MÖHUK m. 29 kapsamında olduğu özel olarak belirtilmiştir.

MÖHUK m. 29/2'de, "esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler" de özel olarak belirtilmiştir. Ancak madde metninde bu ifadenin hangi sözleşmeleri içerdiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır⁷⁶. Roma Konvansiyonu m. 4/4'te de bu konuda bir açıklık yoktur. Doktrinde ise bu ifade, çarter sözleşmeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Buna göre, çarter sözleşmeleri içerikleri dikkate alınarak değerlendirilecek⁷⁷ ve eğer çarter sözleşmesinde kira veya hizmet unsuru ön plana çıkarsa, MÖHUK m. 29 uygulanmayacaktır⁷⁸. Bu noktada, zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar etkili olmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, zaman çarteri sözleşmesi ve gemi kira sözleşmesi, nitelikleri itibariyle eşya taşıma sözleşmesi olmadığı için bunlara MÖHUK m. 29 uygulanamaz⁷⁹. Yine aynı gerekçeyle, Roma Konvansiyonu m. 4/4'ün bu sözleşmelere uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁸⁰. Bu konuda farklı bir görüşe göre ise⁸¹, zaman çarteri sözleşmesi, Roma Konvansiyonu m. 4/4'e girmektedir. Çünkü bu sözleşmede geminin kontrolü hala gemi sahibindedir. Ayrıca gemi sahibi, gemi adamlarını işe alarak, kendisi eşya taşımayı gerçekleştirmektedir. Ancak gemi kira sözleşmesinde, gemi sahibi kiracıya geminin kullanımını devretmektedir. Kiracı bunun üzerine kendisi gemi adamını sağlamak ve eşya taşımayı gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, bu görüşün kabulü halinde, esas konusu eşya taşıma olan sözleşmelere zaman çarteri sözleşmesi girmektedir.

Doktrinde, tek seferlik çarter sözleşmesine ve esas konusu eşya taşıma olan sözleşmelere özel olarak değinilmesinin pratik bir sonuç doğurmadığı

⁷⁶ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 98-101.

⁷⁷ EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 145.

⁷⁸ Dieter MARTINY, *Münchener Kommentar*, Auflage 4, München, 2006, Rz. 65 vd., 69, Art. 28. (Aktaran: TEKİNALP/UYANIK, s. 339 dn. 249).

⁷⁹ MARTINY, *Münchener Kommentar*, Band 10, 5. Auflage, 2010, Art. 28, Nr. 64. (Aktaran: ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290 dn. 446).

⁸⁰ Richard PLENDER/Michael WILDERSPIN, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2. bs., Londra, 2001, s. 157; Peter MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältniss im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1995, s. 95. (Aktaran: EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 146 dn. 75, 76).

⁸¹ Peter STONE, *EU Private International Law*, 2. bs., Edward Elgar Publishing Limited, Birleşik Krallık, 2010, s. 322.

belirtilmektedir⁸². Kanaatimizce de, MÖHUK m. 29’da herhangi bir sözleşmenin özel olarak belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü MÖHUK m. 29, belli bir tür eşya taşıma sözleşmesinden bahsetmediğinden, konusu eşya taşıma olan bütün sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu hususta Avrupa Birliği Hukuku da göz önünde tutulmalıdır. Çünkü MÖHUK m. 29’un gerekçesinde⁸³, özel olarak bazı sözleşmelere değinilmesinin AT hukukuna uyum amacıyla yapıldığı belirtilmiştir. Roma I Tüzüğü’nün 5. maddesi, taşıma sözleşmelerini düzenlemektedir. Eşyanın taşınmasına ilişkin olan ilk fıkrasında ise bir defa yapılan yolculuk çarteri sözleşmesinin ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin madde kapsamında olduğuna ilişkin Roma Konvansiyonu m. 4/4 ve MÖHUK m. 29/2’de yer alan ifadeye yer verilmemiştir.

II. MÖHUK Madde 29’a Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Eşya Taşıma Sözleşmelerinin Esasına Uygulanacak Hukuk

1. Genel olarak

MÖHUK m. 29, eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilafı kuralıdır.

Mülga 2675 Sayılı MÖHUK⁸⁴ döneminde, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler için özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, sözleşmelere uygulanacak hukuku genel olarak düzenleyen Mülga MÖHUK m. 24 hükmü ile belirlenmekteydi⁸⁵.

Mülga MÖHUK m. 24’e göre, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık bir şekilde seçebilirler. Eğer bir hukuk seçimi yapılmadıysa, sözleşmeye borcun ifa yeri hukuku uygulanır. Borcun ifa yeri birden fazla ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri, bu da tespit edilemediyse sözleşme ile en yakın irtibat halindeki hukuk uygulanır. Madde hükmünden

⁸² SEVİNÇ, s. 1593.

⁸³ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 100.

⁸⁴ Kabul Tarihi: 20.05.1982, RG. 22.05.1982/17701.

⁸⁵ 2675 Sayılı MÖHUK m. 24 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Nihal ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 183-209; ÇELİKEL/ERDEM, s. 383.

anlaşıldığı üzere, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca açık bir şekilde seçilebilir. Eğer açık bir hukuk seçimi yoksa, taşıma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için⁸⁶, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin, taşıyıcının ediminin ifa edildiği yer hukuku uygulanacaktır.

Doktrinde Mülga MÖHUK m. 24 çokça eleştirilmiştir. Eleştirilerin sebebi, uygulanacak hukuk olarak borcun ifa yerinin gösterilmesidir. Birden fazla ifa yeri bulunan veya ifa yerinin belirlenemediği durumlarda zorluk yaşandığına değinilmektedir⁸⁷. Her sözleşmeye göre değişen ifa yeri yerine, sabit bir statü olarak karakteristik edim borçlusunun işyerinin kabul edilmesinin gerektiği belirtilmektedir⁸⁸. Yazarlara göre, borcun ifa yeri çoğu zaman sözleşme ile ilgisiz, tesadüfi ve suni bir hukuku işaret etmektedir⁸⁹. Bu hususta örnek olarak, Türkiye'den Romanya'ya eşya taşınmasına ilişkin iki Türk vatandaşı arasındaki sözleşmenin Romanya hukukuna tabi olması gösterilmektedir⁹⁰. Burada taraflarla ve sözleşme ile ilgisiz olan Romanya hukuku, sözleşmenin ifa yeri hukuku olduğu için uygulama alanı bulmaktadır. Bu yüzden eşya taşıma sözleşmeleri bakımından, karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcının işyeri hukukunun esas alınması savunulmaktadır⁹¹. MÖHUK m. 29 bu eleştiriler doğrultusunda getirilmiş bir hükümdür.

⁸⁶ İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 13. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 45; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 15.

⁸⁷ TEKİNALP/UYANIK, s. 285; Berk DEMİRKOL, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 313.

⁸⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 380; TEKİNALP/UYANIK, s. 338; DEMİRKOL, s. 312; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, Sa. 1-2, 2010, s. 53.

⁸⁹ Cemal ŞANLI, *Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, Sa. 1, 1989, s. 53, (*Kara ve Demiryolu Taşıma*); AKINCI, s. 24; Ecehan YEŞİLOVA, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 35; Alihan AYDIN, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. bs., Arıkan Basımevi, İstanbul, 2006, s. 28; SEVİNÇ, s. 1588.

⁹⁰ SEVİNÇ, s. 1588 dn. 8.

⁹¹ ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 53; AKINCI, s. 24; YEŞİLOVA, s. 35.

MÖHUK m. 29 kapsamına giren eşya taşıma sözleşmeleri, öncelikle tarafların seçtiği hukuka tabi olacaktır⁹². Hukuk seçiminin şekli konusunda maddede bir açıklama yer almamaktadır. MÖHUK m. 24'teki genel kural uyarınca hukuk seçimi açık veya zımnî⁹³ şekilde yapılabilecektir⁹⁴.

Tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı MÖHUK m. 29/2'de gösterilmektedir. MÖHUK m. 29/2'ye göre, taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ayrıca bu yerin, “sözleşmenin kuruluşu sırasındaki” işyeri olması gerekmektedir. Burada sözleşmenin imzalandıktan sonra işyeri değişikliğinden etkilenmemesi amaçlanmıştır⁹⁵. Bu sınırlandırmanın olmaması ihtimalinde uygulanacak hukuk işyerinin kötü niyetli değiştirilmesinden etkilenecektir⁹⁶.

MÖHUK m. 29/2'ye göre, taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu yer hukuku, ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir⁹⁷. Buna göre, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanabilmesi için ya malların yükleme veya boşaltma yeri ya da gönderenin esas işyeri taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke ile aynı olmalıdır. Doktrinde, fiilen yükleme veya boşaltma yapılan yerlerin MÖHUK m.29 bakımından bir öneminin olmadığı belirtilerek, yükleme ve boşaltma limanlarının taşıma sözleşmesinde yer alan limanlar olduğu savunulmaktadır⁹⁸.

MÖHUK m. 29/3'te, MÖHUK m. 29/2'deki kanunlar ihtilafı kuralını devre dışı bırakan bir kurala yer verilmektedir. Bu fıkra uyarınca, halin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme ile daha sıkı ilişkili

⁹² TEKİNALP/UYANIK, s. 338; NOMER, s. 355; ÇELİKEL/ERDEM, s. 434; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 126.

⁹³ Doktrinde, MÖHUK m. 24'te ifade edilen “tereddüde yer vermeyecek” şeklindeki hukuk seçimini zımnî hukuk seçimi olarak nitelendirmenin isabetli olmadığı da savunulmaktadır; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 260.

⁹⁴ EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 143. Hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, s. 317-328; ÇELİKEL/ERDEM, s. 369-372; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 258-274.

⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 434; TEKİNALP/UYANIK, s. 338; SEVİNÇ, s. 1596.

⁹⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 434; TEKİNALP/UYANIK, s. 338; SEVİNÇ, s. 1596.

⁹⁷ TEKİNALP/UYANIK, s. 338; ÇELİKEL/ERDEM, s. 434; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290.

⁹⁸ EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 127.

bir hukukun bulunması halinde, sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır⁹⁹. MÖHUK m. 29/3'teki bu kural, gerçek bir istisna kuralı niteliğindedir¹⁰⁰.

“Daha sıkı ilişkili hukukun” nasıl tespit edileceği hususunda doktrinde açıklamalar yapılmaktadır. Buna göre, devletler özel hukuku hakkaniyetini¹⁰¹ ve somut olay adaletini¹⁰² sağlamak için getirilen daha sıkı ilişki kuralı; halin bütün şartları dikkate alınarak¹⁰³, maddi ilişkinin özelliklerine ve menfaatler dengesine bağlı bir bağlama noktasının belirlenmesini amaçlamaktadır¹⁰⁴. Kuralın uygulanmasında sözleşmenin ifa yeri¹⁰⁵, dili¹⁰⁶, kuruluş yeri¹⁰⁷; tarafların vatandaşlıkları¹⁰⁸, iş yerleri¹⁰⁹, mutad meskenleri¹¹⁰, yerleşim yerleri¹¹¹, yetki anlaşması¹¹² ve tüzel kişiler için idare merkezleri¹¹³ dikkate alınabilmektedir. Ancak sözleşmede ağırlık teşkil eden bu unsurların birden fazlasının aynı hukuku göstermesi gerekmektedir¹¹⁴.

Bu başlık altında son olarak belirtilmelidir ki, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk; sözleşmenin yapılmasını, yorumunu, ifasını, ihlalini, hükümsüzlüğünü ve hasarın geçişi ile borcun sona erme sebeplerini kapsamaktadır¹¹⁵.

⁹⁹ TEKİNALP/UYANIK, s. 339; NOMER, s. 356; ÇELİKEL/ERDEM, s. 435; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 291; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 127.

¹⁰⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 435.

¹⁰¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 388.

¹⁰² TEKİNALP/UYANIK, s. 339.

¹⁰³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280.

¹⁰⁴ NOMER, s. 330.

¹⁰⁵ NOMER, s. 330; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280; TEKİNALP/UYANIK, s. 289.

¹⁰⁶ NOMER, s. 330.

¹⁰⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280; TEKİNALP/UYANIK, s. 289.

¹⁰⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280.

¹⁰⁹ NOMER, s. 330; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280.

¹¹⁰ NOMER, s. 330; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280; TEKİNALP/UYANIK, s. 289.

¹¹¹ NOMER, s. 330; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 280; TEKİNALP/UYANIK, s. 289.

¹¹² NOMER, s. 330.

¹¹³ NOMER, s. 330.

¹¹⁴ NOMER, s. 330.

¹¹⁵ NOMER, s. 336-337; ÇELİKEL/ERDEM, s. 388; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 291; TEKİNALP/UYANIK, s. 291; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 127.

2. MÖHUK Madde 29/2'deki Şartların Gerçekleşmemesi Durumunda Uygulanacak Hukuk

Taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanmasının belli şartların varlığına bağlı olarak düzenlenmesi karşısında, bu şartların gerçekleşmemesi durumunda ne olacağı sorusu akla gelebilecektir. Maddede bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde ise taşıyıcının işyeri hukukunun uygulanabilmesi için aranan ek unsurların olmaması durumunda MÖHUK m. 24'teki genel kuralın uygulanacağı belirtilmiştir¹¹⁶. Bu konuyu aydınlatılmak için doktrinden ve MÖHUK'un hazırlanmasında esas alınan Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddelerinden yararlanılabilir.

Bir görüşe göre, MÖHUK m. 29/2 aksi ispatlanabilen bir yasal karine getirmiştir¹¹⁷. Bu karine, taşıma sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukukun taşıyıcının esas işyeri hukuku olduğunu belirtmektedir¹¹⁸. Maddede belirtilen şartlar gerçekleşmezse, taşıma sözleşmesinin taşıyıcının esas işyeri hukuku ile yakından bağlantılı olduğuna ilişkin karine çürütülmüş olacaktır¹¹⁹. Bu durumda MÖHUK m. 29/3 uygulanarak sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk tespit edilmelidir¹²⁰.

Diğer görüşe göre ise, taşıyıcının esas işyeri hukukunun uygulanması için gereken şartların gerçekleşmemesi halinde, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24/4'teki objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenmelidir¹²¹.

Bu hususta Roma Konvansiyonu m. 4/4'teki hükmün incelenmesi yararlı olabilir. Roma Konvansiyonu m. 4/4'e göre, taşıyıcının sözleşmenin kuruluşu anındaki esas işyerinin bulunduğu ülke, aynı zamanda yüklemenin

¹¹⁶ ÖZTEKİN GELGEL/ERDEM, s. 100.

¹¹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 290; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 126.

¹¹⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 290; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 126.

¹¹⁹ EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 126.

¹²⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 290-291; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 126.

¹²¹ TEKİNALP/UYANIK, s. 338; ÇELİKEL/ERDEM, s. 435; AYBAY/DARDAĞAN, s. 269.

veya boşaltmanın yapıldığı ya da gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise sözleşmenin bu ülke ile yakın bağlantıya sahip olduğu farzedilecektir. Bu madde ile MÖHUK m. 29/2 benzer düzenlemelerdir. Roma Konvansiyonu m. 4/4'te de, bu şartların gerçekleşmemesi halinde sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde, Roma Konvansiyonu m. 4/4'ün, m. 4/2'de düzenlenen genel kuraldan başka bir özel karine getirdiği belirtilmektedir¹²². Madde 4/4'te yer alan bu karine uyarınca uygulanacak hukuk, ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde eşya taşıma sözleşmesi ile yakından bağlantılı olacaktır¹²³. Eğer bu şartlar gerçekleşmezse, artık karakteristik edim karinesine başvurma imkanının kalmadığı savunulmaktadır¹²⁴. Dolayısıyla, şartların gerçekleşmemesi durumunda sözleşme ile yakından bağlantılı devlet, karakteristik edim karinesinin yardımı olmadan belirlenecektir¹²⁵. Bu durumda eğer m. 4/4'teki şartlardan hiçbiri gerçekleşmezse, hiçbir karine uygulanmayacaktır¹²⁶. Sözleşme ile en yakın bağlantılı devletin hukuku tespit edilecektir¹²⁷.

Roma Konvansiyonu'nun yerine geçen Roma I Tüzüğü m. 5/1'de yer alan düzenleme ise MÖHUK m. 29/2 ve Roma Konvansiyonu m. 4/4'ten farklıdır. Roma I Tüzüğü'nde eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere, taşıyıcının mutad meskeni hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak bu hukukun eşyanın taşınmak üzere alındığı veya teslim edildiği yer hukuku ya da gönderenin mutad meskeni hukuku ile aynı olması gerekmektedir. Maddede "mutad mesken"den bahsedilse de, Tüzük m. 19/1 uyarınca, mutad mesken tüzel kişiler için idare merkezi, gerçek kişilerin iş faaliyetlerinde ise esas iş yeri olarak yorumlanacaktır. Ayrıca yine Tüzük m. 19/2 uyarınca somut olayda sözleşme; işletmenin başka bir işyerinin ya da bir şube veya acentenin aktiviteleri kapsamında kurulduysa veya bunlar tarafından ifa edilecekse; "mutad mesken" hukuku olarak diğer işyerinin ya da şube veya acentenin

¹²² Abba MAYSS, *Principles of Conflict of Laws*, 3. bs., Cavendish Publishing Limited, Londra, Sidney, 1999, s. 118.

¹²³ Jason CHUAH/Aluna KACZOROWSKA, *Q and A Series: Conflict of Laws*, 2. bs., Cavendish Publishing Limited, Londra, Sidney, 2000, s. 180.

¹²⁴ J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3. bs., Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2001, s. 201.

¹²⁵ COLLIER, s. 201.

¹²⁶ Peter STONE, *EU Private International Law: Harmonization of Laws*, Edward Elgar Publishing Limited, Birleşik Krallık, 2006, s. 289, (2006).

¹²⁷ STONE, 2006, s. 289.

bulunduğu yer hukuku esas alınacaktır. Dolayısıyla Roma I Tüzüğü’nde, MÖHUK m. 29 ve Roma Konvansiyonu m. 4/4’ten farklı olarak, uygulanacak hukukun belirlenmesinde sadece “esas” işyerine yer verilmemiştir. Acentenin bulunduğu yer ve taşıyıcının diğer işyerleri de -maddedeki şartlara uyuyorsa- uygulanacak hukukun tespitinde esas alınacaktır.

Yine Tüzük’te, Roma Konvansiyonu ve MÖHUK’tan farklı olarak, m. 5/1’deki şartların gerçekleşmemesi durumunda uygulanacak hukuka yer verilmektedir. Buna göre, eğer belirtilen şartlar gerçekleşmezse, taraflarca kararlaştırılmış olan malların teslim yeri hukuku sözleşmeye uygulanmalıdır. Roma Konvansiyonu ve MÖHUK’ta bu düzenlemeye yer verilmemesi, doktrinde bir eksiklik olarak görülmektedir¹²⁸.

Bu hususta bir çözüme varabilmek için MÖHUK m. 24/4’ün ve MÖHUK m. 29/2’nin birlikte ele alınması gerekmektedir.

MÖHUK m. 24/4’teki objektif bağlama kuralına göre, taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Maddede en sıkı ilişkili hukukun ne olduğu ayrıca açıklanmıştır. En sıkı ilişkili hukuk, ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bu bulunmadığı takdirde yerleşim yeri, birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukudur.

“Sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku”nun nasıl tespit edileceği konusunda Roma Konvansiyonu m. 4/2’den ve Roma I Tüzüğü m. 19/2’den yararlanılabilecektir. Çünkü MÖHUK m. 24 hazırlanırken esas alınan Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü bu konuda daha somut kriterler getirmektedir¹²⁹. Roma Konvansiyonu m. 4/2 uyarınca, ticari bir faaliyetten doğan sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun esas işyeri hukukudur. Ancak sözleşmenin ifası başka bir işyerinden sağlanıyorsa bu işyeri sözleşme ile en sıkı ilişkili olacaktır. Roma I Tüzüğü m. 19/2’ye göre ise sözleşme başka bir işyerinin aktiviteleri kapsamında kurulduysa veya sözleşme bu işyeri tarafından ifa edilecekse burası sözleşme ile sıkı ilişkilidir. Dolayısıyla MÖHUK m. 24/4’e göre

¹²⁸ Zeynep Derya TARMAN, *Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, Sa. 2, Haziran 2009, s. 317.

¹²⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59; DEMİRKOL, s. 316-317.

sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku, her zaman “esas” işyeri –yani işletme merkezi- hukuku olmayabilecektir. Sözleşme şubenin faaliyetleri aracılığıyla kurulduysa ya da şube tarafından ifa edilecekse, sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku şubenin hukuku olacaktır¹³⁰.

Merkez ve şube ayrımı, MÖHUK m. 24/4'ün uygulanmasını savunan görüşün değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Somut olayda sözleşmenin, taşıyıcının şubesinin aktiviteleri kapsamında kurulduğu veya şubesi tarafından ifa edildiği düşünüldüğünde, MÖHUK m. 29/2'ye göre uygulanacak hukuk ile MÖHUK m. 24/4'e göre uygulanacak hukuk aynı olmayabilecektir. Çünkü MÖHUK m. 29/2'de sadece “esas işyeri”nden söz edilmekteyken, MÖHUK m. 24/4, taşıyıcının başka işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasına olanak tanımaktadır. Ancak sorun, taşıyıcının tek bir ticari işletmesinin olması ya da sözleşmeyle en sıkı ilişkili şubenin de merkezle aynı ülkede bulunması durumunda oluşmaktadır. Çünkü bu olasılıklarda MÖHUK m. 29/2 uyarınca şartlar gerçekleşmediği için uygulanamayan hukuk, MÖHUK m. 24/4'te bu şartlara yer verilmediği için uygulanma olanağı kazanabilmektedir. Bu durum kanaatimizce MÖHUK m. 29/2'nin konuluş amacına aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü taşıyıcının esas işyeri hukuku, ancak MÖHUK m. 29/2'deki şartların gerçekleşmesi durumunda sözleşme ile yakından bağlantılı olacaktır. Bu şartlar gerçekleşmezse, taşıyıcının esas işyeri sözleşme ile yakın bağlantı içinde olamayacaktır. Bu durumda, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme ile en yakından bağlantısı olan devletin hukukunun tespiti gerekmektedir. Kanaatimizce, MÖHUK m. 29'da da, Roma I Tüzüğü m. 5/1'deki gibi bir düzenlemeye yer verilmesi bu konudaki karışıklığı giderecektir. Yani MÖHUK m. 29/2'deki şartlar gerçekleşmezse uygulanacak hukuk maddede açıkça belirtilmelidir. Ancak mevcut durumda, MÖHUK m. 29/2'deki şartlar gerçekleşmezse, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 29/3 uyarınca belirlenmelidir.

B. Eşya Taşıma Sözleşmelerinin Şekline ve Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 29, tarafların sözleşme yapma ehliyetine ve sözleşmenin şek-

¹³⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59.

line uygulanmamaktadır. Maddedeki kanunlar ihtilafı kuralı, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku göstermektedir.

Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 29’da gösterilmediği için, genel şekil kuralı olan MÖHUK m. 7 uyarınca belirlenecektir¹³¹. MÖHUK m. 7’ye göre, “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*”

Tarafların eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşme yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda genel ehliyet kuralına gidilecektir¹³². MÖHUK m. 9’a göre, gerçek kişilerin ehliyeti, milli hukuklarına göre belirlenmektedir. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişinin işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyeti varsa, yaptığı hukuki işlemler ile bağlı olmaktadır. Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri ise statülerindeki idare merkezi hukukuna göre belirlenmektedir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyetine ise fiili idare merkezi hukuku uygulanmaktadır.

III. Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere MÖHUK Madde 29’un Uygulanmayacağı Haller

Milletlerarası eşya taşıma hukuku alanında, Türkiye’nin de tarafı bulunduğu birçok antlaşma bulunmaktadır¹³³. Bu antlaşmalar Türkiye tarafından onaylandıktan sonra, iç hukukun bir parçası haline gelmekte ve Anayasa m. 90 uyarınca kanun hükmünde sayılmaktadır. Ayrıca MÖHUK m. 1/2 uyarınca da, milletlerarası antlaşmaların uygulama alanına giren eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere, antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Çünkü bu madde ile milletlerarası antlaşma hükümleri saklı tutulmuştur. Dolayısıyla her somut

¹³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 391; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 292-293; TEKİNALP/UYANIK, s. 296; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 127.

¹³² ÇELİKEL/ERDEM, s. 391; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 292; TEKİNALP/UYANIK, s. 296; EKŞİ, 5718 Sayılı MÖHUK md. 29, s. 127.

¹³³ TEKİNALP/UYANIK, s. 337; NOMER, s. 355; ÇELİKEL/ERDEM, s. 435; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 289.

olayda, MÖHUK m. 29'a gidilmeden önce, milletlerarası bir antlaşmanın var olup olmadığı araştırılmalıdır¹³⁴. MÖHUK m. 29, milletlerarası antlaşmaların düzenlemediği, açıkta bıraktığı hususlar ve antlaşmaların uygulama alanına girmeyen eşya taşıma sözleşmeleri bakımından devreye girecektir¹³⁵. Dolayısıyla milletlerarası antlaşmaların, kendi uygulama alanları nispetinde, MÖHUK m. 29'un uygulama alanını daralttığı söylenebilecektir¹³⁶.

Bu bölüm başlığı altında, Türkiye'nin tarafı bulunduğu çok taraflı antlaşmalara değinilmektedir. Bu kapsamda, "Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Antlaşma (CMR)", "Milletlerarası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Antlaşma'nın (COTIF)"¹³⁷ B ekinde yer alan "Demiryolu İle Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmeleriyle İlgili Birleşik Hükümler (CIM)", "Hava Yoluyula Milletlerarası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma" (Montreal Antlaşması)¹³⁸ ve "Konişmentoya Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Milletlerarası Antlaşma"¹³⁹ incelenmektedir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu bu çok taraflı antlaşmalara ek olarak, başka devletler ile akdettiği eşya taşımaya ilişkin iki taraflı antlaşmalar da bulunmaktadır. Bu iki taraflı antlaşmaların kapsamına giren hallerde de, MÖHUK m. 1/2 uyarınca, MÖHUK m. 29'a gidilemeyecektir. Bu yüzden her somut olayda, Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı antlaşmaların kapsamına giren bir hal olup olmadığına da bakılması gerekmektedir.

¹³⁴ EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 135. Doktrinde, ileride bahsedilecek olan "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi" üzerinden değerlendirmelere yer verilmiş ve bu Antlaşma'nın öncelikli olarak uygulanacağına değinilmiştir, ÜLGEN, *Taşıma Hukuku*, s. 236; Oğuz YILMAZ, *CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma*, Turhan Kitabevi, İzmir, 2008, s. 6.

¹³⁵ TEKİNALP/UYANIK, s. 337-338; NOMER, s. 355; ÇELİKEL/ERDEM, s. 436; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 135-136.

¹³⁶ SEVİNÇ, s. 1591.

¹³⁷ RG. 01.06.1985/18771. Bu Antlaşma'dan "COTIF" şeklinde bahsedilecektir. Antlaşma'nın Resmi Gazete'de yer alan başlığı, "Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme"dir. COTIF, 1990 ve 1999 yıllarında yapılan Protokollerle değişikliğe uğramıştır. Protokoller, Türkiye tarafından da onaylanmıştır. 1990 Protokolü için bkz., RG. 22.06.1994/21968, 1999 Protokolü için bkz., RG. 24.12.2005/26033.

¹³⁸ RG. 01.10.2010/27716. Antlaşma'nın Resmi Gazete'de yer alan başlığı, "Hava Yoluyula Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme"dir. Antlaşma, 28.05.1999 tarihinde Montreal'de imzalanmıştır. Bu Antlaşma'dan bundan sonra "Montreal Antlaşması" şeklinde bahsedilecektir.

¹³⁹ RG. 22.02.1955/8937. Bu Antlaşma'nın Resmi Gazete'de yer alan başlığı "Konişmentoya Müttaallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme"dir.

A. Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Antlaşma

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) tarafından hazırlanan CMR, 02.07.1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴⁰. Antlaşma'nın resmi çevirisinde başlığı, "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi"dir. Doktrinde, Antlaşma'nın resmi çevirisine ilişkin eleştiriler yer almaktadır. Bu eleştirilere göre, Antlaşma'nın adında, "mukavele" ve "sözleşme" gibi aynı anlama gelen kelimelerin kullanımı anlam kargaşasına yol açmaktadır¹⁴¹. Bu çalışmada Antlaşma'nın başlığına, doktrinde ifade edilen şekilde yer verilmektedir.

Antlaşma'nın yapılma amacı, karayolunda gerçekleştirilen milletlerarası taşıma sözleşmelerine ilişkin kuralların yeknesak hale getirilmesidir¹⁴². Ancak CMR, milletlerarası eşya taşıma sözleşmesini tüm yönleri

¹⁴⁰ Andrew MESSENT/David A. GLASS, *CMR: Contracts for The International Carriage of Goods by Road*, 2. bs., Llyod's of London Press Ltd, Londra, New York, Hamburg, Hong Kong, 1995, s. 1; Sabih ARKAN; *Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, Sa. 2, 1979, s. 399-400, (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme); YEŞİLOVA, s. 20; Murat USLU, *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 19.

¹⁴¹ Bu eleştiriler için bkz., Abuzer KENDİGELEN/Alihan AYDIN, *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR): Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Haz.: Abuzer Kendigelen, C. 1, Beta Basımevi, İstanbul, 2002, s. 496-499; Türkay ÖZDEMİR, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006 s. 5; Engin ERDİL, *Açıklamalı, İçtihatlı Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: CMR Konvansiyonu Serhi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 s. 5; USLU, s. 20-21.

¹⁴² MESSENT/GLASS, s. 2-3; Sabih ARKAN, *Eşyanın Karayolu ile Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar, Haz.: Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara, 1984, s. 8, (CMR Üzerinde Bir İnceleme); ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 48; Arslan KAYA, *Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, Beta Basımevi, İstanbul, 1998, s. 312, (Uygulanma Şartları); AKINCI, s. 21, 28; Burak ADIGÜZEL, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, Beta Basımevi, İstanbul, 2003, s. 20; YEŞİLOVA, s. 21; ÖZDEMİR, s. 16; ERDİL, s. 4; USLU, s. 20.

ile düzenlenmemektedir¹⁴³. CMR'de genel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmemiştir. Belirli konulara ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Bunlar şu şekilde sayılabilir: CMR m. 5/1'e göre, taşıma senedinde bulunan matbu imzaların geçerli olup olmadığı ve bu imzalar yerine gönderen veya taşıyıcının mührünün kullanılıp kullanılmayacağı, taşıma senedinin düzenlendiği ülke hukukuna göre belirlenmektedir. CMR m. 16/5 uyarınca, taşıyıcı tarafından gerekli durumlarda eşyanın satımına ilişkin usuller, eşyanın bulunduğu yerdeki hukuka göre tespit edilir. CMR m. 20/4 uyarınca, taşınan eşyanın kaybolması ve bir yıl geçtikten sonra bulunması ya da bir yıl içinde bulunması ancak eşya üzerinde hak sahibi olan kişinin ödenen tazminatı geri vermeyi ve eşyanın teslimini istememesi durumunda, taşıyıcı eşyanın bulunduğu ülke hukukuna göre eşya üzerinde tasarrufta bulunabilir. CMR m. 29/1'e göre, taşınan eşyanın zarara uğraması durumunda bu zarara yol açan kusurun kasta eş değer sayılıp sayılmayacağı davaya bakan hakimin hukukuna göre belirlenecektir. Aynı şekilde, CMR m. 32/3'e göre, zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin sebepler, davaya bakan hakimin hukukuna göre belirlenecektir. Görüldüğü üzere Antlaşma'da, taşıma senedi ile taşınan eşyanın kaybı ve hasara uğraması gibi bazı özel alanlar yer almaktadır¹⁴⁴. Bu sebeple, CMR'de yer almayan hususlar için ulusal hukuklara başvurulabilmektedir¹⁴⁵.

CMR'nin uygulanabilmesi için belli şartların varlığı gerekmektedir. Buna göre CMR; eşyanın, belli bir ücret karşılığında, karayoluyla taşınmasına ilişkin sözleşmelere, eşyanın teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin iki ayrı devlette bulunması ve bu devletlerden en az birinin CMR'ye taraf olması şartıyla uygulanabilecektir. Bu şartlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

¹⁴³ ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 48; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 312; ADIGÜ-ZEL, s. 21; AYDIN, s. 24; Arslan KAYA, *CMR Sigortası*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 2007, s. 807; USLU, s. 26.

¹⁴⁴ ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 51; AYDIN, s. 24; ÖZDEMİR, s. 16; USLU, s. 27.

¹⁴⁵ KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 313; AYDIN, s. 25; USLU, s. 29.

1. Eşyanın Taşınmasına İlişkin Bir Sözleşmenin Bulunması

CMR'nin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle bir sözleşme bulunmalı¹⁴⁶ ve bu sözleşmenin konusu “eşya taşıma” olmalıdır¹⁴⁷. Dolayısıyla yolcu taşıması, CMR kapsamında düzenlenen bir taşıma türü değildir¹⁴⁸.

CMR'de eşyanın ne olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak Antlaşma'nın hangi taşımalara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, Antlaşma'nın uygulanmayacağı alanlardan yola çıkılarak bir sonuca varılabilir¹⁴⁹. CMR'nin uygulanabilmesi için taşıyacak eşyanın CMR kapsamında olması gerekmektedir¹⁵⁰. Buna göre, CMR, posta taşımaları, cenaze taşımaları ve ev eşyası taşımaları dışında kalan taşımalara uygulanacaktır¹⁵¹. Bu bağlamda, eşyanın ticari veya ekonomik bir değerinin bulunup bulunmaması önem taşımamaktadır¹⁵². Çöp ve eski, ekonomik değeri az olan eşyalar da, CMR kapsamında eşya olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Ayrıca canlı hayvan taşımaları da CMR kapsamına girmektedir¹⁵⁴. Doktrinde konteynerin, gönderen tarafından sağlanması durumunda, CMR kapsamında eşya olarak kabul edileceği ve bunun taşınmasının CMR'ye tabi olacağı belirtilmektedir¹⁵⁵.

¹⁴⁶ MESSENT/GLASS, s. 13.

¹⁴⁷ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 402; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 10; Hüseyin ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1988-27, İstanbul, 1988, s. 29, (*Uluslararası Taşımacılık*); KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 318; ADIGÜZEL, s. 24; YEŞİLOVA, s. 22; AYDIN, s. 10; Muammer GENÇTÜRK, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 47; ÖZDEMİR, s. 24; KAYA, *CMR Sigortası*, s. 808; ERDİL, s. 7; USLU, s. 40; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 138.

¹⁴⁸ YEŞİLOVA, s. 22.

¹⁴⁹ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 402; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 10; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 318; AYDIN, s. 10; USLU, s. 40.

¹⁵⁰ AKINCI, s. 27.

¹⁵¹ MESSENT/GLASS, s. 35; ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 402; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 10; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 318; AYDIN, s. 11-14; ADIGÜZEL, s. 24; YEŞİLOVA, s. 23; ÖZDEMİR, s. 24-26; GENÇTÜRK, s. 48-50; ERDİL, s. 10-11; USLU, s. 41-44.

¹⁵² YEŞİLOVA, s. 24; GENÇTÜRK, s. 47; ÖZDEMİR, s. 24; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 318; USLU, s. 41.

¹⁵³ GENÇTÜRK, s. 47; ÖZDEMİR, s. 24.

¹⁵⁴ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 402-403; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 10; YEŞİLOVA, s. 23; ADIGÜZEL, s. 24.

¹⁵⁵ GENÇTÜRK, s. 47; ÖZDEMİR, s. 24; YEŞİLOVA, s. 25; AYDIN, s. 11; ERDİL, s. 10.

Bagaj taşıması CMR kapsamına girmemektedir. Çünkü bagaj taşıması, yolcu taşıma sözleşmesinin yan edimi niteliğindedir¹⁵⁶. Bagajların taşınması amacıyla ayrı bir sözleşme yapılmamaktadır¹⁵⁷.

2. Sözleşmenin Ücret Karşılığında Yapılması

CMR'nin taşıma sözleşmelerine uygulanabilmesi için gereken şartlardan bir diğeri ise taşımanın ücret karşılığında yapılmasıdır¹⁵⁸. Hiçbir ücret alınmadan, hatır amacıyla yapılan taşımalar CMR kapsamına girmemektedir¹⁵⁹. Ücretin sadece para olarak düşünülmemesi gerekmektedir. Antlaşma kapsamında, parayla ölçülebilen mallar da ücret olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰. Doktrinde, taşıma sözleşmesinin bir tarafının tacir olması durumunda, ücret kararlaştırılmamış olsa da, sözleşmenin CMR kapsamına girebileceği belirtilmektedir¹⁶¹. Bu görüş, Mülga 6762 Sayılı TTK m. 22'ye dayandırılmaktadır (6102 Sayılı TTK m. 20). Maddeye göre tacir, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüşse, uygun bir ücret isteme hakkına sahiptir.

3. Sözleşme Kapsamındaki Eşyanın Karayoluyla Taşınması

CMR'nin uygulama alanına giren bir eşyanın karayoluyla taşınması gerekmektedir¹⁶². Bu CMR'nin uygulanabilmesinin bir diğer şartıdır. Antlaşma kapsamında karayolunun tanımı yapılmamıştır. Doktrinde, 2918 Sayılı

¹⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 24.

¹⁵⁷ GENÇTÜRK, s. 47; ÖZDEMİR, s. 24; AYDIN, s. 11; USLU, s. 41.

¹⁵⁸ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 403; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 9; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; AKINCI, s. 27; GENÇTÜRK, s. 50; ÖZDEMİR, s. 19; KAYA, *CMR Sigortası*, s. 808; ERDİL, s. 7; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 138; USLU, s. 39.

¹⁵⁹ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 403; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 315; ADIGÜZEL, s. 22; GENÇTÜRK, s. 50; USLU, s. 40.

¹⁶⁰ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 403; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 315; GENÇTÜRK, s. 50; AYDIN, s. 9-10; USLU, s. 39-40.

¹⁶¹ AYDIN, s. 9, AYDIN, *CMR yanında uygulanacak ulusal hukukun Türk Hukuku olması ihtimalinde bu durumun söz konusu olacağına değinmektedir*; USLU, s. 40.

¹⁶² ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 404; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 10; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 316; AKINCI, s. 27; ADIGÜZEL, s. 23; GENÇTÜRK, s. 51; ÖZDEMİR, s. 21; AYDIN, s. 15; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 139; USLU, s. 45.

Karayolları Trafik Kanunu'nda¹⁶³ yer alan tanımdan yararlanılabileceği belirtilmiştir¹⁶⁴. Buna göre karayolu, trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve yollardır (m. 3).

Karayoluyla taşımanın belirli tür taşıtlarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. CMR'nin 2. maddesine göre taşıt kavramı, 1949 tarihli Karayolu Trafikine İlişkin Antlaşma¹⁶⁵ kapsamında belirlenecektir. Bu Antlaşma, 1968 tarihli Karayolu Trafik Konvansiyonu'nun¹⁶⁶ 48. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. İki Antlaşma da, motorlu taşıt, bağlı taşıt, römork ve yarı römorku taşıt olarak saymaktadır.

Karayoluyla taşıma konusunda, İngiltere'nin konumundan dolayı, istisna hükmüne yer verilmiştir¹⁶⁷. Bu istisnanın yer aldığı CMR'nin 2. maddesine göre, eşyanın; taşıttan ayrılmadan, yolcuğun bir kısmında denizde, havada, demiryolunda veya iç sularda taşınmış olması, taşıma sözleşmesine CMR'nin uygulanmasına engel teşkil etmez.

4. Eşyanın Teslim Alındığı Yer ile Teslim Edileceği Yerin İki Ayrı Devlette Bulunması ve En Az Birinin CMR'ye Taraf Olması

CMR'nin uygulanabilmesi için gereken şartlardan biri de, eşyanın teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin iki ayrı devlette bulunmasıdır. Ancak CMR'de bu iki devletin de Antlaşmaya taraf olması aranmamıştır. Sadece birinin CMR'ye taraf olması yeterli görülmüştür¹⁶⁸.

Burada önemle belirtilmelidir ki, CMR bakımından, taşıma sözleşmesinin taraflarının vatandaşlıklarının, yerleşim yerlerinin veya iş yerlerinin bir

¹⁶³ Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG. 18.10.1983/18195.

¹⁶⁴ KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 316; ÖZDEMİR, s. 21; AYDIN, s. 17; USLU, s. 45.

¹⁶⁵ Türkiye bu Antlaşma'ya taraf değildir.

¹⁶⁶ RG. 08.08.2012 (Mükerrer)/ 28378.

¹⁶⁷ ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 404; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 316; YEŞİLOVA, s. 21; ÖZDEMİR, s. 22; GENÇTÜRK, s. 52.

¹⁶⁸ MESSENT/GLASS, s. 14; ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 405; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 12; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 48; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 319; AKINCI, s. 27; ADIGÜZEL, s. 23; GENÇTÜRK, s. 54; ÖZDEMİR, s. 26; YEŞİLOVA, s. 21; AYDIN, s. 21; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 139; USLU, s. 47.

önemi bulunmamaktadır¹⁶⁹. Sadece, eşyanın teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin farklı devletlerde olması gerekli ve yeterlidir.

B. Demiryolu İle Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmeleriyle İlgili Birleşik Hükümler

CIM, 09.05.1980 tarihli Milletlerarası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Antlaşma'nın (COTIF) B ekinde yer almaktadır. COTIF'in A ekinde demiryolu ile milletlerarası yolcu ve bagaj taşınmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu başlık altında CIM'in uygulama alanı incelenmektedir.

CIM, en az iki devletin topraklarından geçen bütün demiryoluyla eşya taşımalarını düzenleyen sözleşmelere uygulanır¹⁷⁰. Ancak Antlaşma'nın uygulanabilmesi için, eşyanın teslim alındığı yer ile teslim edildiği yerin iki farklı devlette bulunması ve en azından birinin üye devlet olması gerekmektedir (m. 1/2).

CIM'de düzenlenen konular; taşıma sözleşmesinin kurulması ve ifası (bölüm II), taşıyıcının taşınan eşyanın hasara uğraması veya kaybı halinde sorumluluğu (bölüm III) ve eşya üzerinde hak sahibi olan kişinin haklarını kullanmasıdır (bölüm IV).

CIM uyarınca taşıma sözleşmesinin konusu eşya olmalıdır¹⁷¹. Yolcu ve bagaj taşınması bu hükümlere tabi değildir¹⁷².

CIM kapsamında kendi tekerlekleri üzerinde seyreden demiryolu araçları da eşya olarak taşınabilecektir. Bunların taşınması durumunda taşıyanın

¹⁶⁹ MESSENT/GLASS, s. 17; ARKAN, *TTK ile Karşılaştırmalı İnceleme*, s. 405; ARKAN, *CMR Üzerinde Bir İnceleme*, s. 12; KAYA, *Uygulanma Şartları*, s. 319; AKINCI, s. 26; ADIGÜZEL, s. 23; GENÇTÜRK, s. 54; ÖZDEMİR, s. 26; YEŞİLOVA, s. 21; AYDIN, s. 21; KAYA, *CMR Sigortası*, s. 807; EKŞİ, *5718 Sayılı MÖHUK md. 29*, s. 139; USLU, s. 49.

¹⁷⁰ Sabih ARKAN, *Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar*, Haz.: Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara, 1985, s. 51, (*Demiryolu İşletmesi*); ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; ŞANLI, *Kara ve Demiryolu Taşıma*, s. 47; GENÇTÜRK, s. 57; ÖZDEMİR, s. 58; EKŞİ, *Roma Konvansiyonu*, s. 137.

¹⁷¹ ARKAN, *Demiryolu İşletmesi*, s. 50; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29.

¹⁷² ARKAN, *Demiryolu İşletmesi*, s. 50; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 29; GENÇTÜRK, s. 57; ÖZDEMİR, s. 52.

sorumluluğuna CIM m. 24'te özel olarak değinilmektedir.

CIM uyarınca taşınacak eşyanın, taşınması yasaklanmış bir eşya olmaması gerekmektedir. Bu hususta COTIF'in C Ekinde yer alan, "Tehlikeli Eşyaların Demiryoluyla Uluslararası Taşınmasına İlişkin Yönetmelik" m. 1/2 önem taşımaktadır. Bu maddeye göre, Yönetmelik'in taşımadan muaf tuttuğu tehlikeli eşyalar uluslararası eşya taşıma sözleşmesine konu teşkil edemezler. Tehlikeli eşyalarla ilgili bu yasağa CIM m. 2'de de değinilmektedir. Buna göre, CIM'e tabi olan taşımalarda kamu hukuku talimatlarına, özellikle tehlikeli eşyaların taşınmasına ilişkin talimatlara, gümrük hukuku ve hayvanların korunmasına ilişkin talimatlara uyulması gerekmektedir. Ayrıca CIM m. 9 uyarınca, gönderenin Tehlikeli Eşyaların Demiryoluyla Uluslararası Taşınmasına İlişkin Yönetmelik'teki şartlara uymaması durumunda, taşıyana tehlikeli eşyaların boşaltılması, imhası ve zararsız kılınması konusunda yetki verilmektedir. Ancak taşıyıcının teslim alma anında eşyanın tehlikelilik niteliği bilgisine sahip olması durumunda bu yetkiyi kullanamayacağı belirtilmektedir.

CIM uyarınca taşıma sözleşmesi, eşyanın taşındığı bütün demiryollarını kapsayan tek bir taşıma belgesi ile ortaya konulmalıdır¹⁷³. CIM m. 7'de taşıma belgesinin içeriğine değinilmektedir. Taşıma belgesi, taşıma sözleşmesinin şartlarına ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına esas teşkil eder (m. 12). Ancak taşıma belgesinin yokluğu veya kaybı sözleşmenin geçerliliğini etkilemez (m. 6/2).

Yukarıdaki şartlara uygun demiryolu taşıma sözleşmeleri için COTIF'te genel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Buna göre Antlaşma'da hüküm bulunmayan durumlarda ulusal hukuk uygulanacaktır (m. 8). Ulusal hukuk, taşınan eşya üzerinde hak sahibi olan kişinin haklarını kullandığı devletin hukukudur.

C. Hava Yoluyla Milletlerarası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma

Hava Yoluyla Milletlerarası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma (Montreal Antlaşması), milletlerarası hava

¹⁷³ ARKAN, *Demiryolu İşletmesi*, s. 53; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 31; GENÇTÜRK, s. 61; ÖZDEMİR, s. 55.

taşımalarına uygulanmaktadır. Antlaşma, “Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Antlaşması”¹⁷⁴’nin geliştirilmesi ve takviye edilmesi ihtiyacından dolayı hazırlanmış ve 55. maddesi uyarınca iki antlaşmaya da taraf devletler bakımından Varşova Antlaşması’nın yerine geçmiştir.

Montreal Antlaşması m. 1 uyarınca, ücret karşılığında, hava aracı ile yapılan bütün uluslararası yolcu, bagaj ve kargo taşımaları Antlaşma’nın kapsamı içindedir. Ayrıca, yine aynı madde uyarınca, ücretlerin hava aracının kendisi tarafından karşılandığı ücretsiz taşımalara da Montreal Antlaşması uygulanacaktır. Aynı düzenleme Varşova Antlaşması m. 1’de de yer almaktadır. Doktrinde bunun sebebinin taşıma işletmesinin personeline sağlanan ücretsiz bilet ile yapılan taşımaları Antlaşma’ya tabi kılma isteği olduğu belirtilmektedir¹⁷⁵.

Montreal Antlaşması m. 2 uyarınca, devlet ya da yasayla kurulmuş kamu kurumları tarafından gerçekleştirilen taşımalar da Antlaşma’nın uygulama alanına girmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, Türkiye’nin Antlaşma’ya koyduğu çekince sebebiyle, doğrudan Türkiye Cumhuriyeti tarafından gerçekleştirilen ticari olmayan taşımalar ile askeri makam taşımalarına Antlaşma uygulanamayacaktır.

Montreal Antlaşması’nın uygulama alanı genel olarak Varşova Antlaşması ile aynı düzenlenmiştir. Ancak Varşova Antlaşması “eşya” taşımasından söz ederken¹⁷⁶, Montreal Antlaşması “kargo” taşıması ifadesini kullanmakta-

¹⁷⁴ RG. 03.12.1977/16128. Bu Antlaşma’nın Resmi Gazete’de başlığı, “Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme”dir. Antlaşma, 12.10.1929 tarihinde Varşova’da imzalanmıştır. Bundan sonra bu Antlaşma’dan “Varşova Antlaşması” şeklinde bahsedilecektir. Varşova Antlaşması, 1955 La Haye Protokolü, 1961 Guadalajara Ek Sözleşmesi, 1971 Guatemala Protokolü ve Montreal’da 1975 yılında yapılan dört protokol ile değişikliğe uğramıştır. Türkiye bu ek sözleşme ve protokollerden, 1955 La Haye Protokolü’nü (RG. 03.12.1977/16128), 1971 Guatemala Protokolü’nü (RG. 21.04.1993/21559) ve 3. ve 4. Montreal Protokollerini onaylamıştır (RG. 21.04.1993/21559).

¹⁷⁵ Bülent SÖZER, *Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 9, Sa. 2, 1977, s. 395, (*Milletlerarası Hava Taşımaları*); GENÇTÜRK, s. 63-64; ÖZDEMİR, s. 39; Kübra YETİŞ ŞANLI, *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 52-53.

¹⁷⁶ SÖZER, *Milletlerarası Hava Taşımaları*, s. 395-396; ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 31; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 120, İstanbul, 1992, s. 13;

dır. Yine posta taşımaları Varşova Antlaşması'nın uygulama alanı dışında bırakılmışken¹⁷⁷, Montreal Antlaşması m.2/2 uyarınca, taşıyıcının yalnızca ilgili posta idaresine karşı sorumlu olması şartıyla, posta taşımaları da Antlaşma'nın uygulama alanı içindedir.

Montreal Antlaşması m. 1/2'ye göre milletlerarası taşımacılık, taraflar arasındaki sözleşmeye bağlı olarak, kalkış ve varış yerlerinin, nakliye ya da aktarmada duraklama olsun ya da olmasın, iki taraf devletin sınırları dahilinde bulunduğu taşımacılık faaliyetidir. Ayrıca yine aynı fıkra göre, kalkış ve varış yerleri tek bir taraf devlette olmasına rağmen, başka bir devletin sınırları dahilinde durulacak anlaşmalı bir yer varsa, bu durumda da Antlaşma'nın kapsamına giren bir milletlerarası taşıma vardır.

Montreal Antlaşması'nın düzenlediği konular; yolcu, bagaj ve kargoların taşınmasına ilişkin düzenlenecek belgeler ve tarafların görevleri ile taşıyıcının sorumluluğu ve hasarın tespitinde tazminatın kapsamıdır.

Montreal Antlaşması m. 33'te usule ilişkin bir kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Madde, bir hasar dolayısıyla açılacak davada yetkili mahkemelerin hangileri olduğunu düzenlemektedir. Buna göre, taşıyıcının ikametinde veya esas işyerinde ya da taşıma sözleşmesinin aracılığıyla yapıldığı başka bir işyerinde ya da varış yeri mahkemelerinde dava açılabilir. Yargılama usulü sorunları davaya bakan mahkeme hukukunca çözülecektir. Dolayısıyla Antlaşma usul sorunlarının çözümünü *lex fori*'ye tabi tutmuştur.

D. Konişmentoya Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Milletlerarası Antlaşma

Deniz yoluyla milletlerarası taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla birçok çalışma yapılmaktadır¹⁷⁸. İlk olarak, 1921 yılında "Lahey Kuralları" hazırlanmıştır¹⁷⁹. Bu kurallar, bazı ufak

GENÇTÜRK, s. 64; ÖZDEMİR, s. 35; YETİŞ ŞAMLI, s. 52; EKŞİ, *Roma Konvansiyonu*, s. 138.

¹⁷⁷ ÜLGEN, *Uluslararası Taşımacılık*, s. 32.

¹⁷⁸ ÖZDEMİR, s. 65; Cüneyt SÜZEL, *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları Hakları, Borçları ve Sorumlulukları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2013, s. 43.

¹⁷⁹ Emine YAZICIOĞLU, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırılmalı Olarak*, İstanbul, 2000, s. 2; ÖZDEMİR, s. 65; YETİŞ

önemsiz değişiklikler ile 25.08.1924 tarihinde, “Konişmentoya Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Milletlerarası Antlaşma” olarak kabul edilmiştir¹⁸⁰. Daha sonra, bu Antlaşma'nın yeni ihtiyaçlar doğrultusunda gözden geçirilmesi gerekmiş ve 1968 yılında, “Visby Kuralları” olarak bilinen, 25.08.1924 tarihli Antlaşma'nın değişikliğine ilişkin Protokol kabul edilmiştir¹⁸¹. 1978 yılında ise, Visby Kuralları'nın getirdiği değişikliklerin ihtiyaçları karşılamadığına karar verilmiş ve “Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Antlaşması” kabul edilmiştir¹⁸². Bu Antlaşma, “Hamburg Kuralları” olarak geçmektedir¹⁸³.

Türkiye, 25.08.1924 tarihli Antlaşma'da değişiklikler yapan Visby Protokolü ve Hamburg Kurallarına taraf değildir.

1924 yılında düzenlenen Antlaşma, bu Antlaşma'ya taraf olan devletlerde düzenlenen her konişmentoya uygulanacaktır¹⁸⁴. Antlaşma'nın uygulama alanına ilişkin olarak başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Antlaşma'da, milletlerarası taşımalar konusunda açıkça bir ifade yer almadığı için doktrinde Antlaşma'nın iç taşımalara da uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁸⁵.

Sonuç

MÖHUK m. 29'un incelenmesi amacıyla yapılan çalışmada öncelikle maddenin uygulama alanına giren eşya taşıma sözleşmeleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

MÖHUK m. 29'un metninin ifadesinden, tüm eşya taşıma sözleşmelerinin maddenin kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Burada elbette yabancılık unsuru taşıyan eşya taşıma sözleşmelerinden bahsedilmektedir. Yargıtay'ın, eski tarihli bazı kararlarında yabancılık unsurunu gözden kaçırmayı bu bakımdan eleştirilmektedir.

Çalışma konusu kapsamında zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin

ŞAMLI, s. 103-104.

¹⁸⁰ YAZICIOĞLU, s. 2; YETİŞ ŞAMLI, s. 104.

¹⁸¹ YAZICIOĞLU, s. 3; ÖZDEMİR, s. 65; YETİŞ ŞAMLI, s. 104; SÜZEL, s. 49.

¹⁸² YAZICIOĞLU, s. 6; ÖZDEMİR, s. 66; YETİŞ ŞAMLI, s. 105.

¹⁸³ YAZICIOĞLU, s. 7; ÖZDEMİR, s. 66; YETİŞ ŞAMLI, s. 105; SÜZEL, s. 59.

¹⁸⁴ SÜZEL, s. 47; ÖZDEMİR, s. 66.

¹⁸⁵ SÜZEL, s. 48.

tespiti önemlidir. Çünkü eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilirse, MÖHUK m. 29 uygulama alanı bulacaktır. Zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından doktrinde yer alan tartışmalar bu hususta önem taşımaktadır. Çünkü bu tartışmalar, zaman çarteri sözleşmesinin, MÖHUK m. 29'un uygulama alanına girip girmeyeceği konusunda etkili olmaktadır.

Kanaatimizce zaman çarteri sözleşmesinin, doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, esas konusu eşya taşıma olan bir sözleşme olduğu söylene bile, MÖHUK m. 29'da bunun tekrar özel olarak belirtilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü belirtildiği üzere, MÖHUK m. 29, eşyanın taşınmasına ilişkin bütün sözleşmelere uygulanacaktır. Aynı değerlendirme yolculuk çarteri sözleşmesi bakımından da yapılabilir. Gemi kira sözleşmesinin ise kira unsuru ön plana çıkan bir sözleşme olması dolayısıyla, MÖHUK m. 29'un kapsamına girmediği doktrinde genellikle kabul edilmektedir.

MÖHUK m. 29'da yer alan kanunlar ihtilafı kuralının ele alınması aşamasında önem taşıyan bir husus, maddede yer alan şartların gerçekleşmemesi halinde sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağıdır. Bu konuda doktrinde yer alan görüşler değerlendirilmiştir. Kanaatimizce, şartların gerçekleşmemesi durumunda uygulanacak hukukun -Roma I Tüzüğü m. 5/1'de olduğu gibi- MÖHUK m. 29'da açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Ancak mevcut durumda sorun MÖHUK m. 29/3 yardımıyla çözülmelidir. Çünkü sözleşmeler hakkındaki genel hüküm olan MÖHUK m. 24/4'e gidilmesi durumunda, MÖHUK m. 29/2'nin amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. MÖHUK m. 29/2'deki şartlar gerçekleşmediği için uygulanamayan hukuk, MÖHUK m.24/4'te bu şartlara yer verilmediği için uygulanma olanağı kazanabilmektedir.

Türkiye'nin tarafı bulunduğu eşyanın taşınmasına ilişkin çok taraflı veya iki taraflı antlaşmalar, Anayasa m. 90 uyarınca kanun hükmündedirler. Bu antlaşmalar artık Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası olacaktır. Somut olayda eşyanın taşınmasına ilişkin bir antlaşma bulunması durumunda, MÖHUK m. 1/2 uyarınca, bu antlaşmalara başvurulması gerekmektedir. Bu inceleme konusu bakımından önem taşımaktadır. Antlaşma'da düzenlenmeyen veya eksik kalan hususlar bakımından MÖHUK m. 29'a gidilmelidir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- ADIGÜZEL, Burak; *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, Beta Basımevi, İstanbul, 2003.
- AKINCI, Ziya; *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ARKAN, Sabih; *Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar, Haz.: Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara, 1985, s. 43-95.
- ARKAN, Sabih; *Eşyanın Karayolu ile Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme*, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar, Haz.: Sigorta Hukuku Türk Derneği, Ankara, 1984, s. 5-21.
- ARKAN, Sabih; *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.
- ARKAN, Sabih; *Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, Sa. 2, 1979, s. 397-414.
- ARKAN, Sabih; *Karma Taşımalarla İlgili Hukuki Sorunlar*, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Yayınları No: 100, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 11, 1991, s. 341-358.
- ARKAN, Sabih; *Ticarî İşletme Hukuku*, 23. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- ATABEK, Reşat; *Eşya Taşıma Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1960.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra; *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- AYDIN, Alihan; *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. bs., Arıkan Basımevi, İstanbul, 2006.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin; *Ticari İşletme Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

- BAHTİYAR, Mehmet; *Ticari İşletme Hukuku*, 18. bs., Beta Basımevi, 2017.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Dora Basımevi, Bursa, 2017.
- CHUAH, Jason/KACZOROWSKA, Aluna; *Q and A Series: Conflict of Laws*, 2. bs., Cavendish Publishing Limited, Londra, Sidney, 2000.
- COLLIER, J. G.; *Conflict of Laws*, 3. bs., Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2001.
- ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân; *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi*, 10. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇELİK, Aytakin; *Ticaret Hukuku*, 7. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2017.
- ÇETİNER, Selma/BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru; *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DEMİRKOL, Berk; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- DEMİRİSOY, Doğan; *Uluslararası Karma Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 1996.
- DENİZ KANER, İnci; *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmeleri*, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Savaş Yayımevi, Ankara, 2017.
- EKŞİ, Nuray; *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, Beta Basımevi, İstanbul, 2004.
- EKŞİ, Nuray; *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 125-169.

- ERDİL, Engin; *Açıklamalı, İctihatlı Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: CMR Konvansiyonu Şerhi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- GENÇTÜRK, Muharrem; *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- GORTON, Lars/HILLENUS, Patrick/IHRE, Rolf/SANDEVÄRN, Arne; *Shippbroking and Chartering Practice*, 7. bs., Informa Law, Londra, 2009.
- GÖĞER, Erdoğan; *Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1965.
- GÖĞER, Erdoğan; *Deniz Ticaret Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1969.
- GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce; *Milletlerarası Özel Hukukta Sivil Hava Taşımacılığı Kazaları ve Taşıyıcının Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- İNAL, Tamer; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticarî İşletme Hukuku: Uluslararası Ticari Sözleşmeler INCOTERMS 2010*, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KAYA, Arslan; *CMR Sigortası*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 2007, s. 807-819.
- KAYA, Arslan; *Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, Beta Basımevi, İstanbul, 1998, s. 311-335.
- KAYAR, İsmail; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa; *Ticari İşletme Hukuku*, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- KENDER, Rayegân/ÇETİNGİL, Ergon/YAZICIOĞLU, Emine; *Deniz Ticareti Hukuku: Temel Bilgiler*, C. 1, 14. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KENDİGELEN, Abuzer/AYDIN, Alihan; *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR): Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Haz.: Abuzer Kendigelen, C. 1, Beta Basımevi, İstanbul, 2002, s. 495-525.
- MAYSS, Abla; *Principles of Conflict of Laws*, 3. bs., Cavendish Publishing Limited, Londra, Sidney, 1999.
- MESSENT, Andrew/GLASS, David A.; *CMR: Contracts for The International Carriage of Goods by Road*, 2. bs., Llyod's of London Press Ltd, Londra, New York, Hamburg, Hong Kong, 1995.
- NOMER, Ergin; *Devletler Hususî Hukuku*, 22. bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 13. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- OKAY, M. Sami; *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. bs., Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, Sa. 1-2, 2010, s. 27-88.
- ÖZDEMİR, Turkay; *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Zıya ve/veya Haksar Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli/ERDEM, B. Bahadır; *27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 5. bs., Beta Basımevi, İstanbul, 2016.
- PLENDER, Richard/WILDERSPIN, Michael; *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2. bs., Londra, 2001.
- SEVİNÇ, Aslıhan; *5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Taşıma İşlerine Uygulanacak Hukuk*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1585-1613.

- SÖZER, Bülent; *Deniz Ticareti Hukuku-1: Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- SÖZER, Bülent; *Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 9, Sa. 2, 1977, s. 369-406.
- SÖZER, Bülent; *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 10, İstanbul, 2007.
- STONE, Peter; *EU Private International Law*, 2. bs., Edward Elgar Publishing Limited, Birleşik Krallık, 2010.
- STONE, Peter; *EU Private International Law: Harmonization of Laws*, Edward Elgar Publishing Limited, Birleşik Krallık, 2006.
- SÜZEL, Cüneyt; *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları Hakları, Borçları ve Sorumlulukları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2013.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, Sa. 1, 1989, s. 47-53.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 120, İstanbul, 1992.
- TARMAN, Zeynep Derya; *Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, Sa. 2, Haziran 2009, s. 299-332.
- TEKİL, Fahiman; *Deniz Hukuku*, 6. bs., Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- TEKİNALP, Gülören; *Türk Mahkeme Kararları: Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 2, Sa. 2, 1982, s. 35-41.

- ULUOCAK, Nihal; *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- USLU, Murat; *CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün; *Ticari İşletme Hukuku*, 5. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÜLGEN, Hüseyin; *Taşıma Hukuku*, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Beta Basımevi, İstanbul, 1997, s. 236-241.
- ÜLGEN, Hüseyin; *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1988-27, İstanbul, 1988.
- ÜLGENER, M. Fehmi; *Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi*, 2. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- ÜLGENER, M. Fehmi; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zaman Çarteri Sözleşmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, Sa. 2, 2007, s. 353-370.
- WILLIAMS, Harvey; *Chartering Documents*, 3. bs., Lloyd's of London Press Ltd, Londra, New York, Hamburg, Hong Kong, 1996.
- YAZICIOĞLU, Emine; *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, İstanbul, 2000.
- YESİLOVA ARAS, Ecehan; *Maritime Transport Contracts*, Transport Law in Turkey, Kluwer Law International BV, Hollanda, 2013, s. 133-149.
- YEŞİLOVA, Ecehan; *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra; *Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- YILMAZ, Oğuz; *CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma*, Turhan Kitabevi, İzmir, 2008.
- ZEYNELOĞLU, Ahmet; *Taşıma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

YABANCI MAHKEME VE HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS AND ARBITRAL AWARDS IN TURKEY AND THE PROBLEMS IN PRACTICE

Doç. Dr./Assoc. Prof. Zeynep Derya TARMAN*

Öz

Tenfiz davaları sırasında bazı usuli meseleler ile ilgili olarak uygulamada sorunlar yaşandığı, bu sorunların süreci gereksiz yere uzattığı ve hatta zaman zaman tenfizi tehlikeye attığı veya tarafların alacağını umdukları meblağının çok altına sulh olmaya razı oldukları görülmektedir. Bu çalışmada, tenfiz davalarındaki görevli mahkeme, harç ve teminat konularının kanunda nasıl düzenlendiği ve bu konuların uygulamada ne gibi sorunlara yol açtığı üzerinde durulacaktır. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi davalarında kamu düzenine aykırılık bir tenfiz engeli olarak sıkça gündeme gelmektedir. Mahkemelerin kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken komuya muhafazakâr yaklaştığı ve genellikle geniş yorumlama eğiliminde oldukları görülmektedir. Bu durum da tenfiz davasını açan taraf bakımından yabancı kararın kamu düzeni engeline takılıp takılmayacağı konusunda haklı bir tedirginliğe neden olmaktadır. Bu nedenle, çalışmada mahkeme ve hakem kararları bakımından tenfiz engellerinden biri olan kamu düzeni üzerinde durulacaktır. Uygulamada taşıdığı önem nedeniyle çalışmanın son bölümünde, geçici hukuki koruma önlemlerinden biri olan ihtiyati haciz ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Abstract

It is an important part of international transactions to enforce decisions taken in one jurisdiction in another country where the practical result is actually effective. However, in Turkey parties starting an enforcement procedure face some difficulties in practice regarding some procedural issues. To overcome the delays caused by these procedural issues parties most of the time agree to settle for a less amount. This paper analyses how the issues of competent court, court fees and security related to an enforcement procedure is regulated under law together with the problems arising from these issues in practice. One ground for the refusal of enforcement of foreign judgments and arbitral awards is based on Turkish public policy. In this paper, the specific question of public policy is selected because it is not

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, ztarman@ku.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 04.04.2017; Makale Kabul Tarihi: 20.11.2017.

only one of the restricted hypotheses of exception of enforcement, but it is also one of the most “fluid” concepts. This paper aims to give an overview how Turkish courts interpret the public policy exception at the enforcement stage of foreign court decisions and arbitral awards. Due to the importance in practice, the last part of the paper will examine one of the provisional measures namely the provisional attachment.

Anahtar Kelimeler: *Tenfiz davası, Harç, Görevli mahkeme, Teminat, Kamu düzeni.*

Keywords: *Enforcement, Court fee, Competent court, Security, Public policy.*

I. Genel Olarak

Mahkeme ve hakem kararları, verildikleri ülkenin egemenlik gücünü yansıtır ve kural olarak yalnızca verildikleri ülke sınırları içinde etki doğurabilirler¹. Yabancı bir ülkede verilen kararların Türkiye’de etki doğurması için kural olarak, Türk mahkemelerinde tanıma veya tenfiz davası açılması gerekmektedir. Yabancı kararların, bu konuda özel bir milletlerarası antlaşma olmadıkça², doğrudan doğruya tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Tanıma ve tenfizin gerçekleşmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³ (MÖHUK) yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi şartlarını m. 50 vd.’da düzenlemektedir. Öte yandan MÖHUK m. 1/f.2 uyarınca hakim, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümleri MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olarak uygular. Örneğin, Türkiye ve Avusturya Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme⁴’ye taraftır. Avusturya mahkemelerince verilmiş bir boşanma kararının Türkiye’de tanınması için açılan davada MÖHUK’taki tanımaya ilişkin şartlar değil, bu sözleşmede yer alan hükümler uygulanır.

Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı antlaşmalar tanıma ve tenfiz şartları bakımından MÖHUK hükümlerinden daha ağır hükümler içeriyorsa, MÖHUK m. 1/f.2 uyarınca önceliğin milletlerarası antlaşmalara verildiği kabul

¹ Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 496; Aysel Çelikel/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2016, s. 649.

² Yabancı mahkeme veya makamlarca verilen kararların milletlerarası sözleşmelere göre tanınması ve tenfizi hakkında bkz. Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞAN-MEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2016, s. 545 vd.

³ RG. 4.12.2007/26728.

⁴ RG. 14.09.1975/15356.

edilmeli ve bu nedenle mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde daha ağır şartlar ihtiva etse de iki taraflı antlaşmaların uygulanması kabul edilmelidir⁵. Ancak uygulamada mahkemeler iki taraflı antlaşma hükümlerini değil, MÖHUK hükümlerini esas almaktadır. Örneğin, Özbek mahkemelerinden alınmış bir kararın Türkiye’de tenfizi sırasında, Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi Özbekistan ile Türkiye arasındaki iki taraflı sözleşmeyi uygulamamıştır. Sözleşme, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için daha ağır şartlar öngördüğünden hakim, MÖHUK m. 1/f.2’ye rağmen sözleşmeyi değil MÖHUK’un tenfize ilişkin hükümlerini uygulamıştır⁶. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi davalarında yalnızca iki taraflı milletlerarası antlaşmaların koşullarının değil, MÖHUK’taki şartların da göz önünde tutulması yerinde olacaktır.

Hakim yalnızca milletlerarası anlaşmalarda veya kanunda öngörülen tanıma ve tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir takdirde bulunmaya yetkilidir. Mevzuattaki tanıma ve tenfiz şartlarına ek olarak davayı gören Türk hakiminin kendi takdir yetkisini kullanması ve başkaca ölçütlere göre karar vermesi söz konusu değildir⁷. Türk hukuk sisteminde tanıma veya tenfize konu olan yabancı mahkeme ve hakem kararının esas yönünden doğruluğunun incelenmesi de söz konusu değildir. Diğer bir anlatımla, hakim tanıma veya tenfize konu olan yabancı karara uygulanan hukukun doğru seçilip seçilmediğini, doğru uygulanıp uygulanmadığını, delillerin doğru takdir edilip edilmediğini incelemez⁸. Bu kural, doktrinde *revizyon yasağı* ismiyle anılır. Hakim yalnızca kanunda ya da – varsa – milletlerarası sözleşmede öngörülen tanıma ve tenfiz şartlarının varlığına ilişkin bir inceleme yapar.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili yasal çerçeveye bakıldığında, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, MÖHUK m. 60 vd’da çeşitli maddeler bulunmaktadır. Ancak bu alanda

⁵ Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tenfiz)*, İstanbul 2013, s. 482-483.

⁶ Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2007/1020, K.2008/386, T.17.06.2008. (Nuray EKŞİ, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul, 2010, s. 109).

⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 660.

⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 693; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 489; Pelin GÜVEN, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, 2013, s. 81.

taraf olan devletlerin sayısı göz önüne alındığında kural olarak Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi) uygulanmaktadır⁹. New York Sözleşmesi, Sözleşmeye taraf olan ülkelerde verilmiş hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde; buna karşılık, MÖHUK hükümleri, New York Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanır. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler incelendiğinde, New York Sözleşmesi hükümleri ile MÖHUK hükümleri (m. 60-63) arasında önemli farkların bulunmadığı, düzenlemelerin birbirine benzer olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, New York Sözleşmesi m. 3 yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında tenfiz ülkesinin usul hukukuna atıfta bulunmuştur. Bu sebeple, yabancı hakem kararlarının New York Sözleşmesi uyarınca tenfizi davalarında görevli ve yetkili mahkeme, teminat, harç, yargılamanın şekli ve kanun yolları gibi hususlar tenfiz devletinin usul hukukuna göre belirlenecektir.

Tenfiz davaları sırasında bazı usuli meseleler ile ilgili olarak uygulamada sorunlar yaşandığı, bu sorunların süreci gereksiz yere uzattığı ve hatta zaman zaman tenfizi tehlikeye attığı veya tarafların alacağını umdukları meblağının çok altına sulh olmaya razı oldukları görülmektedir. Bu çalışmada, tenfiz davalarındaki görevli mahkeme, harç ve teminat konularının kanunda nasıl düzenlendiği ve bu konuların uygulamada ne gibi sorunlara yol açtığı üzerinde durulacaktır. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi davalarında kamu düzenine aykırılık bir tenfiz engeli olarak sıkça gündeme gelmektedir. Türk mahkemelerinin özellikle MÖHUK m. 54 (c) ve New York Sözleşmesi m. V/2(b) bendlerinde belirtilen tenfiz engellerinden biri olan kamu düzeni ile ilgili hususlara özel önem atfettiği ve incelemelerinin bu husus üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Mahkemelerin kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken konuya muhafazakâr yaklaştığı ve genellikle geniş yorumlama eğiliminde oldukları görülmektedir. Bazı hallerde uluslararası standartlar dikkate alınmamaktadır. Bu durum da tenfiz davasını açan taraf bakımından yabancı kararın kamu düzeni engeline

⁹ Türkiye, New York Sözleşmesini 2.07.1992 tarihinde onaylamış ve Sözleşme Türkiye’de 30.09.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, New York Sözleşmesinin sadece akit ülkelerde verilen hakem kararlarına uygulanacağına ilişkin bir çekince koymuştur. Taraf olan ülkeler ve çekinceler için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

takılıp takılmayacağı konusunda haklı bir tedirginliğe neden olmaktadır. Bu nedenle, çalışmada mahkeme ve hakem kararları bakımından tenfiz engellerinden biri olan kamu düzeni üzerinde durulacaktır. Yabancı kararların tenfizi aşamasında genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine, özel olarak da ihtiyati haciz kararlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Uygulamada taşıdığı önem nedeniyle çalışmanın son bölümünde, geçici hukuki koruma önlemlerinden biri olan ihtiyati haciz ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

II. Görevli Mahkeme

Görev belirli bir yerde o davaya hangi mahkemenin bakacağını ifade eder¹⁰. Türk hukuk sisteminde görev dava şartıdır, hakim tarafından taraflarca öne sürülmesi beklenmeksizin kendiliğinden göz önünde tutulabilir [HMK m. 114 f.1(c)]. Görevsiz bir mahkemede her nasılsa açılmış ve görülmekte olan davada, hakim görevsiz olduğuna kanaat getirirse kendiliğinden görevsizlik kararı verir. Taraflar iki hafta içinde görevli mahkemede dava açmazlarsa dava hiç açılmamış sayılır (HMK m. 20).

A. İlk Derece Mahkemesi

MÖHUK m. 51/f.1 uyarınca, tanıma ve tenfiz kararını vermek üzere görevlendirilmiş mahkeme asliye mahkemesidir. Kanun koyucu, görevli mahkeme olarak asliye mahkemelerini işaret etmekteyse de doktrinde görev meselesi bakımından tartışmalı konular bulunmaktadır. Aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda aile mahkemelerinin, ticari davaların tanıma ve tenfizi bakımından ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu fikrini savunanlar vardır¹¹.

Aile mahkemelerine ilişkin olarak, tartışmaya esas teşkil eden hüküm 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un¹² 4. maddesidir. Bu hüküm uyarınca aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi görevi aile mahkemelerine verilmiştir. Ancak, hüküm tanıma ve tenfize ilişkin bu göreve yer verirken

¹⁰ Baki KURU, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2014, s. 113.

¹¹ Tartışmalar için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 570 vd.

¹² RG. 18.1.2003/24997.

20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a gönderme yapmaktadır¹³. Atıf mülga kanuna yapılmış olmasına rağmen, doktrinde aile hukukuna ilişkin davaların tanıma ve tenfizinde aile mahkemelerinin görevli olduğunu savunan görüşler¹⁴ ve Yargıtay kararları¹⁵ bulunmakla beraber, Yargıtay bir kararında¹⁶ da 2675 sayılı MÖHUK'a göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde aile mahkemelerini görevli kabul eden 4787 sayılı kanun hükmünün (m. 4/f.2), 2675 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasıyla geçerliliğini kaybetmiş olmasından hareket etmiştir.

MÖHUK m. 51/f.1'in tanıma ve tenfiz davaları bakımından salt asliye mahkemelerini görevli kılması, tanıma ve tenfiz sürecinde ticaret mahkemelerinin rolü konusunda bir belirsizliğin doğmasına neden olmuştur. Madde metnindeki asliye mahkemesi kavramını asliye hukuk mahkemesi olarak değerlendirenler, yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi için kendisine başvurulmuş asliye ticaret mahkemesinin yargılamanın her aşamasında görevsizlik kararı verebileceği görüşünü savunmaktadırlar¹⁷. Ticari davaların tanıma ve tenfizinde ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna dair görüşün kanuni dayanaktan yoksun olduğu ileri sürülmektedir¹⁸. Tanıma ve tenfiz davalarında esasa girme yasağı bulunduğundan, ticaret mahkemelerinin uzmanlık alanına giren bir incelemeye ihtiyaç olmadığı ve davanın asliye hukuk mahkemelerince görülmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹. Buna karşılık, ticaret hukukuna ilişkin mahkeme kararlarının tanıma ve tenfiz davalarının asliye ticaret mahkemesinde açılması gerektiği doktrinde²⁰ ve Yargıtay'ın kimi dairelerince savunulmaktadır²¹. Bu uygulamanın tenfiz engellerinden

¹³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 570.

¹⁴ NOMER, s. 505, ÇELİKEL/ERDEM, s. 661, ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 570; EKŞİ, s. 38, GÜVEN, s. 189.

¹⁵ Yargıtay 2. HD., E. 2010/18620, K. 2011/7813, T. 9.5.2011 (RG. 23.6.2011-27973); Yargıtay 2. HD., E. 2010/20342, K. 2011/9075, T. 24.5.2011; Yargıtay 2 HD., E. 2008/6987, K. 2008/10100, T. 8.7.2008; Yargıtay 2 HD., E. 2011/3771, K. 2011/9449, T. 30.5.2011 (www.kazanci.com.tr). Buna ilişkin başka kararlar için bkz. EKŞİ, s. 70 ve 71.

¹⁶ Yargıtay 2 HD., E. 1513/ K. 11695, T. 14.6.2010 (EKŞİ, s. 72).

¹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 571-572.

¹⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 571.

¹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 663; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 571.

²⁰ EKŞİ, *Tenfiz*, s. 43.

²¹ Yargıtay 19. HD., E. 2014/208, K. 2014/4501, T. 6.3.2014; Yargıtay 15. HD., E. 2015/5244, K. 2015/6250, T. 8.12.2015 (www.kazanci.com.tr).

biri olan kamu düzenine aykırılık değerlendirilirken daha isabetli olacağı zira her mahkemenin kendi görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından Türk kamu düzenine aykırılık olup olmadığını daha isabetli bir şekilde belirleyebileceği ifade edilmektedir²². Yargıtay kararlarında ise bu konuda yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktadır. Zira yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay'ın bazı kararlarında tenfiz davalarına asliye ticaret mahkemelerinin bakacağı ifade edilmiş iken; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, MÖHUK'ta yabancı mahkeme kararının konusuna ilişkin olarak bir ayırım yapılmadığını, dolayısıyla tenfiz davalarına bakmakta asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmiştir²³.

MÖHUK'un ilgili maddesinde yer alan hükmün açık olmayışı ve Yargıtay kararlarının bu hususta aydınlatıcı olmaması uygulamada tenfiz davasını açan taraf bakımından zaman kaybına yol açmaktadır. Örneğin, yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin bir davanın asliye ticaret mahkemesi nezdinde açılmış olması ve göreve ilişkin itirazların Yargıtay aşamasında incelenmesi ve davayı görmeye asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğuna karar verilmesi durumunda, görevli mahkemenin tespit edilmesi süreci bir sene kadar uzayabilecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkeme meselesi MÖHUK m. 60/f.2'de düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Tenfize konu kararın ticari nitelik taşıması halinde ki özellikle hakem kararlarının büyük çoğunluğu bu niteliktedir, görevli mahkeme meselesi yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında olduğu gibi tartışmalara neden olmuştur. Görevli mahkeme konusundaki belirsizlik, yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından, mevzuatta yeni bir düzenleme ile açıklığa kavuşmuştur. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesi, 6545 sayılı torba kanunla²⁴ değiştirilmiştir. Kanunun 5. maddesinde açıkça, yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğu belirtilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu değişiklik, yalnızca tarafların tacir olduğu, uyuşmazlığın ticari

²² EKŞİ, *Tenfiz*, s. 43.

²³ Yargıtay 17. HD., E. 2014/2807, K. 2014/6861K, T. 2.5.2014 (www.kazanci.com.tr).

²⁴ RG. 28.6.2014/29044.

işlerden kaynaklandığı, ticari nitelikteki davalara ilişkindir. Ticari nitelikte olmayan davalar yine asliye hukuk mahkemesinde görülecektir. İlgili kanun, tahkim kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin bir düzenleme getirmekte olup, yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi bakımından görevli mahkeme hususunu açıklığa kavuşturmamıştır.

B. İstinaf Kanun Yolu

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu bakımından MÖHUK m. 57/f.2 hükmü verilen kararların temyizinin genel hükümlere tabi olduğunu belirtmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁵ (HMK) ile ilk derece mahkemelerinde verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu düzenlenmiş ve temyiz istinaf sonrası başvurulabilecek bir kanun yolu olarak kabul edilmiştir. HMK m. 341/f.5 uyarınca, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da Bölge Adliye Mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, Bölge Adliye Mahkemelerine başvurulabilir. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte artık ilk derece mahkemelerinin tanıma ve tenfiz taleplerine ilişkin kararlarına karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurmak gerekecektir. Bu değişiklik, istinaf başvurusunun icrayı durdurup durdurmayacağı bakımından uygulamada bir tereddütte neden olacaktır. Zira MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz davalarında verilen kararlara karşı istinaf yolu düzenlenmediğinden bu yola başvurmanın kararın icrasına etkisine ilişkin olarak bir hüküm öngörülmemiştir. Halbuki, MÖHUK m. 57/f.2'de yer alan diğer bir düzenleme temyiz başvurusunun, genel kuralın aksine (HMK m. 350), tanıma ve tenfiz talebinin kabulüne ilişkin kararın icrasını durduracağına ilişkindir. Tenfiz kararının temyizi, kararının icrasını durdurmakla birlikte, temyiz süresince tenfizden kaynaklanan menfaatlerin güvence altına alınabilmesi için ihtiyati haciz kararı verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁶.

İstinaf yoluna başvurusunun icraya etkisi konusu doktrinde farklı şekillerde incelenmiştir. Bir görüşe göre, bu konuda MÖHUK'ta hüküm olmadığıın-

²⁵ RG. 4.02.2011/27836.

²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 719.

dan HMK uygulanacak ve istinaf yoluna başvuru HMK m. 350 uyarınca icrayı durdurmayacaktır²⁷. Ancak bu yorum beraberinde başka bir sorunu da getirecektir. MÖHUK m. 57/f.2 uyarınca tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi icrayı durdurmasına rağmen temyizden önceki bir aşama olan istinafta – İcra İflas Kanunu²⁸ (İİK) m. 36 uyarınca icranın ertelenmesi kararının alınması söz konusu olmazsa – tenfiz davasında verilen karar icra edilebilecektir. Diğer görüş, bu çelişki nedeniyle MÖHUK'ta temyiz için öngörölmüş istisnai düzenlemenin istinaf bakımından da geçerli olması gerektiğini; diğer bir ifadeyle istinaf başvurusunun da icrayı durduracağını kabul etmektedir²⁹. MÖHUK'un 57. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar sadece temyizden de söz etse bu hükmü istinafa da teşmil etmek ve tanıma veya tenfiz davalarında verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde icranın duracağını kabul etmek yerinde olacaktır.

III. Harçlar

Tenfiz davalarında davacı bakımından önem taşıyan hususlardan biri de açılacak olan davada ödenmesi gereken dava harcıdır. Mahkemeye yatırılması gereken harcın maktu harç ya da nisbi harç olarak hesaplanması arasındaki miktar farkı özellikle yüksek miktartlı davalar düşünüldüğünde davacı bakımından ciddi bir husus olarak gündeme gelmektedir. Türk hukukunda, mahkeme harçları 492 sayılı Harçlar Kanunu³⁰ kapsamında düzenlenmektedir. İki tür mahkeme harcı bulunmaktadır: Maktu Harç ve Nisbi Harç. Maktu Harç 29.20 TL'dir. Buna karşılık, nispi harç, dava değeri üzerinden (dava değerinin %6,831'i) hesaplanmaktadır. Örneğin, eğer dava değeri 10.000.000 TL ise, dava harcı 683.100 TL olacaktır. Toplam nispi harcın 1/4'lük bölümünün, davacı tarafça davanın açılması sırasında ödenmesi gerekmektedir [683.100TL/4=170.775 TL].

Harçlar Kanunu m. 4 ve atıf yaptığı ek (1) sayılı tarife uyarınca tenfiz

²⁷ EKŞİ, *Tenfiz*, s. 346.

²⁸ RG.19.06.1932/2128.

²⁹ Burak HUYSAL, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*, MHB, 2012 (1), Beta Y, İstanbul, s. 71-101, s. 97.

³⁰ RG. 17.07.1964/ 11756.

davalarında nisbi harç yatırılması gerekir. Doktrinde, tenfiz davalarında esasa ilişkin bir karar verilmeyip, yalnızca tenfiz şartlarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme yapıldığından tenfiz davalarının bir eda davası olmadığı, yalnızca bir tespit davası olduğu ve zaten esas dava yabancı mahkemede açıldığında harçların ödendiği ve bu nedenle tenfiz davalarında nispi harç alınmaması gerektiği ifade edilmektedir³¹. Bu eleştiriler haklı olmakla beraber, tenfiz davalarında yatırılacak harcın niteliği Harçlar Kanunu'nda açıkça düzenlendiğinden nisbi harç yerine maktu harç alınmaz. Bu konuda Harçlar Kanunu'nda bir değişiklik yapılmaya kadar nispi harç alınmaya devam edilmesi gerekmektedir. Ancak, uygulamada tenfiz davalarının açılışında maktu harç mı nispi harç mı ödeneceği konusunda Yargıtay daireleri arasında Harçlar Kanunu'ndaki açık hükme rağmen bir yeknesaklık bulunmamaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, birçok kararında tenfiz davalarında maktu harç alınması gerektiğini belirtmiştir³². Söz konusu Hukuk Dairesi, tenfiz davalarının eda davası değil tespit davası niteliğinde olması nedeniyle, mahkemece yargılama harcı ile davacı yararına takdir edilen vekalet ücretinin, nispi değil maktu olarak belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Tenfiz davasında maktu harç alınması, Türk hukukunda tenfiz davalarında esasa dair inceleme yapma (*révision au fond*) yasağı bulunması ve tenfize konu kararın incelenmesine gerek duyulmaması ile açıklanmaktadır. Bu nedenle, tenfiz davaları tespit davası niteliğindedir. Buna karşılık, 19. Hukuk Dairesi tenfiz davalarının nisbi harca tabi olduğu görüşünü savunmakta ve bu yönde kararlar vermektedir³³. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, tenfizi istenen yabancı hakem kararının belirli bir alacağın tahsiline yönelik olduğundan davanın nispi harca tabi olduğuna hükmetmiştir. Aynı şekilde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, tenfizi istenen yabancı hakem kararının belirli bir alacağın tahsiline yönelik olduğundan nisbi harca tabi olduğuna

³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 664; NOMER, s. 530.

³² Yargıtay 11. HD., E. 2014/16661, K. 2015/1675, T. 11.02.2015; Yargıtay 11. HD., E. 2014/9333, K. 2014/11865, T. 23.06.2014; Yargıtay 11. HD., E. 2012/3869, K. 2014/1555, T. 24.01.2014; Yargıtay 11. HD., E. 2012/3715, K. 2012/8307, T. 18.05.2012 (www.kazanci.com.tr).

³³ Yargıtay 19. HD., E. 2014/11188, K.2015/8132, T. 2.06.2015; Yargıtay 19. HD., E. 2014/5033, K. 2015/691, T. 12.02.2015; Yargıtay 19. HD., E. 2013/5305, K. 2013/9912, T. 29.05.2013; Yargıtay 19. HD., E. 2012/1885, K. 2012/5598, T. 04.04.2012 (www.kazanci.com.tr).

ve bu hususun Yargıtayca temyiz aşamasında da re’sen dikkate alınacağına karar vermiştir³⁴.

Yabancı hakem kararlarının tenfizine yönelik davaların tabi olduğu harç miktarı konusunda bir değişiklik yapılmıştır³⁵. Harçlar Kanunu’nun ekli (1) sayılı tarifenin nispi harçları düzenleyen 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harcın yüzde elli oranında uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinde görülen diğer davalar bakımından uygulanan harç miktarının %50’sinin tahsil edileceği öngörülmüştür. Halbuki yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından maktu harç alınması gerekmektedir. Zira tahkim ile ilgili düzenlemeler de bu görüşü desteklemektedir. New York Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca, hakem kararlarının tanınması ve icrası için milli hakem kararlarınıninkine nispetle daha ağır şartlar yüklenemeyeceği gibi daha yüksek adli harçlar da alınamaz.

Türk hukukunda tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁶ (MTK) ve 6100 sayılı HMK’nın ilgili maddeleri kapsamında düzenlenmektedir. Her iki kanun kapsamında da verilen hakem kararlarına karşı, iptal davası açılması yönünde bir mekanizma düzenlenmiştir ve her iki kanun kapsamında da açılacak iptal davası maktu harca tabidir. MTK kapsamında, iptal davasının yerel mahkeme tarafından reddedilmesi ya da herhangi bir iptal davası açılmaması neticesinde kararın kesinleşmesi halinde yerel mahkeme, kararın icra edilebileceğine ilişkin bir icra edilebilirlik şerhini bilabedel düzenlemekte ve vermektedir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, New York Sözleşmesinin uygulama alanı bulduğu yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin davalarda maktu harç alınması kabul edilmelidir. Sözleşmenin uygulama alanı bulmadığı kararlara ilişkin olarak ise, iki taraf ülkesi arasında bu hususta bir antlaşma varsa bu antlaşma hükümlerinin de dikkate alınması ve yine her halükârda, tenfiz davalarının birer eda değil, tespit davası niteliğinde olması dolayısıyla, maktu harca tabi tutulması yerinde olacaktır. Ancak Harçlar Kanunu’ndaki mevcut düzenleme nedeniyle nisbi harç yerine maktu harç alınması kanuna aykırılık teşkil edeceğinden öncelikle Harçlar Kanunu’nun ilgili maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir.

³⁴ Yargıtay 15. HD., E. 2016/895, K. 2016/2050, T. 31.3.2016 (www.kazanci.com.tr).

³⁵ 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle Harçlar Kanunu’nda değişiklik yapılmıştır. (RG.19.2.2014/28918).

³⁶ RG. 5.07.2001/24453.

IV. Teminat

MÖHUK m. 48 uyarınca, Türkiye’de dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminat göstermesi zorunludur. MÖHUK’ta teminat konusunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle teminat konusundaki ayrıntılarda HMK hükümlerine bakılması gerekmektedir. Teminat bir dava şartıdır; hakim tarafından kendiliğinden teminata hükmedilir [HMK m. 114(ğ)]. Mahkeme davacıya tayin ettiği teminatı yatırması için uygun bir süre verir. Belirlenen bu kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava şartı noksanlığından dolayı dava usulden reddedilir (HMK m. 115).

Teminat yatırma zorunluluğu, davacının, açtığı davanın ilerde haksız çıkması halinde, davalı tarafın uğrama ihtimali olan zararları ve ayrıca mahkemenin yargılama masraflarını teminat altına almak maksadıyla getirilmiş bir mükellefiyettir. Bu teminat gösterme mecburiyeti, yalnızca davacının yabancılık sıfatına bağlanmıştır. MÖHUK m. 48’de yer alan yabancı kavramı hem gerçek kişi yabancıları hem de tüzel kişi yabancıları ifade etmektedir. Tüzel kişiliği bulunmayan fakat davada taraf olma ve dava ehliyetine sahip yabancı kişi veya mal toplulukları da teminat göstermek mecburiyetindedirler³⁷. Çifte vatandaşlık durumunda, ilgili Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına sahipse ilgilinin teminat yatırmasına gerek bulunmamaktadır³⁸. Türk Vatandaşlık Kanunu³⁹ (TVK) m. 28 uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan yabancıların teminat yatırma mükellefiyetinin bulunup bulunmadığı sorunu tartışmalıdır⁴⁰. Bu kişiler birçok konuda Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklara sahip olsalar da yabancı oldukları göz önüne alındığında, bu kişilerin teminattan muaf tutulması yerinde değildir⁴¹.

HMK m. 85 teminat gerektirmeyen halleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre, ilama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması teminattan muafiyet sebebidir. Hükmün gerekçesinde, ilama bağlı alacağın varlığı ko-

³⁷ NOMER, s. 492.

³⁸ GÜVEN, s. 219.

³⁹ RG.12.06.2009/27256.

⁴⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 620.

⁴¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 620; Aksi görüş için bkz. Zeynep ÇALIŞKAN, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, İstanbul, 2013, s. 63; GÜVEN, s. 220.

nusunda herhangi bir tartışma ve kuşku mevcut olmadığı; dolayısıyla ilama bağlı alacak için ilamlı takibe müracaat edilmesi halinde, alacağının varlığı sabitlik kazanmış bulunan alacaklının teminattan muaf tutulmasının uygun olduğu belirtilmiştir. HMK'nın söz konusu maddesindeki istisnanın kıyasen MÖHUK m. 48'e tabi yabancılar için de uygulanması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁴². Yabancıların en azından ilamlı takip yaparken teminattan muaf tutulmaları haklarını aramaları hususunda kolaylık sağlayacaktır. Bu nedenle, ülkemizde icra takibine girişen yabancılarla en azından bu konuda teminattan muafiyet sağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira ilamlı takipte alacaklının elinde mahkemeden alacağının varlığını kanıtlayan ilam bulunmaktadır ve bu sebeple takibin sonunda alacaklının haksız çıkma ihtimali yok denecek kadar azdır.

Teminatın tutarı ve şekli konusunda MÖHUK'ta ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. HMK'ya göre ise bir davada verilecek teminatın tutarını ve şeklini hakim serbestçe tayin eder. Dolayısıyla teminat olarak para, hisse senedi, taşınır ya da taşınmaz rehni, banka kefaleti, tahvil gibi çeşitli değerler gösterilebilir. Uygulamada, Yargıtay genellikle döviz biçiminde teminat gösterilmesini ve bu teminatın Merkez Bankası'na yatırıldığının ispatını aramaktadır⁴³. Ancak MÖHUK'ta sınırlayıcı bir hüküm olmadığı gibi, mevzuatta teminatın döviz olarak yatırılmasını zorunlu kılan bir hüküm de bulunmadığından hakim teminatın tutarı ve şeklini HMK'ya göre serbestçe tayin edebilir⁴⁴. Bu nedenle, yabancıların Türkiye'de talep edilen teminatı karşılayacak malvarlığının olması halinde, bu malvarlığını teminat olarak göstermesinin yeterli olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵. Mahkemelerin hiçbir somut olay değerlendirmesi yapmadan %10-15 arası teminata hükmetmeleri eleştirilmektedir⁴⁶. Anayasa m. 36 tarafından güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetinin yabancılar için sınırlandırılması mümkün ise de bu sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olarak yapılması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin kararlarında da yabancılarla teminat gösterme mecburiyeti getiren hükümlerin teminat şartlarının orantılı ve ölçülü olması şartıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

⁴² Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2015, s. 86.

⁴³ ÇELİKEL/ERDEM, s.621.

⁴⁴ GÜVEN, s. 226; ÇELİKEL/ERDEM, s. 622.

⁴⁵ DOĞAN, s. 86.

⁴⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FIGANMEŞE, s. 431.

m. 6 anlamında adil yargılama hakkını ihlal etmeyeceği görüşü hakimdir⁴⁷. Bu nedenle, hakimlerin teminat miktarını belirlerken dava değerinin %10, %15, %20'si gibi sabit miktarlarda, somut olay değerlendirmesi yapmadan teminata hükmetmeleri AİHM'de dava konusu olabilir. Zira dava açma hakkını ciddi biçimde kısıtlayan teminatlar, davanın hal ve şartlarına göre AİHS'nin 6. maddesinde teminat altına alınmış olan dava açma veya yargıya ulaşma hakkını ihlal edebilir⁴⁸. Bu nedenle, yabancılardan istenilecek teminat miktarına ilişkin olarak hem hakimin hem de icra müdürünün teminatın miktarını her somut olaya göre ayrı ayrı titizlikle inceleyerek tayin etmeleri bir zorunluluktur. Yüksek oranlarda yabancılık teminatına hükmedilmesi yabancılardan hak arama özgürlüklerini engelleyecektir. Özellikle yargılama giderlerinin yüksek olmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin AİHM kararları da dikkate alındığında, yabancılardan istenilecek teminat miktarının yargılama giderlerini kapsayacak makul ve uygun bir nitelikte olması gerekmektedir.

MÖHUK'ta öngörülen teminat yabancılık unsuruna dayandığından kişinin Türkiye'de yeterli malvarlığına sahip olması teminat yatırılmasını engelleyici bir sebep oluşturmamaktadır. MÖHUK m. 48/f.2 uyarınca, yabancının teminattan muaf tutulabilmesi için karşılıklılığın gerçekleşmesi gerekir. Karşılıklılık iki devlet arasında imzalanan iki taraflı antlaşma veya iki devletin de taraf olduğu milletlerarası antlaşma ile sağlanabileceği gibi, kanuni veya fiili karşılıklılık şeklinde de sağlanabilir⁴⁹. Özetle, söz konusu devlette dava açan, davaya müdahil olan veya icra takibi başlatan Türk vatandaşından veya Türk şirketinden teminat alınmıyorsa, Türkiye'de bu işlemleri yapan yabancı gerçek ve tüzel kişilerden de teminat alınmayacaktır⁵⁰. İkili⁵¹ ve çok taraflı antlaşmalar, davacının yabancı olmasına bağlı

⁴⁷ Yüksek teminatın AİHS m. 6 anlamında dava açma hakkını ihlal edip etmediği hususunda ilgili AİHM içtihatları ve bu içtihatların yorumu için bkz. ÇALIŞKAN, s. 101 vd.

⁴⁸ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 332.

⁴⁹ Yargıtay 12. HD., E. 2014/28848, K. 2015/4079, T. 26.02.2015; Yargıtay 12. HD., E. 2012/16820, K. 2012/23886, T. 9.07.2012; Yargıtay 12. HD., E. 2012/1510, K. 2012/19223, T. 5.06.2012 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 624.

⁵¹ Örneğin, Türkiye ile ABD arasında imzalanan 28 Ekim 1931 tarihli İkamet Sözleşmesi'nin 1. maddesinde 'en çok gözetilen ulus' kaydı yer almaktadır. Türkiye ile ABD'nin birbirine tanıdığı 'en çok gözetilen ulus muamelesi'nin bir sonucu olarak Türkiye, bir X Devlete teminattan muafiyet hakkı tanıdığına, ABD 'en çok gözetilen ulus muamelesi'ne dayanan rak Türkiye'den kendi vatandaşlarına (şirketlerine) de aynı muameleyi göstermesini talep

olarak karşı tarafın muhtemel zarar ziyanına karşılık teşkil etmek üzere yatırması gereken teminatı önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır. Türkiye, bu alanda pek çok ülkeyle teminattan muafiyeti öngören iki taraflı antlaşmalar akdetmiştir. Türkiye ayrıca teminattan muafiyeti öngören pek çok ülkenin taraf olduğu Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi’ne taraftır⁵².

Türkiye ile teminattan muafiyet sağlanması konusunda bir antlaşması olmayan devletlerin kanunlarında veya fiili uygulamasında Türk vatandaşlarından teminat talep edilmiyorsa, bu devletin vatandaşı olan ve Türkiye’de dava açan, davaya müdahil olan veya takibe giren yabancıdan da teminat göstermesi talep edilemeyecektir. Bu konuda Türk mahkemesinin bir takdir hakkı mevcut değildir. Bu sebeple karşılıklılık varsa, yabancı teminat göstermekten muaf tutulmak zorundadır. Davacı veya takipte bulunan yabancı, ülkesinde Türk vatandaşları dava açtıklarında veya takipte bulduklarında herhangi bir teminat yatırmadıklarını ispatladığında, iki devlet arasında karşılıklılığın ispatlanmış olduğu kabul edilir. Teminattan muafiyeti öngören iki veya çok taraflı antlaşmaların bulunmaması durumunda, Türkiye’de dava açan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminattan muaf tutulabilmesi için karşılıklılığın tespit edilmesi gerekir ki bu da tenfiz davaları bakımından sürenin uzamasına neden olan hususlardan biri olarak gündeme gelebilmektedir. Uygulamada, mahkemeler karşılıklılığın tespiti noktasında Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Hukuki Mütalaa ve Görüş Bürosu’ndan yazı talep etmektedirler.

V. Tenfiz Engeli: Kamu Düzenine Aykırılık

Yurt dışında alınan bir kararın Türkiye’de tanınması veya tenfiz edilebilmesi için aranan şartlar MÖHUK m. 50 ve 54’te yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında uygulamada en çok soruna neden olan m. 54 (c)’de düzenlenmiş olan tenfiz engeli üzerinde durulacaktır.

edebilecektir.

⁵² Türkiye, Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmasının sonucu olarak, taraf Devletlere akdi karşılıklılığa dayanarak yabancılık teminatından muafiyet tanımaktadır. Yargıtay 12. HD., E. 2014/12188, K. 2015/15555, T. 29.05.2014 tarihli kararında, Lahey Sözleşmesi’nin 17. maddesinde tanıdığı karşılıklılık esasına dayanan muafiyet ilkesini örnek göstermiştir (www.kazanci.com.tr).

MÖHUK m. 54 (c) uyarınca, yabancı bir kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için yabancı mahkeme hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekir. Kamu düzenine aykırılığın ispat külfeti davacılara ait olmayıp mahkemece re'sen gözetilmesi gereken bir husus olup⁵³, kamu düzeni kanunda tanımlanmadığından tanıma ve tenfiz talebine konu olan yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti esas itibariyle hakimın takdirine bırakılmıştır⁵⁴. Tanıma ve tenfiz davalarına bakan mahkemeler, temyiz mahkemesi olarak işlev görmediklerinden dolayı, yabancı mahkeme kararının doğruluğu veya usule uygunluğu gibi hususları inceleyemezler⁵⁵. Zira bu hususlar kararı veren mahkemenin bulunduğu devletin istinaf ve temyiz mahkemeleri tarafından değerlendirilecektir. Bu ilkeler doğrultusunda, Yargıtay velayete ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tenfizi kararında⁵⁶ Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanmasının tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Kararda, isabetli bir şekilde yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil, yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması amacıyla ve yalnızca kamu düzenine aykırılığı aşikar olan olayların tenfiz engeli oluşturacağı belirtilmiştir. Yabancı mahkeme kararı verilirken Türk hukukunun uygulanmamış olması ya da yanlış uygulanmış olması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir⁵⁷. Doktrin de Yargıtay'ın bu görüşünü desteklemektedir⁵⁸. Ancak Yargıtay'ın kamu düzenine aykırılık yorumu bazen şaşırtıcı kararların verilmesine neden olmaktadır. Örneğin, Yargıtay yabancı bir boşanma davası hükmünde eşlerin ortak çocuklarının velayetinin anne ve babaya birlikte verilmiş olmasını kamu düzenine aykırı bulmuş ve tenfiz etmemiştir⁵⁹. Bu karar ortak velayetin kamu düzenini

⁵³ Yargıtay 13. HD., E. 2011/19737; K. 2012/25406, T. 13.11.2012 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 520.

⁵⁵ EKŞİ, *Tenfiz*, s. 282.

⁵⁶ Yargıtay, 2.HD., E. 2004/10683/K. 2004/13120, T. 04.11.2004 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁷ Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 530, dn. 377.

⁵⁸ NOMER, s. 523; ÇELİKEL/ERDEM, s. 701.

⁵⁹ Yargıtay 2. HD., E. 2818, K. 3889, T. 20.03.2003 (İBD, 4/2003, s. 1008-1009).

açıkça ihlal etmediği, yabancı kanunun velayete ilişkin hükümlerinin Türk Medeni Kanunu’nun hükümlerinden farklı olmasının tek başına tenfize engel teşkil etmemesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁰. Velayetin anne babaya birlikte verilmiş olması, sırf bu niteliğinden dolayı, kamu düzenine açıkça aykırı olarak kabul edilmemeli, çocuğun yararı ön planda tutularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Velayette olduğu gibi Yargıtay’ın özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak kategorik bir yaklaşımla Türk hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini doğrudan reddetme eğiliminde olduğu görülmektedir⁶¹.

Yargıtay’ın kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde tutarlı olmaması tenfiz kararını talep eden taraf açısından haklı olarak bir tedirginliğe neden olmaktadır. Zira Yargıtay bazen yabancı mahkeme kararının dayandığı yabancı hukuk kurallarının sadece Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle kararın tenfizini reddedebilmektedir. Buna karşılık, bazen de gerekçesiz yabancı kararların Türkiye’de tenfizinin kamu düzenine aykırılık tekil etmeyeceğine dair şaşırtıcı kararlar verebilmektedir. Kamu düzeni kavramının değerlendirilmesi bakımından, kanun hükmünde ve bağlayıcı olan bir İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı kamu düzeninin tanımı bakımından önemli bir içtihat oluşturmaktadır⁶². Söz konusu karar, yabancı bir mahkeme kararının tenfizine ilişkindir. Genel Kurul kararı, kamu düzeni kavramı ile ilgili açık bir tanımlama getirmiş ve yerel kanunlar çerçevesinde kamu düzeni ihlali olarak görülen bazı durumların uluslararası kamu düzenini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Bu karar ile beraber kamu düzeni eşiğinin yükseldiğini söylemek mümkündür. Yargıtay Hukuk Daireleri, kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı’nı esas almakta ve kamu düzeninin tanımı bakımından bu karara atıfta bulunmaktadırlar⁶³. Bunun yanı sıra, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu aynı kararda yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağına ve bu hususun m. 54 (c) anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına oy çokluğu ile karar vermiştir. Bu karar, dokt-

⁶⁰ NOMER, s. 523; ÇELİKEL/ERDEM, s. 701; GÜVEN, s. 137.

⁶¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 530; ÇELİKEL/ERDEM, s. 703.

⁶² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012 (www.kazanci.com.tr).

⁶³ Yargıtay 15. HD., E. 2016/895, K. 2016/2050, T. 31.3.2016 (www.kazanci.com.tr).

rinde yanlış ve hatalı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁶⁴. Zira mahkeme kararlarında gerekçe kararın dayandığı maddi ve hukuki dayanakları anlaşılır halde getirdiğinden keyfiliği önlemektedir ve demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak değerlendirilmektedir. Karar, bu yönüyle eleştirilmekle beraber kamu düzeni kavramının Yargıtayca dar tanımlaması itibariyle önem arz etmektedir.

Yabancı mahkeme veya hakem kararını vermiş bulunan hakim veya hakemlerin tarafsızlığı hakkında şüphe yaratacak unsurların bulunması genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle kararın tenfizini engelleyebilir⁶⁵. Örneğin, taraflar arasında Milletlerarası Tahkim Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde yapılan tahkim yargılamasında atanan hakem ile davacı firmanın aynı milliyete tabi olmasını Akhisar Asliye Hukuk Mahkemesi⁶⁶, kamu düzenine aykırı bularak hakem kararının Türkiye’de tenfizi talebini reddetmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında davacı firma Alman firması olup tek hakem olarak atanan hakemin İsviçre’nin Alman kantonundan olması tarafların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay⁶⁷, dava konusu uyuşmazlıkta hakemin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak somut verilerin ortaya konulmadan yalnızca davacı firma ile hakemin milliyetini esas alarak tenfiz talebini reddeden alt mahkemenin kararını isabetli olarak bozmuştur.

Tahkim kararlarının kamu düzenine aykırılığı, tenfiz davası dışında yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkimlerde verilen kararların iptali bakımından da söz konusu olabilmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu MTK m. 15’te düzenlenmiş olan iptal davasıdır. Mahkemece, tahkim kararının kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilirse hakem kararının iptaline karar verilir. Örneğin, GSM işletilmesi ile ilgili imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık hakkında verilen tahkim kararına karşı MTK kapsamında başlatılan iptal davasında,

⁶⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 521, dn. 363. Aksi görüş için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 704.

⁶⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 697; NOMER, s. 521.

⁶⁶ Akhisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2014/394, K. 2015/79, T. 5.3.2015 (Karar yayımlanmamıştır).

⁶⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2015/11441, K. 2016/8701, T. 16.11.2016 (Karar yayımlanmamıştır).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, hazine payı ve kamu masraflarına katkı payını azaltıcı şekilde karar verilmiş olması nedeniyle söz konusu hakem kararının sonuçlarının imtiyaz sözleşmesinin niteliğine, devletin sürekli bir gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine, kamu menfaatine dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırı olduğunu tespit etmiş ve kararın iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁶⁸. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, başka bir kararında da, iptali talep edilen hakem kararının, Türk devletinin kamu gelirini azalttığı gerekçesiyle, tahkim kararının doğurduğu sonuçların Türk Kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶⁹. İlk derece mahkemesi kararında direnince konu Hukuk Genel Kurulu tarafından değerlendirilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuş ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur⁷⁰.

Cezai tazminat veya özel hukuk cezası olarak adlandırılan tazminatlara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında da kamu düzeni

⁶⁸ Yargıtay 13. HD., E. 2012/8426, K. 2012/10349, T. 17.4.2012. Aynı yönde yakın tarihli başka bir karar için bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2013/16287, K. 2016/5292, T. 23.2.2016 (www.kazanci.com.tr).

⁶⁹ Yargıtay 13. HD., E. 2011/19737, K. 2012/25406, T. 13.11.2012 (www.kazanci.com.tr). Yargıtay, mahkemece, *tarafklar arasındaki imtiyaz sözleşmesinde hazine payının ödenmesi konusundaki işleyiş, sözleşme öncesi ve sonrasındaki davalı şirketin muhasebe uygulaması, hazine payı matrahına esas alınan "brüt satış" kavramı, sözleşmenin uygulanması aşamasında bu matraha dahil edilen veya edilmeyen değerler, dağıtıcılar, bayilere, üçüncü kişilere ve abonelere yapılan iskontoların neler olduğu, bunların Hazine payı matrahına dahil edilip edilmediği, Tahkim kararında matraha dahil olduğu belirtilen bayi primleri ve bayi stok koruma iskontolarının ve matraha dahil olmadığı belirtilen diğer iskontoların neler olduğu, bunların nihai tüketiciye yansıtıp yansımadağı, Tahkim kararında kabul edilen duruma göre Hazine payının nasıl bir farklılık göstereceği, sözleşme öncesi ve sonrasındaki dönemlerde iskontoların herhangi bir ayrıma tabi tutulup tutulmadığı, "satış öncesi" ve "satış sonrası" ya da "müşteriye" ve "bayiye" şeklinde bir iskonto ayırımının söz konusu olup olmadığı ve sözleşmenin işleyişi ile ilgili diğer hususlarda, aralarında muhasebe konusunda uzmanın da bulunduğu bilirkişi kurulundan nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli ayrı ayrı rapor alınarak, imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ve amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, tahkim kararının doğurduğu sonuçların Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.*

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, E. 2013/13-1847, K. 2015/2020, T. 30.09.2015 (www.kazanci.com.tr).

engeli gündeme gelebilir⁷¹. Ancak Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun⁷² (RKHK)'da ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁷³ (FSEK)'nda üç kat tazminat sistemine yer verilmiş olması (RKHK m. 58; FSEK m. 68) nedeniyle Türk hukukunda cezai tazminatın kabul edildiği sonucuna varmak gerekir. Bunun yanı sıra, kamu düzeni müdahalesinin istisnai olarak uygulanması gerektiği dikkate alındığında, cezai tazminata hükmedilmiş olan yabancı mahkeme kararının sırf bu niteliğinden dolayı tenfizinin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle reddedilmemesi gerekmektedir⁷⁴. Ancak üç katın üzerinde cezai tazminata hükmedilmesi ya da fahiş bir tazminata hükmedilmiş olması durumunda, somut olayın şartlarına göre kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmalıdır⁷⁵.

Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi davalarında, kamu düzeni engeli bazen hiç tahmin edilmemesine rağmen tenfizi engelleyebilmektedir. Yargıtay'ın kamu düzeni anlayışı özellikle yabancı taraf söz konusu olduğunda kamu yararı ile karıştırılabilmekte ve yabancı kararın tenfizi reddedilebilmektedir. Tenfizi talep eden taraf bakımından m. 54 (c) hükmünün son derece beklenmedik bir sonuca neden olabileceği ve yabancı kararın Türkiye'de bu nedenle hukuki bir etkisinin olmayacağı tenfiz davası açılırken göz önüne alınmalıdır. İleride Türkiye'de tenfiz edilmesi muhtemel bir uluslararası davada, yalnızca tenfiz aşamasında değil, yargılamanın en başından ve hatta tahkim anlaşmasının imzalanmasından itibaren Yargıtay'ın kamu düzenine ilişkin içtihatlarının dikkate alınması, ileride tenfizde karşılaşılmaması muhtemel sorunların önüne geçilmesi açısından önem arz etmektedir.

⁷¹ Doktrinde Amerikan hukukundaki *punitive damage* kararlarının maddi hukuktan doğan haklardan ziyade cezai nitelikte sayıldığı gerekçesiyle MÖHUK m. 50 uyarınca tenfizinin mümkün olmadığı da savunulmaktadır. Zira MÖHUK m. 50 uyarınca tanınması ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının hukuk davalarına ilişkin olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile cezai nitelikte yani caydırma amacıyla verilmiş parasal tazminat kararlarının tenfizi mümkün değildir. Bkz. NOMER, s. 502, ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 496.

⁷² RG. 13.12.1994/22140.

⁷³ RG. 13.12.1951/7981.

⁷⁴ GÜVEN, s. 143.

⁷⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 705.

VI. Tenfiz Davası Sırasında Başvurulacak Geçici Hukuki Koruma

Uygulamada, mahkeme veya hakem kararı uyarınca ödeme yapmak istemeyen tarafın, alacaklının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla, malvarlığını üçüncü kişilere devretme, başka bir ülkeye götürme veya paraya çevirme eğiliminde olduğu görülmektedir⁷⁶. Davalı taraf, elinde bulunan malvarlığı değerlerini kolayca elinden çıkarabilir veya verilen kararın tenfizinin mümkün olmadığı üçüncü bir ülkeye kaçırabilir. Hatta kötü niyetli bir davalı, bankadaki parasını birkaç dakika içerisinde başka bir ülkede banka hesabına kolaylıkla transfer edebilir⁷⁷. Buna benzer sürprizlerle karşılaşmamak için, yargılama sonucu verilen kararın tenfizi aşamasında aynı zamanda geçici hukuki koruma tedbirlerinden biri olan ihtiyati haciz talep edilmesi önem arz etmektedir. İhtiyati haciz, tenfiz davası sonuçlanıncaya kadar karşı tarafın malvarlığını devretme ihtimalini ortadan kaldırarak alacağı güvenceye alma konusunda önemli bir araçtır. Bu sayede, davalı borçlunun, tenfiz davasının sonuna kadar mallarını kaçırmamasının önüne geçilmiş olacaktır. Aksi halde, tenfiz davası sonucunda alınacak karar pratik bir değer taşımayacaktır. Dolayısıyla davalının mal ve alacaklarının bulunduğu Türkiye'de ihtiyati haciz kararının temin edilmesi davacının yargılama sonucu verilen karara istinaden alacağını tahsil edebilmesinin yegane teminatını teşkil etmektedir.

İhtiyati haciz, İİK'nun 257 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, geçici bir hukuki koruma tedbiri niteliği taşıdığından, ihtiyati haciz talepleri hakkında verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmez⁷⁸. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi davalarında ihtiyati haciz taleplerine uygulanacak hükümler aynıdır. Bu kapsamda, söz konusu açıklamalar her iki tenfiz davası için de geçerlidir.

Türk hukukunda ihtiyati haciz kararı verme yetkisi, ihtiyati haciz talebinin dayanağını teşkil eden alacakla ilgili olarak HMK'daki yer itibarıyla yetkili mahkemelere aittir (İİK m. 50). İhtiyati hacze karar verilebilmesi için, İİK m. 257'de gösterilen şartların oluşması şarttır. İİK m. 257/f.1 uyarınca, ihtiyati haczin talep edilmesi için (i) talepte bulunan tarafın alacağının vadesinin gelmiş ve ödenebilir olması ve (ii) talepte bulunan tarafın alacağının rehinle

⁷⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 532; Rıfat ERTEN, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Ankara, 2010, s. 30.

⁷⁷ ERTEN, s. 30.

⁷⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 533.

temin edilmemiş olması gerekmektedir. Vadesi gelmemiş bir alacağa ilişkin olarak ise, İİK m. 257/f.2 kapsamında (i) borçlunun muayyen bir ikametgahının bulunmaması, ya da (ii) borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya veya kendisinin kaçmaya hazırlanması, ya da kaçması veya bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması hallerinde ihtiyati haciz talep edilebilir. Ayrıca, ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için, mahkemenin alacağın varlığına kanaat getirmiş olması gerekli ve yeterlidir. Mahkemeye, mevcut ve muaccel bir alacağın varlığı ile ilgili belgeler sunulabilir. Ancak henüz tenfiz edilmemiş mahkeme veya hakem kararlarına istinaden borçluya karşı İİK'nın 257/f.1 maddesine göre ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceği hususu tartışmalıdır⁷⁹. Doktrinde henüz tenfiz edilmemiş ve tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı yargılama neticesinde anlaşılacak olan yabancı bir mahkeme veya hakem kararına istinaden tenfiz davasının başında, tenfize konu kararda hükme bağlanan alacağın 'vadesi gelmiş bir alacak' olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁸⁰. Kaldı ki yabancı mahkeme veya hakem kararının tenfizini isteyen alacaklı, İİK m. 257/f.2'deki şartların mevcudiyetini ortaya koyarak her zaman ihtiyati haciz talebinde bulunabilecektir.

Tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı henüz belli olmayan yabancı mahkeme veya hakem kararlarına istinaden, yabancı mahkeme veya hakem kararlarına konu alacağı muaccel sayıp borçlunun malvarlıklarına İİK m.257/f.1 uyarınca ihtiyaten haciz konulabilecek midir sorusunu Yargıtay'ın çeşitli daireleri farklı değerlendirmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, henüz tenfiz edilmemiş yabancı mahkeme ve hakem kararlarına konu alacakları, vadesi gelmemiş alacak olarak nitelendirmiş ve İİK m. 257/f.1 uyarınca bu alacaklar bakımından ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir⁸¹. Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁸², tenfiz kararının amacının, yabancı ülkelerde hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesini sağlamaya yönelik olduğunu ve buna göre, yabancı mahkeme veya hakem heyeti tarafından verilen bir kararla tespit edilen alacak hakkında tedbir niteliğinde

⁷⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 469.

⁸⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 469-470.

⁸¹ Karar için bkz. Yargıtay 15 HD., E. 2014/7100, K. 205/365, T. 26.1.2015 (www.kazanci.com.tr).

⁸² Yargıtay 11 HD., E. 2004/4309, K. 2005/4022, T. 21.04.2005 (ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 471, dn. 270).

bulunan ihtiyati hacze karar verilmesi için yabancı kararın tenfizi koşulunun aranmasına gerek bulunmadığına, zira ihtiyati haciz kararı ile sadece borçlunun mal ve haklarına geçici olarak el konulduğunu belirtmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de henüz tenfiz kararı kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararına konu alacağın ilama dayalı olması karşısında muaccel olmadığını kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁸³. Bundan daha eski tarihli bir kararında da Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, hakem kararı tenfiz kararı kesinleşmeden önce icra edilemez ise de söz konusu hakem kararına istinaden ihtiyati haciz kararı istenmesine yasal bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır⁸⁴. Kanımızca da ihtiyati haczin geçici niteliği göz önüne alındığında henüz tenfiz edilmemiş yabancı karara konu alacaklar bakımından İİK m.257/f.1 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilmesi menfaatler dengesi açısından isabetli olacaktır.

Yabancı bir kararın tenfizi talebi ile bir dava açılması halinde, mahkeme genellikle, ihtiyati haciz kararı vermeden önce, yabancı kararın usulüne uygun şekilde apostillenmiş orijinal kopyasını⁸⁵ talep etmektedir. Mahkeme, ihtiyati haciz kararı vermek için ayrıca teminat talep edebilir. MÖHUK m. 48'den farklı olarak bu aşamada talep edilebilecek teminat tedbir teminatı olup uygulamada genellikle %10-15 oranında talep edilmektedir. Diğer yandan, kesinleşmiş bir kararın varlığını dikkate alan mahkemenin teminat talep etmemesi de olasıdır. Bu husus, mahkemenin ihtiyarında olan bir konudur. Doktrinde, MÖHUK m. 48 ile hüküm altına alınan teminatın amacının yargılama giderleri ile karşı tarafın oluşabilecek zarar ve ziyannarının karşılanması olduğu, aynı amacı güden kanunen teminat zorunluluğu getirilmiş diğer talepler için yabancılardan bir kez daha teminat istenmesinin MÖHUK m. 48'e aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir⁸⁶. MÖHUK m. 48 uyarınca teminat yatırılması halinde, diğer kanun maddelerine göre teminat yatırılması zorunluluğunun kalmadığını kabul etmek yerinde olacaktır.

⁸³ Yargıtay 19 HD., E. 2009/7952, K. 2009/9703, T. 21.10.2009 (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde Yargıtay 6. HD., E. 2014/3906, K. 2014/4941, T. 14.04.2014 (www.kazanci.com.tr).

⁸⁴ Yargıtay 19 HD., E. 2004/9775, K. 2004/13391, T. 30.12.2004 (www.kazanci.com.tr).

⁸⁵ Yabancı bir ilam resmi belge olmasından dolayı Türkiye'ye getirilmeden önce Türk Konsoloslugu tarafından onaylanması ya da yabancı Resmi belgelerin tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki Sözleşme uyarınca apostil şerhi alınması gerekmektedir (HMK m. 224).

⁸⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 622; ÇALIŞKAN, s. 67.

Sonuç

Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler MÖHUK m. 50 vd.'da düzenlenmiştir. Milletlerarası antlaşmalar ile aksi öngörülmedikçe, yabancı kararların tenfizi MÖHUK'ta öngörülen şartların sağlanmasına bağlıdır. Yukarıda belirtilen örnekler çerçevesinde görülmektedir ki, Yargıtay kararları birçok konuda yeknesaklık taşımamakta, farklı Yargıtay dairelerinin aynı konu ile ilgili farklı kararları bulunmaktadır. Kanuni düzenlemeye rağmen, tanıma ve tenfiz davasında görevli mahkeme, yatırılacak harçlar, kamu düzenine aykırılık gibi meseleler uygulamada tartışmalı olup Yargıtay uygulamalarında yeknesaklık bulunmamaktadır.

Yabancı kararlarının tenfizi bakımından Türkiye'deki yasal düzenlemeler uluslararası standartlar ile uyum içerisindedir. Ancak, Yargıtay'ın farklı yorumları her zaman dikkate alınmalıdır. Maalesef bir kamu kurumunun dahil olduğu hallerde Yargıtay objektif bakış açısını kaybedebilmektedir. Bu konuda bir oy birliği bulunmamaktadır. Bunun temel sebebinin, Yargıtay'da yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizine ilişkin dosyaları inceleyen tek bir daire bulunmamasından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Yargıtay'ın 23 farklı hukuk dairesi bulunmaktadır. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizine ilişkin hususlardaki temyiz incelemeleri farklı dairelerde görülmekte, davanın görüleceği daire, tenfize konu kararın esasına göre belirlenmektedir. Örneğin, tenfize konu karar bir inşaat uyuşmazlığına ilişkin ise, temyiz başvurusu 15. Hukuk Dairesi tarafından incelenmektedir. Ancak, ticari bir uyuşmazlığa ilişkin davalar, 11. Hukuk Dairesi nezdinde görülmektedir. Bizim görüşümüz, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizine ve MTK kapsamındaki iptal davalarına ilişkin uzman bir dairenin belirlenmesi ve bu davalara ilgili tek bir dairenin bakması gerektiği yönündedir. Bu şekilde, yabancı kararların Türkiye'de tenfizi davalarında gündeme gelecek çeşitli konular bakımından bir içtihat birliği oluşabileceği düşüncesindeyiz.

Türk mahkemelerindeki dosya yoğunluğu ve kanun yolları dikkate alındığında, tenfiz uzun bir süreç haline dönüşebilmektedir. Bu süre içerisinde, alacaklının alacağına kavuşmasını garanti etmek için, borçlunun malları üzerinde alınabilecek bazı önlemler bulunmaktadır. Davalının mal ve alacaklarını elinden çıkararak mahkeme veya tahkim yargılamasını boşa çıkaracak davranışlarda bulunmasını engellemek, diğer bir ifadeyle yapıla-

çak yargılama sonucu elde edilecek neticeyi teminat altına almak amacıyla davalının malvarlığı değerleri üzerinde ihtiyati haciz kararı alınması büyük önem arz etmektedir.

Tenfiz ile ilgili bazı muhtemel zorluklarla karşılaşmamak; zaman ve paradan tasarruf etmek için, taraflardan birinin Türk olduğu ya da Türkiye 'de önemli bir mal varlığının bulunduğu hallerde, tahkim yeri olarak Türkiye 'yi tercih etmek uygun olacaktır. Bu halde de tahkim usulüne yabancı bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanması kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda, taraflardan biri ile ilgili olarak yabancılık unsuru bulunması halinde, kararın tenfizi bakımından MTK hükümleri geçerli olacaktır. MTK hükümlerine göre bir hakem kararına karşı, ancak bir iptal davası açılabilecektir. Eğer kararın taraflara tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde iptal davası açılmazsa, karar kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- ÇALIŞKAN, Zeynep, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, İstanbul, 2013.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2016.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2015.
- EKŞİ, Nuray, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul, 2010.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul, 2013.(*Tenfiz*)
- ERTEN, Rıfat, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Ankara, 2010.
- GÜVEN, Pelin, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi*, Ankara, 2013.
- HUYSAL, Burak, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*, MHB, 2012 (1), s. 71-101.
- NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2015.
- KURU, Baki, ARSLAN Ramazan, Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2014.
- ŞANLI, Cemal/ESEN Emre/Ataman-Figanmeşe İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2016.

ICSID TAHKİMİNDE HIZLANDIRILMIŞ MUHAKEME USULÜ

SUMMARY DISMISSAL PROCEDURE WITHIN THE ICSID ARBITRATION

Av./Att. Burak TERZİ*

Öz

ICSID Tahkim Kuralları madde 41/5 ile tanımlanan hızlandırılmış muhakeme usulü ile taraflar, hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 gün içerisinde ve her halükarda ilk oturumdan önce bir iddianın açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğuna dair itirazda bulunabilmektedir. Böylelikle mesnetsiz iddialar, hakem kurulu tarafından yargılamanın başlangıcında reddedilebilmekte, taraflar da zamandan ve masraftan tasarruf etmektedirler. ICSID bünyesinde görülen tahkim davalarında usulün kullanımı son yıllarda oldukça artmış olup, farklı kurumsal tahkim merkezleri de tahkim kurallarında hızlandırılmış muhakeme usulünü benimsemeye başlamışlardır. Çalışmamızda, hakem kurulları tarafından verilen kararlar ışığında ICSID Tahkim Kuralları madde 41/5 incelenerek, ICSID tahkiminde hızlandırılmış muhakeme usulü değerlendirilmiştir.

Abstract

By way of summary dismissal procedure which is defined under Rule 41/5 of the ICSID Arbitration Rules, a party may, no later than 30 days after of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. Thus, frivolous claims can be dismissed by the tribunal at the outset of the proceeding and consequently the parties save cost and time. Application of summary dismissal procedure to ICSID cases has increased considerably in recent years and also other arbitration institutions have begun to introduce their expedited procedures to dismiss claims summarily in a similar manner. This article provides an overview of summary dismissal procedure within the ICSID arbitration by examining of Rule 41/5 of the ICSID Arbitration Rules in the light of the decisions given by tribunals.

Anahtar Kelimeler: *ICSID tahkim kuralları, Hızlandırılmış muhakeme usulü, Açıkça hukuki dayanaktan yoksunluk, ICSID tahkimi, Tahkim usulü.*

Keywords: *ICSID arbitration rules, Summary dismissal, Manifestly without legal merit, ICSID arbitration, Arbitration procedure.*

* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye, burakterzi@istanbulbarosu.org.tr

** Makale Gönderim Tarihi: 03.07.2017; Makale Kabul Tarihi: 22.12.2017.

Giriş

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tercih edilmesinin başlıca sebeplerinden biri devlet mahkemelerindeki yargılama süresinin uzunluğudur. Bu sebeple tahkim yargılamasının süresini kısaltacak usul işlemleri her zaman önemini korumuş ve zamanla farklı prosedürler de ortaya çıkmıştır. Bu prosedürlerden biri de, ICSID Tahkim Kuralları¹ m. 41/5 ve Ek Mekanizma Tahkim Kuralları m. 45/6² ile tanımlanan hızlandırılmış muhakeme usulüdür³. Hızlandırılmış muhakeme usulü ile yargılamanın başlangıcında davalı taraf iddiaların *açıkça hukuki dayanaktan yoksun* olduğuna dair itirazda bulunabilmekte, böylelikle hakem kurulu yargılamanın ilerleyen aşamalarına geçmeden önce davayı kısmen veya tamamen reddetme imkânına sahip olmaktadır.

Özellikle yatırım tahkimi alanında farklı amaçlar güdülerek, mesnetsiz iddialarla açılan davaların ev sahibi devletleri zor duruma düşürmesiyle gündeme gelen⁴ hızlandırılmış muhakeme usulü, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi'nin (SIAC) 2016 yılında yayınlanan Tahkim Kuralları⁵ m. 29 ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'nün (SCC) 2017 yılında yayınlanan Tahkim Kuralları⁶ m. 39 ile birlikte ticari tahkim alanında da uygulanmaya başlamıştır. Günümüz itibariyle 11 yıllık geçmişe sahip olan ICSID Tahkim Kuralları m. 41/5'in detaylı incelenmesi, gerek yatırım

¹ ICSID Arbitration Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf, 06.06.2017.

² ICSID Additional Facility Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf, 06.06.2017.

³ İngilizce "*Summary Dismissal*" ifadesinin dilimizde bir hukuk terimi olarak karşılığı bulunmadığından, ifade edilmek istenen sürecin tümü tarafımızca "*Hızlandırılmış Muhakeme Usulü*" olarak adlandırılmıştır. Fakat önemle belirtmek gerekir ki; hızlandırılmış muhakeme usulüyle kastedilen prosedür, ne HUMK'ta bulunan seri usulü muhakeme ile ne de HMK'daki basit yargılama usulü ile benzeşmemektedir.

⁴ Tsai-fang CHEN, *Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement*, Contemporary Asia Arbitration Journal, C. 8, S.1, 2015, s. 63. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2612406>, 06.06.2017.

⁵ SIAC Rules 2016 (Çevrimiçi) <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>, 06.06.2017.

⁶ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Çevrimiçi) http://www.sccinstitute.com/media/159828/final_draft_arbitration-rules-17112016.pdf, 06.06.2017.

tahkimi alanında⁷ gerekse ticari tahkim alanında diğer kurumsal tahkim merkezleri tarafından benimsenmeye başlanan benzer hükümlerin uygulamasına da ışık tutacaktır.

I. Hızlandırılmış Muhakeme Usulünü Düzenleyen Kurallar

ICSID Konvansiyonu⁸ m. 36/3 ile genel sekretere uyuşmazlığın ICSID'in yargı alanı içerisinde olup olmadığını denetleme yetkisi verilmiştir. Buna göre; “*Genel Sekreter, istemde yer alan bilgilere dayanarak anlaşmazlığın Merkezin yargı alanı dışına taşıdığına saptamazsa istemi kaydedecek ve hemen taraflara istemin kaydedildiği veya kaydın reddedildiğini bildirecektir.*” Genel sekreter, uyuşmazlık başvuruları için ön inceleme yapmakta ve merkezin yargı yetkisi dışında bulunan uyuşmazlıklar için hakem kurulu oluşturulmamaktadır. Merkezin yargı yetkisi dışında bulunan uyuşmazlıklar açısından hakemler de yetkisizlik kararı vereceğinden, taraflar genel sekreterin bu hususta ön incelemesiyle zaman ve masraftan tasarruf etmektedirler⁹. Fakat sekreterliğin inceleme yetkisi yalnızca uyuşmazlığın merkezin yargı yetkisi kapsamına girip girmediğine ilişkin olup, sekreterlik uyuşmazlığın esaslarına dair inceleme yapamaz¹⁰. Sekreter, istemin açıkça merkezin yargı yetkisi kapsamı dışında olmadığı fakat bu hususun müphem olduğu hallerde uyuşmazlığın esaslarıyla birlikte değerlendirme yapamayacağı için başvurunun kabulüne karar verecektir¹¹. Yine usulen uyuşmazlığın merkezin yargı yetkisi kapsamında olduğu fakat dayanaksız iddialarla desteklenmiş başvuru-

⁷ SIAC Investment Arbitration Rules, 2017, m. 26. (Çevrimiçi) <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf>, 06.06.2017.

⁸ ICSID Convention, Regulations and Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf, 06.06.2017; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 06.06.2017.

⁹ Christoph H. SCHREUER/Loretta MALINTOPPI/August REINISCH/Anthony SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 468.

¹⁰ Sergio PUIG/Chester BROWN, *The Secretary-General's Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID Review/Foreign Investment Law Journal, C. 27, S. 1, 2012, s. 2.

¹¹ SCHREUER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, s. 470.

ruhar içinde hakem kurulu oluşturulacaktır. Bu gibi durumlar bakımından, yatırımcıların ev sahibi devletleri çeşitli açılardan zor durumda bırakmak için tahkim yargılamasını araç olarak kullanması¹², bazı ev sahibi devletler tarafından eleştirilmiştir¹³. Bu sebeple hakem kurulu oluşturulduktan sonra yargılamanın erken safhalarında, hakem kuruluna davayı kısmen yahut tamamen reddetme imkanının verilmesi gerektiği tartışılmıştır¹⁴. Tartışmalar sonucunda 2006 yılında ICSID mevzuatında yapılan bir dizi değişiklikle¹⁵ birlikte açıklanan hızlandırılmış muhakeme usulü, ICSID Tahkim Kuralları m. 41/5 ve Ek Mekanizma Tahkim Kuralları m. 45/6 ile tanımlanmıştır. İki madde birbirinin eşi olup, ICSID Tahkim Kuralları m. 41/5'e göre;

“Tarafların ilk itirazların yapılması için farklı bir hızlandırılmış prosedür üzerinde anlaşmadığı hallerde; hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 gün içerisinde ve her halükarda ilk oturumdan önce, taraflardan biri, bir iddianın *açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunabilir. İtirazda bulunan taraf*, itirazının temellerini olabildiğince açık şekilde belirtmelidir. Hakem kurulu, taraflara itiraz hakkındaki görüşlerini sunmaları imkanını verdikten sonra, ilk oturumda yahut ilk oturumdan sonra ivedilikle itiraz hakkındaki kararını taraflara bildirecektir. Hakem kurulunun kararı, tarafların bu maddenin birinci fıkrasına göre veya dava süresince bir iddianın hukuki dayanaktan yoksun olduğuna dair itirazda bulunma haklarına hâlel getirmez¹⁶.”

¹² CHEN, s. 63.

¹³ Lars MARKERT, *Special Focus Issue: Summary Dismissal of ICSID Proceedings*, ICSID Review, C. 31, S. 3, 2016, s. 691.

¹⁴ ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 2004 (Çevrimiçi) <http://pge.gob.ec/images/documentos/2016/Biblioteca/NOTA%20175/NOTA%20175%20INGLES.pdf>, 06.06.2017.

¹⁵ Aurélie ANTONIETTI, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, ICSID Review, C. 21, S. 2, 2006, s. 438 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/icsidreview/21.2.427>, 06.06.2017; Antonio R. PARRA, *The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, C. 22, S. 1, 2007 (Çevrimiçi) http://www.arbitration-icca.org/media/4/78190667822874/media012223869085220article_on_icsid_regs_rules.pdf, 06.06.2017.

¹⁶ ICSID Arbitration Rules m. 41/5: “*Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties*

Hızlandırılmış muhakeme usulünün kabulüyle birlikte, ICSID Tahkim Kuralları m. 41 çerçevesindeki ilk itirazların üç kategoriye ayrıldığı söylemek mümkündür¹⁷. Bunlardan ilki ICSID Tahkim Kuralları m. 41/1¹⁸ çerçevesinde hakem kurulunun yargı yetkisine ve ICSID Tahkim Kuralları m. 41/5 ile getirilen hızlandırılmış muhakeme usulüyle yetkiye ve uyuşmazlığın esasına ilişkin iki ilk itirazdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; taraflar yargılamada hiçbir hızlandırılmış muhakeme usulünün uygulanmayacağını kararlaştırabileceği gibi, m. 41/5 ile getirilen hızlandırılmış muhakeme usulünün yerine farklı bir hızlandırılmış prosedürün uygulanacağını da kararlaştırabilirler. Örneğin; ABD'nin 2004 Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması¹⁹, Orta Amerika ve Dominik Cumhuriyeti Serbest Ticaret Anlaşması (CAFTA-DR)²⁰, Şili ve ABD Serbest Ticaret Anlaşması²¹ gibi bazı iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalarda farklı hızlandırılmış prosedürlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

II. Hızlandırılmış Muhakeme Usulünün Tatbiki

Hakem kurullarının hızlandırılmış muhakeme usulü ile iddiaların reddine karar verebilmesi için usule ve esasa ilişkin bir takım şartların varlığı

the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit."

¹⁷ ANTONIETTI, s. 439.

¹⁸ ICSID Arbitration Rules m. 41/1: "Any objection that the dispute or any ancillary claim is not within the jurisdiction of the Centre or, for other reasons, is not within the competence of the Tribunal shall be made as early as possible. A party shall file the objection with the Secretary-General no later than the expiration of the time limit fixed for the filing of the counter memorial, or, if the objection relates to an ancillary claim, for the filing of there joinder-unless the facts on which the objection is base dare unknown to the party at that time."

¹⁹ 2004 US Model Bilateral Investment Treaty, m. 28/4-5 (Çevrimiçi) https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf, 06.06.2017.

²⁰ Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement, 2004, m. 10.20/4, m. 10.20/5 (Çevrimiçi) https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf, 06.06.2017.

²¹ Chile-United States Free Trade Agreement, 2003, m. 10.19/4, m. 10.19/5 (Çevrimiçi) https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf, 06.06.2017.

gereklidir. Bu şartların bazıları ICSID Tahkim Kuralları m. 41/5'in lafzından anlaşılabilir gibi bazıları da içtihatlar vasıtasıyla gelişmiş kriterlerdir.

A. Açıkça Hukuki Dayanaktan Yoksunluk

Hızlandırılmış muhakeme usulüyle davalının yaptığı ilk itirazların kabul edilebilmesi ve davacının iddialarının reddedilebilmesi için, reddedilecek iddianın “*açıkça hukuki dayanaktan yoksun*” olması gerekir. Maddede yalnızca hukuki dayanaktan yoksunluktan bahsedilmemiş, ayrıca “*açıkça*” denilerek bu hususa bir ölçüt getirilmiştir. Öyleyse öncelikle “*açıkça*” ifadesinin sınırlarını çizmek ve bu ifadeyi somutlaştırmak gerekir. Açıkça (*manifestly*) ifadesi, yalnızca TK m. 41/5'te değil, ayrıca ICSID Konvansiyonu m. 36/3²² ve m. 52/1-b.'de²³ de kullanılmıştır. Bu maddelerde olduğu gibi, TK m. 41/5'te de açıkça ifadesi, nitelediği ögeye aşılması gereken çok yüksek bir sınır getirmektedir. Açıkça ifadesi ile kastedilen hukuki dayanaktan yoksunluğun net, belirgin, aşikâr olması ve ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilen nitelikte olması gerektiğidir²⁴. Hızlandırılmış muhakeme usulüyle davanın başında yapılan kapsamlı olmayan, özet incelemeyle davacının iddialarının reddedilmesi ve davanın devamında iddialarını olgunlaştırarak farklı şekillerde sunma imkânının elinden alınması ağır bir yaptırımdır²⁵. Dolayısıyla bu ağır yaptırımın uygulama standartlarının yüksek tutulması ve bu şekilde adil olmayan sonuçların önlenmek istenmesi olağandır. İddiaları reddedilen davacı her ne kadar iptal davası açabilecekse de, iptal davasında da TK m. 41/5 çerçevesinde iddiaların açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunulabilir. İptal davasının nihai özelliği de göz önünde bulundurulduğunda, ad hoc komiteler, bu davalarda “*açıkça*” ifadesinin

²² “The Secretary-General shall register there quest unless he finds, on the basis of their formation contained in there quest, that the dispute is *manifestly* outside the jurisdiction of the Centre. He shall forth with notify the parties of registration or refusal to register.”

²³ “Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (b) that the Tribunal has *manifestly* exceed edits Powers...”

²⁴ Trans-Global Petroleum, Inc. v The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/07/25), para. 88 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C254/DC750_En.pdf, 06.06.2017.

²⁵ Michele POTESA/Marija SOBAT, *Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, Journal of International Dispute Settlement, C. 3, S. 1, 2012, s. 151.

tahkim davalarına kıyasla daha da yüksek eşikten anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir²⁶.

*RSM Production Corporation and others v. Grenada*²⁷ davasındaki kesin hükmün varlığı, hukuki dayanaktan yoksunlukta arandığı belirtilen açıklığa misal gösterilebilir. Bu tahkim davası, davacılar Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg ve RSM Production Corporation (“RSM”) ile davalı Grenada devleti arasında olup, davanın temeli RSM ile Grenada arasında 1996 yılında akdedilen bir sözleşmeye dayanmaktadır. Sözleşmeye göre, sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren 90 gün içerisinde RSM talepte bulunacak olursa, Grenada, RSM’ye petrol arama ruhsatı vermeyi taahhüt etmektedir. RSM, 2004 yılında Grenada’ya petrol arama ruhsatı için başvuruda bulunmuş fakat Grenada talebin sözleşmede belirtilen süre geçtikten sonra yapıldığından bahisle ruhsat verme taahhüdü altında olmadığını bildirmiştir²⁸. Sözleşmedeki tahkim kaydının ICSID tahkimine yargılama yetkisi vermesi sebebiyle RSM tahkim yoluna gitmiş ve 2009 yılında karara çıkan tahkim yargılaması²⁹ sonucunda RSM’nin bütün iddiaları reddedilmiştir. Sonrasında RSM, konvansiyonun 52. maddesi kapsamında karar için iptal prosedürünü başlatmış olsa da, gerekli yargılama masraflarını yatırmadığı için prosedür sonlanmış ve karar kesinleşmiştir.

2010 yılında RSM ve RSM’nin hissedarları R., S., M. Grynberg, bu kez *Amerika Birleşik Devletleri ve Grenada Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması’na*³⁰ (“BIT”) dayanarak bahse konu tahkim davasını açmışlardır. Grenada, iddiaların açıkça hukuki dayanaktan

²⁶ Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras (ICSID Case No. ARB/09/4) , Annulment, para. 125 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C581/DC4092_Sp.pdf, 06.06.2017; Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/22), Annulment, para. 81 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2400/DC7673_Sp.pdf, 06.06.2017; MARKERT, s. 705.

²⁷ RSM Production Corporation and others v. Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C980/DC1792_En.pdf, 06.06.2017.

²⁸ RSM v. Grenada, para. 1.4.1 - 1.4.2.

²⁹ RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14 (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/14>, 06.06.2017.

³⁰ The Treaty Between the United States of America and Grenada Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 1986 (Çevrimiçi) <https://www.state.gov/documents/organization/43562.pdf>, 06.06.2017.

yoksun olduğunu ve Tahkim Kuralları m. 41/5 gereğince hızlandırılmış muhakeme ile davanın reddini talep etmiştir. Grenada'ya göre; öncelikle dava çerçevesindeki iddiaların ana dayanağı RSM'nin 2004 yılındaki ruhsat başvurusudur ve davacılar sözleşme ihlalini ispatlayamadığı için iddiaların reddedilmesi gerekir³¹. Kaldı ki, hakem kurulu Grenada'nın sözleşmeyi ihlalini incelemeye de yetkili değildir çünkü zaten bütün bu iddialar davacı tarafından önceki tahkim yargılamasında öne sürülmüş ve reddedilmiştir. Daha önce yargılama konusu olmuş bu iddiaların tekrar değerlendirilmesi, kesin hüküm doktrinlerine (*resjudicata/collateralestoppe*) aykırı olup aynı zamanda konvansiyonun 53. maddesinin ihlali anlamına gelecektir³². Zira ICSID Konvansiyonu m. 53'e göre; "*Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır. Taraflar, bu sözleşme hükümlerine göre kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyacaklar ve hükümlerini yerine getireceklerdir.*" Davacılar ise karşılık olarak; iddialarının taraflar arasındaki sözleşmeye dayanmadığını, Amerika Birleşik Devletleri ve Grenada Arasında Karşılıklı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması'na dayandığını söyleyerek, Grenada'nın sözleşmeyi ihlal etmese bile anlaşmayı ihlal ettiğini belirtmişlerdir³³. Bununla birlikte önceki davada, hakem kurulunun anlaşmaya dair bir tespitte bulunmadığını, davacılarından R., S., M. Grynberg'in önceki davada taraf olmadığını ve önceki davanın kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan yolsuzluk bulgularının varlığı dolayısıyla bu davanın farklı iddialara ve bulgulara dayalı olduğunu, bu sebeplerden dolayı davalının itirazlarının reddedilmesi gerektiğini söylemişlerdir³⁴.

Hakem kurulu; davacılar R., S., M. Grynberg'in önceki davada taraf olmamasının iddialarına yardımcı olmayacağını zira bir tüzel kişilik olan RSM'nin sözleşmeye ve yatırımlara kendisinin taraf olduğunu, önceki dava zamanında da davacı gerçek kişilerin şirketin hisselerinin tamamına sahip olduğunu ve şirketi kontrol ettiklerini, kendilerine karşı öne sürülebilecek iddialarda şirketin tüzel kişiliğini kalkan olarak kullanabilmelerinin külfetine de katlanmaları gerektiğini ve bu sebeplerle gerçek kişi davacıların da

³¹ RSM v. Grenada, para. 4.6.2.

³² RSM v. Grenada, para. 4.6.3.

³³ RSM v. Grenada, para. 5.1.2.

³⁴ RSM v. Grenada, para. 5.1.3.

önceki davanın sonuçlarıyla bağlı olduklarını belirtmiştir³⁵. Yine davacıların karardan sonra öğrendikleri gelişmeleri konvansiyonun 51. maddesi ile iptal prosedürü çerçevesinde öne sürme olanağı bulunmaktayken³⁶, yeni bir tahkim davasıyla bu bulguların değerlendirilmesinin konvansiyonun 53. maddesine aykırılık teşkil edeceği yönünde kanaatlerini belirtmişlerdir³⁷. Hakem kurulu, davacının iddialarının önceki yargılamadaki bulguların tekrar değerlendirilmeden sonuca bağlanamayacağını, davacıların önceki tahkim kararıyla bağlı olduklarını ve bu sebeplerle Tahkim Kuralları m. 41/5 kapsamında davalının “iddiaların açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu” yönündeki itirazının kabulüne ve davanın reddine karar vermiştir³⁸.

B. Hızlandırılmış Muhakeme Usulünün Kapsamı

TK m. 41/5 bakımından değerlendirilmesi gereken en önemli hususlardan biri de maddenin kapsamıdır. Özellikle hangi iddiaların öne sürülebileceği, iptal prosedüründe hızlandırılmış muhakeme usulünün uygulanabilirliği ve maddi olgular üzerindeki kanaatlerin incelenmesi gerekmektedir.

1. Yargı Yetkisine İlişkin İddialar

Her ne kadar TK m. 41/5’te hakem kurulunun yargı yetkisine ilişkin itirazda bulunulabileceği açıkça belirtilmemiş olsa da, madde kapsamında taraflar, uyuşmazlığın esasıyla birlikte yargı yetkisine ilişkin itirazda da bulunabilirler³⁹. *Brandes v. Venezuela* davasında davacı taraf, davalı tarafın TK m. 41/5 kapsamında yargı yetkisine dair itirazda bulunamayacağını zira ICSID Konvansiyonu m. 36/3 gereğince zaten dava istem kaydının, Genel Sekreter’in yetki incelemesinden sonra yapıldığını savunmuştur⁴⁰. Buna

³⁵ RSM v. Grenada, para. 7.1.6-7.1.7.

³⁶ RSM v. Grenada, para. 7.1.15.-7.1.16.

³⁷ RSM v. Grenada, para. 7.1.14.

³⁸ RSM v. Grenada, para. 7.2.1.

³⁹ POTESTA/SOBAT, s. 158; MARKERT, s. 698; Chester BROWN/Sergio PUIG, *The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, C. 10, S. 2, 2011, s. 251.

⁴⁰ Brandes Investment Partners, LP v Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/08/3), para. 48 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C266/DC1170_En.pdf, 06.06.2017.

karşın hakem kurulu; Genel Sekreter'in incelemesinin yalnızca tahkim talebiyle birlikte kendisine sunulan bilgilerle sınırlı olduğunu, hızlandırılmış muhakeme usulünün esas amacının tarafları uzun ve masraflı yargılama sürecinden kurtarmak olduğunu ve bu yüzden incelemeyi de yalnızca uyuşmazlığın esasıyla sınırlı tutmak için bir sebep bulunmadığını; ayrıca hukuki dayanaktan yoksunluğun kapsamına yargı yetkisinin bulunmadığı itirazının da dahil edilebileceğini belirtmiştir⁴¹. Hakem kuruluna göre yargı yetkisine itirazın incelenebileceği üç aşama bulunmaktadır: Birincisi ICSID Konvansiyonu m. 36/3 ile Genel Sekreter'in incelemesi, eğer bu aşama geçilirse TK m. 41/5 kapsamında hızlandırılmış muhakeme ile hakem kurulunun incelemesi ve bu aşamanın da geçilmesi halinde TK. m. 41/1 kapsamında hakem kurulunun yetki incelemesi⁴².

TK m. 41/1'e göre yapılan yargı yetkisine itiraz ile m. 41/5'e göre ilk itiraz birbiriyle karıştırılmamalıdır. Zira birincisinde hakem kurulu, yargı yetkisine ilişkin bütün gereklilikler ile önüne gelen vakaları ilişkilendirerek bütünüyle, kapsamlı bir değerlendirme yapmakta ve kesin bir karara varmaktadır. Oysa m. 41/5'e göre yapılan itirazda hakem kurulu, kısa, özet bir değerlendirme yapmakta ve yalnızca açıkça yargı yetkisinin bulunmadığı hallerde itirazı kabul etmektedir⁴³. İtirazın reddedilmesi durumunda ise bu kesin bir karar değildir zira itirazı yapan tarafın aynı itirazı daha sonra m. 41/1 ile tekrar ileri sürebilme imkanı bulunmaktadır⁴⁴. Bu husus m. 41/5'te açıkça belirtilmiştir: "*Hakem kurulunun kararı, tarafların bu maddenin birinci fıkrasına göre veya dava süresince bir iddianın hukuki dayanaktan yoksun olduğuna dair itirazda bulunma haklarına hanel getirme.*"

Hızlandırılmış muhakeme ile yargı yetkisi itirazının incelenmesine *Globex v. Ukraine* davası da örnek olarak gösterilebilir. Bu davada Ukrayna hükümeti, ABD menşeli şirketler olan Globex International Inc. ve Global Trading Resource Corp. (birlikte "*Globex*") ile Ukrayna şirketi Alan Trade üzerinden kümes hayvanları ürünlerine ilişkin çeşitli alım-satım sözleşmeleri akdetmiştir. Sözleşmeler aslen, hükümetin Ukrayna kümes hayvanları ürünleri piyasasında rekabeti düzenleme ve tüketici lehine fiyatları düşürme

⁴¹ Brandes v. Venezuela, para. 51-52-55.

⁴² Brandes v. Venezuela, para. 53.

⁴³ MARKERT, s. 699.

⁴⁴ Aissatou DIOP, *Objection Under Rule 41 (5) of the ICSID Arbitration Rules*, ICSID Review, C. 25, S. 2, 2010, s. 335.

programının bir parçasıdır⁴⁵. Alan Trade şirketi sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş ve Globex, Ukrayna'nın sözleşmeler üzerinde teminatı olduğundan bahisle, *Amerika Birleşik Devletleri ve Ukrayna Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'na*⁴⁶ (BIT) dayanarak bahse konu tahkim davasını açmıştır. Bunun üzerine Ukrayna, TK m. 41/5 gereğince davacının iddialarının açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunmuştur. Ukrayna'ya göre; uyuşmazlığın temelinde milletlerarası mal satım sözleşmeleri bulunmaktadır ve bu ticari işlemler ne BIT kapsamında ne de konvansiyonun 25. maddesi kapsamında "yatırım" olarak değerlendirilemeyeceği için hakem kurulu davayı görmeye yetkili değildir⁴⁷. Davacı tarafa göre ise; sözleşmeler tipik mal satım sözleşmeleri gibi gözükmesine rağmen sözleşmelerin müzakeresi ve akdedilmesi sürecinde Ukrayna hükümet yetkililerinin oynadığı rol ve sözleşmelerin hükümet politikasının bir parçası olması sebebiyle, sözleşmeden doğan ilişki bir yatırım oluşturmaktadır⁴⁸. Hakem kurulu öncelikle *Brandes v Venezuela* kararına atıfla, yargı yetkisine ilişkin itirazı m. 41/5 kapsamında görebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur⁴⁹. Sözleşmelerin salt ticari işlemler olduğunu ve hiçbir şekilde konvansiyonun 25. maddesi kapsamında yatırım olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir⁵⁰. Böylece davacının iddialarının açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğuna ve bu sebeple davanın reddine karar verilmiştir⁵¹.

2. İptal Davasında Uygulanabilirlik

ICSID Konvansiyonu'nun 52. maddesi ile konvansiyona özgü bir iptal prosedürü getirilmiştir. Maddeye göre; "*Taraflardan biri aşağıdaki hallerden birini veya bazılarını öne sürerek, Genel Sekreterliğe yazılı başvuru*

⁴⁵ Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/09/11), para. 36 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C660/DC1771_En.pdf, 06.06.2017.

⁴⁶ Treaty Between the United States of America and Ukraine Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1994 (Çevrimiçi) <https://www.state.gov/documents/organization/210531.pdf>, 06.06.2017.

⁴⁷ Globex v.Ukraine, para. 41.

⁴⁸ Globex v.Ukraine, para. 42.

⁴⁹ Globex v.Ukraine, para. 30.

⁵⁰ Globex v.Ukraine, para. 57.

⁵¹ Globex v.Ukraine, para. 58.

ile kararın geçersiz kılınmasını isteyebilir. a) Kurulun uygun bir şekilde oluşturulmadığı, b) Kurulun yetkisini aştığı, c) Kurul üyelerinden birinin rüşvet aldığı, d) Mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu, e) Kararın dayandığı gerekçeleri belirtmediği.” Belirtilen sebepler ile Genel Sekreterliğe iptal istemi ulaştığında, “Başkan, Hakem Panelinden 3 kişiyi ad hoc Komiteye atar. Bu komite üyelerinden hiçbirisi kararı veren kurulun üyesi, bu kurul üyelerinden hiç birisi ile aynı ülke vatandaşı, anlaşmazlığa taraf olan ülke vatandaşı veya vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan ülkenin vatandaşı, Âkit Ülkelerden biri tarafından Hakem Paneline atanmış veya aynı anlaşmazlığa arabulucu olarak görev yapmış olamazlar. Komite, paragraf 3’de değinilen durumlar çerçevesinde kararın tümünü veya bir parçasını geçersiz kılmaya yetkilidir.”

Esasında tahkim davaları için düzenlenmiş olan hızlandırılmış muhakeme usulünün⁵², iptal davalarında da uygulanabilirliğini değerlendirmek gerekir. TK m. 41/5’te iptal davalarına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Ayrıca madde lafzında “ad hoc komite” yerine “hakem kurulu” denmekte ve iptal talebinden de bahsedilmemektedir. Yine konvansiyonun iptal davası ile ilgili maddelerinde de bu hususa dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki; konvansiyonun 52. maddesinde, iptal davasının yürütülmesinde konvansiyonun farklı maddelerine atıf yöntemi izlenmiştir. Madde 52/4’e göre “Madde 41, 45, 48, 49, 53 ve 54 ile VI ve VII nci kısımlar Komite önündeki Mahkemede de «icabi halinde» uygulanır.” Dolayısıyla iptal davalarında izlenecek usuller için farklı hükümler getirilmesine gerek görülmediğini, bunun yerine genel olarak kıyas yolunun benimsendiğini söylemek mümkündür.

Yine TK m. 53’e göre; “Tahkim Kuralları, kararın yorumu, düzeltilmesi, iptali ve hakem kurulu veya ad hoc komitenin kararıyla ilgili bütün prosedürlere kıyas yoluyla (mutatis mutandis) uygulanacaktır⁵³.” Böylece, TK m. 41/5’in kıyas yoluyla iptal davalarında da uygulanabileceğini söylemek mümkündür⁵⁴. *Elsamex v. Honduras* iptal davasında hakem kurulu, hızlandırılmış muhakeme usulünün iptal davalarında da uygulanabileceğini ve

⁵² MARKERT, s. 701.

⁵³ Arbitration Rules, Rule 53: “The provisions of these Rules shall apply mutatis mutandis to any procedure relating to the interpretation, revision or annulment of an award and to the decision of the Tribunal or Committee.”

⁵⁴ Venoklim v. Venezuela, para. 73; MARKERT, s. 700.

örneğin; iptal talebinde bulunan tarafın iddialarının konvansiyonun 52/1. maddesinde belirtilen sebeplerden birine dayanmadığı durumlarda işlevsel olacağını belirtmiştir⁵⁵.

3. Maddi Olguların Değerlendirilmesi

TK m. 41/5 tasarlanırken “açıkça hukuki dayanaktan yoksun” ifadesinin yerine “açıkça dayanaksız” ifadesi düşünülmüş⁵⁶ fakat daha sonra bu ifadenin kullanımından vazgeçilmiştir. Bunun sebebi, bu aşamada davanın maddi olguları hakkında yersiz tartışmaların önüne geçmektir⁵⁷. Zira maddi olguların değerlendirilmesi, delillere dayalı olarak detaylı bir tahkikat gerektirmektedir. Hızlandırılmış muhakeme usulünün dar kapsamıyla bu tahkikat yapılsa bile, hakem kurulu sağlıklı bir sonuca ulaşamayacağı için bu aşamada maddi olgular üzerinde tartışmaların önüne geçilmek istenmiş ve yalnızca hukuki olgulara dayalı ilk itirazlar madde kapsamına alınmıştır. Fakat *Trans-Global v Jordan* kararında da belirtildiği üzere; genellikle hukuki olgular, maddi olgulara dayanmakta ve bunları birbirinden tamamıyla ayırmak nadiren mümkün olabilmektedir⁵⁸. Bu sorunun aşılabilmesi için; bu aşamada hakem kurulu davacının iddialarının maddi olgulara dayanan kısmını geçici olarak doğru kabul edecek ve doğru olduğu varsayılan maddi olgular üzerinden yalnızca iddiaların hukuki kısmını değerlendirecektir⁵⁹. Fakat davacının iddialarındaki maddi olguların geçici olarak da olsa doğru kabul edilebilmesi için makul ve inandırıcı olması gerekir. Hakem kurulu, açıkça isabetsiz, inandırıcılığı olmayan, dayanaksız ve kötü niyetle öne sürülen maddi olguları doğru olarak kabul etmeyecektir⁶⁰.

Örneğin; *Ansung Housing Co. Ltd. v. People's Republic of China*⁶¹ da-

⁵⁵ *Elsamex v. Honduras*, para. 130.

⁵⁶ Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, s. 7 (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>, 06.06.2017.

⁵⁷ ANTONIETTI, s. 440.

⁵⁸ *Trans-Global v. Jordan*, para. 97.

⁵⁹ BROWN/PUIG, s. 254.

⁶⁰ *Trans-Global v. Jordan*, para. 105; *RSM v. Grenada*, para. 6.1.2; MARKERT, s. 702.

⁶¹ *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China* (ICSID Case No. ARB/14/25) (Çevrimiçi) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/>

vasında davacı taraf pek çok maddi olgu öne sürmesine rağmen, hakem kurulu bunların gerçekliğini tartışmadan geçici olarak doğru kabul etmiş ve doğru kabul ettiği maddi olgular ile yalnızca hukuki değerlendirmede bulunmuştur⁶². 9 Mart 2017 tarihinde karara çıkan tahkim davasının tarafları; Kore Cumhuriyeti yasalarına tâbi olarak kurulmuş davacı Ansung Housing Co. Ltd. şirketi (“*Ansung*”) ile davalı Çin Halk Cumhuriyeti’dir (“*Çin*”). Ansung, 2006 yılında Çin’in Sheyang-Xian bölgesinde golf tesisleri inşa etmek amacıyla yerel yönetim komitesi (“*Komite*”) ile bir yatırım sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşmeye göre yerel yönetim, Ansung’a golf tesislerinin bir kısmı için arazi tahsis edecek ve yatırıma destek olacaktır⁶³. Ansung, golf tesislerinin inşasına başlamış ve 2007 yılında arazinin hemen yakınında bulunan bir parka Çinli bir şirketin golf tesisleri inşa etmeye başladığını gözlemlemiştir. Ansung, bu durumu komiteye bildirmiş ve komite Ansung’a Sheyang-Xian bölgesinde yasal olarak başka bir golf tesisinin inşa edilip, işletilemeyeceği güvencesini vererek, söz konusu faaliyetin lunapark inşaatı olduğunu bildirmiştir⁶⁴. Golf tesisleri inşaatının ilk aşaması bittiğinde Ansung, sözleşmeyle tahsis edilen araziler için komiteye başvurmuş, komite başvuruya cevaben; Çin’in gayrimenkul politikasını değiştirdiğini ve artık sözleşmede öngörülen fiyatla arazi tahsisi yapamayacaklarını, Ansung’un arazi kullanımı için daha yüksek bir fiyat ödemesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁵. Ansung’un talep edilen yüksek fiyatı ödemeyi de kabul etmesine rağmen, komite tarafından proje için gerekli arazinin yalnızca bir kısmı tahsis edilmiştir⁶⁶. 2009 yılında Ansung, lunapark inşaatı olarak bildirilen faaliyetin golf tesisi olarak işletildiğini öğrendikten sonra, yine komiteye başvurarak, hukuksuz olarak faaliyet gösteren tesise yaptırım uygulanmasını talep etmiş fakat talebine tatmin edici bir yanıt alamamıştır. 2010 yılında, planlanandan eksik şekilde de olsa projenin birinci aşaması bitirilmiştir. Fakat 2011 yılında Ansung, komite tarafından temin edilmiş kredinin geri ödemesinde zorluk yaşamıştır. Bunun üzerine komite memurları, golf tesisini ziyaret ederek ödeme talep etmiş ve tesis çalışanlarını darp etmişlerdir⁶⁷. Projenin

DC10053_En.pdf, 06.06.2017.

⁶² Ansung v. China, para. 32.

⁶³ Ansung v. China, para. 36.

⁶⁴ Ansung v. China, para. 40.

⁶⁵ Ansung v. China, para. 41.

⁶⁶ Ansung v. China, para. 44.

⁶⁷ Ansung v. China, para. 47-49-50.

planlanandan eksik şekilde tamamlanması, yakınlarda inşa edilen golf tesisiyle rekabet edilememesi ve yerel memurların tacizleri dolayısıyla Ansung işletmeden zarar etmiştir. Artan zararı engellemek amacıyla projeye yaptığı toplam yatırımdan çok daha düşük bir bedele hisselerini Çinli bir alıcıya satmak zorunda kalmıştır. Bütüne bakıldığında yaptığı yatırımdan dolayı Ansung, büyük bir finansal kayıpla karşılaşmış ve 2011 yılında zarar ederek piyasadan çekilmiştir⁶⁸.

Ansung, *Kore Cumhuriyeti ve Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (BIT)*⁶⁹ anlaşmasına dayanarak zararının tazmini için 2014 yılında ICSID'e başvurmuş ve tahkim talebinde bulunmuştur. Davalı Çin, ilk oturumdan önce, davacının iddialarının açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ve davanın reddedilmesi gerektiğini belirterek, TK m. 41/5'e göre ilk itirazda bulunmuştur. Çin'e göre; Ansung'un, zararın veya kaybın oluşumunu öğrenmesinin üzerinden üç yıldan fazla bir süre geçmiştir. BIT m. 9/7 ile belirlenmiş olan üç yıllık süre geçmiş olduğundan, Ansung zararını talep edemeyecektir. Anlaşmada bulunan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı da davacının zamanaşımına uğrayan iddialarına dayanak olamayacaktır⁷⁰. Bu iddialar karşılığında davacı Ansung, davalının TK m. 41/5 kapsamında yaptığı ilk itirazın reddedilmesi gerektiğini zira davalının zararın öğrenilmesinden itibaren üç yıldan fazla bir süre geçtiği yönündeki iddiasını ispatlayamadığını, kaldı ki üç yıldan fazla zaman geçmiş olsa bile anlaşmada bulunan en ziyade müsaadeye mazhar millet klozu ile Çin'in diğer ülkelerle yaptığı karşılıklı yatırım anlaşmalarının lehe olan hükümlerinin devreye gireceğini ve bu sebeple zamanaşımı def'inin ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir⁷¹.

Hakem kurulunun değerlendirmesine göre; Ansung'un zararı veya kaybı öğrendiği tarih ile tahkim talebini ICSID'e gönderdiği tarih arasında üç yıldan fazla süre bulunmaktadır. BIT'te iddiaların ancak üç yıllık süre içerisinde öne sürülebileceği belirlendiğinden ve bu üç yıllık süre geçmiş olduğundan

⁶⁸ Ansung v. China, para. 51-52.

⁶⁹ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea On the Promotion and Protection of Investments (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3338>, 06.06.2017.

⁷⁰ Ansung v. China, para. 56.

⁷¹ Ansung v. China, para. 57.

Ansung'un iddiaları açıkça hukuki dayanaktan yoksundur⁷². Yine BIT'te bulunan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı da iddiaların zamanaşımına uğramasını engellemeyecektir⁷³. Bu sebeplerden dolayı TK. m. 41/5 gereğince hakem kurulu davacı Ansung'un bütün iddialarının reddine karar vererek, yargılamayı bu aşamada sonlandırmıştır.

C. Usule İlişkin Meseleler

1. Süre

TK m. 41/5'e göre; "*Hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 gün içerisinde ve her halükarda ilk oturumdan önce, taraflardan biri, bir talebin açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunabilir.*" Buna göre madde kapsamında tarafların itirazda bulunabilmesi için 30 günlük kesin süre sınırı getirilmiştir. Fakat ilk oturumun gerçekleşme süresi bu süreyi daraltabilecektir. Her ne kadar ICSID Tahkim Kuralları m. 13'e göre ilk oturum, hakem kurulunun oluşumundan sonraki 60 gün içerisinde görülebilecekse de, taraflar bu hususun aksini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla ilk oturum, hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 günlük süreden daha kısa bir sürede gerçekleşirse, taraflar ilk oturumun gerçekleşeceği süreyle, eğer ilk oturum 30 günden daha uzun bir sürede gerçekleşecekse 30 günlük süreyle bağlı olacaklardır. Her halükârda 30 günlük süre üst sınır olup, ilk oturumun gerçekleşme süresi bunu kısaltabilirse de genişletemeyecektir⁷⁴. 30 günlük süre itirazın yapılabilmesi için kısa bir süre gibi gözükse de, unutulmamalıdır ki; tahkim talebinden sonra hakem kurulunun oluşumu genellikle uzun sürmektedir. Örneğin; *RSM v. Grenada* davasında davacının tahkim talebi 15 Ocak 2010 tarihinde alınmışken, hakem kurulu ancak 5 Ağustos 2010 tarihinde oluşturulabilmiştir⁷⁵. Yine *PNGSPD v. PYG* davasında ise davacının tahkim talebi 17 Ekim 2013 tarihliken, hakem kurulu 17 Haziran 2014'te oluşturulmuştur⁷⁶. Bu süreler de itirazda bulunacak tarafın lehine

⁷² Ansung v. China, para. 122.

⁷³ Ansung v. China, para. 141.

⁷⁴ MARKERT, s. 695.

⁷⁵ RSM v. Grenada, para. 1.1.1.-1.2.5.

⁷⁶ PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea (ICSID Case No. ARB/13/33), para. 4.-8, (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3264/DC5074_En.pdf, 06.06.2017.

değerlendirilebilir. Bu hususta önemle belirtmek gerekir ki; 30 günlük süre sınırı yalnızca itirazın yapılması için geçerli olup, itiraz üzerinde tarafların görüşlerini sunmaları bakımından uygulanmaz. Bu kısım hakem kurulunun takdirinde olacaktır⁷⁷.

Süre bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise, hakem kurulunun itiraz üzerindeki kararını ne zaman verebileceğidir. Madde 41/5'e göre; “*Hakem kurulu, taraflara itiraz hakkındaki görüşlerini sunmaları imkanını verdikten sonra, ilk oturumda yahut ilk oturumdan sonra ivedilikle itiraz hakkındaki kararını taraflara bildirecektir*”. Madde lafzından anlaşılacağı üzere hakem kuruluna iki seçenek sunulmuştur: hakem kurulu ya ilk oturumda karar verecektir ya da ilk oturumdan sonra makul bir süre içerisinde kararını taraflara bildirmesi gerekmektedir. Uygulamada görüldüğü üzere, hakemler genellikle ilk oturumda karar vermek yerine ilk oturumdan sonra karar vermeyi tercih etmektedir. Fakat ilk oturumdan sonra ne zaman karar verileceği konusunda açık bir süre belirlenmemiş yalnızca “ivedilikle” (*promptly*) ifadesi kullanılmıştır. Bu durum farklı uygulamalara yol açmıştır. Örneğin; *Brandes v. Venezuela* davasında ilk oturumdan sonra 4 gün, *Trans-Global v. Jordan* davasında 20 gün sonra karar verilirken, *RSM v. Grenada* davasında ilk oturumdan sonra 46 gün ve *Globex v. Ukraine* davasında 147 gün sonra karar verilmiştir⁷⁸. Kanaatimizce; 147 gün gibi uzun süreler, hem maddenin lafzına hem de usulün ruhuna aykırıdır. Hakem kuruluna bu konuda bırakılan takdir hakkının sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Zira bu aşamada karar vermekte zorlanılıyorsa, hakem kurulunun itirazı reddedip yargılamaya devam etme ve daha kapsamlı bir muhakemeyle karara varma opsiyonu her zaman bulunmaktadır.

2. Görüşlerin Sunulması

TK m. 41/5, hakem kurulunun ancak taraflara itiraz hakkındaki görüşlerini sunmaları imkanını verdikten sonra bir karara varabileceğini belirtmiştir. Ancak madde ile tarafların dinlenilme hakkının nasıl yerine getirileceğine dair bir usul belirlenmemiştir. Ayrıca itirazların ilk oturumdan önce yapılması gerekliliği göz önünde bulundurulursa, genellikle bu aşamada taraflar henüz

⁷⁷ BROWN/PUIG, s. 255.

⁷⁸ BROWN/PUIG, s. 256.

herhangi bir usul üzerinde anlaşmamış olmaktadır⁷⁹. TK m. 20'ye göre, taraflar arasında herhangi bir usul anlaşmasının bulunmadığı durumlarda, hakem kurulu taraflara karar yeter sayısı, yargılamanın dili, kaç layihanın hangi sürelerde sunulacağı, yazılı ve sözlü usul gibi hususlar hakkındaki görüşlerini sorabilir⁸⁰. Yine tarafların anlaşamaması veya yargılamanın nasıl yürütüleceği hakkında farklı sorunlar ortaya çıkarsa ICSID Konvansiyonu m. 44'e göre hakem kurulu re'sen karar verebilecektir⁸¹.

Uygulamada genellikle tarafların karşılıklı olarak birer⁸² ya da ikişer⁸³ yazılı dilekçe sunduğu görülmekte, tarafların şifahi olarak dinlenmesi de ilk oturum vasıtasıyla gerçekleşmektedir⁸⁴.

3. İspat Külfeti

Bir iddianın açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ispat külfeti, itirazı yapan tarafın üzerindedir⁸⁵. Fakat TK m. 41/5 kapsamında maddi olguların ispatının gerekmediği ve bu aşamada delillerin de sunulmadığı düşünüldüğünde, itirazın kabul edilebilmesi için itirazı yapan tarafın ispattan çok ikna yükümlülüğü bulunduğu söylenebilir. Zira bu aşamada zaten maddi olgular tartışılmayacak ve deliller öne sürülmeyecektir. Hızlandırılmış muhakeme usulünde hakem kurulunun ikna olma eşiği yüksektir. İtirazı yapan taraf, iddiaların hiçbir şekilde hukuki argümanlarla desteklenemeyeceğini, ek delillerle iddiaların ikna edilebilirliğinin artmayacağını da ispatlamak zorundadır. Hukuki dayanaktan yoksunluğun şüpheli olduğu, kesinliğin

⁷⁹ ANTONIETTI, s. 440.

⁸⁰ Örneğin; *Globex v. Ukraine* davasında hakem kurulu bu danışmayı telefon vasıtasıyla yapmıştır. Bkz. *Globex v. Ukraine*, para. 18.

⁸¹ MARKERT, s. 696.

⁸² *Brandes v. Venezuela*, para. 4-5; *RSM v. Grenada*, para. 1.3.4; *PNGSPD v. PYG*, para. 12-4; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmiés Szolgáltató Kft. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/12/2), para. 17 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2000/DC4466_En.pdf, 06.06.2017.

⁸³ *Trans-Global v. Jordan*, para. 19-22; *Globex v. Ukraine*, para. 18; *Accession MezzanineCapital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/12/3), para. 20-24 (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2001/DC3012_En.pdf, 06.06.2017.

⁸⁴ MARKERT, s. 697.

⁸⁵ *Brandes v. Venezuela*, para. 69.

bulunmadığı durumlar itirazı yapan tarafın aleyhine değerlendirilecek ve itirazlar reddedilerek yargılamaya devam olunacaktır⁸⁶.

Örneğin; “*PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*”⁸⁷ davasında hakem kurulu davacının iddialarını açıkça hukuki dayanaktan yoksun bulmamış, iddiaların değerlendirilebilmesi için kapsamlı bir tahlil gerekliliği öngörmüş ve davalının m. 41/5 kapsamında yaptığı itirazı reddetmiştir. Bu davada, Singapur yasalarına göre kurulmuş olan PNG Sustainable Development Program Ltd. (“*PNGSPD*”) şirketi, Papua Yeni Gine (“*PYG*”) yasalarına tâbi olarak kurulan OK Tedi Mining Ltd. (“*OTML*”) şirketinin çoğunluk hissedarıdır. OTML’nin, Papua Yeni Gine’nin batısında bulunan Ok Tedi altın ve bakır madenleri için, ayrıcalıklı maden ocağı işletme kira sözleşmesi bulunmaktadır⁸⁸. PNGSPD, bağımsız bir yabancı şirket olarak, bahsi geçen madenlerin işletilmesi ve geliştirilmesi taahhüdünü üstlenmiş olup, buradan elde ettiği geliri de yine Papua Yeni Gine içerisinde sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunarak kullanacaktır⁸⁹. 2013 yılında, PYG, PNGSPD’nin OTML’deki hisselerinin doğrudan ilgasına yönelik iki yasa çıkarmıştır⁹⁰. Bunun üzerine PNGSPD, ICSID kapsamında tahkim talebinde bulunarak, PYG’nin kendilerine ve yatırımlarına karşı olarak planlı bir politika yürüttüğünü, bu minvalde yatırım kanunlarının ihlal edildiğini ve hukuksuz kamulaştırma yapıldığını iddia etmiştir. Bununla birlikte, PYG’nin yatırım kanunlarından birinde bulunan en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı aracılığıyla, PYG’nin diğer devletlerle yaptığı yatırım anlaşmalarındaki yatırımların korunacağına dair hükümleri de iddiasına dayanak olarak sunmuştur. PYG ise m. 41/5 çerçevesinde, PNGSPD’nin iddialarının *açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu* itirazında bulunarak; yatırım kanunlarında ICSID Konvansiyonu m.

⁸⁶ RSM v. Grenada, para. 6.1.3; Globex v. Ukraine, para. 33.

⁸⁷ PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea (ICSID Case No. ARB/13/33) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3264/DC5074_En.pdf, 06.06.2017.

⁸⁸ PNGSPD v. PYG, para. 17.

⁸⁹ PNGSPD v. PYG, para. 19.

⁹⁰ Mining (Ok Tedi Tenth Supplemental Agreement) Act 2013 (Çevrimiçi) http://www.parliament.gov.pg/uploads/acts/13A_09.pdf, 06.06.2017; Mining (Ok Tedi Mine Continuation) (Ninth Supplemental Agreement) (Amendment) Bill 2013 (Çevrimiçi) <http://devpolicy.org/pdf/blog/Mining%20-%20Ok%20Tedi%20Mine%20Continuation%20-%209th%20Supplemental%20Agreement.pdf>, 06.06.2017.

25 çerçevesinde merkezin yargı yetkisine rıza içeren bir hüküm bulunmadığını, yine madenlerin işletilmesinden elde edilen gelirlerin sürdürülebilir kalkınma amacıyla kullanılacağını ve PNGSPD hissedarlarının bu gelirlerden faydalanamayacağını, dolayısıyla m. 25 kapsamında bir yatırımın söz konusu olmadığını ve son olarak PNGSPD'nin en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı aracılığıyla farklı anlaşmalardaki korumalardan da yararlanamayacağını belirtmiştir⁹¹.

Hakem kurulu, uyuşmazlığın konvansiyonun 25. maddesi kapsamında yatırım ve rızanın var olup olmadığı konusu ile en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydının mevcudiyeti ve uygulanabilirliği konularında toplandığını tespit etmiştir. Bu hususların karmaşık hukuki ve maddi olgulara dayandığını ve bu olgular üzerinde karara varılabilmesi için kapsamlı bir tahlil yapılması gerekliliği vurgulanarak⁹², bu kapsamlı tahlilin de hızlandırılmış muhakeme ile yapılmasının uygun olmayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple hakem kurulu; PYG'nin m. 41/5 kapsamındaki itirazlarının reddine ve yargılamanın devamına karar vermiştir⁹³.

D. Kararın Şekli

TK. m. 41/5 kapsamında hakem kurulunun vereceği karar itirazların tamamıyla kabulü şeklinde olmadıkça, hakem kurulunun kararını taraflara yazılı bildirme zorunluluğu yoktur. Hakem kurulu itirazı reddettiğini veya itirazları kısmen kabul ettiğini taraflara şifahen bildirebilir⁹⁴. Bu durumda yargılamaya devam edilecek ve hakem kararı yargılamanın sonunda verilecektir. Fakat m. 41/6'ya⁹⁵ göre; “Eğer hakem kurulu, uyuşmazlığın yargı yetkisi kapsamına girmediğine veya bütün iddiaların açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğuna hükmederse, bu hususta hakem kararı verecektir.” Hakem kurulu bütün iddiaların açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirlerse, bu aşamada yargılamaya devam etmeyeceği için kararını ICSID

⁹¹ PNGSPD v. PYG, para. 33-47.

⁹² PNGSPD v. PYG, para. 98-99.

⁹³ PNGSPD v. PYG, para. 100.

⁹⁴ BROWN/PUIG, s. 256.

⁹⁵ Arbitration Rules, Rule 41/6: “If the Tribunal decides that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or not within its own competence, or that all claims are manifestly without legal merit, it shall render an award to that effect.”

Konvansiyonu m. 48'e göre verecektir. Buna göre; "(1) Kurul sorunlara üye çoğunluğu ile karar verir. (2) Kurulun kararı yazılı olacak ve oy veren tüm üyelerce imzalanacaktır. (3) Karar, kurula sunulan her sorunu içerecek ve temel alınan gerekçeleri belirleyecektir. (4) Kurulun herhangi bir üyesi karara kendi fikrini veya muhalefet şerhini, çoğunluğa katılsa da katılmasa da ekleyebilir. (5) Merkez tarafların rızası olmadan kendiliğinden kararı yayınlamayabilir." Bu durumda konvansiyonun 49. maddesi de geçerli olacaktır: "(1) Genel Sekreter taraflara kararın tasdik edilmiş örneklerini tebliğ eder. Karar, tebliği tarihinde yürürlüğe girer. (2) Kurul, kararın verilmesini izleyen 45 gün içerisinde taraflardan birinin başvurusu halinde diğer tarafı da haberdar ederek, kararda atladığı bir sorun hakkında karar verebilir ve karardaki, yazım, aritmetik veya benzeri hataları düzeltebilir. Kurulun kararı aslî kararın bir parçası olacak ve asıl karar gibi tebliğ edilecektir. 51'inci maddenin 2'nci paragrafında ve 52'nci maddenin 2'nci paragrafında sağlanan zaman dilimleri kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır."

Hakem kurulu tarafından verilen karar, konvansiyonun 53. maddesi gereğince tarafları bağlayıcı olmakla birlikte 50, 51 ve 52. maddeleri gereğince yorum, düzeltme ve iptal prosedürlerine de açıktır.

Sonuç

Çalışmamız kapsamında ICSID tahkiminde hızlandırılmış muhakeme usulü irdelenmiş ve bu amaçla TK m. 41/5 detaylıca incelenmiştir. Genel olarak maddenin, mesnetsiz iddiaların yargılama süreci uzamadan reddedilebilmesi ve böylece tarafların zamandan ve masraftan tasarruf etmeleri amacıyla düzenlendiğini söylemek mümkündür. Fakat bu çerçevede, yargılamaya ek bir usul getirilmiş olması ve bu usulün kötü niyetle kullanılması durumunda yargılama sürecini ve masrafları arttırabileceği eleştirisi de göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁶.

2006 yılından bu yana ICSID bünyesinde hızlandırılmış muhakeme usulüyle, yirmi beş davada ilk itirazlar değerlendirilmiştir⁹⁷. Hakem kurul-

⁹⁶ SCHREUER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, s. 544.

⁹⁷ Decisions on Manifest Lack of Legal Merit (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx>, 06.06.2017.

larının iddiaları reddetmek için belirlediği yüksek standartlar dolayısıyla yalnızca üç davada davacının iddiaları tamamıyla⁹⁸ ve üç davada da kısmen⁹⁹ reddedilmiştir. Bu davaların yirmisi, 2013 yılından sonra karara bağlanmıştır. Bu da konunun halen güncelliğini koruduğunu ve hakem kurullarının önümüzdeki yıllarda da, bu konuda çeşitli içtihatlar ortaya koyabileceğini göstermektedir.

⁹⁸ Globex v. Ukraine, RSM v. Grenada, Ansung v. China.

⁹⁹ Trans-Global v. Jordan, Emmis v. Hungary, Accession Mezzanine v. Hungary.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- ANTONIETTI, Aurélie; *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, ICSID Review, C.21, S.2, 2006, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/icsidreview/21.2.427>, 06.06.2011.
- BROWN, Chester/PUIG, Sergio; *The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, the Law and Practice of International Courts and Tribunals, C. 10, S. 2, 2011.
- CHEN, Tsai-fang; *Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement*, Contemporary Asia Arbitration Journal, C. 8, S. 1, 2015, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2612406>, 06.06.2011.
- DIOP, Aissatou; *Objection Under Rule 41 (5) of the ICSID Arbitration Rules*, ICSID Review, C. 25, S. 2, 2010.
- H. SCHREUER/Christoph/MALINTOPPI, Loretta/REINISCH, August/SINCLAIR, Anthony; *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- ICSID Secretariat; *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 2004 (Çevrimiçi) <http://pge.gob.ec/images/documentos/2016/Biblioteca/NOTA%20175/NOTA%20175%20INGLES.pdf>, 06.06.2016.
- MARKERT, Lars; *Special Focus Issue: Summary Dismissal of ICSID Proceedings*, ICSID Review, C. 31 S. 3, 2016.
- POTESTA, Michele/SOBAT, Marija; *Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, Journal of International Dispute Settlement, C. 3, S. 1, 2012.
- PUIG, Sergio/BROWN, Chester; *The Secretary-General's Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, C. 27, S. 1, 2012.
- R. PARRA, Antonio; *The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, IC-

- SID Review - Foreign Investment Law Journal, 2007 (Çevrimiçi) http://www.arbitration-icca.org/media/4/78190667822874/media-012223869085220article_on_icsid_regs_rules.pdf, 06.06.2017.
- Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China: (ICSID Case No. ARB/14/25) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf, 06.06.2017.
- Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary: (ICSID Case No. ARB/12/3) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2001/DC3012_En.pdf, 06.06.2017.
- Brandes Investment Partners, LP v Bolivarian Republic of Venezuela: (ICSID Case No. ARB/08/3) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C266/DC1170_En.pdf, 06.06.2017.
- Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras: (ICSID Case No. ARB/09/4) , Annulment, (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C581/DC4092_Sp.pdf, 06.06.2017.
- Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmiés Szolgáltató Kft. v. Hungary: (ICSID Case No. ARB/12/2) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2000/DC4466_En.pdf, 06.06.2017.
- Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine: (ICSID Case No. ARB/09/11) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C660/DC1771_En.pdf, 06.06.2017.
- PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea: (ICSID Case No. ARB/13/33) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3264/DC5074_En.pdf, 06.06.2017.
- RSM Production Corporation v Grenada: ICSID Case No. ARB/05/14 (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/14>, 06.06.2017.

RSM Production Corporation and others v. Grenada: (ICSID Case No. ARB/10/6) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C980/DC1792_En.pdf, 06.06.2017

Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan: (ICSID Case No. ARB/07/25) (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C254/DC750_En.pdf, 06.06.2017.

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela: (ICSID Case No. ARB/12/22), Annulment (Çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2400/DC7673_Sp.pdf, 06.06.2017.

Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea On the Promotion and Protection of Investments (Çevrimiçi) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3338>, 06.06.2017.

Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Çevrimiçi) http://www.sccinstitute.com/media/159828/final_draft_arbitration-rules-17112016.pdf, 06.06.2017.

Chile - United States Free Trade Agreement, 2003 (Çevrimiçi) https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf, 06.06.2017.

Decisions on Manifest Lack of Legal Merit (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx>, 06.06.2017.

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, 06.06.2017.

Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement, 2004 (Çevrimiçi) https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf, 06.06.2017.

- ICSID Additional Facility Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/AFR_English-final.pdf, 06.06.2017.
- ICSID Arbitration Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf, 06.06.2017.
- ICSID Convention, Regulations and Rules (Çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf, 06.06.2017.
- Mining (Ok Tedi Tenth Supplemental Agreement) Act 2013 (Çevrimiçi) http://www.parliament.gov.pg/uploads/acts/13A_09.pdf, 06.06.2017.
- Mining (Ok Tedi Mine Continuation) (Ninth Supplemental Agreement) (Amendment) Bill 2013 (Çevrimiçi) <http://devpolicy.org/pdf/blog/Mining%20%20Ok%20Tedi%20Mine%20Continuation%20%209th%20Supplemental%20Agreement.pdf>, 06.06.2017.
- SIAC Rules 2016 (Çevrimiçi) <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>, 06.06.2017.
- SIAC Investment Arbitration Rules (Çevrimiçi) <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf>, 06.06.2017.
- The Treaty Between the United States of America and Grenada Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 1986: (Çevrimiçi) <https://www.state.gov/documents/organization/43562.pdf>, 06.06.2017.
- Treaty Between the United States of America and Ukraine Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1994 (Çevrimiçi) <https://www.state.gov/documents/organization/210531.pdf>, 06.06.2017.
- Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>, 06.06.2017.

2004 US Model Bilateral Investment Treaty (Çevrimiçi) https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf, 06.06.2017.

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE GİZLİLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CONFIDENTIALITY OBLIGATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Araş. Gör. Dr./Res. Asst., Dr./PhD. Cemre TÜYSÜZ*

Öz

Gizlilik ve mahremiyet birbirlerine çok benzeyen ama bir o kadar da birbirlerinden farklı olan kavramlardır. Milletlerarası ticari tahkim, milletlerarası ticaret uygulayıcıları tarafından uyuşmazlık çözüm yolu olarak sıklıkla tercih edilen bir yoldur. Tarafların ticari sırlarının ve gizli bilgilerinin korunması tahkimin tercih edilme nedenlerindedir. Tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri diğer tarafa ait bilgiler genel itibariyle gizli bilgi olarak kabul edilmektedir. Edinilen bu bilgilerin üçüncü kişilere açıklanamayacağı ve gizli kalacağı konusu ise, gizlilik yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Abstract

Confidentiality and privacy are similar concepts, on the other hand they are also distinctive. International commercial arbitration is commonly chosen by the international commercial practitioners for dispute resolution. Protection of trade secrets and confidential information is a ground for preferring arbitration. Information obtained during arbitral proceedings regarding counterparty, commonly deemed as confidential. Disclosure of such information is considered under the confidentiality obligations in arbitral proceedings.

Anahtar Kelimeler: *Milletlerarası ticari tahkim, Gizlilik yükümlülüğü, Mahremiyet, Ticari sır, Gizli bilgi.*

Keywords: *International commercial arbitration, Confidentiality obligation, Privacy, Trade secrets, Confidential information.*

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana, Türkiye, cemretuysuz@yahoo.com.

** Makale Gönderim Tarihi: 18.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 25.12.2017.

Giriş

Milletlerarası ticari tahkim günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla tercih edilen yollardan birisidir. Uyuşmazlığın çözülebilmesi amacıyla tahkim yoluna başvurulmasının nedenleri çeşitlilik arz etmektedir. Taraflarca tahkim yoluna başvurulma nedenleri arasında tarafsızlık ve bağımsızlık, kararların daha çabuk alınması, hakemlerin karar verirken milli mahkemelere nazaran daha serbest hareket etmesi, hakem kararlarının icrasının milli mahkemelere nazaran daha yaygın olması ve yargılamanın gizli yapılması sayılabilecektir.

Yukarıda sayılan tahkime başvurma nedenlerinden gizlilik konusu büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki, milli mahkemelerde yapılacak yargılamalar halka açık olduğundan taraflara ait kamuya açık olmayan bilgilerin de ifşa edilme riski bulunmaktadır. Ancak tahkim yargılamasının kural olarak taraflar dışındaki kimselere kapalı olması nedeniyle, taraflara ait gizli bilgilerin ortaya çıkmaması milli mahkemelere nazaran daha kolay olabilecektir.

Çalışmamızda incelediğimiz gizlilik yükümlülüğü ise, sadece yargılamanın gizli yapılmasını değil, tarafların yargılama sırasında edindikleri bilgileri yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamamasını da içermektedir.

I. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

A. Genel Olarak

Tahkime başvurma nedenlerinden biri yargılamanın gizli yapılmasıdır¹. Burada anlatılmak istenen genel itibarıyla, tahkim yargılaması sırasında taraflardan başka kimselerin, milli mahkemelerden farklı olarak, yargılamaya katılamamaları, tarafların yargılama esnasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamamasıdır².

Bilindiği üzere Türk medeni usul hukukunda mahkemelerde yapılan hukuk yargılamaları aleniyet ilkesi gereği (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

¹ Tahkime başvurma nedenleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs., İstanbul, 2016, s. 219-222. Yine aynı konuda bkz. Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk)*, Ankara 1986, s. 62-69.

² Gary BORN, *International Commercial Arbitration*, C. II, Londra 2014, 2. Bs., s. 2782.

Kanunu³ m. 28) halka açıktır. Kaldı ki, taraf olamayan kişilerin uyuşmazlığa ilişkin dava dosyalarından bilgi elde etmeleri ve dosyaları incelemeleri de ihtimal dâhilindedir⁴. Böyle bir durumda yargılama sırasında taraflarca dava dosyasına sunulan kendilerine ait bilgiler, ticari sırlar, patent, *know how* gibi fikri mülkiyet hakları ve mâli durumlarına ilişkin beyanlar da dava ile ilgisi olmayan kişilerin de bilgisine sunulmaktadır⁵.

Devlet mahkemesi yargılamalarındaki aleniyetin, bilgilerini sunan taraf açısından sorun yaratabileceği durumlar söz konusu olabilecektir. İşte bu tür bilgilerin kolay ulaşılabilir şekilde halka açıklanmasının engellenmesinde menfaati olan tarafın tahkim yargılamasını tercih etmesi doğaldır. Şöyle ki, tahkim yargılaması gizli yapılmaktadır. Aynı zamanda tahkim yargılaması sonunda da taraflar arasında söz konusu gizlilik devam edecektir⁶.

Taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasında gizliliğin kapsamı belirlenmiş veya belirlenmemiş olabilir. Ek olarak, taraflarca yetkili kılınan hukukun veya kurumsal tahkim kurumunun gizlilik yükümlülüğüne ilişkin kabul ettiği kurallar söz konusu olabilecektir. Gizlilik yükümlülüğü kapsamına ne tür

³ RG. 04.02.2011 T., S. 27836.

⁴ Avukatlık Kanunu'nun işlerin stajyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma başlıklı 46. maddesine göre; avukatlar veya stajyerler, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur (m. 46/2). Böylelikle davanın tarafı olmayan avukatların Türk mahkemelerinde görülen davalardan bilgi edinmesi imkânı bulunmaktadır.

⁵ Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gizlilik kararı kapsamında değerlendirilen belgelerin incelenmesi hâkimin iznine bağlı tutulmuş olsa da (m. 161/2), aleniyet ilkesi gereği gizlilik kararı ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde verilebilir. Aynı zamanda bu gizliliğin kapsamına ticari sırlar girmemektedir. Kaldı ki, 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında "*ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması nedeniyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut mahkemece re'sen karar verilir*" ifadesine yer verilmiş olsa da, mevcut kanunda ticari sırlar gizlilik kararı verilebilmesi için gerekli hallerden sayılmamıştır. Maddenin değiştirilerek yürürlüğe girmesi, kanun koyucunun ticari sırları gizlilik kararı ile korumaya değer bir menfaat olarak görmediği şeklinde yorumlanabilecektir. Aksi görüşte bkz. Güray ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017, s. 901.

⁶ Loukas A. MISTELIS, *Confidentiality and Third Party Participation*, Arbitration International, Vol. 21, No. 2, s. 205, Tahkim yargılamasının gizliliği konusunda bkz. François DESSEMONTET, *Arbitration and Confidentiality*, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Arbitration%20&%20Confidentiality.pdf>, American Review of International Arbitration, Vol. 7, No. 3-4, 1996, s. 1.

bilgilerin girdiği tarafların bu konuda anlaşma (*confidentiality agreement*) yapıp yapmadıklarına veya tarafların seçtiği kurumsal tahkimin bu yönde düzenlemelerinin bulunmasına göre ayrı ayrı incelenecektir. Konuyla ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁷ ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁸ düzenlemede bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu konular incelenmeden önce, tahkim uygulamasında sıklıkla kullanılan ve birbirleriyle karıştırılması muhtemel gizlilik (*confidentiality*) ve mahremiyet (*privacy*) kavramlarının incelenmesi gerekmektedir.

B. Mahremiyet ve Gizlilik Yükümlülüğü Kavramları

Mahremiyet, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe sözlüğünde “*kişisel gizlilik*” olarak tarif edilmiştir⁹. Gizliliğin tanımı ise “*bir yetkilinin görevi gereğince öğrendiği devlet işlerini, tanıklık yaparken, yasada gösterilen yönetime uygun biçimde saklaması, söylememesi*” ve “*Genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin kişisel hak ve çıkarlarına zarar verme tehlikesi gösteren durum*” şeklindedir¹⁰. Dolayısıyla Türkçe açısından bakıldığında mahremiyet ve gizlilik arasında büyük fark olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde ise mahremiyet ve gizlilik yükümlülüğü kavramları birbirlerinden farklı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Mahremiyet genel itibariyle tahkim duruşmalarına ve yargılamasına sadece hakemlerin, tarafların ve tarafların yasal temsilcilerinin girebileceğini belirten kavram olarak yorumlanmaktadır¹¹. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü ise mahremiyetten farklı olarak, tarafların tahkim yargılaması

⁷ RG. 05.07.2001 T., S. 24453.

⁸ RG. 04.12.2007 T., S. 26728.

⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a2bd295d8a3d3.08797474. Erişim tarihi 24.11.2017.

¹⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a2bd3473d8389.49858668. Erişim tarihi 24.11.2017.

¹¹ BORN, s. 2782; James HARGROVE, *Misplaced Confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary Commercial Arbitration*, (2009) 3 Disp Res Int'l, s. 47; Catherine; A. ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, 54 University of Kansas Law Review, (2006), 1301 s. 1304; James H. CARTER/John FELLAS, *International Commercial Arbitration in New York*, New York 2010, s. 84.

sırasında edindikleri bilgileri ve hakem kararını tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere vermemelerini sağlayan kavram olarak kabul edilmektedir¹². Bu çalışmada tahkim yargılamasına katılmayı engelleyen mahremiyet yerine, tahkim yargılamasının içerisinde yer alan tarafların, tahkim yargılaması nedeniyle elde ettikleri bilgileri başkaları ile paylaşmamalarını sağlayan gizlilik yükümlülüğü kavramı incelenecektir.

C. Tarafların Gizlilik Konusunda Anlaşma Yapmaları Durumunda Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

Taraflarca gizlilik yükümlülüğü konusunda anlaşma yapılması durumunda yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklanmayacak bilgilerin belirlenmesi, anlaşmanın bulunmadığı hallere nazaran daha kolaydır.

Bilindiği üzere uygulamada sıklıkla taraflar arasında herhangi bir akdî ilişkiye girmeden önce gizlilik anlaşması yapılması olağan hale gelmiştir. Gizlilik anlaşmaları içerisinde tarafların hangi bilgileri gizli bilgi olarak kabul edecekleri ve bu bilgilerin ne şekilde saklanacağı, gizli bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması durumunda tarafların yükümlülükleri vs. gibi konular düzenlenmektedir

Önceden akdedilen gizlilik anlaşmasının taraflar arasındaki bir diğer ilişki olan tahkim yargılamasına da uygulanabilmesi kanaatindeyiz. Şöyle ki, taraflar uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce birbirlerinden öğrendikleri bilgileri karşı tarafın izni olmadan üçüncü kişilerle paylaşmayacakları yönünde anlaşma yapmışlarsa, bu anlaşmaya tahkim yargılamasında ve sonrasında da uymamalarını sağlayacak bir hukuki imkân bulunmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla taraflar arasında gizliliğe ilişkin herhangi bir anlaşma bulunması durumunda gizli bilgilerin neler olduğu ve gizlilik yükümlülüğünün kapsamının tespiti daha kolay olacaktır.

¹² BORN, s. 2782; Michael HWANG/Katie CHUNG, *Defining te Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, Journal of International Arbitration, 26 (5), 609-645, Yıl 2009, s. 609; Hew R. DUNDAS, *Confidentiality in Arbitration: The Final Chapter?*, Asian Dispute Resolution Journal, 2009, s. 26; Philippe FOUCHARD/Emmanuel GAILLARD/Berthold GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, Lahey 1999, s. 773; Leon E. TRACKMAN, *Confidentiality in International Private Commercial Arbitration*. Arb. Int'l, Yıl 2002, s. 1-18, s. 1, CARTER/FELLAS, s. 84.

D. Tarafların Gizlilik Anlaşması Yapmadıkları Durumda Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

Taraflarca tahkime başvurulması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki taraflar arasında tahkim konusunda zımnen de olsa bir anlaşmaya varılmış olması gerekmektedir¹³.

Taraflar arasında yapılmış olan tahkim anlaşması içerisinde tahkim yargılamasına ilişkin tarafların gizlilik yükümlülüğünün kapsamı belirlenmemiş olabilecektir. İşte bu gibi durumlarda gizlilik yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkimde gizlilik yükümlülüğü dar anlamıyla tahkimin varlığının, delillerin, tahkim yargılaması için hazırlanan ve sunulan bilgi ve belgelerin, hakem kararının, taraf olmayan üçüncü kişilere açıklanmamasını ifade eder¹⁴. Bunun yanında tahkim yargılamasına davanın tarafları, yasal temsilcileri ve kendilerinin belirledikleri kişiler dışında kimselerin katılmaması da tahkimde gizlilik/mahremiyet kapsamında değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz kapsamda tahkim yargılamasının gizliliğinin kapsamına esasında yargılama sırasında elde edilen bilgilerin tamamı girebilecektir. Ancak tahkim yargılaması öncesinde gizli bilgiye sahip olan tarafça halka açıklanan bilgilerin gizli bilgi olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Örneğin hisseleri halka arz edilmiş şirketlerin periyodik olarak ilan etmesi gereken mali tablolarının gizli bilgi olarak kabul edilemeyecektir.

Doktrinde tahkimde gizliliğin içeriğine; uyumsuzluğun kendisinin, uyumsuzluğun çözüm mercisinin, tahkim ile ilgili her türlü bilginin, belge ve delillerin, taraflar arasında yazılı ve sözlü anlaşmaların, tahkim yerinin adresinin, hakemlerin kimliğinin, hakem kararının içeriğinin, duruşmaların, hakem heyeti müzakerelerinin, taraflarla tahkim kurumu sekretaryası veya hakemlerle yapılan e-posta yazışmalarının girdiği belirtilmiştir¹⁵. Ancak her bir tahkim yargılamasının özelliğine bakılmaksızın, tahkimle ilgili her hususun tahkimde gizlilik şemsiyesi altında değerlendirilerek baştan gizli

¹³ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, s. 243 vd.

¹⁴ MISTELIS, s. 207; Ergun ÖZSUNAY, *Tahkim Yargılamasında Mahremiyet*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 90.

¹⁵ Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2015, İstanbul, 2015, s. 109.

tutulması; uygulamadaki tahkim kurumlarının kurallarındaki ve tahkim yargılamalarının (örneğin yatırım tahkimleri ile alelade ticari tahkim yargılamaları gibi) niteliklerindeki farklılıklar nedeniyle kanaatimizce uygun değildir.

Burada gizlilik yükümlülüğünün kapsamına girmesi gereken bilgilerin, yargılama öncesinde taraflarca kamunun bilgisine açıklanmamış olan ve yargılama sırasında hakem veya hakem heyeti ile yargılamanın karşı tarafına açıklanan her türlü bilgi olarak kabul edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların tahkim yargılamalarında sorumlu tutulacakları gizlilik yükümlülüğü hakkında önceden anlaşma yapmamaları durumunda, gizlilik yükümlülüğünün kapsamı, tahkimin tâbi olduğu hukuka ve o hukuktaki düzenlemelere göre belirlenecektir.

E. Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü Hakkında Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Tahkime ilişkin uluslararası sözleşmelerde milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğüne doğrudan değinilmemektedir. Doktrinde ise, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nda taraflara tanınmış olan tahkimde serbestlik (*autonomy*) prensibinin, tahkimde gizlilik yükümlülüğünü de kapsadığı belirtilmektedir. Burada belirtmek istenen; New York Konvansiyonu'nda tarafların tahkim prosedürü ile ilgili serbestçe anlaşabilecekleri kabul edildiğinden, tarafların tahkimde gizlilik yükümlülüğü hakkında da karar verebileceğinin yorum yoluyla kabul edilmesidir¹⁶. Ancak bu durumda bile tahkimde gizlilik yükümlülüğü, New York Konvansiyonu'nda doğrudan kabul edilmiş bir konu değildir.

Türk hukukunda olduğu gibi, tahkime ilişkin birçok ulusal düzenlemenin

¹⁶ BORN, s. 2783, 2787; Filip DE LY/Mark FRIEDMAN/Luca RADICATI DI BROZOLO, *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration"*, 28 ArbInt'l, Y. 2012, s. 355.

esas aldığı UNCITRAL¹⁷ Model Kanunu'nda da tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Hatta Model Kanun'un hazırlık aşamasında tahkimde gizlilik yükümlülüğü ile ilgili teklifler sunulmuş, ancak bu konu Model Kanun kapsamında düzenlenmemiştir¹⁸. Genel Sekreter Raporu'nda¹⁹ Model Kanun içerisinde hakem kararlarının yayınlanmasının sınırlandırılması için düzenleme yapılmasında fayda olsa bile, konunun taraf iradelerine bırakılmasının doğru olacağı belirtilmiştir²⁰.

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik konusunun yasal olarak düzenlenmesinde devletler farklı yaklaşımları tercih etmiştir. Devletler tahkimde gizlilik konusunda ya herhangi bir yasal düzenlemede bulunmamışlar ya da tahkimde gizlilik konusunu kabul eden veyahut reddeden düzenlemelerde bulunmuşlardır.

2. Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü Konusundaki Yasal Düzenlemeler

Günümüzde bazı ülkeler, mevzuatlarında konuyla ilgili gizliliği kabul eden veya gizliliği reddeden kuralları kabul etmişlerdir. Aşağıda da inceleneceği üzere gerek tahkime katılan tarafların öğrendikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamamasını şart koşan düzenlemeleri kabul eden ülkelerin, gerekse tahkimde gizliliğin kabul edilmediğini yasal olarak düzenleyen ülkelerin çoğunluğunda kabul edilen prensip; tarafların bu konuda aksine anlaşma yapabilecekleridir. Bu durum ulusal ve uluslararası alanda kabul edilen tahkimde tarafların irade serbestilerinin (*autonomy*) bir uzantısı olarak kabul edilebilecektir.

UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan İspanya²¹, tahkim yargılama-

¹⁷ United Nations Commission on International Trade Law.

¹⁸ BORN, s. 2785.

¹⁹ *Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/CN.9/207, UNCITRAL Yearbook, C. XXII: 1981, s. 77-92.

²⁰ *Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/CN.9/207, UNCITRAL Yearbook, C. XXII: 1981, s. 90.

²¹ 23.12.2003 tarihli 60/2003 sayılı İspanyol Tahkim Kanunu'nun giriş bölümünde UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı açıkça belirtilmektedir. Kanunun İspanya Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çevirisi için bkz. <https://www.google.com.tr/url?sa=>

sında gizliliği yasal olarak düzenleyen devletlerdendir. İspanyol Tahkim Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasında hakemlerin, tarafların ve tahkim kurumlarının; tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri gizli tutacakları açıkça kabul edilmiştir.

Hong Kong Tahkim Kanunu'nun²² 18. maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça; tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgiler ile tahkim yargılaması sonrası verilen hakem kararlarıyla ilgili bilgileri yayımlayamayacakları ve açıklayamayacakları belirtilmiştir. Kanunda ayrıca tarafların bu bilgileri; haklarını arama amacıyla (örneğin yabancı hakem kararının tenfiz edilmesi) veya o hakem kararının iptali için mahkemelere (m. 18/2-a) veya kanundan kaynaklanan bir zorunluluk doğrultusunda devlet kurumlarına, düzenleyici kuruluşlara (*regulatory body*) ve mahkemelere açıklamasının (m. 18/2-b) gizlilik ilkesini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.

2011 tarihli Avusturalya Tahkim Kanunu'nun²³ Gizli Bilgilerin Açıklanması başlıklı 23C maddesinde kanunda belirtilen haller dışında gerek tarafların gerekse de hakem heyetinin gizli bilgileri açıklayamayacakları düzenlenmiştir. Kanunun gizli bilgilerin açıklanabileceği halleri belirten 23 D maddesinde ise, gizli bilgilerin; tarafların anlaşması, tarafların tahkim yargılamasında görevli çalışan ve danışmanlarını bilgilendirmek amacıyla, hakem kararının tenfizi amacıyla, mahkeme tarafından talep edilmiş olması halinde, açıklanmasının yasal olarak zorunlu olması veya düzenleyici kuruluşlar tarafından talep edilmesi gibi durumlarda, açıklanabileceği açıkça düzenlemiştir.

Tahkimde gizliliği yasal olarak düzenleyen Peru'da, hakemlerin, sekreterliğin, tarafların, tanıkların ve tahkim yargılamasına katılan diğer şahısların, Peru Tahkim Kanunu'nun uygulandığı hallerde, tahkim yargılamasında edindikleri bilgileri ve hakem kararını, tahkimin tarafı olmayan üçüncü

t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi6n-mR_zXAhXBCpoKHSqCDxcQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mjjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2FPortal%2F1292426982249&usq=AOvVaw01C3wdf4_oEeEGixN5vlU6. Erişim tarihi: 10.11.2017.

²² Hong Kong Tahkim Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>. Erişim tarihi: 10.11.2017.

²³ Kanun metni için bkz. http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/s23d.html. Erişim tarihi: 12.11.2017.

kişilere açıklayamayacakları belirtilmiştir²⁴ (m. 51).

İskoç hukukunda da tahkimde gizlilik prensibi yasal olarak kabul edilmiştir. İskoç Tahkim Kanunu'nun 26. maddesinde tahkim prosedürü de dâhil olmak üzere tahkim sırasında edinilen gizli bilgilerin, tarafların aksine anlaşma yapmaları, mahkeme tarafından talep edilmesi, kanundan kaynaklanması ve kamu yararının gerektirdiği haller hariç, üçüncü kişilere açıklanmasına karşı dava açılabileceği belirtilmiştir.

Yukarıda sayılan ülke hukukları dışında, tahkime gizliliğe ilişkin yasal düzenlemesi olan Norveç ve Kosta Rika hukuklarında ise, kural tahkimde gizliliğin kabul edilmediği şeklindedir. 14.05.2014 tarihli Norveç Tahkim Kanunu'nun²⁵ 5. maddesinde taraflarca aksine anlaşma yapılmadığı sürece tahkim prosedürünün ve hakem kararlarının gizlilik yükümlülüğü kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

Kosta Rika hukukunda ise konu, şu ana kadar belirtilen düzenlemelerden farklı şekilde ele alınmıştır. 27.04.2011 tarihli Kosta Rika Tahkim Kanunu'nun 38. maddesinde; tahkim duruşmalarının gizli olarak gerçekleştirileceği belirtilmekle beraber, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece hakem kararlarının ilân edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, Kosta Rika Tahkim Kanunu'nun tahkim usulüne uygulandığı yargılamalarda, hakemlerin verecekleri kararları ilan etmesi bir zorunluluktur²⁶. Hakem kararının yayınlanmasının zorunlu olmasının, tahkimde gizlilik yükümlülüğünü bir şekilde ortadan kaldıran bir düzenleme olduğu şüphesizdir.

3. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğüne İlişkin Yasal Düzenleme Bulunmayan Ülkelerdeki Durum

a. Genel Olarak

Gizlilik yükümlülüğü hakkında milletlerarası ticari tahkime ilişkin

²⁴ Peru Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Alfredo BULLARD, *Arbitration Guide, Peru*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012, s. 12.

²⁵ 14.05.2014 tarihli Norveç Tahkim Kanunu'nun Oslo Ticaret Odası tarafından yayınlanan İngilizce metni için bkz. https://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian_Arbitration_Act.pdf. Erişim tarihi: 12.11.2017.

²⁶ 27.04.2011 tarihli Kosta Rika Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Dyalá JIMENEZ, *Arbitration Guide, Costa Rica*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012, s. 10.

mevzuatlarında herhangi bir hüküm bulunmayan ülkelerde mevcut durum, mahkeme kararlarında farklı şekillerde ele alınmıştır. Bazı devlet mahkemeleri tahkimin niteliği itibariyle gizlilik yükümlülüğünü zımnî olarak kabul etmişken, bazı devlet mahkemeleri ise bunun aksi yönünde kararlar vermiştir.

b. Gizlilik Yükümlülüğünün Zımnî Olarak Kabul Edildiği Ülkeler

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü konusunda tarafların her bir olayda gizlilik anlaşması yapması beklenemeyecektir. İşte bu hallerde tahkimde gizlilik yükümlülüğünün olup olmadığı konusu, bu yükümlülüğe ilişkin mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmayan devlet mahkemeleri önünde tartışılabilir. Bazı devlet mahkemeleri milletlerarası ticari tahkimin niteliği gereği, zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir.

İngiliz hukukunda tahkimde gizlilik yükümlülüğünün bulunduğuyla ilişkin bir hüküm açıkça mevzuatta yer almamaktadır. Ancak bu konu 1880 tarihli bir davada tartışılmış, tahkim yargılamasında zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir²⁷. Mahkeme kararında tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları göz önünde olmadan çözmek, kamu önünde hukukî tartışmadan kaçınmak amacıyla tahkimi tercih ettikleri belirtilmiştir. Davanın devlet mahkemesinde görülmesi halinde, davayı kazanan tarafın dahi zarar görebileceği durumların ortaya çıkabileceği de kararda belirtilmiştir²⁸.

Sonraki tarihli İngiliz mahkeme kararlarında da benzer gerekçelerle tahkim yargılaması sırasında edinilen bilgilerin ve hakem kararlarının üçüncü kişilere açıklanmamasının ve tahkimin niteliği gereği gizlilik yükümlülüğünün zımnî olarak kabul edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. *Dolling-Baker v. Merrett*²⁹ kararında; her iki tarafın da tahkim yargılamasında kullanılan belgeleri, notları, delilleri ve tanık/uzman görüşlerini açıklamama konusunda yükümlülüklerinin olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle kararda tahkimin

²⁷ *Russel v. Russel* (1880) 14 Ch.D. 471,474, (İngiliz Yüksek Mahkemesi Kararı), çevirimiçi ulaşım için bkz. https://www.trans-lex.org/302010/_/russel-v-russel-lr-14-ch-d-471/. Erişim Tarihi: 13.11.2017.

²⁸ *Russel v. Russel*, (1880) LR 14 Ch D 474-475.

²⁹ *Dolling-Baker v. Merrett*, 1991, 2 All ER 891, 896.

doğası gereği tarafların zımnî olarak gizlilik yükümlülüğü altında oldukları ifade edilmiştir. Ancak bu yükümlülüğün mutlak surette her zaman geçerli olamayacağı, tarafların hukukî haklarını korumak amacıyla, örneğin hakem kararının iptali davasında, tahkim sırasında edindikleri bilgi ve belgeleri kullanabilecekleri de belirtilmiştir.

Zımnî olarak kabul edilen gizlilik yükümlülüğünün hangi hallerde ortadan kalkabileceği de birçok mahkeme kararında belirtilmiştir. *All Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*³⁰ kararında mahkeme, tahkimin taraflarından birinin hukukî haklarını korumak amacıyla gizli bilgileri açıklamasının makul derecede gerekli olduğu durumlarda, gizlilik yükümlülüğü altında olunamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

*Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.*³¹ kararında da Yüksek Mahkeme İngiltere’de cereyan eden tahkim yargılamalarında ileri sürülen belgelerin başka ülke mahkemelerinde görülen davalarda, mahkemenin yanlış yönlendirilmemesi amacıyla kullanılabilirliğini belirtmiştir.

İngiliz mahkeme kararlarında her bir olayın özelliklerine göre gizlilik yükümlülüğünün ortadan kaldırılması veya devam etmesi yönünde kararlar bulunmaktadır. Ancak gizlilik yükümlülüğünün ortadan kaldırılabilirliğine ilişkin verilen kararlar genel itibariyle, bir mahkeme önünde tarafların haklarını korumak amacıyla yaptığı başvurularda söz konusu olmuştur. Görüleceği üzere gizlilik yükümlülüğünün ne şekilde ortadan kaldırılabilirliği konusunda objektif bir ölçüt İngiliz Mahkeme kararlarında bulunmamaktadır. Bu nedenle, İngiliz Tahkim Kanunu hazırlanırken Danışma Kurulu gizlilik ile ilgili sınırlandırmaların İngiliz hukukunda tam olarak sınırlarının çizilmediği ve bu yönde yasal bir düzenleme yapılmasının İngiliz tahkim uygulamasına zarar vereceğini belirterek, Tahkim Kanunu’nda gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir hükmün olmaması gerektiğini belirtmiştir³².

İsviçre hukukunda tahkim taraflarının gizlilik yükümlülüğü altında olup olmadığına ilişkin bir hüküm İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer

³⁰ *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, 1998, 2 All ER 136, 147. Yine aynı yöndeki bir karar için bkz. *Hassneh Ins. Co. of Israel v. Mew*, 1993, 2 Lloyd’s Rep. 243 (QB).

³¹ *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.*, 2008, EWCA Civ 184.

³² Mark Oliver SAVILLE, *U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill*, 1996, para. 16.

almamaktadır. Ancak taraflarca gizlilik anlaşması yapılması veya içerisinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin kuralların bulunduğu tahkim kurallarına atıfta bulunulması durumunda, tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir³³. İsviçre doktrininde tahkim taraflarının tahkim sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilerle paylaşabilmesi için diğer tarafın rızasını alması gerektiği belirtilmiştir³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi ise verdiği kararlarda hakem kararlarının iptaline ilişkin davalarda hakem kararlarındaki isimlerin kaldırılması yönünde kararlar vermiştir³⁵.

c. Gizlilik Yükümlülüğünün Zımnî de Olsa Kabul Edilmediği Ülkeler

Tarafların tahkim yargılaması ile ilgili olarak gizlilik anlaşması akdetmediği ve mevzuatlarında gizlilik yükümlülüğü konusunda düzenleme bulunmayan bazı devletlerde mahkemeler, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün zımnî de olsa kabul edilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.

Her ne kadar şu anda mevzuatında tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenleme bulunsun da, bu düzenleme öncesinde Avusturalya'da tahkimde zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmekteydi. Avusturalya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararı, tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak üzerinde çokça tartışılması nedeniyle, bu bölümde incelemek istemekteyiz.

*Esso Australian Resources Ltd. v. Plowman*³⁶ davasında Avusturalya Yüksek Mahkemesi tahkimde gizlilik yükümlülüğünün zımnî de olsa kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Davada; devlet ait bir şirketin özel bir şirket ile aralarında cereyan eden tahkim yargılamasında, özel şirket tarafından tahkimde açıklanan ticari bilgilerin (petrol rezervleri, kar marjinleri, devlet

³³ Alexander JOLLES/Maria CANALS DE CEDIEL, *Confidentiality, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, ed. Gabriele KAUFFMAN KOHLER/Blaise STUCKI, Zürih 2004, s. 89.

³⁴ Bernhard BERGER/Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Bs., Zürih 2015, para. 1120; Noradéle RADJAI, *Confidentiality in International Arbitration*, ASA Bulletin 1/2009, s. 49.

³⁵ Pierre-Yves TSCHANZ, *Confidentiality of Swiss Supreme Court Review of Arbitral Awards*, Mondaq İş Sempozyumu, 28 Eylül 2006. Metin için bkz. http://www.tavernierschanz.com/uploads/publications/ILO-Confidentiality_of_Swiss_Supreme_Court_Review_of_Arbitral_Awards_.pdf Erişim tarihi: 07.11.2017, RADJAI, s. 49.

³⁶ Yearbook of Commercial Arbitration, C. XXI, 1996, s. 137 vd.

şirketine petrol sağlayan şirketin üretim maliyetlerine ilişkin bilgiler) devletin düzenleyici kurumları tarafından (Türkiye'deki EPDK gibi) kamuya açıklanması konusunda zorlanıp zorlanamayacağı tartışılmıştır.

Avusturalya Yüksek Mahkemesi; Avustralya'da görülen tahkim davalarının dışarıya kapalı olduğunu (mahremiyet), ancak tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olmadığını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, Avusturalya'da cereyan eden tahkimlerde gizlilik yükümlülüğünün kabul edilmeyeceğini, çünkü bu durumun tahkimin "esaslı bir özelliği" olmadığını ve Avusturalya hukukuna tâbi bir tahkim anlaşmasının da esaslı bir unsuru olmadığını belirtmiştir. Yüksek mahkeme ayrıca taraflar arasında gizlilik anlaşması bulunması halinde bu anlaşmanın geçerli olacağını ve tarafların gizlilik yükümlülüğü altına gireceğini ifade etmiştir³⁷.

Fransız hukukunda tahkimde gizlilik yükümlülüğü konusunda yerel ve milletlerarası ticari tahkim arasında farklılık bulunmaktadır. Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1464. maddesinde yerel tahkimler açısından tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak milletlerarası ticari tahkime ilişkin olarak böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Yerel ve milletlerarası tahkim ile ilgili düzenlemelerde gizlilik yükümlülüğü hakkında bu şekilde farklı tercihlerde bulunulması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünün kabul edilmediği sonucuna ulaşılması ihtimal dâhilindedir. Böyle bir ayırım yapılmasının; milletlerarası yatırım tahkimleri yönünde artan bir eğilim olmasından ve Fransa'da gerçekleştirilen milletlerarası tahkim yargılamaları için yasa koyucunun aksi yönde ulusal kurallar koyarak tahkimi sınırlandırmak istememesinden kaynaklandığı belirtilmiştir³⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde zımnen de olsa gizlilik yükümlülüğü bulunmadığı sonucuna bazı Amerikan mahkeme kararlarında da ulaşılmıştır. Bu mahkeme kararlarında genel itibariyle konu taraflar arasında gizlilik anlaşmasının bulunmadığı tahkimler açısından, taraflardan birinin veya üçüncü bir şahsın tahkimde sunulan bilgi ve delilleri mahkeme kanalıyla talep etmesi söz konusu olmuştur. Bir kararda ICC'de³⁹ görülen bir tahkim yargılamasında ileri sürülen belgelerin talep edilmesi ve karşı tarafın da

³⁷ Yearbook of Commercial Arbitration, C. XXI, 1996, s. 149-151.

³⁸ BORN, s. 2799.

³⁹ International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası.

gizlilik yükümlülüğünün tahkimde zımnem kabul edilmesi gerektiğini iddia etmesi üzerine mahkeme; ICC tahkiminde yer alan gizliliğin idari işlemler açısından geçerli olduğunu ve tahkim yargılaması açısından gizliliğin söz konusu olmadığını, tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasıyla da tahkim yargılamasının gizlilik yükümlülüğü altında olacağı sonucuna ulaşılamayacağını belirtmiştir⁴⁰.

Başka bir kararda ise; tahkim yargılamasında sunulan belgelerin devlet mahkemesinde taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında yer alan gizlilik kloxuna rağmen ileri sürülebileceği ve ayrıca bu durumun avukat müvekkil gizliliği kapsamında da değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁴¹.

*Contship Containerlines Ltd, v. PPG Indus., Inc.*⁴², ve *Caringal v. Karteria Shipping, Ltd.*⁴³, kararlarında Amerikan mahkemeleri, İngiltere’de yürütülen tahkim yargılamalarında sunulan belgeleri Amerikan mahkemelerindeki tarafların inceleyebileceklerine karar vermiştir.

Amerikan mahkeme kararları incelendiğinde, kararlara konu olan davalarda tahkim yargılamasının tarafı olmayan üçüncü kişilerin, tahkimde ortaya konan belgelerden ve yazışmalardan bilgi alma talepleri söz konusu olmuştur. Mahkemeler; taraflar arasında gizlilik anlaşması olsa dahi, bilgi talep eden tarafın gizlilik anlaşması tarafı olmadığından bu anlaşma ile bağlı tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁴.

4. Tahkim Merkezlerinin Kurallarında Gizlilik Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemeler

Milletlerarası ticari tahkim ile ilgili faaliyet gösteren birçok kurum bulunmakta ve bu kurumlar bünyesinde gerçekleştirilen tahkimler, bu kurumların düzenlemiş olduğu tahkim kuralları doğrultusunda yürütülmektedir. Tahkim

⁴⁰ *USA v. Panhandle E. Corp.*, 118 F.R.D. 346 (C.D. Cal. 1988).

⁴¹ *Urban Box Office Network v. Interfase Managers*, 2004 WL 2375819 (S.D.N.Y.). Benzer bir karar ise *Lawrence E. Jaffee Pension Plan v. HouseholdInt’l, Inc.*, 2004 WL 1821968 (D. Colo) davasında verilmiştir. Burada da mahkeme, tahkimdeki yazışmaların taraflar arasındaki gizlilik sözleşmesine bakılmaksızın açıklanabileceğine karar vermiştir.

⁴² *Contship Containerlines Ltd, v. PPG Indus., Inc.* 2003 WL 1948807 (S.D.N.Y.)

⁴³ *Caringal v. Karteria Shipping, Ltd.*, 2001 WL 874705.

⁴⁴ BORN, s. 2800.

merkezlerinin kurallarında gizliliğe ilişkin genel veya sınırlı düzenlemeler bulunabilmektedir.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) kurallarında tahkimde gizlilik yükümlülüğü geniş olarak kabul edilmiştir. LCIA 2014 Tahkim Kuralları'nın 30. maddesine göre; taraflarca aksi yazılı olarak kararlaştırılmadığı sürece taraflar, hakem kararlarını ve karşı tarafın sunduğu kamuya açık olmayan belgeleri gizli tutmak ve üçüncü kişilerle paylaşmamak zorundadır. Ancak yasal yükümlülükler veya bir hakkın korunması ile hakem kararına karşı başvuru yolunda kullanılması amacıyla bu bilgilerin devlet mahkemesiyle veya devlet organlarıyla paylaşılması mümkündür. Ek olarak LCIA kurallarında, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece hakem kararlarının yayınlanmayacağı belirtilmiştir (m. 30/3).

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim kuralları düzenleyen Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tahkim kurallarında gizlilik yükümlülüğü detaylı olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, fikri mülkiyete konu işlemlerde gizliliğinin planda tutulan konuların başında gelmesidir⁴⁵. Gizlilik yükümlülüğü WIPO tahkim kurallarınının 73-76 maddelerinde düzenlenmiştir. WIPO kurallarına göre sadece tarafların sundukları belgeler, tanıkların ifadeleri, uzman görüşleri, hakem kararları değil, aynı zamanda taraflar arasındaki tahkim yargılamasının varlığı dahi gizlilik yükümlülüğü altındadır. Ek olarak, hassas bilgilerin korunması amacıyla hakem heyeti tarafından gizliliğe ilişkin karar verilebileceği WIPO kurallarında düzenlenmiş bir diğer konudur.

Yukarıda belirtilen kurallardan başka bazı tahkim merkezlerinin kurallarında gizlilik yükümlülüğü daha sınırlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Kanada merkezli ICDR⁴⁶ tahkim kurallarında tahkim yargılaması sırasında tarafların ve tanıkların açıkladıkları bilgilerin hakemler ve tahkim merkezi tarafından saklı tutulacağı belirtilmiştir (m. 34). Dolayısıyla taraflar yerine

⁴⁵ BORN, s. 2803.

⁴⁶ International Center for Dispute Resolution – Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez. Tahkim kurallarına erişim için bkz. https://www.icdr.org/icdr/faces/i_search/i_rule/i_rule_detail?doc=ADRSTAGE2025301&_afLoop=1837393319925248&_afWindowMode=0&_afWindowId=107ka5q3nh_6#%40%3F_afWindowId%3D107ka5q3nh_6%26_afLoop%3D1837393319925248%26doc%3DADRSTAGE2025301%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D107ka5q3nh_76. Erişim tarihi: 13.11.2017.

hakem ve tahkim merkezinin gizlilik yükümlülüğü ICDR kurallarında düzenlenmiştir. Ek olarak, duruşmaların kanunen veya taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gizli olacağı da ICDR tahkim kurallarında yer alan bir diğer konudur (m. 20/4).

2013 yılında revize edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları da gizlilik yükümlülüğünü benzer şekilde ve dar kapsamlı olarak düzenlemiştir. Buna göre, tarafların onayı veya taraflardan birinin yasal yükümlülüklerini yerine getirmesi, hukuki bir menfaatini korumak veya elde etmek amacıyla veya yetkili kurumlar ile mahkeme önünde yasal işlemlerde kullanmak amacıyla hakem kararlarının yayınlanabileceği düzenlenmiştir (m. 34/5). UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda duruşmaların gizli olacağı da yer almaktadır (m. 28/3).

UNCITRAL tahkim kurallarının düzenlemeleri incelendiğinde, sadece hakem kararlarının yayınlanması ile ilgili olarak belirli ölçütler getirildiği görülmekte, tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmama konusunda gizlilik yükümlülükleri konusunda düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷.

ICC tahkim kuralları incelendiğinde, gizliliğe ilişkin ucu açık ifadelerin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. ICC Tahkim Kuralları'na (2017) göre, taraflardan birinin talebi üzerine hakem heyetinin tahkim yargılamasına veya tahkim ile ilgili diğer konularda ticari sırlar ve gizli bilgiler hakkında gizliliğe ilişkin karar alabileceği belirtilmiştir (m. 22/3). ICC kurallarında gizliliğe ilişkin bu şekilde düzenleme yapılması, hangi hukukî prensipler ve standartlar doğrultusunda önlemler alınacağını belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁸.

Ek olarak, hakem heyetinin gizliliğe ilişkin önlemlere karar verirken neyi esas alacağı konusu da ICC kurallarında belirlenmemiştir. ICC Tahkim Kuralları'na; hakem heyetinin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin karar alırken, taraflar arasındaki sözleşmedeki gizlilik hükümlerini mi veya taraflarca seçilen tahkime uygulanacak hukuku mu uygulayacağı, yoksa bu konuda

⁴⁷ Antonias DIMOLITSA, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in ICC*, ICC Bulletin Special Supplement 2009, s. 24; Thomas H. WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2. Bs., Londra 2014, s. 263; BORN, s. 2805.

⁴⁸ BORN, s. 2806.

serbestliğe sahip olduğunun mu kabul edilmesi gerektiği konularında haklı eleştiriler yöneltmiştir⁴⁹. ICC Sekretaryası'na göre ise; hakem heyetine 22. maddede tanınan geniş yetkilerin; taraflar arasındaki uyuşmazlığı büyütmemeye ve tek bir davada çözüme kavuşturmaya yönelik önlemler alınması doğrultusunda verildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰.

ICC'nin tahkimde gizliliğe bakışı ile ilgili önemli bir diğer konu ise, ICC tahkim kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla kurulmuş olan Milletlerarası Tahkim Divanı İçtüzüğü'dür. Milletlerarası Tahkim Divanı İçtüzüğü, ICC Tahkim Kurallarının iki numaralı ekinde yer almaktadır. İçtüzüğün 1. maddesine göre Divan Başkanı veya Genel Sekreteri; akademik nitelikte çalışma yapan araştırmacılara, tahkim sırasında taraflarca sunulmuş bilgi notu, not, beyan ve belgeler hariç, hakem kararları ve genel ilgi çekecek diğer belgeler hususunda erişim izni verebilir (m. 1/6). Ayrıca bu iznin verilebilmesi için, araştırmacının, belgelerin gizliliğine dair prensibe saygı göstermeyi ve belgeyi önceden Divan'ın Genel Sekreteri'ne onay için sunmadan yayınlamamayı önceden taahhüt etmesi gerekmektedir (m.1/7). Dolayısıyla, ICC kurallarına göre akademik araştırma yapanlara hakem kararlarının sunulması imkânı sağlanmakla birlikte, yargılama ile ilgili her türlü bilgiye erişim izni söz konusu olamamaktadır.

İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tahkim kurallarında gizlilik konusundaki düzenleme 21. maddede yer almaktadır. Maddeye göre; Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Taraflardan birinin talebi üzerine Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir. Esasında ISTAC tahkim kurallarındaki bu düzenleme ICC m. 22/3'teki düzenleme ile paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla, hakemlere önlem alma konusunda geniş yetkiler verilmesi, ne şekilde önlem alınabileceği açısından belirlenebilir bir kıstasın getirilmemiş olması gibi eleştiriler burada da ileri sürülebilecektir.

⁴⁹ Jacob GRIERSON/Annet VAN HOOFT, *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules, An Introductory User's Guide*, Biggleswade 2012, s. 13-14. Her ne kadar burada atıf yapılan eser 2012 ICC Tahkim Kuralları'na yönelik eleştirilerde bulunsa da, gizliliğe ilişkin hükümler 2017 tarihli kurallarda da aynı düzenlendiği için, yazarların eleştirilerinin burada da geçerli olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰ Jason FRY/Simon GREENBERG/Francesca MAZZA, *The Secreariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris, 2012, s. 235 ve 236.

İstanbul Ticaret Odası (İTO) bünyesinde kurulan İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi ve bu merkezin tâbi olduğu tahkim kurallarında (2012) tahkimde gizliliğe ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İTO tahkim kurallarına göre; duruşmalar, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gizlidir. Tarafların ve hakem kurulunun onayı olmadıkça, yargılamayla ilgisi olmayan kişiler duruşmaya katılamazlar (m. 32/5).

İTO tahkim kurallarında ayrıca ticari sırların korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Tahkim kurallarına göre; hakem kurulu, tahkim yargılaması sırasında, ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alacaktır (m. 44/1). Burada da gerek ICC kurallarında gerekse de ISTAC kurallarında olduğu gibi, hakemlere gizlilik yükümlülüğü hakkında karar alma konusunda geniş yetkiler verilmesine rağmen, hakemlerin ne şekilde önlem alacağı belirtilmemiştir. İTO tahkim kurallarının belirtilen konularda detaylı düzenlemede bulunmaması, haklı olarak, eleştirilmiştir⁵¹.

İTO tahkim kurallarında yukarıda sayılanlara ek olarak, tarafların, hakemlerin, divan üyelerinin ve sekreterlikte görevli olup tahkim yargılamasıyla ilgisi bulunan kişilerin, tahkim yargılamasına katılanların, tanıkların ve bilirkişilerin tahkimin gizliliğini korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Belirtilen şahıslardan başka yargılamada, taraflar adına hareket eden kişilerin de gizliliği korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (m. 44/2). İTO tahkim kuralları ISTAC kurallarına nazaran, gizlilik yükümlülüğünün kimler üzerinde doğduğu konusunda detaylı düzenlemelerde bulunmuştur. Ek olarak, tahkim yargılamasına katılan herkesin gizlilik yükümlülüğünün bulunduğunu belirterek, yükümlülüğün uygulamasını genişletmiştir⁵².

Buraya kadar belirtilen tahkim merkezlerinin kurallarında, özel olarak yatırım uyuşmazlıkları hakkında düzenlemeler bulunmamaktadır. Yatırım uyuşmazlıkları niteliği itibariyle ticari tahkimden farklı olduğundan dolayı, uygulamada yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili sıklıkla başvuru yapılan ICSID tahkimi, gizlilik yükümlülüğü açısından ayrı bir başlık altında incelenecektir.

⁵¹ GİRAY, s. 86.

⁵² Tahkimde gizlilik yükümlülüğünün üzerinde doğduğu kişiler bakımından, 44. maddede sayılanlarla sınırlı olarak düşünülmemesi ve bu maddenin geniş yorumlanması gerektiği, - örneğin bilgisayar ve ses kaydı teknisyenleri gibi belirtilmiştir. GİRAY, s. 86.

5. ICSID Uygulamasında Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü

Yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesi için devletler, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) gibi uluslararası sözleşmeler akdetmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon⁵³ ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi amacıyla tahkim merkezi kurulmuştur (ICSID⁵⁴).

ICSID tahkimi uygulamasında gizlilik yükümlülüğü birçok kararda birbirinden farklı sonuçlara ulaşılacak şekilde gündeme gelmiştir. Bir kararda⁵⁵ hakem heyeti; gizlilik ve mahremiyet konularının yatırım tahkiminde, milletlerarası ticari tahkimdeki rolüne sahip olmadığını ve uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan tahkimlerde (*treaty arbitraiton*) şeffaflığa doğru bir yönelimin bulunduğunu belirtmiştir.

Başka kararlarda⁵⁶ ise, taraflarca tahkim işleyişinin düzenli bir şekilde kamuoyuna açıklanmasının, göz önünde tartışmaya varmayacak şekilde sınırlandırılıp yapılmasında fayda olduğu belirtilmiştir.

ICSID tahkiminde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir karar⁵⁷ birçok yönü ele alması nedeniyle önemlidir. Kararda hakem kurulunun devlet idaresinin iyileştirilmesi amacıyla yatırım tahkiminde şeffaflığı desteklediği belirtilmiştir. Ancak devamında ise; şeffaflık konusundaki hassasiyetin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı arttırmasına veya tahkim yargılamasının düzenini tehlikeye atmasına yol açmaması (meşrulaştırmaması) ifade edilmiştir. Ayrıca şeffaflık lehine düşüncelerin, gizli bilgilerin korunmasından ve/veya ilgili tarafın milli hukukunda yer alan aksine düzenlemelerden üstün tutulamayacağı da belirtilen bir diğer husustur. Son olarak kararda, taraflar-

⁵³ Türkiye bu anlaşmayı 1987 yılında imzalamış ve anlaşma 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. RG. 02.06.1988 T., S. 19830.

⁵⁴ International Center for Settlement of Investment Disputes.

⁵⁵ *Biawater Gauff (Tanzanya) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 3 (29.09.2006). ICSID Dava No. ARB/05/22.

⁵⁶ *The Loewen Group v. USA*, ICSID Dava No. ARB(AF)/98/3, 05.01.2001, para. 26, *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.0.2000.

⁵⁷ *Beccara v. Arjantin*, Procedural Order No. 3, Dava No. ARB/7/5, 27.01.2010.

ca gizlilik/şeffaflık konusunda bir anlaşma bulunmaması halinde; şeffaflık konusundaki menfaatler ile belirli bilgi ve/veya dokümanların gizli kalmasındaki menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla hakem kurulunun, gizlilik lehine veya aleyhine genel bir kural koymak yerine, dava bazında (*casebycase*) ve her bir konu için ayrı değerlendirme yapması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

ICSID tahkiminin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda genel itibariyle iki menfaat tartışılmıştır. Bir tarafta devletin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından şeffaflığın elde edilmesindeki menfaat, diğer tarafta tahkim yargılamasının düzeninin sağlanmasındaki menfaat bulunmaktadır⁵⁸.

Devletlerin icra ettikleri işlemlerin büyük bir bölümü şeffaflık gereği halkın bilgisine sunulmaktadır. Bunun yanında açılan ihaleler ile birlikte her ne kadar teklifler gizli yapılsa da ihale sonrası yapılacak işlemler halkın bilgisine sunulmaktadır. Bunun yanında devletin yapmış olduğu ticari anlaşmaların toplumun bilgisine sunulmasında da kamu yararının bulunduğu açıktır⁵⁹.

Devletin taraf olduğu ticari anlaşmaların icrası sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda ve bu uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulması halinde gerek hakem yargılaması sonucunda verilen kararın, gerekse de yargılama sırasında tartışılan konuların toplum tarafından bilinmesinde kamu yararının bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁰.

ICSID tahkimi açısından gizlilik yükümlülüğü ile ilgili somut bir kural bulunmamaktadır. Hakem kurulları her bir olayla ilgili olarak incelemede bulunmakta ve gizlilik konusunda karar vermektedir. Tahkim yargılamasının taraflarının, yargılama ile ilgili gizlilik kararı alınmasını istemesi durumunda ICSID tahkim kurallarınının 39. maddesinin 1. fıkrasına istinaden tedbir kararın alınmasını talep etmesi gerektiği ve ayrıca hakem mahkemesince gizlilik kararı verilmesi durumunda bu kararın süresinin de düzenlenmesi

⁵⁸ Christina KNAHR/August REINISCH, *Transparency Versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 6, Issue 1, 2007, 97-118, s. 104.

⁵⁹ BORN, s. 2826.

⁶⁰ MISTELIS, s. 213. Örneğin WIPO tahkim kurallarında davanın var olduğu bilgisinin bile gizlilik yükümlülüğü kapsamına alınabileceği düzenlenmiştir.

gerektiği ifade edilmiştir⁶¹.

ICSID tahkiminde gizliliğin kapsamı yargılamaların halka açık olması ve kararların yayınlanması konusunda olup, taraflar arasında ICSID’de görülmekte olan davanın olup olmadığı ise gizlilik kapsamında değildir⁶². Ek olarak, uygulamadan da görüleceği üzere, ICSID tarafından yıllık raporlar halinde görülmekte olan uyuşmazlıkların tarafları, uyuşmazlık konusu, yargılama aşaması, uyuşmazlığın tarafları ve onların temsilcileri ile hakem heyetine ait bilgiler yayınlanmaktadır⁶³.

II. Türk Hukukunda Milletlerarası Ticarî Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin sorunlar farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar; ya tahkim sırasında tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesinde veya hakem kararı verildikten sonraki aşamalarda tarafların gizlilik yükümlülüğünün ne şekilde devam edeceği, tarafların hakem kararının iptali veya tenfizi amacıyla dava açması durumunda gizlilik yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği şeklinde olabilmektedir.

B. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Gizlilik Yükümlülüğü

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁶⁴(MTK) tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamalarında uygulanmaktadır (m. 1). Kanun’da hakem yargılamalarının gizlilik içerisinde yapılacağına veya tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgi ve belgeleri tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, MTK’daki bazı hükümlerden hakemlerin gizlilik yükümlülüğü hakkında karar verip

⁶¹ GİRAY, s. 102.

⁶² MISTELIS, s. 215.

⁶³ ICSID’de görülmekte olan davalar listesi için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

⁶⁴ RG. 05.07.2001 T., S. 24453.

veremeyeceğinin yorum yoluyla tespiti gerekmektedir.

MTK'da hakem heyetinin tarafların gizlilik yükümlülüğü altında bulunduğu, yargılama sırasında edindikleri bilgileri, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamayacakları yönünde karar verebilmelerine ilişkin olarak kısıtlayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Öte yandan, hakem heyetinin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları verebileceği MTK'da açıkça düzenlenmiştir (m. 6).

Hakemlerin uygulama imkânı olan her türlü ihtiyatî tedbir kararı verebilecekleri, bir tarafın bir işi veya şeyi yapma veya yapmama konusunda karar alabilecekleri ve hakemlerin verdikleri bu kararlara tarafların uymaması durumunda doğan zarar ve ziyanın tazminine hükmedebilecekleri belirtilmektedir⁶⁵. Sonuç itibariyle, taraflardan birinin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak talepte bulunması halinde, MTK'ya tâbi tahkimler açısından, hakemlerin gizlilik yükümlülüğü hakkında ihtiyatî tedbir kararı verebileceği kanaatindeyiz. Bu ihtiyatî tedbir kararında hakemler, tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamaması yönünde karar verebilecektir.

Ek olarak, MTK 7. madde de hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki itirazları ön sorun olarak inceleyeceği ve karara bağlayabilecekleri, yetkilerinin bulunduğu karar verdikten sonra yargılamayı sürdürebilecekleri belirtilmiştir (m. 7/son). Dolayısıyla hakemlerin tahkim yargılamasında ara karar verme imkânları hem ihtiyatî tedbire ilişkin düzenlemede hem de yetkiye ilişkin düzenlemede tanındığı için, tarafların gizlilik yükümlülüğüne ilişkin talepleri hakkında da ara karar niteliğinde karar verebilmeleri, mümkün kabul edilmelidir.

Türk hukukunda tahkim yargılamasına başvurulması, taraflara gizlilik yükümlülüğünü doğrudan yüklememektedir. Ancak yorum yoluyla, hakemlerin MTK uyarınca tedbiren gizlilik kararı verebileceği sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak bu tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu

⁶⁵ Ali YEŞİLİRMAK, *Interimand Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1998-2008*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 22/1, Special Supplement, 2011, s. 5-11, s. 10; Hakan PEKCANITEZ/Ali YEŞİLİRMAK, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017, s. 2716.

tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır (MTK. m. 6/son). Bu nedenle tarafların, tahkim yargılaması sırasında sunulan bilgi ve belgeler konusunda, hakem kararı verildikten sonra gizlilik yükümlülüğü devam etmeyebilecektir.

Açıkladığımız nedenlerle, tahkim yerini Türkiye olarak tercih edecek tarafların, gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse de sonrasında gizlilik yükümlülüğünün devam etmesini istemeleri halinde; buna ilişkin gizlilik sözleşmesi akdetmeleri veya tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğunu açıkça düzenleyen tahkim merkezi kurallarına atıfta bulunmaları gerekmektedir⁶⁶.

C. Hakem Kararlarının İptali ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Gizlilik Yükümlülüğünün Tehlikede Olup Olmadığı Sorunu

1. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Sorunun İncelenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararları iptal davası (MTK m. 15), Türk hukuku açısından yabancı hakem kararı kabul edilen hakem kararlarının icra etkisi kazanabilmesi ise tenfiz davası açılmasına bağlıdır⁶⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hangi hallerde hakem kararının iptal edileceği sınırlı olarak kabul edilmiştir (m. 15/A-1 ve 2). Kanunda sayılan hallerden; tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda hakemlerce karar verilmesi veya istemin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da yetkisini aştığının tespiti (m. 15/A-1e) ile hakem kararının kamu düzenine aykırı olması (m. 15/A-2b) sebepleri önemlidir. Çünkü bu sebeplerin var olup olmadığını inceleme konusunda hakem kararının içeriği de detaylı olarak

⁶⁶ Aynı yönde bkz. GİRAY, s. 114-115.

⁶⁷ MTK tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru içeren tahkimlere uygulanmaktadır. Ancak tarafların Türkiye'deki herhangi bir yeri, hakemlerin yargılama faaliyetlerini yürütmeleri amacıyla seçmeleri ve MTK'ya bağlanmama iradesini açık veya zımnî olarak ortaya koymaları halinde MTK'nın uygulanmayacağı belirtilmektedir. ŞANLI, s. 318. Bu istisna dışındaki tahkimlere MTK'nın uygulanacağı ve Türkiye açısından bu kurallar doğrultusunda verilen hakem kararlarının millî hakem kararı olduğu kabul edilmektedir. ŞANLI, s. 335.

incelenecektir⁶⁸. Bu durum ise; hakem kararında gizli bilgi olarak nitelendirilebilecek taraflara ait bilgilerin bulunması halinde, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilerin gizli bilgilerden haberdar olması mümkün olacaktır. Bu nedenle iptal davası, tarafların gizlilik yükümlülüğü ile elde etmek istediği amacın ortadan kalkmasına yol açabilecek bir durumdur⁶⁹.

Hakem kararına karşı iptal davası açılması; tahkimde gizliliği ortadan kaldıracak bir durum yaratma imkânı bulunsa bile, tarafların tâbi olduğunu düşündüğümüz tahkimde gizlilik yükümlülüğünü ihlal ettiklerinin kabulünü de sağlamamalıdır. Yukarıda belirttiğimiz tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bazı ulusal düzenlemelerde ve tahkim kurumlarının kurallarında, tarafların haklarını arama ve koruma amacıyla mahkemeye başvurmaları, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün istisnası olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, MTK’da hakem kararına karşı kanun yolu olarak kabul edilen iptal davasına başvurulması; gerek tahkimin tâbi olduğu usul kurallarında, gerekse hakem kararı ile taraflara gizlilik yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, bu yükümlülüğün ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

2. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Sorunun İncelenmesi

Ticari tahkim yargılaması sonucunda verilen yabancı hakem kararının,

⁶⁸ Örnek verecek olursak, Yargıtay’ın incelediği bir iptal davasının temyizine ilişkin kararda gizli bilgi kapsamında değerlendirilebilecek ticari sırların ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Bu karar doktrinde esasa girme (revizyon) yasağı kapsamında incelenmekte ise de konumuzla ilgilidir. ŞANLI, s. 346-348. Karara konu olay GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi’nin bazı maddelerinin yorumlanmasından kaynaklanmıştır. İmtiyaz hakkı sahibi GSM şirketi ile Hazine arasındaki tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı iptal davasına konu olmuş ve bu iptal davasının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay’ın vermiş olduğu kararda, imtiyaz sahibi şirket ile hazine arasında vergi matrahının ve hazine payının hesaplanması konusundaki yazışmalar, imtiyaz hakkı sahibinin hazineye payının ne üzerinden ve hangi oranlarda hesaplanacağı gibi bilgiler yer almıştır. Yargıtay 13. HD., 17.04.2012 t., 2012/8426 E., 2012/10349 K sayılı kararı. Karar metni için bkz. Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FIGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bs., İstanbul 2016, s. Karar üzerinde revizyon yasağına ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, imtiyaz hakkı sahibi GSM şirketine ait tahkimde görülen davada öne sürülen ticari sırlar, Yargıtay kararı içerisinde incelendiğinden tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişiler açısından da aleniyet kazanmıştır. GİRAY, s. 107.

⁶⁹ GİRAY, s. 107.

aleyhine karar verilen tarafça kendi iradesiyle yerine getirmedeği durumlarda icra niteliği kazanabilmesi için tenfiz edilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarına uygulanan kurallar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) ve Türkiye'nin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nda (New York Konvansiyonu) yer almaktadır⁷⁰.

Gerek New York Konvansiyonu'nda gerekse MÖHUK'ta bir önceki bölümde belirtilen hakemlerin tahkim anlaşması kapsamında karar vermemiş olmaları⁷¹ ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olması halleri⁷², tenfiz engeli olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla, tekrara düşmemek amacıyla, bu hallere ilişkin gizlilik yükümlülüğünün uygulanamamasıyla ilgili olarak, iptal davası hakkındaki bölümde belirttiğimiz hususlara atıf yapmakla yetinmekteyiz.

Sonuç itibariyle, her ne kadar taraflar tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin sözleşme akdetmiş veya gizlilik yükümlülüğünün açıkça kabul edildiği tahkim kurallarına atıf yapmış olsalar dahi, hakem kararına karşı açılan iptal davasında veya yabancı hakem kararının tenfizi davasında, gizlilik yükümlülüğüne uyulmaması mümkündür⁷³. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki; gizlilik yükümlülüğüne iptal veya tenfiz davası nedeniyle ve hak arama yahut hakların korunması amacıyla mahkeme nezdinde uyulmaması, ilgili tarafın gizlilik yükümlülüğünün ihlali sorumlu tutulmasına yol açmamalıdır.

Sonuç

Çalışmamızda incelediğimiz milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü, tahkime başvurma nedenlerinin en önemlilerinden birisidir.

⁷⁰ Yabancı hakem kararlarının tenfizinde New York Konvansiyonu ve MÖHUK'un uygulama alanı için bkz. ŞANLI, s. 388 vd.

⁷¹ Bu tenfiz engeli New York Konvansiyonu m. V/1-c ve MÖHUK m. 62/1-g'de yer almaktadır.

⁷² Bu tenfiz engeli New York Konvansiyonu m. V/2-b ve MÖHUK m. 62/1-b'de yer almaktadır.

⁷³ Konuyla ilgili doktrinde; gizlilik yükümlülüğü hakkında tahkimin gizliliğini tesis eden kusursuz bir hüküm koyulmasının mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmiştir. GİRAY, s. 115; HWANG/CHUNG, s. 644.

Taraflar aralarında ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların halli için gizlilik sağlanmasını ümit ettiklerinden dolayı tahkime başvurmaktadırlar.

Gizlilik yükümlülüğünün kapsamı konusunda, gerek taraflar arasında gerekse de uygulamada hakemler açısından farklı bakış açıları söz konusu olabilecektir. Gizlilik yükümlülüğünün kapsamı üzerindeki farklı bakış açılarının yeknesaklaştırılması için kurallar getirilmesi görüşü savunulabilecektir. Bu nedenle bazı kurumsal tahkim sistemlerinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ihdas edilmiş, ancak bazılarında ise konuyla ilgili detaylı düzenleme yapmaktan kaçınılmıştır.

Milli hukuklar açısından ise gizlilik yükümlülüğü konusu farklı şekillerde ele alınmıştır. Bazı devlet hukuklarında gizlilik yükümlülüğü ulusal mevzuatlarında düzenlenmişken, bazılarında ise konu sadece mahkeme kararlarında tartışılmıştır. Tahkimde gizlilik yükümlülüğü ülke mevzuatlarında iki şekilde düzenlenmiştir. Gizlilik yükümlülüğü bazı ülke hukuklarında açıkça kabul edilmiş ve taraflara yüklenmiştir. Bunun karşısında ise, Norveç ve Kosta Rika Hukuku'nda olduğu gibi, gizlilik yükümlülüğünün milletlerarası ticari tahkim açısından kabul edilmediği yasal düzenlemelere de rastlanılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünü kabul eden devlet düzenlemelerinde genel itibariyle tahkime katılanların, tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgiler gizli bilgi kapsamında değerlendirilmiş, tahkim tarafı olmayan üçüncü kişilere bu bilgilerin açıklanmayacağı düzenlenmiştir. Ancak tarafların hak arama amacıyla mahkemelere başvurması veya mahkemelerin ve devlet organlarının kanundan kaynaklanan yetkiyle bu bilgileri talep etmesinden dolayı bu bilgilerin açıklanmasının, gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği de yine bu hukuklarda düzenlenmiş bir başka konudur.

Gizlilik yükümlülüğünün mevzuatlarda açıkça düzenlenmediği durumlarda, milletlerarası ticari tahkimde böyle bir yükümlülüğün olup olmadığı, devlet mahkemelerince karara bağlanmıştır. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarında, ağırlıklı olarak tarafların başka bir mahkemede kullanmak üzere, tarafı olmadıkları tahkimlerde sunulan bilgileri talep etmeleri söz konusu olmuştur. Mahkemelerce genel itibariyle, milletlerarası ticari tahkimde tarafların veya taraf olmayan kişilerin gizlilik yükümlülüğü ile bağlı

olmayacaklarına karar verilmiştir.

Gizlilik yükümlülüğü hakkında aksi yönde karar veren devlet mahkemeleri ise; tahkimin seçilme nedeninin tarafların kendilerine ait bilgileri kamuoyu nezdinde paylaşmamak ve uyuşmazlığı gözlerden uzak bir şekilde gidermek olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle devlet mahkemeleri yerine tahkimi tercih eden tarafların gizliliği tercih ettikleri zımnen de olsa kabul edilmekte ve tarafların tahkim yargılamasında edindikleri bilgileri taraf olmayan üçüncü kişilere açıklamamaları gerektiği, bu mahkeme kararlarında yer almaktadır.

Türk hukukunu incelediğimizde ise, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının usulüne uygulanan MTK'da ve yerel tahkimler açısından HMK'da, tarafların tahkim süresince edindikleri bilgileri, üçüncü kişilerle paylaşmayacaklarına dair gizlilik yükümlülüğünü düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yorum yoluyla, MTK'da ve HMK'da hakemlerin tedbir kararı verebileceklerini düzenleyen maddelerin uygulanabileceği, kanaatimizce kabul edilmelidir. Böylelikle hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine, yargılama sırasında edinilen bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmayacağına tedbiren karar verebileceklerdir. Ancak bu tedbir kararı nihaî karar verildikten sonra kendiliğinden ortadan kalkacağından, gizlilik yükümlülüğünün de ortadan kalkma riski bulunmaktadır.

Nihaî hakem kararlarının devlet yargısına konu olmaları iptal ve tenfiz davalarında söz konusu olabilmektedir. Bazı iptal ve tenfiz ret sebepleri hakem kararının muhtevasının incelenmesini sağlayabilmektedir. Böyle bir durumda ise, iptal veya tenfiz davası dosyasından tahkim yargılamasının tarafı olmayanların bilgi edinmeleri ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimal de, gizli bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması sonucuna yol açabilecektir. Ancak kanaatimizce, tarafların haklarının korunmasını sağlamak için mahkemelere başvurması ve lehlerine karar alınması için mahkemelere bu bilgileri sunması, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün ihlaline yol açtığı şeklinde kabul edilmemelidir. Kaldı ki, konuyla ilgili birçok devlet düzenlemesinde ve tahkim merkezi kurallarında da, bu şekilde bir başvurunun gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir.

Sonuç itibarıyla, tahkim yargılamasının gizli olması (mahremiyet) ve tarafların üzerinde doğan gizlilik yükümlülüğü, tahkimin tercih edilmesindeki önemli amaçlardan birisidir. Ancak bu amaca tam anlamıyla ulaşmak,

uygulamada çok zordur. Tahkimi tercih edecek tarafların tahkimde gizlilik yükümlülüğü hakkındaki tartışmaları engelleyebilmeleri, tahkim sözleşmesi yaptıkları sırada gizlilik yükümlülüğünü de düzenleyecek detaylı bir gizlilik sözleşmesi akdetmeleri ile mümkün olabilecektir. Ancak bu halde dahi, hakem kararlarına karşı iptal veya tenfiz davaları ile gizlilik anlaşması tam anlamıyla uygulanamayabilecektir. Kanaatimizce, gizlilik yükümlülüğünün gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse de hakem kararı verildikten sonra da uygulanmasını isteyen tarafların, nihaî hakem kararlarının rızaen yerine getirileceği ve hakem kararı aleyhine iptal davası açılmayacağı yönünde feragat anlaşması⁷⁴ yapmaları (MTK. m. 15/A) uygun olacaktır.

⁷⁴ İptal davası açma hakkından feragat ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4. Bs., İstanbul 2016, s. 263 vd.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, 4. Bs., İstanbul 2016.
- BERGER Bernhard/KELLERHALS, Franz; *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Bs., Zürich 2015.
- BORN, Gary; *International Commercial Arbitration*, C. II, 2. Bs., Londra 2014.
- BULLARD, Alfredo; *Arbitration Guide, Peru*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012.
- CARTER, James H./FELLAS John; *International Commercial Arbitration in New York*, New York 2010.
- DE LY, Filip/FRIEDMAN, Mark/RADICATI DI BROZOLO, Luca; *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration"*, 28 ArbInt'l, Y. 2012.
- DESSEMONTET, François; *Arbitration and Confidentiality*, American Review of International Arbitration, Vol. 7, No. 3-4, 1996.
- DIMOLITSA, Antonias; *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in ICC*, ICC Bulletin Special Supplement 2009.
- DUNDAS, Hew R.; *Confidentiality in Arbitration: The Final Chapter?*, Asian Dispute Resolution Journal, 2009.
- ERDÖNMEZ, Güray; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017.
- FOUCHARD, Philippe/GAILLARD, Emmanuel/GOLDMAN, Berthold; *International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, Lahey 1999.
- FRY, Jason/GREENBERG, Simon/MAZZA, Francesca; *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı:2, 2015, İstanbul, 2015, s. 63-120.
- GRIERSON, Jacob/VAN HOOFT, Annet; *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules, An Introductory User's Guide*, Biggleswade 2012.

- HARGROVE, James; *Misplaced Confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary Commercial Arbitration*, (2009) 3 *DispResInt'l.*, s. 47-55.
- HWANG, Michael/CHUNG, Katie; *Defining te Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, 26 (5), Yıl 2009 s. 609-645.
- JIMENEZ, Dyalá; *Arbitration Guide, Costa Rica*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012.
- JOLLES, Alexander/CANALS DE CEDIEL, Maria; *Confidentiality, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, ed. Gabriele KAUFFMAN KOHLER, Blaise STUCKI, Zürich 2004.
- KNAHR, Christina/REINISCH, August; *Transparency Versus Confidentiality in International Investment Arbitration – TheBiwater Gauff Compromise*, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol 6, Issue 1, 2007, s. 97-118.
- MISTELIS, Loukas A.; *Confidentialityand Third PartyParticipation*, *Arbitration International*, Vol 21, No. 2.
- ÖZSUNAY, Ergun; *Tahkim Yargılamasında Mahremiyet*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, Ankara 2004.
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali; *Pekanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali; *Pekanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017
- RADJAI, Noradéle; *Confidentiality in International Arbitration*, *ASA Bulletin*, Vol. 27, 1/2009, s. 48-49.
- ROGERS Catherine, A., *Transparency in International Commercial Arbitration*, 54 *University of Kansas LawReview*, (2006), s. 1301-1337.
- SAVILLE, Mark Oliver; *U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill*, 1996.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bs., İstanbul 2016.
- ŞANLI, Cemal; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk)*, Ankara 1986.

- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs., İstanbul 2016.
- TRACKMAN, Leon E.; *Confidentiality in International Private Commercial Arbitration*. Arb. Int'l, Yıl 2002, s. 1-18.
- TSCHANZ, Pierre-Yves; *Confidentiality of Swiss Supreme Court Review of Arbitral Awards*, Mondaq İş Sempozyumu, 28 Eylül 2006.
- WEBSTER, Thomas H.; *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2. Bs., Londra 2014.
- YEŞİLİRMAK, Ali; *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1998-2008*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 22/1, Special Supplement , 2011, s. 5-11.

VELAYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI
HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK
HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR 1996 TARİHLİ
LAHEY SÖZLEŞMESİ VE TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL
HUKUKUNA ETKİSİ*

1996 HAGUE CONVENTION ON JURISDICTION, APPLICABLE
LAW, RECOGNITION, ENFORCEMENT AND CO-OPERATION IN
RESPECT OF PARENTAL RESPONSIBILITY AND MEASURES
FOR THE PROTECTION OF CHILDREN AND ITS IMPACTS ON
TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Ayşe Elif ULUSU-KARATAŞ**

Öz

“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, yabancılik unsuru içeren velayet sorumluluğu ve çocukların korunmasına ilişkin ihtilaflar bakımından, adli ve idari makamların milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve alınan kararların tanınması ve tenfizine dair hükümler getiren, uygulama alanı oldukça geniş bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşme, Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türk hukuk mevzuatının bir parçası haline gelmiştir. Bu çalışmada, Sözleşme’nin Türkiye’de yürürlüğe girmesiyle birlikte; Sözleşme’nin Türk milletlerarası özel hukuk kuralları üzerindeki etkisi; Sözleşme’nin uygulama alanı, yetki kuralları, kanunlar ihtilaflı kuralları ve tanıma-tenfiz hükümleri incelenerek ortaya konacaktır.

Abstract

“1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation In Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children” addresses a very wide range of international parental responsibility and child protection issues. Aiming to improve the protection of children in international situations and seeking to avoid conflicts between legal systems in relation to measures taken for the protection of children, Convention provides rules on jurisdiction, applicable law and

* Makale Gönderim Tarihi: 18.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 25.12.2017.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye,
eulusu@istanbul.edu.tr.

*** Bu makaleyi hazırlamamda bana yardımcı olan Doç. Dr. Emre Esen’e teşekkürlerimi sunarım

recognition and enforcement in respect of parental responsibility and protection measures of children. The Convention entered into force in Turkey on 01.02.2017 and since then it became applicable under Turkish law. In this study, the possible impacts of 1996 Hague Child Protection Convention on Turkish private international law will be revealed by analyzing the scope of application, jurisdiction, conflict of law and recognition and enforcement rules of the Convention.

Anahtar Kelimeler: 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, Velayet sorumluluğu, Milletlerarası yetki, Uygulanacak hukuk, Tanıma-tenfiz.

Keywords: 1996 Hague Child Protection Convention, Parental responsibility, Jurisdiction, Applicable law, Recognition-enforcement.

Giriş

Yabancılık unsuru içeren çocukların korunması ve velayet konularında milletlerarası özel hukuk meselelerine ilişkin pek çok milletlerarası sözleşme hazırlanmıştır. Türkiye, çocukların korunması ve velayet hukukunun milletlerarası özel hukuk boyutuyla ilgili bu milletlerarası sözleşmelerden 2017 yılına kadar; 1961 tarihli “Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”¹, 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”² ve 1980 tarihli “Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi”³ ve 2003 tarihli “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”⁴ne taraf olmuştur.

Türkiye’nin taraf olduğu bu milletlerarası sözleşmeler incelendiğinde, konu itibariyle uygulama alanı en kapsamlı olan sözleşme 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi’dir (1961 tarihli Sözleşme). 1961 tarihli Sözleşme, velayetin tesisi ve tevdi, çocuğun bir kuruma yerleştirilmesi, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuk mallarının idaresi gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin olarak uygulanacak hukuka göre alınabilecek tüm koruma tedbirlerini kapsamaktadır. Konu itibariyle uygulama alanının genişliğinin

¹ RG. 21.02.1983-17966.

² RG. 02.11.1999-23864.

³ RG. 15.05.2000-23965.

⁴ RG. 17.11.2011-28155.

yanı sıra; 1961 tarihli Sözleşme, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik bu tedbirlerin alınmasında ortaya çıkabilecek, milletlerarası yetkiye, uygulanacak hukuka ve alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine yönelik milletlerarası özel hukuka ilişkin tüm meseleleri kapsayan hükümler ihtiva etmektedir.

Bununla birlikte, 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanının coğrafi bakımdan sınırlı olması, koruma tedbirlerinin alınmasında akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine ilişkin hükümlerin birden fazla akit devlet makamının yetkili olmasına sebep olması, uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinin anlaşılabilir olması ve tanıma ve tenfiz hükümlerinin yetersiz kalması, 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf devlet sayısının sınırlı kalmasına ve bu itibarla Sözleşme'den beklenen başarının elde edilememesine sebebiyet vermiştir. 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında ortaya çıkan bu belirsizlikler ve güçlüklerin bertaraf edilmesi amacıyla, 1993 yılında Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı Sözleşme'nin çeşitli hükümlerinin revize edilmesine karar vermiş ve müteakip toplantılar neticesinde 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanına giren konuları daha kapsamlı ve anlaşılır bir şekilde düzenleyen yeni bir sözleşme hazırlanmıştır⁵.

1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçmek üzere hazırlanan 1996 tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁶nin (1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi)

⁵ 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında yaşanan güçlükler ve bu kapsamda 1996 tarihli Sözleşme'nin hazırlanma gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paul LAGARDE, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde (Explanatory Report)*, HCCH Publications, 1998, paragraf 1-6, s. 539-541, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf> (01.12.2017); Nihal ULUOCAK, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996)*, MHB, 1996/1-2, s. 119-128; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi)* Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 381-383; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 151.

⁶ RG. 22.05.2016-29719. 2016/9638 sayılı “Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” uyarınca, 1996 tarihli Sözleşme, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. RG. 03.01.2017-29937.

01.02.2017 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, 1961 tarihli Sözleşme'nin bugün uygulama alanı neredeyse hiç kalmamıştır⁷.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin yerine geçtiği, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi, özellikle Alman ve Hollanda makamları tarafından tatbik edilmek suretiyle, mutad meskeni bu ülkelerde bulunan Türk vatan- daşı küçükler hakkında velayet hakkının ana ve babadan nez'ine ve bakım yurtlarına yerleştirmelerine ilişkin koruma tedbirleri alınmıştır⁸. Bu itibarla, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye bakımından da uygulanacak olan 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçen 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi Türk hukuku bakımından oldukça büyük önem arz etmektedir.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almak konusunda hangi akit devlet makamlarının yetkili olacağına, koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ve koruma tedbiri kararlarının diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin geniş kapsamlı hükümler ihtiva etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin Türk milletlerarası özel hukukunda çocuğun şahıs ve malvarlığının korunması ve velayet sorumluluğuna ilişkin milletlerarası yetkiye, uygulanacak hukuka ve bu konulara ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin olarak getirilen hükümlere etkisinin ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Ancak bunlara geçmeden önce, Sözleşme'nin amacı ve kapsamı ile Sözleşme'nin kişi, yer, konu ve zaman itibarıyla uygulama alanının tespit edilmesi gerekecektir.

Bu kapsamda bu çalışmamızda, öncelikle 1996 tarihli Lahey Çocuk

⁷ 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca; hem 1961 tarihli Sözleşme'ye hem de 1996 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçecektir. Ancak bu durum, 1996 tarihli Sözleşme bir akit devlet bakımından yürürlüğe girmeden önce, o devlette 1961 tarihli Sözleşme hükümleri uyarınca alınmış koruma tedbirlerinin tanınmasına hanel getirmeyecektir. Her iki Sözleşme'ye de taraf olan devletlerin listesi karşılaştırıldığında, 1961 tarihli Sözleşme sadece Çin Halk Cumhuriyeti Macau Özel Bölgesi için uygulanabilecektir. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.12.2017).

⁸ Bu konuda bkz. Şeref ÜNAL, *Velayetin Nez'i*, YKD, 1991/1-2, s. 209 vd. Ayrıca ayrıntılı örnekler için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Daireleri'nin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskin_komisyon_raporu.pdf (01.12.2017).

Koruma Sözleşmesi'nin amacı ve kapsamı ile Sözleşme'nin uygulama alanı belirlenecek; sonrasında, Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma ve tenfiz hükümleri ve bu hükümlerin Türk hukukuna etkisi ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

I. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Amacı ve Kapsamı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınması ve bu tedbirler alınırken akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve alınan tedbirlere ilişkin kararların diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuklardaki farklı hukuki düzenlemelerin yarattığı ihtilafları en aza indirerek çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasında uluslararası işbirliğinin artırılması amacıyla kabul edilmiştir.

Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda kapsamı, 1. maddesinde net bir şekilde tanımlanmıştır. Bu anlamda 1. maddenin, Sözleşme bakımından adeta bir içindekiler kısmı işlevi gördüğü ifade edilmektedir⁹. Buna göre Sözleşme'de;

(1) Çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almakta hangi Devlet makamlarının yetkili olduğuna (m. 5-14);

(2) Bu makamların söz konusu koruma tedbirlerini¹⁰ alırken uygulayacakları hukuka (m. 15);

(3) Velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka (m. 16-22);

(4) Koruma tedbirlerinin tüm akit devletlerde tanınması ve tenfizine (m. 23-28) ve

(5) Akit devletlerin yetkili makamları arasında, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olabilecek işbirliğinin tesisine (m. 29-39) ilişkin hükümler yer almaktadır.

⁹ *Explanatory Report*, paragraf 9, s. 543.

¹⁰ Bu çalışmada, "koruma tedbiri" veya "tedbir" ifadeleri, Sözleşme'nin 1. maddesinde geçen "çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler" ifadesinin yerine geçmek üzere kullanılacaktır.

Buna göre 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin, 1961 tarihli Sözleşme'den, kapsamı itibariyle en önemli farkı, 1996 tarihli Sözleşme'de koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ve taraf devletler arasında işbirliğine ilişkin ayrıntılı hükümlerin getirilmiş olmasıdır¹¹.

II. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı

A. Kişi İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin amacı, çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasına ve çocuklar hakkında kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin milletlerarası özel hukuk konularında, iç hukuklardaki farklı hukuki düzenlemelerin yarattığı ihtilafları en aza indirmektir. Bu itibarla, Sözleşme'nin öznesi "çocuklar"dır. Bu nedenle, Sözleşme hükümlerinin bir ihtilafa uygulanıp uygulanmayacağı yani Sözleşme'nin uygulama alanı belirlenirken öncelikle, ihtilafın öznesi olan çocuğun Sözleşme kapsamına girip girmediği tespit edilmelidir. Sözleşme'nin hangi çocuklara uygulanacağı sorusunun cevabı, başka bir deyişle, Sözleşme'nin kişi itibariyle uygulama alanı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'den farklı olarak, Sözleşme'nin kapsamına giren "çocuklar"ı (*children*) doğrudan açıkça tanımlamıştır¹². İngilizce ve Fransızca metinlerinde "küçük" (*infant*) ifadesinin kullanıldığı 1961 tarihli Sözleşme'de ise, "küçük" (*infant*) ifadesi açıkça tanımlanmamış; bunun yerine 12. maddesinde¹³ bu ifadenin ne an-

¹¹ 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı hakkında bilgi için bkz. Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991, s. 77-79; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler)*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara 1991, s. 24-25; Burak HUYSAL, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, Legal, 2005, s. 65-70 vd; Ziya AKINCI/Cemile DEMİR-GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 168-169; Ebru ŞENSÖZ-MALKOÇ, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, Onikilevha, İstanbul 2017, s. 177-178.

¹² *Explanatory Report*, paragraf 15, s. 545.

¹³ 1961 tarihli Sözleşme'nin 12. maddesinde; "küçük" (*infant*), milli hukukunun ve mutad

lama geldiğinin tespitinde, yani vasıflandırılmasında uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmiştir. 1996 tarihli Sözleşme, “çocuklar” (*children*) ifadesini açıkça tanımlayarak, bu konuda bir kanunlar ihtilafı kuralına olan ihtiyacı ortadan kaldırmış ve Sözleşme’nin uygulama alanının daha öngörülebilir bir şekilde tespit edilmesini sağlamıştır.

Sözleşme’nin kişi itibariyle uygulama alanını düzenleyen 2. maddesi uyarınca; Sözleşme, “çocuklara”, doğdukları andan 18 yaşını bitirene kadar uygulanır. Buna göre; Sözleşme’nin uygulama alanı bulabilmesi için, ihtilafın öznesi çocuğun, *doğmuş olması* ve 19 yaşından gün almamış olması gerekmektedir.

Sözleşme’nin 2. maddesinde açıkça, “çocuğun doğum anı” başlangıç noktası olarak esas alınmıştır. Bu itibarla, Sözleşme, çocuğa, ana rahmine düştüğü andan değil, doğduğu andan itibaren uygulanabilecektir. Başka bir ifade ile Sözleşme, henüz doğmamış ana rahmindeki cenine ilişkin olarak uygulanamayacaktır. Henüz doğmamış ana rahmindeki cenine ilişkin olarak bu Sözleşme ile düzenlenmiş konularda, örneğin, ceninin malvarlığına ilişkin bir koruma tedbiri alınmasında adli ve idari makamların yetkisinde ve bu tedbirin diğer devletlerce tanınması ve tenfizinde, akit devletlerin iç hukuk kuralları tatbik edilecektir¹⁴.

2. madde uyarınca, Sözleşme’nin uygulanması bakımından doğum anı ile başlayan çocukluk statüsü, çocuğun 18 yaşını bitirmesi ile sona erecektir. Bu itibarla, Sözleşme hükümleri 19 yaşından gün almış kişilere uygulanmayacaktır. Sözleşme’nin “çocuğu” tanımlarken getirdiği 18 yaş sınırının, çocuğun şahsi statüsüne göre erginlik yaşı ile herhangi bir ilgisi olmadığı

mesken hukukunun maddi hukuk kuralları uyarınca bu statüye sahip kişi olarak tanımlanmıştır. Buna göre, bir kişinin 1961 tarihli Sözleşme kapsamına girebilmesi için, hem milli hukuku hem de mutad mesken hukuku uyarınca “küçük” (*infant*) statüsüne sahip olması aranmıştır. Aynı yönde bkz. TİRYAKIOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 25.

¹⁴ Sözleşme’de “çocuk” tanımına, henüz doğmamış ana rahmindeki ceninin dâhil edilmemiş olması bilinçli bir tercihtir. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları esnasında, henüz doğmamış ana rahmindeki ceninin de bu tanıma dâhil edilmesinin Latin Delegeleler tarafından teklif edildiği ancak bu yöndeki tekliflerin büyük bir çoğunlukla reddedildiği kaydedilmektedir. Sözleşme’nin bu tercihinde; kürtaj konusundaki etik tartışmalar ve embriyonun uluslararası hukuki statüsü konularında bir tutum almış olmaktan kaçınma isteğinin rol oynadığı ifade edilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 15, s. 545.

ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, çocuğun ehliyetine uygulanacak hukuka göre «ergin» olup olmaması, Sözleşme'nin uygulanması bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir. Bu nedenle, 19 yaşından gün almamış ancak ehliyetine uygulanacak hukuka göre, yaş sebebiyle veya evlenme sebebiyle “ergin” kabul edilen bir kişi de Sözleşme kapsamında “çocuk” olarak kabul edilerek hakkında Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulabilecek ve yetkili makamlar tarafından uygun görülen koruma tedbirleri alınabilecektir¹⁵.

B. Yer İtibariyle Uygulama Alanı

1961 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca; 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, “küçüğün” (*infant*) mutad meskeninin akit bir devlette bulunması gerekmektedir¹⁶.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde ise, 1961 tarihli Sözleşme'den farklı olarak, Sözleşme'nin yer itibariyle uygulama alanına ilişkin genel bir coğrafi sınırlama getirilmemiştir¹⁷. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması zorunluluğu yoktur. Çocuğun mutad meskeni, 1996 tarihli Sözleşme'ye akit bir devlette bulunmasa dahi, Sözleşme hükümlerinin bu çocuk hakkında uygulanması mümkün olabilecektir. Örneğin; çocuğun mutad meskeni 1996 tarihli Sözleşme'ye akit olmayan

¹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 16, s. 545. Aynı yönde bkz. TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 386. Çocuğun 18 yaşını bitirmeden evvel, kendi milli hukukuna göre daha erken bir yaşta ergin olduğu haller ile evlenme sebebiyle çocuğun ergin kabul edildiği hallerde sözleşmenin uygulama alanı bulamayacağına ilişkin aksi yönde görüş için bkz. Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi*, Beta, İstanbul 2010, s. 250-251.

¹⁶ Türkiye'nin taraf olduğu 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin (Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi) 4. maddesinde ve 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nin (Lahey Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi) 2. maddesinde de (RG. 19.04.2004-25438), 1961 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesine benzer şekilde, Sözleşmelerin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması şartı aranmaktadır.

¹⁷ 1996 tarihli Sözleşme'de coğrafi sınırlama getiren genel bir hüküm bulunmadığından Sözleşme'nin uygulama alanının 1961 tarihli Sözleşme'ye nazaran daha geniş olduğu yönünde bkz. GİRAY, s. 251.

bir devlette bulunsa dahi, akit bir devlet bu çocuk hakkında koruma tedbiri almada milletlerarası yetkisini Sözleşme hükümlerini (yerinden edilmiş/ mülteci çocuklar hakkında 6. madde; acil koruma tedbirleri için 11. madde veya ülkesel etkiye sahip koruma tedbirleri için 12. madde hükümlerini) uygulayarak tesis edebilecektir¹⁸.

1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir ülkede bulunması zorunluluğu getirilmemiş olmakla birlikte; çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması halinde, koruma tedbirlerini alma bakımından akit devlet makamlarınca milletlerarası yetkinin Sözleşme hükümleri uyarınca tesis edilmesi gerektiği (Sözleşme m. 5-10) ve bu nedenle çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, bir akit devletin milletlerarası yetkisi, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre tesis edilemiyorsa, o çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma bakımından o akit devletin milletlerarası yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir¹⁹.

Buna karşılık; çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde; koruma tedbirlerini alma bakımından akit devlet makamlarının milletlerarası yetkilerini Sözleşme hükümleri uyarınca tesis etme yükümlülüklerinin bulunmadığı kabul edilmekte ve bu halde bir akit devlet makamının milletlerarası yetkisini, eğer şartları varsa, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarına (Sözleşme m. 11 veya m. 12) göre tesis edebileceği gibi; şartları sağlansa dahi, kendi iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de tesis edebileceği ifade edilmektedir²⁰.

¹⁸ *Explanatory Report*, paragraf 17, s. 545; *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, Hague Conference on Private International Law (Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention)*, 2014, s. 25, (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf> (01.12.2017).

¹⁹ Zira Sözleşme'deki milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olmayan bir akit devlet makamının iç hukuk kuralları ile yetki tesis ederek aldığı koruma tedbiri kararlarının diğer akit devletlerce tanınması veya tenfizinin Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi uyarınca reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573 ve paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 25. Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşağıda, 1108-1109

²⁰ Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunmadığı hallerde, akit devlet makamlarınca milletlerarası yetkinin, mümkün olduğu hallerde, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarına göre tesis edilmesinin en önemli sonucu, alınan koruma tedbirinin diğer akit devletlerin tümünde kanun gereğince tanınacak olmasıdır. Akit devlet makamlarının

Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması Sözleşme'nin uygulama alanı bulması bakımından bir ön koşul değildir. Ancak çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması, akit devletlere, koruma tedbirlerinin alınmasında Sözleşme'nin milletlerarası yetki hükümlerini ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları ile tanıma ve tenfiz kurallarını yani Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü getirmektedir.

C. Konu İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin esasen konusu, “velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) ve “çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirler” (*measures for the protection of children*), yani “koruma tedbirleri”dir.

“Velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) kavramı, Sözleşme’de tanımlanmıştır. Böylece, “velayet sorumluluğu” kavramının, farklı devlet hukuklarında ifade edebileceği farklı kavram, anlam ve içeriklerden kaynaklanabilecek ihtilafların bertaraf edilmesi ve Sözleşme’nin yeknesak bir biçimde uygulanmasının temini sağlanmaya çalışılmıştır.

Sözleşme’nin 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; Sözleşme’nin uygulanması kapsamında “velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) kavramı, ebeveynlerin çocuk üzerindeki otoritesini veya çocuğun şahıs veya malvarlığına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini ifade etmektedir (m. 1/2)²¹.

milletlerarası yetkilerini kendi iç hukuk kurallarına göre tesis etmeleri durumunda ise, diğer akit devletlerin alınan koruma tedbiri kararlarını kanun gereği tanıma yükümlülüğü ortadan kalkacağı gibi; tanıma veya tenfiz talepleri Sözleşme m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553 ve paragraf 84, s. 573; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 26. Bu konuda bkz. Aşağıda, s. 1108.

²¹ 1961 tarihli Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan “küçüğü bir otoriteye tabi kılan ilişki” (*relationship subjecting the infant to authority*) ifadesi yerine, 1996 tarihli Sözleşme’de “velayet sorumluluğu” (*parental responsibility*) kavramı tercih edilmiştir. “Velayet sorumluluğu” kavramı, 1993 tarihli Lahey Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi’nin 26. maddesinde de yer almasına rağmen, bazı delegelerin kavramın yeterince açık olmadığına ilişkin beyanları üzerine, 1996 tarihli Sözleşme’de bir hükümlerle tanımlanmıştır. Sözleşme’de tanımlandığı şekliyle “velayet sorumluluğu” kavramının esin kaynağının, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 18. maddesi olduğu ifade edilmektedir

Madde hükmünde, “velayet sorumluluğu”nun tanımı özellikle geniş tutulmuştur. Kavram, çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik sorumluluk ile birlikte, hangi hukuki ilişkiden kaynaklanırsa kaynaklansın genel olarak çocuğun hukuken temsilini kapsamaktadır. Tanım kapsamındaki otorite ilişkisinde atıf yapılan, çocuğun şahıs varlığına yönelik “hak ve sorumluluklar”ın (*rights and responsibilities*); çocuğun yetiştirilmesi ve gelişiminin sağlanmasına yönelik olarak kanunen anne ve babaya ait olan, çocuğun eğitimi, mutad meskeninin tespiti, çocuğun gözetimi gibi konulardaki hak ve sorumluluklar olduğu ifade edilmektedir. Otorite ilişkisinde atıf yapılan “yetkiler” (*powers*) ifadesinden ise; yine normal koşullar altında ebeveynler tarafından üstlenilen, ancak anne-babanın ölümü, ehliyetsizliği, yetersizliği veya çocuğun terkedilmiş olması gibi hallerde uygulanacak hukuk uyarınca 3. kişiler tarafından üstlenilmesi öngörülen, çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik olarak “çocuğun temsili”nin kastedildiği ifade edilmektedir²².

Bununla birlikte Sözleşme, “koruma tedbiri” (*measures for the protection of children*) ifadesini tanımlayan bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bunun yerine, Sözleşme’nin 3. maddesinde, Sözleşme kapsamında alınabilecek koruma tedbirlerine ilişkin bazı örnekler sıralanmış ve Sözleşme’nin 4. maddesinde ise, Sözleşme’nin kapsamına girmeyen konular sayılmıştır. Sözleşme’de, koruma tedbirlerinin hangi konulara ilişkin olabileceğine dair kesin bir tanım yapılmamış olmasının sebebi ise, her bir akit devletin iç hukukunda çocukların şahıs ve malvarlıklarını korumaya yönelik olarak alınabilecek tedbirlerin değişkenlik arz edebilmesi ve Sözleşme’nin bu çeşitliliği ve esnekliği sınırlandırmayı arzu etmemesidir²³. Bu itibarla, Sözleşme’nin “koruma tedbirleri” bakımından konu itibarıyla uygulama alanını, 3. ve 4. maddeler belirlemektedir.

Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları tarafından çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik olarak alınabilecek “koruma tedbirleri”nin neler olabileceği Sözleşme’nin 3. maddesinde, tahdidi olmak-

(RG. 27.01.1995-22184). Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 14, s. 543; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

²² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 14, s. 545; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

²³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 18, s. 547 ve paragraf 26, s. 549; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 27.

sızın²⁴, örnek kabilinden belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları; (a) velayet sorumluluğunun tesisi, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması veya bir başkasına tevdiine; (b) çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkı da dâhil olmak üzere, çocuğa yönelik bakım ve gözetim hakları ile çocuğun mutad meskeninden başka bir yere sınırlı bir süre için götürülmesi hakkı da dâhil olmak üzere çocukla kişisel ilişki kurma hakkına²⁵; (c) vesayet, kayyımlik ve benzeri kurumlara²⁶; (d) çocuğun şahıs veya malvarlığından sorumlu olan, çocuğu temsil eden veya çocuğa yardım eden kişi veya kurumun tayinine ve bunların işlevlerine²⁷;

²⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 18, s. 547; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 387; GİRAY, s. 251; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 151 dn. 122.

²⁵ Sözleşme'nin 3. maddesinin (b) bendinde yer alan “çocuğa yönelik bakım ve gözetim hakkı” (*rights of custody*) ifadesi ile “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” (*rights of access*) ifadeleri, farklı devlet hukuklarında farklı anlamlara gelebileceğinden ve hakların kapsamı değişebileceğinden, (b) bendi formüle edilirken, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki tanımların aynen aktarıldığı ve bu ifadelerin Sözleşmelerin uygulanmasında birbirleri ile bütünlüğünün bozulmaması adına aynı şekilde yorumlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 20, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29. 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi uyarınca “çocukla kişisel ilişki kurma hakkı” kavramı için bkz. İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi* (1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi), Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 76; GİRAY, s. 14-15; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri (Çocuğun İadesi)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 91-92.

²⁶ Sözleşme'nin 3. maddesinin (c) bendinde, “vesayet” (*guardianship*), “kayyımlik” (*curatorship*) ve benzeri olarak ifade edilen kurumlar, çocuğun ebeveynlerinin ölmüş olmaları veya çocuğu temsil kabiliyetine haiz olmadıkları durumlarda, çocuğun korunması, temsili veya çocuğa yardım öngören sistemler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 21, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29.

²⁷ Sözleşme'nin 3. maddesinin (d) bendindeki kişi veya kurumlar, oldukça geniş tanımlanmıştır. Bu kişi veya kurum; bir ebeveyn, bir vasi veya çocuğun velayet sorumluluğunun tevdi edildiği herhangi bir kişi olabileceği gibi; çocuğu mahkemede temsilcisi ile menfaat çatışması içeren bir davada temsil etmek üzere atanan vasi (*guardian ad litem*) veya çocuğun avukatı veya çocuğun yasal temsilcisinin bulunmadığı veya ona ulaşamadığı özel durumlarda, o anda çocuk üzerinde otorite sahibi olan bir kişi (örneğin; çocuk için acil tedavi gereken durumlarda çocuğun bulunduğu yaz kampının sorumlu idarecisi) de olabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 22, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 29.

(e) çocuğun koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine²⁸ veya çocuğun bakımının *kefalet (kafala)*²⁹ veya benzeri bir kurum tarafından sağlanmasına³⁰; (f) çocuğun, koruması altında bulunduğu kişi tarafından yerine getirilen bakımın bir kamu otoritesi tarafından denetlenmesine³¹; (g) çocuğun malvarlığının yönetimi, muhafazası veya elden çıkarılmasına³² ve benzeri her türlü koruma tedbirine ilişkin kararları alabileceklerdir (m. 3).

²⁸ Çocuğun evlat edinilmek üzere veya cezai bir suç işledikten sonra bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin koruma tedbirleri, 4. maddenin (b) ve (i) bentleri uyarınca Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁹ “*Kefalet*” (*kafala*), İslam hukukunda yer alan (örneğin; Fas hukuku), evlat edinmeden farklı ve evlat edinmedeki gibi sonucunda çocuk ve yanına yerleştirildiği aile ile arasında hısımlık ilişkisi doğurmayan, çocuğun korunmasına yönelik bir müessesedir. “*Kefalet*” (*kafala*), evlat edinmenin sonuçlarını doğurmaması sebebiyle, 1993 tarihli Lahey Ülkelerearası Evlat Edinme Sözleşmesi'nin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte, “*kefalet*” (*kafala*) müessesesi, çocuğun korunmasına yönelik bir tedbir olması itibarıyla, 1996 tarihli Sözleşme'nin kapsamına dâhil edilmiştir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 23, s. 547; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 388 dn. 13; GİRAY, s. 251 dn 74. “*Kefalet*” (*kafala*) müessesesinin, Türk milletlerarası özel hukukunda vasıflandırılması ile ilgili olarak bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 172.

³⁰ Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamları tarafından, m. 3(e) kapsamında çocuğun koruyucu aile yanına veya bakım kurumuna yerleştirilmesine veya *kefalet (kafala)* veya benzeri bir müessese ile çocuğun bakımının sağlanmasına ilişkin alınacak koruma tedbirleri çerçevesinde, yerleştirme veya bakım başka bir akit devlet ülkesinde gerçekleştirilecekse, koruma tedbirini alacak yetkili akit devlet makamının Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, öncelikle yerleştirme veya bakımın sağlanacağı akit devletin Merkezi Makamına veya yetkili kurumuna danışması şart koşulmuş ve koruma tedbirinin ancak bu akit devletin Merkezi Makamının veya yetkili kurumunun onayı ile alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 143, s. 593; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 30, 120-121.

³¹ Sözleşme'nin 3. maddesinin (f) bendi ile, çocuğun şahıs varlığının korunmasında devlet otoritesi müdahalesinin, sadece çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesinde değil; çocuk hakkında bakım ve gözetim hakkı çocuğun ebeveynlerine veya başka bir kişiye aitken denetleyici makam olarak da söz konusu olabileceği ve devlet otoritesinin denetimine ilişkin alınabilecek böyle bir koruma tedbirinin de Sözleşme kapsamına dâhil olacağı açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 24, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 31.

³² Sözleşme'nin 3. maddesinin (g) bendi ile, çocuğun malvarlığına yönelik, satın alma veya yatırım yapma da dâhil, her türlü işleme dair koruma tedbiri kastedilmektedir. Örneğin; belirli bir malvarlığı değeri üzerinde var olan bir ihtilafa ilişkin açılmış bir davada o malvarlığı değerine yönelik olarak çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla vasi (*guardian ad litem*) atanması bu kapsamdadır. *Explanatory Report*, paragraf 25, s. 547; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 31.

Sözleşmenin kapsamına girmeyen konular ise 4. maddede tahdidi olarak sayılmak suretiyle Sözleşmenin konu itibariyle uygulama alanı sınırlandırılmıştır. Bu itibarla, Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca Sözleşme haricinde tutulmamış, çocuğun şahıs veya malvarlığını "korumaya yönelik"³³ her türlü karar veya tedbirin Sözleşme'nin uygulama alanına girdiği kabul edilmekte ve böylece Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanı bakımından bir boşluk doğması engellenmektedir³⁴.

Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca; (a) ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması (örneğin; soybağının kurulması) veya buna itiraz edilmesine; (b) evlat edinme kararları, evlat edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlat edinmenin iptali veya feshine; (c) çocuğun soyadı ve adına; (d) çocuğun velayet altında olmaktan çıkarılmasına (çocuğun ergin kılınmasına); (e) nafaka yükümlülüklerine; (f) tröst veya mirasa halefiyete; (g) sosyal güvenliğe; (h) eğitim veya sağlık konularındaki genel nitelikli kamusal tedbirlere; (i) çocuklar tarafından işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirlere ve (j) sığınma hakkına ve göçe ilişkin kararlara 1996 tarihli Sözleşme uygulanmayacaktır.

Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³⁵ Aile Hukuku kitabında yer alan, "soybağının hükümleri", "velayet" ve "çocuk malları"na ilişkin hükümlerle düzenlenen, evlat edinme, çocuğun ad ve soyadı ve nafaka dışındaki, tüm meselelerin 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin konu itibariyle uygulama alanına girdiği görülmektedir. Örneklendirmek gerekirse; velayetin tesisi, velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi (velayetin tevdi) gibi velayete, çocuğun korunmasına, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin Türk idari ve adli makamlarınca verilebilecek tüm kararlar Sözleşme'nin kapsamına girmektedir.

³³ Önemle belirtilmelidir ki; 1996 tarihli Sözleşme, "çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasına" yönelik bir sözleşme olması itibariyle, Sözleşme'nin kapsamına "çocuğun korunmasına" yönelik olarak alınacak tedbirler girmektedir. Bu anlamda; çocuğun vatandaşlığına, çocuğun adına veya çocuk lehine örneğin haksız fiilden kaynaklanan bir tazminata hükmedilmesine ilişkin meseleler "çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbir" olarak nitelendirilemeyeceğinden Sözleşme'nin uygulama alanı dışındadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 26, s. 549 dn. 22.

³⁴ *Explanatory Report*, paragraf 26, s. 549.

³⁵ RG. 08.12.2001-24607.

D. Zaman İtibariyle Uygulama Alanı

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin “zaman bakımından uygulama alanı” 53. maddesinde düzenlenmiştir. 53. madde; ilk fıkrasında, koruma tedbirlerini almada makamların milletlerarası yetkisine; ikinci fıkrasında ise, koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin olmak üzere iki adet “zamanlararası kanunlar ihtilafı kuralı”³⁶ olarak da adlandırılabilir “intikal hükmü” içermektedir.

1. Yetki Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması

Buna göre; 1996 tarihli Sözleşme'nin, koruma tedbirlerinin alınmasında makamların yetkisine ilişkin hükümleri, ancak, bir devlette Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra o devlette alınacak koruma tedbirlerine uygulanacaktır (m. 53/1). Sözleşme'nin bir devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce, o devletin yetkili makamları tarafından alınmış bulunan koruma tedbiri kararları ise, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra söz konusu devlet makamlarının milletlerarası yetkisi artık bulunmasa dahi, hukuki geçerliliğini muhafaza edecektir. Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği sırada, koruma tedbiri talebi, akit devlet makamları huzurunda henüz karara bağlanmamış, halen görüşülmekte ise, örneğin, koruma tedbiri talebine ilişkin yargılama halen devam etmekte iken Sözleşme o akit devlet bakımından yürürlüğe girmiş ise, bu yargılamanın akıbeti akit devletlerden her birinin iç hukukuna tabi olacaktır³⁷.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girdiğinden³⁸, ancak bu tarihten sonra Türk

³⁶ Bir ülkede, aynı konuyu düzenleyen farklı kuralların birbiri ardına yürürlüğe girmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek kanunlar ihtilafını gidermek amacıyla başvurulacak kurallara “zamanlararası kanunlar ihtilafı kuralı” denmektedir. Bkz. Ergin NÖMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 29-30; Aysel ÇELİKEL/B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 29-30; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 23-24 dn. 56; Gülören TEKİNALP/Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 44-45; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 17-19.

³⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 177, s. 603.

³⁸ Sözleşme uyarınca; Türkiye'nin de aralarında bulunduğu, 1996 yılı itibariyle Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı üyesi devletler, “onaylama” (*ratification*) işlemi ile Sözleşme'ye taraf olabilecek (m. 57) ve Sözleşme o devlet bakımından, “onay belgesi”nin,

adli ve idari makamlarından talep edilen ve Sözleşme'nin kişi, konu ve yer itibarıyla uygulama alanına giren çocuklara yönelik koruma tedbirlerini almada Türk makamlarının yetkili olup olmadığına 1996 tarihli Sözleşme hükümleri tatbik edilerek karar verilecektir³⁹.

Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinde, koruma tedbiri talebi, Türk mahkemeleri önünde derdest ise, bu talep bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu itibarla yargılamanın akıbeti, Türk hukukunda usul hukuku kuralları hakkındaki genel intikal prensibine göre belirlenecektir. Buna göre; usul hukuku kuralları, yargılama düzenine ve bu itibarla kamu düzenine ilişkin bulunmaları sebebiyle, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren *henüz karara bağlanmamış, tamamlanmamış* işlemlerde resen ve derhal tatbik edileceklerdir⁴⁰. Bu durumda, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girme tarihi olan 01.02.2017 tarihinden önce, Türk mahkemelerine milletlerarası yetki veren bir kanun hükmüne istinaden yetkili bir Türk mahkemesinde açılmış ve Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihte halen Türk mahkemeleri önünde görüşülmekte olan koruma tedbiri talepleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisine, 1996 tarihli Sözleşme'deki yetki kuralları değil, talep tarihindeki Türk milletlerarası yetki kuralları tatbik edilecektir. Dolayısıyla, 1996 tarihli Sözleşme'nin yürürlüğe girişi esnasında derdest olan koruma tedbiri talepleri hakkında yetkili Türk mahkemeleri, Sözleşme'ye göre yetkili olmasalar dahi, yetkili olmaya devam edecek ve yargılama sürecektir.

Sözleşme'nin depo makamı olan Hollanda Krallığı Dışişleri Bakanlığı'na depo edildiği tarihten sonra gelen 3 ayın sonunu takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir (m. 61/2(a)). Bu nedenle, 07.10.2016 tarihinde onay belgesini depo eden Türkiye bakımından Sözleşme, 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁹ 01.02.2017 tarihinden önce Türk makamlarına yapılan koruma tedbiri talepleri bakımından Türk makamlarının milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk ise, şayet hakkında koruma tedbiri talep edilen çocuğun mutad meskeni 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette ise 1961 tarihli Sözleşme'ye göre; değilse, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) (RG. 12.12.2007-26728) düzenlenen Türk milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

⁴⁰ NOMER, s. 30 dn. 48; ÇELİKEL/ERDEM, s. 30-31; Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akıterin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 318; Emre ESEN, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Zaman İtibarıyla Uygulama Alanı*, İBD, C. 83, S. 2009/3, s. 1370.

2. Tanıma ve Tenfiz Hükümlerinin Zaman İtibariyle Uygulanması

Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri ise, koruma tedbirini alan akit devlet ile bu koruma tedbirinin tanınması ve tenfizinin talep edildiği akit devlet arasında Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra alınan koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine uygulanacaktır (m. 53/2). Buna göre; 1996 tarihli Sözleşme'de yer alan tanıma ve tenfiz hükümlerinin uygulanabilmesi için, koruma tedbirinin, hem tedbiri alan hem de tanıma veya tenfiz talep edilen devlette Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra alınmış olması gerekmektedir. Sözleşme'nin her iki devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi ise, tanıma veya tenfiz talep edilen devletin hukukuna göre gerçekleştirilecektir⁴¹.

Bu durumda, Sözleşme'nin kişi, konu ve yer itibariyle uygulama alanına giren koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizine 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için; koruma tedbirinin, Sözleşme'nin yürürlükte olduğu bir akit devlet tarafından, 01.02.2017 tarihinde veya bu tarihten sonra alınmış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinden önce yabancı devlet yetkili makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizine, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır⁴².

⁴¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 178, s. 603.

⁴² Bu tarihten önce yabancı devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi, kararın alındığı yabancı devletin 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olması halinde bu Sözleşme'ye göre (1961 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 7); değilse, 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre mümkün olacaktır. Yabancı bir devletin yetkili makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanması ile 1996 tarihli Sözleşme'nin uygulanması arasındaki en önemli fark, tanıma ve tenfiz şartlarına (red sebeplerine) ilişkindir. 1961 tarihli Sözleşme'de, koruma tedbirlerinin tanınması, 1961 tarihli Sözleşme uyarınca koruma tedbirini almaya yetkili akit devlet makamları tarafından alınması ve koruma tedbirinin tanınmasının açıkça kamu düzenine aykırı olmaması şartlarına tabi tutulmuş iken; koruma tedbirlerinin tenfizi, tenfiz talep edilen akit devletin hukukuna bırakılmıştır. Bkz. HUYSAL, s. 187-190; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 178-180; Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz)*, Beta, İstanbul 2013, s. 358-362; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 177 vd. 1996 tarihli Sözleşme'de ise, 23. maddesinde, tanıma ve tenfiz red sebepleri sayılmıştır.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin zaman bakımından uygulama alanını ilgilendiren bir diğer hüküm de, 1996 tarihli Sözleşme ile 1961 tarihli Sözleşme arasındaki ilişkiyi düzenleyen 51. maddesinde yer almaktadır. 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca; hem 1961 tarihli Sözleşme'ye hem de 1996 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçecektir. Ancak bu durum, 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf bir devlet bakımından yürürlüğe girmeden önce, bu devlette 1961 tarihli Sözleşme uyarınca alınmış koruma tedbirlerinin 1961 tarihli Sözleşme uyarınca tanınmasına hanel getirmeyecektir. Buna göre; 1961 tarihli Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirleri, koruma tedbirinin alındığı tarihte 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf bir devlette, 1961 tarihli Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca tanınacaktır. Koruma tedbirinin alındığı devlet ile tanımanın talep edileceği her iki devlette de, bu zaman zarfında, 1996 tarihli Sözleşme yürürlüğe girse dahi, söz konusu koruma tedbirinin tanınmasına, 1961 tarihli Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda; örneğin, 1961 tarihli Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca yetkili olan “çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamları” tarafından alınan koruma tedbirleri o tarihte 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olan bir devlet tarafından Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca tanınacaktır. Koruma tedbiri alındıktan sonra, 1996 tarihli Sözleşme her iki devlet bakımından da yürürlüğe girse de, tanıma talep edilen devlet, 1996 tarihli Sözleşme'nin 1961'in yerine geçtiğini ve koruma tedbirinin 1996 tarihli Sözleşme uyarınca yetkili olan “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları” tarafından alınmadığını ileri sürerek koruma tedbirinin tanınmasını reddedemeyecektir⁴³. Aslında böyle bir durumda, 1996 tarihli Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümleri; zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, koruma tedbiri 1996 tarihli Sözleşme her iki devlet bakımından da yürür-

⁴³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 169, s. 601; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 133. 1996 tarihli Sözleşme'nin koruma tedbirlerinin tanıma ve tenfiz red şartlarını düzenleyen m. 23/2(a) uyarınca; “koruma tedbirinin, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarına göre yetkili olmayan bir makam tarafından alınmış olması” bir red sebebidir. 1996 tarihli Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, koruma tedbirlerini almada genel yetkili makamlar, kural olarak, “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları”dır. Çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamları ancak, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddelerinde öngörülen usul ve şartlar çerçevesinde, mutad mesken devletinin yetkisini devretmesi halinde yetki kazanabilecektir.

lûge girmeden önce alındığından zaten uygulanma imkânına sahip değildir. Kanaatimizce, 1996 tarihli Sözleşme'nin 51. maddesinde yer alan bu kayıt, her iki milletlerarası sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından, 1996 tarihli Sözleşme'nin 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçeceğine ilişkin hüküm ile 53. maddenin 2. fıkrasında yer alan intikal hükmü uygulanırken yaşanabilecek olası tereddütleri ortadan kaldırmak için getirilmiştir.

3. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması

Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin olarak ise, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin zaman bakımından uygulama alanını belirleyen 53. maddesinin herhangi bir intikal hükmü getirmediği kabul edilmektedir. Şöyle ki; Sözleşme'nin 53. maddesinin 1. fıkrasında yer alan intikal hükmünün, sadece koruma tedbirlerini almada akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini düzenleyen Sözleşme hükümlerine ilişkin olduğu; Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamadığı ifade edilmektedir⁴⁴.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin koruma tedbirlerini almada uygulanacak hukuka ilişkin 15. maddesi uyarınca, koruma tedbirlerinin alınmasında uygulanacak hukuk, “yetkili akit devlet makamının kendi hukuku” olduğundan ve bu nedenle koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi için o akit devlet makamlarının Sözleşme uyarınca yetkili olması gerektiğinden, m. 53/1'deki yetkiye ilişkin intikal hükmünün, dolaylı olarak, Sözleşme'deki “koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları”nın zaman bakımından uygulama alanını da belirlediği kabul edilmektedir⁴⁵.

Buna göre, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinden sonra Sözleşme uyarınca yetkili Türk adli ve idari makamları tarafından çocuklara yönelik koruma tedbirleri alınırken hangi hukukun uygulanacağına 1996 tarihli Sözleşme hükümleri (m. 15) tatbik edilerek karar verilecektir.

Diğer taraftan, Sözleşme m. 53/1'de yer alan intikal hükmünün,

⁴⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

⁴⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını kapsamadığı kabul edildiğinden, Sözleşme’nin 16. maddesinde düzenlenen, “adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları”nın zaman bakımından uygulama alanı konusunda bir boşluk bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Bu nedenle, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Sözleşme’nin konu, kişi ve yer bakımından uygulama alanına giren meselelerde artık uygulanmayacak olan akit devletin iç hukukundaki kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile Sözleşme’nin 16. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralı arasında vuku bulabilecek bir zamanlararası kanunlar ihtilafı probleminin nasıl giderileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Sözleşme’nin bir akit devlette yürürlüğe girmesinden sonra, o devletin yetkili makamları kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku, Sözleşme’nin 16. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edecek ve buna göre “çocuğun mutad mesken hukuku” uygulanacaktır. Ancak, Sözleşme’nin o akit devlette yürürlüğe girmesinden önce, o akit devletin iç hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre, kanundan doğan velayet sorumluluğu hakkında başka bir bağlama noktası, örneğin, “çocuğun milli hukuku” öngörülmüş olabilir. Bu durumda, Sözleşme yürürlüğe girene kadar, kanundan doğan velayet sorumluluğu, o akit devletin iç hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralına göre “çocuğun milli hukuku”na tabi iken; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra, “çocuğun mutad mesken hukuku”na tabi olacaktır. Bu bağlama noktaları farklı devlet hukuklarına işaret ediyor ve “çocuğun milli hukuku”na göre, kanundan doğan velayet sorumluluğunun tek başına anneye ait olduğu; “çocuğun mutad mesken hukuku”na göre ise, tek başına babaya ait olacağı düzenlenmiş ise, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden sonra, velayet sorumluluğuna sahip olacağı öngörülen kişi veya kişilerdeki bu değişikliğin sebep olacağı intikal hukukuna dair muhtemel problemler nasıl çözümlenecektir? Bu muhtemel problemlerden ilk akla geleni; Sözleşme yürürlüğe girmeden önce, kanundan doğan velayet sorumluluğuna tek başına sahip olan annenin bu hakkı kapsamında gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin geçerliliğinin tartışma konusu yapıp yapılamayacağı meselesidir. İkincisi ise; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra yeni kanunlar ihtilafı

⁴⁶ İbid.

kuralına göre velayet sorumluluğuna tek başına sahip olması öngörülen babanın bu hakkını hangi andan itibaren kazanacağı; eski kanunlar ihtilafı kuralına göre velayet sorumluluğundan kaynaklanan annenin haklarının Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile hemen sona erip ermeyeceğidir. İşte Sözleşme'nin bir devlette yürürlüğe girmesi ile birlikte, o akit devletin iç hukukunda yer alan kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının, buna bağlı olarak uygulanacak devlet hukukunun ve neticesinde kanundan doğan velayet sorumluluğunun ait olduğu kişinin değişmesinden kaynaklanan tüm bu intikal meselelerinin, Sözleşme'de bu konuda boşluk bulunduğundan, her bir akit devletin iç hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷.

Nitekim Türk hukukuna baktığımızda; Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenen, “adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk”a ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı, MÖHUK m. 17'de “soybağının hükümleri” başlığı altında düzenlenmiş ve bu konuda Sözleşme'den farklı bağlama noktaları öngörül-müştür⁴⁸. Bu nedenle, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının değişmesinden kaynaklanan yukarıda açıkladığımız zamanlararası kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin problemlerin doğması muhtemel gözükmektedir. 1996 tarihli Sözleşme bu problemlerin çözümünü akit devletlerin iç hukuklarına bıraktığından, 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulama alanına ilişkin Türk hukukunda yer alan düzenlemelere göre meselenin incelenmesi gerekmektedir.

Türk iç hukukuna baktığımızda, 5718 sayılı MÖHUK'ta, kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin olarak, eski ve yeni düzenlemelerden hangisinin esas alınacağını gösteren özel intikal hükümleri mevcut değildir. Bu nedenle, 1996 tarihli Sözleşme'nin 16. maddesi ile MÖHUK'un 17. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki intikal problemlerinin çözümü için, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da⁴⁹ düzenlenen “genel intikal hükümleri”nden faydalanılması ve

⁴⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, 603.

⁴⁸ MÖHUK m. 17 uyarınca; soybağının hükümleri; ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, o hukuka, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukukuna, onun da bulunmaması halinde, soybağını kuran hukuka tabidir.

⁴⁹ RG. 08.12.2001-24607.

Sözleşme'nin 16. maddesindeki kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının zaman bakımından uygulama alanının bu genel intikal hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵⁰.

Buna göre; *ilk problem* olan, Sözleşme yürürlüğe girmeden önce uygulanacak hukuka göre, kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynin bu hakkı kapsamında *gerçekleştirdiği ve tamamlanmış olan hukuki işlemlerin geçerliliğinin* tartışma konusu yapıp yapılamayacağı meselesinin çözümünde; 4722 sayılı Kanun'un "geçmişe etkili olmama" başlıklı 1. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uygulanacak ve bu hukuki işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, yapıldıkları sırada yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kurallarına ve onların yetkili kıldığı hukuka göre belirlenecektir. Bu nedenle, Sözleşme yürürlüğe girmeden önce, MÖHUK m. 17 uyarınca yetkili hukuka göre kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynin bu hakkı kapsamında çocuğun nam ve hesabına gerçekleştirdiği ve tamamlanmış olan işlemler, Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da MÖHUK m. 17'ye tabi olacağından, geçerliliğini koruyacak ve dava konusu yapılamayacaktır (4722 sayılı Kanun m. 1/I ve II)⁵¹.

İkinci problem olan; Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra yeni kanunlar ihtilafı kuralının (Sözleşme m. 16) yetkili kıldığı hukuka göre velayet sorumluluğuna tek başına sahip olması öngörülen ebeveynin bu hakkını hangi andan itibaren kazanacağı ve dolayısıyla eski kanunlar ihtilafı kuralının (MÖHUK m. 17) yetkili kıldığı hukuka göre velayet sorumluluğuna sahip ebeveynin haklarının Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile hemen sona erip ermeyeceği ise; esasen Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden *önce doğan ve halen devam eden işlem ve ilişkilere* hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı meselesidir. Adli veya idari makamların müdahalesi olmak-

⁵⁰ Nitekim, mülga 2675 sayılı MÖHUK'u yürürlükten kaldıran 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulama alanının belirlenmesinde de, 5718 sayılı MÖHUK'ta özel intikal hükümleri bulunmadığından, Türk hukukundaki genel nitelikli intikal hükümlerini içeren 4722 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. NÖMER, s. 30; ESEN, s. 1371-1372; TEKİNALP/UYANIK, s. 44; Esra DARDAĞAN-KİBAR, *Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar*, GÜHFD, 2011/1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 542. Davanın açıldığı tarihi esas alan farklı görüş için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 30-31.

⁵¹ 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan soybağına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki intikal problemleri bakımından aynı yönde görüş için bkz. ESEN, s. 1371-1373; DARDAĞAN-KİBAR, s. 542.

sızın kanundan doğan velayet sorumluluğu ilişkisi, “içerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş” bir ilişki olduğundan, bu meselenin çözümünde 4722 sayılı Kanun’un 3. maddesi uygulanacak ve bu ilişki Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsa bile, Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Buna göre; örneğin, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden önce MÖHUK m. 17 uyarınca yetkili hukuka göre kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan annenin hak ve yetkileri, Sözleşme m. 16 uyarınca yetkili hukuka göre velayet sorumluluğunun tek başına babaya ait olacağı öngörülmüşse, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte sona erecek ve bu andan sonra anne, çocuk nam ve hesabına işlem gerçekleştiremeyecek; gerçekleştirdiği işlemler ise dava konusu yapıldığında geçersiz addedilecektir⁵².

Bununla birlikte, Sözleşme m. 16’nın zaman bakımından uygulama alanının bu şekilde belirlenmesi, kanundan doğan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının değiştiğinden ve velayet sorumluluğunun sona erdiğinden haberi olmayan ve olamayacak durumda olan ve velayet sorumluluğuna sahip görünen kişiler ile hukuki işlemler gerçekleştiren iyiniyetli 3. kişiler bakımından hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği zedeleyen sonuçlara yol açacaktır. Bu sebeple, kanaatimizce, Sözleşme’nin 16. maddesinin yürürlüğe gireceği ve uygulanacağı bu hallerde, 16. madde bir bütün olarak ele alınmalı ve 16. maddenin 3. ve 4. fıkralarında yer alan “statü değişikliği” (*conflict mobile*) kurallarına göre “çocuğun mutad meskeninin değiştiği haller”de, eski mutad mesken hukukuna göre sahip olunan kanundan doğan velayet sorumluluğunun devam edeceği ve yeni mutad mesken hukuku uyarınca başka bir kişinin bu sorumluluğa sahip olacağı öngörülmüşse bu yeni kişinin eski kişiyle birlikte müştereken velayet sorumluluğuna sahip olacağı kuralı intikal problemlerine de kıyasen uygulanmalıdır⁵³. Böylece, adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın kanundan doğan velayet sorumluluğunda, Sözleşme kapsamında statü değişikliğinde korunan işlem güvenliğinin; kanun değişikliğinde de korunması sağlanmış olacaktır. Eski ve yeni kanunlar ihtilafı kuralına göre, kanundan doğan velayet sorumluluğuna sahip olan kişiler arasında sorun

⁵² Ibid.

⁵³ Benzer yönde öneri için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605. Sözleşme’nin 16. maddesinde yer alan “statü değişikliği”ne ilişkin kurallar ve değerlendirmesi için bkz. Aşağıda, s. 1148

çıkması halinde ise, velayet sorumluluğunun kullanılmasına ilişkin bu sorunlar, Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamları tarafından alınacak koruma tedbiri kararları ile çözümlenebilecek; örneğin, bir koruma tedbiri kararıyla velayet sorumluluğunun söz konusu ebeveynlerden birine tevdi edilmesi sağlanabilecektir.

III. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki Kuralları ve Türk Hukukuna Etkileri

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Yetki Kuralları

Sözleşme'nin kişi, yer, konu ve zaman bakımından uygulama alanına giren konularda, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almakta hangi akit devlet makamlarının yetkili olacağına ilişkin hükümler, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer almaktadır⁵⁴.

Sözleşme'de yer alan yetki kuralları, Sözleşme'nin uygulanmasında kilit role sahiptir. Zira Sözleşme'de yer alan koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar ve tanıma ve tenfiz hükümlerinin uygulanabilirliği, büyük oranda, akit devletlerin, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerine bağlanmıştır.

Bu itibarla 1996 tarihli Sözleşme'deki yetki kuralları formüle edilirken, Sözleşme'nin etkin bir biçimde uygulanmasını temin etmek ve bu kapsamda 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasında yaşanan zorlukların tekrarlanmasının önüne geçmek adına⁵⁵, koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetki, tek bir akit devlette (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet

⁵⁴ 1996 tarihli Sözleşme, sadece, koruma tedbirlerini almada hangi akit devletin makamlarının milletlerarası yetkiye sahip olduğunu düzenlemektedir. Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip akit devletin hangi adli veya idari makamının yetkili veya görevli olduğu meseleleri ise akit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 39.

⁵⁵ 1961 tarihli Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUYSAL, s. 70-86; Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, İstanbul 2006, s. 131-139; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 170-176; TEKİNALP/UYANIK, s. 200-203.

makamlarında) “merkezileştirilme”ye çalışılmış ve mümkün olduğu kadar, bu merkezi yetkiye eşzamanlı yetki tesis edecek kurallardan kaçınılmaya gayret gösterilmiştir⁵⁶.

Bu açıdan incelendiğinde; Sözleşme’nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarını; “esas yetki” ve “sınırlı ve geçici yetki” tesis eden kurallar olarak iki ana başlıkta gruplandırmak mümkündür. Çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerini almaya “esas yetkili akit devlet makamları” Sözleşme’nin 5 ila 10. maddelerinde; “sınırlı ve geçici yetkili akit devlet makamları” ise Sözleşme’nin 11 ila 12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunların yanında, bir de Türkiye’nin 1996 tarihli Sözleşme’ye koymuş olduğu çekince nedeniyle “çocuğun Türkiye’de bulunan malları bakımından Türk makamlarının yetkisi” söz konusudur. Bu da üçüncü bir başlık olarak incelenecektir.

1. Esas Yetkili Akit Devlet Makamları

Sözleşme uyarınca, mutad meskeni akit bir devlet ülkesinde bulunan bir çocuk hakkında koruma tedbiri alınmasında hangi akit devlet makamlarının milletlerarası yetkiye sahip olduğu, 5 ila 10. maddelerdeki yetki kurallarıyla düzenlenmiştir. Koruma tedbirlerinin alınmasında esas yetkili akit devleti belirleyen bu yetki kuralları, genel yetki kuralının yer aldığı 5. maddesi uyarınca, “çocuğun mutad meskeninin akit *bir devlet ülkesinde yer alması*” ihtimaline dayanmakta ve ancak bu takdirde Sözleşme’nin 5 ila 10. maddelerindeki yetki kuralları akit devletler bakımından uygulanabilir hale gelmektedir⁵⁷. Bunun sonucunda ise, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu hallerde, bir akit devletin milletlerarası yetkisi, Sözleşme’deki yetki kurallarına göre tesis edilemiyorsa, o çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma bakımından o akit devletin milletlerarası yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir⁵⁸. Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip olmayan akit devlet makamlarının iç hukuk kurallarına göre milletlerarası yetki tesis ederek bir koruma tedbiri kararı alması halinde ise, diğer akit devlet makamlarının iç hukuk kurallarına göre yetki tesis

⁵⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605.

⁵⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553.

⁵⁸ *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 25.

edilerek alınan koruma tedbiri kararının tanınması ve tenfizi Sözleşme m. 23/2(a) bendi uyarınca reddedilebilecektir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer almaması halinde ise, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerindeki yetki kuralları uygulanamayacak ve akit devletler Sözleşme kapsamında milletlerarası yetkisini ancak, şartları sağlanmışsa, Sözleşme'nin 11 ila 12. maddelerinde yer alan ve sadece sınırlı ve geçici yetki sağlayan yetki kuralları ile tesis edebileceklerdir. Bununla birlikte, bu ihtimalde, akit devlet makamlarının, Sözleşme dışında, kendi iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetkilerini tesis etmeleri de mümkün olabilecektir⁵⁹. Ancak bu durumda, Sözleşme hükümleri uygulanmaksızın akit devletin yetkisi tesis edildiğinden; artık Sözleşme uygulama alanı bulmayacağından, diğer akit devletlerin, iç hukuk kurallarına dayanarak milletlerarası yetkisini tesis eden akit devlet makamlarınca alınan koruma tedbirlerini Sözleşme kapsamında kanun gereğince tanıma yükümlülükleri de ortadan kalkacak ve bu koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi, talep edilen akit devletin iç hukukunda yer alan tanıma ve tenfiz kurallarına tabi olacaktır⁶⁰.

a. Genel Yetki Kuralı: Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunduğu Akit Devlet Makamlarının Yetkisi. Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca; çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya, kural olarak, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu⁶¹ akit devletin adli veya idari

⁵⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 39, s. 553.

⁶⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; paragraf 122, s. 585.

⁶¹ Sözleşme'de "mutad mesken" kavramı, hukuki değil, fiili bir kavram olması nedeniyle her somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiğinden ve diğer birçok milletlerarası sözleşmede hali hazırda benimsenmiş bu kavramın Sözleşme'de tanımlanması halinde bu sözleşmelerin yorumlanmasında da karışıklıklara sebebiyet verilebileceğinden tanımlanmamıştır. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme kapsamında "mutad mesken" in tespitinde, özellikle 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi içtihatları yol gösterici olacaktır. "Mutad mesken" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 173-175; ATAMAN-FİGANMEŞE, *1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi*, s. 66-74; GİRAY, s. 52-88; BOZDAĞ, *Çocuğun İadesi*, s. 77-83; İlyas ARSLAN, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul 2014. Bununla birlikte; hangi hallerin mutad meskenin değişmesine sebebiyet vermeyeceğine ilişkin bir hükmün Sözleşme metnine dâhil edilmesine ilişkin olarak sunulan ve reddedilen bir teklifin Komisyon'daki görüşmelerinde; çocuğun geçici süreyle tatil, okul veya kişisel ilişki kurma hakkının sağlanması amacıyla başka bir devlet ülkesinde bulunmasının çocuğun mutad meskeninin değişmesine neden olmayacağı kabul edilmiştir.

makamları yetkilidir (m. 5/1).

Sözleşme uyarınca milletlerarası yetki çocuğun mutad meskenini takip ettiği için, Sözleşme'nin 7. maddesi çerçevesinde çocuğun haksız şekilde çıkarılması veya alıkonulması halleri dışında, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, *çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu* akit devlet makamlarının yetkili olacağı hükme bağlanmıştır (m. 5/2). Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde yetkili akit devlet makamlarının da değişeceği kuralı; mutad mesken değişikliğinin, önceki yetkili mutad mesken devletinin makamlarına bir koruma tedbiri talebi başvurusunun yapılmış olduğu sırada (örneğin; dava derdestken) gerçekleşmesi halinde de uygulanacak ve önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamı bu talepleri yetkisinin sona erdiğine hükmederek reddedecektir⁶². Bu itibarla, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde, "yetkinin devamlılığı" (*perpetuatio fori*) prensibi olarak ifade edilen, davayı gören mahkemenin yetkisinin bu yetkiyi tesis eden sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceği prensibi kabul edilmemiştir⁶³.

Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 40, s. 553.

⁶² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 42, s. 555. Bununla birlikte, böyle bir durumda, koruma talebi başvurusunun yapıldığı ve yetkisini tesis eden önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamlarının, koruma tedbiri talebini, yetkilerinin sona ermiş olması sebebiyle reddetmek yerine; Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen şartlar çerçevesinde, yeni mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamlarına başvurarak yetki devri talep edebilecekleri ve bu çerçevede söz konusu koruma tedbiri taleplerini almada yetki tesis edebilecekleri ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41.

⁶³ Buna karşılık belirtilmelidir ki; Türk milletlerarası usul hukukunda, davayı gören mahkemenin yetkisinin bu yetkiyi tesis eden sebeplerin değişmesinden etkilenmeyeceği prensibi (*perpetuatio fori*) kabul edilmektedir. Bkz. NOMER, s. 453. Bu minvalde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetkili mahkemeyi düzenleyen 6. maddesinde de, davalının "*davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri*" esas alınmış ve mahkemenin yetkisinin bu tarihten sonra yerleşim yerinde meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmemesi sağlanmıştır. Bkz. ŞANLI/ĖSEN/ATAMAN-FĖGANMEĖE, s. 368. Ayrıca, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi ile benzer konularda milletlerarası yetki kurları içeren ve Sözleşme m. 52/3 uyarınca, Sözleşme'ye taraf AB üyesi devletler arasında uygulanmasına devam edilecek olan "27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Evliliğe ve Velayet Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIa Tüzüğü"nü, "velayet sorumluluğu" ile ilgili meselelerde genel yetkili mahkemeyi düzenleyen 8. maddesinde de, "*davanın açıldığı tarihte çocuğun mutad meskeninin bulunduğu AB üyesi devlet*" mahkemelerinin yetkili olacağı hüküm altına alınmış ve böylece çocuğun daha sonra mutad meskeninin değişmesi halinde mahkemenin yetkisinin bundan etkilenmemesi sağlanmıştır. Tüzük metni için bkz.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki; her ne kadar Sözleşme’de bu hüküm ile “yetkinin devamlılığı” (*perpetuatio fori*) prensibi reddedilmişse de⁶⁴; Sözleşme’nin 14. maddesi uyarınca çocuğun mutad meskeninin değişmesi tek başına daha önce yetkili bir akit devletin makamları tarafından alınan koruma tedbirlerini geçersiz hale getirmeyeceğinden, “koruma tedbirlerinin devamlılığı” Sözleşme’de kabul edilmiştir.

b. Genel Yetki Kuralının İstisnaları. Sözleşme’de, belirli hallerde, 5. maddedeki genel yetki kuralına istisnalar getirilerek, belirli akit devlet makamlarının, çocuğun mutad meskeni o akit devlette bulunmasa dahi, Sözleşme kapsamında yetki tesis etmeleri mümkün kılınmıştır. Bu haller; “çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı haller” (m. 6), “uluslararası çocuk kaçırma halleri” (m. 7) ve “yetki devri” (m. 8-9) halleridir.

i. Çocuğun Mutad Meskeninin Bulunmadığı Hallerde Yetki. Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca; “mülteci çocuklar” ve “ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocuklar” ile “mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar” bakımından 5. maddenin 1. fıkrası anlamında koruma tedbirlerini almada esas yetkili makamlar, çocuğun topraklarında bulunduğu akit devlet makamlarıdır (m. 6/1-2).

“Yerlerinden edilmiş çocuklar” (*internationally displaced children*) ifadesi, farklı akit devletlerin iç hukuklarındaki “mülteci” (*refugee*) tanı-

Bkz. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338/1, 23/12/2003. Tüzükteki “velayet sorumluluğuna” ilişkin davalarda yetki kurallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA, *Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)*, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016, s. 243-278.

⁶⁴ Çocuğun mutad meskeninin, bir akit devlet ülkesinden, o akit devlette koruma tedbiri talebine ilişkin başvurunun yapılmış olduğu sırada, Sözleşme’ye akit olmayan bir devlet ülkesine taşınması halinde ise, artık Sözleşme’nin 5. maddesi uygulanmayacağından, önceki akit mutad mesken devletinin iç hukukunda var olan *perpetuatio fori* prensibine dayanarak yetkisini muhafaza etmesi mümkündür. Ancak bu halde, Sözleşme devre dışı kalacağından, diğer akit devletlerin, bu şekilde iç hukuk kurallarına dayanarak yetkisini muhafaza eden önceki akit mutad mesken devleti makamlarınca alınan koruma tedbirlerini Sözleşme kapsamında kanun gereğince tanıma yükümlülükleri sona erecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 42, s. 555; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41.

mının farklı olabileceği gözönünde bulundurularak, madde kapsamının geniş tutulması amacıyla özellikle tercih edilmiştir. Bu itibarla; 6. madde-nin kapsamına, ülkelerindeki karışıklıklar sebebiyle mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeyi terk etmek durumunda kalmış, bu ülke ile fiilen tüm bağlarını koparmış ve buldukları ülkede uluslararası veya geçici koruma statüsünden faydalanabilecek durumda olan tüm çocuklar girmektedir⁶⁵.

“Mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar”⁶⁶ bakımından, çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi ise, bir “mecburi yetki” (*forum necessitatis*) halidir⁶⁷. Bu itibarla, çocuğun mutad mesken devletinin tespit edilmesi ile çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarının Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında milletlerarası yetkisi sona erecek ve artık çocuğun bulunduğu akit devlet makamları ancak Sözleşme’nin 11 ila 12. maddeleri uyarınca sınırlı ve geçici yetki esasına göre çocuk hakkında koruma tedbirlerini almada yetki tesis edebileceklerdir⁶⁸.

Sözleşme kapsamında “çocuğun bulunduğu yer” ise çocuğun fiziksel olarak bir devlette bulunması anlamına gelmektedir. Bu itibarla, “çocuğun bulunduğu” akit devlet makamlarının yetkili kazanması için, çocuğun fiziksel olarak o akit devletin topraklarında bulunması yeterli olup; o akit devlette oturduğuna ilişkin herhangi bir delil aranmayacaktır⁶⁹.

ii. Uluslararası Çocuk Kaçırma Hallerinde Yetki. Çocuğun mutad

⁶⁵ Buna karşılık, nerede olduğu bilinmeyen kaçmış veya terkedilmiş çocuklar bu kapsama girmemektedir. Kaçmış veya terkedilmiş çocukların bulunduğu yerin tespiti bakımından, Sözleşme’nin 31. maddesinin (c) bendi uyarınca akit devletler arasında işbirliği yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 44, s. 555; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 162.

⁶⁶ Çocuğun mutad meskeninin tespit edilemediği hallere örnek olarak; çocuğun iki veya daha fazla devlet arasında sürekli hareket halinde olması veya çocuğun yalnız veya terkedilmiş olup mutad meskeninin neresi olduğu hususunda herhangi bir delile ulaşılamaması veya çocuğun önceki mutad meskenini kaybetmiş ancak yeni bir mutad mesken edindiğine ilişkin yeterli delilin bulunmadığı haller gösterilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 42.

⁶⁷ *Forum necessitatis* prensibi ve Türk milletlerarası usul hukukunda uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki)*, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 143 vd. ÇELİKEL/ERDEM, s. 546-547; NOMER, s. 479-481; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 364-365.

⁶⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 45, s. 557; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 41, 161-162.

⁶⁹ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 175.

meskeninin, *haksız şekilde değiştirilmiş veya çocuğun alıkonulmuş olması*⁷⁰ halinde ise; çocuk başka bir devlette mutad mesken edininceye kadar, çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan hemen önceki mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları yetkili olmaya devam edecektir (m. 7/1). Bununla birlikte; bu akit devlet makamlarının yetkisinin devam ettiği süreçte, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca, sadece çocuğun şahıs veya malvarlığının korunması için zorunlu olan acil nitelikteki koruma tedbirlerini alabilecektir⁷¹.

Çocuğun mutad meskeninin haksız şekilde değiştirilmesi veya alıkonulması halinde, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu devlette yeni bir mutad mesken tesis etmesi ise bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde haksız şekilde yeri değiştirilen çocuğun yeni bir mutad meskene sahip olduğu kabul edilecek ve önceki mutad meskenin makamlarının yetkisi ortadan kalkacaktır. 7. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan bu şartlar, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak ve iki Sözleşme arasında azami uyum amaçlanarak kaleme alınmıştır. Buna göre; (a) çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkı bulunan kişi, kurum veya benzeri kuruluş haksız yer değiştirme veya alıkonmaya rıza göstermişse veya (b) çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkı bulunan kişi, kurum veya benzeri kuruluşun, çocuğun nerede olduğuna dair bilgiye sahip olduktan veya sahip olması

⁷⁰ Çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesi veya alıkonmasının hangi hallerde “haksız” olacağı 7. maddenin 2. fıkrasında tarif edilmiştir. Bu tarif esasen 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin 3. maddesine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre; çocuğun yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre bir şahsa, kuruma veya makama, tek başına veya müştereken tevdi edilmiş bir velayet sorumluluğu mevcut ise veya bu velayet sorumluluğu yer değiştirme veya alıkonma anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmeseydi kullanılacak idiyse, çocuğun mutad meskeninin haksız olarak değiştirilmesinin kabulü gerekir. Bu hükmün uygulanmasında velayet sorumluluğu, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanundan, adli veya idari bir makamca alınmış bir karardan veya hukuki bir işlemde kaynaklanmış olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, *1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi*, s. 63-64; GİRAY, s. 116-117; BOZDAĞ, *Çocuğun İadesi*, s. 89-90.

⁷¹ Ancak bu süreçte çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca geçici nitelikli koruma tedbirlerini alamayacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 51, s. 559.

gerektiği tarihten sonra en az 1 yıllık süre boyunca çocuk götürüldüğü veya alıkondduğu Devlette oturuyorsa, bu süre içerisinde herhangi bir iade talebi yapılmamışsa ve çocuk yeni çevresine alışmışsa, çocuğun o devlette yeni bir mutad mesken tesis ettiği kabul edilmektedir⁷².

iii. Yetki Devri. Sözleşme kapsamında koruma tedbirlerinin alınmasında genel yetki kuralına istisna getiren bir diğer durum, “çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek bir akit devlet bulunması” halinde “yetki devri” yöntemiyle yetki tesis edilmesidir. “Yetki devri”ni düzenleyen Sözleşme’nin 8. ve 9. maddelerinde öngörülen mekanizmalar ile çocuk hakkında koruma tedbirlerini alma konusunda genel yetkiye sahip akit devlet makamlarının, belirli bir mesele hakkındaki milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkilerini, aslında yetkili olmayan akit devlet makamlarına devretmeleri mümkün kılınmıştır. “Yetki devri”ne imkân verilmesinin ana sebebi ve ön şartı ise, yetkinin devredileceği akit devlette “*çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak*” olmasıdır. Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarına nazaran, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek başka bir akit devlet makamının, yetki devrine konu meseleler hakkında, “yetki devri” yöntemiyle yetki kazanmasına ilişkin 8. ve 9. maddelerde yer alan mekanizmanın, *forum non conveniens* doktrininin⁷³ Sözleşme’deki yansıması olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

Önemle belirtilmelidir ki; Sözleşme kapsamında yetki devri ancak akit devletler arasında gerçekleştirilebilmektedir. Akit olmayan devlet makamlarına yetki devri Sözleşme hükümleri kapsamında mümkün değildir⁷⁵.

Sözleşme uyarınca yetki devri talebi iki yönlü olarak yapılabilecektir.

⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 48-49, s. 557; GİRAY, s. 253-254.

⁷³ Anglo Amerikan hukukunda uygulanan *forum non conveniens* doktrinine göre; mahkeme, dava ile daha yakın irtibata sahip ve bu sebeple davayı görmeye daha uygun başka bir ülke mahkemesinin bulunduğunu tespit ettiğinde milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilmektedir. Bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 60 vd.; NOMER, s. 495-496; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360-361.

⁷⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 52, 559. Bu nedenle doktrinde Tiryakioğlu, Sözleşme’nin 8 ve 9. maddelerinde yer alan bu yetki devri mekanizmasını “*uygun olmayan ve uygun makam için tersine çevrilebilir bir sistem*” olarak ifade etmiştir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 393.

⁷⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 53, 559; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 57.

Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde, 5. veya 6. madde uyarınca genel yetkiye sahip akit bir devlet makamı, belirli bir koruma tedbiri bakımından, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağını müşahede ettiği başka bir akit devlet makamına yetki devri önerebileceği gibi; Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde, Sözleşme kapsamında milletlerarası yetkiye sahip olmayan akit bir devlet makamı da, çocuğun üstün yararını kendisinin daha iyi koruyacağını müşahade ederek, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yetkili akit devlet makamından (m.5) ⁷⁶ yetkinin kendisine devredilmesi talebinde bulunabilecektir.

Sözleşme m. 8 veya 9 uyarınca, çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağı düşüncesiyle yetki devri talebinde bulunmaya karar veren akit devlet, bunu iki şekilde gerçekleştirebilecektir. İlk yöntem; yetki devri talebinde bulunacak akit devlet makamının, doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığıyla, diğer akit devlet makamından bu yetkiyi kabul etmesi için talepte bulunmasıdır⁷⁷. İkinci yöntem ise; yetki devri talebinde bulunacak akit devlet makamının tarafları çağırarak, onları diğer akit devlet makamlarına bu talepte bulunmaya davet etmesidir.

Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri çerçevesinde, yetki devrinin gerçekleşebilmesi için üç şartın arandığı görülmektedir:

Bunlardan *birincisi*; *yetki devri ile yetki kazanacak akit devlet ile ço-*

⁷⁶ Sözleşme'nin 8. maddesinde, Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip akit devlet makamlarının diğer bir akit devlet makamından yetkisini devretmek için talepte bulunabileceği belirtilmekte iken; Sözleşme'nin 9. maddesinde, diğer bir akit devlet makamının, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamından yetki devri talebinde bulunabileceği belirtilmiş olup, 6. madde uyarınca çocuğun bulunduğu akit devlet makamından bahsedilmemiştir. Sözleşme'nin Açıklama Raporu'nda Lagarde, 9. maddedeki bu eksikliğin maddi bir hatadan kaynaklandığı, 9. maddenin 8. madde ile paralel bir şekilde uygulanması gerektiği ve bu nedenle 9. madde çerçevesinde yetki devri talebinin 6. madde uyarınca yetkili olan çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarına da yöneltilebileceği görüşünde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 58, s. 563. Ancak Lahey Konferansı Milletlerarası Özel Hukuk Daimi Bürosu tarafından hazırlanan El Kitabı'nda, Sözleşme metninin açık olduğu ve bu nedenle 9. madde kapsamında yetki devri talebinin sadece çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlete yöneltilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 57 dn. 156.

⁷⁷ Sözleşme'nin 31. maddesinin (a) bendi uyarınca, Sözleşme'nin 8 ve 9. maddeleri uyarınca yetki devri taleplerinin diğer akit devletlere iletilmesinde gerekli olan iletişimi ve görüşmeleri sağlama sorumluluğu Merkezi Makamlara yüklenmiştir.

cuk arasında bir irtibatın bulunmasıdır. Çocuğun üstün yararının daha iyi korunması gerekçesiyle, yetki devriyle yetki kazanabilecek akit devlet makamlarının hangileri olabileceği Sözleşme’de tahdidi olarak sayılmıştır (m. 8/2, m. 9/1). Buna göre; (i) çocuğun vatandaşı olduğu⁷⁸, (ii) çocuğun malvarlığının bulunduğu⁷⁹, (iii) çocuğun ebeveynlerinin boşanma veya ayrılık veya evliliğin iptali için başvurduğu makamların bulunduğu⁸⁰ ve (iv) çocuğun esaslı bir şekilde irtibatının bulunduğu akit devlet makamları diğer şartların varlığı halinde yetki kazanabilecektir. Yetki devriyle yetki kazanabilecek akit devlet makamları arasında, “çocuğun esaslı bir şekilde irtibatının bulunduğu akit devlet makamları”nın sayılmış olması hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Bu itibarla, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek ve çocuğun esaslı irtibatının bulunduğu her akit devlet makamı 8 veya 9. maddeler uyarınca yetki devriyle yetki tesis edebilecektir⁸¹.

İkinci şart; yetki devri sonucunda söz konusu koruma tedbiri kararı bakımından *çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak olmasıdır.* Yetki devri ile çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağını, hem yetki devri talebinde bulunan akit devletçe hem de talepte bulunulan akit devletçe müşahede edilmiş ve kabul edilmiş olması gerekmektedir⁸². “Çocuğun üstün yararı” ise, akit devlet makamlarınca, her somut olayda, her bir somut koruma

⁷⁸ Çocuğun birden fazla vatandaşlığının bulunması halinde, sahip olduğu vatandaşlıklardan herhangi birinin bulunduğu akit devlet makamlarına yetkinin devredilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁷⁹ Örneğin; çocuğun mutad meskeninden başka bir akit devlette bulunan taşınmazın satılması için yetki verilmesine ilişkin bir koruma tedbirinin alınması bakımından, taşınmazın bulunduğu akit devlet makamlarının yetkili olmasının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı değerlendirilirse, bu akit devlet makamlarının yetki devri ile yetki tesis etmesi mümkün olabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁸⁰ Sözleşme’nin 10. maddesi ile “boşanma mahkemesi”nin yetkisi, yetki devri gereksizdir, belirli şartlara bağlı olarak ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, 10. maddede öngörülen şartların sağlanmadığı durumlarda, 8 veya 9. maddeler uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması halinde, boşanma mahkemesinin yetki devri ile yetkisinin tesis edilmesi sağlanabilecektir.

⁸¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 55, s. 561.

⁸² Çocuğun üstün yararının değerlendirilmesinde, yetki devrini talep eden ve talepte bulunulan akit devlet makamlarının karşılıklı görüş alışverişinde bulunabilecekleri Sözleşme’de açıkça belirtilmiştir (m. 8/3; m. 9/2). Bu görüş alışverişinin sağlanması, Sözleşme’nin 31. maddesinin (a) bendi uyarınca, Sözleşme’nin 8 ve 9. maddeleri uyarınca yetki devri taleplerinin diğer akit devletlere iletilmesinde gerekli olan iletişimi ve görüşmeleri sağlama sorumluluğu kapsamında Merkezi Makamlara yüklenmiştir.

tedbirinin alınmasında, söz konusu koruma tedbirine olan ihtiyacın ortaya çıktığı anda ve bu ihtiyaca cevap verilmesi bakımından değerlendirilecektir⁸³.

Üçüncü şart ise; *yetki devri konusunda her iki akit devletin makamlarının da anlaşmış olmasıdır*. Yetki devri talebinin Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamlarından gelmesi halinde (m. 8), akit devletlerin anlaştığı, yetkiyi devralması talep edilen diğer akit devlet makamının yetki devrini kabul etmesi ve kendi yetkisini tesis etmesiyle anlaşılabilir. Ancak yetki devri talebinin yetkili olmayan bir akit devlet makamından gelmesi halinde (m. 9), akit devletlerin yetki devri hususunda anlaşıklarının kabulü için, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisini devrettiğini kabul ettiğini açıkça bildirmesi ve bu bildirim talepte bulunan diğer akit devlete ulaşmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda, yetkisini devretmesi talep edilen akit devlet makamının susması kabul anlamına gelmeyecek; aksine red anlamına gelecektir (m. 9/3)⁸⁴. 8 ve 9. maddelerde, koruma tedbiri talebinin taraflarının da yetki devrine rıza göstermiş veya kabul etmiş olmalarına ilişkin herhangi bir şart ise öngörülmemiştir⁸⁵. Bununla birlikte, tarafların bu konuda en azından bilgilendirilmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Yetki devri konusunda tarafların dinlenip dinlenmeyeceği,

⁸³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 56, s. 561. Örneğin; çocuğun mutad meskeninin ebeveynleri ile birlikte vatandaşı olduğu akit devletten başka bir akit devlette bulunması, çocuğun ebeveynlerinin bir trafik kazasında ölmesi ve çocuğun vatandaşı olduğu devlette bulunan akrabalarının yanında yaşamaya devam edecek olması halinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlerin alınmasında çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamlarının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağını müşahede edebilir ve bu devlet makamlarından yetki devri talebinde bulunabilir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 53, s. 559.

⁸⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 60, s. 563; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59. Bu süreçte, Sözleşme’de yetki devri talep edilen devletin, yetki devrini kabul veya reddettiğini bildirmesi için herhangi bir üst süre sınırlaması getirilmemiştir. 1996 tarihli Sözleşme’de, buna benzer bir hüküm getirilmemiş olması, uygulamada beklemlere ve hatta paralel işlemlere yol açabilecek olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte, çocukların korunmasına ilişkin her türlü meselede zaman çok önemli olduğundan, talepte bulunulan akit devlet makamlarının süratle karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59-60. Brüksel IIa Tüzüğü’nün 15. maddesinin 5. fıkrasında ise, talep edilen makamın kabul bildirimini altı hafta içerisinde yapması şartı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 269-271.

⁸⁵ Brüksel IIa Tüzüğü’nün 15. maddesinin 2. fıkrasında ise, taraflardan en az birinin yetki devrini kabul etmiş olması aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 269-271.

eğer dinleneceklerse bunun ne şekilde gerçekleştirileceği meseleleri her bir akit devletin iç hukukundaki usul kurallarına bırakılmıştır⁸⁶.

Yetki devri konusunda her iki akit devletin makamlarının da anlaşmış olması halinde, yetkisini devreden akit devlet makamları artık yetki devrine konu olan mesele hakkında herhangi bir karar veremeyecek ve yetkiyi devralan diğer akit devlet makamlarının koruma tedbiri kararının kesinleşmesini beklemek durumunda kalacaktır. Ancak belirtilmelidir ki; Sözleşme kapsamında yetki devri, sadece yetki devrine konu olan belirli bir koruma tedbiri bakımından gerçekleşmekte⁸⁷ ve o koruma tedbiri bakımından diğer devletin çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı, o koruma tedbirine duyulan ihtiyacın ortaya çıktığı an itibarıyla değerlendirilmektedir. Bu nedenle; yetki devri, çocuk hakkında başka bir koruma tedbirinin alınmasında yetkisini devreden akit devletin yetkisini bertaraf etmeyeceği gibi; yetkisini devreden akit devlet makamının ileriki bir zamanda, devre konu koruma tedbiri bakımından çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacak durumda olmayacağı anlamına gelmeyecektir⁸⁸.

iv. Boşanma Mahkemesinin Yetkisi. Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten başka bir akit devlette bulunan ve “çocuğun ebeveynlerinin boşanmasına veya ayrılığına veya evliliklerinin iptaline karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri” (boşanma mahkemesi), 5 ila 9. maddelerde belirtilen yetkili makamların yanında, belli bazı şartlara bağlı olarak, çocuğun şahıs veya malvarlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili olabilecektir. Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca “boşanma mahkemesi”nin koruma tedbirlerini alma bakımından bu yetkisi, Sözleşme'nin 5 ila 9. maddeleri arasındaki akit devlet makamlarının yetkilerini ortadan kaldırmamakta; onlara alternatif, eşzamanlı yetkili bir mahkeme tesis etmektedir. Bu nedenle, “boşanma mahkemesi”nin bu yetkisinin, Sözleşme'nin genel yetki kuralını düzenleyen 5. maddesinin gerçek anlamda istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir⁸⁹.

⁸⁶ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 59.

⁸⁷ Ayrıca yetki devri, bir koruma tedbiri talebinin tümüne ilişkin olabileceği gibi, sadece bir kısmındaki bir meseleye ilişkin de olabilir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 58.

⁸⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 56, s. 561; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 58.

⁸⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 37, s. 553. “Çocuğun ebeveynlerinin boşanmasına

Boşanma mahkemesinin Sözleşme uyarınca, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik koruma tedbirlerini alma bakımından eşzamanlı yetki kazanabilmesi için aranan şartlar⁹⁰; (i) çocuğun mutad meskeninin farklı bir akit devlette bulunması, (ii) boşanmaya ilişkin yargılamanın başladığı tarihte ebeveynlerden birinin bu akit devlette mutad mesken sahibi olması, (iii) bu tarihte ebeveynlerden birinin çocuğa ilişkin velayet sorumluluğuna sahip olması, (iv) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisinin mahkemenin hukukunca tanınması; (v) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisinin ebeveynlerin yanı sıra çocuğa ilişkin velayet sorumluluğunun paylaşıldığı üçüncü bir kişi varsa onun tarafından da kabul edilmesi ve (vi) bu mahkemenin yetkisinin çocuğun üstün yararına olmasıdır.

Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya yönelik eşzamanlı yetkisi geçici nitelikte olup; boşanmaya, ayrılığa veya evliliğin iptaline ilişkin kararın kesinleşmesiyle veya yargılamanın başkaca bir sebeple sona ermesiyle (örneğin; davadan feragat)⁹¹ çocuk hakkındaki koruma tedbirlerini alma yetkisi de ortadan kalkacaktır (m. 10/2). Bu nedenle, boşanma mahkemesi, yargılamanın sona ermesinden sonra, örneğin; bu yetkisi kapsamında aldığı koruma tedbirlerine ilişkin bir değişiklik talebi ile ilgili yeniden yetki tesis edemeyecektir. Bu andan sonra Sözleşme kapsamında koruma tedbiri almaya sadece Sözleşme'nin 5 ila 9. maddeleri uyarınca yetkili akit devlet

veya ayrılığın veya evliliklerinin iptaline karar vermeye yetkili olan akit devlet mahkemeleri" (boşanma mahkemesi), Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması şartıyla yetki devri suretiyle de yetki tesis edebilecek makamlar arasında sayılmıştır. Ancak bu mahkemenin, Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri uyarınca yetkilendirilmesinde bir yetki devri bulunmakta ve 5 ila 6. maddelerdeki genel yetkili akit devlet makamlarının yetki devrine konu mesele bakımından yetkisi ortadan kalkmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesine göre boşanma mahkemesinin yetkili kılınmasında ise, genel yetkili veya yetki devriyle yetkilendirilmiş akit devlet makamlarının yetkisi devam etmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 63, s. 565.

⁹⁰ Boşanma mahkemesinin yetki kazanabilmesi için 10. maddede öngörülen şartlar sağlanmıyor ise, 8 veya 9. maddeler uyarınca, çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabilecek olması halinde, boşanma mahkemesinin yetki devri ile yetkisinin tesis edilmesi sağlanabilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 65, s. 565.

⁹¹ Yargılamanın ne zaman sona ereceği meselesi ise boşanma mahkemesinin usul hukuku kurallarına göre belirlenecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 66, s. 565; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 48.

makamları yetkili olacaktır⁹².

Buna karşılık, geçici nitelikte olan sadece 10. madde uyarınca boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma yetkisi olup; yetkili iken verdiği koruma tedbiri kararları geçici değildir. Bu mahkeme yetkili iken Sözleşme kapsamında aldığı koruma tedbirleri, yetkili bir akit devlet makamı tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça yürürlüğünü muhafaza edecektir (m. 14).

Sözleşme'nin 10. maddesi ile boşanma mahkemesi için öngörülen bu eşzamanlı yetki düzenlemesi, aynı anda birden fazla akit devlet makamının koruma tedbirlerini almaya yetkili olmasına imkân verdiğiinden; bu farklı akit devlet makamları arasında "milletlerarası derdestlik" (*lis pendens*) sorunu ortaya çıkabilecektir⁹³. Sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek bu ve benzeri "milletlerarası derdestlik" problemlerinin çözümü Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir.

c. Derdestlik. Sözleşme kapsamında bir koruma tedbiri talebinin eşzamanlı yetkiye sahip birden fazla akit devlet makamının önüne gelmesi ve "milletlerarası derdestlik" (*lis pendens*) durumlarının ortaya çıkması mümkündür. "Milletlerarası derdestliğin" Sözleşme kapsamında ortaya çıkabileceği en somut hal, Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca koruma tedbirlerini almada "boşanma mahkemesi"nin eşzamanlı yetkisinin tesis edildiği haldir. Nitekim yukarıda da açıkladığımız üzere, Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma bakımından bu yetkisi, Sözleşme'nin 5 ila 9. maddelerinde öngörülen genel yetkili veya yetki devriyle yetkilendirilmiş akit devlet makamlarının yetkilerini ortadan kaldırmamakta; onlara alternatif, eşzamanlı yetkili bir mahkeme tesis etmektedir.

Sözleşme'nin 10. maddesi dışında, Sözleşme'de koruma tedbirlerini almada esas yetkili akit devlet makamları arasında eşzamanlı yetki öngörülmemiş olsa da, milletlerarası derdestliğin çok daha az sıklıkla, 5 ila 9. maddelerle yetkilendirilmiş akit devlet makamları arasında da ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir⁹⁴. Buna örnek olarak; çocuğun mutad meskeninin

⁹² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 66, s. 565.

⁹³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 63, s. 565.

⁹⁴ Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici

7. madde kapsamında haksız şekilde değiştirilmiş olduğu hallerde, önceki mutad mesken makamları ile yeni mutad mesken makamları arasında ortaya çıkabilecek derdestlik durumları gösterilmektedir⁹⁵.

Sözleşme kapsamında milletlerarası derdestliğin söz konusu olabileceği bu gibi durumlarda, koruma tedbirlerine ilişkin taleplerin eşzamanlı yetkili farklı akit devlet makamlarının önüne gelmesi neticesinde birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasını önlemek adına Sözleşme'nin 13. maddesinde milletlerarası derdestlikle ilgili bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca koruma tedbirlerini almaya yetkili akit devlet makamları, bir koruma tedbiri talebine ilişkin işlemlere başladığı sırada; “benzer bir koruma tedbiri”⁹⁶, 5 ila 10. maddelere göre talebin yapıldığı anda yetkili olan başka bir akit devlet makamından da talep edilmişse ve bu talep orada halen görüşülmekte ise, o koruma tedbiri hakkında karar alma yetkilerini kullanmaktan vazgeçeceklerdir (m. 13).

Bu düzenleme ile Sözleşme'de milletlerarası derdestlik, yetkili akit devlet makamları arasında “benzer koruma tedbiri” talepleri bakımından “öncelik prensibi”ne göre kabul edilmiş ve “ilk başvuru” makamı lehine “sonraki başvuru” makamlarının re'sen yetkisizlik kararı verecekleri hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan; Sözleşme'nin 13. maddesinin 2. fıkrasında, derdestliğin neden olabileceği sorunların engellenmesi adına başka bir çözüm yolu daha getirilmiştir. Buna göre; koruma tedbirlerine ilişkin talebin “ilk başvuru” makamı bu konudaki yetkisini reddeder veya yetkisinden vazgeçer veya feragat ederse, sonraki başvuru makamının benzer koruma tedbiri talepleri

yetkiye sahip olduğu haller ise 13. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen yetki, sınırlı ve geçici bir yetki olduğundan derdestlik sorununa yol açmayacaktır.

⁹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 78, s. 571.

⁹⁶ “Benzer koruma tedbiri” (*corresponding measures*) ifadesi Sözleşme'de tanımlanmamıştır. Ancak bu ifadeden, birbiriyle esastan aynı veya benzer olan koruma tedbiri taleplerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; boşanma mahkemesinden çocuk üzerinde bakım ve gözetim hakkına (velayete) ilişkin bir koruma tedbiri kararı talep edildikten sonra, eşzamanlı yetkiye sahip çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları, benzer bir talebi yetkisizlikten reddedecekken; çocuğun mallarına ilişkin bir koruma tedbiri talebi bakımından yetki tesis edebilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 50.

hakkında karar alma yetkisinden vazgeçmesi gerekmeyecektir (m. 13/2). Başka bir ifade ile 13. maddenin 1. fıkrası, ilk başvuru makamının yetkisini reddetmesi halinde uygulanmayacaktır. Hükümde yer almamakla birlikte, ilk başvuru makamının Sözleşme kapsamındaki yetkisinden, sonraki başvuru makamının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı gerekçesiyle vazgeçebileceği ifade edilmektedir. Böylelikle Sözleşme'nin, milletlerarası derdestlik sorununa, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek sonraki başvuru makamının yetkisini kullanmasına imkân veren daha esnek ve çocuğun menfaati odaklı bir çözüm getirdiği belirtilmektedir⁹⁷.

Bu durum ise, Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinde düzenlenen yetki devrini anımsatmaktadır. Ancak, her ne kadar gerekçe aynı olsa da; m. 13/2 ile düzenlenen yetkiden vazgeçme ile yetki devri arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, m. 13/2 uyarınca yetkisinden vazgeçen ilk başvuru makamı Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca Sözleşme kapsamında yetkili akit devlet makamıdır. İkinci olarak da, m. 13/3 uyarınca ilk başvuru makamının bu yetkisinden vazgeçmesi, tek taraflı bir hukuki işlemle gerçekleşmekte; yetki devrindeki gibi akit devlet makamlarının anlaşmış olmaları gerekmemektedir. Ancak yine de; uygulamada yaşanabilecek bir yetki boşluğundan kaçınmak için, m. 13/2 uyarınca yetkisinden vazgeçecek ilk başvuru makamı ile ikinci başvuru makamı arasında iletişimin sağlanmasının yararlı olacağı ifade edilmektedir⁹⁸.

Sözleşme'nin 13. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının uygulanması bakımından en önemli sorun; sonraki başvuru makamının, benzer bir koruma tedbirinin, kendisinden önce başka bir akit devlet makamından talep edilip edilmediğini ve talep edilmişse halen görüşülmekte olup olmadığını nasıl tespit edeceği noktasındadır. Koruma tedbiri talebinin taraflarının sonraki başvuru makamına bu konularda bilgi ve belge sunmaları mümkündür. Ancak taraflardan derdestliğin varlığı ile ilgili gelen bilgi ve belgelerin yeterli açıklıkta olmaması veya bu konuda hiçbir bilginin gelmemiş olması halinde, sonraki başvuru makamının, Sözleşme kapsamında yetkiye sahip diğer akit devlet makamlarından doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığı ile derdestlik konusunda re'sen bir soruşturma yapmasının gerekli olduğu ifade

⁹⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 80, s. 571.

⁹⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 51.

edilmektedir⁹⁹. Zira m. 13/1'in, "sonraki başvuru" makamlarına derdestlik halinde re'sen yetkisizlik kararı verme zorunluluğu getirmesi, derdestliğin bir dava şartı gibi re'sen incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki; 13. madde hükmü, benzer koruma tedbiri talebi "ilk başvuru" makamı önünde görüşüldüğü sürece uygulanacaktır. İlk başvuru makamı, diğer yetkili akit devlet makamına başvuru yapılmadan önce, talep edilen koruma tedbiri hakkında bir karar vermiş ise; artık ortada bir milletlerarası derdestlik durumu olmayacaktır. Akit bir devlet makamı tarafından verilen koruma tedbiri kararlarının başka bir akit devletteki etkisi ise, koruma tedbiri kararlarının yürürlüğüne ilişkin 14. madde ve tanınması ve tenfizine ilişkin madde 23 vd.'da düzenlenmiştir¹⁰⁰.

d. Koruma Tedbirlerinin Yürürlüğü. Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin, bu makamlar değişen koşullar sebebiyle yetkilerini kaybetse de, yürürlüğünün muhafazası için özel bir hüküm öngörmektedir. Buna göre; Sözleşme uyarınca koruma tedbirlerini alan akit devlet makamının yetkisi, değişen koşullar sebebiyle (örneğin, çocuğun mutad meskeninin değişmesi gibi) ortadan kalksa da, bu makam yetkili iken aldığı koruma tedbirleri, yetkili bir akit devlet makamı tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça tabi oldukları şartlar çerçevesinde yürürlüğünü muhafaza edecektir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, her ne kadar Sözleşme'de "yetkinin devamlılığı" (*perpetuatio fori*) prensibi reddedilmişse de (m. 5/2); Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin değişmesi, tek başına, daha önce yetkili olan bir akit devletin makamları tarafından alınan koruma tedbirlerini geçersiz hale getirmeyeceğinden, "koruma tedbirlerinin devamlılığı" Sözleşme'de kabul edilmiştir.

⁹⁹ Nitekim Brüksel IIa Tüzüğü'nün derdestliğe ilişkin 19. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Purrucker v. Perez* kararında (9 Kasım 2010 tarihli ve C-296/10 sayılı karar) aynı yaklaşımı önerdiği ifade edilmektedir. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 52 dn. 151. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Purrucker v. Perez* kararı için bkz. (Çevrimiçi) <http://curia.europa.eu>, (01.12.2018).

¹⁰⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 79, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 50.

Bu hüküm, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetki tesis etmiş tüm akit devlet makamlarınca alınan koruma tedbirleri için getirilmiş bir hükümdür¹⁰¹. Böylelikle, Sözleşme kapsamında çocukların korunmasında devamlılık ve hukuki güvenlik sağlanmış ve değişen koşullar sebebiyle doğabilecek boşluklar engellenmeye çalışılmıştır¹⁰².

2. Sınırlı ve Geçici Yetkili Akit Devlet Makamları

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde, daha önce de belirtildiği üzere, koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetki, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri arasında yer alan yetki kurallarıyla tek bir akit devlette “merkezileştirilme”ye çalışılmış ve mümkün olduğu kadar, bu merkezi yetkiye eşzamanlı yetki tesis eden kurallardan kaçınılmaya gayret gösterilmiştir¹⁰³. Ancak Sözleşme, çocuğun korunmasının ve menfaatlerinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda “yetkinin merkezileştirilmesi” ilkesinden ayrılmış ve esas yetkili akit devlet makamlarının yanında eşzamanlı yetki tesis edilmesine sınırlı olmak üzere imkân vermiştir.

Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca; “çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları”ndan her biri, öngörülen şartlar çerçevesinde, “acil durumların zorunlu kıldığı geçici koruma tedbirleri”ni (m. 11) ve/veya “ülkesel etkiye sahip geçici koruma tedbirleri”ni (m. 12) alma bakımından, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde belirtilen esas yetkili akit devlet makamları yanında eşzamanlı olarak yetki tesis edebilecektir.

Sözleşme'nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca öngörülen bu yetki kuralları, her ne kadar eşzamanlı bir yetki tesis etse de, belirli şartlara tabidir ve bu yetki kuralları uyarınca yetki tesis eden akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü geçicidir. Bu yönlerden, 10. maddede düzenlenen “boşanma mahkemesi”nin eşzamanlı yetkisinden ayrılmaktadır.

¹⁰¹ Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici yetkiye sahip olduğu haller ise 14. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen sınırlı ve geçici yetki kapsamında alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü 11. ve 12. maddelerde ayrıca düzenlenmiştir.

¹⁰² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 81, s. 571; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 85.

¹⁰³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 179, s. 605.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri, akit devlet makamlarına, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette olmasa dahi koruma tedbirlerini almada yetki tesis edebilme imkânı sunmaktadır. Bu itibarla, bu maddelerin uygulama alanı, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde öngörülen esas yetki kurallarından daha geniştir¹⁰⁴.

a. Acil Durumlarda Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki. Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca; “çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları”ndan her biri, öngörülen şartlar çerçevesinde, “*acil durumların zorunlu kıldığı koruma tedbirleri*”ni almaya yetkilidir.

Çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının 11. madde uyarınca eşzamanlı yetki kazanabilmesi için, çocuğun şahsının veya malının korunmasını gerektiren “acil bir durum”un varlığı aranmaktadır. “Aciliyet”ten ne anlaşılması gerektiği Sözleşme’de tanımlanmamıştır. Bu kapsamda, koruma tedbirinin Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamlarından talep edilmesi zorunluluğunun çocuğun şahsı veya malları bakımından telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinin veya çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşürebileceğinin öngörüldüğü durumlarda “acil bir durum”un varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Böylelikle, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetkili makamlara gitme zorunluluğunun sebep olabileceği gecikmeler nedeniyle çocuğun korunmasının veya menfaatlerinin tehlikeye düşmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu itibarla, esas yetkili devlet makamlarına başvuru için geçecek sürede, koruma tedbirinin alınmaması halinde, çocuk telafisi imkânsız bir zarara uğrayacaksa veya çocuğun korunması veya menfaatleri tehlikeye düşecekse, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamları durumun zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, Sözleşme’de benimsenen “yetkinin merkezileştirilmesi” ilkesinden ayrılmayı ve 11. madde kapsamında eşzamanlı yetki tesisine imkân verilmesini meşrulaştıran şey, durumun “aciliyeti”dir. Bu nedenle, “aciliyet” kavramının mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerektiği

¹⁰⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 67, s. 565. Koruma tedbirlerinin alınmasında esas yetkili akit devlet makamlarını belirleyen Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri arasındaki yetki kuralları, genel yetki kuralı olan “çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer alması” ihtimaline dayanmakta ve ancak bu takdirde akit devletler bakımından uygulanabilir hale gelmektedir.

önemle ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Acil duruma örnek olarak; mutad meskeninden başka bir ülkede bulunan ve burada acilen ameliyata alınması gereken çocuğun temsil edilmesinin gerektiği veya çocuğun mutad meskeninden başka bir ülkede bulunan çocuğa ait hızlı tüketim mallarının bozulmadan hemen satılmasının gerektiği durumlar gösterilebilir. Çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının acil durumlardaki bu yetkisi, sadece çocuğun o devlet ülkesinde bulunan mallarının muhafazasına yönelik değil; genel olarak çocuğun menfaatlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbirin alınmasına imkân vermektedir. Bu kapsamda, örneğin, çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamları, çocuğun bulunduğu ülkedeki aciliyet gerektiren ihtiyaçlarının karşılanması için, kendi ülkelerinde bulunan malların satılmasına karar vermek üzere yetki tesis edebileceklerdir¹⁰⁶. Ayrıca, çocuğun mutad meskeninin haksız şekilde değiştirildiği veya alıkonduğu durumlarda, 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesinin güvenli bir şekilde sağlanması için gerekli koruma tedbirlerinin alınması da, her ne kadar çocuğun iadesi her olayda acil bir durumun varlığına işaret etmese de, 11. madde kapsamına dâhil edilmektedir¹⁰⁷.

Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında yetkili akit devlet makamları, esas yetkili akit devlet makamları (m. 5-10) gibi, 3. ve 4. maddeler uyarınca Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanına giren tüm koruma tedbirlerini, acil durumun zorunlu kılması şartıyla alabileceklerdir. Acil durumun varlığı halinde, hangi koruma tedbirlerinin alınmasının "zorunlu" olduğu ise, söz konusu acil durumun şartlarına göre değerlendirilecektir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 68, s. 567; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 69.

¹⁰⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 68-69, 567.

¹⁰⁷ Bu bağlamda, 1996 tarihli Sözleşme'nin 11. maddesi ile; 1980 tarihli Lahey Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuğun iade işlemlerinde alınması gerekli koruma tedbirleri bakımından, çocuğun bulunduğu akit devlet makamlarına yetki tesis etme ve alınan koruma tedbirlerinin 1996 tarihli Sözleşme kapsamında çocuğun iade edildiği akit devlette tanınması ve tenfizi imkânının sağlandığı ifade edilmektedir. Bkz. *Conclusions and Recommendations of the 2011 Special Commission (Part I), Annex 1*, paragraf 41, (Çevrimiçi) www.hcch.net (01.12.2017); *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 70.

¹⁰⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 70, s. 567; *Handbook on the 1996 Hague Child*

b. Ülkesel Etkiye Sahip Geçici Koruma Tedbirlerinde Yetki.

Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca; çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarından her biri, 7. madde saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleriyle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamı tarafından hâlihazırda alınmış bir koruma tedbiri kararı ile çelişmemesi şartıyla, sadece o ülkede etki doğurmak üzere “geçici koruma tedbirleri”ni almaya yetkilidir.

Böylelikle Sözleşme'nin 12. maddesiyle, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarına, 11. maddede öngörülen acil durumlardan bağımsız olarak, geçici koruma tedbirleri alma konusunda da eşzamanlı yetki tanınmıştır. Ancak 12. madde ile tanınan bu yetki, çeşitli yönlerden sınırlandırılmıştır. Buna göre; (1) Çocuk, bulunduğu akit devlete, Sözleşme'nin 7. maddesinde tarif edildiği şekilde, haksız olarak götürülmüş veya orada alıkonmuşsa, bu akit devlet makamlarının, (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi devam ettiği müddetçe), 12. madde uyarınca geçici koruma tedbiri alma yetkisi bulunmamaktadır (m. 7/3)¹⁰⁹. (2) 12. kapsamında alınacak geçici koruma tedbirleri, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleriyle yetkilendirilmiş bir akit devlet makamı tarafından hâlihazırda alınmış bir koruma tedbiri kararı ile çelişmemelidir¹¹⁰. (3) Çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldığı geçici koruma tedbirleri sadece o akit devlet ülkesinde etki doğurabilecektir.

Sözleşme'nin 12. maddesi ile öngörülen bu istisnai ve eşzamanlı yetki kuralının, geçici bir süreyle mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlette bulunan (örneğin; tatil veya kısa süreli eğitim programı gibi amaçlarla) çocuğun, o devlette bulunduğu süre içerisinde ortaya çıkabilecek

Protection Convention, s. 70.

¹⁰⁹ Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca; çocuğun haksız şekilde götürüldüğü veya alıkonduğu akit devlet makamları, (çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarının yetkisi devam ettiği müddetçe), ancak, 11. madde uyarınca acil durumların zorunlu kıldığı koruma tedbirlerini alabilecektir (m. 7/3).

¹¹⁰ Bu sınırlama 12. madde uyarınca tesis edilen yetkiyi 11. maddeden ayıran en önemli farklılıktır. Zira 11. madde uyarınca acil durumlarda tesis edilen yetki kapsamında akit devlet makamları, esas yetkili bir akit devlet makamı tarafından daha önce alınmış bir koruma tedbiri ile çelişecek ve hatta onu etkisiz kılacak bir koruma tedbiri alabilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 75, s. 569; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 79 dn. 224.

ve fakat “aciliyet” gerektirmeyen korunma ihtiyacını sağlamak amacıyla getirildiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda örneğin; çocuğun kısa süreliğine yanında kaldığı ailenin bir süre sonra bundan vazgeçmesi halinde, çocuğun yerel idari makamlarca başka bir aile yanına yerleştirilmesine ilişkin bir koruma tedbiri kararı 12. madde kapsamında alınabilecektir¹¹¹.

c. Sınırlı ve Geçici Yetki Tesis Eden Kuralların Ortak Hükümleri.

Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri kapsamında alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğü, 5 ila 10. maddeler kapsamında tesis edilen yetkiye dayanılarak alınan koruma tedbirlerinden farklı olarak geçici niteliktedir. Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, akit bir devlette mutad meskeni bulunan bir çocuk hakkında, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarınca alınan acil durumların zorunlu kıldığı veya ülkesel etkili koruma tedbirleri, 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili bir akit devlet makamının, durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması¹¹² üzerine yürürlüğünü yitirecektir (m. 11/2, 12/2).

Bununla birlikte, her ne kadar, 11 ve 12. maddeler uyarınca, çocuğun veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının aldıkları koruma tedbirlerinin yürürlüğü geçici de olsa; bu maddelerin uygulama alanı 5 ila 10. maddelerden daha geniştir. Zira 11 ve 12. maddeler, çocuğun mutad meskeni akit olmayan bir devlet ülkesinde bulunsa dahi, çocuğun veya kendisinin bulunduğu akit devlet makamlarına geçici koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis etme imkânı vermektedir. Bu nedenle her iki madde hükmünde de, Sözleşme'ye akit olmayan bir devlet tarafından alınan koruma tedbirlerine ilişkin diğer yetki hükümlerinde bulunmayan düzenlemeler yapılmıştır¹¹³. Buna göre; Sözleşme'ye akit olmayan bir devlette mutad meskeni bulunan bir çocuk hakkında, çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarınca 11 ve 12. maddeler kapsamında alınan geçici koruma tedbirleri, akit olmayan devlet makamlarının durumun gerektirdiği koruma tedbirlerini alması ve bu koruma tedbirlerinin akit bir

¹¹¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 74, s. 569; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 80.

¹¹² Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında ülkesel etkiye sahip geçici nitelikli koruma tedbirleri bakımından, 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili akit devlet makamlarının, böyle bir tedbir alınmasına yer olmadığına karar vermesi de bu tedbirlerin yürürlüğünün sona ermesine sebebiyet verecektir (m. 12/2). Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 76, s. 569.

¹¹³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 67, s. 565.

devlet tarafından tanınması üzerine, o tanıma kararını veren akit devlet bakımından yürürlüğünü yitirecektir (m. 11/3, 12/3)¹¹⁴.

Çocuğun kendisinin veya mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının, “acil” veya “ülkesel etkiye sahip” koruma tedbirlerini alma konusundaki yetkileri; 5 ila 10. maddelerle yetkilendirilen makamların yanında eşzamanlı bir yetki olsa da, Sözleşme’nin 13. maddesinde yer alan “derdestlik” ile ilgili düzenlemeye dâhil edilmemiştir. Bunun sebebi; bu makamların yetkilerinin sadece belirli durumlara özgülenmiş olması ve 11 ve 12. maddelere göre tesis edilen yetki sonucunda alınan koruma tedbirlerinin yürürlüğünün akit bir devlette durumun gerektirdiği koruma tedbirinin alınmasıyla sona ermesidir. Bu nedenle, örneğin, acil bir durumun varlığı halinde, 11. madde uyarınca yetki tesis eden akit bir devlet makamı, benzer bir koruma tedbiri talebi daha önce 5 ila 10. maddeler uyarınca yetkili bir akit devlet makamına sunulmuş ve halen görüşülmekte olsa dahi, önüne gelen talep hakkında karar verebilecektir¹¹⁵. Paralel şekilde; koruma tedbiri talebine ilişkin işlemler 11. madde uyarınca yetki tesis eden bir akit devlet makamında devam etmekte iken, benzer bir koruma tedbiri talebi 5 ila 10. maddeler uyarınca esas yetkili bir akit devlet makamı önüne geldiğinde, esas yetkili akit devlet makamı yetkisinden vazgeçmek (re’sen yetkisizlik kararı vermek) zorunda kalmayacaktır¹¹⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki; 11. ve 12. madde hükümleri uyarınca yetki tesis edilerek akit devlet makamları tarafından alınan geçici koruma tedbirlerinin, esas yetkili akit devlet makamları tarafından alınan koruma

¹¹⁴ Sözleşme’nin 11. maddesi uyarınca alınan “acil koruma tedbirleri”nin yürürlüğünün sona ermesi için, akit olmayan devlet makamının aynı durumla ilgili aldığı koruma tedbirinin mutlaka acil koruma tedbirini alan akit devlet tarafından tanınması aranmamakta; bu acil koruma tedbirlerinin yürürlüğü tanıma kararı alan her bir akit devlet bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 73, s. 569 dn. 43. 12. madde kapsamında alınan “ülkesel etkiye sahip koruma tedbirleri”nin yürürlüğü ise, akit olmayan devlet makamının aynı durumla ilgili aldığı koruma tedbirinin, ülkesel etkiye sahip koruma tedbirini alan akit devlette tanınmasıyla sona ermektedir. Zira 11. madde kapsamında alınan acil koruma tedbirlerinden farklı olarak, 12. madde kapsamında alınan koruma tedbirleri, sadece tedbiri alan akit devlet ülkesinde etki doğurmaktadır. Bu itibarla, akit olmayan devletten alınan koruma tedbirinin başka bir akit devlet ülkesinde tanınmasının, ülkesel etkiye sahip koruma tedbirlerinin yürürlüğüne herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 77, s. 569.

¹¹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 78, s. 571.

¹¹⁶ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 71, 80.

tedbirleri gibi, Sözleşme hükümleri uyarınca diğer akit devletlerce tanınması ve tenfizi mümkündür¹¹⁷.

3. Çocuğun Türkiye’de Bulunan Malları Bakımından Türk Makamlarının Yetkisi

Türkiye’nin, Sözleşme’nin 60. maddesinden kaynaklanan yetkiye dayanarak, Sözleşme’nin 55. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında koyduğu çekince ile; “çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik koruma tedbirlerini alma bakımından Türk makamlarının yetkisi” saklı tutulmuştur¹¹⁸.

Böylelikle, çocuğun mutad meskeni başka bir akit devlet ülkesinde olsa dahi, çocuğun Türkiye’de bulunan malları bakımından, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili akit devlet makamlarının yanında, Türk makamları da, her durumda, Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya yetkili olacaktır.

Belirtilmelidir ki; bu çekince, Sözleşme hükümleri uyarınca yetkili diğer akit devlet makamlarının, çocuğun Türkiye’de bulunan malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik koruma tedbirlerini almasını engellemektedir. Bu itibarla; çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına ilişkin koruma tedbirleri bakımından Türk makamlarının sahip olacağı bu eşzamanlı yetki, esas yetkili (örneğin; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu) akit devlet makamları tarafından da bu mallara ilişkin koruma tedbiri alınması halinde, birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir. Bunu önlemek adına; Türkiye, Sözleşme’nin 55. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında koyduğu çekince ile; “Türk makamlarının, çocuğun Türkiye’de bulunan mallarına yönelik olarak aldığı koruma tedbirleri ile çelişen diğer akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbiri veya velayet sorumluluğuna ilişkin kararları tanımama hakkını” da saklı tutmuştur.

¹¹⁷ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 72, 81.

¹¹⁸ Sözleşme’nin 55. maddesi hakkında bkz. *Explanatory Report*, paragraf 181, s. 605; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 170.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Yetki Kurallarının Türk Hukukuna Etkileri

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme'de yer alan yetki kurallarının Türk milletlerarası usul hukukuna etkilerini, dört alt başlık altında toplamak mümkündür.

Bunlardan birincisi; Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki kurallarının Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarının uygulanmasına etkisidir. Bu kapsamda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde, Sözleşme'deki yetki kuralları ile Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır. İkinci olarak; Sözleşme kapsamında boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini alma bakımından yetkisine ilişkin hükmün Türk mahkemelerinin yetkisine etkisi özel olarak değerlendirilecektir. Üçüncü başlıkta, Sözleşme ile kabul edilen yetki devri mekanizmasının *forum non conveniens* doktrini çerçevesinde Türk milletlerarası usul hukukuna etkisi değerlendirilecektir. Dördüncü ve son olarak ise, Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası derdestlik kuralının, Türk milletlerarası usul hukukunda kabul edilen milletlerarası derdestlik uygulamasına etkisi ele alınacaktır.

1. Sözleşme'de Yer Alan Yetki Kuralları ile Türk Milletlerarası Yetki Kuralları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin konu itibarıyla uygulama alanını belirleyen 3. ve 4. maddelerine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin yetki kurallarının konu itibarıyla uygulama alanı çok geniştir. Çocuğun ad ve soyadı, evlat edinme ve nafaka dışındaki¹¹⁹; velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun şahsının ve çocuk mallarının korunması gibi soybağının hükümlerine dair tüm meselelerle ilgili adli veya idari kararların alınmasında milletlerarası yetkinin tesisinde Sözleşme'deki yetki kuralları uygulama alanı bulmaktadır.

¹¹⁹ Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanı dışında kalan diğer meseleler için bkz. Yukarıda, s. 1090

Diğer taraftan, Türk hukukunda, bu meseleler bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen birçok yetki kuralı bulunmaktadır. Yabancılık unsuru içeren velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 atfıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yer itibariyle yetki kurallarıyla tesis edilmektedir¹²⁰. Bunların yanı sıra, MÖHUK m. 41 hükmüyle, “kişi hallerine ilişkin” olarak kabul edilen bu ihtilaflar bakımından, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, tarafların her zaman başvurabileceği daimi yetkili bir Türk mahkemesi hazır bulundurulmaktadır¹²¹.

¹²⁰ Yabancılık unsuru içeren velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 atfıyla, HMK m. 6 ve m. 9'da, çekişmesiz yargı işlerinde ise HMK m. 384'te düzenlenmiştir. Buna göre; HMK m. 6 uyarınca, “davalının davanın açıldığı tarihteki Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi” ve HMK m. 9 uyarınca, “Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi” yetkili kılınmıştır. Çekişmesiz yargı işleri bakımından ise HMK m. 384 uyarınca, “talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin Türkiye'de oturduğu yer mahkemesi” yetkilidir. HMK'da düzenlenen bu genel yetki kuralları yanında TMK'da da ek yetki kuralları bulunmaktadır. Buna göre, boşanmada velayet, çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin davalarda TMK m. 168 uyarınca, “eşlerden birinin Türkiye'deki yerleşim yeri veya davadan önce son defa 6 aydan beri Türkiye'de birlikte oturdukları yer mahkemesi” de yetkilidir. Boşanma dışında çocukla kişisel ilişki kurmada ve buna ilişkin çocuğa yönelik her türlü koruma tedbirlerinin alınmasında TMK m. 326 uyarınca, “çocuğun Türkiye'de oturduğu yer mahkemesi” de yetkili kılınmıştır. Ayrıca çocuğun korunmasına yönelik vesayet işlemlerinde TMK m. 411 uyarınca, “küçüğün Türkiye'deki yerleşim yerindeki vesayet daireleri” de yetkili olacaktır. Bkz. B. Bahadır ERDEM, *22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002/2, s. 168 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 572-578; HUYSAL, s. 86-99; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 157-159.

¹²¹ “Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda” Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 41 kapsamında “kişi halleri”, kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlara işaret etmekte ve şahsın hal ve ehliyetini tayin eden ve gösteren şahsın hukuku ile aile hukukuna ait meseleler kişi halleri olarak ifade edilmektedir. Bu itibarla, konumuzla bağlantılı olarak, velayet, çocuğun korunması ve çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin davalar MÖHUK m. 41 kapsamında görülmektedir. Bkz. NOMER, s. 472-473; ÇELİKEL/ERDEM, s. 597; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 383-384; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 64-66; HUYSAL, s. 96 vd.; Mine TAN-DEHMEN, *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı*, MHB, 2013/1, s. 175; Rifat ERTEN, *Türklerin Kişi Hallerine*

Bu itibarla, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanına giren yabancılık unsuru içeren davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları ile Sözleşme'deki yetki kuralları arasındaki ilişkinin belirlenmesi oldukça büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle akla gelen en önemli soru, Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarının Sözleşme'de yer alan yetki kuralları yanında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Başka bir ifade ile, Sözleşme'de yer alan yetki kuralları uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilemediği hallerde, acaba Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kuralları ile Türk mahkemeleri yetki tesis edebilecek midir?

Sözleşme'de, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini iç hukuklarında yer alan yetki kurallarına göre tesis etmelerini yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, bu sorunun cevabını, Sözleşme'nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaçta ve Sözleşme'de yer alan diğer hükümlerde aramak gerekir.

Sözleşme'deki yetki kuralları formüle edilirken güdülen amaç ve hedef, çocukların korunmasına yönelik koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkinin “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamları”nda merkezileştirilmesi ve eşzamanlı yetkinin engellenmesidir. Bu amaç doğrultusunda, Sözleşme'nin 5 ila 10. maddelerinde düzenlenen esas yetkili akit devlet makamlarının bu yetkisi, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde yer alması ihtimaline dayandırılmıştır. Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması halinde, Sözleşme, sadece o akit devletin yetkili olmasını sağlayan ve diğer akit devletlerin eşzamanlı yetki tesis etmesini, 10. maddedeki “boşanma mahkemesine” ilişkin tek istisna dışında¹²², engelleyen bir yetki sistemi öngörmüştür. Yetkinin tek bir akit devlette merkezileştirilmesi amacının biraz daha somutlaştırılması

İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41), Yetkin Yayınları, 2017, s. 95-118. Ayrıca Yargıtay, çocuk mallarının korunmasına ilişkin davaları da MÖHUK m. 41 kapsamında kişi hallerine ilişkin davalar olarak kabul etmektedir. Karar için bkz. Y. 20HD., E. 2015/14472, K. 2015/12779, T. 17.12.2015 (www.kanunum.com).

¹²² Yetkinin merkezileştirilmesinin tek istisnası olan Sözleşme'nin 10. maddesi ile “boşanma mahkemesi”ne sağlanan eşzamanlı yetki, bu anlayış doğrultusunda çok sıkı şartlara bağlanarak mümkün olduğunca sınırlandırılmıştır.

adına, Sözleşme’de, “koruma tedbirinin Sözleşme’deki yetki kurallarına göre yetkisiz bir akit devlet makamınca alınmış olması” bir tanıma-tenfiz red sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 23/2(a)). Buna göre; Sözleşme’deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri tüm akit devletlerde “kanun gereği” tanınacak; Sözleşme’deki yetki kuralları dışında iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirlerine ilişkin tanıma ve tenfiz talepleri ise, m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması halinde ise, Sözleşme’nin 5. maddesi ve ona bağlı olarak yetki tesisine imkân veren 6 ila 10. maddeleri uygulanamayacaktır. Bu durumda akit devletler, Sözleşme kapsamında, ancak, çocuğun kendisi ve malları o akit devlette bulunuyorsa, 11. ve 12. madde hükümleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerinin alınması bakımından yetki tesis edebilecektir¹²³. Bu sınırlı ve geçici yetki ise, akit devletlerin iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerini engelleyecek nitelikte değildir. Dolayısıyla, Sözleşme’de öngörülen yetki sistemine göre, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunmuyorsa, her bir akit devletin koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkisi kendi iç hukuk kurallarına tabi olarak belirlenecektir¹²⁴.

Bu sistem çerçevesinde, Sözleşme’deki yetki kuralları ile Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki belirlenirken, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir.

Kanaatimizce, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, MÖHUK m. 1/2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulmuş olması itibarıyla, Sözleşme’nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaç ve tanıma-tenfiz red sebeplerinin düzenlendiği m. 23/2(a) bendi birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme kapsamında çocuklara yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında

¹²³ Sözleşme’nin yer itibarıyla uygulama alanına ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, Sözleşme’nin uygulanabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması zorunluluğu yoktur. Bu nedenle Sözleşme’nin kişi, konu ve zaman bakımından uygulama alanına giren yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda, çocuğun mutad meskeni akit bir devlet ülkesinde bulunmasa dahi, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin Sözleşme’de yer alan yetki hükümlerine göre (m. 6, m. 11 ve m. 12) tesis edilmesi mümkündür.

¹²⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre tesis edileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre, Türk mahkemelerinin yetkisi tesis edilemiyorsa, Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis edilmemesi ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığına hükmedilmesi gerekir. Sözleşme’de, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisini iç hukuklarında yer alan yetki kurallarına göre tesis etmelerini yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır. Buna karşılık, Sözleşme’nin yetki sistemini kurarken güttüğü amaç ile tanıma ve tenfiz hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, gerek MÖHUK m. 40 gerekse MÖHUK m. 41 bakımından bu sonuca varmak kaçınılmazdır. Nitekim Sözleşme, “çocuğun vatandaşı olduğu akit devlet makamlarının” yetkisini sadece 8. ve 9. maddeler uyarınca yetki devrinin gerçekleştirilmesi halinde mümkün kılmıştır. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu durumlarda, Sözleşme dışında MÖHUK m. 41 uyarınca yetki tesis etmek Sözleşme ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda, Sözleşme uyarınca yetki tesis edemeyen Türk mahkemeleri, şartları sağlaması halinde, örneğin, çocuk Türk vatandaşı ise, Sözleşme’nin 9. maddesi çerçevesinde yetki devri mekanizmasını işleterek, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından yetki devri talep ederek yetki tesis edebileceklerdir.

Bununla birlikte, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde, “yetkisizliğin” ileri sürülmesi, şekli, şartları ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin, yine “velayet sorumluluğu”na ilişkin konularda yetki ve tanıma ve tenfize ilişkin hükümler getiren Brüksel IIa Tüzüğü’nün 17. maddesinde; Tüzük uyarınca yetkisi bulunmayan AB üyesi devlet mahkemelerinin, AB üyesi bir başka devlet mahkemesinin yetkili olması halinde, re’sen yetkisizlik kararı verecekleri açıkça hükme bağlanmıştır¹²⁵. Ancak 1996 tarihli Sözleşme’de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme’de bu konuda herhangi bir hükmün bulunmaması nedeniyle, Sözleşme kapsamında “yetkisizliğin” ileri sürülmesi, şekli, şartları ve sonuçları, usul hukukuna ait meseleler olmaları itibarıyla, *lex foriye* yani Türk hukukuna tabi olacaktır. HMK m. 116(a) uyarınca, “*kesin yetkinin bulunmadığı hallerde yetki itirazı*” bir ilk itiraz olarak düzenlendiğinden, Sözleşme kapsamında yetkisizliğin bir itiraz olarak cevap dilekçesinde

¹²⁵ Bkz. ÇÖRTOĞLU-KOCA, s. 272.

ileri sürülmesi gerektiğini ve mahkemece re'sen nazara alınamayacağını kabul etmek gerekmektedir. Bunun neticesinde de, Sözleşme kapsamında davanın açıldığı yetkisiz bir Türk mahkemesi, yetkisizliğin ilk itiraz olarak ileri sürülmemesi halinde, MÖHUK m. 40 atfıyla HMK m. 19/4 uyarınca yetkili hale gelecektir. Şüphesiz, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, HMK m. 19/4 uyarınca yetki tesis eden Türk mahkemelerinden alınan Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerine ilişkin tanıma ve tenfiz talepleri, diğer akit devletler tarafından Sözleşme m. 23/2(a) uyarınca reddedilebilecektir. Ancak tanıma ve tenfiz red sebeplerini düzenleyen 23. madde hükmü uyarınca tanıma ve tenfiz red sebepleri takdiridir. Bir başka ifade ile, Sözleşme, bu sebeplerin varlığı halinde akit devletlere tanımayı reddetme imkanı tanımakta, ancak red zorunluluğu getirmemektedir. Bu nedenle Sözleşme'de, yetki kurallarına göre yetkisiz bir akit devlet makamının re'sen yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini öngören Brüksel Ila Tüzüğü'nün 17. maddesine benzer bir hükmün düzenlenmemiş olması, Türk mahkemelerinin Sözleşme'nin uygulama alanına giren durumlarda Türk iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmesini engelleme bakımından önemli bir eksikliklerdir.

Bu kapsamda, her ne kadar kanaatimiz, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunduğu hallerde Türk mahkemelerince milletlerarası yetkinin Sözleşme'ye göre tesis edilmesi ve tesis edilemediği durumda artık yerel milletlerarası yetki kurallarına başvurulamaması gerektiği yönünde olsa da; 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde, akit devlet makamlarının milletlerarası yetkilerini yerel yetki kurallarına göre tesis etmelerini engelleyici doğrudan veya dolaylı herhangi bir hükmün düzenlenmemiş olmasının, Sözleşme'nin amaçladığı "yetkinin merkezileştirilmesi" hedefinin uygulamaya yansıyabilmesi bakımından önemli bir eksiklik olduğunu belirtmek gerekmektedir. Türk mahkemelerinin Türk iç hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerini engelleyici nitelikteki tek hüküm olarak gösterebileceğimiz tanıma ve tenfiz şartlarına ilişkin m. 23/2(a) hükmü önemli bir düzenleme olsa da; belirttiğimiz üzere, tanıma ve tenfiz red sebeplerini düzenleyen 23. madde hükmündeki tanıma ve tenfiz red sebeplerinin takdiri olması, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu hallerde, Sözleşme hükümlerini dayanak göstererek, Türk mahkemelerinin MÖHUK'ta düzenlenen yetki kurallarına göre milletlerarası yetki tesis etmelerini engellemeyi iyiden iyiye güçleştirecektir. Bu itibarla,

akit devletlerin iç hukuklarında yer alan yetki kurallarıyla yetki tesis etmelerini engelleme noktasında Sözleşme’de açık bir hüküm bulunmaması ve bu sonuca ancak Sözleşme’nin amacından ve Sözleşme hükümlerinden dolaylı olarak varılabilmesi karşısında; Türk mahkemelerinin Sözleşme kapsamında yetkili olmadıkları hallerde MÖHUK’ta yer alan milletlerarası yetki kurallarıyla yetki tesis etmelerinin ne kadar engellenebileceği belirsiz hale gelmektedir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde ise, Sözleşme kapsamında çocuklara yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre tesis edilmesi mecburiyetinden bahsetmek artık mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda, Sözleşme akit devletlere sadece 11. ve 12. maddeleri uyarınca geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis etme imkânı getirmektedir. Bu sınırlı ve geçici yetki ise, akit devletlerin iç hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmelerini engelleyecek nitelikte değildir. Bu nedenle, Sözleşme’de öngörülen yetki sistemine göre, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunmuyorsa, her bir akit devletin koruma tedbirlerini almada milletlerarası yetkisi kendi iç hukuk kurallarına tabi olarak belirlenecektir. Bu itibarla, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde, Türk mahkemeleri, Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis edebileceği gibi, MÖHUK m. 40 ve MÖHUK m. 41 uyarınca da milletlerarası yetki tesis edebilecektir. Ancak, bu durumda, Sözleşme hükümleri uygulanmaksızın milletlerarası yetki tesis edildiğinden, diğer akit devletlerin, MÖHUK hükümlerine göre milletlerarası yetkisini tesis eden bir Türk mahkemesinden alınan koruma tedbirini Sözleşme kapsamında “kanun gereği tanıma” yükümlülükleri sona erecektir¹²⁶. Bu koruma tedbiri, artık tanıma ve tenfiz talep edilen devletin iç hukuk kurallarında yer alan usule göre tanınacaktır. Bu bağlamda, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini mümkünse Sözleşme’nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis ederek almasının en önemli faydası, alınan koruma tedbirinin diğer akit devletlerin tümünde 23. madde uyarınca kanun gereği tanınacak olmasıdır¹²⁷.

¹²⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 84, s. 573; paragraf 122, s. 585.

¹²⁷ Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 26.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğuna veya çocuğun korunmasına ilişkin bir talep Türk mahkemeleri önüne geldiğinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken izlemesi gereken usulün kısaca özetlenmesi yararlı olacaktır. Buna göre; Türk mahkemesi öncelikle, çocuğun mutad meskeninin 1996 tarihli Sözleşme'ye akit bir devlette bulunup bulunmadığını belirlemelidir.

- i. Çocuğun mutad meskeni akit bir devlette ise; *ikinci aşamada* Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 5, 6, 7 veya 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını tespit etmelidir. Bu hükümlere göre Türk mahkemesi yetkili değilse; bu durumda Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletten yetki devri talep edip edemeyeceğini incelemelidir. Buna göre, Türk mahkemesi, 9. maddede sayıldığı şekilde çocuk ile sıkı ilişkili bir devlet ise ve çocuğun üstün menfaatlerinin korunması bakımından kendisini daha uygun bir forum olarak değerlendiriyorsa, Merkezi Makamlar veya uyuşmazlığın tarafları aracılığı ile çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından yetki devri talebinde bulunmalıdır.
- ii. Türk mahkemesinin; Sözleşme'nin 5, 6, 7, veya 10. maddelerine göre milletlerarası yetkiye sahip olması veya 9. madde uyarınca yetki devri talebinin olumlu sonuçlanması halinde, üçüncü aşamaya geçilmeli ve Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca bir "milletlerarası derdestlik" durumunun var olup olmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda Türk mahkemesi, kendisinden talep edilen koruma tedbiri talebine benzer bir talebin hâlihazırda Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca esas yetkili bir başka akit devlet makamı önünde görüşülmekte olup olmadığını re'sen araştırmalıdır. Sözleşme ile akit devletlerce ihdas edilmiş Merkezi Makamlar aracılığı ile veya doğrudan akit devlet makamları ile iletişime geçilerek yapılacak bu araştırma sonucunda, derdestliğin tespit edilmesi halinde, Türk mahkemesi, dava şartı yokluğundan davyı usulden reddetmelidir. Herhangi bir milletlerarası der-

destlik durumunun var olmadığı tespit edildiğinde ise, artık Türk mahkemesi Sözleşme uyarınca yetkili olduğuna karar vererek esastan incelemeye geçebilecektir.

- iii. Türk mahkemesinin Sözleşme'nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca yetki tesis edememesi (9. madde uyarınca yaptığı yetki devri talebinin olumsuz sonuçlanması da dâhil) veya yetki tesis ettikten sonra, 13. madde uyarınca milletlerarası derdestliğin var olduğunun tespit edilmesi halinde; Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis edip edemeyeceğini incelemelidir. Eğer bu hükümlere göre de yetki tesis edemiyor ise; Sözleşme uyarınca yetkisiz olduğuna karar vermeli; derdestliğin olduğu durumlarda ise davayı usulden reddetmelidir.
- iv. Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması halinde ise; Türk mahkemesi, Sözleşme'nin 11 veya 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından, şartları varsa yetki tesis edebileceği gibi; MÖHUK'ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki tesis edebilecektir.

2. Sözleşme Kapsamında Boşanma Mahkemesinin Koruma Tedbirlerini Alma Bakımından Yetkisinin Türk Mahkemelerinin Yetkisine Etkisi

Sözleşme'de düzenlenen milletlerarası yetki kurallarının Türk hukukuna etkisi kapsamında, Sözleşme'nin kapsamına giren velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin yabancılik unsuru içeren talepler bakımından "boşanma mahkemesi"nin yetkisine ayrı bir parantez açmak gerekmektedir.

Sözleşme'nin 10. maddesine göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet dışındaki bir akit devletteki yetkili "boşanma mahkemesi"nin, Sözleşme kapsamına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında milletlerarası yetki tesis edebilmesi için pek çok şart aranmıştır. Bu şartları hatırlatmak gerekirse; (i) çocuğun mutad meskeni farklı bir akit

devlette bulunmalı, (ii) boşanmaya ilişkin yargılamanın başladığı tarihte ebeveynlerden biri bu akit devlette mutad mesken sahibi olmalı, (iii) bu tarihte ebeveynlerden biri çocuğa ilişkin velayet sorumluluğuna sahip olmalı, (iv) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisi mahkemenin hukukunca tanınmış olmalı; (v) boşanma mahkemesinin Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya ilişkin yetkisi ebeveynlerin yanı sıra çocuğa ilişkin velayet sorumluluğunun paylaşıldığı üçüncü bir kişi varsa onun tarafından da kabul edilmeli ve (vi) bu mahkemenin yetkisi çocuğun üstün yararına olmalıdır.

Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukuku uyarınca boşanma ve ayrılık davaları bakımından milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin, Sözleşme kapsamındaki çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerine (örneğin; velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun temsili) ilişkin kararları alma bakımından milletlerarası yetkiye sahip olabilmeleri için Sözleşme'nin 10. maddesindeki tüm bu şartların sağlanmış olması gerekecektir.

Bu şartlar incelendiğinde, Türk iç hukukuna göre boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemeleri, TMK m. 169 ve TMK m. 182-183 uyarınca, Sözleşme kapsamına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında yetkili kılındığından, boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin kural olarak Sözleşme m. 10 uyarınca yetki tesis edebilecekleri görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 10. maddesindeki diğer tüm şartların da sağlanmış olması gerekmektedir. Bu itibarla; örneğin; çocuğun anne veya babasından birinin, boşanma davasını gören Türk mahkemesinin çocuğun velayeti hakkında hüküm kurması bakımından milletlerarası yetkiye sahip olmadığını ileri sürmesi halinde, boşanma davasına bakan Türk mahkemesi Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan şartlar sağlanmadığından velayet konusunda yetkisizlik kararı vermek durumunda kalacaktır. Bu durumda çocuğun velayeti hakkında sadece Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet mahkemeleri karar verebilecektir.

Sözleşme'nin 10. maddesinde getirilen bu hüküm ile her ne kadar yabancılık unsuru içeren boşanma ve ayrılık davalarında milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin velayet, çocukla kişisel ilişki kurma gibi çocuğa yönelik koruma tedbirlerini almadaki yetkisi sınırlandırılmış olsa da; bu

hüküm, ebeveynlerden her birinin kendi mutad mesken ülkesinde çocuğun velayeti hakkında kendi lehine hüküm alması neticesinde birbiriyle çelişen velayet kararlarının ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından önemli ve olumlu bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

3. Sözleşme’de Yer Alan Yetki Devri Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarının Türk hukukuna etkisi başlığı altında değerlendirilmesi gereken diğer bir usuli mesele de, Sözleşme’de yetki devri imkânının getirilmesiyle *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasının kabul edilmiş olmasıdır.

Forum non conveniens doktrini; mahkemenin, dava ile daha yakın irtibata sahip ve bu sebeple davayı görmeye daha uygun başka bir ülke mahkemesinin bulunduğu tespit ettiğinde milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilmesini öngörmektedir.

Bu kapsamda, Sözleşme’nin 8 ila 9. maddelerinde yer alan, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarına nazaran çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyabilecek başka bir akit devlet makamının “yetki devri” ile yetki kazanması imkânı, *forum non conveniens* doktrininin bir tür uygulamasıdır.

Sözleşme’de *forum non conveniens* doktrininin bir diğer uygulamasına, Sözleşme’nin milletlerarası derdestliğe ilişkin 13. maddesinin 2. fıkrasında da rastlamak mümkündür. Hükümde; ilk başvuru makamının, koruma tedbirleri bakımından Sözleşme kapsamındaki yetkisinden, sonraki başvuru makamının çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacağı gerekçesiyle vazgeçebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Bu hükümler değerlendirildiğinde, 1996 tarihli Sözleşme’de “çocuğun üstün yararının daha iyi korunması” gerekçesi ile sınırlı olarak *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasının kabul edildiği görülmektedir.

Türk milletlerarası usul hukukunda ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, esasen iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına bağlanmıştır.

Yer itibariyle yetkinin tesisinde esas alınan irtibat noktaları, milletlerarası yetkinin tesisi bakımından da gerekli ve yeterli sayıldığından ve suni irtibat noktaları ile yetki tesis edilmediğinden, *forum non conveniens* doktrininin Türk iç hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹²⁸.

Buna karşılık, Sözleşme'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle, Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren, velayete, çocukla kişisel ilişki kurmaya, çocuğun korunmasına ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalarda, *forum non conveniens* doktrininin uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekmektedir. Böylelikle, 1996 tarihli Sözleşme ile *forum non conveniens* uygulaması sınırlı da olsa Türk hukukundaki yerini almış bulunmaktadır.

4. Sözleşme'de Yer Alan Milletlerarası Derdestlik Kuralının Türk Hukukuna Etkisi

Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca, “öncelik prensibi”ne göre, “ilk başvuru” makamı lehine milletlerarası derdestlik kabul edilmiştir. Bu itibarla; Sözleşme'nin uygulama alanına giren, velayete, çocukla kişisel ilişki kurmaya, çocuğun şahsının ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin davalar, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınacağı konular arasına girmiştir¹²⁹.

Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin kabul edildiği hallerde, bunun HMK m. 114/1(ı) uyarınca bir dava şartı mı yoksa bir ilk itiraz olarak mı dikkate alınacağı tartışması mevcuttur¹³⁰. Ancak kanaatimizce, 1996 tarihli Sözleşme kapsamındaki çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik

¹²⁸ Bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 73 vd.; NOMER, s. 496; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 360-361.

¹²⁹ Genel olarak milletlerarası derdestlik ve Türk hukukunda milletlerarası derdestlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Milletlerarası Yetki*, s. 192 vd.; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002, s. 1 vd.; Vahit DOĞAN, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, MHB, 2002/2, s. 121 vd.; NOMER, s. 457-459; ÇELİKEL/ERDEM, s. 635-640; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 418-423.

¹³⁰ Dava şartı olarak kabul eden görüş için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 423. İlk itiraz olarak kabul eden görüş için bkz. NOMER, s. 457-458; ÇELİKEL/ERDEM, s. 639-640; TAN-DEHMEN, s. 181-182.

koruma tedbirlerine ilişkin davalarda bu tartışmaya gerek olmayacaktır. Zira bu halde, milletlerarası derdestlik Sözleşme hükümleri ile kabul edildiğinden, bu davalar bakımından milletlerarası derdestliğin dava şartı mı yoksa ilk itiraz olarak mı dikkate alınacağına da Sözleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerekecektir. Sözleşme'nin 13. maddesinde, "sonraki başvuru" makamlarına re'sen yetkisizlik kararı verme zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle; Sözleşme hükümleri uyarınca milletlerarası derdestliğin, "sonraki başvuru" makamı olan Türk mahkemelerince bir dava şartı olarak değerlendirilmesi ve bu itibarla taraflarca ileri sürülmesi dahi yargılamanın her aşamasında re'sen nazara alınması ve derdestliğin tespiti halinde dava şartı yokluğundan davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Sözleşme kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, milletlerarası derdestliğe ilişkin bilgi ve belgelerin, taraflarca yetkili Türk mahkemesine sunulması ve derdestliğin bu şekilde tespiti mümkündür. Ancak taraflarca getirilen bilgi ve belgelerin yeterli açıklıkta olmadığı veya taraflardan bu konuda hiçbir bilginin gelmediği hallerde; yetkili Türk mahkemelerinin, Sözleşme kapsamında yetkiye sahip diğer akit devlet makamlarından, doğrudan veya Merkezi Makamlar aracılığı ile derdestlik konusunda re'sen bir soruşturma yapmaları gerekecektir.

IV. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere ve Velayet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukukuna Etkileri

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kuralları

Sözleşme'nin uygulama alanına giren konularda, çocuğun korunmasına yönelik koruma tedbirlerine ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin hükümler, Sözleşme'nin 15 ila 22. maddelerinde yer almaktadır.

1996 tarihli Sözleşme'deki kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken, yerine geçtiği 1961 tarihli Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları büyük oranda muhafaza edilmiştir¹³¹. Diğer taraftan, 1961 tarihli Sözleşme'nin

¹³¹ 1961 tarihli Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUY-

uygulanmasında yaşanan sıkıntılar göz önünde bulundurularak, kanunlar ihtilafı kurallarında çok daha açık ifadeler kullanılmış ve daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

1996 tarihli Sözleşme, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk ile adli veya idari makamların müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku net bir şekilde birbirinden ayırmış ve farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi kılmıştır.

Bu kapsamda Sözleşme’de sırasıyla; (a) koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka (m. 15), (b) adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun tesisi, sona ermesi, kullanılması veya kaldırılmasına uygulanacak hukuka (m. 16-18) ve (c) üçüncü kişilerin korunmasına (işlem güvenliği) (m. 19) ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir.

Sözleşme’de ayrıca, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında dikkate alınacak genel prensiplere ilişkin, “kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği” (m. 20), “atıf” (*renvoi*) (m. 21/1) ve “kamu düzeni müdahalesi”ni (m. 22) düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir.

1. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlere Uygulanacak Hukuk

a. Genel Kural. Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca, yetkili akit devletin adli veya idari makamlarının, çocuğun korunmasına yönelik tedbirlere ilişkin kararları alırken uygulayacakları hukuk, kural olarak, “*yetkili akit devlet makamının maddi hukuk kuralları*”dır (m. 15/1)¹³².

Sözleşme’de, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta, “çocuğun mutad mesken hukuku” yerine, “yetkili akit devlet makamının hukuku”nun yani *lex forin*in tercih edilme sebebi, esasen, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin hızlı ve etkin bir biçimde alınmasını sağlamaktır. Zira Sözleşme’de koruma

SAL, s. 104-109; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 139-140; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 177-178; Günseli ÖZTEKİN-GELGEL, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler –Ders Notları- (Çocuk Hukuku)*, Beta, İstanbul 2012, s. 48-52; TEKİNALP/UYANIK, s. 203-205.

¹³² Sözleşme’nin 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Sözleşme’de uygulanacak hukukun belirlenmesinde, kural olarak, “atıf” (*renvoi*) kabul edilmediğinden, koruma tedbirlerini almada uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının iç maddi hukuk kurallarıdır. Bkz. Aşağıda, s. 1156.

tedbirlerini almaya yetkili akit devlet makamını belirleyen yetki kuralları ile zaten çocuğun korunmasında en sıkı ilişkili akit devlet makamının yetkili olması edilmektedir. Ayrıca, koruma tedbiri esasen, koruma tedbirine hükmeden akit devlette icra edilecektir. Bu itibarla, yetkili akit devlet makamlarının koruma tedbirlerini alırken, en iyi bildikleri ve en hızlı biçimde tatbik edebilecekleri hukuku uygulamalarının, çocuğun menfaatlerinin etkin bir şekilde korunmasını sağlayacağı ifade edilmektedir¹³³.

b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması. Genel bağlama kuralının yanında, Sözleşme'nin 15. maddesinin 2. fıkrasında, yetkili bir akit devlet makamı tarafından alınacak koruma tedbirinin, yabancı bir ülkede (üçüncü bir devlette) icrasının gerektiği haller göz önünde bulundurularak, koruma tedbirinin etkin bir şekilde icrasının temini için, koruma tedbiri alınırken, koruma tedbiri ile sıkı ilişkili üçüncü devletin hukukunun uygulanabilmesi veya dikkate alınabilmesi imkânı getirilmiştir.

Buna göre; yetkili akit devlet makamları, çocuğun şahıs veya malvarlığının korunmasının gerektirdiği ölçüde, istisnai olarak, “olay ile sıkı ilişkili bir başka devletin (üçüncü devletin) hukuku”nu uygulayabilecek veya dikkate alabileceklerdir (m. 15/2).

Yetkili akit devlet makamının hukuku uygulanırken, üçüncü bir devlet hukukunun uygulanabilme veya dikkate alınabilme gerekçesi ise, bu hukukun “en sıkı ilişkili hukuk” olması değil, “çocuğun üstün menfaatlerinin korunması”nın bu hukukun uygulanması veya dikkate alınması ile temin edilebilecek olmasıdır. Bu nedenle, yetkili akit devlet makamlarının, koruma tedbirini alırken, çocuğun korunması ile sıkı ilişkili üçüncü bir devlet hukukunu uygulayabilmesi veya dikkate alabilmesinin ön şartı, “çocuğun üstün menfaatleri”nin etkin bir şekilde korunabilmesinin bu hukukun uygulanmasını gerektirmesidir. Bu nedenle, koruma tedbiri alınırken, sadece, olayla sıkı ilişkili üçüncü devletin hukukunda yer alan çocuğa yönelik koruma tedbirinin alınması veya icrası için uyulması zorunlu, emredici nitelikteki hükümlerin uygulanması veya dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴. Bu itibarla, Sözleşme m. 15/2’de düzenlenen bu kuralın,

¹³³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 86, s. 573; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 401.

¹³⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 89, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 91.

çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesine veya dikkate alınabilmesine ilişkin bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

Örneğin; çocuğun mutad meskeninden başka bir devlette bulunan mallarının satışı veya mülkiyetinin devri konusunda koruma tedbiri almaya yetkili çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamı, çocuğun mallarının bulunduğu devletin hukukunda bu işlem için özel bir izin veya yetki belgesi arandığı hallerde, kendi hukukunda böyle bir şart öngörülmemiş olsa da, koruma tedbirinin malların bulunduğu devlette icra edileceğini dikkate alarak, malların bulunduğu devletin hukukunda yer alan bu özel hükmü uygulayabilecektir. Ayrıca yetkili akit devlet makamları, çocuk hakkında bir koruma tedbiri kararı alırken, çocuk kısa bir süre içerisinde vatandaşı olduğu ülkeye geri dönecekse, çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukukunda tanınıp tenfiz edilmeyecek bir karar almamak adına bu yabancı hukuku dikkate alabilecektir¹³⁵.

c. Çocuğun Mutad Meskeninin Değişmesi Halinde Alınmış Koruma Tedbirinin Uygulanma Şartlarına Uygulanacak Hukuk. Koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 15. maddenin 3. fıkrasında ise, statü değişikliğinden kaynaklanan sorunlara çözüm getirmek amacıyla bir “statü değişikliği” (*conflict mobile*) kuralı¹³⁶ düzenlenmiştir.

Buna göre; çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlete taşınması halinde; bir önceki mutad mesken makamları tarafından alınmış koruma tedbirlerinin “uygulanma şartları”, mutad meskenin değiştiği andan itibaren, yeni mutad meskenin bulunduğu akit devletin hukukuna tabi olacaktır (m. 15/3).

Bu kuralın getiriliş nedeni, çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlete taşınması halinde, koruma tedbirlerini almaya genel yetkili akit devlet makamının ve dolayısıyla uygulanacak hukukun değişmesi (m. 5/2);

¹³⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 89, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 91.

¹³⁶ Milletlerarası özel hukukta, yetkili hukukun tayininde kullanılan bağlama noktalarında meydana gelen değişiklikler neticesinde ortaya çıkan sorunlar, “statü değişikliğinden kaynaklanan meseleler” (*conflict mobile*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. NOMER, s. 31-33; ÇELİKEL/ERDEM, s. 165-166; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 44-46; TEKİNALP/UYANIK, s. 45; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 229-235.

bununla birlikte, bir önceki mutad mesken makamlarının kendi iç hukukuna göre aldığı koruma tedbiri kararlarının yürürlüğünün, yeni mutad mesken makamları tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça devam etmesidir (m. 14). Bunun neticesinde, yeni mutad mesken makamları, başka bir hukuka (eski mutad mesken hukukuna) göre alınmış koruma tedbiri kararlarını uygulamak durumunda kalabilecektir. Bu hüküm ile yeni mutad mesken makamlarına, önceki mutad mesken makamı tarafından o devletin hukukuna göre alınmış bir koruma tedbirini, kendi iç maddi hukukundaki şartlara göre uyarlayarak uygulama imkânı getirilmiştir. Bu kapsamda, örneğin; önceki mutad mesken makamları tarafından çocuğa bir vasi atanmış ve bu devletin hukuku uyarınca vasinin belirli bazı eylem ve işlemleri gerçekleştirebilmek için hâkimden izin alması yükümlülüğü öngörülmüşse, 15. maddenin 3. fıkrası uyarınca, çocuğun mutad meskenin değiştiği andan itibaren, bu vasinin, yeni mutad mesken makamlarının maddi hukukunun imkân vermesi halinde, söz konusu eylem ve işlemleri hâkim izni olmadan gerçekleştirebileceği ifade edilmektedir¹³⁷.

Önemle belirtilmelidir ki; 15. maddenin 3. fıkrası, ancak, çocuğun mutad meskeninin akit bir devletten, bir başka akit devlet ülkesine taşınması halinde uygulanabilecektir. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin, akit bir devletten akit olmayan bir devlete taşınması halinde; önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbirinin uygulanma şartlarına ilişkin bir ihtilaf başka bir akit devlet makamı önüne gelirse, artık Sözleşme m. 15/3 uygulama alanı bulmayacağından, bu ihtilaf, uyuşmazlığa bakan akit devletin iç hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları

¹³⁷ Bununla birlikte, 15. maddenin 3. fıkrası hükmü, önceki mutad mesken makamı tarafından alınmış koruma tedbiri kararı ile ilgili hangi hususların bu koruma tedbirinin “uygulanmasına” hangi hususların ise koruma tedbirinin “varlığına (geçerliliğine)” ilişkin olduğunun tespitinin çoğu zaman tereddütlere yol açabilecek olması ve yeni mutad mesken hukukunun tedbirin uygulanma şartlarına ilişkin olarak çok esnek hükümlere sahip olmasının koruma tedbirini etkisizleştirme veya zayıflatma riski yaratması sebebiyle eleştirilmektedir. Örneğin; önceki mutad mesken hukukuna göre alınmış ve çocuk 18 yaşına gelene kadar uygulanmasına karar verilmiş bir koruma tedbirinin, yeni mutad mesken hukukunda 16 yaşında sona ereceğinin öngörülmüş olması halinde; koruma tedbirinin “geçerlilik süresi”nin, tedbirin “uygulanma şartı”na mı yoksa “varlığına (geçerliliğine)”mi ilişkin olduğu tartışmalıdır. Bu noktada; eğer iki hukuk arasında uyarılama yapılamıyorsa, yeni mutad mesken makamları tarafından yeni koruma tedbirlerine karar verilerek sorunun çözülmesi önerilmektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 91, s. 575; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 92-93.

uyarınca yetkili hukuka göre çözülecektir. Aynı sonuç, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devletten akit bir devlet ülkesine taşınmış olması halinde de geçerli olacaktır¹³⁸.

2. Adli veya İdari Bir Makamın Müdahalesi Olmaksızın Velayet Sorumluluğunun Tesisi, Sona Ermesi, Kullanılması ve Kaldırılmasına Uygulanacak Hukuk

a. Kuralın Uygulama Alanı. Sözleşme, yetkili bir akit devletin adli veya idari makamlarınca alınacak koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun yanı sıra; 16 ila 18. maddelerinde, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, velayet sorumluluğunun “kanun gereği” ve “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem” ile tesisine, sona ermesine, kullanılmasına ve kaldırılmasına uygulanacak hukuku ayrıca düzenlemiştir (m. 16-18).

Sözleşme 16. madde hükmünde, “kanun gereği” ve “hukuki bir işlem ile” tesis edilen velayet sorumluluğunu, bir koruma tedbiri kararıyla tesis edilen velayet sorumluluğundan ayırmak ve 16 ila 18. maddelerdeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirginleştirmek amacıyla, özellikle, “adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın” tabirini kullanmıştır. Bu itibarla, Sözleşme’nin 16 ila 18. maddeleri ile 15. maddesindeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirleyen eşik, velayet sorumluluğuna ilişkin işlemlerde adli veya idari bir makamın müdahalesidir. Velayet sorumluluğuna yönelik böyle bir müdahalenin varlığı halinde artık 16 ila 18. maddeler uygulanmayacak; 15. madde uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda müdahaleden anlaşılması gerekenin “aktif bir müdahale” olduğu; yani adli veya idari bir makamın, velayet sorumluluğunun tesisine, sona ermesine, sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına etki eden bir karar almış olması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin; müşterek velayetin kanun gereği tesisi için idari bir makama örneğin vergi dairesine bir tescilin veya bildirim yapılması, velayetin tesisi ile ilgili bir karar alınmış olması anlamına gelmediğinden, Sözleşme kapsamında bir müdahale, bir koruma tedbiri olarak değerlendirilmemekte ve bu şekilde kurulan velayet sorumluluğuna 16 ila 18. maddelerin uygulanacağı belirtilmektedir¹³⁹. Sonuç

¹³⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 92, s. 575.

¹³⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 98, s. 577; *Handbook on the 1996 Hague Child*

olarak, müdahaleden, velayet sorumluluğunun esasına ilişkin bir inceleme yapılarak adli veya idari bir makam tarafından alınan bir karar anlaşılmaktadır. Örneğin; çocuğun anne ve babasının velayet ilişkin olarak aralarında yaptıkları bir anlaşmanın idari veya adli bir makam tarafından incelenerek onaylanması gerekiyorsa, bu noktada o adli veya idari makamın müdahalesi artık bir koruma tedbiri kararı olarak vasıflandırılacak ve Sözleşme'deki koruma tedbirlerini almada yetkiye ve uygulanacak hukuka ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁴⁰.

Adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, kanundan veya hukuki bir işlemten kaynaklanan velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme'nin 16 ila 18. maddelerinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları; velayet sorumluluğunun tesisine etki eden “önmele”ye uygulanacak hukuku¹⁴¹ düzenlememektedir. Bu nedenle, örneğin; m. 16/1 uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku, kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisi için öncelikle çocuğun tanınmasını şart koşuyor ise, çocuğun geçerli bir şekilde tanınıp tanınmadığına ilişkin “önmele”nin *lex causaenin* mi yoksa *lex forinin* mi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüleceği her akit devletin kendi iç hukukuna bırakılmıştır¹⁴².

b. Velayet Sorumluluğunun Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesisine ve Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk. Sözleşme'nin 16. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca; velayet sorumluluğunun adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, “kanun gereği” tesisi ve sona ermesine “çocuğun mutad mesken hukuku”; “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem ile¹⁴³” tesisi ve sona ermesine ise “*anlaşma veya tek taraflı işlemin*

Protection Convention, s. 95.

¹⁴⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 103, s. 577; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

¹⁴¹ Türk milletlerarası özel hukukta, “önmele”nin çözümüne uygulanacak hukuk için bkz. NOMER, s. 138-143; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130-138; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 89-94; TEKİNALP/UYANIK, s. 40-41; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 182-186.

¹⁴² Bu noktada Lagarde, kanun gereği ve hukuki bir işlemten doğan velayet sorumluluğunun tesisine ilişkin bir ön meseleye uygulanacak hukukun tespitinde, *lex forinin* kanunlar ihtilafı kurallarının değil, *lex causaenin* yani 16. madde uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını önermektedir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 102, s. 579.

¹⁴³ Velayet sorumluluğunun “anlaşma” ile tesisi veya sona ermesine ilişkin olarak, çocuğun

yapıldığı andaki çocuğun mutad mesken hukuku” uygulanacaktır (m. 16/1-2).

Sözleşme’nin 16. maddesinde “çocuğun mutad mesken hukuku” tercih edilerek, velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilmesi ve sona ermesine uygulanacak hukuk ile o velayet ilişkisinin hukuki çerçevesine dâhil edilecek “koruma tedbirleri”ne uygulanacak hukukun çoğu zaman aynı hukuk olması temin edilmeye çalışılmıştır¹⁴⁴.

Buna karşılık, bu tercih, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, kanundan veya hukuki bir işlemde doğan velayet sorumluluğunun akıbeti ile ilgili statü değişikliği (*conflict mobile*) kuralları ihdas edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Buna göre; çocuğun mutad mesken hukuku uyarınca mevcut olan kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğu, mutad meskenin değişmesinden sonra da varlığını sürdürecektir (m. 16/3). Çocuğun eski mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun, mutad meskeninin değişmesi halinde de varlığını muhafaza etmesine ilişkin bu düzenleme, velayet sorumluluğu ile çocuğa sağlanan korumanın sürekliliğinin ve etkinliğinin sekteye uğramasının engellenmesi adına getirilmiş bir düzenlemedir¹⁴⁵.

Bunun yanında, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, eski mutad mesken hukukuna göre velayet sorumluluğunun tevdi edilmediği bir kişiye velayet sorumluluğunun kanun gereği tevdiinin, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacağı düzenlenmiştir (m. 16/4). Bu durumda, örneğin, evli olmayan ana-babadan doğmuş çocuğa ilişkin kanun gereği velayet sorumluluğunun eski mutad mesken hukukuna göre tek başına anneye ait olduğu; yeni mutad mesken hukukuna göre ise müştereken anne ve babaya ait olduğu veya tek başına babaya ait olduğu düzenlenmişse; m. 16/3 gereği eski mutad mesken hukuku uyarınca tesis edilen kanun gereği velayet so-

ebeveynlerinin kendi aralarında mutabık kaldıkları, çocuğun bakım ve gözetimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir anlaşma; “tek taraflı işlem” ile tesisi veya sona ermesine ise, çocuğun hayattaki son ebeveyninin bir vasiyetname ile çocuğa bir vasi ataması işlemi örnek gösterilebilir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 103, s. 579; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 94; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, s. 404.

¹⁴⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 96, s. 577; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, s. 403.

¹⁴⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 105, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 96; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, s. 404-406.

rumluluğu devam edeceğinden ve m. 16/4 gereği daha önce kanun gereği velayet sorumluluğuna sahip olmayan baba yeni mutad mesken hukuku uyarınca velayet sorumluluğu kazanacağından, sonuçta, kanun gereği velayet sorumluluğuna anne ve baba müştereken sahip olacaktır¹⁴⁶. Böylelikle Sözleşme; m. 16/3 ve m. 16/4 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, akit devletlere “müşterek velayet” uygulamasını dolaylı bir şekilde dayatmış olmaktadır.

Sözleşme'nin kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisinde, çocuğun mutad meskeninin değişmesi ihtimaline ilişkin olarak getirdiği m. 16/3 ve m. 16/4'te yer alan bu düzenlemeler, müşterek velayete sebebiyet veren ve bu itibarla aslında maddi hukuka ilişkin bir hüküm içermesi nedeniyle eleştirilmiştir. Bunun yerine, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde ortaya çıkabilecek müşterek velayet durumunu, yeni mutad mesken devletinin iç hukukuna tabi kılacak bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmesi önerilmiştir. Ancak bu öneri, akit devletlerin çoğunluğunun, iç hukuklarında böylesine özel bir soruna ilişkin herhangi bir düzenlemeye sahip olmamaları sebebiyle reddedilmiştir. Ayrıca eğer bu hükmün uygulanması sonucu ortaya çıkan müşterek velayet durumu tarafların anlaşamamaları sebebiyle işlemez hale gelirse, Sözleşme m. 5/2 uyarınca yetkili çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarından, Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca, ihtilafın çözümüne ilişkin bir koruma tedbiri talep edilebileceği hatırlatılmıştır¹⁴⁷.

c. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesis Edilen Velayet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk. Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun “kullanılması şartları”na uygulanacak hukuk, “çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku”dur. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, velayet sorumluluğunun kullanılması “yeni mutad mesken hukuku”na tabi olacaktır.

Böylelikle, velayet sorumluluğunun tesisi ve sona ermesine uygulanacak

¹⁴⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 107, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

¹⁴⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 108, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 95.

hukuka ilişkin 16. maddeden farklı olarak, kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun “kullanılması şartları”na her durumda, “çocuğun son mutad mesken hukuku” uygulanacaktır. Bu düzenleme, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde koruma tedbirlerinin “uygulanma şartları”nın, mutad meskenin değiştiği andan itibaren, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacağını düzenleyen m. 15/3 ile paralellik arz etmektedir¹⁴⁸.

Bu durumda, Sözleşme m. 16/3 gereği, eski mutad mesken hukukuna göre kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğuna sahip kişi, bu velayet sorumluluğunu mutad meskenin değişmesi halinde de muhafaza edecek; ancak, 17. madde uyarınca, muhafaza ettiği bu velayet sorumluluğunun “kullanılmasına ilişkin şartlar”, mutad meskenin değişmesi anından itibaren, yeni mutad mesken hukukuna tabi olacaktır. Örneğin; velayet sorumluluğuna sahip kişinin eski mutad mesken hukukuna göre tek başına gerçekleştirebileceği işlemler, yeni mutad mesken hukukunda yetkili bir makamdan izin alınmasına bağlanmışsa, artık bu kişi velayet sorumluluğunu kullanırken bu izinleri almak durumunda kalacaktır¹⁴⁹.

d. Kanun Gereği veya Hukuki Bir İşlem İle Tesis Edilen Velayet Sorumluluğunun Koruma Tedbirleri ile Kaldırılması ve Kullanma Şartlarının Değiştirilmesi. Sözleşme’nin 18. maddesi uyarınca, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın tesis edilen velayet sorumluluğu, Sözleşme kapsamında alınacak koruma tedbiri kararları ile kaldırılabilir veya kullanma şartları değiştirilebilecektir. Bu itibarla, kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun sona ermesine ve kullanılma şartlarına uygulanacak hukuka ilişkin 16 ve 17. maddelerle getirilmiş hükümlerin, velayet sorumluluğunun yetkili adli veya idari makamlarca alınacak bir koruma tedbiri kararı ile kaldırılması veya değiştirilmesine engel olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 18. madde, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde; m. 16/3 ve m. 16/4 uyarınca, hem eski hem de yeni mutad mesken hukukundaki kanundan veya hukuki bir işlemde kaynaklanan velayet sorumluluğuna ilişkin kuralların kümülatif

¹⁴⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 109, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97.

¹⁴⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 109, s. 581; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97.

olarak uygulanması neticesinde ortaya çıkan müşterek velayet durumunun, çocuğun etkin olarak korunmasını engelleyici nitelikte değerlendirildiği hallerde, yetkili akit devlet makamlarınca devreye sokulabilecektir¹⁵⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 18. maddesi anlamında adli veya idari makamlarca kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilen velayet sorumluluğunun kaldırılması veya değiştirilmesi hakkında alınacak bir koruma tedbiri, çocuğun korunmasına yönelik bir koruma tedbiri olarak Sözleşme kapsamına girecektir. Bu nedenle, bu yönde bir koruma tedbirinin alınması, Sözleşme'de yer alan milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olacaktır.

3. Üçüncü Kişilerin Korunması (İşlem Güvenliği)

Sözleşme'de, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad mesken hukukuna göre alınan koruma tedbiri kararları (m. 15/3) ile önceki mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğunun (m. 16/3) yürürlüğünü devam ettirmesine ilişkin kuralların benimsenmesi; yeni mutad mesken devletinde faaliyet gösteren iyi niyetli üçüncü kişilerin, çocuğun hukuken gerçek yasal temsilcisinin kim olduğu veya hangi yetkilere sahip olduğu konusunda yanlışlığa düşebilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir¹⁵¹.

Bu nedenle Sözleşme'nin 19. maddesinde; işlem güvenliğini tesis etmek adına, "hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre" çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin iyi niyetini korumaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; iyi niyetli üçüncü kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliğine, hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket etmeye yetkili kişinin, gerçekte, 15 ila 18. maddeler uyarınca uygulanacak hukuka göre yetkili olmadığı gerekçesiyle itiraz edilemeyeceği ve üçüncü kişinin bu gerekçeyle sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁵⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 110, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 97; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 406.

¹⁵¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 111, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 99; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 407.

Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin korunabilmesi için aranan şartlar; (i) üçüncü kişinin, velayet sorumluluğunun Sözleşme'nin 15 ila 18. maddelerinde gösterilen hukuka tabi olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması (iyiniyetli olması) ve (ii) söz konusu işlemin, aynı devlet ülkesinde bulunan kişiler arasında gerçekleştirilmiş olmasıdır (m. 19/2)¹⁵².

Sözleşme'nin 19. maddesi ile getirilen işlem güvenliği prensibi, Türk milletlerarası özel hukukunda işlem güvenliği prensibine ilişkin MÖHUK m. 9/2'den farklı olarak, üçüncü kişi ile görünüşteki yasal temsilcinin gerçekleştirdikleri, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler de dâhil olmak üzere, her türlü hukuki işlemde uygulanacaktır¹⁵³.

4. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Dikkate Alınacak Genel Prensipler

a. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Milletlerarası Niteliği. Sözleşme'nin 20. maddesi uyarınca, 15 ila 19. maddeleri arasında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği devletin hukuku, bu devlet Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlet dahi olsa uygulanacaktır. Kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin neredeyse tüm Lahey Sözleşmelerinde benimsenen, “kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası niteliği”, 1996 tarihli Sözleşme'de de kabul edilmiştir.

Bu kuralın tek istisnası, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad meskenin bulunduğu akit devlet tarafından alınan koruma tedbirlerinin uygulanma şartlarının yeni mutad meskenin bulunduğu akit devletin hukukuna tabi olacağını öngören 15. maddenin 3. fıkrasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, bu hüküm, ancak, çocuğun mutad meskeninin

¹⁵² Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması, hukuki işlemin gerçekleştirildiği devletin hukukuna güvenden kaynaklandığından; eğer hukuki işlem, başka bir devlet ülkesinde bulunan ve çocuğun yasal temsilcisi olduğunu iddia eden bir kişi ile gerçekleştiriliyor ise üçüncü kişinin iyi niyeti korunmayacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 113, s. 583; TİRYAKİOĞLU, 1996 tarihli *Lahey Sözleşmesi*, s. 408.

¹⁵³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 114, s. 583.

akit bir devletten, bir başka akit devlet ülkesine taşınmış olduğu hallerde uygulanabilecektir.

b. Atıf (Renvoi). Sözleşme'nin 21. maddesinde, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde “atıf” (*renvoi*) prensibi, kural olarak, reddedilmiştir. Buna göre; Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kurallarının uygulanacağı; kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır¹⁵⁴.

Bununla birlikte, 21. maddenin 2. fıkrası uyarınca; atıf, şartlı olarak, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesisi ve sona ermesine uygulanacak hukukun, Sözleşme'ye akit olmayan bir devletin hukuku olması halinde kabul edilmiştir. Buna göre; 16. maddedeki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları; bir başka akit olmayan devletin hukukuna atıf yapması ve bu atıf yapılan akit olmayan devletin kendi hukukunun uygulanmasını öngörmesi halinde dikkate alınacak ve atıf yapılan (ikinci) akit olmayan devletin maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak atıf yapılan (ikinci) akit olmayan devletin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmüyor ise, atıf reddedilecek ve 16. madde uyarınca yetkili akit olmayan devletin iç maddi hukuku uygulanacaktır.

16. madde uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, akit bir devletin hukukunu yetkili kılması halinde ise, atıf kabul edilmeyecek ve akit olmayan devlet hukukunun iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır¹⁵⁵.

c. Kamu Düzeni Müdahalesi. Sözleşme'nin 22. maddesinde ise, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanmasında “kamu düzeni müdahalesi” düzenlenmiştir. Buna göre; Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanması ancak, çocuğun üstün menfaatleri dikkate alındığında, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği takdirde reddedilebilecektir. Dolayısıyla Sözleşme,

¹⁵⁴ Lahey Sözleşmelerinde atfın ne şekilde uygulanacağı konusunda detaylı bilgi için bkz. İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış* (Atıf), MHB, 2002/2, Ergin Nomer'e Armağan, s. 40 vd.

¹⁵⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 116, s. 583.

sadece çocuğun üstün menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda kamu düzeni müdahalesini kabul etmiştir¹⁵⁶.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Kanunlar İhtilafı Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

1996 tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk mahkemelerinin yetkili olduğu, çocuğun ad ve soyadı, nafaka ve evlat edinme dışında, Sözleşme'nin konu itibariyle uygulama alanına giren, yabancılık unsuru içeren velayet sorumluluğu, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun korunması ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin ihtilaflara uygulanacak hukuk Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

Sözleşme, konu itibariyle uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelerde koruma tedbiri kararlarının alınmasında uygulanacak hukuku düzenlediği gibi; adli veya idari makamlardan alınmış herhangi bir koruma tedbiri kararına dayanmayan kanun gereği veya hukuki bir işlemle tesis edilmiş velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku da düzenlemektedir.

Türk hukukuna baktığımızda, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının konu itibariyle uygulama alanına giren meselelere uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK'un 11., 14. ve 17. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde, Sözleşme kapsamındaki velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk, bağımsız bir konu olarak ele alınmamış; bu meseleleri doğuran hukuki işlem ve ilişkilere uygulanacak hukuka tabi tutulmuştur¹⁵⁷. Boşanma ve ayrılık davalarında velayete ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukuk "boşanma ve ayrılık" başlıklı MÖHUK m. 14'ün 3. ve 4. fıkralarında; boşanma ve ayrılık davaları dışında görülen velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk "soybağının hükümleri" başlıklı MÖHUK m. 17'de; çocuğun vesayet altına alınması ve çocuk mallarına

¹⁵⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 117, s. 583; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 100.

¹⁵⁷ HUYSAL, s. 168-169.

kayım atanmasına uygulanacak hukuk ise “vesayet, kısıtlılık ve kayımlık” başlıklı MÖHUK m. 11’de düzenlenmiştir. Bu kanunlar ihtilafı kurallarının her birinde ise farklı bağlama noktaları öngörülmektedir¹⁵⁸.

Türk hukukunda, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin meselelere uygulanacak hukukun, bağımsız bir konu olarak ele alınmayıp, kaynaklandığı işlem veya ilişkiye bağlanarak parçalı bir yapıda belirlenmesi ve bağlama noktaları tesis edilirken çocuğun esas alınmayıp, anne ve babanın hukukuna bağlanması doktrinde haklı eleştirilere sebep olmaktadır¹⁵⁹.

Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarında ise, görüldüğü üzere, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler birlikte ele alınmıştır. Sözleşme’de uygulanacak hukukta, sadece velayet sorumluluğunun adli veya idari bir makamın kararına dayanıp dayanmamasına göre bir ayırım yapılmış; meselenin kaynaklandığı hukuki ilişki veya işleme göre bir ayırım yapılmamıştır. Bunun yanında; Sözleşme’de gerek koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta (m. 15) gerekse adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğuna uygulanacak hukukta (m. 16), çocuğun şahsi statüsünü esas alan bağlama noktaları tercih edilmiştir. Koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 15. madde, her ne kadar, “koruma tedbiri kararını alan yetkili akit devlet makamının hukuku”nun yani *lex forin*in uygulanmasını öngörse de, Sözleşme’de milletlerarası yetki esas olarak çocuğun mutad meskenine (m. 5) bağlı olarak tesis edildiğinden¹⁶⁰, dolaylı

¹⁵⁸ MÖHUK m. 14/3 uyarınca, “boşanma ve ayrılıkta velayet”, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olan anne ve babanın müşterek milli hukukuna; MÖHUK m. 14/4 uyarınca, boşanma ve ayrılıkta velayet sorumluluğuna ve çocuğun ve çocuk mallarının korunmasına ilişkin “geçici tedbirler” Türk hukukuna; MÖHUK m. 17 uyarınca, “soybağının hükümleri”, anne-baba-çocuğun müşterek milli hukuku, yoksa müşterek mutad mesken hukuku, o da bulunmuyorsa soybağını kuran hukuk olan çocuğun doğum anındaki milli hukukuna; MÖHUK m. 11 uyarınca, “vesayet ve kayımlık” ise, ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmıştır.

¹⁵⁹ Türk milletlerarası özel hukukunda velayete uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı düzenlemeleri hakkında kapsamlı değerlendirme ve eleştiri için bkz. HUYSAL, s. 168-173. Ayrıca bkz. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 142-144; ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 16-18; DARDAĞAN-KİBAR, s. 546-548.

¹⁶⁰ Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet makamlarının sınırlı ve geçici yetki tesis ettiği durumlarda, çocuğun şahsi statüsü değil,

olarak çocuğun şahsi statüsüne bağlanılmıştır.

Bu bağlamda, Sözleşme’de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında; uygulanacak hukukun, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler için, kaynaklandığı hukuki işlem veya ilişkiden bağımsız bir şekilde ele alınarak belirlenmiş olması ve bağlama noktası olarak çocuğun şahsi statüsünün esas alınmış olması, Türk mahkemelerince Sözleşme’nin uygulanacağı ihtilaf-larda, Türk hukukundaki mahzurları giderecek olması bakımından olumlu bir etki yaratacaktır. Ayrıca, Sözleşme’de koruma tedbirleri alınırken uygulanacak hukukun, koruma tedbirini almaya yetkili makamın kendi hukuku yani *lex fori* olarak belirlenmiş olması, Türk mahkemelerinin, Sözleşme uyarınca yetkili olduğu yargılamalarda, Türk hukukunu uygulayarak daha hızlı ve etkin bir biçimde karar vermesini sağlayacaktır.

Bununla birlikte, belirtilmelidir ki, Sözleşme ile velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuka ilişkin getirilen bu kanunlar ihtilafı sisteminin faydaları, ancak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini Sözleşme uyarınca tesis etmeleri ile görülebilecektir. Türk mahkemelerinin Sözleşme uyarınca yetkili olmadıkları durumlarda, Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis etmeleri halinde, Sözleşme uygulama alanı bulamayacağından, MÖHUK’ta düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları devreye girecek ve Sözleşme’nin Türk hukukuna getirdiği bu katkıdan faydalanılamayacaktır. Bu nedenle, Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının Türk hukukuna etkisi, Sözleşme ile getirilen milletlerarası yetki kurallarının doğru ve amacına uygun bir şekilde uygulanmasına bağlı olacaktır.

Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında dikkate alınacak genel prensiplere ilişkin düzenlemelerin Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve

çocuğun mallarının bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Ayrıca Sözleşme m. 10 uyarınca, “boşanma mahkemesi”nin ve Sözleşme m. 8 ve 9 uyarınca, yetki devri ile çocuğun mallarının bulunduğu veya “boşanma mahkemesi”nin yetki tesis ettiği durumlarda da yine, koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta çocuğun şahsi statüsünden uzaklaşmaktadır. Ancak bu hükümler uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer dışındaki makamlarca yetki tesisi sıkı şartlara bağlandığından ve yetki tesisinde yine çocuğun üstün menfaati göz önünde bulundurulduğundan, bu hükümler nedeniyle, Sözleşme’nin koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta çocuk esaslı yaklaşımından uzaklaştığı söylenemez.

çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka etkisini tam olarak belirleyebilmek için bazı meselelerin özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Bunlardan *ilki*; Sözleşme'nin 15. maddesinde düzenlenen çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının, Türk hukukunda “boşanmada velayet”e uygulanacak hukuka etkisidir. Belirtildiği üzere, Türk hukukunda, yabancılık unsuru içeren boşanma ve ayrılık davalarında velayet talepleri, MÖHUK m. 14/3 uyarınca, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Sözleşme’de ise durum farklıdır. Boşanmada velayette, çocuğa yönelik velayet sorumluluğu adli bir makamın müdahalesi neticesinde tesis edildiğinden, Sözleşme'nin 15. maddesi gereği çocuğa yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girmektedir. 15. madde uyarınca, Sözleşme kapsamındaki çocuğa yönelik koruma tedbiri talepleri, bir boşanma davası sırasında ileri sürülse de, boşanmaya uygulanacak hukuktan bağımsız olarak değerlendirilecek ve her durumda koruma tedbiri taleplerine yetkili akit devlet makamının iç hukuku uygulanacaktır. Bu itibarla, Sözleşme’de yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre koruma tedbirlerini alma bakımından yetkili bir akit devlet mahkemesi, boşanmaya uygulanacak hukuku iç hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuku ise Sözleşmenin 15. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralına göre belirleyecektir. Buna göre; boşanma ve ayrılık davasına bakmaya yetkili bir Türk mahkemesi, örneğin, Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca koruma tedbirlerini alma bakımından da yetki tesis etmişse, boşanma ve ayrılık taleplerine MÖHUK m. 14 uyarınca “eşlerin müşterek milli hukuku; ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku; bulunmadığı takdirde Türk hukuku”nu uygulayacak; boşanma ve ayrılık talepleri ile birlikte ileri sürülen velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin taleplere ise Sözleşme m. 15 uyarınca Türk hukukunu uygulayacaktır. Bu itibarla, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda, yabancılık unsuru içeren boşanma davalarında, boşanmada velayet, boşanma statüsüne değil, koruma tedbirini almaya yetkili akit devlet makamının hukukuna yani Türk hukukuna tabi olacaktır.

İkinci olarak ele alınması gereken konu; Sözleşme'nin 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin tabi olduğu hukuk

uygulanırken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ve dikkate alınmasına imkân veren düzenlemenin, “*üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının*” Türk hukukundaki uygulama alanına etkisidir. Türk milletlerarası özel hukukunda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31 uyarınca, sadece, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tabi olduğu hukuk tatbik edilirken uygulama alanı bulabilmektedir¹⁶¹. Bu itibarla, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, Türk hukukunda, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında değil; velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması gibi Sözleşme kapsamına giren çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelerde de, “*çocuğun üstün menfaatinin korunmasının gerektirmesi*” şartıyla uygulama alanı bulabilecektir.

Üçüncü olarak üzerinde durulması gereken mesele; Sözleşme’de, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen 16. maddenin 3. ve 4. fıkralarının birlikte uygulanması neticesinde ortaya çıkacak müşterek velayet durumlarının, Türk hukukundaki “*müşterek velayet*” uygulamasına etkisidir. Yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme’nin kanun gereği velayet sorumluluğunun tesisinde, çocuğun mutad meskeninin değişmesi ihtimaline ilişkin olarak getirdiği m. 16/3 ve m. 16/4’te yer alan düzenlemeler, zorunlu bir müşterek velayet durumu tesis etmekte ve akit devletlere müşterek velayet uygulamasını bir nevi dayatmış olmaktadır. Türk hukukunda ise, 2017 tarihine kadarki Yargıtay uygulamasında müşterek velayet, Türk kamu düzenine aykırı görülerek, uygulanacak yabancı

¹⁶¹ “Doğrudan uygulanan kurallar” hakkında detaylı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 1 vd. MÖHUK m. 31 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet KÖSOĞLU, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, MHB, 2008/1-2, s. 147 vd.; Aslı BAYATA-CANYAŞ, *5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141 vd.; Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, 2010/1-2, s. 57 vd.; Mustafa ERKAN, *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2, s. 81 vd.

hukukun müşterek velayete ilişkin hükümleri uygulanmamakta ve müşterek velayete ilişkin yabancı mahkeme kararları tanınıp tenfiz edilmemekte idi¹⁶². 2016 yılında, 5. maddesi ile velayette eşler arasında eşitliği öngören AİHS Ek 7 No’lu Protokol¹⁶³’ün Türkiye’de yürürlüğe girmesi ve akabinde 20.02.2017 tarihli Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararında¹⁶⁴ müşterek velayet uygulamasının kamu düzenine aykırı olmadığına hükmedilmesi ile müşterek velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin içtihatlar sona ermiş ve müşterek velayet uygulaması Türk hukukunda açıkça kabul edilmiştir. Bu itibarla, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile Sözleşme hükümleri gereği ortaya çıkacak müşterek velayet durumları herhangi bir şekilde Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmayacaktır. Bununla birlikte, Türk iç hukukunda müşterek velayet müessesesinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin detaylı düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle uygulamada sorunlar çıkabilecektir. Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu durumlarda ise, anne-baba arasında tesis edilmiş müşterek velayet müessesesi tarafların anlaşamamaları gibi sebeplerle bir şekilde işlemez hale gelirse, Sözleşme uyarınca yetkili akit devlet makamlarından, Sözleşme’nin 18. maddesi uyarınca, ihtilafın çözümüne ilişkin bir koruma tedbiri her zaman talep edilebilecektir.

Dördüncü olarak incelenmesi gereken konu; Sözleşme’nin 19. maddesinde düzenlenen “işlem güvenliği prensibi”ne ilişkin kuralın Türk hukukuna etkisidir. Türk milletlerarası özel hukukunda, MÖHUK m. 9/2 uyarınca, işlem güvenliği prensibine ilişkin kural, aile hukuku, miras hukuku ve yabancı ülkede bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerde uygulanmamaktadır¹⁶⁵. Sözleşme’nin 19. maddesinde düzenlenen işlem

¹⁶² 2017 tarihine kadarki Yargıtay uygulamasında müşterek velayet ve kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 531; ÇELİKEL/ERDEM, s. 250-253; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 85-86, s. 531 dn. 380; ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 26-27; Aşlı BAYATA-CANYAŞ, *Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi*, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ed. Bilgin Tiryakioğlu/ Mesut Aygün/ Ali Önal/ Kübra Altıparmak/ Cansu Kaya, Yetkin Yayınları, 2016, s. 593 vd.

¹⁶³ 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol (RG. 08.04.2016-29678).

¹⁶⁴ Y. 2HD., 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737. Karar için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 253.

¹⁶⁵ Türk milletlerarası özel hukukunda “işlem güvenliği prensibi” için bkz. NOMER, s.

güvenliği prensibine ilişkin kural ise, üçüncü kişi ile çocuğun görünüşteki yasal temsilcisinin gerçekleştirdikleri, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler de dâhil olmak üzere, her türlü hukuki işlemde uygulama alanı bulabilmektedir. Böylece, Sözleşmenin Türkiye bakımında yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren ihtilaflar bakımından, MÖHUK m. 9/2'de yer alan işlem güvenliği prensibinin, aile ve miras hukuku ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlere uygulanmayacağına ilişkin kurala bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Beşinci olarak belirtilmesi gereken husus; Sözleşme'nin 21. maddesi uyarınca, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukukun tespitinde “*atfın (renvoi) reddedilmesine*” ilişkin düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Türk milletlerarası özel hukukunda “atfı” düzenleyen MÖHUK m. 2/3 uyarınca, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması yani atf dikkate alınmaktadır¹⁶⁶. Sözleşme'nin konusunu oluşturan, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meseleler Türk hukukunda aile ve kişinin hukukuna ilişkin olarak nitelendirildiğinden, bu meselelere ilişkin ihtilaflarda MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde atf dikkate alınmaktadır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk hukukunda MÖHUK m. 2/3'te yer alan atf düzenlemesine bir istisna getirilmiş olmaktadır. Sözleşme'nin uygulama alanına giren aile ve kişinin hukukuna ilişkin ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitinde, 21. maddede belirtilen istisnai hal dışında, atf dikkate alınmayacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken konu ise; Sözleşme'nin 22. maddesi uyarınca, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca

224-226; ÇELİKEL/ERDEM, s. 209-211; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 110-111; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 65 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 253-256.

¹⁶⁶ “Atf” (*renvoi*) teorisi hakkında bkz. Süheyla BALKAR-BOZKURT, *Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Cilt II, s. 795 vd.; NOMER, s. 145-160; ÇELİKEL/ERDEM, s. 105-129; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 50-57; TEKİNALP/UYANIK, 37-38; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 186-196.

yetkili kılınan hukukun uygulanmasında “*kamu düzeni müdahalesi*”nin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Buna göre Sözleşme, yetkili yabancı hukukun uygulanmasında sadece çocuğun üstün menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda kamu düzeni müdahalesini kabul etmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu ihtilaflarda, Sözleşme’deki kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili yabancı hukukun uygulanmasında, yetkili Türk makamları, ancak çocuğun üstün menfaati ile sınırlı olarak kamu düzeni müdahalesini devreye sokabileceklerdir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, Sözleşme’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları ile kuralların uygulanmasına ilişkin genel prensiplere ilişkin düzenlemelerin, MÖHUK’ta Sözleşme kapsamındaki konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarından bu denli farklılıklar içeren hükümlere sahip olması, Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocuklara yönelik koruma tedbirlerine uygulanacak hukukta “ikili” bir sistemin doğmasına sebep olacaktır. Örneğin; Sözleşme’nin uygulama alanı bulacağı ihtilaflarda, boşanmada velayet veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda başka bir hukuk; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda başka bir hukuk uygulanacaktır. Yine Sözleşme’nin uygulandığı velayetin kaldırılmasına ilişkin bir davada, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabilecek; Sözleşme’nin uygulanmadığı davalarda ise MÖHUK m. 31 gereği dikkate alınamayacaktır. Sözleşme’nin uygulandığı çocuk adına çocuğun malları hakkında yapılmış bir tasarruf işleminin işlemi yapan kişinin çocuğu temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle iptali davalarında, işlem güvenliği prensibi uygulanacak; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda ise MÖHUK m. 9/2 uyarınca işlem güvenliği uygulanmayacaktır. Milletlerarası sözleşmeler ile düzenlenmiş tüm meselelerde, aynı konuda farklı hükümler içeren birbirine paralel düzenlemeler ortaya çıkmaktadır. Ancak, 1996 tarihli Sözleşme’deki kanunlar ihtilafı kuralları ile MÖHUK’ta aynı konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukukun tespitine etki eden her alanda birbirinden bu kadar farklı olması, uygulamada zorluklara ve karışıklıklara sebebiyet verecektir. Bu itibarla, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere

¹⁶⁷ Kamu düzeni kuralları çerçevesinde bir üst norm olarak çocuğun yararı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 153-158; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 146-147; ÖZTEKİN-GELGEL *Çocuk Hukuku*, s. 28-36; DARDAĞAN-KİBAR, s. 558-559.

uygulanacak hukukta çocuğun şahsi statüsünü esas almayan “parçalı” bir sistem öngörmesi sebebiyle zaten eleştirilen MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının bir an önce değiştirilmesi ve uyumlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

V. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi ve Türk Hukukuna Etkisi

A. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’nde Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi Hükümleri

Sözleşme kapsamında akit devlet makamları tarafından alınan çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik koruma tedbirlerinin diğer akit devletlerde “tanınması ve tenfizi”ne ilişkin hükümler, Sözleşme’nin 23 ila 28. maddelerinde yer almaktadır.

1996 tarihli Sözleşme’de, 1961 tarihli Sözleşme’de farklı olarak koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin çok daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir¹⁶⁸. 1996 tarihli Sözleşme’de, koruma tedbiri kararlarının tanınması, tenfizi ve icrası usulleri ayrı ayrı ele alınmış ve tanıma ve tenfiz red sebepleri açıkça sayılmıştır. Bu anlamda, 1996 tarihli Sözleşme’nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin 1961 tarihli Sözleşme’deki önemli bir boşluğu doldurduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Bu kapsamda aşağıda sırasıyla, koruma tedbiri kararlarının; (i) tanınması (m. 23-25), (ii) tenfizi (m. 26) ve (iii) tenfiz edilen koruma tedbirlerinin icrası (m. 28) incelenecektir.

1. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tanınması

a. Kanun Gereğince Tanıma Usulü. Sözleşme’nin 23. maddesi uyarınca, bir akit devlet makamı tarafından alınan koruma tedbiri kararı, diğer tüm

¹⁶⁸ 1961 tarihli Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler*, s. 24-25; HUYSAL, s. 187-190; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 178-180; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 353-362; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 177-196.

¹⁶⁹ TİRYAKİOĞLU, *1996 tarihli Lahey Sözleşmesi*, s. 409.

akit devletlerde, “kanun gereğince” tanınacaktır¹⁷⁰.

“Kanun gereğince tanıma” (*recognition by operation of law*) usulünde; akit bir devlet makamınca alınan koruma tedbirinin tanınması ve hüküm ve sonuçlarını doğurması için, tanımanın talep edildiği akit devlette herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürüne (örneğin, tanıma davası açmak) başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Akit devletlerce alınmış koruma tedbiri kararları diğer akit devletlerde tüm hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden kanun gereği doğuracaktır. Örneğin; akit bir devlet makamı tarafından alınan bir koruma tedbiri kararı ile çocuğun yasal temsilcisi olarak atanan bir kişinin, diğer bir akit devlette çocuk adına hukuki işlemler gerçekleştirebilmesi için bu koruma tedbirinin tanınmasını talep etmesine gerek olmayacaktır¹⁷¹. Aksine, koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen kişinin tanımanın engellenmesi için birtakım prosedürlere başvurması gerekmektedir. Buna göre; koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen bir kişinin, Sözleşme m. 23/2’de yer alan tanımanın reddi sebeplerini bir yargılama sırasında ileri sürmesi veya tanımanın reddi sebeplerinin varlığına ilişkin bir “tanımama talebi”nde bulunması gerekecektir (Söz. m. 23-24)¹⁷².

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki; akit bir devletçe alınmış bir koruma tedbiri kararının tüm hüküm ve sonuçlarını diğer bir akit devlette doğurması bakımından Sözleşme’nin 23. maddesi uyarınca kendiliğinden “kanun gereği” tanımanın yeterli olabilmesi için, o koruma tedbirinin gereklerinin diğer akit devlette gönüllü olarak yerine getirilmesi veya koruma tedbirine karşı herhangi bir itirazın bulunmaması gerekir¹⁷³.

Sözleşme uyarınca “kanun gereği” tanımanın gerçekleşebilmesi için, koruma tedbirinin varlığının ispatlanması gerekmektedir. Koruma tedbiri; normal şartlarda, koruma tedbirini alan menşe akit devlet makamından sa-

¹⁷⁰ Bununla birlikte, tanıma talebi, 23. maddenin 2. fıkrasında yer alan red sebepleri uyarınca reddedilebilir.

¹⁷¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 132, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103.

¹⁷² Tanımamanın reddi sebeplerinin ileri sürülmesi konusunda bkz. Aşağıda, 1171.

¹⁷³ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103. Akit bir devletin makamları tarafından alınmış bir koruma tedbiri kararının gerekleri diğer bir akit devlette yerine getirilmiyorsa ve koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletin icra makamlarının harekete geçmesi gerekiyorsa, bu durumda tenfiz prosedürüne başvurulması gerekecektir.

dır olmuş ve alınan koruma tedbiri kararını içeren yazılı bir resmi belge ile sağlanır ve ispat edilir. Ancak, acil durumlarda, koruma tedbirinin telefonla alınmış ve dosyaya el yazısı ile not edilmiş olması da mümkündür. Bürokratik engellere takılmaksızın çocuğun korunmasının etkin bir şekilde sağlanması adına Sözleşme, koruma tedbirinin başka bir akit devlette tanınmasını ve bu kapsamda ispatını, tedbiri alan akit devlet makamının imzasını ve karar tarihini içeren yazılı bir resmi belgenin varlığına tabi tutmamıştır. Bu nedenle, koruma tedbirini alan akit devlet makamından sadır olmuş resmi bir belge olmaksızın, örneğin bir telefaks metni ile koruma tedbirinin ispatlanarak tanınmasının sağlanabileceği ifade edilmektedir¹⁷⁴.

b. Tanımanın Reddi Sebepleri ve İleri Sürülmesi. i. Tanımanın Reddi Sebepleri. Sözleşme uyarınca akit devletlerden alınan koruma tedbirlerinin diğer tüm akit devletlerde kanun gereği tanınması yükümlüğü, birtakım red sebepleri ile sınırlandırılmıştır. Tanımanın reddi sebepleri, Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında tahdidi şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu red sebepleri takdiridir. Sözleşme, bu sebeplerin varlığı halinde akit devletlere tanımayı reddetme imkânı tanımakta, ancak red yükümlüğü getirmemektedir. Bu itibarla, red sebeplerinden birinin var olması halinde dahi, koruma tedbiri bir başka akit devlette tanınabilecektir. Özellikle çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği durumlarda, red sebeplerinden birinin varlığına rağmen akit devletlerin koruma tedbirini tanıma yoluna gidebilecekleri ifade edilmektedir¹⁷⁵.

Sözleşme uyarınca tanımanın reddedilebileceği haller şunlardır:

(i) *Koruma tedbirinin, Sözleşme'nin 5 ila 14. maddelerinde yer alan yetki kurallarına göre yetki tesis etmemiş bir akit devlet makamı tarafından alınmış olması.* Buna göre, akit devletlerin, Sözleşme'deki yetki kuralları ile uyuşmayan iç hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetki tesis eden bir akit devlet makamınca alınan koruma tedbirlerini tanıma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla, Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri bakımından, diğer red sebepleri de yoksa, tüm akit devletlerin kanun gereği tanıma yükümlü-

¹⁷⁴ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 120, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 103; TIRYAKİOĞLU, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, s. 409.

¹⁷⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 121, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

lûğü bulunmaktadır¹⁷⁶. Tanıma devleti makamları, koruma tedbirini alan akit devlet makamlarının yetkili olup olmadığını incelerken, tedbiri alan makamın yetkisini dayandırdığı maddi vakıalar ile bağlı olacaktır (m. 25). Örneğin; koruma tedbirini alan makam çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet makamı olarak bu kararı almışsa, tanıma devleti, kararı alan makamın çocuğun mutad meskenini belirlerken dayandığı maddi vakıaları inceleyemeyecektir¹⁷⁷.

(ii) *Koruma tedbirinin, acil durumlar haricinde, tanıma devletinin temel usul hukuku prensipleri ihlal edilerek, çocuğun görüşüne başvurulmasına imkân tanınmaksızın alınmış olması*. Burada Sözleşme'nin amacı akit devletlerin iç hukuklarında, "çocuğun görüşünün alınması"na ilişkin olarak yer alan usuli düzenlemeleri değiştirmek değil; koruma tedbirinin tanınması neticesinde, çocuğu ilgilendiren ihtilaflarda "çocuğun görüşünün alınması ilkesi"ne yönelik temel hukuk prensiplerinin ihlal edilmemesini temin etmektir¹⁷⁸. Bununla birlikte, acil durumlarda Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirlerinin tanınmasında, usul

¹⁷⁶ Koruma tedbirinin, Sözleşme uyarınca yetkili olmayan bir akit devlet makamı tarafından alınmış olması bir tanımının (tenfiz) reddi sebebi olmakla birlikte; Sözleşme, Sözleşme'nin uygulama alanı bulmadığı hallerde, kendi iç hukuk kurallarına göre makamlarının yetkisini tesis etmiş akit devlet makamları tarafından alınan koruma tedbirlerinin tanınması veya tenfizini engellememektedir. Zira böyle bir durumda alınan koruma tedbirlerinin tanınması Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyeceği için, buna ilişkin açık bir hüküm getirilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Örneğin, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması halinde, bir akit devlet makamı yetkisini kendi iç hukukuna göre belirlemişse artık Sözleşme devre dışı kalmıştır. Bu durumda bu akit devlet makamı tarafından alınmış kararın başka bir akit devlette tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, talep edilen devletin iç hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

¹⁷⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 131, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

¹⁷⁸ Yeterli idrak gücüne sahip olduğu (görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu) kabul edilen çocukların, kendilerini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının tanınması, Türkiye'nin de taraf olduğu, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde (RG. 27.01.1995-22184) gerekse de Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinde (RG. 02.05.2002-24743) kabul edilmiş bir ilkedir. Bu itibarla, bu milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde "çocuğun görüşünün alınması ilkesi"ne ve dolayısıyla Türk hukukunun temel prensiplerine aykırı olarak, 1996 tarihli Sözleşme'ye akit devletlerin makamlarınca alınan koruma tedbirlerinin tanınması Türk makamlarınca reddedilebilecektir. Türk hukukunda "çocuğun görüşünün alınması" ve kamu düzeni ilişkisi hakkında bkz. HUYSAL, s. 156-157.

hukuku kurallarının daha gevşek yorumlanması gerektiği kabul edildiğinden, bu bir red sebebi olarak ileri sürülemeyecektir¹⁷⁹.

(iii) *Koruma tedbirinin, acil durumlar haricinde, tedbirin velayet sorumluluğunu ihlal ettiğini iddia eden kişiye savunma hakkı verilmeksizin alınmış olması.* Örneğin; Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği velayet sorumluluğuna sahip olan çocuğun annesinin bu velayet sorumluluğunun, Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca akit bir devlet makamı tarafından, anne dinlenmeksizin alınmış bir koruma tedbiri ile kaldırılmış olması halinde, anne, bu red sebebine dayanarak koruma tedbirinin bir başka akit devlet ülkesinde tanınmasının reddedilmesini talep edebilecektir¹⁸⁰.

(iv) *Çocuğun üstün menfaati dikkate alınmak kaydıyla, koruma tedbirinin tanıma devletinin kamu düzenine açıkça aykırı olması.* Buna göre; akit bir devletçe alınmış koruma tedbirinin tanınmasının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilmesi için, koruma tedbirinin tanıma devletinin kamu düzenine “açıkça” aykırı olması ve kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde çocuğun üstün menfaatinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁸¹. Ayrıca kamu düzenine aykırılık sebebiyle koruma tedbirinin tanınmasının reddine imkân veren bu hükmün mümkün olduğunca dar yorumlanarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸².

¹⁷⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 123, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105.

¹⁸⁰ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105 dn. 306.

¹⁸¹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 125, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 105. Ayrıca çocuğun velayetinin tevdiinde çocuğun menfaatlerinin dikkate alınmamış olmasının yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Cemal ŞANLI, *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, 1996/1-2, s. 76-77; Cemile DEMİR-GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, Ankara 2001, s. 183-186; HUYSAL, s. 198-200; Rumeysa PARTALCI, *Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014, s. 45-80.

¹⁸² Nitekim kamu düzenine aykırılık konusunda m. 23/2(d) hükmü ile aynı şekilde düzenlenmiş olan Brüksel IIa Tüzüğü'nün m. 23(a) hükmünün uygulanması ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *P v. Q* kararında (19 Kasım 2015 tarihli ve C-455/15 sayılı kararı, paragraf 36), kamu düzenine aykırılığın mümkün olduğunca dar bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği ve çocuğun üstün menfaatleri dikkate alındığında üye bir devlette

(v) *Koruma tedbirinin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit olmayan bir devlette daha sonra alınan ve tanıma devletinin iç hukukunda aradığı tanıma koşullarını taşıyan bir koruma tedbiriyle bağdaşmaması.* Bu gerekçeye dayanılarak tanımın bir akit devlette reddedilebilmesi için, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması, bu akit olmayan devlet tarafından alınan koruma tedbirinin, akit devlet tarafından alınan koruma tedbirinden daha sonra alınmış olması ve akit olmayan devlet tarafından daha sonra alınmış koruma tedbirinin tanıma devletinin iç hukukuna göre tanıma koşullarını taşıması gerekmektedir¹⁸³.

(vi) *Koruma tedbiri alınırken Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen usule uyulmamış olması.* Sözleşme'nin 33. maddesi, m. 3(e) kapsamında çocuğun başka bir akit devlet ülkesine yerleştirilmesine yönelik koruma tedbirlerinin alınmasında akit devletlerin izlemesi gereken prosedüre ilişkindir. Bu prosedüre uyulmaksızın böyle bir koruma tedbirinin alınmış olması halinde, koruma tedbirinin tanınması reddedilebilecektir¹⁸⁴.

Sözleşme'nin 27. maddesi uyarınca, red sebeplerinin var olup olmadığını inceleyen akit devlet makamlarının, bu red sebepleri kapsamında yapılması gerekli olan inceleme dışında, koruma tedbirlerinin alınmasına ilişkin kararın esasına ilişkin bir inceleme yapamayacakları hüküm altına alınmıştır. Böylelikle Sözleşme'de “esasa girme yasağı” kabul edilmiştir¹⁸⁵.

ii. Red Sebeplerinin İleri Sürülmesi. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Sözleşme uyarınca koruma tedbiri kararları tüm akit devletlerde kendiliğinden “kanun gereğince” tanınacağından ve bu itibarla başka bir akit devlette koruma tedbirinden kaynaklanan hak ve yetkilere istinat etmek isteyen kişinin herhangi bir tanıma veya tenfiz prosedürüne başvurması gerekmediğinden; koruma tedbirinin “tanınmamasını isteyen kişi”nin tanımının engellenmesi

verilmiş bir kararın tanınmasının tanıma devletinin temel hukuk ilkelerini ihlal etmek suretiyle hukuk düzeni ile kabul edilemez derecede bağdaşmazlık yaratması halinde kamu düzenine aykırılığın söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu> (01.12.2018).

¹⁸³ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 126, s. 585-586; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

¹⁸⁴ Sözleşme m. 3(e) kapsamındaki koruma tedbirleri alınırken akit devlet makamlarınca izlenmesi gereken prosedür hakkında bkz. Yukarıda, 1097.

¹⁸⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 133, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 106.

için tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Sözleşme uyarınca tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmesi gereken kişi koruma tedbirinin “tanınmamasını isteyen kişi”dir.

Sözleşme uyarınca koruma tedbirinin tanınmamasını isteyen tarafın, red sebeplerinin varlığını, koruma tedbirinden doğan hak ve yetkilerin kendisine karşı ileri sürüldüğü bir yargılama sırasında ileri sürebileceği kuşkusuzdur.

Bunun yanı sıra, Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devletlerin yetkili makamlarına başvurarak, alınan koruma tedbirinin “tanınmamasına” karar verilmesini talep edebileceği ve red sebeplerini bu bağımsız talep ile ileri sürebileceği açıkça hükme bağlanmıştır¹⁸⁶. Sözleşme uyarınca “tanımama talebi”, o akit devlette koruma tedbirinden doğan hak ve yetkilerin kullanılmaya başlanmasından sonra yapılabileceği gibi; henüz daha koruma tedbirine o akit devlette hiç istinat edilmemişken de “önleme amaçlı” bir tanımama talebi yapılabilecektir. Örneğin; çocuğun velayetinin kendisine bırakılmasını isteyen bir baba, tanımanın reddi sebeplerini ileri sürerek, çocuğun velayetinin anneye bırakılmasına ilişkin (A) akit devleti makamlarınca alınmış bir koruma tedbiri kararının “tanınmamasını”, annenin velayet sorumluluğu kapsamında çocuğun malları üzerinde bir tasarruf işlemi gerçekleştirmesini engellemek adına, çocuğun mallarının bulunduğu (B) devletin yetkili makamlarından talep edebilecektir¹⁸⁷.

24. maddede imkân tanınan bu “tanımama talebi”nde, akit devletlerin yetkili makamlarınca, tanımanın reddi sebeplerinin inceleneceği ve red sebeplerinden birinin varlığının tespit edilmesi durumunda bir tanımama kararı verileceği işin mahiyetinden anlaşılmaktadır. Koruma tedbirinin

¹⁸⁶ 24. maddede düzenlenen, tanıma ve tanımama talepleri, sadece Sözleşme kapsamında alınan “koruma tedbirleri” bakımından mümkün kılınmıştır. Bu yollarla tanıma veya tanımamanın gerçekleştirilebilmesi için, adli veya idari makamlar tarafından alınmış bir kararın bulunması gerekmektedir. Bu itibarla, 16. madde uyarınca, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği tesis edilmiş velayet sorumluluğunun bir başka akit devlette tanınmasına veya tanınmamasına ilişkin olarak 24. madde kapsamında bir talepte bulunulamayacaktır. Diğer taraftan, 16. madde uyarınca çocuğun mutad mesken hukukuna göre kanun gereği velayet sorumluluğunun, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde akıbeti zaten m. 16/3-4 ile düzenlendiğinden, m. 24’ün uygulanması çelişki yaratacaktır. Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109.

¹⁸⁷ Örnekler için bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587.

“tanınmaması talebi” için akit devletlerde yürütülecek prosedürün ise, akit devletlerin iç hukuklarındaki usul kurallarına tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, Sözleşme kapsamında bir “tanımama talebi”nde başvurulacak makamın neresi olacağı ve red sebeplerinin incelenmesi ile tanımama kararının verilmesinde izlenecek usul her bir akit devletin iç hukukuna göre belirlenecektir.

Tanımama talebi için izlenecek prosedür konusunda, Sözleşme’nin Açıklama Raporu’nda Lagarde, bir “tanımama veya tanımanın reddi davası”ndan bahsetmektedir¹⁸⁸. Ancak Sözleşme hükmünde, tanımanın reddi sebeplerinin varlığının mutlaka bir dava yolu ile ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Diğer taraftan, Sözleşme’nin 24. maddesinin etkin bir biçimde uygulanabilmesinin sağlanması için, akit devletlerin, tanımanın reddi sebeplerinin ileri sürülmesi ve tanımama kararının alınması bakımından hangi makamlarının yetkili olduğunu ve nasıl bir usul izleneceğini açıkça belirlemeleri gerektiği ve bu konuda Sözleşme’ye bir hüküm konması gerektiğinin tartışıldığı ifade edilmektedir¹⁸⁹. Nitekim, 1996 tarihli Sözleşme ile aynı konuları düzenleyen Brüksel IIa Tüzüğü’nün yabancı mahkeme kararlarının “tanınması”na ilişkin 21. maddesinde, Sözleşme’deki gibi, hukuki menfaati bulunan herkese, üye devlet mahkemelerinden verilmiş bir kararın “tanınmasını ve tanınmamasını” talep etme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme’den farklı olarak, Brüksel IIa Tüzüğü’nün 21. maddesi, tanıma ve tanımama talepleri bakımından Tüzüğü’nün tenfiz başvurularına ilişkin yargılama usulünü düzenleyen hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemekte ve bu taleplerde başvurulacak mahkemenin neresi olduğunu da 68. maddesi aracılığı ile önceden belirlemektedir (Brüksel IIa Tüzüğü m. 21/3).

c. Talep Üzerine Tanıma Usulü. Sözleşme’de koruma tedbirlerinin diğer akit devletlerce “kanun gereğince” tanınması esas olmakla birlikte; Sözleşme, koruma tedbirinin tanınmasını isteyen kişinin talebi ile tanıma yolunu kapatmamıştır. Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devletlerin yetkili makamlarından alınan koruma

¹⁸⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129-130, s. 587.

¹⁸⁹ Bu kapsamda, akit devletlerin Sözleşme ile ihdas ettikleri Merkezi Makamların veya yetkili kılacakları kamu makamlarının, tanımama taleplerini almak ve ilgili makama iletmek konusunda akit devletlerce yetkilendirilebilecekleri de ifade edilmektedir. Bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109, 209.

tedbirlerinin “tanınmasına” karar verilmesini talep ederek tanımayı sağlayabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşme uyarınca koruma tedbirleri diğer tüm akit devletlerde herhangi bir talep veya başvuru gerekmesizin kanun gereğince tanınacağından, koruma tedbirinin talep üzerine tanınması usulüne ihtiyaç kalmayacağı düşünülebilir. Ancak bir koruma tedbiri kararının, diğer bir akit devlette Sözleşme uyarınca kanun gereğince tanınıp tanınmayacağı ile ilgili tereddütlerin yaşandığı durumlarda kararın ileride tanınacağından önceden emin olmak için talep ile tanıma yöntemine ihtiyaç olacaktır¹⁹⁰.

Talep ile tanıma usulü, özellikle çocuğun mutad meskeninin bir başka akit devlet ülkesine taşınacağı durumlarda, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin, çocuk diğer akit devlete taşınmadan bu hakkına hanel gelmeyeceğini temin edebilmesi adına önemli bir araç olarak görülmektedir. Zira çocuğun taşınacağı akit devletteki yetkili makamlara başvurarak, çocuk ile kişisel ilişki kurmaya yönelik koruma tedbirinin “tanınması kararı”nı alan ebeveyn; çocuk taşındıktan sonra koruma tedbirinin gerekleri yerine getirilmediği takdirde o akit devlette tenfiz edilerek icra edileceği güvencesini de almış olacaktır. Koruma tedbirinin “tanınması talebi”nin olumsuz sonuçlanması halinde ise, çocuğun o akit devlet ülkesine taşınmasına muvafakat etmeyebilecektir¹⁹¹.

Bunun yanı sıra, 24. maddede öngörülen “tanıma talebi” ile tanımanın sağlanması, uluslararası çocuk kaçırma vakalarını önlemek adına da önemli bir araçtır. Örneğin; çocuğun velayetinin babanın yazılı muvafakati olmaksızın çocuğun mutad meskeninin değiştirilmemesi şartıyla anneye bırakılmasına ilişkin (A) devletince alınan bir koruma tedbiri kararını baba, çocuğun mutad meskeninin (B) devletine taşınmasına muvafakat etmeden önce (B) devletindeki yetkili makamlara başvurarak alacağı bir “tanıma kararı” ile tanıtmak suretiyle, çocuğun yazılı izni olmaksızın (B) devletinden (C) devletine götürülmesini önceden engellemiş olacaktır¹⁹².

24. madde uyarınca “tanıma talebi”nde, akit devletlerin yetkili ma-

¹⁹⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 108.

¹⁹¹ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, Example 10 (I), s. 109.

¹⁹² Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 129, s. 587.

kamlarınca, tanımanın reddi sebepleri incelenecek ve red sebeplerinin bulunmadığının tespit edilmesi durumunda bir tanıma kararı verilecektir. Koruma tedbirinin “tanınmaması talebi”nde olduğu gibi; “tanınması talebi” için akit devletlerde yürütülecek prosedür akit devletlerin iç hukuklarındaki usul kurallarına tabi olacaktır. Bu itibarla, Sözleşme kapsamında bir “tanıma talebi”nde başvurulacak makamın neresi olacağı ve red sebeplerinin incelenmesi ile “tanıma kararı”nın verilmesinde izlenecek usul her bir akit devletin iç hukukuna göre belirlenecektir¹⁹³.

Böylelikle, Sözleşme’nin 24. madde hükmü ile, koruma tedbirinin “tanınması” veya “tanınmaması”nda hukuki menfaati bulunan kişiler, koruma tedbirinin diğer bir akit devlette gündeme gelmesini beklemek durumunda kalmadan, tanıma veya tanınmama konusundaki menfaatlerini koruma imkânına sahip olmaktadır.

2. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Tenfizi ve İcrası

Yukarıda “kanun gereği” tanıma usulüne ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere Sözleşme’nin 23. maddesi uyarınca kendiliğinden “kanun gereği” tanımanın koruma tedbiri kararının tüm hüküm ve sonuçlarını diğer bir akit devlette doğurması bakımından yeterli olabilmesi için, o koruma tedbirinin gereklerinin diğer akit devlette gönüllü olarak yerine getirilmesi veya koruma tedbirine karşı herhangi bir itirazın bulunmaması gerekir. Akit bir devletin makamları tarafından alınmış bir koruma tedbiri kararının gerekleri diğer bir akit devlette yerine getirilmiyorsa ve koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletin icra makamlarının harekete geçmesi gerekiyorsa, bu durumda tenfiz prosedürüne başvurulması gerekecektir¹⁹⁴. Örneğin; çocuğun teslimine veya çocuğun bir malının satışına ilişkin zorlayıcı koruma tedbiri kararları diğer tüm akit devletlerde kendiliğinden tanınacaktır. Ancak bu kararların gerekleri yerine getirilmiyorsa, icra makamlarının harekete geçmesini gerektiren kararlar olmaları hasebiyle, kararın diğer bir akit devlette icrası için o akit devlette tenfiz prosedürüne başvurulması gerekmektedir¹⁹⁵.

¹⁹³ Tanınmama talebinin usulüne ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız, Sözleşme’nin 24. maddesi kapsamındaki “tanıma talebi” bakımından da geçerli olacaktır.

¹⁹⁴ *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

¹⁹⁵ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 132, s. 589.

Sözleşme'nin 26. maddesi ile getirilen “tenfiz usulü”ne göre; akit devlet makamları tarafından alınan ve o devlette icra edilebilir olan koruma tedbiri kararlarının, bir başka akit devlet ülkesinde icra edilebilmesi için, hukuki menfaati bulunan tarafın talebi üzerine, icranın talep edildiği akit devletin hukukunda öngörülen usule uygun olarak tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tenfiz, icranın talep edildiği akit devletin iç hukukunda öngörülen usule göre, bir “tenfiz kararı” yahut “icraya yönelik tescil”le gerçekleştirilebilecektir. Ancak akit devletlerin hukukunda öngörülen tenfiz usulü hangisi olursa olsun, “basit ve hızlı” bir prosedür uygulanacaktır (m. 23/2). Koruma kararının tenfizi, ancak 23. maddenin 2. fıkrasında yer alan, tanımanın reddi sebeplerinden birinin varlığı halinde reddedilebilecektir (m. 26/3). Tanıma usulünde olduğu gibi, bu red sebepleri takdiri olduğundan, özellikle çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği durumlarda, red sebeplerinden birinin varlığına rağmen koruma tedbiri hakkında tenfiz kararı verilebilecektir¹⁹⁶. Ayrıca, “esasa girme yasağı”na ilişkin 27. madde hükmü, koruma tedbirlerinin tenfizi usulü bakımından da geçerlidir¹⁹⁷.

Tenfizine karar verilen koruma tedbirleri, Sözleşme'nin 28. maddesi uyarınca, icranın talep edildiği akit devlet makamları tarafından alınmış kararlar gibi icra edilecektir. Koruma tedbirlerinin icrası, çocuğun üstün menfaatleri dikkate alınarak, icranın talep edildiği devletin hukukuna göre ve bu hukukun müsaade ettiği ölçüde gerçekleştirilecektir. Tenfiz edilen koruma tedbirlerinin icranın talep edildiği devletin hukukunun “müsaade ettiği ölçüde gerçekleştirileceği” ifadesi ile kast edilen; akit devletlerin iç hukuklarında kararların icrasına ilişkin hükümlere riayet edileceğidir. Örneğin; belirli bir derecede olgunluğa erişmiş bir çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet makamlarınca kendisine vasi olarak atanan kişiyle yaşamayı şiddetle reddetmesi halinde söz konusu koruma tedbiri kararının icra edileceği akit devletin iç hukukuna göre bu kararın icrası mümkün değilse, tenfiz devleti bu kararın icrasını gerçekleştirilmeme hakkına sahip olacaktır¹⁹⁸. Benzer şekilde; çocuğun velayet sorumluluğunun sosyal hizmetler

¹⁹⁶ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 121, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

¹⁹⁷ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 133, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

¹⁹⁸ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 134, s. 589; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 110.

kurumunun denetimi şartıyla ebeveynlerine bırakıldığı bir koruma tedbiri kararı, çocuğun ailesiyle yeni taşındığı akit devlette ancak o akit devletin iç hukukuna göre sosyal hizmetler makamlarına böyle bir yetki verilebilir ise icra edilebilecektir. Aksi takdirde, eski mutad mesken makamlarının aldığı koruma tedbiri kararının yeni mutad mesken makamlarınca alınacak yeni bir koruma tedbiri kararı ile değiştirilmesi gerekecektir¹⁹⁹.

B. 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nde Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kurallarının Türk Hukukuna Etkisi

1996 tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanına giren çocuğa yönelik koruma tedbirlerine ilişkin olarak diğer akit devlet makamlarınca verilen kararların Türk hukukunda “tanınması”, “tenfizi” ve “icrası” Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte; Sözleşme'nin uygulama alanı bulmadığı hallerde, akit devlet makamları tarafından alınmış koruma tedbiri kararlarının başka bir akit devlette tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, tanıma veya tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Bu nedenle; örneğin, çocuğun mutad meskeninin akit olmayan bir devlette bulunması halinde bir akit devlet makamı yetkisini kendi iç hukukuna göre tesis ederek bir koruma tedbiri kararı almışsa, bu kararın Türk hukukunda tanınması veya tenfizi, Sözleşme uygulanmayacağı için, MÖHUK'ta yer alan tanıma ve tenfiz kurallarına göre gerçekleştirilecektir²⁰⁰.

Bunun yanı sıra, önemle belirtmek gerekir ki; Sözleşme'nin uygulama alanı bulunduğu durumlarda; Sözleşme'deki yetki kurallarına göre yetki tesis edilerek akit devlet makamlarınca verilen koruma tedbiri kararları Sözleşme uyarınca diğer tüm akit devletlerde “kanun gereği” kendiliğinden tanınacakken; Sözleşme'deki yetki kuralları dışında iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilerek alınan koruma tedbirleri kararları bakımından, diğer akit devletlerin “kanun gereği” tanıma yükümlülüğü bulunmayacağı gibi, m. 23/2(a) uyarınca tanıma ve tenfiz talepleri reddedilebilecektir.

¹⁹⁹ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 135, s. 589.

²⁰⁰ Bkz. *Explanatory Report*, paragraf 122, s. 585; *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 104.

Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda, Sözleşme'de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *ilk olarak* incelenmesi gereken en önemli konu şüphesiz, Sözleşme'de öngörülen ve Türk hukuk doktrininde “*doğrudan tanıma*” olarak ifade edilen “kanun gereği” tanıma usulüdür²⁰¹. Türk hukukunda MÖHUK m. 50 ve m. 58 uyarınca, yabancı mahkeme ilamlarının kesin delil veya kesin hüküm etkisinin kabulü, Türk mahkemelerince yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığına tespitine yani bir tanıma veya tenfiz kararı verilmesine bağlanmıştır. Tanıma kararı, bağımsız bir tanıma davası neticesinde verilebileceği gibi, görülmekte olan bir davada da yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına hükmedilebilir. Tenfiz kararının ise, bir tenfiz davası ile sağlanabileceği kabul edilmiştir²⁰². Bununla birlikte, Türk hukukunda, MÖHUK m. 1/2 uyarınca milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulduğundan, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile öngörülen “doğrudan tanıma” ve “doğrudan tenfiz” usulleri de kabul edilmektedir. Nitekim hâlihazırda Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili ve çok taraflı anlaşmalarda “doğrudan tanıma” veya “doğrudan tenfize” ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu itibarla, Türk hukukunda, milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen ve sözleşmenin uygulama alanına giren hallerde, yabancı kararların, Türkiye'de tanıma veya tenfiz kararı verilmeksizin kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkündür²⁰³.

²⁰¹ “Doğrudan tanıma” usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 127 vd.

²⁰² Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi usulü hakkında bkz. NOMER, s. 514 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 685, 757-759; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 563 vd.; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 37 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 126-133; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 73 vd. Tanımanın aslında dava niteliği taşımayan kendine özgü sonuçları olan bir tespit işlemi olduğu, bu itibarla Türk hukukunda bir dava olarak nitelendirilmemesi gerektiği ve temel özelliklerini taşıdığı görülen çekişmesiz yargı faaliyeti kapsamında bir değerlendirme yapılarak, tanıma kararının kendine özgü farklılıklarını dikkate alan yeni bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde görüş ve Türk hukukunda tanımanın hukuki niteliğine ve tanıma usulüne ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Fügen SARGIN/Rifat ERTEN, *MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukuki Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”*, UTDER, 2014/2, s. 39-136.

²⁰³ “Doğrudan tanıma” veya “doğrudan tenfiz” usullerinin kabul edildiği Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar için bkz. EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 2-3, 353-476; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 137 vd.; İbrahim Doğan TAKAVUT, *Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması*, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Ed. Günseli Öztekin-Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017, s. 205-220.

Bu kapsamda, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin konu itibarıyla uygulama alanına giren çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik yabancı kararlar da Türk hukukunda milletlerarası sözleşme aracılığı ile doğrudan tanıma usulünün uygulanacağı alanlardan birisi olmuştur. Buna göre; Sözleşme'nin uygulama alanı bulunduğu hallerde, akit devletlerin adli veya idari makamları tarafından verilen; velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun mallarının idaresi, çocuğun vesayet altına alınması gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunması hakkındaki tüm kararlar herhangi bir tanıma veya tenfiz başvurusuna gerek olmaksızın Türk hukukunda kendiliğinden kanun gereği tanınacak ve tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Bunun yanı sıra ayrıca Sözleşme'de akit devlet makamlarınca verilen koruma tedbiri kararlarının “doğrudan tanınması”nda, hükmün niteliğine göre yani bir eda kararı veya inşai veya tespit kararı olup olmamasına göre Türk hukukundaki gibi bir ayırım yapılmadığından; Türk hukukunda eda kararı niteliğinde görülerek hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından tenfize tabi tutulması gerektiği genel olarak kabul edilen²⁰⁴ örneğin; velayetin tevdi, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi kararlar da Sözleşme uyarınca herhangi bir tenfiz prosedürüne gerek olmaksızın Türk hukukunda kesin hüküm etkisini doğuracaktır.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, 1996 tarihli Sözleşme “doğrudan tanıma” usulünü benimsemiş olmakla birlikte; Sözleşme'de “doğrudan tenfiz” usulü kabul edilmemiştir. Sözleşme uyarınca, akit bir devlet makamı tarafından alınan koruma tedbirinin gereklerinin yerine getirilmesi için diğer akit devletteki icra organlarının harekete geçirilmesi gerekiyor ise bu durumda kararın icra edileceği akit devlet makamlarına başvurularak tenfiz kararı alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak tekrar etmek gerekir ki; Sözleşme icra edilebilir nitelikteki koruma tedbiri kararlarını tenfize tabi tutmamış; sadece kararın gerekleri doğrudan tanımaya rağmen yerine

²⁰⁴ Bkz. NOMER, 515-516. Türk hukukunda tenfize tabi olması gereken bir yabancı karar hakkında tanıma talep edilmesinin ancak hukuki bir menfaatin bulunduğu hallerde mümkün olduğu yönünde bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 682-683; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 484-485; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 4-5. Ayrıca icrai bir işleme gerek bulunmayan durumlarda tenfiz kararının alınmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz. Rifat ERTEN, *Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?*, MHB, 2005-2006/1-2, Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan, s. 195-212.

getirilmiyorsa o akit devletin icra organlarının harekete geçirilebilmesi için tenfiz prosedürünü zorunlu kılmıştır. Tenfiz usulünü ise Sözleşme, tenfizin talep edildiği akit devletlerin iç hukuk kurallarına bırakmıştır. Bu itibarla; Sözleşme kapsamında akit bir devlet makamı tarafından alınan koruma tedbiri kararlarının Türkiye’de icra organları vasıtasıyla icra edilebilmesi için, Türk hukukunda MÖHUK m. 50 vd.’da öngörülen tenfiz usulüne göre Türk mahkemelerinde bir tenfiz davası açılması ve tenfiz kararı alınması gerekecektir. Ancak Sözleşme’nin uygulama alanına giren akit devletlerden alınan koruma tedbiri kararlarının tenfizi için açılacak bu tenfiz davalarında, Sözleşme’de yer alan tenfiz (tanıma) şartları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır.

Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *ikinci olarak* ele alınması gereken konu; “doğrudan tanıma” usulü yanında, “talep” ile “tanıma veya tanımama kararı” alınmasına ilişkin Sözleşme’nin 24. maddesinde yer alan düzenlemenin Türk hukukuna etkisidir. Sözleşme’nin 24. maddesinde, hukuki menfaati bulunan herkesin, akit devlet makamlarından alınan bir koruma tedbiri kararının “tanınması” veya “tanınmaması”nı diğer akit devletlerin yetkili makamlarından talep edebileceği ve bir “tanıma” veya “tanımama” kararı alınabileceği düzenlenmiş; ancak talep ile tanıma veya tanımama kararı alınması usulü akit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere; 1996 tarihli Sözleşme’den sonra hazırlanan ve AB üyesi devletler arasında yürürlüğe giren, doğrudan tanıma usulünü kabul eden Brüksel IIa Tüzüğü’nün 21. maddesinde, talep ile tanıma ve tanımama kararları bakımından tenfiz usulü benimsenmiş ve mahkemeler aracılığı ile bu kararların verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Sözleşme’de ise bu konunun doğrudan akit devletlerin iç hukukuna bırakılmış olması Sözleşme’nin 24. maddesinin akit devletlerde etkin bir şekilde uygulanması bakımından önemli bir eksiklik. Sözleşme’ye taraf olan AB üyesi devletler bakımından Brüksel IIa Tüzüğü’nde öngörülen bu düzenlemeden yararlanma imkânı mevcut olduğundan bu devletler bakımından bu eksiklik çok önem arz etmese de²⁰⁵, Türkiye gibi AB üyesi olmayan ve iç hukukunda yabancı kararlar bakımından özellikle “tanımama talepleri”ne ilişkin bir düzenleme bulunmayan taraf devletler bakımından oldukça önem arz etmektedir.

²⁰⁵ Ayrıca Sözleşme m. 52/3 uyarınca, Sözleşme’ye taraf AB üyesi devletler arasında Brüksel IIa Tüzüğü’nün uygulama alanına giren konularda Tüzük hükümleri uygulanacaktır.

Sözleşme'nin 24. maddesinde öngörülen, “talep ile tanıma usulü” hakkında MÖHUK m. 58 uyarınca Türk hukukunda kabul edilen tanıma usulü uygulanacaktır²⁰⁶. Buna göre; koruma tedbirinin tanınmasında hukuki menfaati bulunan herkes, tanıma kararını, Türk mahkemelerinde bağımsız bir tanıma davası açarak veya devam eden bir yargılama sırasında talep ederek alabilecektir. Sözleşme'nin uygulama alanına giren akit devletlerden alınan koruma tedbiri kararlarının tanınmasına ilişkin bu yargılamalarda, Sözleşme'de yer alan tanıma şartları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır.

“Talep ile tanımama usulü” bakımından ise, Türk hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde Sakmar'a göre, MÖHUK'ta açık olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, yabancı ilamlar bakımından MÖHUK'taki tanıma şartlarının var olmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davası niteliğinde “tanımama (tanımanın reddi) davası” yoluna gidilmesi mümkün olmalıdır. Zira Sakmar'a göre, yabancı bir ilamla şahsi halinde değişiklik yapılan bir kişinin, bu ilamın Türkiye'de tanınıp tanınmayacağını tespit ettirmekte açık bir hukuki menfaati olacağı kuşkusuzdur²⁰⁷. Ayrıca doktrinde, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamasının tanımama (tanımanın reddi) davası açmaya engel teşkil etmediği ve davacının hukuki menfaatinin bulunduğunu ispat etmesi halinde Türk hukukunda da tanımama (tanımanın reddi) davası açılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Özellikle 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi gibi, tanımanın reddi sebepleri getirilerek doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği milletlerarası sözleşmelerin Türk hukukunda uygulanmasında, tanımama (tanımanın reddi) davası açılması bakımından ilgililerin hukuki menfaatinin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, kararın tanınmamasında hukuki menfaati bulunan kişilerin doğrudan tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmek ve yabancı kararın Türkiye'de kendiliğinden hüküm doğurmasını engelleyebilmesi ancak bu koruma tedbiri kararının Türk mahkemelerinde bir dava konusu yapılması halinde mümkün olabilecektir²⁰⁸.

²⁰⁶ Türk hukukunda MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanıma izlenecek usule ilişkin uygulama alanı bulabilecek tenfiz kurallarının tespiti ve yorumu için bkz. SARGIN/ERTEN, s. 70-112.

²⁰⁷ Atâ SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 180 vd.; Atâ SAKMAR, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul 1976, s. 247.

²⁰⁸ ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 103-104.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesi ile birlikte 24. maddesi uyarınca artık Türk hukukunda, Sözleşme'nin uygulama alanına giren yabancı akit devlet makamlarından alınmış koruma tedbiri kararları bakımından “tanımama talepleri” açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu talepler için Türkiye'de başvurulacak makam ve izlenecek usul bakımından ise; kanaatimizce, Türk hukukunda tanıma kararlarının verilmesinde izlenen usulün kabulü Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde en uygun çözüm olacaktır²⁰⁹. Buna göre; Sözleşme uyarınca “tanımama kararları”nın, Türk mahkemelerince ve tanıma taleplerine ilişkin yargılamalarda izlenen usule göre verilmesi gerekecektir. Zira tanımama talebini alan yetkili makam, Sözleşme'de yer alan tanımamanın reddi sebeplerinin varlığını inceleyecektir. Kamu düzenine aykırılık, savunma haklarına riayet edilip edilmediği, koruma tedbiri kararını veren akit devlet makamlarının Sözleşme kapsamında yetkili olup olmadığı gibi red sebeplerinin idari makamlarca incelenmesi ve takdir edilmesi yerinde olmayacaktır²¹⁰. Tanımama talepleri bakımından yetkili ve görevli Türk mahkemeleri de yine tanıma talepleri bakımından Türk hukukunda kabul edilen kurallara göre belirlenecektir²¹¹. Sözleşme kapsamında Türk mahkemelerinde görüleceğini kabul ettiğimiz “tanımama (tanımamanın reddi) davaları”nda, tanıma davalarındaki gibi, tanımamanın reddi sebeplerinin varlığına ilişkin bir inceleme yapılacağından izlenecek usul tanımama davalarında izlenen usulle aynı olacaktır. Tanımama talebi üzerine yapılacak yargılama sonucunda verilecek “tanımama kararı” kesin hüküm teşkil edeceğinden, söz konusu yabancı koruma tedbiri kararının tanınması veya tenfizinin talep edilmesi imkânı ortadan kalkacaktır. Tanımama talebinin reddi halinde ise, talebe konu koruma tedbiri kararı Türk hukukunda doğrudan kesin hüküm etkisini doğurmaya devam edecek ve aynı sebebe istinaden yeni bir tanımama talebinde bulunmaya engel teşkil edecektir²¹².

Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında üçüncü olarak üzerinde durulması gereken husus; Sözleşme uyarınca

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 130-137.

²¹⁰ Sözleşme'nin 24. maddesi uyarınca tanıma ve tanımama taleplerini Merkezi Makamın alıp kararı vermeye yetkili akit devlet makamına iletebileceği yönünde bkz. *Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention*, s. 109, 209.

²¹¹ Tanıma davalarında görev ve yetkiye ilişkin olarak bkz. SARGIN/ERTEN, s. 88-98; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 699-707.

²¹² Bkz. ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 136.

koruma tedbiri kararlarını akit devletlerin adli makamlarının yanı sıra idari makamlarının da alabileceği öngörüldüğünden, yabancı idari makamlarca verilen koruma tedbiri kararları da tanınıp tenfiz edilebilecektir. Türk hukukunda ise, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen MÖHUK m. 50 ve m. 58 hükümleri uyarınca, kural olarak, sadece yabancı mahkemelerden alınan ilamların tanınması ve tenfizi mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte; Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası sözleşmelerde hâlihazırda yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi kabul edilmekte ve bu milletlerarası sözleşmeler kapsamında verilen yabancı idari makam kararları Türk mahkemelerince tanınıp tenfiz edilebilmektedir²¹³. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe

²¹³ Nitekim Türk hukukunda, 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında velayet sorumluluğuna ilişkin idari makamlarca alınan kararların Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi kabul edilmiştir. Bu Sözleşmelerde kabul edilen tanıma ve tenfiz usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günseli ÖZTEKİN-GELGEL, *Yabancı Unsurlu Velayet Kararları, Çocuk Kaçırma, Evlat Edinme, Tanıma ve Tenfiz*, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, Ed. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 89-122; Yücel SAYMAN, *Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor*, MHB, 1996/1-2, s. 129-138; Feriha Bilge TANRIBİLİR, *Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi*, MHB, 1996/1-2, s. 83-92; HUYSAL, s. 187-235; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-154; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 353-362, 384-393; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 167-307; ŞEN-SÖZ-MALKOÇ, s. 172-237. Ayrıca Türk hukukunda, 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi uyarınca idari makamlardan verilen evlat edinme kararları, 1967 tarihli Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi (RG. 14.09.1975-15356) uyarınca idari makamlardan verilen evlilik bağına sona erdiren kararlar ve 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 11.01.1973-14418), 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 16.02.1983-17961) ve 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Lahey Sözleşmesi (RG. 22.05.2016-29719) uyarınca yabancı idari makamlardan verilen nafaka kararlarının da Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizi mümkündür. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 374-384, 393-398; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 67-71; 88-103, 144-146; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin, Ankara 2015, s. 178-193; Mesut AYGÜN,

girmesi ile, Türk hukukunda sadece yabancı mahkemeler tarafından alınan ilamların tanınıp tenfiz edilebileceği kuralına bir istisna daha getirilmiş olmakta ve Sözleşme kapsamında akit devletlerin idari makamları tarafından verilen, velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuk mallarının korunması gibi çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meseleler ile ilgili koruma tedbiri kararlarının Türk hukukunda tanınması ve tenfizi kabul edilmiş olmaktadır.

Dördüncü olarak, Sözleşme uyarınca geçici nitelikteki koruma tedbiri kararlarının da tanınması ve tenfizinin mümkün kılınmış olmasını Türk hukuku bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Türk hukukunda MÖ-HUK m. 50 uyarınca kural olarak, yabancı ilamların tanınması ve tenfizi kabul edildiğinde, mahkeme tarafından verilmiş olsa dahi, ilam niteliğini taşımayan “tedbir niteliğindeki geçici kararlar”ın tanınması ve tenfizi mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizinde olduğu gibi, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde “geçici nitelikteki kararlar”ın tanınması ve tenfizi mümkün kılınmışsa, Türk mahkemelerince söz konusu milletlerarası sözleşme kapsamında tanıma ve tenfiz kararları verilmektedir²¹⁴. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, Türk hukukunda ilam niteliğini taşımayan tedbir niteliğindeki geçici kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığı kuralına bir istisna daha getirilmiş olmakta ve Sözleşme’nin 11. ve 12. maddeleri uyarınca yetki tesis eden akit devlet makamlarınca verilen çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin geçici tedbir niteliğindeki koruma tedbiri kararlarının Türk hukukunda tanınması ve tenfizi kabul edilmiş olmaktadır.

Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem, Yetkin 2017. Buna karşılık, Türk mahkemelerinde, Türk hukukunda nafaka alacağına sadece mahkeme kararı ile alınabileceği gerekçesiyle, yabancı idari makamlar tarafından verilen nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin 1973 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi’nin 5. maddesindeki kamu düzenine aykırılıktan reddedildiği ve bu uygulamanın diğer akit devletlerden tepki aldığı yönünde bkz. Mustafa ÖZÖĞÜL, *2007 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi*, Uluslararası Hukuk Bülteni, 2016/8, s. 38.

²¹⁴ 1956 ve 1973 tarihli nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen Lahey sözleşmelerinde geçici tedbir niteliğindeki nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine imkân tanınmakta ve bu itibarla söz konusu sözleşmeler kapsamında alınan geçici tedbir niteliğindeki nafaka kararları tanınıp tenfiz edilmektedir. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 688-689; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 552; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 375, 379-380; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 91, 98.

1996 tarihli Sözleşme'nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında *son* olarak; 1996 tarihli Sözleşme ile Türkiye'nin 1999'dan beri taraf olduğu 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan tanıma ve tenfiz hükümleri arasında kısa bir değerlendirme yapılması yararlı olacaktır. 1996 tarihli Sözleşme'nin 52. maddesinin 1. fıkrasında, 1996 tarihli Sözleşme'nin, akit devletlerin, Sözleşme ile aynı veya benzer konularda taraf oldukları diğer milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasına hanel getirmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne akit olan devletler tarafından verilen velayet kararlarının Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizinde 1980 tarihli Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına devam edilebilecektir. Ancak bu iki Sözleşme karşılaştırıldığında; 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin gerek konu gerekse kişi bakımından uygulama alanının, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne nazaran daha geniş olduğu görülmektedir. Zira 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi; konu itibarıyla sadece velayet, kişisel ilişki kurma, haksız olarak yeri değiştirilmiş veya alıkonmuş çocukların iadesi ile velayetin yeniden tesisine ilişkin meseleleri kapsamına almakta ve sadece 16 yaşından küçük çocuklar hakkında uygulama alanı bulabilmektedir²¹⁵. Ayrıca, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde öngörülen tanıma ve tenfiz hükümleri, 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan tanıma ve tenfiz düzenlemelerine nazaran, tatbik edilmesi çok daha kolay ve anlaşılır bir sistem öngörmektedir. Zira 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi, çocuğun durumuna, yani haksız bir şekilde yerinin değiştirilmiş olup olmadığına ve çocuğun yerinin değiştirilmesinden itibaren Sözleşme ile ihdas edilen Merkezi Makamlara 6 ay içinde başvurunun yapılıp yapılmadığına göre, üç ayrı tanıma-tenfiz yöntemi öngörmekte ve bu üç yöntem de farklı tanıma ve tenfiz şartlarına tabi tutulmaktadır²¹⁶. Nitekim, 1980 tarihli Avrupa

²¹⁵ Bkz. ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 77; SAYMAN, s. 129-130; TANRIBİLİR, s. 83-85; HUYSAL, s. 190-192; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-149; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 362-363; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 180-181; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 223-224.

²¹⁶ 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde öngörülen tanıma ve tenfiz hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEKİN-GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 79-83; SAYMAN, s. 130-137; TANRIBİLİR, s. 85-90; HUYSAL, s. 187-235; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 148-154; EKŞİ, *Tanıma ve Tenfiz*, s. 364-366; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 185-192; ŞENSÖZ-MALKOÇ, s. 225-233; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 555-556; PARTALCI, s. 96-107.

Sözleşmesi ile öngörülen tanıma ve tenfiz düzenlemelerinin bu şekilde karmaşık bir yapıya sahip olması doktrinde eleştirilmekte ve bu durumun Sözleşme'nin milletlerarası alanda yaygınlığını azalttığı ve kendisinden beklenen sonucu vermede yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir²¹⁷. Bu itibarla, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun durumunu veya konumunu dikkate almaksızın, akit devletlerce Sözleşme kapsamında verilmiş her türden koruma tedbiri kararının tanınması ve tenfizi için tek bir yöntem belirlemiş olması, 1996 tarihli Sözleşme'nin Türk hukuk tatbikatında daha rahat ve kolay uygulanacağı ve bu anlamda Sözleşme'nin Türk hukukuna olumlu bir katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

Sonuç

Türkiye bakımından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve aynı alanda Türkiye'nin daha önce taraf olduğu 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçen 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ni yukarıdaki açıklamalarımız ışığında değerlendirdiğimizde, ilk göze çarpan husus, Sözleşme'nin uygulama alanının ve kapsamına aldığı milletlerarası özel hukuk meselelerinin genişliğidir. Sözleşme, yabancılık unsuru içeren velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tüm meselelerde akit devlet makamlarının milletlerarası yetkisine, uygulanacak hukuka ve diğer akit devletlerden verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir. Bu itibarla, Sözleşme, milletlerarası özel hukukta velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına ilişkin tüm meseleleri tek bir çatı altında toplayan ve 5718 sayılı MÖHUK'ta aynı konulara ilişkin olarak düzenlenmiş hükümlere neredeyse hiç ihtiyaç bırakmayacak bağımsız ve kompakt bir hukuki rejim öngörmektedir.

1996 tarihli Sözleşme'nin, velayet sorumluluğu ve çocuğun korunması meselelerinin milletlerarası özel hukuk boyutuna ilişkin olarak getirdiği bu kompakt hukuki rejimin en önemli unsuru ise "milletlerarası yetki" hükümleridir. Zira Sözleşme'nin uygulanacak hukuka ve tanıma ve ten-

²¹⁷ GİRAY, s. 247; GELGEL, *Çocuk Hukuku*, s. 83; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 555.

fize ilişkin hükümlerinin uygulanabilirliği, büyük oranda, akit devletlerin Sözleşme’de yer alan milletlerarası yetki hükümlerine göre yetki tesis etmelerine bağlanmıştır. Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun yetkili akit devlet makamının kendi iç hukuku olarak öngörölmüş olması ve Sözleşme’nin 23. maddesinin (a) bendinde, Sözleşmede düzenlenen yetki kurallarına göre yetkisini tesis etmemiş akit devlet makamları tarafından verilen koruma tedbiri kararlarının tanınması ve tenfizinin reddedilebileceğine ilişkin hüküm Sözleşme’nin uygulanmasında milletlerarası yetki kurallarının kilit rolünü vurgulamaktadır. Bu itibarla, 1996 tarihli Sözleşme’nin Türk hukukunda etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanabilmesi için, Sözleşme’nin kurduğu milletlerarası yetki sistemine riayet edilmesi önem taşımaktadır.

Sözleşme’nin milletlerarası yetki sistemi ise, çocuğun mutad meskeninin akit bir ülkede bulunması üzerine kurgulanmış ve milletlerarası yetki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlette merkezileştirilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması Sözleşme’nin uygulama alanı bulması bakımından bir ön koşul değildir. Ancak çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunması, akit devletlere, koruma tedbirlerinin alınmasında Sözleşme’nin milletlerarası yetki hükümlerini ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları ile tanıma ve tenfiz kurallarını yani Sözleşme’yi uygulama yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu durumlarda, Türk mahkemelerinin MÖHUK’ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına başvurmaksızın, sadece Sözleşme’de yer alan yetki kurallarına göre milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını belirlemesi ve bu yetki kurallarına göre yetki tesis etmesinin mümkün olmadığı durumlarda MÖHUK hükümlerine göre yetki tesis etmemesi Sözleşme’nin Türk hukukunda etkin bir şekilde uygulanmasının temini için temel adımdır. Her ne kadar Sözleşme’nin, Brüksel IIa Tüzüğü’nün 17. maddesindeki hükme benzer, akit devlet makamlarının, Sözleşme’deki yetki kuralları uyarınca başka bir akit devletin yetkili olduğu hallerde re’sen yetkisizlik kararı vermesini öngören, akit devletlerin iç hukuk kurallarına göre yetki tesis etmesini doğrudan veya dolaylı olarak engelleyen bir hüküm ihtiva etmemiş olması çalışmamızda eleştirilmiş olsa da, kanaatimizce, Türk mahkemelerinin Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu hallerde MÖHUK hükümlerine göre yetki tesis etmemesi, milletlerarası sözleşmeye taraf olma

yükümlülüğünün bir parçası olarak görülmelidir. Bu anlamda, Sözleşme’de yer alan yetki kurallarının, çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunduğu durumlarda, Türk hukukundaki milletlerarası yetki kurallarını dışladığı kabul edilmelidir.

Bu ön kabul doğrultusunda, Sözleşme’nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğuna veya çocuğun korunmasına ilişkin bir talep Türk mahkemeleri önüne geldiğinde Türk mahkemeleri öncelikle, çocuğun mutad meskeninin 1996 tarihli Sözleşme’ye akit bir devlette bulunup bulunmadığını belirlemelidir.

Çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunduğu durumlarda; Türk mahkemeleri, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetki tesis edebiliyor ve Sözleşme’nin 13. maddesi uyarınca bir milletlerarası derdestlik durumu mevcut değilse, artık Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca yetkili olduğuna karar vererek esastan incelemeye geçebilecektir. Türk mahkemeleri, Sözleşme’nin 5 ila 10. maddeleri uyarınca milletlerarası yetkiye sahip değilse veya yetkili olması karşısında Sözleşme’nin 13. maddesi uyarınca bir milletlerarası derdestlik durumu mevcut ise, Türk mahkemesi, Sözleşme’nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından yetki tesis edip edemeyeceğini incelemeli ve eğer bu hükümlere göre de yetki tesis edemiyor ise, Sözleşme uyarınca yetkisiz olduğuna karar vermeli; derdestliğin olduğu durumlarda ise davayı usulden reddetmelidir.

Çocuğun mutad meskeninin akit bir devlette bulunmaması halinde ise; Türk mahkemeleri, Sözleşme’nin 11 veya 12. maddeleri uyarınca, geçici nitelikli koruma tedbirlerini alma bakımından, şartları varsa yetki tesis edebileceği gibi; MÖHUK’ta yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre de yetki tesis edebilecektir.

Sözleşme’de düzenlenen yetki hükümlerinin Türk hukukuna etkisi kapsamında çalışmamızda, Türk hukukunda yer alan milletlerarası yetki hükümleri ile aralarındaki ilişki yanında; yetkili Türk boşanma mahkemesinin koruma tedbirlerini almada yetkisine, milletlerarası derdestliğe ve yetki devrine ilişkin hükümlerinin Türk hukukuna etkisi de incelenmiştir. Bu kapsamda; Türk milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili boşanma mahkemesinin, Sözleşme’nin uygulama alanına giren durumlarda, velayet sorumluluğuna

ve çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri alabilmesi için, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan şartların sağlanması gerekeceği; velayet sorumluluğu ve çocuğun korunmasına ilişkin davaların Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin re'sen dikkate alınacağı hallerden biri olacağı ve Sözleşme'nin yetki devri hükümleri vasıtasıyla artık Türk hukukunda *forum non conveniens* doktrininin uygulama alanı bulacağı değerlendirilmiştir.

Sözleşme'de düzenlenen velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafi kurallarına bakıldığında da yine Sözleşme'nin, yetki kurallarındaki gibi, uygulanacak hukukun tespitinde de çocuk merkezli düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafi kurallarında; uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta benimsenen parçalı sistemin aksine, Sözleşme'nin uygulama alanına giren velayet sorumluluğu ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin tüm meseleler için, kaynaklandığı hukuki işlem veya ilişkiden bağımsız bir şekilde ele alınarak belirlenmiş ve bağlama noktası olarak çocuğun şahsi statüsü esas alınmıştır. Sözleşme'de, her ne kadar, 15. madde uyarınca koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının kendi hukuku yani *lex fori* olarak belirlenmiş olsa da, yukarıda açıkladığımız üzere, Sözleşme'de düzenlenen genel yetki kuralı ile, milletlerarası yetki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlette merkezileştirildiği ve bunun dışında da akit devletlerin milletlerarası yetkisi çocuk ile sıkı ilişkili irtibat noktaları ile tesis edildiği için, koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk dolaylı olarak çocuğun şahsi statüsüne tabi kılınmıştır. Bu anlamda Sözleşme, MÖHUK'ta velayet sorumluluğuna ve çocuğun korunmasına uygulanacak hukuka ilişkin parçalı yapının sebep olduğu uygulama zorluklarını bertaraf etmesi bakımından Türk hukuk uygulamasında olumlu bir etki yaratacaktır. Ayrıca, Sözleşme'de koruma tedbirleri alınırken uygulanacak hukukun, *lex fori* olarak belirlenmiş olması, akit devletlerin ve dolayısıyla Türk mahkemelerinin, Sözleşme uyarınca yetkili olduğu yargılamalarda, Türk hukukunu uygulayarak daha hızlı ve etkin bir biçimde karar verebilmesini sağlayacaktır.

Bununla birlikte; Sözleşme'de düzenlenen kanunlar ihtilafi kuralları ile Sözleşme'nin atıf, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması ve işlem güvenliğine ilişkin düzenlemelerinin, MÖHUK'ta Sözleşme kapsamındaki konulara ilişkin kanunlar ihtilafi kuralları ile

birbirinden oldukça büyük farklılıklar içeren hükümlere sahip olmaları, Türk milletlerarası özel hukukunda velayet sorumluluğuna ve çocukların korunmasına uygulanacak hukukta “ikili” bir sistemin doğmasına sebebiyet verecektir. Türk mahkemelerince, Sözleşme’nin uygulama alanı bulduğu durumlarda, MÖHUK’ta öngörülenden tamamen başka bir kanunlar ihtilafı rejimi uygulanacaktır. Çalışmamızda da örnek verdiğimiz üzere; Sözleşme’nin uygulama alanı bulacağı ihtilaflarda, boşanmada velayet veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda başka bir hukuk; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda başka bir hukuk uygulanacaktır. Yine Sözleşme’nin uygulandığı velayetin kaldırılmasına ilişkin bir davada, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabilecek; Sözleşme’nin uygulanmadığı davalarda ise MÖHUK m. 31 gereği dikkate alınamayacaktır. Sözleşme’nin uygulandığı çocuk adına çocuğun malları hakkında yapılmış bir tasarruf işleminin işlemi yapan kişinin çocuğu temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle iptali davalarında, işlem güvenliği prensibi uygulanacak; Sözleşme’nin uygulanmadığı durumlarda ise MÖHUK m. 9/2 uyarınca işlem güvenliği uygulanmayacaktır. 1996 tarihli Sözleşme’deki kanunlar ihtilafı kuralları ile MÖHUK’ta aynı konulara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukukun tespitine etki eden her alanda birbirinden bu denli farklı düzenlemelere sahip olması, uygulamada zorluklara ve karışıklıklara sebebiyet verebilecektir. Bu itibarla, kanaatimizce, velayet sorumluluğuna ve çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukukta, çocuğun şahsi statüsünü esas almayan “parçalı” bir sistem öngörmesi sebebiyle zaten eleştirilen MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında çocuğun şahsi statüsünü esas alan tek bir kanunlar ihtilafı kuralının benimsenmesine ilişkin değişiklik bir an önce yapılmalıdır.

Sözleşme’de düzenlenen tanıma ve tenfiz hükümlerine bakıldığında ise; Sözleşme ile öngörülen tanıma usulünün Türkiye’nin taraf olduğu diğer bazı milletlerarası anlaşmalarca da kabul edilmiş olan ve dolayısıyla Türk hukukunun aşına olduğu “doğrudan tanıma” usulü olması ve tenfiz usulünün ise Türk iç hukukuna bırakılmış olması itibariyle, Sözleşme’nin tanıma ve tenfiz hükümlerinin Türk hukukuna çok yabancı ve uygulamada zorluklar yaratacak düzenlemeler ihtiva etmediği söylenebilir. Ayrıca adli makamlarca verilen kararların ve ilam niteliğinde olmayan geçici tedbir niteliğindeki kararların tanınması ve tenfizi de, Türkiye’nin halihazırda taraf

olduğu milletlerarası sözleşmelerde de öngörüldüğünden, Sözleşme’de yer alan bu düzenlemelerin de Türk hukukunda uygulanmasında zorluklarla karşılaşmayacağı söylenebilecektir. Sözleşme’de tanıma ve tenfiz şartlarının açık bir şekilde sayılmış olması da yine uygulama bakımından önemli bir kolaylıktır.

Bununla birlikte, 1996 tarihli Sözleşme’nin, Türkiye’nin taraf olduğu “doğrudan tanıma” usulünü benimseyen diğer milletlerarası sözleşmelerde öngörülmemeyen ve Türk iç hukukuna da yabancı olan “tanımama talepleri”ne ilişkin düzenlemesi uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Doğrudan tanıma usulü yanında tanımayı red sebeplerinin de kabul edildiği Sözleşme’de, akit bir devlet tarafından verilmiş bir koruma tedbiri kararının tanınmamasını isteyen tarafın buna yönelik bir “tanımama talebi”nde bulunmasında hukuki yararı bulunacağı açıktır. Bu itibarla, Sözleşme’de tanımanın reddi sebeplerini ileri sürmekle yükümlü olan kararın tanınmamasını isteyen taraf bakımından böyle bir imkânın tanınmış olması doğrudan tanıma sisteminin yarattığı ihtiyaca cevap verilmiş olması anlamında olumludur. Ancak Sözleşme’nin 24. maddesi ile imkân tanınan “tanımama talepleri”ne ilişkin usulün akit devletlerin iç hukukuna bırakılmış olması, çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, iç hukukunda buna yönelik herhangi bir düzenleme bulunmayan Türkiye gibi akit devletler bakımından önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi ile, “tanımama talepleri” artık Türk hukukunda da açıkça kabul edilmiş olduğundan; Türk iç hukukunda mevcut bulunan düzenlemeler çerçevesinde “tanımama talepleri”nin niteliğine uygun bir çözüme yönelmek gerekmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda, “tanımama talepleri” için Türk hukukunda “tanıma kararları”nın verilmesinde izlenen usulün benimsenmesi ve “tanımama talepleri”nin, Sözleşme’de yer alan tanımanın reddi sebeplerinin var olup olmadığının tespit edileceği bir “tanımama (tanımamanın reddi) davası” açılarak veya devam eden bir yargılama içerisinde ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi mevcut düzenlemeler çerçevesinde en uygun çözüm olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç itibarıyla, 1996 tarihli Sözleşme’nin, Sözleşme hakkında getirdiğimiz eleştiriler saklı kalmak üzere, yerine geçtiği 1961 tarihli Sözleşme’ye nazaran, uygulama alanının çok daha geniş olması ve daha açık ve uygulanması kolay hükümler taşıması itibarıyla, Türk hukuk tatbikatından geniş bir uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002.
- AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA; Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ARSLAN, İlyas; *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, İstanbul 2014.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; *Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi (1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi)*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; *La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış (Atıf)*, MHB, 2002/2, Ergin Nomer'e Armağan.
- AYGÜN, Mesut; *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- BALKAR-BOZKURT, Süheyla; *Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Cilt II.
- BAYATA-CANYAŞ, Aslı; *5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009.
- BAYATA-CANYAŞ, Aslı; *Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velayet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ed. Bilgin Tiryakioğlu/ Mesut Aygün/ Ali Önal/ Kübra Altıparmak/ Cansu Kaya, Yetkin Yayınları, 2016.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka (Nafaka)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri (Çocuğun İadesi)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

- Conclusions and Recommendations of the 2011 Special Commission (Part I), Annex 1, www.hcch.net.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- ÇÖRTOĞLU-KOCA, Sema; *Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü* (AT 2201/2003), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi, Ekim 2016.
- DARDAĞAN-KİBAR, Esra; *Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar*, GÜHFD, 2011/1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan.
- DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, Ankara 2001.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- DOĞAN, Vahit; *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, MHB, 2002/2.
- EKŞİ, Nuray; *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki)*, 2. Bası, İstanbul 2000.
- EKŞİ, Nuray; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz)*, Beta, İstanbul 2013.
- ERDEM, B. Bahadır; *22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002/2.
- ERKAN, Mustafa; *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/2.
- ERTEN, Rifat; *Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?*, MHB, 2005-2006/1-2, Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan.
- ERTEN, Rifat; *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin Yayınları, 2017.

ESEN, Emre; *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Zaman İtibariyle Uygulama Alanı*, İBD, C. 83, S. 2009/3.

GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi*, Beta, İstanbul 2010.

HUYSAL, Burak; *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, Legal, 2005.

KÖSOĞLU, Mehmet; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, MHB, 2008/1-2.

LAGARDE, Paul; *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde (Explanatory Report)*, HCCH Publications, 1998.

NOMER, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul 2017.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice; *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice; *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, 2010/1-2.

ÖZOĞUL, Mustafa; *2007 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi*, Uluslararası Hukuk Bülteni, 2016/8.

ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli; *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler –Ders Notları- (Çocuk Hukuku)*, Beta, İstanbul 2012.

ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli; *Yabancı Unsurlu Velayet Kararları, Çocuk Kaçırma, Evlat Edinme, Tanıma ve Tenfiz, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri*, Ed. Şükran Şıpka, Ebru Şensöz, Ayşe Nilay Şenol, Arif Barış Özbilen, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

PARTALCI, Rumeysa; *Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksel Lisan Tezi), İstanbul 2014.

Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection

- Convention, Hague Conference on Private International Law, 2014.
- SAKMAR, Atâ; *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul 1976.
- SAKMAR, Atâ; *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- SARGIN, Fügen/ERTEN, Rifat; *MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımının Hukuki Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği"*, UTDDER, 2014/2.
- SAYMAN, Yücel; *Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkında Rapor*, MHB, 1996/1-2.
- ŞANLI, Cemal; *Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, 1996/1-2.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul 2016.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ŞENSÖZ-MALKOÇ, Ebru; *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, Onikilevha, İstanbul 2017.
- TAKAVUT, İbrahim Doğan; *Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması*, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Ed. Günseli Öztekin-Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul 2017.
- TAN-DEHMEN, Mine; *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı*, MHB, 2013/1.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge; *Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Velayetin İadesine Dair 20 Mayıs 1980 Tarihli Avrupa Sözleşmesi*, MHB, 1996/1-2.
- TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası*

Sözleşmeler ve Türk Hukuku (Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşmeler), TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara 1991.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, Ankara 1991.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi)*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.

ULUOCAK, Nihal; *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996)*, MHB, 1996/1-2.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, İstanbul 2006.

ÜNAL, Şeref; *Velayetin Nez'i*, YKD, Cilt 17, Ocak-Nisan 1991, Sayı 1-2.

POLITICAL FINANCE IN TURKEY WITHIN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL LAW, REGULATIONS AND PRACTICES

ULUSLARARASI HUKUK, DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR KAPSAMINDA TÜRKİYE'DE SİYASETİN FİNANSMANI

Doç. Dr./Assoc. Prof. Cüneyt YÜKSEL*

Abstract

Political finance bears considerable importance both in terms of democratic political order and in terms of ethics in politics. Based on the premise that relations between politics and money can lead to serious conflicts of interest in legislative processes, it must be born in mind that there is need for establishment of a contemporary system suitable for international law, regulations and practices on political finance. Therefore, this Article deals with the general concepts and practices on political finance. It examines international law, regulations and practices and identifies the problems related to the political finance in Turkey. Finally, the Article concludes with the recommendations for establishing a legal infrastructure of political finance in Turkey.

Öz

Siyasetin finansmanı hem demokratik siyasal düzen hem de siyasette etik açısından çok büyük bir önem taşımaktadır. Siyaset-para ilişkilerinin yasama sürecinde büyük çıkar çatışmalarına yol açabileceği bilincinden yola çıkarak siyasetin finansmanı konusunda uluslararası düzenlemelere uygun çağdaş bir sistemin kurulması gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Bu bilinçle, bu Makale'de siyasetin finansmanı ile ilgili genel kavramlara yer verilmekte, uluslararası hukuk, düzenlemeler ve uygulamalar incelenmekte ve Türkiye'de siyasetin finansmanı ile ilgili sorunlar tespit edilmektedir. Aynı zamanda, bu Makale'de Türkiye'de siyasetin finansmanı ile ilgili bir mevzuat çalışması değerlendirilmesi yapılmakta ve sonuç olarak yasal altyapı kurulması için tavsiyelerde bulunmaktadır.

Keywords: *Political finance, Law and political finance in Turkey, Political ethics, Democracy, Political finance and international law and regulations.*

Anahtar Kelimeler: *Siyasetin finansmanı, Türkiye'de siyasetin finansmanı ve hukuk, Siyasal etik, demokrasi, Siyasetin finansmanı ve uluslararası hukuk ve düzenlemeler.*

* İstanbul University Faculty of Law, Department of Public International Law, Istanbul, Turkey, cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr

** Makale Gönderim Tarihi: 19.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 27.12.2017

I. Introduction

Money has become an inevitable element for making politics¹. This creates unethical consequences that require solution in all democracies including both developed and developing countries. This Article deals with the topic of political finance based on the premise that the relation between politics and money is closely related to the balance of democracy and the emergence of unethical activities and corruption in legislation processes².

The political finance is closely related to the ethical codes of behaviour and conflict of interest in politics³. On the other hand, it is essential in terms of ensuring public participation in politics and intra-party democracy that parliamentarians observe the rules of political finance and display ethical behaviour. Therefore, political finance has considerable importance for ethics in politics in particular and development of democracy in general⁴. Political finance is a vital issue for democracy, governance, and development. No matter how flawless are the country's elections, how active its civil society, how competitive its political parties, and how responsible its local authorities, the role of money in politics undeniably influences the quality of democracy and governance. Only through greater transparency will one

¹ See, OECD Report, *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, OECD Publishing, Paris, 2016, p. 21-22. (online) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249455-en>. Main findings of this Report are 1) finance is a necessary component of the democratic processes; 2) money enables the expression of political support; 3) it enables competition in elections; 4) money may be a means for powerful narrow interests to exercise undue influence e.g. newly elected officials may be pressured to "return the favor" to corporations; 5) infrastructure and urban planning are particularly vulnerable to the risk of policy capture and; 6) consequences include inadequate policies that go against the public interest.

² For similar opinions generally see, Richard S. KATZ, *Democracy and the Legal Regulation of Political Parties*, Paper Prepared for The USAID Conference On, *Changes in Political Parties: United States Agency for International Development*, Washington, D.C., 1 October, 2004, p. 1-3. (online) <https://tr.scribd.com/document/190180368/Democracy-and-the-Legal-Regulation-of-Political-Parties>.

³ See, Cüneyt YÜKSEL, *An International Comparison of Legislative Ethics*, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, V. 38, No: 55, 2006, p.128-134.

⁴ See, Elin FALGUERA/ Samuel JONES/ Magnus OHMAN, (eds.), *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, Stockholm, 2014, p.1 (Hereinafter, "FALGUERA/ JONES/ OHMAN, *Funding of Political Parties*"). (online) <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/funding-of-political-parties-and-election-campaigns.pdf>.

fully understand the extent and nature of this influence⁵.

It is evident that money is important in terms of political finance. However, money which is not properly declared and bordered corrupts political competition and influences the governance process which follows elections. Introduction of ethical principles in the political finance was necessitated by the possibility that unethical use of money in politics could turn into personal interest in legislative processes. The fact that unethical money used in politics generates political benefits in return for those who provide this money can lead to corruption in politics which is a worldwide problem⁶.

Ensuring transparency in topics related to money in politics is the key to better governance which, in turn, is the key to not only democracy but also social development as a whole. Corrupted and insufficient governance is one of the biggest obstacles of development⁷. Ethical rules as regards political finance aim at preventing unethical behaviours which can emerge in legislative and policy-making processes in general, they assure the citizens that democratic rights are employed in a manner free from corruption and social interests are protected. For this reason, ethics in politics and political finance bears key importance in terms of the quality of governance.

Corruption and unethical activities degenerate the institutions and values of democracy, weaken justice, and endanger sustainable development and rule of law in most countries of the world⁸. Today countries are aware that corruption and unethical behaviours pose serious threat to social stability, security and development⁹. There is a consensus on the opinion that personal wealth acquired by unjust enrichment, political corruption and unethical

⁵ See, Office of Democracy and Governance, *Money in Politics Handbook: A Guide To Increasing Transparency in Emerging Democracies*, Technical Publication Series, U.S. Agency for International Development, Washington, 2003, p 5. (Hereinafter, “*Money in Politics*”). (online) www.u4.no/recommended-reading/money-in-politics-handbook-a-guide-to-increasing-transparency-in-emerging-democracies/

⁶ *Money in Politics*, p. 7.

⁷ See, USAID, *Foreign Aid in The National Interest: Promoting Freedom, Security and Opportunity*, 2002, p.3. (online) pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pdabv901.pdf.

⁸ See, Cüneyt YÜKSEL, *Devlette Etik: Dünyada ve Türkiye’de Kamu Yönetiminde Etik, Yasal Altyapı ve Uluslararası Uygulamalar*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, p. 47-57.

⁹ See, Mark ROBINSON (ed.), *Corruption and Development*, Frank Cass Publishers, London, 1998, p. 1-13.

activities damages democratic institutions, national economies and the principle of rule of law in particular. Corruption and unethical activities are no more local issues; they have become international and even global phenomena which affect all societies and economies whose control obliges international cooperation¹⁰.

On the other hand, corruption and unethical activity cases which emerge in political finance stage are subject to assets that represent a considerable portion of national resources and endanger political stability and sustainable development; therefore, countries take measures as regards this problem¹¹. In addition to national regulations, international organizations are also preparing recommendations and declarations as regards political finance with awareness that the issue has sensitivity in terms of ethics in state and democracy¹². For example, according to the 7th clause of 15.12.1995 dated decision of European Parliament on Combating Corruption in Europe, “member states must ensure transparency in financing of political parties in their

¹⁰ See, Arnold J. HEIDENHEIMER, Michael JOHNSTON, *Political Corruption*, Routledge, New York, third edition, 2017, p. 909. (Hereinafter, “HEIDENHEIMER/ JOHNSTON, *Political Corruption*”). Generally see, Michael JOHNSTON, *Political Corruption and Public Policy in America*, Brooks/Cole Pub. Co., 1982.

¹¹ HEIDENHEIMER/ JOHNSTON, *Political Corruption*, p. 909.

¹² This general interest and fascination with money and politics have led to a global debate supported by governmental and non-governmental organizations such as: the Council of Europe, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) and Transparency International (TI).

- International Documents, Recommendations and Declarations as regards political finance:
- 7th clause of 15.12.1995 dated decision of European Parliament on Combating Corruption in Europe
- Twenty Basic Anti-Corruption Principles of European Council dated 6.11.1997
- Recommendations of 19th and 21st European Conferences of Ministers of Justice
- 1516 (2001) numbered 22 May 2001 dated Recommendation of Parliamentary Assembly of Council of Europe on Financing of Political Parties
- (2003) 4 numbered 8 April 2003 dated Recommendation on Financing of Political Parties and Election Campaigns of Committee of Ministers of Council of Europe
- Declarations on illegal financing of political parties by European Conference on Specialised Services on 3rd Combating Corruption organized in Madrid on 28-30 December 1998
- European Council resolution numbered 5 (99) which founded Group of States against Corruption.

national legal systems and realise reforms so that the management of these parties can be clearly understood by the public”¹³. In addition, according to the 15th clause of Twenty Basic Anti-Corruption Principles of Council of Europe dated 6.11.1997, “states must encourage the parliamentarians to adopt codes of behaviour and create rules as regards political parties and funding of election campaigns which deter corruption”.

The presence of illegal resources in political finance constitutes a critical problem in the world. Many countries are revising their rules on political finance in order to overcome this problem¹⁴. All measures are usually directed towards making parties democratic, ensuring equality of opportunity between parties and candidates and ensuring that the society can make its choice in the most accurate manner. Measures for preventing unregistered political finance are extremely critical so that political system can operate for the benefit of the entire society, that parties can adopt a more democratic philosophy of management, and that political system can avoid degradation.

In addition to the importance that political finance has combatting political corruption and unethical actions, the mode of organization of political parties should also be mentioned. The organization model and membership structure of a political party is shaped by the model it uses as source of finance. Participation of members in decision-making processes, the extent to which the party opens or closes democratic participation channels, centralised structure, authoritarian or democratic management style adopted are directly related to the source of finances¹⁵.

¹³ See, European Parliament, Resolution on Combating Corruption in Europe, 15.12.1995, European Parliament Official Journal No. C017, 22/01/96 P.0443.

¹⁴ See, Michael WALDMAN, *Political Accountability, Campaign Finance, and Regulatory Reform*, 18 North Carolina Banking Institute, 2013, p. 86. For the U.S.A., Waldman argues that campaign finance laws are ripe for reconsideration. First, the Supreme Court of the United States’ recent decision in *Citizens United v. Federal Election Commission* has created numerous unexpected consequences, despite the case’s young age. Second, the advent of political action committees (PACs), nonprofit 501(c) (4)s, and other politically motivated entities poses a threat to both Democrats and Republicans alike, opening the door for reform. And, lastly, Waldman discusses plausible regulatory reforms, ultimately recommending a reform measure that provides public funds to match, by a set ratio, small donor contributions to participating political candidates. *Also see*, Samuel ISSACHAROFF, *On Political Corruption*, 124 Harvard Law Review, 2010, p.119. (Hereinafter, “ISSACHAROFF, *On Political Corruption*”) (argues that “*the restrictive aspect of the reform agenda is ultimately both its strength and its constitutional liability*”).

¹⁵ See, Abdullah MUTLU, *Kurumsallaşmış Demokrasilerdeki Siyasi Partiler Sistemi ile*

The financing model implemented by a party affects both its organization and membership structure. This is due to the fact that politics is a function of money in addition to human element. In order to create an organization, buildings and people working in those buildings are needed; in order to perform political action, communication is required; in order to introduce the party to the electorate, propaganda is needed and in order to make propaganda, activities such as meetings and political advertisements are necessary. All of the foregoing requires money and material resources. Parties can continue their activities if they can find a financing source that will cover the expenses of these activities¹⁶.

Political finance generally regulates the state support given to parties, individual donations and limitations thereto and the restrictions imposed on parties in election campaign periods. Regulations in this area mostly focus on the transparency in the registration of revenues and expenses and inspection of records. Access to information gains importance when it comes to inspection. Supreme Court of United States of America underlines the importance of access to information as regards political finance in a case related to financing of campaigns: “financial declaration improves the quality of information that ensures access to political institutions and increases participation in democracy by informing the society on issues that interests it”¹⁷. Supervision of financial declarations of political parties outside election periods and the supervision of their revenues and expenses in election period is the most controversial issue in political finance. According to an international research, less than one-third of the examined 188 countries have financial declaration rules on financing of political parties in place¹⁸. The

Ülkemizdeki Siyasi Partiler Sisteminin Karşılaştırmalı Değerlendirmesi ve Özgün Model Arayışları, İçişleri Bakanlığı, Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Uzmanlık Tezi, April 2005, p. 34, (online), http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/apk-tez1.doc (Hereinafter, Mutlu, “Kurumsallaşmış Demokrasilerdeki Siyasi Partiler”).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ U.S. Supreme Court, *Buckley v. Valeo*, 424 US 1 (1976), *see* (online), <http://www.campaignfinancesite.org/court/buckley1.html>. For a detailed analysis of *Buckley v. Valeo* case *see, e.g.*, ISSACHAROFF, *On Political Corruption*, p. 121. (Beginning with *Buckley*, the Court recognized that contributions had the unique potential to corrupt the political process. Also, in *Buckley v. Valeo*, the U.S. Supreme Court has struck down spending limits because they interfere with free speech rights under the First Amendment to the U.S. Constitution.)

¹⁸ The research was sponsored by USAID and conducted by International Foundation for Election Systems (IFES), *see* (online), www.ifes.org

same deficiency is also witnessed in the supervision of election campaigns. This colossal deficiency in the political finance has its reflections in these countries as corruption in politics and unethical actions¹⁹.

In Turkey, in spite of the final paragraph of 69th article²⁰ of constitution, no regulations have been made on “the supervision of election campaigns of parties and candidates” except for the provisions regarding the propaganda organization and candidacy application fee that are regulated by the Law No. 298²¹, the Law No. 2839²² (Article 21) and the Law No. 2972²³ (Articles 10 and 13) and election expenditures which will be spent by the Supreme Electoral Board. However, the government has prepared an amendment on the Law on Register of Electors so as to ensure supervision and restriction of election expenditures of political parties and candidates and included it in the 3rd National Program to demonstrate its sensitivity on the political finance²⁴. In addition, in 2005 and 2014 the amendments to the Law No. 2820²⁵ changed the criteria for state aid. Moreover, the thresholds for state aid have been the subject of scrutiny at the Constitutional Court (AYM) or at the European Court of Human Rights (ECHR). With the constitutional amendments made in 1995, the regulations on financing of election cam-

¹⁹ These factors that contribute to the incidence of corruption are: the politicians’ willingness to accept bribes, both for themselves and their parties, the voters’ tolerance of such payments and the willingness of wealthy groups within the society to make such payments. See, Susan ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences, Reform*, Cambridge University Press, 1999, p. 4-5.

²⁰ (Amended: 3.10.2001-4709/25 Article) The establishment and activities of political parties, their supervision and dissolution, their deprivation of State aid wholly or partly, the election expenses and procedures of the political parties and candidates, are regulated by law in accordance with the above-mentioned principles.

²¹ Date of Enactment on April 26th 1961, Published in the Official Gazette No: 10796 on May 2nd 1961 4.t. Register, v.1 - p.2553.

²² Date of Enactment on 10 June 1983, Published in the Official Gazette No: 18076 on 13 June 1983 5.t. Code, c.22

²³ Turkish Official Gazette, No: 22068, dated September 1, 1994.

²⁴ See, Ömer Faruk GENÇKAYA/ Umut GÜNDÜZ/ Damla CİHANGİR-TETİK, *Political Finance and Transparency*, Transparency International Turkey, Altan Matbaacılık, January 2016, p. 44-47. (online) <http://www.seffaflik.org/wp-content/uploads/2016/01/Siyasetin-Finansman%C4%B1-EN.pdf> (Hereinafter, “GENÇKAYA/ GÜNDÜZ/ CİHANGİR-TETİK, *Political Finance and Transparency*,”).

²⁵ Date of Enactment on 22 April 1983, Published in the Official Gazette No: 18027 on 24 April 1983.

paigns were supposed to be arranged by law. Apart from the election of the President, no arrangements have been made regarding the financing of the candidates' campaigns²⁶. In accordance with Article 102 of the Constitution which states that methods and principles of presidential elections would be regulated by law. A new Law on Presidential Elections was published in the official gazette on January 26, 2012 and came into effect. The purpose of the presidential elections law no. 6271 is to explain the methods and principles of presidential elections, qualities of presidential candidates, and any measures necessary before, during and after the elections²⁷.

The new presidential elections law also allows presidential candidates to receive private donations and financial aid. According to the article 14th of the law, presidential candidates can accept financial contributions and donations from individuals who are Turkish citizens. There is a limit to such kind of donations. The Article 14 of the Law No. 6271²⁸, states that, “*the amount of in cash donation each person may make to candidates for each election round may not exceed the monthly gross amount of any payments that are actually being made to the civil servant of the highest rank as part of financial rights*”. In addition, the law prescribes several conditions to make sure that such contributions are transparent and under control²⁹. According to these rules, any contribution need to be registered, contributions in cash need to be deposited to the candidate's bank account, any other contributions requires a receipt from the candidate³⁰. The law bans legal entities from making donations to the candidates in Presidential

²⁶ GENÇKAYA/ GÜNDÜZ/ CİHANGİR-TETİK, *Political Finance and Transparency*, p. 23.

²⁷ See, Ömer Faruk GENÇKAYA *Cumhurbaşkanı Seçim Kampanyasının Finansmanı Raporu: Adiliyet, Şeffaflık ve Hesap Verilebilirlik*, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No:1, Denge ve Denetleme Ağı, 2014, p. 4; Mehmet KAHRAMAN, *Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesi ve Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu*, SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 2014, p. 266; Abdurrahman TARAĞTAŞ/Canatay HACİKÖYLÜ, *Cumhurbaşkanlığı Seçiminde Adaylara Yapılan Bağış ve Yardım Uygulamasının Değerlendirilmesi*, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, (Haziran 2015), p. 13-39.

²⁸ Date of Enactment on 19 January 2012, Published in the Official Gazette No: 28185 on 26 January 2012.

²⁹ GENÇKAYA/ GÜNDÜZ/ CİHANGİR-TETİK, *Political Finance and Transparency*, p. 45.

³⁰ *Ibid.*

elections. It is not clear whether the terms “donations” and “aids” in the law incorporate the contributions in kind. Furthermore, according to Communiqué No. 201, issued by the Supreme Electoral Board in accordance with the Law, Presidential candidates cannot raise donations and aids in kind³¹. Law No. 6271 on Presidential Elections is the first legal instrument on the election campaigns of candidates for presidential election campaign financing in Turkey³².

One of the least supervised areas in political finance is election expenditures. On the other hand, despite the restrictions on donations to and revenues of political parties, due to the inadequacy of supervision, unethical actions can be witnessed. If the lack of transparency of revenue resources of political parties lead to the representation of the interests of special interest groups rather than the electorate, ethical violations in politics can occur, which eliminates the functions of democracy³³. Therefore, political finance is necessary for the effective functioning of democratic institutions³⁴.

In Turkey there is need for regulations which record political finance and make it transparent³⁵. In addition, it is necessary that these regulations are supported with an effective supervision mechanism and there are applicable sanctions in place in case of violation of regulations on political finance. Although applicable sanctions will be able to prevent unethical actions in the political finance, it can totally eliminate such sanctions only by the development of ethical awareness in the entire society (not only in the politicians).

³¹ Supreme Electoral Board, Communiqué No. 201, 6.06.2014.

³² *Ibid.*

³³ Karl-Heinz NASSMACHER, *The Funding of Party Competition: Political Finance in 25 Democracies*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, p. 30-35.

³⁴ See, Keith EWING, Jacob ROWBOTTOM, Joo-Cheong THAM (eds.), *The Funding of Political Parties: Where Now?*, Routledge, London and New York, 2012, p. 191.

³⁵ See, Mehmet KARAKAŞ, *Siyasetin Finansmanı: Sürdürülebilir Bir Demokrasinin Aracı*, Beta Yayınları, İstanbul 2015, p. 112. Also generally see, Abdulkadir SAKA, *Siyasi Partiler Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013; Cem D. UZUN, *Siyasi Partilerin Finansmanı*, Seta Analiz, Sayı:110, Kasım 2014; Pulat TACAR, *Siyasetin Finansmanı*, Doruk Yayınları, Ankara, 1997, p. 70-80.

II. What is Political Finance?

Political finance is not a new discipline especially in western democracies³⁶. For example, the first regulations on election campaigns in United States of America date back to 1867³⁷. In the last century, radical changes were made in political finance systems, new laws were enacted, regulatory agencies were developed and supervisory institutions were established to observe the application of laws³⁸. The discipline of political finance seeks ways to establish a balance between applicability of rules and ensuring accountability of political actors, on one hand, and financing of political activities in general, on the other³⁹.

The increased attention towards political finance in the last half a century is based on some scandals which revealed the relations between politics and money⁴⁰. In 1974 the corruption originating from politics-money relation that erupted with Watergate scandal in 1974 led to a government crisis in the USA⁴¹. This case increased the attention on this subject in several democratic institutions. In 1945-1987 period in Italy, 101 corruption cases were determined which involved illegal usage of public resources. In the investigations which came to the agenda in Italy after the murder of Judge Giovanni Falcone in May 1992, several politicians, bureaucrats and businessmen were questioned. In 1992-1994 period the immunities of 111 of the 228 members of parliament who were being investigated were lifted⁴².

³⁶ See, Susan E. SCARROW, *Political Finance in Comparative Perspective*, Annual Review, Political Science, V. 10, 2007, p. 194-195, (Hereinafter, "SCARROW, *Political Finance*").

³⁷ For the dates of legislations on political financing in the USA, see (online), <http://www.campaignfinancesite.org/history/financing1.html>

³⁸ For country examples see, SCARROW, *Political Finance*, p. 196.

³⁹ See, Jeffrey CARLSON, *From Discourse to Action: Avoiding Pitfalls in Political Finance Disclosure Initiatives*, IFES Political Finance White Paper Series, 2004, p. 2.

⁴⁰ See, Bruno Wilhelm SPECK, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, OECD Publishing, Paris, 14-15 November 2013, p. 36.

⁴¹ For details as regards Watergate Scandal generally see, Fred EMERY, *Watergate: The Corruption of American Politics and Fall of Nixon*, Touchstone, New York, NY, 1994; Keith W. OLSON, *Watergate: The Presidential Scandal That Shook America*, University Press of Kansas, 2003.

⁴² For the corruption scandal in Italy generally see, Donatella Della PORTA, *A Judges' Revolution, Political Corruption and the Judiciary in Italy*, European Journal of Political Research 39 (1), January, 2001, p. 1-21.

The political consequence of all these developments was that Christian Democrats and Socialists, who enjoyed 300 chairs in the in the parliament in 1992, could gain only 48 chairs in 1994 elections⁴³.

Political finance is usage of money or other material resources for political actions. The concept of political finance included two wide meanings related to money: usage of money for elections (election campaign funds) and usage of money for the expenses of political parties (party funds)⁴⁴. Election campaign funds indicate the functions related to the campaign for the financing of election campaign. These procedures include official or legal financing or donations and other revenues in rem. Official procedures that fall within the scope of law are state funding of election campaigns, which shows differences depending on the country⁴⁵. Political traditions and culture vary between countries, and it should not be assumed that what is considered the ideal solution in one country would even be acceptable in another. To put it differently, since there is no form of democratic governance that is preferred everywhere, there is no ultimate method of regulating political finance⁴⁶.

According to another definition, political finance are financial resources provided to political parties and candidates that are in competition for being elected to a certain public position or obtaining political power⁴⁷. The narrowest definition of “political finance” would be money for electioneering or campaign finance and examine the revenues and expenses only in election periods⁴⁸; however, political parties have essential roles to play in

⁴³ See, Ömer Faruk GENÇKAYA, *Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlanması*, in Ali Çarkoğlu, Tarhan Erdem, Mehmet Kabasakal (eds.), *Türkiye’de Yeni Bir Parti Sistemine Doğru: Siyasi Partiler Kanunu, Parti Örgütleri ve Parti İçi Demokrasiden Beklentiler*, TESEV Yayınları. 2000, p. 59.

⁴⁴ FALGUERA/ JONES/ OHMAN, *Funding of Political Parties*, p.14.

⁴⁵ FALGUERA/ JONES/ OHMAN, *Funding of Political Parties*, p.14-15.

⁴⁶ FALGUERA/ JONES/ OHMAN, *Funding of Political Parties*, p.16.

⁴⁷ See, Khayyam Z. PALTIEL, *Political Finance*, in Vernon BOGDONAR (ed.), *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, Blackwell Publishing, 1987, p. 454.

⁴⁸ See, Michael PINTO-DUSCHINSKY, *Financing Politics: A Global View*, *Journal of Democracy* 13(4), October 2002, p. 70. (Hereinafter, “PINTO-DUSCHINSKY, *Financing Politics*”). (Pinto-Duschinsky explores the link between political finance and political corruption, and discusses the difficulties most commonly associated with two of the more popular means to control corruption in party funding, the provision of parties with public subsidies and the enactment of laws regulating political finance.).

election campaigns in most countries of the world. It is difficult to draw a line between campaign expenditures and routine expenses of political parties; thus, it makes sense to include party funds in the studies of political finance⁴⁹. This money may be collected and spent by candidates for public office, by their political parties or by other individuals and organized groups of supporters. Political parties play a crucial part in election campaigns in many parts of the world, and since it is difficult to differentiate between the campaign costs of party organizations and their routine expenses, political party funds may reasonably be considered “political finance,” too. A leading scholar of comparative politics, Nassmacher, rightly notes that there is a fundamental difference between campaign-and candidate-oriented North American and party-orientated European political finance. He suggests that “In Europe, the term political can appropriately be used as a synonym for party finance⁵⁰.”

On the other hand, there is a fundamental difference between North American and European systems in terms of political finance. This difference is that North American system is campaign-focused whereas European system is candidate-focused⁵¹.

At present certain laws on financing of political parties or election campaigns include the rules on political finance. Usually these rules are found in laws on political parties, elections or prevention of corruption. Political finance is not regulated in a single law but in dispersed legislations which makes implementation difficult. Laws on political finance include the following regulations⁵²:

i. Bans on corruption and illegal activities

ii. Supervision of financial accounts of candidates

⁴⁹ See, Marcin WALECKI, *Challenging the Norms and Standards of Election Administration: Political Finance Standards*, IFES, 2005, p. 1.

⁵⁰ See, Karl-Heinz NASSMACHER, *Structure and Impact of Public Subsidies to Political Parties in Europe*, in Herbert E. Alexander (ed.) *Comparative Political Finance in the 1980s*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 236–267.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² See, Magnus OHMAN, *Political Finance Regulations Around the World: An Overview of the International IDEA Database*, Trydells Forum, Sweden, 2012, p. 11–45. (online) <http://www.idea.int/political-finance>.

- iii. Provisions on financial declarations
- iv. Restriction of revenues and expenses
- v. Prevention of funding of political parties by certain actors (foreign countries, private sector institutions etc.)
- vi. Ban on certain expenditures
- vii. Financial supervision
- viii. Direct state funding
- ix. Removal of tax liability
- x. The right to make campaign on television and radio
- xi. Rules as regards keeping accounts of political parties
- xii. Rules on providing the money needed for daily activities of political parties
- xiii. Rules as regards funding of referenda
- xiv. Rules as regards declaration of property ownerships of member of parliament candidates
- xv. Making use of public opportunities for campaign
- xvi. Rules as regards using state opportunities

These regulations are measures towards ensuring equality of opportunity in politics, making public and registering revenues and expenditures, and preventing unlimited power with uncertain resources. These measures are critical in that in the case that campaign expenditures of political parties or candidates are funded by private sector companies or some interest groups, politics can suffer from conflicts of interest in the future⁵³.

⁵³ See, PINTO-DUSCHINSKY, *Financing Politics*, p.70.

As regards political finance, it could be more realistic to deal with financial declarations, supervision and application instead of the rules regulated in dispersed laws and bulky legislations. First of all, while determining standards as regards the political finance in developing states, public opinion should be consulted so that democracy could be learned and understood by all actors and critics should be evaluated and reflected in the legislation. Secondly, all restrictions imposed upon revenues and expenditures lack meaning if effective and applicable laws are prepared as regards financial declaration and supervision.

Without timely and complete declarations, such restrictions cannot be supervised and implemented. Declarations are extremely important in order to determine whether a given political party or candidate observes various bans and restrictions.

III. Establishment of Legal Infrastructure in Turkey on Political Finance within the Context of International Regulations and Practices

In this section, the legal infrastructure in Turkey on political finance is being examined in the light of international regulations and practices. Legislation on political finance is being evaluated and concrete recommendations are made as regards changes that have to be made in the legislation. The regulations which constitute the legal infrastructure for political finance examined in this section are as follows:

- i. Constitution (art.68, art.69)
- ii. Political Parties Law no.2820 dated 22.04.1983 (hereinafter referred to as “Political Parties Law”.)

The constitution includes general regulations on political finance in 68th and 69th articles. According to the 68th article of the constitution, “*the state gives adequate and fair aid to political parties. The principles of aid to parties, their membership fees and donations are regulated by law.*”

According to the 69th article of the constitution, “the revenues and expenses of political parties have to be suitable for their objectives. The im-

plementation of this law is regulated by law. Laws include the methods to be used by constitutional court to determine the convenience of property acquisitions, revenues and expenses of political parties, supervision of these matters and sanctions that will apply in case of breach. Constitutional court seeks help from Supreme Court of Accounts while performing its supervisory functions. The decisions that will be made by constitutional court at the end of such supervision are final.” However, 8th article and relevant paragraph of 69th article of the constitutional amendment that was put to referendum have been amended as follows: “*Revenues and expenditures of political parties have to be suitable for their purposes. The application of this law is regulated by law. Financial audit of political parties is performed by Supreme Court of Accounts. Laws include the methods to be used by constitutional court to determine the convenience of property acquisitions, revenues and expenses of political parties, supervision of these matters and sanctions that will apply in case of breach. The decisions that will be made by Supreme Court of Accounts at the end of such supervision are final.*” As shown, constitution leaves such matters as state aid to political parties, donations, membership fees as well as the supervision of revenues and expenditures of political parties to laws.

Political Parties Law includes the following regulations as regards political finance:

- i. Revenues and resources of parties (Article 61)
- ii. Donations (Article 66)
- iii. Ban on commercial activity, receiving loan and borrowing (Article 67)
- iv. Procedures in making the revenues and expenditures of parties (Article 70)
- v. Financial responsibility (Article 71)
- vi. Ban on lending money (Article 72)
- vii. Intra-party financial affairs, party budgets and final

accounts (Article 73)

viii. Financial supervision to be performed by constitutional court (Articles 74–75)⁵⁴

ix. Sanctions of financial provisions, confiscation by the treasury, encashment (Articles 76–77)

x. Penal provisions (Articles 112–113–114–116)

xi. State aid to political parties (Additional article 1)

In this section, the legal infrastructure on political finance defined above will be examined by systematically following the 2003/4 numbered recommendation on Financing of Political Parties and Election Campaigns of Committee of Minister of Council of Europe (hereinafter referred to as “Council of Europe 2003/4 numbered recommendation”) and a new law is recommended on political finance⁵⁵.

A. External Revenue Resources of Political Parties

The article 4 of Political Parties Law reads “*political parties are indispensable elements of democratic political life*” and underlines the impor-

⁵⁴ Finally, the amendment made on the 69th article of the constitution by the 8th article of constitutional amendment which was presented to referendum gives the authority of auditing to Supreme Court of Accounts.

⁵⁵ How should the model law on political finance be written?

Law on political finance:

- It must be written with a clear and understandable language.
- The scope of the law must be well-defined and the used terms must be defined clearly so as to prevent misunderstanding of any kind.
- Regulations to ensure the transparency of financial records and accounts of political parties should be introduced.
- All revenues of parties, including revenues in kind, should be supervised.
- Legal restrictions must be imposed on revenues.
- The responsible persons in case of breach of rules must be clearly identified and the accountability of these persons must be guaranteed.
- Clear guidelines must be determined in order to ensure application and sanctions must be envisaged in case of violation.
- In order to ensure accounts and records of political parties, right to access must be provided for the citizens and public announcement mechanisms must be in place.

tance that political parties bear for democracy. Like all social organizations, political parties need financial resources for different and various reasons, the major of which are listed below:

- i. Management of election campaigns,
- ii. Purchasing or hiring buildings for party activities,
- iii. Employing workforce for party activities,
- iv. Making publications to publicize the opinions of the party and making researches to determine policies.

Political parties have essential roles in terms of monitoring and protecting political tendencies and rights. They have to fully perform these duties. Salaries and insurances of permanent employees of the party, and expenses of such activities as inspections, communication, public relations, public opinion polls, meetings, posters, publications, travels, and real estate rents are to some extent the cost of democracy. In order to cover these expenses, many actors make contribution: members with their membership fees, individuals and private sector with donations and aids to political parties, and the state through direct and indirect state aid.

Financing resource of political parties also determines the direction of its political preferences. For this reason, the funding resources used by political parties determine or, at least, influence the policies that they will apply when they come to power and the management style within the party. Therefore, supervision and monitoring of these resources bears colossal importance.

The external revenue sources of political parties regulated in 61st article of Political Parties Law in Turkey are as follows:

1. Entrance and membership fee: it is regulated in 62nd article of Political Parties Law. Every person who becomes member of a political party promises to pay a monthly or yearly membership fee at his/her registration. The party member can increase his/her membership fee by writing to the chair of organization level that he/she is registered provided that it is

appropriate according to the party charter⁵⁶. The procedures against party members who do not pay their fee and relevant bans are detailed in party charter. The penalty cannot be in the form of temporary or permanent suspension of membership.

2. Member of Parliament fee: it is regulated in the 63rd article of Political Parties Law. Another source of revenue of political parties is member of parliament fee. The amount of member of parliament fee is determined by the Grand National Assembly of Turkey (“TGNA”) party group decision. The annual member of parliament fee cannot exceed net monthly amount of member of parliament benefits. The fee which will be paid by members of parliament whose party does not have a group at the TGNA is determined by central decision and management board provided that it does not exceed net monthly amount of member of parliament benefits.

The law rules that the fee will be collected from members whereas special fee can be received from candidates for nomination for seats at parliament, mayor offices, seats at municipal councils and seats at provincial general assemblies. In practice, special membership fee is regularly collected from members of parliament and at election periods special fee is collected from candidates for nomination in the form of application fee, whereas regular fee collection application from party members is not used as a funding source by political parties although there is no legal obstacle in the law.

3. Sales prices: it is regulated in the 65th article of Political Parties Law. Political parties can raise revenue from the sales of party flags, badges, streamers, emblems and similar signs. In addition, they can raise funds from the sales of party publications and member identification cards.

4. Donations: it is regulated in the 66th article of Political Parties Law. One of the most important sources of revenue of political parties is donations. The real and legal persons who can make donations in kind and in cash to political parties as well as the amount of donations are restricted by law.

5. Revenues that can be raised from party properties: it is regulated

⁵⁶ In order to ensure fairness among members, it is possible to establish a membership fee system which is proportionate to revenue instead of a standard membership fee. For detailed information on this subject *see*, Maurice DUVERGER, *Political Parties* Science Editions, 1963 (translated by Ergun Özbudun, Siyasi Partiler, Bilgi Yayınevi, 1993) , p.118-119.

in the 68th article of Political Parties Law. Political parties can gain revenue from the movable and immovable properties belonging to the party. The revenue obtained from hiring out a location in the organization building of a political party for a meeting can be given as an example of raising revenue from property. In addition, interest can be obtained from bank accounts so as to evaluate the revenues raised. The properties of political parties include both movable and immovable properties. Immovable properties are the real estates that are required for the purposes, activities and residence of parties. Other than that, political parties cannot obtain any immovable properties. However, they can raise revenue from the immovable properties that they own. Movable properties of political parties are the fixed assets that they use in their purposes and activities. In addition, they can keep cash money for using in their expenditures. This cash money is kept either at bank accounts or in the case where party organ is located. Provisions can be found in party charter as regards this matter. Political parties cannot have any source in the form of capital as the money paid by political party members is different from profit-seeking organizations; it is not money paid for being a shareholder. They are money paid with the purpose of covering expenses. Therefore, they can be accepted as share of expenses.

6. State aids: another revenue source of political parties is state aids. According to law, political parties can receive state aids from general budget especially in times of election.

7. Other financial provisions: according to the 67th article of Political Parties Law, political parties cannot deal with commerce. They cannot receive direct or indirect loans or debits from any place or person in any way whatsoever. However, they can purchase goods on loans or mortgage from real and legal persons that will make donation to political parties. According to the 72nd article of the law, they cannot lend money to their members and other real and legal persons. On the other hand, political parties are not allowed to obtain goods other than their purpose and activities and residences. In addition, some persons and groups are not allowed to make donation to political parties. However, they are allowed to purchase goods on loan or debit from persons and institutions according to restrictions shown in the law.

B. Expenditures of Political Parties: Election Expenditures

Elections lead to a variety of expenses. These expenses are basically of two types:

- i. First of these types is the expenditures directly related to the execution of the election such as printing of ballots, preparation of ballot boxes, allowances of polling clerks.
- ii. Second type of expenses includes those related to the introduction of candidates and parties to voters which generally accrue during campaign period. These expenses which usually occur through political advertisements today aim at increasing the interaction between voter and party/candidate and gather more voter support. In addition, gathering voter support by canvassing door to door and political consultancy services are also evaluated among this type of expenses.

Especially in the second half of twentieth century, expenditures in these areas reach significant levels in western democracies.

Nevertheless, political finance is not limited with election periods only. Expenditures in election periods, in other words, the size of monetary support that parties and candidates need, is on increase. However, sustaining political activities between two elections also has its costs. The financial resources that professionalised party organizations need in order to execute their daily affairs and sustain their existence become even more vital. An examination from different perspectives shows that money plays significant role in translating economic power into political power in elections and allowing individuals and groups to try to create influence and power in politics.

Restricting the election expenses which is considered as a measure in order to protect the independence of political parties is on the agenda of the whole world. First restrictions on election expenditures were imposed in France followed by United Kingdom where the amount of expenditure that each candidate could make in his/her constituency was limited at 3,648 pounds.

All expenditures that accrue during party activities within law with the purpose of realising its objectives in its charter and programme are accepted as party expenses. For example;

- i. All building expenses such as rent, water, electricity, heating, illuminating, communication etc.
- ii. Travel and accommodation expenses
- iii. Representation and hosting expenses
- iv. Election and propaganda expenses
- v. The wages, compensations, pay rises, fees, taxes, insurance premium etc. expenses of employees
- vi. Publication and broadcasting expenses
- vii. All purchasing expenses made for books, stationary, vouchers, identity cards etc.
- viii. Propaganda material expenses such as flags, streamers, badges etc.
- ix. Purchase prices of fixed assets and materials
- x. Ball, entertainment, concert and dinner expenses
- xi. Transportation vehicle expenses
- xii. Other expenditures and expenses.

Payments made in return for the expenses and expenditures of the party are recorded in income-expenditure book. In addition, they are recorded to the relevant type of expense of the expenditure auxiliary book. If the party is using a cashbook, the payments in cash are recorded in the cash out-flows part of the cashbook. If the expenditures are for a fixed asset or

an active asset, they are first recorded in income-expenditure book and then in fixed asset book. If the payments are made using cheque, an explanation is made in the expenditures part of income-expenditures book and the part of the banks book which is reserved to the amounts withdrawn from bank. If any materials are bought on loan, they are recorded to the expenditure part of income-expenditure book and the relevant type of expenses in the expenditures auxiliary account⁵⁷.

Political parties can acquire fixed assets through donations. The imputed cost of the purchased fixed assets is recorded in the income-expenditure book both as income and expenditure and the account is balanced. In addition, they are also recorded in fixed asset book. If advance payment is made with cash or cheque for future offsetting for party expenditures and expenses, they are recorded in cash or bank accounts. If the advance is closed, they are recorded in the expenditure part of income-expenditures book according to expenditure documents. They are also recorded in advance book. The books can be kept manually as well as in computer media. All expenditures must be based on document. These documents can be invoices, retail sales slips, self-employment voucher, passenger ticket or expenditure vouchers approved and used by organization level. Non-documented expenses are not acceptable by Constitutional Court and are subject to appropriation reimbursement⁵⁸.

In USA, no restrictions are imposed to the expenditures of candidates in state election, but the expenditures by parties for candidates are restricted. In presidential elections candidates benefiting from state resources are subject to certain restrictions.

In election periods in Turkey there is no legislation regulating the employment of all kinds of movable and immovable goods which are not in the possession of parties and candidates in election campaigns in a temporary and free-of-charge fashion. On the other hand, parties and candidates can hire or purchase movable and immovable properties in the possession of real and legal persons with the purpose of using in election campaigns. Such an action is previously notified with bank voucher to district election

⁵⁷ See, Azzem ÖZKAN, *Ülkemiz Siyasi Partilerinde Muhasebe Kayıt Düzeni ve Denetimi*, Muhasebe ve Denetim Bakış, Yıl 2, Sayı 7, 2002, p. 61-72.

⁵⁸ *Ibid.*

board where the campaign is conducted. These notifications are publicized based on the principle of transparency. Sanctions envisaged in 116th article of Political Parties Law apply to those who violate this provision.

C. Financial Auditing of Political Parties

Two different types of audit can be mentioned as regards the auditing of political parties in Turkey. First one is internal audit and the second one is external audit. These types of audits will be examined below.

Internal audit: according to the 73rd article of Political Parties Law: *“organization levels of parties are obliged to give account of their revenues and expenditures to the higher level that they report to at least annually. District organizations prepare final accounts showing the application results belonging to the previous year on the revenues and expenditures before the end of April and send them to provincial board of directors; provincial organizations send these reports covering districts to the party headquarters. Those sent by provinces organization and final accounts belonging to the party headquarters are examined, resolved and unified by central decision and management board. In addition, by establishing an intra-party supervision mechanism, the chairman can have the accounts of organization levels inspected by party inspectors. He/she can prepare and implement accounting and financial affairs internal regulations.”*

External Audit: according to the 73rd and 74th articles of Political Parties Law, approved copies of final account charts of provincial organizations covering the headquarters and reporting districts finalized by central decision and management board are sent by the chairman to Constitutional Court and, for information, Republican Prosecutor’s Office, before end of June. Final accounts are examined and resolved by the Constitutional Court. Constitutional Court performs its examination on the document. During supervision, the Court can utilize specialists of Supreme Court of Accounts or Ministry of Finance and experts in other public agencies and institutions, and assign a sworn referee. If it deems necessary, the court can request written opinion from the chairman of the political party or his/her representative. According to the 75th article of Political Parties Law, *“at the end of its supervision, Constitutional Court decides that the revenues and*

expenditures of that political party are accurate and lawful or appropriation reimbursement due to unlawful revenues and expenditures.” Therefore, with its capacity as public supervisor, Constitutional Court performs here compliance inspection from the viewpoint of accounting science.

The financial audit decision of Constitutional Court on the accounts of Republican People’s Party for years 1998, 2004, 2005 and 2006 was published in 8.7.2008 dated Official Gazette. CHP was obliged to pay to the Treasury the 980 thousand 527 YTLs that was found to have been spent contrary to Political Parties Law. CHP violated relevant articles of Political Parties Law and tax procedures law and unduly registered expenditures which are not related to the legal personality of the party as expenditures. On the other hand, travel expenses of certain people and the tips they paid abroad were recorded as expenditures based on documents which had no legal validity. According to the decision, it paid from the party budget the penal fees applied to party members due to their failure to perform their duties which is a clear abuse of state resources. On the other hand, CHP officials performed multiple falsifications on various documents and committed the crime of forgery of documents and allegations were made at Republican Prosecutor’s Office for the responsible persons. Allegations were made about party officials who did not have the Party General Journal where financial records are kept and who did not give page numbers to the general ledger. CHP repeatedly registered as expenditure huge expenditures without lawfully presenting document. For this reason, allegations were made for the responsible persons.

In Turkey the supervision of revenues and expenditures of political parties is performed by Constitutional Court. Law regulates this supervision in detail. According to these provisions, if as a result of the financial supervision of parties, constitutional court identifies unlawful income and expenditures, this situation does not require any sanction that would lead to the closure of the party; only financial sanctions apply for the party. Constitutional court can order appropriation reimbursement if it identifies unlawful revenues and expenditures of a party. In addition, if it is understood that the political party has real estate other than its residence and the ones required for its purpose and activities, Constitutional Court can opt for liquidation of these properties. Another essential point in the law as regards financial supervision is

that party officers who make or accept illegal donation and the creditors or lenders of the parties can be punished with imprisonment from six months to one year. In addition, one to three years imprisonment is envisaged for those who accept aid from foreign states or foreign real and legal persons⁵⁹.

According to the applicable rules, supervision of political parties is conducted by Constitutional Court; however, the relevant paragraph of 69th article of the constitutional amendment package that will be put to referendum have been amended as follows: *“Revenues and expenditures of political parties have to be suitable for their purposes. The application of this law is regulated by law. Financial audit of political parties is performed by Supreme Court of Accounts. Laws include the methods to be used by constitutional court to determine the convenience of property acquisitions, revenues and expenses of political parties, supervision of these matters and sanctions that will apply in case of breach. The decisions that will be made by Supreme Court of Accounts at the end of such supervision are final.”* As is seen, if the constitutional amendment package is accepted in the referendum, financial supervision will be made by the Supreme Court of Accounts.

There are no clear information and records on resource(s) in political finance especially on the basis of local organizations. It is not possible to identify in the records of local organizations the salary records of the personnel employed at the party, even rent, telephone expenses and how these expenses are covered. Usually financing is provided by the chairman of local organization and a few directors or party members, while these aids are not recorded. The expenditures and aids registered at local organization consist only of the money obtained from headquarters and where they are spent. However, these amounts are only the tip of the iceberg.

If the financial affairs of political parties are regulated by law, it is obligatory that these affairs are supervised by an independent institution which is not reporting to the executive and not under political influence of any kind. 69/4 article of 1982 constitution contented itself with stating that financial supervision of political parties would be conducted by Constitutional Court while 61st and 77th articles of Political Parties Law introduced detailed provisions in this subject. However, the structure of Constitutional Court does

⁵⁹ See, GENÇKAYA, *Major Sources of Revenue of Political Parties*, p.10.

not allow for any kind of supervision which is not highly formal. In this respect, in the constitutional amendment proposal which is under discussion at TGNA, it is inappropriate to offer that constitutional court will seek assistance from Supreme Court of Accounts.

Constitutional court judges and party officials agree that the practice of constitutional court performing the financial supervision of political parties is not appropriate⁶⁰. Therefore, the Supreme Court of Accounts change which is planned with the latest constitutional amendment is extremely appropriate.

Constitutional court performing supervision function for political finance is a situation which has no similar examples in the world. In addition, some difficulties are frequently witnessed in terms of keeping party books, page numbers, and entering revenues and expenditures in order as regards constitutional court inspections. In Turkey provincial and district organizations of political parties keep separate accounts and combine them for supervision to the constitutional court, which created a labyrinth-like system. Constitutional court is not organized to perform supervision function and it lacks sufficient personnel for this task. On the other hand, while supervision function is assigned to the constitutional court, no allowance is envisaged for this function, which is a de facto hindrance. In addition, in some cases inspection of accounts takes long years and sufficient supervision cannot be performed due to the bulkiness of this process.

On the other hand, there are differences between party logs and accounts and the lists of parties are not organized. This, in turn, affects party revenues. Parties usually fail to deliver their accounts to constitutional court on time. There are always missing documents and revenue receipts have incomplete information. In addition to the financial resources of political parties, supervision of their revenues and expenditures can create problems in all countries.

It was mentioned above that there was no such practice as financial su-

⁶⁰ “As the workload prevents constitutional court from assuming the dynamism which will ensure that it will be able to closely follow universal law, the task of “financial supervision of political parties” which does not comply with the position and functions of the court must be taken from the constitutional court.” 41ST Anniversary of Foundation, Inauguration Speech of President of Constitutional Court, Mustafa BUMIN (online), <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?contID=271&menuID=64>.

pervision of political parties in the countries of the world. Today modern and democratic countries prefer independent regulatory agencies as the supervisor of political finance system.

For example, in the USA the financial supervision of political parties and supervision of whether laws related to financing of political parties are observed by political parties and candidates is performed by American Federal Election Committee. The American Federal Election Committee (FEC) has six members (three Democrats and three Republicans). The members are assigned by the president for six years upon consultation with the leaders of both parties and the Senate. Members of Commission elect the chairman and deputy chairman every year. There are suspicions about the independence of the Commission. This is due to the fact that commission membership depends on party leaders for reflection to the Senate. The 2000 budget of the Commission is around 38 million dollars and the Commission employs 352 staff. Experience shows that the Commission is dependent on the Congress. That is, if the Congress is not satisfied with the decisions of the Commission, it can restrict its funds⁶¹.

As a regulatory agency which will observe the application of American Federal Election Campaign Act-FECA, FEC serves four important functions:

- i. Publicizing the financial declarations of revenues and election expenditures of political parties before federal elections,
- ii. Guaranteeing that candidates, committees and others act in compliance with the restrictions, bans, and rules related to declarations and reporting imposed by FECA and other rules,
- iii. Administering the public funding of presidential elections,

⁶¹ For American Federal Election Committee, *see*, Anthony CORRADO, *Money and Politics: A History of Federal Campaign Finance Law*, in Anthony CORRADO/ Thomas E. MANN/ Daniel R. ORTIZ/ Trevor POTTER (eds.), *The New Campaign Finance Sourcebook*, Brookings Institution Press, 2005, p. 7-48.

- iv. Serving as an exchange room for information related to administration of elections.

In Turkey, in line with the international examples examined above, it is a positive development in terms of ethics in politics that supervision of political finance will be performed by Supreme Court of Accounts.

In addition to publishing the audit reports of party final accounts in Official Gazette, just like bank and company annual balance sheets, final accounts of parties must be published in at least two national newspapers with the highest circulation in the form of an understandable chart which can be followed by every citizen and presented to the information of the public. Below these balance sheets, the illegal revenue/expenditure applications identified by the supervision by Higher Board of Elections must be indicated. As a requirement of transparency, Treasury sources must declare to the public state aids given to political parties in due form on an annual basis. It must be guaranteed that party accounts are kept in due form and by authorised persons.

D. Transparency in Political Finance: Financial Declarations

Political parties and candidates must have financial declaration liabilities. In parliamentary systems the main fund-raisers are parties whereas in presidential systems they are the candidates. Most comprehensive and well-designed financial declaration rules regulate the financial declaration liabilities of both political parties and candidates.

While making declaration as regards monetary donations, the name of the donator, the amount and date of donation must be written. Knowing the identity of donators is essential in identification of unethical activities. According to a study, in only 32% of 118 countries the identities of donators are declared. Lent money is another type of monetary contribution; thus, the name of the lender must be declared along with the amount of the money lent and the date. If it is impossible for the candidate or the party to pay back the lent money, it is recorded as covert donation or non-reported revenue. In some countries there are gaps as to how the money lent to parties or candidates is to be recorded. Some others have banned this practice

completely. For example Australia laid down rules in this subject recently⁶².

Contributions in kind to political parties and candidates must also be included in financial declaration. The monetary value of these contributions in kind must be determined and they must be recorded and declared just like the case in donations. Donations in kind can be made entirely to the party and the candidate or they can be allocated in the form of tenure for a certain period of time. For example, professional campaign services which have monetary value but provided on a voluntary basis are mostly ignored contributions in kind. Canada noticed this gap recently and separated work including political functions and normal professional services of volunteers from each other. For example, if a lawyer is distributing booklets about political party, it is a voluntary activity without monetary value. However, if a lawyer is providing pro bono legal opinion for a political party or candidate or providing free-of-charge legal advising functions, the standard price of these services have to be registered and declared as donation. Similar regulations are in place in the United Kingdom and the USA⁶³.

Financial declaration rules must clearly state the amount of donations which are subject to declaration. Here is the hypothesis: the higher the amount of donation, the higher the possibility of the donator to expect unethical interest from the member of parliament candidate. Declaring very negligible amounts of donations can lead to bulkiness in declaration matters and result in high amounts of donations going unnoticed.

Determining the persons who collected donations made to political parties and the persons who provide and use the services and goods provided depends on invoicing thereof. Unless revenues and expenditures are invoiced, limitations as regards campaign expenditures cannot be implemented. Transparency in political finance cannot be ensured by only declaring the amount of election expenditures. Instead, the date, reason and agent of expenditure have to be listed and invoice has to be added to this declaration. Otherwise examination of declaration by auditors will be useless and those who act in an unethical manner will not be subjected to sanctions⁶⁴.

⁶² See, *Money in Politics*, p. 21.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ See, *Money in Politics*, p. 23.

In several countries, the money spent for gifts given to voters and the money spent for buying votes are neglected. Most financial declaration laws lack clear provisions in these matters and auditor institutions do not pay attention to this problem. Although it is difficult to trace the money spent for gifts given to voters and the money spent for buying votes, it will be easier to trace such unethical activities as long as the accounts of political parties are transparent and sufficient auditing is performed⁶⁵. Studies show that expenditures are mostly declared but due to collective declaration systems extremely complicated forms emerge.

If any institution is assigned by electoral commissions or law, declaration reports are delivered to that institution. The relevant public institution or electoral commission is the only institution which performs examination of declaration; thus, the only information as regards these account declarations are in its possession. However, a meaningful and effective declaration mechanism is one which guarantees access of the public to these declarations. Most voters do not have the time or curiosity to examine declarations about campaign expenditures or political party accounts; however, these declarations can be examined and analysed by civil society organizations, the media and academicians. The findings of these analyses will attract the attention of the society and determine the opinions on political parties⁶⁶.

The access of the public to declared information is subjected to certain limitations in some countries. Studies show that in very few of the 108 countries examined the public has access to campaign and party financing reports. Moreover, internet made traditional systems for access to declarations useless. For example, Estonia lists donations on the internet. In Latvia and Bosnia-Herzegovina campaign financing reports are published on the internet; Lithuanian Electoral Board publicizes a complete list of all donations made to political parties in its internet site.

Creating a balance between confidentiality of personal information and the right of public to access declaration is also essential. United States of America declaration rules display this balance successfully. Donations made for national campaigns must be made to Federal Electoral Committee by

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *See, Money in Politics*, p. 24.

indicating the full name, open address and profession of the donator. However, such personal information enjoys two types of protections. First of all, Federal Electoral Committee shades the street name in the address while declaring this information on the internet. Second, politicians and private sector institutions are banned from using this information for commercial or political purposes. In order to be able to trace violations, some of the names given in the published lists are fake. Companies and politicians that try to search such non-existent donators face penal sanctions⁶⁷.

Financial declarations have to be publicized in a timely manner. Declarations which are not publicized timely will be meaningless. Laws must impose a time limit as regards declarations. In international practices donations and political party accounts are usually publicized before the election day. Studies have shown that in very few countries such time restrictions are in place.

In Turkey publicizing financial declarations on the internet is obligatory. It is clear that e-government has made contribution to good governance today. E-government provides accessibility to decision-making processes and creates opportunity for multi-party and two-way communication. It brings citizens and the state together and ensures that decision-making processes are supervised, and it also increases participation in policy-making processes. Today e-government is seen as an effective way of accelerating access to information and thus ensuring transparency and accountability. These features of e-state improve efficiency in services to citizens and allows for providing services for lower costs within the principles of good governance.

As one of the leading objectives of e-government application, transparency minimizes the confidentiality limitations as regards financial declarations and facilitates the usage of the right and freedom of information. Citizens who access information easily through internet increase the supervision on politicians and political parties. For all these reasons, e-government applications have to be adopted without delay so that public supervision and transparency of political party accounts and revenues and expenditures of political parties can be ensure. On the other hand, opportunities must be created so that political activity can be continued through internet. The fol-

⁶⁷ *Ibid.*

lowing points should be taken into consideration as regards e-government application:

- i. Unlike television broadcasts, internet contributes to the creation of an interactive, diverse and dynamic democratic process which increases public participation in political processes. The distributed/divided structure and pluralism of internet which is controlled by the user restricts the opportunity of concentrating interest in the monopoly of a speaker and thus silencing all other voices.
- ii. It minimizes the potential of major donations made to political parties and candidates to turn into unethical activities and corruption in politics afterwards and contributes to ensuring the integrity of democratic system. It encourages more individuals to participate in political activities, political processes and campaign processes through internet and increase in aids.
- iii. Higher Board of Elections must refrain from preventive/protective rules against hypothetical and potential harms that political expressions made on internet can cause within the limits of freedom of expression and criticism. However, in case of verifiable damages, legal restrictions must be imposed on the regulation of such activities.
- iv. Higher Board of Elections must allow for the unification of independent internet speakers or speaker groups without breaching collective political activity bans and observing responsibility purposes.
- v. Law and regulations which will be imposed by Higher Board of Elections must allow for performing political activities through internet taking into consideration the innovations on internet. Rules must be clearly flexible and encouraging innovation and improvement in internet speeches.

If the identities of donators continue to be secret as the case today, restrictions and rules on political finance will not be any good. If the identities of real or legal persons that have unethical interest expectations in politics in the future, monitoring such unethical activities in politics will also become difficult. Therefore, identities of donators should be declared and publicized which will mark one of the most important changes in political finance.

In several countries of the world political parties and candidates have the responsibility of declaring their expenditures to the public so as to ensure transparency in politics and put accountability principles into practice. This is also one of the most important principles of rule of law. Legislations in this direction were first put into effect in the USA. Today political action committees which provide donation to candidates in the USA prepare four donation reports a year outside election periods and publicize the names, addresses and other information of persons who donate more than two hundred American dollars. In many countries parties and candidates are obliged to declare their expenditures as well as revenues to the state or private auditing institutions. In others the donators who give more than a certain amount are required to declare their identity.

E. Sanctions

According to the Law on Basic Provisions of Elections, the following sanctions apply for the candidates in whose election accounts unreal or illegal issues are identified and who exceed the expenditure limits imposed by the 132/c article of the law:

- i. Higher Board of Elections sends to the Presidency of Turkish Grand National Assembly a report on the request of cancellation of election minutes of the member of parliament.

Turkish Grand National Assembly makes the final decision on the revocation of member of parliament status according to the 82nd and 84th articles of the Constitution of Republic of Turkey.

- ii. Provincial electoral boards and district electoral boards decide on the cancellation of electoral minutes for metropolitan mayors and other mayors respectively and the election is repeated in that constituency. After the finalization of this decision, announcement is made to declare that election will be made in that constituency. Voting day is the first Sunday following the sixtieth day after this announcement.

If unreal or illegal issues are identified in the election accounts of political parties, appropriation reimbursement is enforced on party properties equal to the amount identified by Higher Board of Elections.

Legal persons who are identified to have acted against 132/b provision of this law cannot enter into contractual relations with the state or any public institution or agency or partnership directly or indirectly for five years following the elections.

Decisions made by authorised electoral boards according to the (a) sub-paragraph of the first paragraph and second and third paragraphs are announced in Official Gazette and a nationally circulated gazette; the decisions given according to the (b) sub-paragraph of the first paragraph are announced according to traditional procedures in place.

As a starting point, political finance system must clearly define political party accounts and the breaches of rules as regards reporting of these accounts. For example, 1) hiding financial activities by creating separate accounts or through attorneys, 2) failing to prepare reports, 3) providing fake or incomplete documents, 4) late submittal of reports, 5) failing to maintain the documents illegally. In addition to defining the foregoing, effective and measured sanctions must be determined which will be applied in case of violation of rules that regulate the mentioned issues. Sanctions that apply in case of violation of political finance rules show diversity. Studies conducted in several countries have shown that, rather than heavy penal sanctions, financial sanctions including depriving of state aid are more effective. In fact, the most important point is effective implementation of sanctions rather than regulating them. Otherwise, sanctions lose their deterrence which, in

turn, damages the principle of rule of law⁶⁸.

As regards sanctions, in addition to the sufficient and effective supervision of declarations, announcing breach of laws through individual application is also possible in terms of finding criminal elements. Mainly four types of sanctions are applied to violations of rules⁶⁹.

- i. The most popular and general sanction is imprisonment for those who violate laws. The second sanction is monetary fines but they are not much deterrent.
- ii. Another type of sanction is depriving the relevant party and/or candidate of state aid.
- iii. Finally, the sanction applied in United Kingdom is depriving the convict of his electoral rights. In France, the election is cancelled even if the candidate was elected. There is no doubt that transparency of declarations will make the penalty to be given by public opinion the real and most effective sanction.

In addition to the confiscation and imprisonment penalties envisaged in case of breach of financial provisions in Political Parties Law, suspending the state aid to the parties that receive state aid on that date must be regulated as an effective sanction.⁷⁰

F. Conclusion and General Recommendations

A code of behaviours displaying the rules that parties must observe during election campaigns must be prepared on which all political parties reach a consensus and it must be ensured that elections are conducted in an independent and fair manner in the eyes of the public. Electoral Com-

⁶⁸ See, Marcin WALECKI, *Political Money and Corruption*, IFES Political Finance White Paper Series, 2004, p.10 (online) Walecki IFES White Paper on Political Money and Corruption.pdf.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Richard S. KATZ/ William CROTTY (eds.), *Handbook of Party Politics*. London, UK, Sage, 2006, p. 446–447.

mission must prepare a forum so as to ensure consultancy and deliberation between parties as far as possible and thus it must be ensured that political parties are knowledgeable about their rights and responsibilities related to all aspects of electoral process.

Revenues and contributions provided from individuals and private sector institutions must be restricted with reasonable amounts. The purpose of such restrictions is to prevent influence on politicians afterwards with the contributions made. Above all, the right to work voluntarily for parties during electoral process must not be restricted. Before the election campaign begins and after the election all political parties and candidates must declare their property ownerships and liabilities.

Campaign advertisements broadcasted on radio and television must be controlled at acceptable levels. Additionally, Board of Elections must determine the time to be allocated for each party on radio and television. Each party has the right to benefit from these instruments during election campaign.

Preventing election advertisements by interest groups or persons not authorised by candidates and parties is essential in preventing the limits imposed by laws from being exceeded and committing fraud against law. Campaign periods must not be kept too long so that campaign expenditures can be reduced. However, these periods must also not be kept too short to avoid advantage to governing parties against opposition parties.

Undocumented donations and donations made by front companies must be prevented. If such donations are identified they must be used to cover the expenses of Electoral Board. Revenues obtained from public funds must be determined based on the performance shown in previous elections and a formula determined by Electoral Board.

A country should pay attention to the following points below in political finance:

- i. Political parties and their competition for power are necessary for sustainable democracy and good governance: a decent party competition requires sound political parties. For this effect, parties have to be encouraged for develop-

ment, strengthening and consolidation. Competing political parties need proper resources for necessary activities.

- ii. Money is one of the most important parts of this process and it has to be defined as a necessary resource for good political practice: this means that in democracies the relation between money and politics have to be seen as a basic instrument for a democratic state instead of being seen as a problem that has to be solved. Therefore, the problem which requires solution is establishment of the balance between the search for sustainable financial resources for political parties and reducing the unethical effects of these resources in politics and preventing corruption.
- iii. Some activities of certain political parties can be partisan: These activities are beneficial neither to the political system nor to the civil society. The questions that require answering are as follows: which activities of political parties are necessary for a sustainable democracy? How much money is needed for these activities? Which resources are appropriate for law and ethics so as to meet the expenses of these activities?
- iv. Funding of political activities of political parties and candidates must be made a point of social deliberation: recording and publication of financial declarations and accounts of political parties are necessary for ensuring transparency in politics. Transparency is necessary for voters in their choice for parties as well.
- v. It can be inconvenient for a democracy if political parties and candidates are dependent only on state or donators in terms of political finance: democracy requires pluralism in all matters including financing sources of politics. While preparing the legal infrastructure on political finance, modern democratic countries have to regulate donations from individuals and private sector institutions in addition to state aids.

REFERENCES/ KAYNAKÇA

- CARLSON, Jeffrey; *From Discourse to Action: Avoiding Pitfalls in Political Finance Disclosure Initiatives*, IFES Political Finance White Paper Series, 2004.
- CORRADO, Anthony; *Money and Politics: A History of Federal Campaign Finance Law*, in Anthony CORRADO/ Thomas E. MANN/ Daniel R. ORTIZ/ Trevor POTTER (eds.), *The New Campaign Finance Sourcebook*, Brookings Institution Press, 2005.
- DUVERGER, Maurice; *Political Parties*, Science Editions, 1963 (translated by Ergun Özbudun, Siyasi Partiler, Bilgi Yayınevi, 1993).
- EMERY, Fred; *Watergate: The Corruption of American Politics and Fall of Nixon*, Touchstone, New York, NY, 1994.
- EWING, Keith/ Jacob ROWBOTTOM/ Joo-Cheong THAM (eds.); *The Funding of Political Parties: Where Now?*, Routledge, London and New York, 2012.
- FALGUERA, Elin/ Samuel JONES/ Magnus OHMAN, (eds.); *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, Stockholm, 2014, (online) <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/funding-of-political-parties-and-election-campaigns.pdf>.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk/ Umut GÜNDÜZ/ Damla CİHANGİR-TE-TİK; *Political Finance and Transparency*, Transparency International Turkey, Altan Matbaacılık, January 2016 (online) <http://www.seffalik.org/wp-content/uploads/2016/01/Siyasetin-Finansman%C4%B1-EN.pdf>.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk; *Cumhurbaşkanı Seçim Kampanyasının Finansmanı Raporu: Adiliet, Şeffaflık ve Hesap Verilebilirlik*, Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No:1, Denge ve Denetleme Ağı, 2014.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk; *Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlanması*, in Ali Çarkoğlu, Tarhan Erdem, Mehmet Kabasakal (eds.), *Türkiye’de Yeni Bir Parti Sistemine Doğru: Siyasi Partiler Kanunu, Parti Örgütleri ve Parti İçi Demokrasi-den Beklentiler*, TESEV Yayınları. 2000.
- HEIDENHEIMER, Arnold J./ Michael JOHNSTON; *Political Corruption*, Routledge, New York, third edition, 2017.

- ISSACHAROFF, Samuel; *On Political Corruption*, 124 Harvard Law Review, 2010.
- JOHNSTON, Michael; *Political Corruption and Public Policy in America*, Brooks/Cole Pub. Co., 1982.
- KAHRAMAN, Mehmet; *Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesi ve Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu*, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 2014.
- KARAKAŞ, Mehmet; *Siyasetin Finansmanı: Sürdürülebilir Bir Demokrasinin Aracı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- KATZ, Richard S.; *Democracy and the Legal Regulation of Political Parties*, Paper Prepared for The USAID Conference On, *Changes in Political Parties: United States Agency for International Development*, Washington, D.C., 1 October, 2004, (online) <https://tr.scribd.com/document/190180368/Democracy-and-the-Legal-Regulation-of-Political-Parties>.
- KATZ, Richard S. / William CROTTY (eds.), *Handbook of Party Politics*. London, UK, Sage, 2006.
- MUTLU, Abdullah; *Kurumsallaşmış Demokrasilerdeki Siyasi Partiler Sistemi ile Ülkemizdeki Siyasi Partiler Sisteminin Karşılaştırmalı Değerlendirmesi ve Özgün Model Arayışları*, İçişleri Bakanlığı, Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Uzmanlık Tezi, April 2005, (online), http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/WPX/apktez1.doc.
- NASSMACHER, Karl-Heinz; *Structure and Impact of Public Subsidies to Political Parties in Europe*, in Herbert E. Alexander (ed.) *Comparative Political Finance in the 1980s*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- NASSMACHER, Karl-Heinz; *The Funding of Party Competition: Political Finance in 25 Democracies*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009.
- OECD Report, *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, OECD Publishing, Paris, (2016), (online) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249455-en>.
- Office of Democracy and Governance, *Money in Politics Handbook: A Guide To Increasing Transparency in Emerging Democracies*, Tech-

- nical Publication Series, U.S. Agency for International Development, Washington, 2003, (online) www.u4.no/recommended-reading/money-in-politics-handbook-a-guide-to-increasing-transparency-in-emerging-democracies/.
- OHMAN, Magnus; *Political Finance Regulations Around the World: An Overview of the International IDEA Database*, Trydells Forum, Sweden, 2012, p. 11-45. (online) <http://www.idea.int/political-finance>.
- OLSON, Keith W.; *Watergate: The Presidential Scandal That Shook America*, University Press of Kansas, 2003.
- ÖZKAN, Azzem; *Ülkemiz Siyasi Partilerinde Muhasebe Kayıt Düzeni ve Denetimi*, Muhasebe ve Denetime Bakış, Yıl 2, Sayı 7, 2002.
- PALTIEL, Khayyam Z.; *Political Finance*, in Vernon BOGDONAR (ed.), *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, Blackwell Publishing, 1987.
- PINTO-DUSCHINSKY, Michael; *Financing Politics: A Global View*, Journal of Democracy 13(4), October 2002.
- PORTA, Donatella Della; *A Judges' Revolution, Political Corruption and the Judiciary in Italy*, European Journal of Political Research 39 (1), January, 2001.
- ROBINSON, Mark (ed.); *Corruption and Development*, Frank Cass Publishers, London, 1998.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; *Corruption and Government: Causes, Consequences, Reform*, Cambridge University Press, 1999.
- SAKA, Abdulkadir; *Siyasi Partiler Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- SCARROW, Susan E.; *Political Finance in Comparative Perspective*, Annual Review, Political Science, V. 10, 2007.
- SPECK, Bruno Wilhelm; *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, OECD, Paris, 14-15 November 2013.
- TACAR, Pulat; *Siyasetin Finansmanı*, Doruk Yayınları, Ankara, 1997.
- TARAKTAŞ, Abdurrahman/ Canatay HACIKÖYLÜ; *Cumhurbaşkanlığı Seçiminde Adaylara Yapılan Bağış ve Yardım Uygulamasının Değerlendirilmesi*, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, Haziran 2015.

- USAID, *Foreign Aid in The National Interest: Promoting Freedom, Security and Opportunity*, 2002. (online) pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pdabv901.pdf.
- UZUN, Cem D.; *Siyasi Partilerin Finansmanı*, Seta Analiz, Sayı:110, Kasım 2014.
- WALDMAN, Michael; *Political Accountability, Campaign Finance, and Regulatory Reform*, 18 North Carolina Banking Institute, 2013.
- WALECKI, Marcin; *Challenging the Norms and Standards of Election Administration: Political Finance Standards*, IFES, 2005.
- WALECKI, Marcin; *Political Money and Corruption*, IFES Political Finance White Paper Series, 2004, (online) Walecki IFES White Paper on Political Money and Corruption.pdf.
- YÜKSEL, Cüneyt; *Devlette Etik: Dünyada ve Türkiye’de Kamu Yönetiminde Etik, Yasal Altyapı ve Uluslararası Uygulamalar*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- YÜKSEL, Cüneyt; *An International Comparison of Legislative Ethics*, Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul, V. 38, No: 55, 2006.

MARX VE HUKUK GÖRÜŞÜ HAKKINDA: ÖZNELER-ARASILIK, MADDİLİK, NORMATİFLİK

MARX AND HIS LEGAL CONCEPTION: INTERSUBJECTIVITY, MATERIALITY AND NORMATIVITY

Prof. Dr. Bjarne MELKEVİK*

Çeviren/Translator: Dr./PhD. Barkın ASAL**

Bu makalede, hukuk sorunu konusunda Karl Marx'ın kuramsal yazılarının anlamı üzerine düşüneceğiz. [Kısaca] hukukun marksçı kuramının içerdiği hukuk görüşünü incelemek söz konusu olacak. Aydınlatmak istediğimiz şey ise, temel düşüncesinin hukukun, hukuk öznelinin “özneler-arasılığı”yla ilişkili olduğunu söylemekten ibaret olduğudur. Özneler-arasılık, insanların kendi aralarında yarattıkları ve hukuk sorununun yerleştiği, somut veya soyut olarak duruma uyarlanan, zorunlu ilişkilerdir. Bu görüş, birçok soruyu ortaya çıkarsa da, bizim makalemiz, marksçı tezin büyük olarak değerlendirdiğimiz üç ana konuyla kasıtlı olarak kendini sınırlayacaktır: açıklayıcı, bilişsel, normatif düzlem.

Bununla birlikte, bizim konunun odağına varmadan önce, “marksçı” kavramına atfedilecek anlamı veya daha doğrusu bundan sonrası için kabul edilecek “marksçı” teriminin anlamı üzerine bazı öncülleri [işin içine] sokmamız gerekmektedir.

İlk olarak bu makale, Karl Marx'ın 1857'den sonra yazdıklarıyla kendini sınırlar; başka bir ifadeyle, düşünsel yolculuğunun vardığı son noktanın ifadesi olarak tahayyül ettiğimiz “ekonomi politiğin eleştirisi”yle... 1818 ile 1883 yılları arasında yaşayan Marx, 1857'ye kadar, Aydınlanma'dan miras alınmış felsefi paradigmalardan etkisi altındadır (Kant, Hegel, Feuerbach vs...). Düşüncesi, hukuk konusunda olduğu kadar toplumsal şeniyetin anlaşılmasında da, doğalcı bir indirgemecilik üzerine kuruludur. Bu dönem

* PhD., İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye
[barkinasal1@yahoo.com]

** Çeviri Gönderim Tarihi: 18.07.2016; Çeviri Kabul Tarihi: 18.10.2016

boyunca, hukuku açıklamak için faydalandığını ileri sürdüğü bazı “sistemik” önvarsayımlara dayanmıştır. Aydınlanma felsefesinin yeterince niteliksel bir sonucu, hukukun sadece felsefi sisteme bağlı bir öge olmasıdır: hukukçuların hukukuna yabancı filozofların “hukuk”u. 1857’den itibaren Marx da değişen tam da budur: o, hukuku özneler-arası bir özerkliğin içine yerleştirir. Marx, daha sonra ortaya koymayı niyetlendiğimiz hukuk düşüncesinde “yeni modernite”yi böylece ilan eder. Bununla birlikte [vardığımız] neticeleri daha fazla takdim etmeksizin, Marx’ın hukuki modernitenin anlaşılmasında bir yenilenmeyi ilan etmesine rağmen, buna karşıt olarak zayıf felsefi araçları nedeniyle, bu tasarımı nihayete erdiremediğini şimdiden itibaren akılda tutmak gerekir.

Bu bakış açısıyla makale, gerçekten Marx’ın yazdıklarıyla kendini sınırlayacaktır. Zaten, Marx’a çok sıklıkla, haksız olarak atfedilen birçok kuram, açıkça onun tarafından geliştirilmemiştir. [Bunların] her parçası, Marx’ın adından faydalanarak bazı felsefi paradigmlar üzerine tefekkür eden farklı kişiler tarafından uydurulmuştur. “Dünya görüşü”, “ideoloji” olarak “marksizm” Engels tarafından imal edilmiştir; “tarihsel materyalizm” olarak Bernstein ve Kautsky tarafından; diyalektik materyalizm olarak, Plehanov tarafından; ve diğerleri... “Marksizm”in tarihsel ve siyasal imali problemi, mantıksal olarak, sadece bir “Engels” problemi, bir “Bernstein” problemi, bir “Plehanov” problemi vs... olduğunu gösterir. Bununla birlikte bu problemlere girişmek, bizim tahkikatımızın çerçevesini çok aşmaktadır.

Yine de, açıklayıcı çerçeveye alakalı Marx’ta hukuk görüşü incelememize ilk adımı atabiliriz.

Özneler-Arasılık Olarak Hukuk

Markçı kuramın özneler-arasılığı, bizim hukukumuzun somut ve soyut gerçekleşmesinin açıklayıcı çerçevesi olarak değerlendirdiğine [yönelik] tezimiz [ortadaysa da], Marx’ta hukukun, ontolojik olarak sarıh, özneler-arasılık olmadığını baştan belirtmek zorunludur. Daha çok, toplumsal yapay-ürünler (*artéfact*) karşısında; özneler-arasılığı, açıklayıcı bir çerçeve olarak kabul etmek söz konusudur. Bu açıklayıcı çerçeve, hukuk için pratik açıklayıcı bir nokta gibi, bize medeni toplumu ve beşeri yapay-ürünlerini anlama olanağı vermelidir. O halde, bu perspektiften görünen toplumsal

yapay-ürünleri anlamak ve Marx'ın hukuk üzerine düşüncesinin olası biçimlerini oturtmak birincil önemdedir.

En başta, hukukun Marx için, beşeri bir ürün olduğunu müşahede edelim. Hukuk gökten zembille inmemiştir; ama tabii özel bir bağlam içinde, kadınlar ve erkekler tarafından soyut ve somut tarzda imal edilir. Devamla, Marx'a göre, toplumsal yapay-ürünlerin, bir başka deyişle hukuku da içine alan bütün toplumsal "ürün"lerin anlaşılması, bizim hayatlarımızı, toplumlarımızı ve beklentilerimizi tamamlatma, sonuca ulaştırma tarzından mülhemdir. Ayrıca bu, kadınların ve erkeklerin, özneler-arası ilişkilerinin ürünleri olarak toplumlarında kendilerini yarattıkları anlamına gelir. Bunu doğrudan, doğanın biçimini değiştirerek, teknolojiyi geliştirerek vs.. ve dolaylı olarak toplumsal yapay-ürünleri kullanarak elde ederler.

Marx'a bu perspektifi geliştirmesine, modern dönem süresince her şeyden önce Giambattista Vico ve onun "olgu ve doğruluk karşılıklı olarak mübadele edilebilir" (*verum et factum convertuntur*) tezi, izin vermiştir. Vico zaten, beşeri bir kökü olan fenomenlerle, varlığı hiçbir yönden insanla bağlantılı olmayanları ayırt etmemiz gerektiğini ileri sürmüştür.¹ Başka kelimelerle, toplumla doğayı, insan yaratımı ile Tanrı yaratımını ayırt etmeliyiz. Vico'ya göre, hem soyut olarak hem de somut olarak insanın biçimini değiştirdiği herşey, insan yaratımı olarak tahayyül edilmelidir. Toplumsal ilişkileri yeniden üreten ve bunları toplumsal fenomenler olarak yönlendiren, toplumsal yapay-ürünlerin meydana getirilmesi veya doğanın biçiminin değişmesi sözkonusu olsa bile; açıklama makamı sadece, aynı anda hem fail, hem de eylemlerinin müfessiri olan, insan olabilir. Araçlarımızı, teknik komplekslerimizi, insan ürünleri olarak tahayyül etmeliyiz; nasıl ki siyasal, ekonomik, kültürel, hukuki usullerimiz ve kurumlarımız gibi, bunları destekleyen ve yetkilendiren farklı "bilinç" biçimleri gibi... Bu somut olarak, kendi eylemlerinin yazarı ve okuyucusu olarak insan paradigmasının, toplumsal ve beşeri düzlemde varolan her şeyin açıklayıcı çerçevesi olması anlamına gelir. Vico'nun kendisi de, insanlığın gelişmesinin muhtemel çevrimleri üzerine sağlam olmayan mülahazalar yararına, yazar

¹ G.Vico, *La science nouvelle*, Paris, Gallimard, Tel, n° 227, 1993, *idem*; *De l'antique sagesse de l'Italie*, Paris, GF-Flammarion n° 742, 1993. Aynı zamanda Vico'nun hukuk felsefesi kitabına bakınız, *Origine de la poésie et du droit. De constantia jurisprudentis*, Paris, Cafe Clima Éditeur, 1983.

ve okuyucu olarak insan görüşünün kuramsal anlamını heder etmiştir. Şu halde bu, modern bir bağlamda, böyle bir kuramın gelişmesine doğru açık bir yolu Marx'a bırakmaktır.

Marx, bakış açısını itiraf ettiğinde de, zaten Vico'nun sözleri yankılanır:

“Varlıklarının toplumsal üretiminde insanlar, aralarında zorunlu, kendi iradelerine bağlı olmayan belirli ilişkiler kurarlar; bu üretim ilişkileri, onların maddi üretici güçlerinin belirli bir gelişme derecesine tekabül eder. Bu üretim ilişkilerinin tümü, toplumun iktisadi yapısını, belirli toplumsal bilinç şekillerine tekabül eden bir hukuki ve siyasal üst-yapının üzerinde yapıldığı somut temeli oluşturur. Maddi hayatın üretim tarzı, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel hayat sürecini koşullandırır. İnsanların varlığını belirleyen şey, bilinçleri değildir; tam tersine, onların bilincini belirleyen, toplumsal varlıklarıdır.”²

Marx'ın bize burada tam olarak söylediği, bazı “belirli” ve “zorunlu” ilişkilerden başlayarak, insanların özgül varlık biçimlerini ürettikleri; dünyalarını, bir “toplum” gibi inşa ettikleri; kendilerini de bu toplumun yazarı ve okuyucusu yaptıklarıdır. Marx, sonuçta hukuku, üretim ilişkilerinde (alt-yapı) olduğu gibi hukuki kurumlarda ve kimi bilinç biçimlerinde de toplumsal olarak mevcut gibi tahayyül eder. Hukukun bu görünüşleri açıkça, insanın yazarı olduğu yapay ürünlerin farklılaşmasını ve karmaşıklığını ifşa eder. Ve Marx, sonuçta bu gerçekliğe, açıklama çerçevesi bulmalıdır. Bütün toplumsal yapay-ürünlerin yazarı ve okuyucusu öznelerin öznelerarasılığında ısrar, bu çerçeveyi verecektir.

Açıklama çerçevesi olarak “insanın ürettiği şey” paradigması iki duruma işaret eder: birincisi zamansallık, diğeri “topoi” (mekan) ...

Zamansallık sorunu konusunda, Marx'ın çıkış noktası olarak, bütün beşeri üretimlerin, tarihsel zamansallık köklerine sahip olmasını seçtiğini gözlemliyoruz. Hukukun tarihi olmasa bile; Marx'a göre, hukuk tarihsel olarak varolabilir. Örneğin, 1789 veya 1809 beşeri zamansallığın kısıntılandır. Eğer verili bir zamansallık içinde varolmasaydı, insan için hukukun

² Karl Marx, “Critique de l'économie politique”, 1859, *Oeuvres*, Tome I: Économie, Paris, Gallimard, Bibliothèque de Pléiade, 1965, p.272-3. Karl Marx, *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*, çev: Sevim Belli, Dördüncü baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1979, s.25.

yazarı veya okuyucu olmak basitçe tamamıyla imkansız olacaktı. Bu şekilde, insanın ürettiği, sınırsız sayıdaki aktör arasındaki ilişkilerin sonucudur. Bu aktörler, özneler-arası bir seriliğin çeşitli ve farklı biçimleri altında, geçici bir şekilde, her yeni kuşağın bunlardan kendi yükünü aldığı öncüller üretirler. Başka kelimelerle, –bizim özgül toplumumuzun öncüllerini meydana getiren- toplumsal olguları, tortul katmanlar üzerine bırakılan bir yüzey katmanı olarak tahayyül edebiliriz. [Bu yüzey katmanı] üzerinde sarih “özneler-arası bir biçimde” özgül toplumsal tortulaşmamızı üretiriz. Böylelikle her kuşak özgül gerçeklik “katmanını” yaratır. Marx’ın dediği gibi:

“Geniş çizgileriyle, asya üretim tarzı, antikçağ, feodal ve modern burjuva üretim tarzları, toplumsal-ekonomik şekillenmenin ileriye doğru gelişen çağları olarak nitelendirilebilirler.”³

Marx, zamansallık sorununu açıklamak için, jeolojiyle alakalı bu metaforu kullanır ve bizi [böylelikle] doğrudan jeolog Charles Lyell’e (1797-1875)⁴ yollamış olur. Zaten, Lyell’in yeryüzünü kaotik kuvvetlerin ani akınının sonucu olarak tasavvur eden eski jeolojik kuramı inkâr etmesiyle aynı tarzda, Marx toplumun kaotik kuvvetlerin (ki söz konusu olan “büyük” adamlar, ünlü kadınlar, savaşlar, fetihler, göçlerdir...) müdahalesinin değil, ama birbirine bağlanmış insanların çeşitli ve sonsuz ilişkilerinin sonucu olduğu noktasına varmıştı. Daha önemlisi, birincisi, [yani] Lyell doğal çevremizi şekillendiren doğal kuvvetlerin hala etkin olduğunu savlamasıyla aynı tarzda Marx, toplumlarımızı üreten ve yeniden üreten özneler-arası ve tarihsel tarzımızda sorgulanan toplumsal kuvvetlerin toplumsal yapay-ürünlerde halen mevcut olduğunu söyleyebildi. Bu, açıkça, yazar ve okuyucuların özerkliğini ihlal edeceğinden şüphelenilen tarihin karanlık kuvvetlerinin sosyal gerçeklikteki yerlerinden edilmesi amaçlıdır.

Devamla, mekan, “topoi” sorunu, Marx’ta yazar ve okuyucuları medeni topluma demirlemeye yarar. Böyle bir tez, ancak Aydınlanma Felsefesi’nin metafizik ve idealist bazı eğilimleriyle karşılaştırıldığında, anlamını bulabilir. Marx, zaten toplumsal düşünmek için Rousseaucu yalnız avcı kurmacasıyla aynı şekilde, Adam Smith ve D. Ricardo’nun iktisadi kuramlarının temelindeki avcı-balıkçı-toplayıcıya olan atfı da reddeder. Gerçekliklerin

³ Karl Marx, *ibid.*, p. 273-74; Karl Marx, *ibid.*, s.26

⁴ Charles Lyell, *Principles of Geology*, (1830-3) ve *The Geological Evidence of the Antiquity of Man* (1863). Marx, 1852’den başlayarak, Lyell üzerinde çalışmıştır.

yazarı ve okuyucusu olarak özneler paradigması, zaten ister “yalnız birey”, ister sadece bilinci düzlemine yerleştirilmiş yalnız bireye [ilişkin olsun], idealist ve metafizik ön-kavrayış (*précompréhension*) figürlerinin tahliyesini gerektirir. Marx için, böylesi felsefi ön-faraziyeler sadece, körleşmenin ve öznelerin kendi özgül gerçekliğinin yazarı ve okuyucusu rolünden soyunmasının ifadesidir. Öznelerin gelecekte toplumsal gerçekliğin yazarı ve okuyucusu olacaklarını anlamaları için toplumsal olguların kavrayışına mim konması zorunluluğu vardır. Kısaca, bireyler kendi yarattıkları gerçeklikten kopamazlar, ama burada da bir kapan vardır, başka deyişle uşak seviyesine inme tehlikesi pahasına yazar olduklarının farkına varmazlar.

Marx bunlardan sadece hukukun da dâhil olduğu yapay-ürünlere ilişkin bir açıklama getirilebileceğini çıkarsadı; çünkü insanlar kendi aralarında zorunlu ilişkilerle bağlıdır. İnsanlar sadece, her sözkonusu olduğunda basitçe yeni toplumsal yapay-ürünler yaratırlar, ama [aslında] toplumda zaten varolanı kullanırlar. Hukukta, aynı anda hem toplum yaşantısının vazgeçilmez aracı, hem de hayatlarımızı üzerine kurduğumuz çökelti olarak hukuku düşünmemize izin veren bir açıklama makamı, özneler-arasılık [vardır]. Bu şöyle daha belirginleştirilebilir:

Özneler-arasılık, Marx’a göre, insana varolan toplumsal biçime karşı akılcı bir münasebet kurmasına izin veren bir açıklama makamıdır. Özneler-arasılık, “hukuku” toplumsal üretimin vazgeçilmez beşeri yapay-ürünlerinden biri olarak tahayyül edilmesine müsaade eden açıklayıcı çerçeveyi oluşturur. Sonuçta hukuk Marx için, toplumu yaratmanın beşeri tarzında olduğu gibi, insanın sosyal bireysellikleri ona göre yarattığı şekilde de uzlaşımaldır.

Hukukun, sonuç olarak, kendinde herhangi bir muhtevası, herhangi bir “töz”ü yoktur. Bu bakış açısı, (ister insan hukukun tözüdür iddiasıyla, ister aynı anda hem hukukun hem toplumun tözü gibi gözükür varsayımsal toplumsal sözleşme [ile olsun]) hukuku nitelendirdiği farzedilen değişik tözlerin ifadesi olarak tahayyül eden Aydınlanma Felsefesi ile halen bunu yapmaya [devam eden] çağdaş taraftarları için tezat oluşturur; Marx aksine ancak, hukuk denen yapay-ürün olarak insan tarafından yaratılmış şeyi benimseyebilir. Marksçı tez sonuçta, bir hukuk görüşü ile nitelenir; [öyle ki] bu görüşe göre geçici bir ifade, toplumsal özneler-arasılık mekanı olarak hukuklarını yaratma insana, aktörlere düşer.

Hukukun Toplumsallığı ve Özneler-Arasılık

Şimdi bu görüşün içine zerk olduğu bilişsel çerçeveye meşgul olalım. İnsanoğlunun mütemmim cüzü yapay-ürünlerden ve ürünlerimizden elde edebileceğimiz soyut ve somut bilgilere ilişkin soruları kendimize sormak söz konusu... Başka kelimelerle, hukuk fenomenine ilişkin herhangi bir bilgi nasıl oluşturulur?

“Hukuki” kavramlar, hukuki kuramlar ve hukuk ideolojisi, aracılığıyla böyle bir bilginin oluşabilmesi için bir çıkış noktası olabilir.⁵ [Böylece] hukuk fenomenini işler kılabilmek için kullandığımız hukuki yapay-ürünlerin incelenmesi söz konusu olur.⁶ Bu anlamda, önvarsayılan yaratıcılarına atfedilecek birbiriyle ilintili rol ve yeri açıklama imkânını içinde barındıran potansiyeli mantığa uygun bir şekilde değerlendirmek için, hukuk fenomenine ulaşılmaya mümkün kılacak yapay-ürünler olarak kavramları tahayyül etmek sözkonusu edilecektir. Bununla birlikte “hukuk” denen yapay-ürünler, ancak hukuk özneleri tarafından yaşanan gerçekliğin önünde dogmatik bir körleşme pahasına kendinde incelenebilirler. İşte tam da, kavramlarımızı, kuramlarımızı ve ideolojilerimizi bağımsız ve kendine yeterli gerçeklikler olarak yorumlamak konusundaki baskın “hukuki” eğilim ve tehlike buradan kaynaklıdır; Marx’ın fetişizm olarak belirttiği bu tehlikeyi, biz hukuki fetişizm olarak adlandırabiliriz.

Marx’ın yazılarını gerçekten dikkatli bir şekilde okuyanlar; 1842-1852 yıllarında “ideoloji” kavramının kullanımıyla, devamında 1857 sonrasında fetişizm mevhumu arasında meydana gelen söz dağarcığı değişimini fark edebilirler.⁷ Amacımıza ulaşmak için, kavramların mübadelesinde beliren epistemolojik problematiğin altını çizmeliyiz. Kuramsal kariyerinin başında

⁵ Bk. E. B Pasukanis, “The General Theory of Law and Marxism”, *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, P. Beirne& R.S. Sharlet, 1^e édition, London, New York, Academic Press, 1980, p.40-131. 1927 tarihli 3. baskısından yapılan Fransızca çeviri, E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et du marxisme*, Paris, EDI, 1970, yapılan ideolojik tahrifler sebebiyle tavsiye edilemez.

⁶ Donna C. Kleine, *Dominion and Wealth. A Critical Analysis of Karl Marx’ Theory of Commercial Law*, Dordrecht, Reidel, coll. Sovietica, volume 49, 1987.

⁷ Bu konu hakkında v. Joachim Israel, *Aliénation. De Marx à la sociologie contemporaine*, Paris, Ed. Anthropos, 1972; Joseph Gabel, *La fausse conscience. Essai sur la réification*, Paris, Minit, coll. Arguments no 11, 1960. Cf. Csaba Varga, *The Place of Law in Lukacs’ World Concept*, Budapest, Akademiai Kiado, 1985.

Marx [kafasını], yeni bilgilerin elde edilmesine engel olarak yanlış bilinç, başka bir deyişle ideoloji problematiğiyle bulandırmıştı. Aydınlanma Felsefesinde olduğu gibi, Marx'ın ideali hala bu bilince rehberlik etmek, bu bilinci aydınlatmaktı. [Tabii] gerçekliği açıklama makamı olarak “aydınlanmış bilinç” sorunu, sonucuyla beraber... Bu bakış açısının lazımı melzumu, insan böyle olduğça, her bireyin gerçeklik açıklamamızda konu haline gelmesidir. Bu düşünce modeli, doğa (bir başka deyişle nomotik veya aksiyomatik) bilimlerinden ilham alarak inşa edilmiş bilimsel idealin üzerinde türetilir. Bununla birlikte yaşanan Marx'ın, ekonomi-politik okumalarında keşfettiği bireylerin gerçekliği ile rastlaşma, bu durumu tepe taklak eder –bu, açıklama makamı olarak, “insanın yaptığı şeyi” işin içine sokması olgusundan kaynaklanır. [İlk] durum, böylece hōristik değerini kaybeder: insanlar ancak hep birlikte, gerçekliklerinin yazarı ve okuyucusu olurlar, başka bir deyişle özneler-arasılıkla ve insanları, kendi yarattıklarının sonucu olarak tanımlayan zorunlu öncülle beraber...

Epistemolojik bilgi sorununu fetişizm kuramına bağlayarak Marx, kavramların, kavramların ve ideolojilerin kendinde bir değeri olmadığını ortaya koymayı denemiştir. Bunlar bize bir bilgi veya herhangi bir “malumat” biçimi veremezler. Çok basitçe, bunlar “etken” (başka bir ifadeyle bilgi için aktör) değildirler, ama daha çok “nesne”dirler (başka bir ifadeyle bilginin elde edilmesinde çıkış noktasıdır). Kavramlar tarafından izin verilen robinsonculuktan ziyade Marx, toplumsal yapay-ürünlerin oldukları şey için, [yani] beşeri özneler-arasılık veya ilişkilerin ifadeleri olarak incelenmelerini talep eder.⁸

Fetişizm kavramı Portekizce kökenlidir. *Fétitico*, Portekizli denizcilerin XV. ve XVI. yüzyıllarda Batı Afrikadaki yerli halklarla karşılaşmaları sırasında [edindikleri] deneyimi dile getirir. Gerçekten [ilgili] mekan sakinlerinin “kendileri tarafından üretilmiş” bazı nesnelere doğa-üstü, dinsel bir nitelik verdiklerini gözlemlerler. Bu gözlemle ilgili olarak Marx, kavramlar, kuramlar veya ideolojiler olsun toplumsal yapay-ürünlerin nasıl özgül hayatlarına rehberlik etmeye başladığını göstermek isteğiyle birlikte zaten epistemolojik düzleme yaslanır. Daha açık bir şekilde, “insanın yaptığı şey”in kendisinin yönetemediği bir gerçekliğe bağımlılığın nesnesi ve aracından

⁸ Shlomo Avineri, *The Social and Political Thought of Karl Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p.82.

başka birşey olmama noktasına [getirerek] insanı nasıl değersizleştirdiğini açıklar. Ayrıca fetişizmleri bilgi üretimimize engel oldukları kadar, beşeri değersizleşme olarak da tahayyül eder. Bundan çıkan şey, fetiş nesnelерinin farklı bir toplumsal ve beşeri ilerlemeyi harekete geçirme yeteneğimizin ve özneler-arasılığımızın anlaşılmasına bariyer, engel olduğudur.

Marx tarafından oluşturulmuş ilk epistemolojik belirleme, “insanın ürettiği şey”in soyut tarafının, bir başka deyişle kavramların, kurmaların ve ideolojilerin çağdaş toplumlarda “doğa” niteliğini aldığını müşahade etmesidir. Marx’ın tezi, bireylerin artan atomizasyonu ile nitelenen çağdaş toplumun, sadece “doğal” özelliğinin görülmesine izin vererek, beşeri yapay-ürünlere soyut kısmının üzerini örttüğüdür (bir başka deyişle, mevcut vaziyetin üreticisi bireyler değilmiş ve doğal olarak vaziyet mübadele edilemez ve eylemlerinin erimi dışındaymış gibi). Bu yanılsamanın mantığı zaten, çağdaş toplumların karmaşıklaşmasından kaynaklanmaktadır.

“Meta”, “değer” ve “para” kavramlarını devreye sokarak, marksçı muhakemenin anlamını daha da belirginleştirelim.⁹ [Şöyle ki] Marx’a göre, bu kavramlar bireylerin kendi yarattıkları lehine feragat örnekleridir. Marx kavramlara, bireylerin zorunlu olarak uyması gereken ve kendilerinin dışında var olan aldatıcı doğal düzen niteliği atfedilmesine nasıl başladığını gösterir. Başka kelimelerle, “insanın yarattığı şey” insanın aleyhine nesnelleşir, özgürlüğünü tehlikeye sokar ve boyunduruğu altına aldığı özgürlüğün bedelini [ödeyerek] (mülkiyet, sözleşme ve ticaret gibi)¹⁰ meta, değer, para gibi var olmaya başlar. Bu kavramlar, sonuçta, toplumda hiçbir şekilde insanınkine değil de, bu kavramların yazgısına bağlanmış kendisini sosyallüğünün bir nesnesi (bir başka deyişle kavramları) yaparak insanı çocuklaştıran “zincirleri” temsiller.

Bu kuramda, özellikle de toplumsal süreçlerle alakalı düşünülecek mutlaka çok konu vardır; ama [biz] bilgi süreçlerinde özneler-arasılık paradigmasını kullanmak için alınacak yönelim üzerine Marx’ın ortaya koyduğu epistemolojik ikinci belirlemeyi tetkik edelim.

⁹ Karl Marx, *Le Capital*, *ibid.*, p.561. Karl Marx, *Kapital –Ekonomi Politüğün Eleştirisi-*, cilt I., çev. Mehmet Selik ve Nail Satlıgan, İstanbul, Yordam Kitap, Nisan 2011, s.49.

¹⁰ Donna C. Kline, *op.cit.*

Birinci durum gerçekte sadece, insanın soyut veya somut olarak imal ettiklerinin (kavram, kuram ve ideolojilerin) insan yazgısının bir parçasıymış gibi, adeta “doğa” olarak toplumsal fenomenleri tahayyül eder. Ama böyle bir durum, sorunun merkezine kadar ilerleyemez. Marx için en önemlisi hiyeroglifleri, başka bir deyişle kendimizin imal ettiği toplumsal yapay-ürünleri deşifre etmek, ne olduğunu anlamaktır. Nitekim kendisi de şöyle der:

“Bu nedenle, değer ne olduğu, alınına yazılmış değildir. Aksine, değer her emek ürününü toplumsal bir hiyeroglifçe çevirir. İnsanlar, sonradan, kendi toplumsal ürünlerinin gerisinde yatan sırra ulaşmak için, hiyeroglifin anlamını çözmeye çalışır; çünkü, kullanım nesnelere değerler olarak belirlenmeleri, insanların dilleri kadar toplumsal bir üründür.¹¹“

Marx’ın söz dağarcığı, niyetleri konusunda hatırlatıcıdır. [Bilindiği üzere] Marx bu satırları yazmadan birkaç on yıl önce, ejiptolog Champollion hiyerogliflerin anlamını deşifre etmişti.¹² [Böylelikle] Champollion, Mısır hiyerogliflerine ne anlam yükleneceği konusundaki ikibin yıllık spekülasyon ve büyülenmeyi bir nihayete erdirmişti. Marx’ın doğrudan Champollion’dan ilham aldığı [söylenebilir] ve Marx, toplumsal hiyerogliflerden yola çıkarak insanın epistemolojik şifrelerinin derhal çözülmesini salık vermek için, gerçekten “insanın yaptığı şeyin” görünüşte şifreleri çözülemez bir doğa, değilse de insanı aşan heterojen bir kuvvet olarak nasıl takdim edildiğinin altını çizmiştir. Marx, insanın eylem özerkliğini yeniden elde edebilmesi için kendi tarafından yaratılmış hiyeroglifleri deşifre etmesi gereğini tavsiye eder. O halde, özneler-arasılığı sadece bir açıklama makamı olarak alarak, toplumsal biçimleri, kavramları, ideolojileri epistemolojik olarak incelemekte tam anlamıyla yararlı vardır.

Bununla birlikte, konu insanın soyut olarak yaptığının somuta indirgenmesi değildir; Marx’a göre bu, yalnızca epistemolojik bir yanlış adım olacaktır. Öncelikle Marx’ın, bir yanda toplumsal biçimlerin, kavramların ve ideolojilerin ve diğer yanda somutun yaratıcısı, özerkliğini ifşa etmeye çalışan özerk varlık olarak insan arasındaki diyalogu öne koyan bir bilgi idealiyle iş yaptığının altı çizilmelidir. (Vico’yu hatırlatır bir biçimde) ger-

¹¹ Karl Marx, “Le Capital”, Oeuvres, *ibid.*, p.608. Karl Marx, Kapital –Ekonomi Politğin Eleştirisi, *ibid.*, s. 84.

¹² Jean-François Champollion (1790-1832) 1822-24 tarihlerinde hiyeroglifleri deşifre etmiştir.

çekliğin ve pratiğin birbiriyle mübadele edildiği akli bir diyalog söz konusu edilir. Bu diyalog “insanın yarattığı şey”in bilgisine himmet eder. Bununla birlikte, tamamlanması gereken toplumsal fiil tercihlerinin çıkış noktasıdır. Marx’ın epistemolojisinin bizi doğrudan pratiğe doğru yönlendirdiğinde hiçbir şüphe yoktur. Ama o da “kapı” önünde durur: daha sonra tekrar üzerinde duracağımız gibi, hiçbir zaman bu pratiğin normatif parametrelerini bize göstermez.

İnsan gerçekliği ve çıkarları üzerinde güçlü bir nokta olarak yükselmesi olgusunu vurgulayarak, şimdi hukuk felsefesi için Marksçı tezin sonuçlarını çıkaralım. Aynı zamanda hukuk kavramlarının, hukuk kuramlarının ve hukuk ideolojilerinin, insanın sosyal biçimlenmesinin de tabakaları haline geldiğinin altını çizelim. [Aslında] hiçbir şeyi, *aufhebung*, saf dışı bırakmak söz konusu değildir; ama prizma gibi olan epistemolojik bir şemayla mevcut özneler-arası hukuk pratiğinin anlaşılmasını zenginleştirmek konu edilmiştir. Bir başka ifadeyle, hukuku “insanın yarattığı şey”in ifadesi yapan özneler-arasılığın bir sonucu olarak göz önünde bulundurmaya bahis konusudur. Öyle gözüküyor ki Marx’a, hukuk fenomeninin incelenmesini, bireylerin somut düzeyi üzerine yerleştirmek zorunlu gelmiştir. Onun gözünde sayılan tek şey, bireyler ve hukuku açıklama makamını oluşturması gerekenlerdir. Bu, onu çok güçlü, hatta çok çok güçlü bir hukuki hümanizm içine yerleştirir.

Normatif Bir Çerçeve Olarak Özneler-Arasılık

Kimse şimdi bizi, Marx’ta özneler-arasılık perspektifinin bir normatif niteliği açığa çıkardığını ifade ederken görmekten şaşırılmayacaktır.¹³ Üstelik özneler-arasılık sorunu, toplumsal ve siyasal olarak davranma sorununa normatif bir çerçeve olarak kendini dayatır. Bununla birlikte özerk normatif bir karşı-şeniyete atıfta bulunma yerine, herşeyin sonunda sağaltmayla alakalı bir pratik olarak toplumsal gerçeklikte emilip dağılan zayıf bir normatiflik söz konusudur: bir değişim vaadiyle bağlanarak veya bir sürece dahil olarak, dünyayı değiştirmek ve kendini değiştirmek söz konusu olur.¹⁴ Tabi burada ismi konulmuş soruna mütenasip bir pratiğe sahip olunmuştur, ama aynı

¹³ Jürgen Habermas, “Le matérialisme historique et le dévolement des structures normatives”, *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985, p.25-83.

¹⁴ Karl Marx, “La journée de travail”, *Oeuvres, ibid.*, p.1241-1272, veya “Machinisme et grande industrie”, *Oeuvres, ibid.*, p.1272-1336.

zamanda maddesellik karşısında normatifliğin yönünü ve anlamını özerk kılmakta kabiliyetsiz bir pratikle de karşı karşıya kalınmıştır. Bu, Marx'ın kuramsal üretimini kasıp kavuran aşılamayan bir sorundur. Şu halde, Marx'ın özneler-arası perspektifinin, özgürleşmeye, eşitliğe, rasyonaliteye, dayanışmaya bir çağrı olarak nasıl somutlaştığını inceleyelim.

Bizim ilk dikkat çektiğimiz şey, Marx'ın özneler-arasılığı, özgürleşme kaynağı olarak işin içine dahil ettiğiyle alakalıdır. Gerçekten de, Marx'ın bilgi sürecini tasarlama tarzı ve onun yararına olan şey, insanı maddi bir biçimde zincirleyen heterojen kuvvetler karşısında özgürleşme zorunluluğuyla ancak özetlenebilir. Aydınlanmaya karşıt olarak, Marx “[E]ğer siyasal olarak insanın toplumda zincirli bir biçimde çürümesine izin verecekseniz, felsefi olarak heterojen otoritelerin vesayetinden kurtulma niçin övülsün ki? Gerçekten, heterojen kuvvetlerin, aynı zamanda erkek, kadın ve çocuk bedeninde insanlığa ilişkin bütün biçimleri kırıp içine çektiğini kabul ediyorsanız, kafalarımızdaki heterojen kuvvetlerin avlanmasının nesi iyidir ki?” cümlelerini söyleyebilirdi. Böylece Marx'ın insanın özgürleşmesine övgüsü hiçbir şüpheye mahal bırakmamaktadır. Öyle ki bütün kuramsal çalışması, özgürleşmenin faydası ile yüküdür.¹⁵ Marx'ta, insanın üzerinde bir nüfuzu bulunan toplumsal yapay-ürünler karşısında özgürleşmenin olduğu kadar meşruiyetin kaynağı olarak özneler-arasılığın gerekliliğine vurgu yapan içkin bir eleştiri bulunur. [Burada] söz konusu olan, ihanete uğramış bir özneler-arasılığın yeniden ihyasına içkin çağrıdır. Bu özneler-arasılığın işlememesi, ihtiyaçlarını ve faydalarını ya çok az dikkate alan ya da hiç almayan bir hukuk düzenin koynunda yaşamış XIX. yüzyıl işçi sınıfı tarafından acı bir şekilde, [aynı] derinin yüzeyinde olduğu gibi hissedilmiştir. Marksçı özneler-arasılık, sonuçta, hayatlarının, yazgılarının ve geleceklerinin şartlarını kendi ellerine alma çağrısıdır. Aydınlanmaya ve yolundan saptırılmış bir “hukuk”a göre, özgürleşme idealini maddi olarak gerçekleştirme çağrısıdır.

Bizim ikinci iddiamız, eşitliğin karşıtıyla ilgilidir: eşitsizlikle. Özneler-arasılık, Marx'ta, bir hukuk eleştirisinin normatif mercii olarak ifade olunur.¹⁶ [O kadar ki] pozitif yasaların olduğu gibi hukuk düzeninin de eleştirisine

¹⁵ Jürgen Habermas, *Connaissance et intérêt*, Paris, Gallimard, 1976.

¹⁶ Paul Phillips, *Marx and Engels on Law and Laws*, Oxford, Robertson, 1980; Maureen Cain & Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, London, New York, San Francisco, Academic Press, 1979.

izin veren bir kaynak haline gelmiştir.¹⁷ Hukuk eleştirisi, Marx'ta, olası hukuk fetişizmi, bir başka deyişle, hukuktan “nemalananlar” olarak kabul edilenler için “ödenecek bedel”e, sonuçlarına ve etkilerine gelince, sert bir toplumsal inceleme aleyhine “müesses hukuku” yüceltmek tehlikesine vurgu yapar. Marx'ın incelemeleri, özellikle de Kapitaldekiler sonuçta, ihanete uğramış, hatta yolundan döndürülmüş ve gasp edilmiş eşitliği ifşa etmek için normatif düzlemde kendine özgü bir anlam almıştır. Bu doğrultuda, işçi yasalaştırmaları, iş zamanı ve şartları, aynı sınıftan başka konular hakkındaki incelemeleri de ancak eşitsiz ve verev olmuş bir sistemin tablosu olarak hizmet eder. Öyle ki bir yandan, bir kişinin eşitsizlik; öte yandan bir [başka] kişinin Pazarın anonim kuvvetlerinin yönetmesi ve diğerleri için “doğal” koşul olarak eşitsizliği mutlak iddia etmesi sayesinde [oluşan] kuvvetli durumu... Bu incelemeler, ancak eşitlik adına da eşitsizlik mağlup edilebildiğinde bir anlam sahibi olur.¹⁸ Bununla birlikte (hiçbir anlamı olmayan) olgusal eşitliği açığa vuran idealist kapana düşmekten kaçınmak için, Marx sadece karşılıklı gerçek özerkliği hedefleyen özneler-arasılığa bir çağrıyla normatif eşitliği kısıtlar veya ilerletir.

Üçüncü iddiamız ise, özneler-arasılığın Marx'ta rasyonel bir çerçeveyi temsillediğini saptar. Daha açık bir biçimde toplumsal alanda, hukukunki gibi, kolektif eylemleri anlamak için bir çerçeve sözkonusudur. Eğer “hukuk” Marx'ta hem somut (alt-yapı), kurumsal (üst-yapı) ve ideal (bilinç) özneler-arasılıkta yerleşikse; hukukun her kola ayrılmasında rasyonel bir yaklaşımın, [üzerinde] uğraşılacak fenomenin rasyonelliği olarak özneler-arasılık konusuna vurguyu ön-varsaydığı sonucu çıkar. Başka kelimelerle, tortulaşma sırasında çökelti, oyundaki kuvvetler ve faydaların ifadesi olarak “rasyonel”dir; ama aynı zamanda iradi kolektif eylemler vasıtasıyla değişikliklere maruz kalabilmeye her daim açıktır. En nihayetinde, Marx'ın rasyonelliği, Hegel'de olduğu gibi somut hale gelmiş bir rasyonellik değil, kolektif eylemin uçuşa geçebildiği bir rasyonellik biçiminin tramplenidir. Bu perspektifte rasyonel bir eylem, gerçekliği değiştirmek amacıyla özneler-arasılık üzerine istişareyle somutlaşır. Hukuka gelince özgül eleştirisinin,

¹⁷ V. Pierre Lascoumes ve Hartwig Zandler, *Marx: du “vol de bois” à la critique du droit*, Paris, PUF, 1984. Philippe d'Harcourt, “Le droit égal, réflexion sur un texte de Marx”, *Archive de Philosophie du Droit*, vol.20, 1975, p.209-223.

¹⁸ Otto Dann, “Le mot d'ordre d'égalité dans le mouvement ouvrier allemand au XIX^e siècle”, *L'égalité*, vol.5, 1977, p.245-259.

eşitsizlik ve egemenlik vaziyetinde kapatılmış bulunan herkese söz ve eylem iradesi vermeyi amaç edinerek, siyasal eylemler aracılığıyla ifadesini bulmasına izin vermesi gerektiği açıktır.

Son iddiamız ise, öznel-arasılığın Marx'ın "mükemmel bir toplum" olarak tanımlamayı sevdiği dayanışmanın normatif çerçevesini ön plana koymasının altının çizilmesini ister. Bununla birlikte "mükemmel bir toplum"un kendinde hiçbir son ereğe sahip olmadığına da altının çizilmesi gerekir. [Zaten] ne de "saf bir ide"si söz konusudur. Aktüel, [yani] kendi zamanının toplumunun, özünde verevli olduğunu ve ancak diğerlerinin aleyhine halkın imtiyazlı katmanın faydasına hizmet ettiğini ortaya koyar. İnsanlar herhangi bir düşünceyi yayarak "iyi bir toplum"u yaratamazlar –Marx da birçok kere, sosyalizmin hiç de gerçekleştirecek bir düşünce olmadığını vurgulamıştır– ama dayanışma ruhu içinde, insaniyetsizlik, eşitsizlik, yoksulluk, toplumsal yabancılaşmaya vs. karşı mücadele eden bir topluma vücut vermek için birlikte çalışmayı kabul ederek [bunun yolunu açarlar]. Tabi ki bu noktada Marx'ta itiraf edilmemiş "ütopik bir boyut" saklıdır; ama bunu öznel-arası dayanışma çağrısına maddi olarak bağlamaktan daha ütopik değildir.

Marx'ın incelemelerinden ortaya saçılan normatifliğin bu dört konusu (özgürleşme, eşitlik, rasyonellik ve dayanışma), saptadığımız gibi, her defasında maddiliğin içinde emilerek dağılır: gerçekliğimizin alinyazısı olmadığı olgusu üzerine vurgu bahis konusudur. [Gerçeklik] şeyleri değiştirme irademize ve eleştirimize tabi olmalıdır. Hiç şüphe yoktur ki günümüzde Marx, hukuk felsefesi açısından, hukuku sonuçları üzerinden zorunlu değerlendirilmesini savunanları temsil eder.

Marx'ın rolü, aynı zamanda ve her şeyden önce zihinleri uyandırmak ve eylemi cesaretlendirmektir. Tarihsel olarak kışkırtıcısı olacağı derin değişiklikleri arzu etmiştir. Liberal nitelikteki hukuk devletinin değişimine izin veren ve demokratik tipte gönenç içindeki bir hukuk devletiyle sınırlayan yasal ve normatif değişimleri başlattığını biz de söyleyebiliriz.

Hukukun Yeni Modernitesi

Marx'ta sonuçta eskiz olarak beliren hukuk kuramı "hukukun yeni modernitesi"ne giriş olarak nitelendirilebilir. Bu kurama özgü görünüş, Aydınlanma Filozoflarında olan hukuku tek taraflı düşünme tarzından kop-

mayı içerir. Bu şekilde, gerçek özneler-arasılığa nazaran ve hukuk özneleri tarafından maruz kalınan gerçek sonuçlara bağlı olarak hukuk sorununun incelenmesine izin vereceği için, hukuk sorununun yeni parametrelere göre değerlendirilmesine kapı aralanmış olur. Böylece hukuk sorunu kavramsal hakikatlere veya herhangi bir sistemin sertliğine tabi olmaz; ama fiillerinde anlam veren özneler-arası bir ufuk zemininde toplumsal aktör ve hukukçunun hareket ettiği pratik bir dünyada vücut bulur.

Tarihsel marksizm (bir başka deyişle Marx'ın isminden faydalanarak değişik felsefi paradigmaları için içine sokma tarzları) Marx'ın kendisinin işaret etmiş olduğundan başka yollara saptığından, şimdi artık altlarının çizilmesine ihtiyaç duyulmaz. Marksizmin hukuki fenomene rasyonel bir şekilde yaklaşmasını engelleyen araçsalı kendinden körlük ve dogmatizme karşıt olarak, Marx'ın kuramsal yazılarının sahici bir açılımının, tabi pratik boyutuyla ve mütakabiliyet içinde hukuku değerlendirme ihtimali olduğunu hemen iddia edebiliriz.

Bununla birlikte hukuku bu tarzda müşahede etme, en büyüğü hukuk için yeni normlar yaratma tarzının olmadığı, birçok zayıf noktayı taşır. Normatiflik sorunu, her zaman normatifliğin *statu quo*'sunun (bir başka deyişle üzerinde evrim geçirdiğimiz özneler-arası ve normatif tortulaşmanın) saptanması esnasında kendini durdurur; Marx'ın övdüğü biçimde hukuk sorununu siyasal olarak seferber etme ihtimaline karşı belirli bir muhafazakârlık böylece var olur. Hukuk sorunu ise, “nesne” olarak kalmayı sürdürür ve bu biçimde değişmeye devam etmesi zorunludur. Sonuçta, Marx'ın hukuk görüşü her zaman, normatif düzlemde bu görüşün kaynaklarını seferber edebilmeksizin, özneler-arası aktivizm içinde yitme riskine doğru ilerler. Böylece her zaman, zamanımızı en iyi niteleyen, örneğin genetik manipülasyonlar sorunu [gibi], normatifliğe özgü problemleri, söz konusu problemi yaratan özneler-arasılık bile olsa, biçimlendirmek zor olarak kalmıştır. Bununla birlikte biz, Marx'ta eksik olanın, hukukta ve toplumda normatifliğin rolünün aydınlatma, çağdaş normatiflik görüşü olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Bizi bununla birlikte yeniden müşahede etmeye iten özneler-arası mütakabiliyet dünyasına normatifliğin nasıl modern bir şekilde hitap edebileceğini yeniden müşahede tarzı da onda eksiktir. Kısaca, demokratik normatif düzenleme vektörü olarak demokrasi anlayışı Marx'da noksanıdır. Ama Marx'a hakkını vermek için, düşmanlarının da demokrat olmadığı [söylenmelidir].

Böylece Marx hukukun yeni modernitesi perspektifini açtıysa da, bunu ne verdi, ne de biçimlendirdi. Zaten zamanımıza girme ve Aydınlanma'dan çıkmanın zorluğunu [hep] çekti; ancak şu kazancı kendisine bahşetmek gerekir: hukuk felsefesi bundan sonra “iki ayak üzerinde” yürümeye mahkum edilmiştir, *verum et factum* veya şeniyet ve meriyet...

SİNGAPUR ULUSLARARASI TAHKİM MERKEZİ YATIRIM
TAHKİMİ KURALLARI: SIAC YATIRIM TAHKİMİ KURALLARI
(1. BASKI, 1 OCAK 2017)¹

INVESTMENT ARBITRATION RULES OF THE SINGAPORE
INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE: SIAC INVESTMENT
ARBITRATION RULES (1ST EDITION, 1 JANUARY 2017)

Çevirenler/Translators: Mehmet Akif ÖZSOY** / Gökhan SÖNMEZ***

Giriş

- i. Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları (1. Bası, 1 Ocak 2017), uluslararası yatırım tahkiminin yürütülmesine yönelik olarak oluşturulmuş usul kurallarından oluşmakta olup, taraflarından birini Devlet, Devlet kontrollü bir kuruluş veya devletlerarası bir örgütün oluşturduğu; her türlü sözleşme, antlaşma, statü veya diğer sair belgelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanması amacıyla, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi tarafından düzenlenmiştir.
- ii. SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları, uluslararası yatırım tahkimine özgü hususlara yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu Kurallar, temel sözleşme, anlaşma, statü veya diğer sair belgelerde belirtilen herhangi bir şartın geçerliliğini etkilemeksizin, “yatırımcı” veya “yatırım” kavramını tanımlayan ifadelerin varlığı veya bir Devlet, Devlet kontrollü kuruluş veya devletlerarası bir kuruluşun mevcudiyeti gibi objektif kriterlere tabi olmayan herhangi bir tahkim türünde kabul edilebilir ve uygulanabilir.

¹ İşbu metin Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi'nin 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları'dır. Orijinal metni için bkz. <http://www.siac.org.sg/> (Çevrimiçi: 05.06.2017)

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans (L.L.M) öğrencisi. İstanbul, Türkiye. makifozsoy@gmail.com

*** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans (L.L.M) öğrencisi, Ankara, Türkiye. gokhan.sonmez693@gmail.com

**** Çeviri Gönderim Tarihi: 17.10.2017; Çeviri Kabul Tarihi: 18.12.2017

- iii. Tarafların önceden sözleşme, antlaşma, statü veya başka bir belgeyle, aralarında çıkacak bir uyuşmazlığa SIAC Yatırım Tahkimi Kurallarından başka tahkim kurallarının uygulanacağına dair karar vermiş olmaları durumunda; taraflar eğer sonradan, uyuşmazlığa SIAC Yatırım Tahkim Kurallarının uygulanacağına dair rıza gösterirlerse uyuşmazlık, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca çözülür.

1. Uygulama Kapsamı ve Yorum

1. Taraflar, bir uyuşmazlığın SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yargılaması ile çözümlenmesini kabul etmişlerse, tahkim işleminin SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca SIAC tarafından yürütülmesini kabul etmiş sayılırlar.
2. Uyuşmazlığın SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları'na göre, tahkim yoluyla çözümlenmesinin kabul edildiği tahkim anlaşması; taraflar arasındaki sözleşme, antlaşma, statü veya diğer sair belgelerde açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi bir tarafın tahkim sürecini başlatması da dahil olmak üzere karşı tarafın sözleşme, antlaşma, statü veya diğer sair belgeler aracılığıyla tek taraflı olarak sunduğu öneriyi kabul etmesi ile de kurulabilir.
3. Taraflar, bir uyuşmazlığın SIAC Yatırım Tahkim Kurallarına uygun olarak tahkime götürülmesine ilişkin bir anlaşma ile tahkim yargılamasına ilişkin olarak sahip oldukları yargı bağımsızlığından feragat etmiş olurlar. Yargı bağımsızlığından feragat edilmesi hükmün icra edilmesinden feragat edildiği anlamına gelmez.
4. SIAC Yatırım Tahkim Kuralları 1 Ocak 2017'de yürürlüğe girer ve o tarih itibariyle, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca yapılacak olan tahkimlerde uygulanır.
5. Bu kurallar uyarınca:
 - “**Hüküm**” kısmi karar, ara karar veya nihai kararı veya bir Acil Durum Hakem kararını ifade eder;
 - “**Merkez Komisyonu**”, Başkan tarafından atanan en az üç üyeden oluşan (Başkanı da içerebilir) bir komisyon anlamına gelir;

“**Merkez**”, SIAC Tahkim Merkezi anlamına gelir ve Merkez Komisyonu’nu içerir;

“**Acil Durum Hakemi**”, Ek 1’in 3. paragrafı uyarınca atanan bir hakem anlamına gelir;

“**Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf**” uyuşmazlık çıkması durumunda bu Tahkim Kurallarına başvurulacağı kararlaştırılan sözleşme uyarınca bu tahkim yargılamasına taraf olmayan akit tarafı ifade eder;

“**Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf**” uyuşmazlık çıkması durumunda bu Tahkim Kurallarına başvurulacağı kararlaştırılan sözleşmeye ve tahkim yargılamasına taraf olmayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.

“**Taraflar**”, bu Kurallara uygun olarak tahkim başvurusunda bulunan ve aralarında uyuşmazlık bulunan Davacı (lar) ve Davalı (lar) anlamına gelir;

“**Taraf**” bu Kurallara uygun olarak tahkim başvurusunda bulunan ve aralarında uyuşmazlık bulunan Davacı (lar) veya Davalı (lar) anlamına gelir;

“**Uygulama Notları**”, bu Kuralların tamamlanması, düzenlenmesi ve uygulanması için Sekreteryaya tarafından muhtelif zamanlarda yayınlanan kuralları içerir;

“**Başkan**” Merkez Başkanı anlamına gelir ve bir Başkan Yardımcısı ve Sekreteryaya’yı bünyesinde barındırır;

“**Sekreteryaya**”, Merkezin Sekreteryası anlamına gelir ve herhangi bir Sekreteryaya Vekili’ni bünyesinde barındırır;

“**SIAC**” Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi anlamına gelir;

“**SIAC Yatırım Tahkim Kuralları**” veya “**Kurallar**”, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi’nin Yatırım Tahkim Kuralları anlamına gelir;

“**Heyet**”, tek hakem veya birden fazla hakemin tayin edildiği hakemlerden oluşur;

Bu Kurallar'daki herhangi bir şahıs ifadesinde, cinsiyet ayrımı gözetilmez. Herhangi bir tekil ifadenin, uygun durumlarda çoğul olarak kullanıldığı anlaşılmalıdır.

2. Tebligatlar ve Sürelerin Hesaplanması

- 2.1. Herhangi bir tebligat, yazışma veya teklif yazılı şekilde yapılmış olmalıdır. Yazılı şekilde yapılmış olan tebligat, yazışma veya teklif, elden teslim, iadeli taahhütlü posta veya kurye servisi ile yapılabilir; veya, elektronik haberleşme vasıtalarından (e-posta ve faks dahil) herhangi biri ile iletilebilir; veya, tebliği tespit edilebilen diğer tüm iletişim araçlarıyla yapılabilir. Yazılı şekilde yapılmış herhangi bir tebligat, yazışma, veya teklif eğer; i) muhatabın kendisine veya yetkili temsilcisine; ii) muhatabın mutat meskenine, işyerine veya belirlenmiş adresine; iii) taraflarca kararlaştırılmış herhangi bir adrese; iv) taraflar arasında önceki faaliyetlerini gerçekleştirdikleri adrese; veya v) eğer, muhatap, makul bir çabaya rağmen, yukarıda sayılan adreslerde bulunamıyorsa, bilinen son yerleşim yerine veya iş yeri adresine gönderilmişse geçerli olarak tebliğ edilmiş sayılır.
- 2.2. Herhangi bir tebligat, yazışma veya teklif Kural 2.1'e göre gönderildiği gün tebliğ edilmiş sayılır.
- 2.3. Bu kurallara göre sürelerin hesaplanmasında süreler tebligat, yazışma veya teklifin alındığı günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Sekreteryaya veya Heyet aksini kararlaştırmış olmadıkça, bu Kurallara tabi herhangi bir zaman dilimi, Singapur Standart Saatine (GMT +8) göre hesaplanacaktır.
- 2.4. Muhatabın adresinin bulunduğu ülkede iş günü olmayan günler, işbu Kurallar uyarınca sürelerin hesabında göz önüne alınır. Sürenin son gününün muhatabın adresinin bulunduğu ülkenin iş günü olmayan gününe denk gelmesi durumunda süre, takip eden ilk iş gününe uzar.
- 2.5. Taraflar, tahkim yargılamasına ilişkin her türlü tebligatın, yazışma veya teklifin bir kopyasını Sekreteryaya'ya da gönderir.

- 2.6. Aksi bu Kurallarda belirtilmedikçe, Sekreteryaya, herhangi bir zamanda, işbu Kurallarda belirtilen süreleri uzatabilir veya kısaltabilir.

3. Tahkim Talebi

- 3.1. Bu kurallara göre tahkim yargılamasına başlamak isteyen Taraf (Davacı), aşağıdaki hususları içeren tahkim talebini Sekreteryaya'ya sunar:
- a. Uyuşmazlığın tahkim yargılaması ile çözümlenmesine ilişkin talep;
 - b. İsimler, vatandaşlık durumu, adresler, telefon numaraları, faks numarası ve elektronik mail adresi, eğer biliniyorsa, tahkimin tarafları ve temsilcileri, eğer varsa;
 - c. Tahkim şartının varlığına ilişkin atıf ve tahkim şartının kopyası;
 - d. Uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme, antlaşma, statü veya diğer sair belgelere ilişkin referans ve sözleşme, antlaşma, statü veya diğer belgelerin kopyaları;
 - e. Mümkün olması durumunda, Taraf ile Devlet, Devlet kontrollü kuruluş veya devletlerarası örgüt ile arasındaki ilişkinin yapısına ilişkin ve tahkim şartıyla neden bağlı olmaları gerektiğini gösterir özet bir açıklama metni;
 - f. Uyuşmazlığın niteliğini ve şartlarını içeren özet bir açıklama metni, talep edilen tedbir ve belirlenebiliyorsa, başlangıçta talep edilen miktar;
 - g. Tahkim yargılamasına ilişkin olarak tarafların aralarında anlaştıkları ilişkin veya Davacının bu kapsamda sunmak istediği önerileri içerir beyanları;
 - h. Eğer tahkim şartında yer almıyorsa; hakem sayısına ilişkin teklif;
 - i. Taraflarca aksi öngörülmemişse, eğer tahkim şartı üç veya daha fazla hakem öngörüyorsa, hakem veya hakemlerin

atanmasına ilişkin, eğer tahkim şartı tek hakem öngörüyorsa, o hakemin atanmasına ilişkin beyan;

j. Uygulanacak hukuka dair beyan;

k. Tahkim diline dair beyan; ve;

l. Bu kurallarda yer alan zorunlu dava açma ücretinin ödemesi

3.2. Tahkim talebinin eksiksiz olarak Sekreteryaya tarafından alındığı gün tahkim yargılamasının başladığı gün olarak kabul edilir. Şüphesiz, Kural 3.1'in tüm gerekliliklerinin yerine getirilmesi durumunda veya Sekreteryaya'nın bu gerekliliklere önemli ölçüde uyulduğunu tespit etmesi durumunda, tahkim talebinin eksiksiz şekilde yerine getirildiği kabul edilecektir. SIAC, tahkim yargılamasının başlangıcına dair Taraflara bildirimde bulunmalıdır.

3.3. Davacı, Tahkim talebini Sekreteryaya'ya gönderdiği zamanda, Tahkim talebinin bir kopyasını davalıya gönderir ve bu tebligatın şeklini ve tarihini belirterek Sekreteryaya'yı bilgilendirir.

4. Tahkim Talebine Cevap

4.1. Davalı, Tahkim Talebinin kendisine tebliğinden itibaren 35 (otuzbeş) gün içinde tahkim Talebine Cevabını Sekreteryaya'ya sunar. Cevap şu hususları içermelidir:

a. Varsa, Heyetin yargı yetkisine sahip olmadığına dair itiraz da dahil olmak üzere, iddiaların tümünü veya bir kısmını kabul veya reddetmek;

b. Karşı davanın niteliğini ve koşullarını açıklayan, talep edilen tedbiri içeren ve belirlenebiliyorsa karşı davanın ilk miktarını belirten özet bir açıklama;

c. Madde 3.1'e göre yapılan Tahkim Talebindeki herhangi bir ifadeye yanıt olarak bildirilen beyanlar veya söz konusu madde kapsamında yer alan konularla ilişkin olarak belirtilen görüşler;

d. Taraflarca aksi öngörülmemişse, eğer tahkim şartı üç veya

daha fazla hakem öngörüyorsa hakem veya hakemlerin atanmasına ilişkin beyan veya eğer tahkim şartı tek hakem atanmasını öngörüyorsa Davacı tarafın önerisine ilişkin yorumları veya karşı teklifleri;

e. Söz konusu bir karşı dava için bu Kurallar uyarınca zorunlu dava açma ücretinin ödenmesi.

4.2. Davalı, Tahkim talebini Sekreteryaya'ya gönderdiği zamanda, Tahkim Talebinin bir kopyasını davalıya gönderir ve bu tebligatın şeklini ve tarihini belirterek Sekreteryaya'yı bilgilendirir

5. Hakemlerin Sayısı ve Atanması

5.1. Taraflar, Heyetin bir veya üç hakemden ya da bunlardan başka herhangi bir tek sayıdaki hakemlerden oluşacağını kararlaştırabilirler.

5.2. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bu Kurallara göre yürütülecek herhangi bir tahkime üç hakem atanacaktır; fakat Tarafların herhangi bir teklifini de değerlendirecek olan Merkez, uyuşmazlığın çözümlenmesinin güçlüğü, uyuşmazlık konusunu meblağ ve diğer ilgili şartları da göz önünde bulundurarak tek bir hakemin atanmasını uygun görebilir.

5.3. Taraflar, herhangi bir hakemin Taraflardan bir veya daha fazlası tarafından veya hali hazırda atanan hakemler de dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü kişi tarafından atanması konusunda anlaşmaya varmışlarsa, söz konusu anlaşma bu Kurallar uyarınca hakem atamak için yapılmış bir anlaşma olarak kabul edilecektir.

5.4. Her durumda, taraflar veya hali hazırda atanmış hakemler de dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü şahıs tarafından atanan hakemler, Merkez'in kendi takdirine bağlı olarak yaptığı atamalara tabi olacaktır.

5.5. Merkez, mümkün olan en kısa sürede bir hakem atar. Bu Kurallar uyarınca Merkez tarafından verilen bir hakem atama kararı nihaidir ve itiraza konu olamaz.

- 5.6. Merkez tahkim yargılaması sırasında tayin edilmesi daha önce tavsiye veya teklif edilen bir hakem atayabilir.
- 5.7. Tarafların farklı milletlerden olmaları durumunda, Taraflar aksine karar vermedikçe veya Merkez durumun şartlarına göre aksini uygun görüp kararlaştırmadıkça, Merkez tarafından atanan tek hakem ya da heyet başkanı, taraflardan farklı bir milletten olacaktır.
- 5.8. Her bir hakemin atanmasına ilişkin şartlar, yürürlükteki bu Kurallara ve Uygulama Notları'na veya taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak Sekreteryaya tarafından belirlenir.

6. Tek Hakem

- 6.1. Eğer tek bir hakem atanacaksa, Taraflardan her biri, tek hakem olarak görevlendirilmesi için bir veya daha fazla kişinin adlarını diğer Tarafa önerebilir. Taraflar, tek hakemin atanmasına ilişkin bir anlaşmaya vardığında, Kural 5.4 geçerli olur.
- 6.2. Tahkimin başladığı tarihten itibaren **42 (kırk iki)** gün içinde veya Taraflarca kararlaştırılmış ya da Sekreteryaya tarafından belirlenmiş bundan farklı bir süre varsa o süre içinde, Taraflar tek hakemin atanmasına ilişkin bir anlaşmaya varamamışlarsa, ya da Taraflardan biri bu süreler geçmeden doğrudan başvuruda bulunursa Merkez, Kural 8'de düzenlenen usule göre tek hakemi atar.

7. Birden Fazla Hakem

- 7.1. Üç veya daha fazla hakem atanacaksa, Davacı ve Davalı her biri eşit sayıda hakem tayin edecektir.
- 7.2. Eğer bir Taraf, karşı tarafın kendi hakem veya hakemlerini atanmasından itibaren **35 (otuz beş)** gün içinde veya taraflarca kararlaştırılmış veya Sekreteryaya tarafından belirlenmiş süre içerisinde hakemini tayin etmezse, Merkez o Taraf adına hakem veya hakemleri atar.

- 7.3. Heyet Başkanının atanmasına ilişkin Taraflar aralarında herhangi bir usul üzerinde anlaşmamışlarsa veya üzerinde anlaşılan usule göre Tarafların anlaştığı ve Sekreteryaya'nın belirlediği süre içerisinde Heyet Başkanı atanamamışsa, Kural 8'deki düzenlemeler uyarınca Merkez, Heyet Başkanını atar.

8. Hakemlerin Merkez Tarafından Atanması

- 8.1. Kural 6.2, 7.3, 9.1 ve Kural 9.2'ye göre hakem veya hakemlerin atanmasında, Merkez aşağıda yer alan usul listesine göre atamaları yapacaktır, meğer ki Taraflar bu usul listesine göre atama yapılmayacağını kararlaştırmış olsun veya Merkez kendi takdiriyle bu usul listesine göre atamanın davaya uygun olmadığına karar vermiş olsun:
- a. Merkez aday listesini oluşturmadan önce hakem veya hakemlerin nitelikleri üzerine Tarafların görüşünü almaya davet eder. Merkez Tarafların görüşleri ile bağlı değildir ancak listeyi oluştururken Tarafların görüşlerini ve davanın şartlarını göz önünde bulundurur.
 - b. Merkez en az beş ismin yer aldığı özdeş listeyi Taraflara bildirir.
 - c. Bu listenin alınmasından itibaren **15 (onbeş)** gün içinde veya Taraflarca kararlaştırılmış veya Sekreteryaya tarafından belirlenmiş farklı bir süre içinde, her Taraf, karşı tarafa bir kopyasını göndermeye yer olmaksızın, itiraz ettikleri isim veya isimleri listeden çıkararak ve tercih sırasına göre numaralandırarak doğrudan Sekreteryaya'ya iletirler.
 - d. Yukarıda bahsedilen sürenin bitiminden sonra, Merkez, Sekreteryaya'ya gönderilen onaylanmış isimler arasından ve Tarafların tercih sırasına göre hakem veya hakemleri atar.
 - e. Herhangi bir nedenle bu usule göre atama yapılamazsa, Merkez Tarafların bilgisi dahilinde, liste dışından hakem atama da dahil, kendi takdir yetkisine göre atama yapabilir.

9. İki'den Çok Taraf Tarafından Hakem Atanması

- 9.1. İki'den fazla Tarafın yer aldığı tahkimde, tek hakemin atanması durumunda Taraflar, tek hakemi ortaklaşa tayin edebilirler. Eğer tahkim başlangıcından itibaren 42 (kırk iki) gün içinde veya Tarafların veya Sekreteryaya'nın belirlediği farklı bir süre içinde tek hakem belirlenmemişse, Merkez Kural 8'deki usul uyarınca tek hakemi atar.
- 9.2. İki'den fazla Tarafın yer aldığı tahkimde, üç veya daha fazla hakemin atanması durumunda, Davacı(lar) ve Davalı(lar)ın her biri ortaklaşa, eşit sayıda hakemi tayin edebilirler. Heyet Başkanı, Kural 7.3 uyarınca atanır. Eğer tahkim başlangıcından itibaren **42 (kırk iki)** gün içinde veya Tarafların veya Sekreteryaya'nın belirlediği farklı bir süre içinde, hakemler belirlenmemişse, Merkez Kural 8'deki usul uyarınca hakemleri atar ve içlerinden birini Heyet Başkanı olarak tayin eder.

10. Hakemlerin Nitelikleri

- 10.1. Taraflarca tayin edilmiş olsun veya olmasın işbu Kurallar uyarınca tahkime atanan her hakem daima bağımsız ve tarafsız olmalıdır.
- 10.2. İşbu Kurallar uyarınca yapılan hakem atamasında, Merkez, Tarafların anlaşması uyarınca belirlenen hakemin, sahip olması gereken nitelikleri taşıdığına ve hakemin tarafsız ve bağımsız olabileceğine ilişkin yeterli kanaati taşımalıdır.
- 10.3. Merkez, ayrıca, hakemin tahkimin yapısına uygun düşen seri ve etkili bir tutum sergileyerek uyuşmazlık hakkında hüküm vermeye ehil olduğuna ilişkin inceleme de yapar.
- 10.4. Aday gösterilen hakem, bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürecek haklı şüphelerin varlığı durumunda, Tarafları ve Sekreteryaya'yı, atanmasından önce olacak şekilde, mümkün olan en kısa zamanda bilgilendirmelidir.
- 10.5. Hakem, bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürecek haklı şüphelerin varlığı tahkim sırasında ortaya çıkarsa, bu durumu

Taraflara, diğer hakemlere ve Sekreteryaya en kısa zamanda bildirmelidir.

- 10.6. Hiçbir Taraf veya Taraf adına hareket eden kimse, uyuşmazlık ile ilintili hiçbir hakem veya taraflarca hakem olarak atanması için aday gösterilen kimse ile tek taraflı olarak (*ex parte*) iletişim kuramaz. Ancak ihtilafın niteliğine uygun olarak, adaya tavsiyelerde bulunmak, adayın Taraflara ilişkin olarak niteliklerini, yeterliliğini ve bağımsızlığını tartışmak, Tarafların veya Taraflarca atanan hakemlerin görev aldığı Heyet Başkanı'nı seçme hususunda adayların uygunluğunu tartışmak bu kapsamda değerlendirilmez. Hiçbir Taraf veya Taraf adına hareket eden kimse, uyuşmazlık ile ilintili Heyet Başkanı için aday gösterilen hiçbir hakem ile tek taraflı olarak (*ex parte*) iletişim kuramaz.

11. Hakemlerin Reddi

- 11.1. Hakemin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürecek haklı şüphelerin varlığının veya hakemin tarafların anlaşmasında aranan niteliklere sahip olmadığını ortaya çıkması durumunda hakemler reddedilebilir.
- 11.2. Taraf, kendisinin aday gösterdiği hakemi ancak atamadan sonra öğrendiği sebeplerden ötürü reddedebilir.

12. Ret Dilekçesi

- 12.1. Hakemi reddetmek isteyen Taraf, reddedilmek istenen hakemin atandığına ilişkin tebligatın kendisine yapıldığı tarihten veya Kural 11.1 ve 11.2'de belirtilen durumların gerçekleştiğinin bilindiği veya bilinebilecek durumda olduğunun kabul edildiği tarihten itibaren **28 (yirmi sekiz)** gün içinde Kural 12.2'deki gerekliliklere uygun olarak rett dilekçesini Sekreteryaya sunmalıdır.
- 12.2. Ret dilekçesinde, red sebepleri belirtilmelidir. Dilekçenin Sekreteryaya tarafından alındığı tarih, dilekçenin ibraz edildiği gün olarak kabul edilir. Ret talebinde bulunan Taraf, aynı zamanda, Sekreteryaya ile birlikte, karşı Taraf'a, reddedilmesi

istenen hakeme, heyetin diğer hakem üyelerine (Heyet henüz oluşmamışsa atanmış herhangi bir hakeme) ret dilekçesini gönderir ve bu tebligatın şeklini ve tarihini belirterek Sekreteryaya'yı bilgilendirir.

- 12.3. Ret talebinde bulunan Taraf, işbu Kurallarda düzenlenen Ücret Tablosu'nda yer alan **zorunlu ret** ücretini öder. Eğer Sekreteryaya tarafından belirlenen süre içinde ücret ödenmezse, ret talebi geri alınmış sayılır.
- 12.4. Kural 12.2'ye göre düzenlenen ret dilekçesinin alınmasından sonra, Sekreteryaya, ret talebinin sonuçlanmasına kadar tahkim yargılamasının askıya alınmasını emredebilir. Sekreteryaya bu Kural uyarınca tahkim yargılamasının askıya alınmasını emretmedikçe, reddi istenen hakem, 13. maddeye ilişkin sebeplerin Merkezce tespit edilmesine kadar tahkime devam edebilir.
- 12.5. Bir Tarafın reddettiği hakeme ilişkin olarak, diğer Taraf'ın da bu reddi kabul etmesi durumunda Merkez, reddi talep edilen hakemi azletmelidir. Reddi istenen hakem kendi isteğiyle görevinden çekilebilir. Ancak sayılan bu iki durum da, redde gerekçe olarak gösterilen sebeplerin mevcut olduğu anlamına gelmez.
- 12.6. Eğer bir hakem Kural 12.5 uyarınca azledilir veya kendi isteğiyle görevden çekilirse onun yerine, yerine atama yapılan hakem için uygulanan usule uygun olarak bir hakem atanır. Bu usul, reddedilen hakemin atanması sürecinde bir Taraf'ın hakem tayin etme hakkını kullanmaması halinde dahi uygulanır. Reddedilen hakemin yerine atanacak hakemin aday olarak sunulması ve atanmasına ilişkin işlemlere ilişkin süre, karşı Taraf'ın ret talebinin tebliğ edildiği veya reddi istenen hakemin görevden çekildiği günden itibaren işlemeye başlar.

13. Ret Talebine İlişkin Karar

- 13.1. Kural 12 uyarınca düzenlenen ret dilekçesinin tebliğinden itibaren **21(yirmi bir)** gün içerisinde eğer karşı Taraf ret talebini kabul etmezse ve hakem görevinden kendi isteğiyle çekilmez-

se, Merkez ret talebine ilişkin karar verecektir. Merkez Taraf-lardan, reddi istenen hakemden ve Heyetin diğer üye hakem-lerinden (Heyet oluşmamışsa atanan herhangi bir hakemden) ret talebine ilişkin görüş bildirmesini isteyebilir ve bu görüş-lerin dinlenmesi için uygun bir zaman dilimi ayarlar.

- 13.2. Eğer Merkez ret talebini uygun görürse, hakemi görevinden azleder ve onun yerine, yerine atama yapılan hakem için uy-gulanan usule uygun olarak bir hakem atanır. Ret edilen hake-min yerine atanacak hakemin aday olarak sunulması ve atan-masına ilişkin işlemlere ilişkin süre Merkez kararının Taraf-la-ra tebliğinden itibaren işlemeye başlar.
- 13.3. Eğer Merkez ret talebini uygun görmezse, reddi istenen ha-kem görevine devam eder.
- 13.4. Kural 13 uyarınca ret talebine ilişkin verilen Merkez kararları, aksi Taraflarca kararlaştırılmamışsa, gerekçeli olarak, Sekre-teryaya tarafından Taraflara tebliğ edilir. Redde ilişkin Merkez tarafından verilen kararlar kesindir ve itiraz konusu yapıla-maz.

14. Hakemin Değiştirilmesi

- 14.1. Bu Kurallarda aksi belirtilmediği takdirde, tahkim yargılama-sı sırasında bir hakemin ölümü, istifası, çekilmesi veya azle-dilmesi durumlarında, yerine atama yapılan hakem için uygu-lanan usule uygun olarak bir hakem atanır.
- 14.2. Bir hakemin, bu Kurallar uyarınca veya belirtilen süreler da-hilinde çalışmadığı veya görevini yerine getirmediği, görevini yerine getirmeyi veya çalışmayı reddettiği durumlarda veya görevini yerine getirmesinin veya çalışmasının hukuken (de jure) ya da fiilen (de facto) imkansız hale gelmesi durumların-da Kural 11 ila 13'te öngörülen bir hakemin reddedilmesine ilişkin ve Kural 14.1'te öngörülen hakemin değiştirilmesine ilişkin hükümler uygulanır.
- 14.3. Hakemin bu Kurallar uyarınca veya belirtilen süreler dahilinde çalışmadığı veya görevini yerine getirmediği ya da görevi-

ni yerine getirmeyi veya çalışmayı reddettiği durumlarda veya görevini yerine getirmesinin veya çalışmasının hukuken (de jure) ya da fiilen (de facto) imkansız hale gelmesi durumlarında ya da; görevini gerekli özenle yerine getirmemesi ve / veya uyuşmazlığın adil, hızlı, ekonomik ve nihai çözümünü sağlayacak şekilde yürütmemesi ya da buna yönelik çalışmaması durumlarında Merkez, kendi inisiyatif ve takdirine bağlı olarak, hakemin görevden alınmasını sağlayabilir. Merkez, bu Kural uyarınca bir hakemin görevden alınmasından önce görevden alınacak hakem de dahil olmak üzere (veya Heyet henüz oluşturulmamışsa, tayin edilen herhangi bir hakem dahil) Taraflar ve Heyetin diğer üyelerine danışacaktır.

15. Hakemin Değişmesi Durumunda Duruşmanın Tekrarı

Kural 12 ve Kural 14 uyarınca değiştirilen Hakemin, Tek Hakem ya da Heyet Başkanı olması durumunda taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça daha önce yapılan tüm duruşmalar tekrarlanır. Bunlardan başka bir hakemin değiştirilmesi durumunda duruşmalar, Tarafların da görüşü alınarak Heyet'in takdirine bağlı olarak tekrarlanabilir. Heyet o zamana kadar bir ara karar veya kısmi karar vermişse, sadece o karara ilişkin duruşmalar tekrarlanmaz ve karar etkisini korur.

16. Tahkimin Yürütülmesi

- 16.1. Heyet, tahkim yargılamasını Taraflar'ın görüşünü aldıktan sonra, uyuşmazlığın adil, hızlı, ekonomik ve nihai şekilde çözülmesini sağlamak üzere, uygun gördüğü şekilde yürütür.
- 16.2. Heyet, tüm delillerin uygunluğunu, önemliliğini ve kabul edilebilirliğini belirler. Heyet, bunu gerçekleştirirken herhangi bir hukukun delil değerlendirmesine ilişkin kurallarını uygulamakla yükümlü değildir.
- 16.3. Heyet, oluşmasından sonra mümkün olan en kısa sürede, taraflar ile birlikte bizzat ya da diğer yollarla, davaya en uygun ve etkin olacak usulleri görüşmek üzere bir ön toplantı yapacaktır.

- 16.4. Heyet, kendi takdirine göre, duruşma düzenine karar verebilir, davayı belirli aşamalara bölebilir, birikmiş ve ilgisiz ifadeleri ve diğer delilleri değerlendirme dışı bırakabilir, ve Tarafların, davanın bir kısmına veya tamamına etki edebilecek kararlar ilgili meselelere dikkatlerini çekebilir.
- 16.5. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Heyet Başkanı, Heyet tarafından gözden geçirilmesi şartıyla, usule ilişkin kararları tek başına verebilir.
- 16.6. Bir Tarafça, Heyete ve / veya Sekreteryaya verilen tüm beyanlar, belgeler veya diğer bilgiler aynı anda diğer Tarafa bildirilecektir.
- 16.7. Merkez, yargılamanın herhangi bir aşamasında, Taraflar ve Heyet'ten, davaya en uygun ve etkili olacak usulleri görüşmek üzere bir toplantı düzenlenmesini isteyebilir. Bu tür toplantılar şahsen veya herhangi bir başka yolla yürütülebilir.

17. Taraflarca Sunulacak Dilekçe ve Yazılı Beyanlar

- 17.1. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça veya Heyetçe belirlenmedikçe, yazılı beyanların bildirimleri işbu Kural 17 uyarınca yapılır.
- 17.2. Davacı, Heyet tarafından belirlenen süre içerisinde Davalı ve Heyete ayrıntılı olarak şu hususları içeren dava dilekçesini gönderir:
 - a. İddiasını ve savunmasını destekler nitelikte, olayın izahı;
 - b. İddiasını ve savunmasını destekler nitelikte, yasal dayanak ve deliller;
 - c. İddiasını ve savunmasını destekler nitelikte, herhangi bir tanık ifadesi ve / veya uzman raporu; ve
 - d. Talep sonucu istenen miktarın tümü.
- 17.3. Davalı, Heyet tarafından belirlenen süre içerisinde Davacı ve Heyete ayrıntılı olarak şu hususları içeren cevap dilekçesini gönderir:

- a. Savunmasını ve karşı iddiasını destekler nitelikte, olayın izahı;
 - b. Savunmasını ve karşı iddiasını destekler nitelikte, yasal dayanak ve deliller;
 - c. Savunmasını ve karşı iddiasını destekler nitelikte, herhangi bir tanık ifadesi ve / veya uzman raporu; ve
 - d. Talep sonucu istenen miktarın tümü.
- 17.4. Taraflar, aralarındaki bir anlaşmayla veya Heyetin gerekli görmesi durumunda, Heyetçe belirlenecek süre içerisinde Cevap ve Cevap Dilekçelerini de sunabilirler.
- 17.5. Heyetçe, böyle bir değişikliğin karşı Tarafa zarar vermesi, yargılamada gecikmeye sebep olması veya başka bir şekilde uygun olmaması, şeklinde değerlendirilmemesi halinde, bir Taraf, iddiasında, savunmasında veya diğer sair beyanlarında değişiklik yapabilir.
- 17.6. Heyet, davanın ilerleyen aşamalarında hangi beyanların sunulması gerektiğine veya Tarafların sunmak istediği beyanlara ilişkin karar verir. Heyet, bu tür bildirimlerin tebliğ edilmesi için gereken süreyi belirleyecektir.
- 17.7. İşbu Kural'da belirtilen tüm dilekçe ve beyanlar ile beraber, daha önce Taraflarca sunulmamış, iddialarını destekler nitelikte belge ve resmi belgelerin de kopyaları sunulmalıdır.
- 17.8. Eğer Davacı dilekçesini belirlenen süre içerisinde ibraz etmezse, Heyet tahkim yargılamasının sona erdirilmesine ilişkin bir karar verebilir ya da uygun düşecek başka birtakım emirler verebilir.
- 17.9. Eğer Davalı cevap dilekçesini belirlenen süre içerisinde ibraz etmezse, ya da Taraflardan herhangi biri, Heyet tarafından belirlenmiş bir usulde, iddiasını sunmak üzere kendisine verilen imkanlardan yararlanmazsa, Heyet tahkim yargılamasına devam edebilir.

18. Tahkim Yeri

- 18.1. Taraflar, tahkim yerini kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşmanın olmaması durumunda, Heyet, uyuşmazlığın şartlarını göz önünde bulundurarak tahkim yerini belirler.
- 18.2. Heyet, münasip veya işin niteliğine uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir yerde, anlaşılır veya geçerli herhangi bir sebeple duruşma veya toplantı düzenleyebilir.

19. Tahkim Dili

- 19.1. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, tahkim dili Heyetçe belirlenir.
- 19.2. Eğer bir Taraf, tahkim dili veya dillerinden başka bir dilde belge sunarsa Heyet, heyet henüz oluşmamışsa Sekreterya, belgeyi sunan Tarafa, o belgenin belirlenen şekillerdeki tercümesinin sunulmasını emredebilir.

20. Taraf Temsilcileri

- 20.1. Taraflardan her biri, hukuk alanında uzman kişi (avukat) veya diğer yetkili temsilciler aracılığıyla temsil edilebilir. Sekreterya ve/veya Heyet, Taraf temsilcilerinin yetkilerine ilişkin delil sunmalarını isteyebilir.
- 20.2. Heyetin oluşmasından sonra, Tarafların temsilcilerindeki herhangi bir değişiklik veya yeni temsilcilerin dahil edilmesi durumunda; bu durum Taraflara, Heyete ve Sekreterya'ya yazılı bir şekilde ivedilikle bildirilmelidir.

21. Duruşmalar

- 21.1. Aksi Taraflarca kararlaştırmadıkça, Tarafların arzusuna veya Heyetin takdirine göre, Heyet, kanıtların sunulması ve/veya yargılama yetkisi ve davaların ayrılması dahil uyuşmazlığa ilişkin iddiaların sözlü olarak ifade edilmesi için bir veya birden fazla duruşmanın yapılmasına karar verebilir.

- 21.2. Heyet, Tarafların görüşünü aldıktan sonra, duruşmanın veya toplantının gününü, zamanını ve yerini ayarlar ve bu durumu Taraflara bildirir.
- 21.3. Eğer Taraflardan biri katılmadığı duruşmaya ilişkin makul bir mazeret gerekçesi sunmamışsa, Heyet, tahkim yargılamasına devam edebilir ve önündeki belge ve delillere göre Hüküm verebilir.
- 21.4. Aksi Taraflarca kararlaştırmadıkça, tüm duruşmalar ve toplantılar gizli yapılır, tahkim yargılaması ile bağlantılı herhangi kayıt, transkript veya belge gizli kalır.

22. Tanıklar

- 22.1. Herhangi bir duruşma öncesi, Heyet, Taraflardan tanıkların kimliğine ilişkin bilgi sunmasını isteyebilir. Tarafların ifadelerinin içeriğine yönelik ve konuyla bağlantılı olan, Tarafların dinletmek istedikleri uzman bilirkişilere ilişkin kimlik bilgilerinin de talep edilmesi durumunda bu bilgiler Heyete sunulmalıdır.
- 22.2. Heyet, tanıkların, ifade vermeleri amacıyla duruşmada bulunmalarına, izin verebilir, yasak koyabilir veya bunu sınırlandırabilir.
- 22.3. İfade veren her tanığa, taraflardan her biri, onların temsilcileri veya Heyet tarafından, Heyetin karar vereceği usulde soru sorulabilir.
- 22.4. Heyet, tanıkların ifadesini yazılı beyan, yeminli beyan veya bunlardan başka bir kayıt usulü şeklinde sunmasını isteyebilir. Kural 22.2'ye uygun olarak, Taraflardan her biri, tanığın sözlü sorgulamadan geçirilmesini isteyebilir. Eğer Taraf sözlü sorgulamaya katılmazsa, Heyet uygun düştüğü ölçüde yazılı ifadeyi delil olarak kabul edebileceği gibi tanığın yazılı ifadesini dikkate almayabilir veya tamamen değerlendirme dışı tutabilir.

22.5. Taraflar veya temsilcileri, tanık veya olası tanık (Tarafta takdim edilecek olan) ile duruşma öncesinde görüşebilir.

23. Heyet Tarafından Atanmış Bilirkişiler

23.1. Aksi Taraflarca kararlaştırmadıkça, Heyet

- a. Tarafların görüşünü aldıktan sonra, uzmanlık isteyen konulara ilişkin rapor alınması için, bilirkişi atayabilir.
 - b. Taraflara, Kural 23.1(a) uyarınca atanan bilirkişiye, herhangi ilgili belgeyi sağlamasını veya inceleyebilmesi için uyumsuzluk ile ilgili belgeye, ürüne, eşyaya erişimi sağlamasını veya bunları ibraz etmesini emredebilir.
- 1.2. Kural 23.1(a) uyarınca atanan bilirkişi, Heyete raporunu yazılı olarak sunmalıdır. Raporun sunulmasından sonra, Heyet raporun kopyasını Taraflara tebliğ eder ve rapora ilişkin beyanlarını sunmak üzere Tarafları davet eder.
- 1.3. Aksi Taraflarca kararlaştırmadıkça, Heyetin gerekli görmesi veya Tarafların talep etmesi durumunda, Kural 23.1(a) uyarınca atanan bilirkişi, yazılı raporunu sunmasından sonra, duruşmaya katılacaktır. Duruşmada, Taraflar bilirkişiye soru yöneltebilecektir.

24. Heyetin Ek Yetkileri

24.1. Aksi Taraflarca kararlaştırmadıkça, işbu Kurallarda belirtilen yetkilere ilaveten, tahkime uygulanacak hukukun emredici kuralları tarafından yasaklanmadıkça, Heyet şu yetkileri de haizdir:

- a. Sözleşmenin tabi olduğu hukuka uygun ölçüde sözleşmenin düzeltilmesini emreder,
- b. İşbu Kurallarda yer alanlar haricinde, bu Kurallarda veya onun yönergelerinde belirtilen süreleri uzatır veya kısaltır,
- c. Gerekli ve uygun gördüğü durumlarda araştırma yürütür,

- d. Tarafların sahip veya zilyedi oldukları herhangi bir şeyi inceleme için hazır bulundurmalarını emreder,
- e. Uyuşmazlık konusu şeyin korunmasını, saklanmasını, satılmasını veya elden çıkarılmasını emreder,
- f. Tarafların, sahibi veya zilyedi oldukları, uyuşmazlık ile ilgili esasa ilişkin belgelerin, kopyalarının edinilmesini ve Heyete veya diğer Taraflara incelemesi için ibraz edilmesini emreder,
- g. Yargılama giderlerinin ödenmesine yönelik olarak, tamamlanmamış olan ücretlerin ödenmesini emreder,
- h. Taraflara veya başka kimselere yazılı yeminli ifade veya başka şekilde beyanda bulunmalarını emreder,
- i. Bir tarafın belli bir eylemde bulunmasını emrederek veya yasaklayarak, tahkimde verilen Hükümün, aktif varlıkların elden çıkarılması suretiyle, etkisiz kılınmasını önler,
- j. Heyetçe uygun görülen usulde, hukuki veya diğer giderler için Tarafların teminat vermesini emreder,
- k. Tahkimdeki uyuşmazlığın miktarının tamamına veya bir kısmına ilişkin olarak Tarafların teminat vermesini emreder,
- l. Taraflara para kaynağı yaratan üçüncü kişinin varlığının veya kimliğinin, eğer mümkünse, kaynak sağlayan üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümlenmesindeki çıkarının detaylarını ve/veya kaynak sağlayan üçüncü kişinin herhangi bir olumsuzluk durumunda, sorumluluk üstlenip üstlenmediğinin açıklığa kavuşturulmasını emreder,
- m. Heyet, Tarafların bu Kurallara veya Heyet'in emirlerine, talimatlarına veya kısmi Kararlarına uymaması veya uymayı reddetmesi veya herhangi bir duruşma veya toplantıya katılmaması durumlarına rağmen tahkim yargılamasına devam eder ve bu durumlara ilişkin uygun gördüğü ölçüde yaptırım uygular,

- n. Uygun olduğu hallerde, Tarafların açık veya örtülü olarak dilekçelerinde ifade etmedikleri ancak karşı Tarafa açıkça yöneltilen ve karşı Tarafın da cevap vermesi için yeterli fırsatın verildiği hususlara ilişkin karar verir,
- o. Tahkime uygulanacak hukuku belirler,
- p. Hukuki ayrıcalık ve diğer sair ayrıcalık iddialarına ilişkin karar verir.

25. Heyetin Yargı Yetkisi

- 25.1. Taraflardan biri, tahkim şartının varlığına, geçerliliğine, bu Kuralların uygulanabilirliğine veya SIAC'ın hakemlik idaresi yetkisine itiraz ederse, Merkez, Heyet oluşmadan önce, bu itirazın Merkez'e yönlendirilmesi durumunda karar verir. Sekreteryaya'nın bu yönde karar vermesi durumunda, Merkez ilk inceleme üzerine ("*prima facie*") tahkimin yürütülmesine ilişkin karar verir. Merkez, yetkisizlik kararı verirse tahkim sona erer. Sekreteryaya veya Merkez tarafından tahkimin sürdürüleceğine ilişkin herhangi bir karar, Heyetin kendi yargı yetkisine dayanma gücüne engel teşkil etmez.
- 25.2. Hakem Heyeti, tahkim şartının varlığı, geçerliliği ya da kapsamına ilişkin bir itiraz veya bir iddia ya da karşı iddianın ileri sürülebilirliği de dahil olmak üzere, kendi yargı yetkisine dayanma gücüne sahiptir. Bir sözleşmenin, antlaşmanın, statünün veya başka bir belgenin bir parçasını oluşturan bir tahkim şartı, sözleşme, antlaşma, statü veya başka bir belgedeki diğer şartlarından bağımsız bir madde olarak ele alınır. Sözleşmenin, antlaşmanın, statünün veya başka bir belgenin geçersiz veya yok hükmünde olduğuna ilişkin Heyet tarafından verilen karar, Tahkim şartının hukuken (*ipso jure*) geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Heyet, sözleşme, antlaşma, statü veya başka bir belgenin var olmadığı veya geçersiz olduğu iddiaları nedeniyle yargılamaya son vermez.
- 25.3. Tahkimin yetkisine ilişkin itirazlar şu zamanlarda ileri sürülmelidir:

- a. Heyetin yargılama yetkisine sahip olmadığına ilişkin herhangi bir itiraz, en geç Cevap Dilekçesi veya Cevaba Cevap Dilekçesiyle birlikte ya da Heyet tarafından belirlenen zamanda veya yargılamanın bunlara eş değer aşamasında Kural 17,1'e uygun olacak şekilde düzenlenen herhangi bir belge ile ileri sürülür.
- b. Heyetin yargılama yetkisini aştığına ilişkin herhangi bir itiraz, Heyetin yargı yetkisinin kapsamı dışına çıktığı iddia edilen meselenin, tahkim sırasında ortaya çıkmasından sonraki 28 gün içinde ileri sürülür.

Heyet, işbu Kural 23.3'te belirlenen süreleri tarafların birinin aşması durumunda, gecikmeyi haklı bulması halinde, itirazı kabul edebilir. Tarafın bir hakemi aday göstermesi veya seçilmesi sürecine katılması İşbu Kural 23.3 uyarınca bir itirazda bulunmasına engel teşkil etmez.

- 25.4. Heyet Kural 23.3 uyarınca yapılan bir itiraza, ön sorun ya da esasa ilişkin bir mesele olarak Hükümde yer verebilir.
- 25.5. Taraflardan biri bu konuya ilişkin olarak, mahsup ve karşı dava maksadıyla, bu Kuralların ve esasa uygulanacak hukuken izin verdiği ölçüde iddia ve savunmada bulunabilir.

26. İddia ve Savunmaların Ön Reddi

26.1. Bir Taraf:

- a. iddia veya savunmanın açıkça hukuki gerekçelerden yoksun olması;
- b. iddia veya savunmanın açıkça Heyet'in yargı yetkisinin dışında olması;
- c. iddia veya savunmanın açıkça kabul edilemez, olması durumlarına dayanarak bir iddia veya savunmanın ön reddi için Heyete başvurabilir.

- 26.2. İşbu Kural 26.1 uyarınca bir iddianın veya savunmanın ön reddine yönelik bir başvuruda, başvuruyu destekleyen olgular ve yasal dayanaklar ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Ön ret için

başvuran Taraf, Heyete başvuruda bulunduğu sırada, başvurunun bir kopyasını da karşı Tarafa tebliğ eder ve Heyete bu tebliğin yapıldığını, tebliği biçimini ve tarihini bildirir.

- 26.3. Heyet, takdirine bağlı olarak, Kural 26.1’de öngörülen iddia veya savunmanın ön reddine ilişkin başvurunun yapılmasına izin verebilir. Başvurunun yapılmasına izin verilmesi halinde, Heyet, Taraflara görüşlerini bildirme imkanı verdikten sonra, Kural 26.1.uyarınca ön ret başvurusunu kısmen veya tamamen kabul edebilir.
- 26.4. Başvurunun kabul edilmesiyle birlikte, Heyet, başvuruya ilişkin olarak, gerekçeli olacak şekilde özet niteliğinde bir karar verir. Buna ilişkin Hüküm, Sekreteryaya tarafından, istisnai durumlarda, sürenin uzatılması hariç olmak üzere, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren 90 gün içinde verilir.

27. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri ve İvedi Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

- 27.1. Heyet, Taraflardan birinin talebi üzerine, uygun bulunduğu ihtiyati tedbir veya diğer geçici hukuki koruma tedbirlerinden birine kararı verebilir. Heyet, geçici hukuki koruma tedbiri talep eden Tarafa, uygun korumayı sağlamaya yönelik talep ettiği korumayla ilişkili bir karar verebilir.
- 27.2. Bir Taraf tarafından yapılan geçici hukuki koruma tedbiri talebinin Heyet’in oluşmasından önce veya istisnai durumlarda Heyet’in oluşmasından sonra yapılması bu Kurallara aykırı değildir.
- 27.3. Eğer bir Taraf, Heyet’in oluşmasından önce geçici hukuki koruma tedbir talebinde bulunursa Sekreteryaya, taraflardan birinin başvurusu üzerine, Tarafların talebe ilişkin yazılı beyanlarını sunmaları için süre belirler. Geçici hukuki koruma tedbir talebi ve söz konusu yazılı beyanlar, oluşmasından sonra Heyete gönderilir.
- 27.4. Taraflar, Ek 1 uyarınca Acil Durum Hakeminin hükümlerinin uygulanması konusunda açıkça anlaşılırsa, Heyet’in oluşma-

sından önce ivedi geçici hukuki koruma önlemlerine ihtiyacı olan Taraf, Ek 1’de düzenlenen prosedür uyarınca bu talepte bulunabilir.

28. Uygulanacak Hukuk, Hakkaniyet ve Nisfet (*Amiable Compositeur* ve *Ex Aequo et Bono*)

- 28.1. Heyet, Tarafların kararlaştırdığı hukuk veya hukuk kurallarını, uyuşmazlığın esasına uygular. Uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı durumlarda, Heyet, ilgili herhangi bir devletin milli hukukunun, uluslararası anlaşma, teamül ve hukukun genel ilkeleri de dahil uygun gördüğü hukukun veya hukuk kurallarının uygulanmasına karar verir.
- 28.2. Tarafların açıkça yetkilendirmesi durumunda, Heyet, Hakkaniyet ve Nisfete (*Amiable Compositeur* ve *Ex Aequo et Bono*) göre karar verir.
- 28.3. Her durumda, Heyet, Taraflar arasındaki sözleşme, antlaşma, statü ve diğer sair belgelere göre karar verir ve varsa, ticari örf ve teamülleri de göz önünde bulundurur.

29. Üçüncü Kişilerin Beyanları

- 29.1. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf, Sekreteryaya ve Taraflara yazılı bildirimde bulunarak, uyuşmazlık ile doğrudan ilgili, sözleşmenin yorumuna yönelik meselelere ilişkin olarak, Heyet’e yazılı beyanda bulunabilir. Heyet ayrıca Tarafların görüşünü aldıktan sonra ve durumun gerekliliklerini göz önünde bulundurarak, Kural 29.1 uyarınca yazılı beyanda bulunmak üzere Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf’ı davet edebilir.
- 29.2. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf, Sekreteryaya ve Taraflara yazılı bildirimde bulunarak, yalnızca uyuşmazlığa ilişkin olarak yazılı beyanda bulunmak için Heyete başvurabilirler. Heyet ayrıca Tarafların görüşünü aldıktan sonra ve durumun gerekliliklerini göz önünde bulundurarak, Kural 29.1 uyarınca yazılı beyanda bu-

lunmak üzere Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf'ı veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf'ı davet edebilir.

29.3. İşbu Kural 29.2 uyarınca yapılan yazılı beyanın kabul edilmesi, Heyetçe, Tarafların görüşü ve diğer hususlar da göz önünde bulundurularak, şu ölçüde dikkate alınır:

- a. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın yazılı beyanlarının, uyuşmazlık ile ilgili hukuki veya olgulara yönelik Tarafların getirdiklerinden farklı bakış açısı, özel bir bilgi veya anlayış getirmesi durumunda;
- b. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın yazılı beyanlarının, sadece uyuşmazlığın sınırları içerisindeki belli bir meseleyi işaret etmesi durumunda;
- c. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın, tahkim yargılaması veya ona ilişkin süreçler ile yeterli ilgilerinin olması;
- d. Yazılı beyanların kabulünün Tarafların mahremiyetine zarar vermemesi durumunda.

29.4. İşbu Kural 29 uyarınca yazılı beyanda bulunan Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın, SIAC'ın bu Kurallar uyarınca yönetimine ve Heyetin yetkisine rıza gösterdiği kabul edilir.

29.5. Heyet, Kural 29 uyarınca sunulacak beyanların şeklini ve içeriğini belirler. Tarafların, yazılı beyanlara cevap hakkı saklıdır.

29.6. Heyet, davanın ilerleyen aşamalarında hangi beyanların sunulması gerektiğine veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın sunmak istediği beyanlara ilişkin karar verir. Heyet, bu tür bildirimlerin tebliğ edilmesi için gereken süreyi belirler.

29.7. Heyet, Tarafların talebi veya Heyetin kararı üzerine, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafı, yazılı beyanlarına yönelik soru sormak veya ayrıntılı olarak incelemek için duruşmaya davet eder.

- 29.8. Heyet, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın, yargılama ile ilgili dilekçeler, deliller, kararlar, emirler, Hüküm veya taraflarca ileri sürülmüş diğer belgelere veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Tarafın tahkim yargılamasına dahil olması için gerekli her türlü belgeye erişmesine karar verebilir. Heyet, duruşmaya ilişkin Kural 37 uyarınca korunan mahremiyetin korunmasına yönelik tedbirleri alır.
- 29.9. Heyet, Kural 29 uyarınca yapılan tüm beyanların, tahkim yargılamasını sebepsiz yere sürüncemede bırakmasının, haksız yere külfet oluşturmasının, haksız yere ön yargı oluşturmasının önüne geçmek için gerekli her türlü tedbiri alır.
- 29.10. Heyet, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Üçüncü Kişilerin beyanlarına, emirlerinde, kararlarında ve Hükümünde dayanabilir ve yer verebilir.

30. Hüküm

- 30.1. Heyet, mümkün olan en kısa süre içinde, Taraflara danıştıktan ve Tarafların sundukları dilekçe ve delillerin Hüküm vermeye elverişli olduğu kanaatine vardıktan sonra, yargılamanın sona erdiğine karar verir. Yargılamanın sona erdirilmesi kararı, Taraflara ve Sekreteryaya'ya tebliğ edilir.
- 30.2. Heyet, kendiliğinden veya Hüküm verilmesinden önce Tarafların talebi üzerine, yargılamanın devamına karar verebilir. Yargılamanın devamı kararı Taraflara ve Sekreteryaya'ya tebliğ edilir. Devamına karar verilen yargılamanın sona erdirilmesi, Kural 30.1 uyarınca gerçekleştirilir.
- 30.3. Hüküm verilmesinden önce, Heyet, Hükümün taslak halini Sekreteryaya'ya sunar. Sekreteryaya süreyi uzatmadıkça ve aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Heyet, yargılamanın sona erdiğini ilan ettiği tarihten itibaren **90 (doksan)** gün içinde Hükümün taslak halini Sekreteryaya'ya sunar. Sekreteryaya, uygun düştüğü ölçüde, Hükümün şekline ilişkin değişiklik önerilerinde bulunabilir, ve Heyet'in uyuşmazlığa ilişkin karar verme

özgürlüğünü etkilemeden, içeriğe ilişkin belli hususlara dikkat çekebilir. Hükümün şekline ilişkin Sekreteryaya onay vermedikçe, Heyet tarafından Hüküm verilemez.

- 30.4. Hüküm yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Taraflar Hükümün gerekçeli olmamasını kararlaştırmışlarsa, Hüküm gerekçeli olmaz.
- 30.5. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Heyet farklı zamanlarda farklı konulara ilişkin ayrı Hüküm verir.
- 30.6. Eğer hakemlerden herhangi biri Hüküm verirken işbirliğine yanaşmazsa, makul fırsat verilmesinden sonra, diğer hakemler yargılamaya devam edebilir. Bu hakemler, işbirliğine yanaşmayan hakemin reddine ilişkin yazılı bildirimini Sekreteryaya, Taraflara ve bulunmayan hakeme tebliğ ederler. Hükümde yer almayan hakem olmadan tahkime devam edilmesine ilişkin kararın verilmesinde, diğer hakemler tahkim aşamasını, yer almayan hakemin katılmamasına ilişkin açıklamasını, hakemin yer almaması durumunda Hüküm üzerindeki olası etkilerini ve diğer unsurları göz önünde bulundururlar ve diğer hakemler; yargılamanın, hükümde yer almayan hakem olmadan devam etmesine karar verebilirler.
- 30.7. Birden fazla hakemin olması durumunda, Heyet oy çokluğu ile karar verir. Oy çokluğu ile karar verilemezse, Heyet başkanı Heyet adına tek başına Hüküm verir.
- 30.8. Hüküm metni Sekreteryaya, onaylı kopyalarının tahkim masraflarının tamamının ödenmesi sonrası Taraflara tebliğ edilmek üzere gönderilir.
- 30.9. Heyet, Tarafların kararlaştırdığı oranlarda, tahkim sonucu çıkan toplam tutara basit veya bileşik faiz uygulanmasını kararlaştırabilir; böyle bir anlaşmanın olmaması durumunda, Heyet, uygun gördüğü zamandan başlamak üzere uygun gördüğü miktarda faiz uygulanmasına karar verebilir.
- 30.10. Sulha varılması durumunda, Taraflar anlaşmışsa, Heyet, sulh anlaşmasına Hükümde yer verir. Taraflar, aralarındaki sulh anlaşmasının Hükümde yer almasını istemiyorsa, Heyetin

görevinin sona ermesinden ve tahkim masraflarının tamamının ödenmesinden sonra, Taraflar anlaşmaya vardıklarını Sekreteryaya bildirir.

- 30.11. Kural 31'e (ve Tablo 1'in açıkça kabulü halinde) bağlı olarak, tahkimin bu Kurallara göre yapılmasının kararlaştırılmasıyla, Taraflar Hüküm verildiği tarih itibarıyla, Taraflar için kesin ve bağlayıcı hale geldiğini ve gecikmeksizin yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerde bulunacaklarını kabul ederler. Taraflar ayrıca gayri kabili rücu olarak herhangi bir Devlet mahkemesi veya diğer adli makamların önlerinde Hükümü temyiz etmekten veya diğer kanun yollarına başvurmadan feragat edebilirler. Feragatin hukuken geçerli olarak yapılmış olması gerekir.

31. Kararın Düzeltilmesi, Yorumlanması ve Tamamlanması

- 31.1. Hükümün tebliğinden itibaren **30 (otuz)** gün içinde, Sekreteryaya ve diğer Tarafa yazılı bildirimde bulunarak, Taraflardan her biri, Heyetten Hükümde yer alan herhangi hesap, yazı, baskı veya benzeri hataların düzeltilmesini talep edebilir. Heyet, talebi haklı görmesi durumunda, talebin alındığı tarihten itibaren **30 (otuz)** gün içinde hataları düzeltir. Hükümün orijinal metninde veya ayrı memorandumda yapılan düzeltmeler de Hükümün bir parçasını oluşturur.
- 31.2. Heyet Kural 31.1'de yer alan hatalara ilişkin düzeltmeleri Hükümün verilmesinden itibaren **30 (gün)** içinde re'sen yerine getirebilir.
- 31.3. Hüküm'ün tebliğinden itibaren **30 (otuz)** gün içinde, Sekreteryaya ve diğer Tarafa yazılı bildirimde bulunarak, Taraflardan her biri, Heyetten yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış talep sonuçları için tamamlayıcı hakem kararı verilmesini talep edebilir. Heyet, talebi haklı görmesi durumunda, talebin alındığı tarihten itibaren 45 gün içinde tamamlayıcı hakem kararını verir.
- 31.4. Hüküm'ün tebliğinden itibaren **30 (otuz)** gün içinde, Sekreteryaya ve diğer Tarafa yazılı bildirimde bulunarak, Ta-

raflardan her biri, Heyetten Hükmün yorumlanmasını isteyebilir. Heyet, talebi haklı görmesi durumunda, talebin alındığı tarihten itibaren **45 (kırk beş)** gün içinde, Hükmün yazılı olarak yorumunu yapar. Yorum, Hükmün bir parçasını oluşturur.

- 31.5. Sekreteryaya, gerekli görürse, Kural 31'e göre Hükmün düzeltilmesi, yorumlanması ve tamamlanmasına ilişkin süreleri uzatabilir.
- 31.6. Hükmün düzeltilmesi, yorumlanması ve tamamlanmasına ilişkin gerekli ve uygun değişikliklerin yapılmasında Kural 30'da öngörülen usul uygulanır.

32. Ücretler ve Teminatlar

- 32.1. Heyet ücretleri ve SIAC ücretleri tahkimin başladığında yürürlükte olan Ücret Tarifesine uygun olarak tespit edilecektir. Taraflar, Heyet ücretlerini, Heyetin oluşmasından önce, alternatif yöntemler ile belirleyecekleri yönünde anlaşabilirler.
- 32.2. Sekreteryaya ödenecek giderlerin tutarını tahkimin maliyetine göre belirleyecektir. Sekreteryaya aksini belirtmedikçe, ödenecek giderlerinin tutarının %50'sini Davacı, diğer %50'sini Davalı ödeyecektir. Sekreteryaya, sırasıyla iddia ve savunmaya ilişkin giderleri ayrı ayrı belirleyebilir.
- 32.3. İddia veya savunmaya ilişkin tutarın ödeme zamanı geldiğinde belirlenemediği durumda, Sekreteryaya tarafından tahkimin maliyetine ilişkin olarak tahmini bir hesaplama yapılır. Böyle bir hesaplama uyuşmazlığın niteliğine ve davanın koşullarına bağlı olarak yapılabilir. Bu tahmini hesaplama daha sonra elde edilecek bilgiler ışığında düzeltilebilir.
- 32.4. Sekreteryaya, zaman zaman doğrudan Taraflara tahkim maliyetlerine ilişkin olarak ek giderler yükleyebilir.
- 32.5. Taraflar tahkim masraflarından müteselsilen sorumludurlar. Herhangi bir Taraf, karşı Tarafın kendine düşen payı ödemesi durumunda, tahkim masraflarına ilişkin giderlerin tamamını ödemekte serbesttir.

- 32.6. Eğer bir Taraf, Sekreteryaya tarafından yüklenen giderlerin bir kısmını veya tamamını ödemezse:
- a. Heyet çalışmalarını tamamen veya kısmen askıya alabilir ve Sekreteryaya SIAC'ın tahkimi yürütmesini tamamen veya kısmen askıya alabilir; ve
 - b. Sekreteryaya, eğer Heyet kurulmuşsa kurulmasından sonra ve Tarafları bilgilendirerek, uygun iddia ve savunmanın, Tarafın bu iddia veya savunmayı başka bir yargılamada ileri sürmesine engel teşkil etmeyecek şekilde, söz konusu yargılamada geri çekilmiş sayılması sonucunu doğuracak bir süre sınırı belirleyebilir.
- 32.7. Her durumda, tahkim masrafları, yargılamanın bitiminde, nihai olarak Sekreteryaya tarafından belirlenir. İddia ve/veya savunma hesaplanabilir değilse, Sekreteryaya tahkim masraflarına ilişkin nihai belirlemeyi Kural 33 uyarınca takdiri olarak yapar. Sekreteryaya, tahkim sonucunda karara bağlanan konuların aşamaları da dahil olmak üzere davanın tüm koşullarını dikkate alır. Belirlenen tahkim masraflarının ödenen gider tutarlarından az olması durumunda, Tarafların anlaşmaları durumunda o oranda, anlaşamamaları durumunda giderlerin ödendiği oranda bir geri ödeme yapılacaktır
- 32.8. Tahkim masraflarına ilişkin tüm ödemeler SIAC'a yapılır ve SIAC bünyesinde tutulur. Bu mevduatlara ilişkin olarak oluşabilecek herhangi faiz tutarları da SIAC bünyesinde tutulur.
- 32.9. İstisnai hallerde, Sekreteryaya, SIAC'ın yargılama ücreti için Taraflardan, yürürlükte olan Ücret Tarifesi'ndeki ücretlere ek ödemeler yapmalarını isteyebilir.

33. Tahkim Masrafları

- 33.1. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Heyet, Hükümde tahkim masraflarının toplam tutarını da özel olarak belirtir. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Heyet, tahkim masraflarının taraflar arasındaki dağılımını Hükümde belirleyecektir. Heyet,

tahkim masraflarının dağıtılmasında herhangi bir üçüncü kişilerin ücret ödeme planlarını da dikkate alabilir.

33.2. Tahkim masrafları şunları içerir:

- a. Heyet ücretleri ve harcamaları ve söz konusu olduğunda Acil Durum Hakemi ücretleri ve harcamaları
- b. SIAC'ın idaresine ilişkin ücretleri ve harcamaları ve
- c. Heyet tarafından atanan herhangi bilirkişi masraflarını ve Heyetin makul olarak destek aldığı diğer durumların masraflarını.

34. Heyet Ücretleri ve Masrafları

34.1. Heyetin ücretleri Sekreteryaya tarafından yürürlükteki Ücret Tablosu'na göre, ya da uygulanabiliyorsa Tarafların Kural 32.1 uyarınca kararlaştırdığı usul ve tahkim sonucuna bağlanan işlemlerin aşamasına göre belirlenir. İstisnai durumlarda, Sekreteryaya, Ücret Tablosu'nda belirtilen ücretlere ek ücretler ödenmesi gerektiğine karar verebilir.

34.2. Heyetin kendi karşıladığı makul harcamalar ve diğer ödemeler yürürlükteki Uygulama Notu'na göre geri ödenir.

35. Tarafların Hukuki ve Diğer Masrafları

Heyet, Hükümde bir Tarafın hukuki veya diğer masraflarının tamamının veya bir kısmının bir başka Tarafça ödenmesi yönünde karar verme yetkisine sahiptir. Heyet, bir Tarafın hukuki veya diğer masraflarının tamamının veya bir kısmının bir başka Tarafça ödenmesine yönelik karara Hükümde yer verirken, üçüncü kişilerin ücret ödeme planlarını da dikkate alabilir.

36. Sorumsuzluk Kaydı (Adem-i Mesuliyet)

36.1. Herhangi bir hakem veya Acil Durum Hakemi, Heyet tarafından atanan idari sekreter veya bilirkişi dahil herhangi bir kişi, Heyet başkanı, Merkez üyeleri, SIAC bünyesinde bulunan

herhangi yönetici, görevli veya çalışan, SIAC'ın bünyesinde bu Kurallar uyarınca idare edilen tahkimle bağlantılı olarak herhangi bir ihmalden, eyleminden veya kusurundan dolayı sorumlu tutulamaz.

- 36.2. Herhangi bir hakem veya Acil Durum Hakemi, Heyet tarafından atanan idari sekreter veya bilirkişi dahil herhangi bir kişi, Heyet başkanı, Merkez üyeleri, SIAC bünyesinde bulunan herhangi yönetici, görevli veya çalışan, SIAC'ın bünyesinde bu Kurallar uyarınca idare edilen tahkimle bağlantılı olarak herhangi bir açıklamada bulunma yükümlülüğüne sahip değildir. Herhangi bir hakem veya Acil Durum Hakemi, Heyet tarafından atanan idari sekreter veya bilirkişi dahil herhangi bir kişi, Heyet başkanı, Merkez üyeleri, SIAC bünyesinde bulunan herhangi yönetici, görevli veya çalışan, SIAC'ın bünyesinde bu Kurallar uyarınca idare edilen tahkimle bağlantılı olarak herhangi bir adli süreçte tanıklık etmek zorunda değildir.

37. Gizlilik (Mahremiyet)

- 37.1. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, herhangi bir Taraf, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf, hakem veya Acil Durum Hakemi, Heyet tarafından atanan idari sekreter veya bilirkişi dahil herhangi bir kişi, tahkim yargılaması ve Hüküm ile bağlantılı tüm konulara ilişkin olarak gizliliği korur. Heyetin tüm görüşme ve tartışmaları da gizli olarak yürütülür.
- 37.2. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, , herhangi bir Taraf, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf, Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf, hakem veya Acil Durum Hakemi, Heyet tarafından atanan idari sekreter veya bilirkişi dahil herhangi bir kişi, önceden Tarafların yazılı rızasını almadan şu konular hariç üçüncü kişilere herhangi bir konuyu ifşa edemez:
- a. Herhangi bir Devletin herhangi bir yetkili Merkezine Hükümün icrası veya temyizi için başvurulması;

- b. Yetkili Merkez tarafından çıkarılan Merkez çağrısına uyulması;
 - c. Yasal hak veya iddianın uygulanması veya savunulması;
 - d. Herhangi bir idari makam veya otoritenin talebi ve emri üzerine ifşa edilmesini zorunlu kılan herhangi bir Taraf'ın tabi olduğu devletin hukuk kurallarına uygun hareket edilmesi;
 - e. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Akit Taraf veya Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Taraf'tan yazılı veya sözlü ifade almak amacıyla Taraflara yazılı bildirimle Heyet'in emir vermesi;
 - f. Bir Tarafın talebi üzerine diğer Taraflara yapılan bildirim ile Heyet'in ifşa edilmesi kararı vermesi
- 37.3. Kural 37.1'deki " tahkim yargılaması ile ilgili meseleler" ifadesi, dilekçeleri, kanıtları ve tahkim yargılamasındaki diğer materyalleri, yargılama sürecinde diğer Tarafça sağlanan tüm belge ve dokümanları veya yargılama sonucu çıkan Hükümü içerir ancak, buna kamuya açık olan meseleler dahil değildir.
- 37.4. Bir Tarafın Kural 37'yi ihlal etmesi halinde, Heyet, kararlar veya Hüküm'de yaptırım veya masrafları tazmin kararı dahil, uygun önlemler almaya yetkilidir.

38. İlan

- 38.1. Tarafların bu Kurallara göre tahkim yargılamasının yapılmasını kabul etmesiyle, SIAC'ın bu Kurallar uyarınca yapılmış yargılamaya ilişkin yayın yapmasına izin verdikleri kabul edilir.
- 38.2. Kural 38.1 uyarınca yayınlanabilecek bilgiler, tarafların vatandaşlığı, Heyet üyelerinin kimliği ve vatandaşlığı, tahkim şartının yer aldığı antlaşma, statü ve diğer sair belgeler, varsa, tahkim yargılamasına başlama tarihi ve yargılamanın devam ettiğine veya sona erdiğine ilişkin bilgiler ile sınırlıdır. SIAC ayrıca Heyetin muhakemesine ilişkin redakte edilmiş kısım-

ları ve hakemlere itiraza ilişkin Merkez kararlarının redakte edilmiş hallerini yayınlayabilir.

- 38.3. Tarafların açık rızasıyla, SIAC, Tarafların kimliklerini, tahkim yargılamasının dayandığı ana sözleşmeyi, eğer varsa Taraf vekillerinin kimliklerini, uyuşmaz konusunun yer aldığı ekonomik sektör ve endüstri, uyuşmazlığın toplam değeri, usule ilişkin yargılama aşamasında yapılan işlemlerin ayrıntı açıklamaları ve yargılama sürecinde verilen herhangi emir, talimat, karar veya Hükmü yayınlayabilir.

39. Başkan, Merkez ve Sekreteryaya Kararları

- 39.1. Kurallarda aksine hüküm bulunmadıkça, Başkan'ın, Merkez'in ve Sekreteryaya'nın tahkime ilişkin tüm kararları Taraflar ve Heyet için kesin ve bağlayıcı niteliktedir. Kurallarda aksine hüküm bulunmadıkça veya Merkez aksine karar vermedikçe, Başkan'ın, Merkez'in ve Sekreteryaya'nın kararları gerekçeli olmak zorunda değildir. Taraflar, Merkez'in görüşme ve müzakerelerin gizli olduğunu kabul ederler.
- 39.2. Kural 13.1 ve Kural 25.1'e göre Taraflar, Başkan'ın, Merkez'in ve Sekreteryaya'nın kararlarına karşı herhangi bir Devlet mahkemesine veya diğer adli makamlara temyiz veya diğer kanun yollarına başvurmak hakkından feragat ederler.

40. Genel Hükümler

- 40.1. Bu Kuralların herhangi bir hükmüne uymak konusunda ya da tahkime uygulanan diğer kurallardan herhangi birine uymak konusunda ya da Heyet'in emirleri konusunda veya Tahkim şartına göre Heyetin oluşması veya işlemlerin yürütülmesine ilişkin herhangi bir gereklilik konularında derhal itirazda bulunmadan tahkim sürecine devam eden Taraf, itiraz hakkından vazgeçmiş sayılır.
- 40.2. Bu Kurallarda açıkça düzenlenmemiş olan tüm konularda, Başkan, Merkez, Sekreteryaya ve Heyet bu Kurallara uygun olarak ve tahkimin adil, hızlı ve ekonomik olarak sonuçlan-

dırılmasını ve Hükümün icra edilebilirliğini sağlamak için her türlü makul çabayı gösterecektir.

40.3. Sekreteryaya zaman zaman, bu Kurallar ile düzenlenen tahkim idaresinin kolaylaştırılması ve bu Kuralların desteklenmesi, düzenlenmesi ve uygulanması amacıyla Uygulama Notları yayımlayabilir.

40.4. SIAC Yatırım Tahkim Kuralları'nın İngilizce versiyonu ile SIAC Yatırım Tahkim Kurallarının yayımlandığı diğer dillerdeki versiyonu arasında herhangi bir tutarsızlık veya bağdaşmama olması durumunda İngilizce versiyonu esas alınacaktır.

Tablo 1.

Acil Durum Hakemi

1. Eğer Taraflar, Tablo 1'de yer alan Acil Durum Hakemi'ne ilişkin hükümlerin uygulanmasını **açıkça** kararlaştırmışlarsa, hukuki koruma talep eden Taraf, Tahkim Talebi ile aynı zamanda veya Heyetin oluşmasına kadar, Sekreteryaya'ya ivedi geçici hukuki koruma talebi ile başvurabilir. Bu talebi içeren dilekçenin kopyasını da, başvuru esnasında, diğer Tarafalara da gönderir. İvedi geçici hukuki koruma başvurusu şunları içerir:
 - a. Talep edilen hukuki korumanın niteliği
 - b. Tarafın hukuki koruma talep etmesindeki gerekçeleri,
 - c. Diğer Tarafların talebi içerir dilekçenin kopyasını aldıklarını gösterir belge; yoksa, Tarafalara ulaştırmak için gösterilen iyi niyetli eylemlerin açıklaması.
2. İvedi geçici hukuki koruma talebi ile birlikte bu Kurallar uyarınca belirlenen geri ödenmez idari ücretler ile Tablo 1 uyarınca Acil Durum Hakemi'nin ücret ve masrafları için zorunlu teminatların yatırılması gerekir. Uygun düştüğü ölçüde, Sekreteryaya, başvuruda bulunan Taraftan alınan teminatın miktarını yükseltebilir. Eğer Sekreteryaya tarafından belirlenen süre içinde ek ücretler yatırılmazsa, Taraf başvurudan vazgeçmiş sayılır
3. Merkez, SIAC'ın acil durum hakemi başvurusunu kabul etmesi

durumunda, Sekreteryâ'nın başvurusu almasından ve ücret ve teminatların yatırılmasından itibaren **1 (bir) gün** içinde Acil Durum Hakemi'ni atar.

4. Taraflar tahkim yerini kararlaştırmışlarsa, ivedi geçici hukuki koruma önlemine ilişkin duruşmanın yeri de kararlaştırılan yer olur. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda, ivedi geçici hukuki koruma önlemine ilişkin duruşmanın yeri Singapur'dur. Ancak bu durum, Heyetin Kural 18.1 uyarınca tahkim yerini belirleyebilmesi yetkisine engel teşkil etmez.
5. Atamayı kabul etmeden önce, aday Acil Durum Hakemi, varsa, bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürecek haklı şüphelerin varlığına ilişkin durumları Sekreteryâ'ya bildirir. Acil Durum Hakemine ilişkin itirazlar Sekreteryâ'nın tebliğinden itibaren **2 (iki) gün** içinde yapılmalıdır.
6. Aksi Taraflarca kararlaştırılmadıkça, Acil Durum Hakemi, uyuşmazlığın ileri aşamasında hakem olarak görev alamaz.
7. Acil Durum Hakemi, mümkün olan en kısa sürede ama her halükarda atanmasından itibaren **2(iki) gün** içerisinde, ivedi geçici hukuki koruma başvurusunun değerlendirilmesi için zaman çizelgesi oluşturur. Bu çizelgeye göre, Taraflara dinlenilmesi için makul fırsat tanır ve kişinin bizzat dinlenilmesi için telefon veya video konferansı veya yazılı dilekçe gibi yöntemler kullanabilir. Acil Durum Hakemi, bu Kurallar uyarınca Heyetin sahip olduğu tüm yetkilere sahiptir. Bu yetkiye Heyetin tespitine engel teşkil etmeksizin, kendi yargı yetkisine karar verebilmesi de dahildir.
8. Acil Durum Hakemi, gerekli gördüğü geçici hukuki koruma tedbirine karar verir, buna görülmekte olan duruşma öncesi veya telefon veya video konferansı veya yazılı dilekçe gibi yöntemler ile alınan beyanlara geçici tedbirler de dahildir. Acil Durum Hakemi, geçici tedbir veya geçici hukuki koruma tedbiri kararlarını haklı gerekçelerle değiştirebilir veya kaldırabilir.
9. Acil Durum Hakemi, Sekreteryâ istisnai olarak süreyi uzatmadıkça, geçici hukuki koruma tedbir kararını atandığı günden itibaren **14 (on dört) gün** içinde verir. Sekreteryâ tarafından kararın şekline ilişkin onaylama gelmedikçe, Acil Durum Hakemi tarafından alı-

nan geçici hukuki koruma tedbiri kararı geçerlilik kazanmaz.

10. Heyet oluştuktan sonra Acil Durum Hakeminin görevi sona erer. Heyet, Acil Durum Hakemi'nin yetkisine ilişkin verdiği karar dahil, alınan herhangi geçici hukuki koruma tedbiri kararlarını yeniden inceleyebilir, değiştirebilir veya kaldırabilir. Heyet, Acil Durum Hakemi'nin gerekçeleri ile bağlı değildir. Acil Durum Hakemi tarafından verilen her geçici hukuki koruma tedbiri kararın bağlayıcılığı, kararın verilmesinden itibaren **90 (doksan)** gün içinde Heyet oluşmamışsa veya Heyet nihai kararını vermişse veya tedbir talebinden vazgeçilmişse, sona erer.
11. Acil Durum Hakemi tarafından verilen kararlar, uygun güvence talebinde bulunan Tarafça şartı bağlanabilir.
12. Taraflar, Tablo 1 uyarınca Acil Durum Hakemi tarafından verilen kararların, verildiği tarihten itibaren bağlayıcı olduğunu kabul ederler ve gecikmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler/üstlenirler. Taraflar ayrıca gayri kabili rücu olarak herhangi bir Devlet mahkemesi veya diğer adli makamların önlerinde Hükümü temyiz etmekten veya diğer kanun yollarına başvurmaktan feragat edebilirler. Feragatin hukuken geçerli yapılmış olması gerekir.
13. Tablo 1 uyarınca yapılan başvurular ile ilgili masraflar, başlangıçta Acil Durum Hakemi tarafından paylaşılabilir. Heyetin masraflarının paylaşılmasına ilişkin nihai karar verme yetkisi saklıdır.
14. Bu Kurallar, Tablo 1 uyarınca yapılacak tahkim işlemlerine, işlemin ivediliği göz önünde bulundurularak, uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Acil Durum Hakemi, kuralların uygulanmasının ne ölçüde uygun olduğuna veya bu takdirine ilişkin kararların nihai niteliğine karar verebilir. Sekretarya, Kural 27.1 ve Tablo 1 uyarınca başlatılan herhangi tahkim işlemine başvurulara ilişkin bu Kurallarda yer alan sürelerin kısaltılmasına karar verebilir.

Ücret Tarifesi

(Belirtilen tüm meblağlar Singapur Doları üzerinden ücretlendirilmiştir)

Bu Ücret Tablosu 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren geçerlidir ve 1 Ocak 2017 tarihinde veya sonrasında SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca başlatılan tüm tahkimler için geçerlidir.

Dava Açılış Ücreti* (İade Edilmez)

Singapurlu Taraflar	S\$ 2,140**
Yurtdışından Taraflar	S\$ 2,000

* Dava açılış ücreti, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca SIAC tarafından yürütülen ve idare edilen tüm tahkimlere ve her bir iddia ve savunma için geçerlidir.

** %7 Mal ve Hizmet Vergisi dahildir.(GST)

Tahkim Ücretleri

Aşağıdaki Çizelge uyarınca hesaplanan tahkim ücretleri, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca SIAC tarafından yürütülen ve idare edilen tüm tahkimler için geçerlidir ve SIAC'a ödenecek maksimum tutarları ifade eder.

Uyuşmazlığa Konu Meblağ (S\$)	Tahkim Ücreti (S\$)
50,000'e kadar	3,800
50,000 – 100,000 arası	3,800 + 50,000'ı aşan kısım için %2.200
100,000 – 500,000 arası	4,900 + 100,000', aşan kısım için %1.200
500,000 – 1,000,000 arası	9,700 + 500,00'I aşan kısım için %1.000
1,000,000 – 2,000,000 arası	14,700 + 1,000,000'u aşan kısım için %0.650
2,000,000 – 5,000,000 arası	21,200 + 2,000,000'u aşan kısım için %0.320
5,000,000 – 10,000,000 arası	30,800 + 5,000,000'u aşan kısım için %0.160
10,000,000 – 50,000,000 arası	38,800 + 10,000,000'u aşan kısım için %0.095

50,000,000 – 80,000,000 arası	76,800 + 50,000,000’u aşan kısım için %0.040
80,000,000 – 100,000,000 arası	88,800 + 80,000,000’u aşan kısım için %0.031
100,000,000’den fazla	95,000

Tahkim Ücretlerine aşağıdakiler dâhil değildir:

- Heyet ücretleri ve harcamaları;
- Herhangi bir duruşma için ve bununla bağlantılı tesis ve destek hizmetlerinin maliyeti (örneğin, duruşma odaları ve ekipmanı, transkripsiyon ve yorumlama hizmetleri)
- SIAC’ın idari giderleri.

SIAC, Sekreteryaya aksini belirtmedikçe, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca SIAC tarafından yapılan ve idare edilen tüm davalar için ödemesi gereken S\$3,800 tutarında bir minimum idari ücreti talep edecektir.

Hakem Ücretleri

Aşağıdaki Çizelge uyarınca hesaplanan hakem ücretleri, Tarafların Kural 32.1 uyarınca Heyet’in ücretlerini belirlemede başkaca bir yöntem kararlaştırmamaları durumunda, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları uyarınca SIAC tarafından yürütülen ve idare edilen tüm tahkimler için geçerlidir ve her bir hakem için ödenecek maksimum tutarları ifade eder.

Uyuşmazlığa Konu Meblağ (S\$)	Hakem Ücreti (S\$)
50,000’e kadar	6,250
50,000 – 100,000 arası	6,250 + 50,000’ı aşan kısım için %13.800
100,000 – 500,000 arası	13,150 + 100,000’, aşan kısım için %6.500
500,000 – 1,000,000 arası	39,150 + 500,000’i aşan kısım için %4.850
1,000,000 – 2,000,000 arası	63,400 + 1,000,000’u aşan kısım için %2.750

2,000,000 – 5,000,000 arası	90,900 + 2,000,000’u aşan kısım için %1.200
5,000,000 – 10,000,000 arası	126,900 + 5,000,000’u aşan kısım için %0.700
10,000,000 – 50,000,000 arası	161,900 + 10,000,000’u aşan kısım için %0.300
50,000,000 – 80,000,000 arası	281,900 + 50,000,000’u aşan kısım için %0.160
80,000,000 – 100,000,000 arası	329,900 + 80,000,000’u aşan kısım için %0.075
100,000,000 – 500,000,000 arası	344,900 + 100,000,000’u aşan kısım için %0.065
500,000,000’den fazla	605,000 + 500,000,000’u aşan kısım için %0.040 (en fazla 2,000,000’a kadar)

İvedi Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri Ücretleri

Aşağıdaki ücretler, SIAC Yatırım Tahkim Kuralları Kural 27.4 ve Ek 1 uyarınca ivedi geçici hukuki koruma tedbir talebi başvurusunda ödenir:

Kural 27.4 ve Ek 1’deki bir başvuruya ilişkin ödeme şunları içermelidir:

1. Acil Durum Hakemi Başvurularında Tahkim Ücreti (İade edilmez)

Singapurlu Taraflar	S\$ 5,350*
Yurtdışından Taraflar	S\$ 5,000

*%7 Mal ve Hizmet Vergisi dahildir.(GST)

2. Acil Durum Hakemi Ücret ve Giderleri: Acil Durum Hakemi ücret ve harcamalarına ilişkin ödemeler, Sekreteryaya bu Kurallarda yer alan Ek 1 uyarınca başka bir belirlemede bulunmadıysa, S\$ 30,000 olarak belirlenecektir. Yine Sekreteryaya bu Kurallarda yer alan Ek 1 uyarınca başka bir belirlemede bulunmadıysa Acil Durum Hakemi’nin ücretleri S\$ 25,000 olarak belirlenecektir.

İtiraz Ücreti (İade Edilmez)

İtiraz başvurusunda bulunan bir Taraf, Kural 12.3 uyarınca aşağıdaki itiraz ücretini ödeyecektir:

Singapurlu Taraflar	S\$ 8,560*
Yurtdışından Taraflar	S\$ 8,000

*%7 Mal ve Hizmet Vergisi dahildir. (GST)

EVLİLİK DIŞI BERABERLİKLERİN MİLLETLERARASI
ÖZEL HUKUK YÖNÜ UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN
FRANSA'DAKİ BAZI GÖRÜŞLER

PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF NON-MARITAL
UNIONS SOME FRENCH REFLECTIONS ON THE APPLICABLE
LAW

Alain DEVERS

Çevirenler/Translators: Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Necla ÖZTÜRK**

I. Yasal Tarihçe

Dünyada evlilik dışı beraberlikleri düzenleyen yeni kanunların sayısı son otuz yıl içerisinde sürekli artış göstermektedir. Bu artışın nedeni, evlilik dışı ilişki yaşayan çiftleri hukuk dışında tutmanın son derece zor ve aynı zamanda sakıncalı bir hâle geldiği gerçeğine bağlanabilir¹. Avrupa'da bu hareket eski Yugoslavya'da başlamış, Kosova (1984), Slovenya (1976), Hırvatistan (1978), Bosna Hersek (1979) ve Sırbistan (1980) -İskandinav ülkelerinden çok daha önce-, evlilik dışı beraberliklere yönelik kanunları kabul eden ilk ülkeler olmuŐtur². Örneğin, 26 Mayıs 1976 tarihinde Slovenya'da kabul

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, bilgint@bilkent.edu.tr

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye ozturknecla@akdeniz.edu.tr

Çeviri Gönderim Tarihi: 19.07.2017, Çeviri Kabul Tarihi: 10.08.2017

¹ MARTIN CASALS M., 'La situació jurídica de les parelles de fet en alguns països europeus', *Revista jurídica de Catalunya* 2000, s. 189 vd.; GRANET F., 'Concubinages, partenariats enregistrés et mariages homosexuels en Europe', *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris (Litec) 2002, s. 375 vd.; PAPAUX VAN DELDEN M.-L., *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2002.

² ŠARČEVIĆ P., 'Les concubinages dans les pays socialistes', *Les concubinages en Europe*, Paris (CNRS) 1989, s. 301 vd.

edilen kanunla, karşı cinsten iki kişinin, evlilik dışı uzun süre birlikte yaşaması durumunda, evli eşlerle aynı haklara sahip olduğu kabul edilmiştir (m. 12)³. Benzer şekilde, 1979 yılında Bosna Hersek'te kabul edilen kanunla, karşı cinsten iki kişi arasındaki fiilen istikrarlı ve uzun süreli beraberliklere, evliliğe benzer haklar tanınmıştır (m. 14)⁴.

Yeni kabul edilen kanunlar arasında, 7 Haziran 1989 tarihli Danimarka Kanunu, beraberliklerini kayıt altına aldırılmış aynı cinsiyetteki çiftlere, evliliğe benzer hukukî statü tanınması açısından kuşkusuz en tartışmalı olanıdır⁵. Daha açık bir ifadeyle, bu Kanun, evliliğin şahsî ve malî sonuçlarını düzenleyen hükümlerin, aynı cinsiyetten kayıtlı birliklikler için kıyasen uygulanabilir olduğunu düzenlemektedir⁶. Ancak bu Kanun, eşlerin ortak evlat edinme hükümleri ile ebeveynlerin çocuklar üzerinde sahip olduğu haklara ilişkin hükümleri kapsam dışında tutmaktadır (7 Haziran 1989 tarih ve 372 sayılı Kanun, m. 4). Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı birliklikleri konusundaki Danimarka modeli başlangıçta şok etkisi yaratmış, ancak daha sonra bu kişilere tanınacak haklar konusunu sürekli tartışan diğer İskandinav ülkeleri tarafından da kısa sürede benimsenmiştir. Bazı karşı görüşlere rağmen⁷ Norveç, aynı cinsiyetten kişiler arasında kayıtlı birliklikleri kanunî olarak kabul eden ikinci İskandinav ülkesi olmuştur⁸. 30 Nisan 1993 tarih ve 40 Sayılı Kanun uyarınca, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki birlikliğin tescili, eşlerin birlikte evlat edinme hakkı dışında,

3 ŠARČEVIĆ P., 'Cohabitation Without Marriage: The Yugoslavian Experience', *Am. J. Comp. L.* 1981, s. 315 vd. özellikle s. 321; GE -KOROŠEC M./ KRALJI S., 'The influence of validity established cohabitation on legal relations between cohabitants in Slovene law', *The International Survey of Family Law* (2001ed.), Bristol (Family Law) 2001, s. 383 vd.

4 BUBIC S., 'Family law in Bosnia and Herzegovina', *The International Survey of Family Law* (1996 ed.), The Hague, Boston, London (Martinus Nijhoff Publishers) 1998, s. 51 vd. özellikle s. 67.

5 NIELSEN L., 'Family Rights and the 'Registered Partnership' in Denmark', *International Journal of Law and the Family* 1990, s. 297 vd.

6 Danimarka Kanunu ve kayıtlı birliklikler hakkındaki diğer kanunların çevirisi için bkz. BOELE-WOELKI K./ FUCHS A., *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerp, Oxford, New York (Intersentia) 2003, s. 213 vd.

7 Bkz. Homoseksüel Çiftlerin Kayıtlı Birlikliğine İlişkin Norveç Kanunu, Çocuk ve Aile İlişkileri Bakanlığı, Oslo, Norveç, Ağustos 1993, s. 41 vd.

8 LØDRUP P., 'Norway. Registered Partnership in Norway', *The International Survey of Family Law* (1994 ed.), The Hague, Boston, London (Martinus Nijhoff Publishers) 1996, s. 387 vd.; M. ROTH, 'The Norwegian Act on registered partnership for homosexual couples', *Journal of Family Law* 1996-1997, s. 467 vd.

evlilikle aynı hukukî sonuçları doğurmaktadır (m. 4). Birtakım tereddütlerin ardından⁹, İsveç'te on yıldan kısa bir sürede konuya ilişkin üç kanun kabul edilmiştir. Bu kanunlardan ilk ikisi, çiftlerin ayrı cinsiyetten mi yoksa aynı cinsiyetten mi olduğunu dikkate almaksızın, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin malvarlığı ilişkilerini düzenlemektedir (14 Mayıs 1987 tarih ve 232 sayılı Kanun; 18 Haziran 1987 tarih ve 813 sayılı Kanun)¹⁰. 1989 yılında Danimarka'da kabul edilen Kanunun ardından çıkarılan üçüncü kanun ise, İsveç hukukunda aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı birlikteliğine ilişkindir (23 Haziran 1994 tarih ve 1117 sayılı Kanun). Bu Kanun, kayıtlı birlikteliklere -evlat edinme, çocukların ortak velayeti ve yapay dölleme hakkı hariç-, evliliğin sağladığı tüm kanunî hakları tanımaktadır (Bölüm 1, m. 2)¹¹. İzlanda'da aynı cinsiyetten çiftler için kabul edilen 12 Haziran 1996 tarih ve 87 sayılı Kanun, "Kayıtlı Birlikte Yaşamaya İlişkin Kanun" olarak adlandırılmış olsa da, aslında Danimarka'da kabul edilen kayıtlı birlikteliğe eşdeğer yeni bir müessese kabul etmektedir¹². Buna göre, kayıtlı birlikteliği benimsemiş aynı cinsiyetten kişilere, birlikte evlat edinme hükümleri hariç, evliliği düzenleyen kanun hükümleri *mutatis mutandis* (uygun düştüğü ölçüde: ÇN) uygulanmaktadır (m. 6). Konuya ilişkin kanunî düzenleme yapan son İskandinav ülkesi Finlandiya'da da, artık aynı cinsiyetten kişiler arasındaki kayıtlı birliktelikler tanınmaktadır (8 Kasım 2001 tarih ve 950 sayılı Kanun)¹³. Bu yeni müessese, aynı cinsiyetten kişilere, birlikte evlat edinme, eşin çocuğunu evlat edinme ve ortak soyadı alma hakkı haricinde, evliliğe benzer bir statü sağlamaktadır (m. 9).

⁹ AGELLA., 'The Swedish legislation on marriage and cohabitation: a journey without a destination', *Am. J. Comp. L.* 1981, s. 285 vd.

¹⁰ SALDEEN Å., 'Sweden. Joint custody, special representative for children and cohabitants' property', *The International Survey of Family Law* (2001 ed.), Bristol (Family Law) 2001, s. 405 vd. özellikle s. 408; YTTERBERG H., 'Sweden. Additional regulations besides the registered partnership', *Pratique Juridique Actuelle* 2001, s. 287 vd.

¹¹ Bununla birlikte, evlat edinme, ortak velayet hakkı ve sunî dölleme yakında mümkün olabilecektir. Bkz. SALDEEN Å., 'Sweden. Minor Amendments and Statutory Proposals: Brussels II, Same-sex Adoption and Other Matters', *The International Survey of Family Law* (2003 ed.), Bristol (Family Law) 2003, s. 411 vd. özellikle s. 414.

¹² THÓR BJÖRGVINSSON D., 'Iceland. General principles and recent developments in Icelandic family law', *The International Survey of Family Law* (1995 ed.), The Hague, Boston, London (Martinus Nijhoff Publishers) 1997, s. 215 vd. özellikle s. 225-235.

¹³ SAVOLAINEN M., 'Registered partnership Act adopted in Finland', *Familia* 2002, s. 775 vd.

Kayıtlı birliktelik müessesesini kabul etme dalgası, kısa süre içinde Hollanda'ya, ardından da Avrupa'nın diğer ülkelerine yayılmıştır; ancak bu yeni kanunların ruhu ve esasları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Hollanda'da (5 Temmuz 1997 tarihli Kanun) hem aynı hem farklı cinsiyetten çiftler beraberliklerini kayıt altına alabilir; dolayısıyla İskandinav modeli büyük ölçüde terk edilmiştir¹⁴. Bazı İskandinav ülkelerinin kanunları, kayıtlı birliktelik kurulan diğer tarafın çocuğunun evlat edinilmesine izin verirken, Hollanda Kanunu aynı cinsiyetten çiftlerin birlikte evlat edinmesine ve çiftlerden birinin daha önceki beraberliğinden olan çocuğu üzerindeki hakları paylaşmasına izin vermektedir¹⁵. Ayrıca Belçika (23 Kasım 1998 tarihli) ve Fransa (15 Kasım 1999 tarihli) Kanunları evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlere, evli eşlere tanıdığından daha az bir koruma sağlayarak karma bir statü tanımaktadır. Örneğin, Belçika'da birlikte yaşama modeli konusundaki kanun, evli olmayan çiftlerin malvarlığı haklarını, hem farklı hem aynı cinsiyetten çiftleri kapsayacak şekilde genişletmektedir; ancak sağlanan hakların sınırlı olduğu görülmektedir¹⁶. Benzer şekilde Fransa'da da *pacte civil de solidarité* [Fransız Hukukunda kısaca PACS olarak bilinen bu sözleşmeler için Yazar bu kısaltmayı kullanmadığı için *civil solidarity pact*'ın karşılığı olarak 'medeni dayanışma sözleşmesi' şeklinde çevrilmiş ve aslına sadık kalınarak italik yazı tipi tercih edilmiştir (ÇN)] adlı Kanun (bundan böyle 15 Kasım 1999 tarihli Kanun olarak anılacaktır), çiftlerin statüsünü açıkça tanımlamadan önce bazı yükümlülükler getirmekte (örneğin, eve ait borçlardan ortak sorumluluk gibi¹⁷) ve belirli haklar (özellikle

¹⁴ SENA EVE P./ COENE E., 'Le partenariat enregistré en droit néerlandais', *Revue Trimestrielle de Droit Familial* 1999, s. 221 vd.; SCHRAMA W., 'Registered partnership in The Netherlands', *International Journal of Law, Policy and the Family* 1999, s. 315 vd.

¹⁵ SCHRAMA W., 'The Netherlands. Reforms in Dutch family law during the course of 2001: increased pluriformity and complexity', *The International Survey of Family Law* (2002 ed.), Bristol (Family Law) 2002, s. 277 vd. özellikle s. 282 vd.; ANTOKOLSKAIA M., 'Recent developments in Dutch filiation, adoption and joint custody law', *Familia* 2002, s. 781 vd.

¹⁶ DE PAGE P., 'La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale', *Revue Trimestrielle de Droit Familial* 1998, s. 195 vd.; RENCHON J.-L., 'Mariage, cohabitation légale et union libre', *Liber Amicorum M.-T. Meulders-Klein*, Bruxelles (Bruylant) 1998, s. 549 vd.

¹⁷ PIERRE S., 'La solidarité passive des partenaires du Pacs', *Droit de la famille* 2000, chron. No. 16.

mal ortaklığı gibi¹⁸) tanımaktadır¹⁹. Diğer taraftan, Almanya ve İsviçre'de evli olmayan çiftlerin statüsü, İskandinav ülke kanunlarındaki kayıtlı birlikteliklere benzemektedir: Bu müessese, evli eşlerin sahip olduğu haklara benzer haklara sahip aynı cinsiyetten kişilerin beraberliklerine ilişkindir. Örneğin, İsviçre Kanun Tasarısı, aynı cinsiyetten kişilerin, evlilik temelinde kanunî bir rejime tâbi tutulmasına izin vermektedir²⁰. Almanya'da ise kayıtlı birlikteliklerde çiftlerin statüsü, temelde evli eşleri esas almaktadır; ancak bu çiftler ne birlikte bir çocuğu ne de birbirlerinin çocuğunu evlat edinebilir. 2001 Şubat tarihli Alman Kanunu ise kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerden birinin, diğerinin çocuğunun bakımı ve eğitimiyle ilgilenmek gibi bazı hakları kullanmasına izin vermektedir²¹.

Portekiz ve Macaristan gibi diğer Avrupa ülkeleri ise, kayıtlı birliktelikler için özel bir müessese oluşturmak yerine, evlilik dışı birlikte yaşama modelini düzenlemeyi tercih etmiştir. Portekiz'de, farklı cinsiyetten kişilerin *füli* beraberliklerini [Makalenin orjinalinde kullanılan '*de facto unions*' ifadesi, '*füli* beraberlikler' olarak çevrilmiş ve aslına sadık kalınarak '*de facto*' kelimesinde italik yazı tipi tercih edilmiştir (ÇN)] koruyucu tedbirler içeren 28 Ağustos 1999 tarih ve 135 sayılı Kanun, farklı ve aynı cinsiyetten kişilerin *füli* beraberliklerini koruyan ve yeni tedbirler sağlayan 11 Mayıs 2001 tarih ve 7 sayılı Kanun tarafından yürürlükten kaldırılmıştır²². İspanya'da ise, İspanya hükümetinden ziyade 12 özerk bölge²³ hem farklı hem aynı cinsi-

¹⁸ FULCHIRON H., 'Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple', *Defrénois* 2001, s. 949 vd.

¹⁹ *Le Pacs: Droit de la famille*, Hors-Série, December 1999.

²⁰ *Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*, *Feuille Fédérale* of 25 February 2003, s. 1192 vd.; *Loi fédérale du [...] sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*, *Feuille Fédérale* of 25 February 2003, s. 1276 vd. Kasım 2001'deki ilk Kanun Tasarısı için bkz. SANDOZ S., 'Partenariats enregistrés. La situation en Suisse de *lege ferenda*: tendances et options', *RSDIE* 2001, s. 61 vd. ve GUILLOD O., 'Switzerland. Abortion, Registered Partnership and Other Matters', *The International Survey of Family Law* (2003 ed.), Bristol (Family Law) 2003, s. 417 vd. özellikle s. 419-422.

²¹ DETHLOFF N., 'Germany. The registered partnership Act of 2001', *The International Survey of Family Law* (2002 ed.), Bristol (Family Law) 2002, s. 170 vd. özellikle s. 177 vd.

²² OLIVEIRA PAIS S., 'Portugal. De facto relationships and same-sex relationships in Portugal', *The International Survey of Family Law* (2002 ed.), Bristol (Family Law) 2002, s. 337 vd.

²³ LOPEZ J.-J., 'La ley catalana de uniones estables de pareja', *Revista jurídica de Ca-*

yetteki çiftlerin *fili* beraberliklerini düzenleyen kanunlar kabul etmiştir; 15 Temmuz 1998 tarih ve 10 sayılı Katalan Kanunu; 26 Mart 1999 tarih ve 6 sayılı *Aragon* Kanunu; 3 Temmuz 2000 tarih ve 2 sayılı *Navarra* Kanunu; 6 Nisan 2001 tarih ve 1 sayılı *Valencia* Kanunu; 19 Aralık 2001 tarih ve 11 sayılı Madrid Kanunu ve 19 Aralık 2001 tarih ve 18 sayılı *Balear* Adaları Kanunu uzun süreli *fili* beraberlikleri düzenleyen kanunlardır. Avrupa ülkelerinden oluşan bu küçük halkaya ilave olarak, diğer birçok devlet de evli olmayan çiftlerin ilişkilerini düzenleyen kanunlar kabul etmişlerdir. Farklı cinsiyetten kişilerin evlilik dışı birlikte yaşama modeline ilişkin kanunlar, Meksika²⁴, Barbados²⁵ ve Brezilya²⁶ gibi Hispantik-Portekiz geleneğine sahip ülkeler tarafından erken tarihlerde yürürlüğe girmiştir.

İster evlilik dışı birlikte yaşama, ister kayıtlı birliktelik, ister farklı cinsiyetten, ister aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliği olsun, birlikteliğin türünden bağımsız olarak evlilik dışı beraberlikler (*concubinage*), gittikçe artan şekilde uluslararası bir hâl almaktadır. Evlilik dışı beraberliklerin milletlerarası bir boyut kazanması, birlikte yaşayan çiftlerin aynı ülke vatandaşlığına sahip olmaması, birlikteliğin kuruluşu sırasında veya vatandaşı oldukları ülkeden farklı bir ülkede yaşamaya başlamaları gibi hallerde söz konusu olur. Bireylerin gittikçe daha fazla yer değiştirir olması ve çiftlerin birden fazla ülke vatandaşı olmalarından dolayı, uluslararası boyutta yaşanan evlilik dışı beraberlik oranının hızlı bir şekilde yükselmesi ve bu durumun da Milletlerarası Özel Hukuk alanında çok sayıda ve hassas meselelere yol açması beklenmektedir. Her ne kadar konu son derece tartışmalı olsa da, henüz evli olmayan çiftleri ilgilendiren uyuşmazlıklarda hangi ülke mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğu veya evlilik dışı beraberliklerde hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği gibi soruları

talunya 1999, s. 641 vd.; GARCIA CANTERO G., 'Spain. The Catalan family Code of 1998 and other autonomous region laws on de facto unions', *The International Survey of Family Law* (2001 ed.), Bristol (Family Law) 2001, s. 397 vd.

²⁴ PRINZ VON SACHSEN-GESSAPHE K.A., 'Concubinage in Mexico', *International Journal of Law and the Family* 1989, s. 40 vd.

²⁵ FORDE N.M., 'Barbados. The emerging legal status of the de facto family in Barbados', *The International Survey of Family Law* (1995 ed.), The Hague, London, Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 1997, s. 51 vd.; OWUSU S., 'Union other than marriage under the Barbados family law Act, 1981', *Anglo-American Law Review* 1992, s. 53 vd.

²⁶ WALD A., 'Le régime de l'union stable en droit brésilien: la situation des concubins', *Mélanges en l'honneur de H.-R. Schüpbach*, Basel, Geneva, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2000, s. 167 vd.

yanıtlayan bir milletlerarası düzenleme bulunmamaktadır. Günümüze dek ne Avrupa Konseyi, ne *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuku Konferansı, ne de Milletlerarası Hukuk Enstitüsü bu tür meseleleri düzenleyen herhangi bir düzenleme hazırlamıştır. Buna rağmen bu tür meseleler, bu kurumların her biri tarafından ele alınmaktadır. Son yirmi yılda Avrupa Konseyi her ne kadar Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin sorunları çözmeye çalışmadan da olsa²⁷, evlilik dışı beraberliklere ilişkin hukukî sorunları incelemek amacıyla iki uluslararası konferans²⁸ düzenlemiştir. *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansında, pek çok tebliğ evlilik dışı beraberlikler konusuna ayrılmış, konu gündemde tutulmuş, ancak konuya herhangi bir şekilde özel öncelik tanınmamıştır²⁹. Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün 2001 yılında *Vancouver*'daki toplantısında, kayıtlı birlikteliklere ilişkin uyuşmazlıkları incelemek amacıyla bir komisyon kurulmuştur. Milletlerarası Özel Hukuk Avrupa Grubu³⁰ gibi diğer uluslararası kurumlar da bu konu üzerine odaklanmaktadır.

Konuya ilişkin herhangi bir *La Haye* Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından yayımlanan bir düzenleme veya Milletlerarası Hukuk Enstitüsü tarafından sunulan bir tavsiye olmadan, evlilik dışı birlikte yaşama meselesi, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunda çok geniş doktrinel tartışma alanı bulmaktadır. Aslına bakılırsa, bu konu hakkında Fransa'da esas itibarıyla içtihat hukuku oluşmamıştır³¹. 15 Kasım 1999 tarihli Kanunun yürürlüğe

²⁷ Bkz. BOELE-WOELKI K., 'Private international law aspects of registered partnerships and other forms of non-marital cohabitation in Europe', *Louisiana Law Review* 2000, s. 1053 vd.

²⁸ 11. Avrupa Hukuku Kollokyumu, Evli Olmayan Çiftlerin Yasal Sorunları, Messina, Avrupa Konseyi, Temmuz 1981; Kayıtlı Birlikteliklerin Yeni Gelişen Türlerinin Medenî Hukuk Yönü. Evlilik olmaksızın birlikte yaşama ve kayıtlı birlikteliklerin kanunen düzenlenmiş türleri, Aile Hukuku Hakkında 5. Avrupa Konferansı, *La Haye*, Avrupa Konseyi, Mart 1999, CONF5 (99).

²⁹ *Evlilik Olmaksızın Birlikte Yaşama ve Kayıtlı Birlikteliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü*, Daimi Büro tarafından kaleme alındı, Preliminary doc. No. 9 Mayıs 2000; *Evli Olmayan Çiftlere Uygulanacak Hukuk*, Daimi Büro tarafından kaleme alındı, Preliminary doc. No 5 Nisan 1992; 10-29 Mayıs 1993 7. Oturum Bildirileri, Konferansın Daimi Bürosunca hazırlandı, 1995, s. 108 vd.

³⁰ Bkz. <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-9t.htm> (or -10t.html, -11t.html, -12t.html and -13t.html).

³¹ TGI Paris, 21 November 1983, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1984, p. 628, note LAGARDE P., and Aix-en-Provence, 26 September 1997, *Droit de la famille* 1998, comm. No. 128, note FULCHIRON H.

girmesinden sonra bazı Fransız hukukçular konu hakkındaki görüşlerini ifade etmiş ve genellikle de farklı fikirleri savunmuşlardır³². Benim doktora tezim³³, bu tür ilişkilerin özel durumlarını hesaba katan evlilik dışı birlikte yaşamının hukukî niteliği (I) ve alışılmadık bir bağlama noktası (II) sunmaktadır³⁴.

II. Evlilik Dışı Beraberliklerin Hukukî Niteliği

Evlilik dışı beraberliklerin hukukî niteliğiyle ilgilenirken, bu tür bir ilişkinin öncelikle (A) şahsî statü olarak vasıflandırılması gerektiğini kanıtlamak ve daha sonra da (B) diğer şahsî statü halleriyle kıyaslayarak bu ilişkinin önemini vurgulamak gerekmektedir.

³² CHANTELOUP H., ‘Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé’, *Gazette du Palais* 1-3 October 2000, s. 4 vd.; FULCHIRON H., ‘Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé’, *Clunet* 2000, s. 889 vd.; ID., ‘La séparation du couple en droit international privé’, *Petites affiches* 28 March 2001, No. 62, s. 4 vd.; GAUDEMET-TALLON H., ‘La désunion du couple en droit international privé’, *Recueil des Cours* 1991-I, tome 226, s. 9 vd.; GAUTIER P.-Y., ‘Union libre’, Répertoire international Dalloz, 1998; ID., ‘L’union libre en droit international privé’, *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg (Presses Universitaires) 1992, s. 773 vd.; ID., ‘Les couples internationaux de concubins’, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1991, s. 525 vd.; ID., *L’union libre en droit international privé*, Thesis Paris I, 1986; HUET A., ‘La séparation des concubins en droit international privé’, *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris (Litec) 2002, s. 539 vd.; JOSSELIN-GALL M., ‘Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé’, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2000, s. 489 vd.; KESSLER G., *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thesis Paris I, 2003; KHAIRALLAH G., ‘Les “partenariats organisés” en droit international privé’, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2000, s. 317 vd.; ID., *La qualification du Pacs en droit international privé, Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris (L.G.D.J.) 2002, s. 79 vd.; MIGNOT M., ‘Le partenariat enregistré en droit international privé’, *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001, s. 601 vd.; REVILLARD M., ‘Les unions hors mariage. Regards sur la pratique du droit international privé’, *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris (Litec) 2002, s. 579 vd.; ID., ‘Le pacte civil de solidarité en droit international privé’, *Defrénois* 2000, s. 337 vd.

³³ DEVERS A. (note 2).

³⁴ Fransız mahkemelerinin yetkisi ve yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanınması konusundaki tartışmalar için bkz. DEVERS A. (note 2), No. 504 vd. ve No. 572 vd.

A. Şahsî Statü

Fransız Milletlerarası Özel Hukukuda şahsî statüyü düzenleyen kurallar (*statut personnel*), kişilerin hukukî statüsü ve ehliyetini kapsar. Öte yandan, geleneksel olarak, *kişilerin statüleri*, o *kişilerin şahsî kimlikleri* (isim, adres, şahsî hal) ve *aile ilişkileri* (evlilik ve babalığın tespiti gibi) ile ilgili kuralları kapsamakta, ancak malvarlığına ilişkin kuralları (örneğin evlilikte mal rejimi veya miras gibi) kapsamamaktaydı³⁵. Bu tanım temelinde bazı uzmanlar, evli olmayan kişiler arasındaki ilişkiler Medenî Hukukun genel hükümlerine tabi olduğu için, evlilik dışı beraberlikleri, şahsî statü olarak kabul etmemekteydi³⁶. Ancak, 15 Kasım 1999 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından, öyle görünüyor ki bu yorum, hem (1) evlilik dışı birlikte yaşama hem de (2) kayıtlı birliktelikler açısından modası geçmiş bir yorum olarak kabul edilmelidir.

1. Evlilik Dışı Birlikte Yaşama

Evlilik dışı birlikte yaşama, evli olmayan iki kişinin, uzun bir süre boyunca, çift olarak istikrarlı bir birlikteliği sürdürmek zorunda olmaksızın beraber yaşadığı ve hiçbir şekil şartının (resmî) olmadığı birliktelik türüdür. Örneğin, Münih'te tanışmış bir Fransız erkekle İsveçli kadın, Meksika'da birlikte yaşamaya karar verir. Birlikte yaşama modelini `şahsi statü` olarak vasıflandırmak için iki neden bulunmaktadır. (a) Herhangi bir şekil şart bulunmasa dahi bu ilişki, doğası gereği kişisel bir ilişkidir. (b) 15 Kasım 1999 tarihli Kanun, evlilik dışı beraberlikleri (*concubinage*) Medenî Kanun (Kişiler Hukuku): Birinci Kitapta tanımlamaktadır.

a. Şahsî Hâl. Farklı cinsiyetten iki kişi arasında yaşanan evlilik dışı bir-

³⁵ BATIFFOL H./ LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 8th ed., Paris (L.G.D.J.) 1993, No. 277.

³⁶ HOLLEAUX G./ FOYER J./ DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris (Masson) 1987, No. 1122; LAGARDE P., *Rev. crit. dr. int. pr.* 1981, s. 830 vd.; ID., *Rev. crit. dr. int. pr.* 1984, s. 23 vd.; BATIFFOL H./ LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 2, 7th ed., Paris (L.G.D.J.) 1983, No. 417. Bkz., in Belgium, WATTE N./ BARNICH L., 'L'union libre en droit international privé', DE PAGE Ph./ DE VALKENEER R. (dir.), *L'union libre*, Bruxelles (Bruylant) 1992, s. 293 vd.; BARNICH L., 'Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé', *Mélanges offerts à R. De Valkeneer*, Bruxelles (Bruylant) 2000, s. 1 vd. özellikle s. 9-10.

likte yaşama. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında, karşı cinsiyetten iki kişi arasındaki evlilik dışı birlikte yaşama modelinin aile hayatını oluşturduğu uzun zaman önce kabul edilmiştir³⁷. Aslında, 1979 yılındaki *Marckx* Kararından bu yana Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi gereği, artık kanunî bir aile ile, birlikte yaşama modelini tercih etmiş aile arasında ayırım yapmamaktadır³⁸. Bu yüzden, Mahkeme, 1985 yılındaki *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı* Davasında, bir ailenin varlığının, iki tarafın kanunen evli olup olmamasından bağımsız bir husus olduğuna karar vermiştir³⁹. Mahkeme, bu durumu, 1994'teki *Keegan* Kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki aile kavramının, sadece evliliğe dayanan birlikteliklerle sınırlandırılmadığı, bu nedenle tarafların birlikte yaşadığı diğer *fiili* beraberliklerin de aile bağına kapsayabileceğini belirterek daha açık bir hale getirmiştir⁴⁰. Benzer şekilde, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da *Reed* Davasında, tıpkı evli eşler gibi, evli olmayan çiftlerin de, Topluluk Hukuku [*'Community Law'* teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır (ÇN)] gereğince, aile birleşme hakkı talep edebileceğine karar vermiştir⁴¹. Daha sonra, 2000 yılında, *Safet Eyüp* Davasında Adalet Divanı, Eyüp çiftinin evli olmadan birlikte yaşadıkları sürenin, Avusturya'daki aile hayatlarının kesintiye uğradığı şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir⁴². Görüldüğü üzere, hem Avrupa hem Topluluk içtihatları, farklı cinsiyetten iki kişinin birlikte yaşamasını tıpkı evlilik gibi aile hayatı olarak kabul etmektedir. Fransız Milletlerarası Özel Hukuk içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, karşı cinsiyetten kişilerin birlikte yaşaması, bir aile hayatını oluşturduğu düşünüldüğü sürece, diğer aile ilişkileriyle birlikte şahsî hâl kategorisine dâhil edilmesi gereklidir.

³⁷ Bkz. COUSSIRAT-COUSTERE V., 'Famille et Convention européenne des droits de l'homme', *Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich (Carl Heymans Verlag KG) 2000, s. 281 vd.; STALFORD H., 'Concepts of family under EU Law – Lessons from the ECHR', *International Journal of Law, Policy and the Family* 2002, s. 410 vd.

³⁸ ECHR, judgment of 13 June 1979, *Marckx v. Belgium*, § 31, Series A, No. 31.

³⁹ ECHR, judgment of 28 May 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, § 63, Series A, No. 94.

⁴⁰ ECHR, judgment of 26 May 1994, *Keegan v. Ireland*, § 44, Series A, No. 290.

⁴¹ Case C-59/85, *Netherlands State v. Reed*, judgment of 17 April 1986, §§ 24-30, [1986] ECR 1283.

⁴² Case C-65/98, *Safet Eyüp v. Austria*, judgment of 22 June 2000, § 36, [2000] ECR I-4747.

Aynı cinsiyetten iki kişinin birlikte yaşaması: Avrupa İçtihat Hukuku, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde tanımlanan aile hayatının bir biçimi olarak görmeyi sürekli reddetmiştir⁴³. Bunun aksine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aynı cinsiyetten kişilerin birlikte yaşamasının kesinlikle özel hayatın korunması alanına girdiğini savunmaktadır⁴⁴. Aynı gerekçelerle, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da, aynı cinsiyetten kişilerin istikrarlı birlikteliği ile istikrarlı bir evlilik veya farklı cinsiyetten kişilerin birlikte yaşaması arasında kıyas yapmayı reddetmektedir⁴⁵. Bu kararlar, aynı cinsiyetten kişilerin uzun süreli birlikteliklerinin, bir aile hayatı oluşturduğunu kabul etmese de, tarafların bir çift olarak birlikte ve 'şahsî bir ilişki' yaşadıklarını resmen kabul etmektedir. Dahası, birçok Avrupa ülkesi kanunları, farklı ve aynı cinsiyetteki çiftlere aynı şekilde muamele etmektedir. Örneğin, 1987 yılında yürürlüğe giren 813 sayılı İsveç Kanunu, aynı cinsiyetteki çiftlerin sahip olduğu haklar ve tâbi olduğu rejimi, 14 Mayıs 1987 tarihli 232 sayılı Kanunla farklı cinsiyetteki çiftleri de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Benzer şekilde 11 Mayıs 2001 tarihinde Portekiz'de yürürlüğe giren Kanun, *fili* beraberliği, çiftlerin cinsel yönelimleri dikkate alınmaksızın, en az iki yıl boyunca birlikte yaşamış olan iki kişi arasındaki birliktelik olarak tanımlamaktadır. Fransız Kanununda ise, Medenî Kanununun 515-8. maddesi, birlikte yaşayan aynı cinsiyetten kişilerin çift olarak kabul edilebileceğini tanıyarak, evli olmayan farklı ve aynı cinsiyetten çiftlere eşit muamele göstermektedir. Bu bakış açısı, -Avrupa ve Topluluk Hukuku tarafından birlikte yaşayan aynı cinsiyetteki çiftlerin 'birlikte yaşayan çift olarak' kabul edilmesi ve birçok Avrupa Birliği üyesi ülkenin millî hukukunda eşit muamelenin garanti edilmesi-,

⁴³ LEVINET M., 'L'embarras du juge européen des droits de l'homme face à l'homosexualité', *Cohabitation non maritale, Évolution récente en droit suisse et étranger*, Geneva (Librairie Droz) 2000, s. 61 vd.

⁴⁴ Bkz. Örneğin, ECHR judgment of 9 January 2003, *S.L. v. Austria*, unreported; ECHR judgment of 31 July 2000, *A.D.T. v. The United Kingdom*, Reports 2000-IX; ECHR judgment of 27 September 1999, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, Reports 1999-VI; ECHR judgment of 27 September 1999, *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, Reports 1999-VI; ECHR judgment of 30 July 1998, *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, Reports 1998-V; ECHR judgment of 22 April 1993, *Modinos v. Cyprus*, Series A, No. 259; ECHR judgment of 26 October 1988, *Norris v. Ireland*, Series A, No. 142; ECHR judgment of 22 October 1981, *Dudgeon v. The United Kingdom*, Series A, No. 45.

⁴⁵ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, judgment of 17 February 1998, § 35, [1998] ECR I-621.

bu tür birliktelikleri, Milletlerarası Özel Hukukunun şahsî hal kategorisine bağlayan faktörler olarak kabulüne hizmet eder⁴⁶.

b. Medenî Kanunun 515-8 Maddesinin Önemi. 15 Kasım 1999 tarihli Kanun temelinde, Fransız Medenî Kanununun 515-8. maddesi, evlilik dışı ilişkiyi ‘aynı veya farklı cinsiyette birlikte yaşayan iki kişinin, bir çift olarak istikrar ve süreklilik içeren, toplum hayatındaki *fili* beraberliği’ olarak tanımlamaktadır. 515-8. maddede bahsedilen evlilik dışı ilişki, ‘süreklilik ve istikrar karakteri gösteren ortak yaşam biçimi’ olarak tanımlandığından dolayı, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunda da ‘evlilik dışı birlikte yaşama modelini’ oluşturmaktadır. 515-8. maddenin ifade biçimi, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin cinsel yönelimlerine -farklı veya aynı cinsiyetten olmalarına- ilişkin herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Son olarak, 515-8. maddede yapılan tanımın, ‘Fransız Medenî Kanunu: Birinci Kitap’ bünyesine dâhil edilmesi önem arz etmektedir. Profesör *Audit*’e göre, ‘belirli bir sorunun, Medenî Hukukun belirli bir alanı içerisinde veya Medenî Kanunun belirli bir bölümünde düzenlenmesi, bu sorunun Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında vasıflandırılmasının bir belirtisi olarak değerlendirilebilir⁴⁷. Sonuç olarak, evlilik dışı birlikte yaşama durumunu - tarafların cinsel eğilimlerine bakılmaksızın-, şahsî statü olarak kabul etmek için bazı nedenler bulunmaktadır⁴⁸.

2. Kayıtlı Birliktelik

Kayıtlı birliktelik, birlikte yaşayan çiftlerin, hukukî statü kazanmak amacıyla, yaşadıkları ilişkiyi resmî şekilde tescil ettirmek zorunda olmaları bakımından ‘resmî’ bir ilişki olarak kabul edilebilir. Örneğin, *Lyon*’da tanışan biri Fransız diğeri Alman iki erkek, beraberliklerini, 1997’den beri birlikte yaşadıkları *Kopenhag*’da nüfus müdürlüğünde tescil ettirir. Bu durumda, bir kez daha, kayıtlı birliktelik müessesesini, şahsî statü olarak vasıflandırmadan yana iki tez bulunmaktadır. (a) Birlikteliğin kayıt altına alındığı koşullar, yaşanan ilişkinin şahsî niteliğini vurgulamaktadır; (b) 15 Kasım 1999 tarihli Kanun, Fransız Medenî Kanunu: Birinci Kitap Kişiler

⁴⁶ Bkz. GAUDEMET-TALLON H. (note 32), s. 167 ve dipnot 482.

⁴⁷ AUDIT B., *Droit international privé*, 3rd ed., Paris (Economica) 2000, No. 194.

⁴⁸ LOUSSOUARN Y./BOUREL P., *Droit international privé*, 7th ed., Paris (Daloz) 2001, p. 350, footnote No. 3.

Hukuku bünyesine dâhil edilmiştir.

a) Şahsî Hâl. Evli olmayan çiftlerin ilişkilerini düzenlemenin yeni bir şekli olarak tasarlanan kayıtlı birliktelik müessesesi, kanunen belirlenmiş hak ve yükümlülükleri kabul ettiğini beyan eden çiftlere hukukî statü sağlamaktadır. Bu çalışmada ele alınan tüm kanunlarda, kayıtlı birliktelik kategorisi için belirlenen koşullar, bu ilişki türünün çok güçlü bir kişisel boyutunun olduğunu onaylamaktadır. Her bir bireyin yerine getirmesi gereken geleneksel şartlar (yaş, rıza, hukukî ehliyet gibi) dışında, çeşitli millî kanunlar genel olarak bu iki kişiye, evlilikteki koşullara benzer koşullar belirlemektedir. Fransız *Anayasa Konseyi*, *medenî dayanışma sözleşmesinin* geçersizlik koşullarının, enstest ilişkiler veya sadakat yükümlülüğünün ihlâli gibi, evlenme engellerine paralel olmasını gerekli görmektedir⁴⁹. Fransız *Anayasa Konseyi*, kayıtlı birliktelikteki bu engeller, evliliğe de engel olduğu için, esas itibarıyla tamamen 'şahsî' olduğu yönünde yorumunda bulunmaktadır⁵⁰. 31 Mayıs 2001 tarihli kararında, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da ayrıca, tamamen aynı olmasa da, 'kayıtlı birliktelik' ve 'evlilik' kurumlarının birbirine benzer olduğunu ifade etmiştir⁵¹.

Enstest ilişkinin yasaklanması: Belçika hukukuna göre, kanunen birlikte yaşama hariç [Medenî Kanun, m. 1475(1)], kayıtlı birlikteliklere ilişkin çıkarılan tüm kanunî hükümler, enstest ilişkiyi yasaklamaktadır. Danimarka hukuku, evlilikte olduğu gibi, gelecekte kayıtlı birliktelik kuracak çiftlerin, yakın hısım olamayacağı yönündeki zorunluluğu getirmektedir (4 Haziran 1969 tarih ve 256 sayılı Kanun, m. 6 ve 9). Norveç hukuku, alt ve üst soy ile kardeşler arasında kayıtlı birliktelik yaptırılmasını yasaklayan hükümler içermektedir (4 Temmuz 1991 tarih ve 47 sayılı Kanun, m. 3). Alman hukuku ise düz çizgi hısımları (örneğin, öz veya üvey kardeşler) arasında kayıtlı birlikteliği yasaklamaktadır [16 Şubat 2001 tarihli Kanun, § 1(1)].

⁴⁹ *Conseil constitutionnel*, judgment No. 99-419, of 9 November 1999 on the Act on the civil solidarity pact, § 26, *Journal Officiel* of 16 November 1999, s. 16962 vd.

⁵⁰ *Conseil constitutionnel* (note 49), § 27.

⁵¹ Joined Cases C-122-99P and C-125-99/P, *D. and Kingdom of The Netherlands v. Council of the European Union*, judgment of 31 May 2001, § 35, [2001] ECR I-4319; *Recueil Dalloz* 2001 (jur.), p. 3380, note NOURISSAT C./ DEVERS A.; *Columbia Journal of European Law* 2002, p. 92, note CANOR I. Ayrıca bkz. Case T-264/97, *D. v. Council of the European Union*, judgment of 28 January 1999, [1999] ECR-SC I-A-1 and II-1; *Revue Trimestrielle de Droit Familial* 1999, p. 370, note FALLON M.; *European Law Review* 1999, p. 419, note DENYS C.

Benzer şekilde, İsveç hukuku da alt ve üst soy arasında veya öz kardeşler arasındaki kayıtlı birliktelikleri yasaklamaktadır (23 Haziran 1994 tarih ve 117 sayılı Kanun, Bölüm 1, m. 3/1); üvey kız ve erkek kardeşler arasındaki birlikteliklere ise resmî izin alınması şartıyla onay verilmektedir (Bölüm 1, m. 3/2). Yakın hısımlar arasındaki birlikteliklerin kaydı, İzlanda (14 Nisan 1993 tarih ve 31 sayılı Kanun, m. 9 ve 10), Hollanda (Medenî Kanun m. 1: 80a (7) ve 1:41) ve Fransız (Medenî Kanun m. 515-2-1) hukuklarında da yasaklanmıştır.

'Çok eşliliğin' yasaklanması: Kayıtlı birlikteliği kabul eden tüm kanunî düzenlemelerde ortak olan bir başka koşul da, 'çok eşliliğin' yasaklanmasıdır. Örneğin, Alman hukukuna göre, kayıtlı birliktelik, taraflardan biri evli veya başka bir kayıtlı birlikteliği varsa geçersizdir (16 Şubat 2001 tarihli Kanun § 1. 2). Benzer şekilde Belçika hukuku da, birlikte yaşayacak taraflardan biri evliyse veya hukukî başka bir birlikte yaşam modeline dâhilse, birliktelik tescil edilemez (Medenî Kanun m. 1475, §2. 1). Norveç hukuku ise, sadece bekâr kişilerin kayıtlı birliktelik kurabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla taraflardan biri evliyse veya daha önceden kurulmuş kayıtlı birliktelik varsa, yeni kayıtlı birliktelik kurmak engellenmiştir (30 Nisan 1993 tarih ve 40 sayılı Kanun, m. 2/1). Fransız Medenî Kanununun 515-2. maddesi de, taraflardan biri evliyse veya *medenî dayanışma sözleşmesi* akdetmişse, geçerli bir *medenî dayanışma sözleşmesi* akdedemeyeceğini düzenlemektedir. Aynı koşullar, İsveç (23 Haziran 1994 tarih ve 1117 sayılı Kanun, Bölüm 1, m. 3/3), İzlanda (14 Nisan 1993 tarih ve 31 sayılı Kanun, m. 11) ve Hollanda [Medenî Kanun, m. 1: 80a (3) ve (4)] hukukunda da düzenlenmiştir.

Kayıtlı birlikteliğe ilişkin bu engellerin varlığı (yakın hısımlık, mevcut evlilik veya sona ermemiş bir kayıtlı birlikteliğin tarafı olmak), bu müesseseyi, şahsî statü kategorisinde vasıflandırmayı gerekli kılmaktadır. Fransız doktrininde baskın görüş bu yöndedir⁵². Yabancı hukuklardaki kayıtlı birliktelikler gibi, *medenî dayanışma sözleşmesinin* de, şahsî hale ilişkin kurallara tâbî olması gerekmektedir: Bu sözleşme, evliliğe benzer bir amaca, yani çiftlerin ortak yaşamlarının düzenlenmesi (*vie commune*) amacına hizmet etmektedir⁵³; dahası bu sözleşme, her şeyden önce tarafların beraberliğini

⁵² MAYER P./ HEUZÉ V., *Droit international privé*, 7th ed., Paris (Montchrestien) 2001, No. 547.

⁵³ LOUSSOUARN Y./ BOUREL P. (note 48), No. 286.

düzenlemektedir⁵⁴.

b. Medenî Kanununun 515-1 ilâ 515-7 Maddelerinin Rolü. 15 Kasım 1999 tarihli Kanun uyarınca, Fransız Medenî Kanununun 515-1. maddesi, aynı veya farklı cinsiyetten iki kişinin akdettiği *medenî dayanışma sözleşmesinin* amacının, bu kişilerinin ortak yaşamlarını düzenlemek olduğunu öngörmektedir. Kanunun 515-1. maddesinde belirtilen koşullara rağmen, Fransa'da yaygın görüş *medenî dayanışma sözleşmesini*, sıradan bir sözleşme değil, 'resmî' bir şahsî ilişki olarak kabul etmektedir⁵⁵. Bu yüzden *medenî dayanışma sözleşmesi*, kayıtlı birlikteliğin Fransa'daki yansımasıdır: *Medenî dayanışma sözleşmesine* taraf olan çift, müşterek ikametgâhlarındaki [Yazar'ın '*permanent residence*' kavramını 'ikametgâh' karşılığı olarak kullandığı anlaşılmaktadır (ÇN)] yerel mahkemede ortak bir bildiriyi imzalar [m. 515-3 (1)]. Bazı belgeler hazırlandıktan sonra, imzalanan bu bildiri, tarafların müşterek ikametgâhındaki yerel mahkemenin kayıt memuru tarafından tutulan sicile tescil edilir (m. 515-3(3)). *Medenî dayanışma sözleşmesi*, Fransız Medenî Kanunu Birinci Kitabının 515-1 ilâ 515-7. maddelerinde düzenlendiğinden, 515-8. maddede yer alan evlilik dışı ilişkilerde olduğu gibi bu müessesenin -ve genel olarak kayıtlı birliktelik kurumunun- şahsî statü olarak varsayılması için nedenler bulunmaktadır⁵⁶.

B. Evlilik Dışı Beraberlikleri Şahsî Statü Olarak Vasıflandırmanın Önemi

Fransız doktrininde bir görüş, (1) evlilik dışı beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukukun amacı doğrultusunda evlilik olarak vasıflandırılması gerektiğini savunmaktadır. Bizim görüşümüze göre ise, (2) evlilik dışı birlikte yaşama hali, evliliğe indirgenemez ve bu nedenle de, şahsî statü çerçevesinde yeni bir uluslararası kategori oluşturulması ihtiyacı bulunmaktadır.

⁵⁴ AUDIT B. (note 47), No. 623*bis*.

⁵⁵ Bkz. AUDIT B. (note 47), No. 623*bis*; FULCHIRON H., 'Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé' (note 32), s. 899-900; HUET A. (note 32), s. 541-544; LOUSSOUARN Y./ BOUREL P. (note 48), No. 286; MAYER P./ HEUZE V. (note 52), No. 547.

⁵⁶ Bkz. FULCHIRON H., 'Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé' (note 32), p. 900; HUET A. (note 32), p. 543; MAYER P./ HEUZE V. (note 52), No. 547.

1. Evlilik Dışı Beraberliklerin Evlilik Olarak Vasıflandırılması

Evlilik dışı beraberliklerin gittikçe daha fazla evliliğe benzediği gerçeğinden yola çıkan⁵⁷ Fransız doktrinindeki bazı yazarlar, bu tür birlikteliklerin -birlikte yaşama⁵⁸ veya kayıtlı birliktelik-, evlilik gibi muamele görmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır⁵⁹. Bunun da ötesinde, doktrinindeki bu görüş, evlilik dışı beraberliklerin kurulması için gerekli koşulların, esas itibarıyla evlilik için gerekli koşullara benzer olduğunu; sonuçlarının, evliliğin sonuçlarına; sona erme şeklinin de gittikçe evliliğin sona erme şekline benzediğini vurgulamaktadır. Bir başka deyişle, evlilik dışı birlikte yaşama modelleri, millî hukuklardaki evliliğe çok benzemektedir. Bu nedenle de, Milletlerarası Özel Hukukta evlilik olarak işlem görmesi kabul görmektedir. Öte yandan, evlilik dışı beraberliklerin evlilik olarak vasıflandırılması gerektiğini savunan görüş ikna edici değildir.

Öncelikle, evlilik dışı beraberlikleri düzenleyen millî hukuklar, kategorik olarak bu tür beraberlikleri evlilikle denk tutmayı reddetmektedir. İskandinav hukukundaki kayıtlı birlikteliklere ilişkin olarak Profesör *Agell*, temelde yatan felsefe ve terminolojik açıdan, birlikte yaşamının, evlilikle aynı şey olmadığını ifade etmektedir. *Agell*'e göre, evlilik, hâlâ farklı cinsiyetten kişiler arasındaki beraberlikler için tahsis edilmiş bir müessesedir, oysa kayıtlı birlikteliğin esas itibarıyla sadece hukukî sonuçları evlilikle aynıdır⁶⁰. Bu konuda bir tavır takınmak suretiyle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı şu noktaları gözlemlemiştir:

⁵⁷ Karşılaştırmamız, GRAHAM-SIEGENTHALER B.E., 'Principles of Marriage Recognition Applied to Same-Sex Marriage Recognition in Switzerland and Europe', *Creighton Law Review* 1998, s. 121 vd.; MARTIN J., 'English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish Same-Sex Marriages in England', *Cornell International Law Journal* 1994, s. 418 vd.; McNORRIE K., 'Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality: New problems for International Private Law', *I.C.L.Q.* 1994, s. 757 vd.

⁵⁸ CHANTELOUP H. (note 32), s. 8, dipnot 7. Ayrıca bkz. GAUDEMET-TALLON H. (note 32), s. 171 vd.

⁵⁹ KHAIRALLAH G., 'Les "partenariats organisés" en droit international privé' (note 32), s. 321 vd.; ID., 'La qualification du PACS en droit international privé' (note 32), s. 80 vd.; MIGNOT M. (note 32), s. 650 vd.

⁶⁰ AGELL A., 'Family Forms and Legal Policies. A Comparative View from a Swedish Observer', *Scandinavian Studies in Law* 1999, s. 197 vd. özellikle s. 208. Ayrıca bkz. DINESEN J.K.A., 'L'initiative scandinave: le partenariat enregistré', *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris (Litec) 2002, s. 417 vd. özellikle s. 423.

‘Şu [...] bir gerçektir ki, 1989 yılından bu yana gittikçe artan sayıda Üye Devlet, evlilik yanında, aynı veya karşı cinsiyetten kişiler arasında farklı beraberlik biçimlerini kanunen tanımakta; bu tür beraberliklerin hem taraflar hem ilgili üçüncü şahıslar açısından, evlilikle aynı veya benzer sonuçlar doğurduğuna ilişkin düzenlemeler kabul etmektedir⁶¹’.

Diğer taraftansa Adalet Divanı şu noktada ısrar etmektedir:

‘Şu bir gerçektir ki [...], büyük farklılıklar dışında, daha önce hukuken tanınmayan çiftler arasındaki beraberliklerin kayıt altına alınmasına ilişkin düzenlemeler, Üye Devletlerde evlilikten ayrı bir müessese olarak kabul görmektedir⁶²’.

Sonuç olarak Mahkeme şu noktaya işaret etmiştir:

‘Topluluğa Üye Devletlerde, aynı veya farklı cinsiyetten kişilerin birlik-teliklerini tanımayla ilgili bu husus, hukuklar arasındaki büyük farklılığı ve evlilik ile diğer hukukî birliktelik biçimlerine ilişkin genel bir benzeşmenin bulunmadığını yansıtmaktadır⁶³’.

Açıkçası bu durum, evlilik dışı beraberliklerin, yazılı hukuk tarafından düzenlenmediği zaman da geçerlidir⁶⁴.

İkinci olarak, evlilik dışı beraberlikleri evlilikle aynı kategoriye yerleştirmek için, bu tür beraberliklerin, Fransa'daki evlilik kavramına uygun olması gerektiği savunulabilir. Fransız hukukunun ve aynı zamanda Avrupa hukukunun temel ilkelerine göre⁶⁵ evlilik, sadece erkek ve kadın arasında bir birliktelik şeklinde olabilir. Bunun sonucunda, *lex fori*'ye uygun bir vassıflandırma yapılmak istendiğinde⁶⁶, Fransız maddî hukuku aynı cinsiyetten

⁶¹ Joined Cases C-122-99P and C-125-99/P (note 51), § 35.

⁶² Joined Cases C-122-99P and C-125-99/P (note 51), § 36.

⁶³ Joined Cases C-122-99P and C-125-99/P (note 51), § 50.

⁶⁴ Bkz. Case T-65/92, *Arauxo-Dumay v. Commission*, judgment of 17 June 1993, § 28, [1993] ECR II-567.

⁶⁵ ECHR, judgment of 27 September 1990, *Cossey v. The United Kingdom*, § 46, Series A, No. 184. – judgment of 17 October 1986, *Rees v. The United Kingdom*, § 49, Series A, No. 106.

⁶⁶ Bkz. Cass. 1st civ., judgment of 22 June 1955, *Caraslanis*, ANCEL B./ LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4th ed., Paris (Dalloz) 2001, No. 27.

kişilerin evliliğini yasakladığı sürece, Milletlerarası Özel Hukukta aynı cinsiyetten kişilerin beraberliklerini, evlilik olarak vasıflandırmak mümkün değildir. Aslında, aynı cinsiyetten kişilerin beraberliğini evlilik olarak vasıflandırmak, aynı cinsiyetten kişilerin evliliğini Fransız maddî hukukuna Milletlerarası Özel Hukuk yoluyla dâhil etmek anlamı taşır⁶⁷. Buradan şu sonuç çıkmaktadır ki, Fransa’da aynı cinsiyetten kişiler arasındaki evlilik dışı beraberlikleri evlilik olarak vasıflandırmak mümkün değildir.

Üçüncü olarak, evli olmayan çiftlerin ilişkisini evlilik olarak vasıflandırmak, evliliğe ilişkin bağlama kurallarının, evlilik dışı beraberliklerde de uygulanması sonucunu doğurur ki; bu gerçek bir çözüm değildir. Aslında, kayıtlı birliktelik durumunda, bağlama kuralları mutlaka, söz konusu müesseseyi tanıyan bir millî hukuka yargı yetkisi vermelidir; böylelikle, evliliğe ilişkin bağlama kuralının uygulanması söz konusu olmaz⁶⁸. Buradan şu anlaşılmaktadır ki, evliliğe uygulanan bağlama kuralları, evlilik dışı beraberlikler için uygun olmadığından, evlilik dışı birlikte yaşama modelini evlilik olarak vasıflandırmak anlamsızdır.

2. Evlilik Dışı Beraberlikler İçin Bir Kategori Oluşturmak

Doktrinde bazı Fransız⁶⁹ veya diğer hukukçuların⁷⁰ savunduğu gibi, bu çalışma da, şahsî statü içinde, evlilikten farklı yeni bir Milletlerarası Özel

⁶⁷ Karşılaştırınız, GUILLAUME F., ‘Une proposition de réglementation du partenariat insérable dans la LDIP’, *Cohabitation non maritale. Évolution récente en droit suisse et étranger*, Geneva (Droz) 2000, s. 180 vd. özellikle s. 183.

⁶⁸ Karşılaştırınız, AUDIT B. (note 47), No. 195: ‘Bien que les règles de conflit, une fois adoptées s’énoncent dans un enchaînement “catégorie-rattachement”, c’est parfois en fonction du rattachement qu’il faut se prononcer sur l’inclusion de la question dans telle catégorie’.

⁶⁹ FULCHIRON H., ‘Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé’ (note 32), s. 901 vd.; GAUTIER P.-Y., ‘L’union libre en droit international privé’ (note 32).

⁷⁰ JESSURUN D’OLIVEIRA H.U., ‘Registered partnerships, paces and private international law. Some reflections’, *Riv. dir. int. priv. proc.* 2000, s. 293 vd.; ID., ‘Le partenariat enregistré et le droit international privé’, *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris (Pédone) to be published; ŠARČEVIĆ P., ‘Private international law aspects of legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships’, in this *Yearbook* 1999, s. 37 vd.; ID., ‘Zur nichtelichen Lebensgemeinschaft im internationalen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der jugoslawischen Teilrechte’, *Das Staudesamt* 1981, s. 176 vd. Ayrıca bkz. SÁNCHEZ LORENZO S., ‘Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado’, *REDI* 1989, s. 487 vd.

Hukuk kategorisinin oluşturulması gerektiğini ileri sürmektedir: Evlilik dışı beraberlik kategorisi (*concubinage*)⁷¹.

a) Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Dışı Beraberliklerin Türleri.

Karşılaştırmalı hukukta evlilik dışı beraberliklerin türleri; bir yanda, evlilik dışı birlikte yaşama, diğer yanda kayıtlı birlikteliktir.

Evlilik dışı birlikte yaşama, evlilik dışı beraberliklerin dünyada en yaygın biçimidir: Çiftler, evlilik dışı birlikte yaşarlar. Evlilik olmaksızın birlikte yaşama modeline ilişkin farklı ülkelerde olası iki yaklaşım bulunmaktadır: Bu durum ya kanun koyucu tarafından göz ardı edilir ya da bu tür beraberliklerin medenî hukuk boyutunun tamamı ya da bir kısmı kanunlarla düzenlenir. İlk olasılıkta, birlikte yaşayan çiftler, herhangi bir kanunî çerçeve çizilmeksizin bir çift olarak birlikte yaşar; buna, *fili* birlikte yaşama denir. Birlikte yaşayan çiftler, özellikle ayrılık durumunda, malvarlığı ilişkilerini düzenleyen bir sözleşme akdedebilir⁷². Eğer hiçbir sözleşme akdedilmemiş ve beraberlik sona ermişse, yetkili hâkim, söz konusu malvarlığı uyuşmazlıklarını Medenî Kanun hükümlerine göre çözecektir⁷³. İkinci olasılıkta ise hukuk, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlere, onların bir statü talebine başvurmalarını zorunlu kılmaksızın kanunî bir statü vermektedir; bu kanunî birlikte yaşama statüsü olarak bilinir. Beraberlik; süreklilik, tutarlılık ve farklı cinsiyetten olma gibi belirli hukukî koşulları karşıladığı ölçüde hukukî sonuç doğurur.

Örneğin Bolivya hukukunda, evlilik dışı birlikte yaşama modeli şu şekilde tanımlanır: ‘*se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular [...]*’ (Aile Kanunu, m. 158). Bolivya hukukuna göre, ‘*uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares [...] producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes*’ (m. 159). 28 Aralık 1990 tarih ve 54 sayılı Kolombiya Kanununa göre, ‘*unión marital de hecho, formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*’ (m. 1). Kolombiya hukukuna

⁷¹ DEVERS A. (bkz. dipnot ²), No. 158 vd.

⁷² Örneğin İtalya’da, (DEL PRATO E., ‘Patti di convivenza’, *Familia* 2002, s. 959 vd.) and in Switzerland (PICHONNAZ P., ‘Conventions et couples de concubins’, *FamPra. ch* 2002, s. 670 vd.).

⁷³ Bkz. MARTY-SCHMID H., *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l’union libre – Étude des droits suisse, français et allemand*, Geneva (Librairie Droz) 1986.

göre bu beraberlik, eşlerin evlilikte kanunî mal rejimi olan mal ortaklığı rejimini ortaya çıkarır (m. 2-9). 26 Mayıs 1976 tarih ve 15 sayılı Slovenya Kanunu ise ‘evli olmayan kadın ve erkek arasında süreklilik arz eden bir beraberlik, taraflar arasında kanunî evlilik engeli bulunmaması koşuluyla, evlilik durumunda sahip olunan hakların aynısına sahip olmaları sonucunu doğurur’ (m. 12) hükmünü içermektedir.

Yukarıda bahsedildiği gibi, kayıtlı birliktelik, genellikle Avrupa ülkelerinde olmak üzere, birkaç ülkede kabul edilmiş yeni bir müessesedir. Evlilikte olduğu gibi çiftler özel bir sicile ilişkilerini tecil ettirmek suretiyle birbirlerine olan bağlılıklarını resmî şekilde açıklar. Bu durumda ilişkiyi kayıt altına aldırarak, kayıtlı birlikteliğin kurulmasının koşuludur.

Bu husus, görünürde benzer olsa da temelde farklı bir başka durumla karıştırılmamalıdır: Bu, yetkili memurun, evli olmayan çiftlere, onların evlilik dışı beraberliklerini onaylayan bir belge vermesi hâlidir. Örneğin Macaristan’da ‘evlilik dışı ilişkiler, evlendirme dairesi veya bir başka devlet dairesinde kayıt altına alınmaz; ancak ilişkiyi kanıtlamak için Kanun, evli olmayan çiftin, ilçe belediye başkanlığına müracaat ederek yaşadıkları *fili* beraberliği beyan etmeleri olanağı sağlamaktadır. Belediye başkanlığı, bu beyanı yazılı şekilde kayıt altına alır ve bir belge hazırlar⁷⁴. Bu belgenin amacı, yaşanan evlilik dışı beraberliğe ilişkin delil teşkil etmesidir. Buna karşın, kayıtlı birlikteliklerde yapılan kayıt/tescil işlemi, birlikteliğin kurulması için gerekli şekil koşuludur.

Evliliğe resmî niteliğini veren yetkili memur ile kayıtlı birliktelikleri kayıt altına alan memurun aynı kişi olması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur⁷⁵. Diğer ülkelerdeki kayıtlı birlikteliklere ilişkin kanunlardan farklı olarak Fransız Kanunları, *medenî dayanışma sözleşmesini* kayıt altına alma yetkisini yerel mahkemenin kayıt memuruna vermektedir.

Bazı kayıtlı birliktelik türleri evliliğe o kadar benzer ki, kanun koyucular bu beraberlikleri, evliliği yöneten kurallar [Bu ifade ‘*the rules governing*

⁷⁴ MASSIP J., ‘Le partenariat enregistré et l’état civil’, *Civil law aspects of emerging forms of registered partnerships. Legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships*, 5th European Conference on family law, The Hague, Council of Europe, 1999, CONF5 (99) RAP 3, s. 4.

⁷⁵ Bkz. MASSIP J., ‘L’état civil et les statuts légaux du concubinage’, *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris (Litec) 2002, s. 555 vd.

marriage' karşılığı olarak kullanılmıştır (ÇN)] olarak adlandırır. Bu durum, İskandinav hukukunda söz konusudur: 7 Haziran 1989 tarih ve 375 sayılı Danimarka Kanunu, 23 Haziran 1994 tarih ve 1117 sayılı İsveç Kanunu, 12 Haziran 1996 tarih ve 87 sayılı İzlanda Kanunu, 30 Nisan 1993 tarih ve 40 sayılı Norveç Kanunu ve 8 Kasım 2001 tarih ve 950 sayılı Finlandiya Kanununda olduğu gibi. Diğer kayıtlı birliktelik türleri, evlilik kurumunu korumak amacıyla, evlilikten daha da uzaklaştırılmaktadır. Bu durum, 15 Kasım 1999 tarihli Fransız Kanununda ve 23 Kasım 1998 tarihli Belçika Kanununda görülmektedir.

Sonuç olarak karşılaştırmalı hukuk, evlilik dışı beraberlikleri, esas itibarıyla evlilik dışı birlikte yaşama ve kayıtlı birliktelik olarak iki ana bölüme ayırmaktadır.

b. Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Dışı Beraberliklerin Türleri.

Rabel'in belirttiği gibi, bir bağlama kuralı, milletlerarası unsurlu ilişkiler için ancak karşılaştırmalı hukuktaki benzer durumlar arasındaki farklılıklar dikkate alındığı ölçüde uygundur⁷⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi, evlilik dışı beraberlikler -özellikle evlilik dışı birlikte yaşama modeli ile kayıtlı birliktelikler- arasında farklılıklar bulunmaktadır. Birlikte yaşama modeli herhangi bir şekli koşula ihtiyaç duymazken, kayıtlı birlikteliklerde bu tür koşullar aranmakta; bu nedenle farklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Öte yandan ve daha da önemlisi, evlilik dışı birlikte yaşama müessesesi, dünya genelinde var olan bir müessese iken; kayıtlı birlikteliği sadece sınırlı sayıda ülke kanunen düzenlemiştir. Bu yüzden, evlilik dışı birlikte yaşama için bağlama kuralı tarafsız olabilirken -yani bu kural, neredeyse her ülkeyi işaret edebilir-, kayıtlı birliktelikler için bağlama kuralı, kayıtlı birliktelikleri tanıyan bir ülkeyi işaret etmesi gerektirdiği için kısıtlıdır. Bunun sonucu olarak biz, evlilik dışı birliktelikler kategorisinin iki alt kategoriye ayrılmasını önermekteyiz: Evlilik dışı birlikte yaşama (resmî şekil koşulları olmadan yaşanan beraberlikler) ve kayıtlı birliktelik (resmî şekil koşulları olan beraberlikler).

Evlilik dışı birlikte yaşama alt kategorisi, evliliğin (ve kayıtlı birlikteliğin) aksine, tek bir koşul -yani çift olarak birlikte yaşama- dışında⁷⁷ hiçbir şekli

⁷⁶ RABEL E., 'Le problème de la qualification', *Rev. crit. dr. int. pr.* 1933, s. 1 vd. özellikle s. 37.

⁷⁷ GAUTIER P.-Y., in *Rép. internat. Dalloz* (note 32), No. 11.

koşul taşımayan evlilik dışı beraberlik kapsamındadır. ‘Resmî olmayan’ beraberlikler için özel bir kategori oluşturmak, karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukukta yeni değildir⁷⁸. Örneğin 1982 eski Yugoslavya⁷⁹, 1992 Hırvatistan⁸⁰ ve 1999 Slovenya⁸¹ Kanunları, evlilik için belirlenmiş bağlama kuralından farklı olarak, evlilik dışı birlikte yaşama modeli için özel bir bağlama kuralı içermektedir. Benzer şekilde, 1 Kasım 1999’da yürürlüğe giren *Macao Eyaleti Medenî Kanunu*, *fili* beraberlikleri düzenler ve evlilik dışı birlikte yaşama modeli için bir bağlama kuralı içerir⁸² (m. 58). Bu yabancı hukuklarda, evlilik dışı birlikte yaşama modeli için belirlenen özel bağlama kuralı, sadece farklı cinsiyetten kişilerin beraberliklerinde uygulanır. Buna karşın, evlilik dışı birlikte yaşama modeli için Fransa’daki bağlama kuralı sadece farklı cinsiyetteki çiftler için değil, aynı cinsiyetteki çiftlere de uygulanacak şekilde belirlenmiştir. Bu husus, Medenî Kanununun 515-8. maddesinde ‘evlilik dışı birlikte yaşama, toplumsal hayatta *fili* bir beraberlik olarak tanımlanan [...] farklı veya aynı cinsiyetten iki kişi arasında evlilik olmaksızın çift olarak birlikte yaşama durumudur’ şeklinde ifade edilmiştir. Bu kanunî hükümler ışığında, evlilik dışı birlikte yaşama modeli için Fransa’daki geçerli bağlama kuralının, farklı cinsiyetteki kişilere özgü olduğu söylenemez. Bu nedenle, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunun amacı doğrultusunda, evlilik dışı birlikte yaşama, cinsel eğilimleri ne olursa olsun iki bireyin birlikte yaşamasıdır.

Kayıtlı birliktelik alt kategorisi ise, evlilikte nikâh işlemi ile kıyaslandığında, resmî bir işlemle (kayıt/tescil işlemi) kurulan evlilik dışı beraberlikler kapsamındadır. Bu beraberlik türü çok yeni bir müessese olduğu için günümüzde sadece birkaç ülkede bağlama kuralı bulunmaktadır. Hollanda’da, Milletlerarası Özel Hukuk Hollanda Komitesi, evlilik için belirlenmiş bağ-

⁷⁸ Bkz. ŠARČEVIĆ P., ‘Cohabitation without Marriage: The Yugoslavian Experience’ (note 3), s. 335.

⁷⁹ ŠARČEVIĆ P., ‘The New Yugoslav Private International Law Act’, *Am. J. Comp. L.* 1985, s. 283 vd, özellikle s. 291-292.

⁸⁰ ŠARČEVIĆ P., ‘Private international law aspects of legally regulated forms of nonmarital cohabitation and registered partnerships’ (note 70), dipnot 21.

⁸¹ CONETTI G., ‘La legge sul diritto internazionale privato della Repubblica di Slovenia’, *Riv. dir. int. priv. proc.* 2000, s. 569 vd. özellikle s. 572.

⁸² Bkz. MARQUES DOS SANTOS A., ‘The new private international law rules of Macao’, in this *Yearbook* 2000, s. 133 vd. özellikle s. 149, and MOURA RAMOS R.M., ‘The Private International Law Rules of the New Special Administrative Region of Macau of the People’s Republic of China’, *Louisiana Law Review* 2000, s. 1281 vd. özellikle s. 1294.

lama kuralından farklı birkaç bağlama kuralı sunmuş ve Hollanda'da kayıt altına alınan birliktelikler ile Hollanda dışında kayıt altına alınan birliktelikler arasında bir ayırım yapmıştır⁸³. Benzer şekilde, 16 Şubat 2001 tarihinde kabul edilen ve kayıtlı birliktelik müessesesini, Alman maddî hukukuna dâhil eden Alman hukuku da, özel bir bağlama kuralı içermektedir⁸⁴. Aynı şekilde, İsviçre Kanunu da, kayıtlı birliktelikler için, evliliğe ilişkin bağlama kuralından farklı, özel bir bağlama kuralına sahiptir⁸⁵. Alman ve İsviçre Kanunlarına göre, sadece aynı cinsiyetten kişiler arasındaki beraberlikler, kayıtlı birliktelik olarak nitelendirilirken; Hollanda Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi ve Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Tasarısında belirtilen kurallar⁸⁶, hem farklı hem aynı cinsiyetteki çiftlere uygulanmaktadır. Bizim görüşümüze göre ise, kayıtlı birliktelik alt kategorisi, aynı veya farklı cinsiyetten kayıt yaptırmış çiftlere açık olmalıdır. Fransız Milletlerarası Özel Hukukundaki bu tür bir vasıflandırma, 'farklı veya aynı cinsiyetteki kişiler tarafında *medenî dayanışma sözleşmesinin* akdedebileceğini' ifade eden Medenî Kanunun 515-1'inci maddesinin kapsamını genişletecektir. Buna bağlı olarak, Fransız Milletlerarası Özel Hukukuna göre kayıtlı birliktelik, aynı veya farklı cinsiyetteki kişiler arasında kayıt altına alınmış/tescil edilmiş bir birliktelik olacaktır.

III. Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Dışı Beraberlikler

Öncelikle, (A) evlilik dışı birlikte yaşama modeline uygulanacak hukuk ile kayıtlı birliktelik halinde uygulanabilecek hukuku belirlemek ve daha sonra (B) uygulanacak hukukun kapsamını belirlemek yerinde olacaktır.

⁸³ Rapor için bkz. <http://www.minjust.nl:8080/c_actual/rapport/cie/index.htm>.

⁸⁴ Bkz. HOHLOCH G./ KJELLAND C., 'The New German Conflicts Rules for Registered Partnerships', *this Yearbook* 2001, s. 223 vd.; LAGARDE P., 'Allemagne. Partenariat enregistré. Loi relative à l'élimination de la discrimination des unions homosexuelles', *Rev. crit. dr. int. pr.* 2001, s. 772 vd.; QUIÑONES ESCAMEZ A., 'Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de derecho internacional privado en la ley alemana (2001)', *Revista jurídica de Catalunya* 2002, s. 833 vd.

⁸⁵ Feuille Fédérale of 25 February 2003, s. 1296, § 17.

⁸⁶ *Proposition de loi portant le Code de droit international privé* (Senate), No. 3- 27/1-2002/2003, of 7 July 2003, m. 58 (*Notion de 'relation de vie commune'*): 'Au sens de la présente loi, les termes "relation de vie commune" visent une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage.'

A. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Evlilik dışı beraberlik, evli olmayan çiftin şahsî statü unsurunu oluşturduğundan, sürekliliği temin edecek bir bağlama noktasının sečililmesi önemlidir⁸⁷. Yapılan araştırmalar göstermiştir ki, çiftlerin statüsü ile ilgili belirsizlik, ailede şiddetli strese neden olmakta, dolayısıyla bu belirsizlik, toplumsal düzene karşı ciddi bir tehdit olarak görölmektedir⁸⁸. (1) Evlilik dışı birlikte yaşama modeli ile (2) kayıtlı birliktelikler arasında ayırım yaparken bu temel hedefi akılda bulundurmak gerekmektedir.

1. Evlilik Dışı Birlikte Yaşamaya Uygulanacak Hukuk

Evlilik dışı birlikte yaşama modeli, birçok ülkenin millî hukukunda tanındığı (kanun ya da içtihat yoluyla) için, uygulanacak hukuku belirlenme süreci, ilgili ülkelerin millî hukuklarından etkilenmez. Örneđin, İsveç'te birlikte yaşayan Fransız erkek ile Macar kadının durumu, yaşadıkları evlilik dışı birlikte yaşama, Fransız (içtihat hukuku), Macar (Medenî Kanun, m. 578/G) veya İsveç Kanunlarına (14 Mayıs 1987 tarih ve 232 sayılı Kanun) eřit derecede tâbi olabilir. Evlilik dışı birlikte yaşamanın, en yakın bağlantılı olduğu millî hukuka müracaat etmenin önünde hiçbir engel yoktur. Bu anlamda, Fransız Milletlerarası Özel Hukukundaki geleneksel kural millî hukuklara eřit muamele etmektedir. Çiftleri birbirine bağlayan şahsî bađ olmasından dolayı, evlilik dışı birlikte yaşama modelini idare edecek bir hukukun sečililmesi gerekmektedir. Bu noktada, birbiriyle rekabet içinde olan birkaç millî hukuk arasında tereddüt yaşayabilir: Tarafların müşterek millî hukuku, müşterek ikametgâh ve müşterek mutad mesken hukuku gibi. Ancak, bu hukuklar, birlikte yaşayan çiftlerin şahsî statülerinin sürekliliğini garanti etme konusunda eřit derecede etkili değildir. Dahası, bu hukuklar, evlilik dışı birlikte yaşama modeli ile eřit derecede yakın bağlantılı da değildir.

Eğer çiftlerin müşterek millî hukuku varsa, bu unsur, evlilik dışı birlikte yaşama modeline uygulanacak hukukun ve sonuç olarak ortaya çıkan çözümlerin, çiftin ikametgâhlarını veya mutad meskenlerini değiştirmeleri halinde aynı kalacaktır. Ayrıca, müşterek millî hukuk, şahsî statü ile yakın ilişkilidir (Medenî Kanun, m. 3/3). Bu bakış açısına göre, iki Bolivyalının

⁸⁷ Bkz. DEVERS A. (note 2), No. 229 vd.

⁸⁸ Cass. civ., 9 May 1900, *De Wrède*, in : ANCEL B./ LEQUETTE Y. (note 66), No. 10.

beraberliğine, bu çiftin ikamet ettikleri farklı ülke hukukunun değil de Bolivya hukukunun (Aile Hukuku, m. 158 - 172) uygulanması daha akıllıca olacaktır.

Çiftin müşterek ikametgâh veya müşterek mutad meskeninin, kalıcı bir şahsî statü sağlama olasılığı daha azdır, çünkü evlilik dışı birlikte yaşayan çiftler genelde sıkça ikametgâhlarını değiştirir. Bunun sonucu olarak da, müşterek ikametgâh veya müşterek mutad mesken bağlama noktası sadece yardımcı bir rol oynamalıdır. Buradan şu anlaşılmaktadır ki, Fransa'da birlikte yaşayan biri Danimarkalı diğeri Belçikalı çift arasındaki evlilik dışı birlikteliğe Fransız kanunları uygulanmalıdır.

Eğer evlilik dışı birlikte yaşama modeline *lex fori* uygulanırsa, uygulanacak hukuka karar verme sorunu yetkili mahkemeye bağlı olacaktır; bu da tam anlamıyla tesadüfi olarak gerçekleşebilir. Sonuç olarak, *lex fori*, belirli bir evlilik dışı birlikte yaşama modeli ile yakın ilişkili olmayabilir. Bu tür durumlarda, *lex fori*'ye müracaat edilmesi, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin müşterek millî hukuklarının veya müşterek ikametgâh ya da mutad meskenlerinin bulunmadığı hallerle sınırlandırılmalıdır. Bu durum, örneğin Macar bir erkek ile Finli kadının, meslekî nedenlerle, ikametgâhlarını her altı ayda bir değiştirmesi halinde söz konusu olabilir. Farklı bağlama noktalarının özellikleri karşılaştırmalı olarak incelendiğinde bir hiyerarşik düzen ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kanımızca, evlilik olmadan birlikte yaşama modeline, tarafların müşterek millî hukuku, müşterek millî hukukun bulunmadığı hallerde müşterek ikametgâh veya mutad mesken hukuku uygulanmalıdır; eğer birlikte yaşayan çiftlerin müşterek ikametgâh veya müşterek mutad meskenleri de yoksa, o zaman *lex fori* uygulanabilir. Bu öneri, müşterek mutad mesken, müşterek mutad mesken yoksa beraberliğin en yakın bağlantılı olduğu hukukun uygulanacağını düzenleyen *Macao* hukukundaki düzenlemeden büyük oranda farklılık göstermektedir⁸⁹. Bizim

⁸⁹ Medeni Kanun m. 58 (*Lei competente*): '1. Os pressupostos e os efeitos da união de facto são regulados pela lei da residência habitual comum dos unidos de facto. 2. Na falta de residência habitual comum, é aplicável a lei do lugar com o qual a situação se ache mais estreitamente conexas.'

önerimiz, 1982 eski Yugoslavya⁹⁰, 1992 Hırvatistan⁹¹ ve 1999 Slovenya⁹² kanunlarında -ki bu kanunların hepsi müşterek *lex patriae* (ülkenin hukuku: ÇN), yoksa çiftin müşterek ikametgâh hukuku- yer alan çözümlerle büyük oranda uyumaktadır.

2. Kayıtlı Birlikteliklere Uygulanacak Hukuk

Evlilik veya evlilik dışı birlikte yaşamadan farklı olarak kayıtlı birlik-telik, çoğu Avrupa’da olmak üzere birkaç devlette düzenlenmektedir. Bir bağlama noktası arayışında, bu müessesenin, uluslararası düzeyde çok kısıtlı olduğu gerçeğinin de dikkate alınması gerekmektedir. Eğer Milletlerarası Özel Hukuk kuralı, kayıtlı birliktelikleri tanımayan bir millî hukuku işaret ederse, o hukuk sisteminde uygulanacak herhangi bir maddî hukuk kuralı yoktur; bu yüzden bir kanun boşluğu doğar. Bu durum, daimi şahsî statü edinme amacına açıkça uygun değildir. Bu doğrultuda, kanunlar ihtilafî kuralının, kayıtlı birliktelikleri düzenleyen bir millî hukuku tayin etmeye çalışması yerinde olur. Bu bağlamda, kayıtlı birliktelik müessesesi Anglo-Sakson hukukundaki *trust* müessesesine benzetilebilir: 1 Temmuz 1985 tarihli *La Haye Sözleşmesine* göre, uygulanacak hukukun, *trust* veya *trust* kategorilerini düzenleyen bir hukuk olması gerekmektedir (m. 5; m. 6/2). Öte yandan, şahsî statüye ilişkin geleneksel bağlama noktaları, kayıtlı birlikteliği tanıyan bir millî hukukun belirlenmesi amacını karşılamamaktadır.

Müşterek millî hukuku bağlama noktası olarak kullanırken olduğu gibi,

⁹⁰ 15 Temmuz 1982 tarihli Kanun, m. 39: ‘1) *Les rapports patrimoniaux des personnes vivant en union libre sont régis par le droit de l’État dont elles sont ressortissantes.* 2) *Si les personnes mentionnées à l’alinéa 1^{er} du présent article n’ont pas de nationalité commune, est applicable le droit de l’État dans lequel elles ont leur domicile commun.* 3) *Les rapports patrimoniaux contractuels entre les personnes vivant en union libre sont régis par le droit qui, au moment de la conclusion du contrat, était applicable à leurs rapports patrimoniaux.*’ (bkz. *Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, s. 360).

⁹¹ Bkz. ŠARČEVIĆ P., ‘Private international law aspects of legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships’ (note 70), dipnot 21.

⁹² 30 Haziran 1999 tarihli Kanun, m. 41: ‘Tarafların vatandaşı olduğu ülkenin hukuku, birlikte yaşayan kişilerin malvarlığı ilişkilerinde de kullanılır. Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişiler aynı vatandaşlığa sahip değilse, bu durumda ikametgâh hukuku uygulanır. Sözleşmenin imzalandığı andaki malvarlığı ilişkilerine uygulanacak hukuk, birlikte yaşayan partnerlerin sözleşmeye dayalı malvarlığı ilişkilerinde de uygulanır’ (bkz. *Riv. dir. int. priv. proc.* 2000, s. 835).

kayıtlı birlikteliği idare edecek hukukun, bu müesseseyi sadece kendi vatandaşlarına özgü tutmadığını unutmamak gerekir. Bunun sonucunda, çiftler her zaman müşterek millî hukuka sahip olmayabilir veya kayıtlı birlikteliği tanıyan bir ülkenin vatandaşı olmayabilir. Örneğin kayıtlı birliktelik, bir İsveçli ile Polonyalı arasında veya iki İtalyan arasında İsveç'te kayıt altına alınmış olabilir⁹³. Bir başka örnekte ise, bir Hollandalı ile Danimarkalı veya iki Lüksemburg vatandaşı arasında *La Haye*'de kayıt altına alınmış bir birliktelik olabilir (Medenî Kanun, m. 1:80a(1)). Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin müşterek millî hukukunu bağlama noktası olarak kullanmak, çiftlerin farklı vatandaşlığa sahip olması ya da müşterek millî hukukun kayıtlı birliktelikleri tanımaması durumunda işe yaramaz.

Çiftlerin müşterek ikametgâhı veya müşterek mutad meskenlerini bağlama noktası olarak kullanmak, çiftlerin ikametgâhının bulunduğu devletin kayıtlı birliktelikleri kanunen düzenlemiş olması halinde tatmin edici olacaktır. Bu yüzden, Topluluk Hukukunca garanti edilen şahısların uluslararası hareketliliği nedeniyle, bu kullanım kısıtlı olacaktır⁹⁴. Bu nedenle, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin ikametgâh veya müşterek mutad mesken hukuklarını bağlama noktası olarak kullanmak, genelde kayıtlı birliktelikleri düzenlemeyen bir hukuk ile karşılaşma ihtimalini ortaya çıkarabileceğinden dolayı endişe ile karşılanmaktadır. Örneğin, birlikteliklerini *La Haye*'de kayıt altına aldırılmış olan Hollandalı erkek ile Fransız kadın, Roma'da ikamet etmektedir. İtalyan hukukunda kayıtlı birlikteliklerin düzenlenmiyor olmasından dolayı, içinde bulunulan durum, içinden çıkılmaz bir hal alır. Ayrıca şu da vurgulanmalıdır ki, ikametgâh veya müşterek mutad meskeni bağlama noktası olarak kullanmak, özel şekilde düzenlenmiş bir kayıtlı birliktelik türünü tanımayan bir hukukla karşılaşma ihtimaline neden olabilir. Örneğin, Roma'da bir süre yaşadından sonra, birlikteliklerini *La Haye*'de

⁹³ BOGDAN M., 'Amendment of Swedish private international law regarding registered partnerships', *IPRax* 2001, s. 353 vd.

⁹⁴ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., 'Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union', *Liber Amicorum K. Siehr*, Zürich (Schulthess) 2000, s. 527 vd.; KADDOUS C., 'La situation des partenaires de même sexe en droit communautaire et dans le cadre de l'Accord sectoriel sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne', *RSDIE* 2001, s. 143 vd. Bkz. the Council Directive 2003/86/CE of 22 September 2003 on the right to family reunification: *OJ*, L 251 of 3.10.2003, s. 12 vd. özellikle s. 14 (m. 4, para. 3).

tescil ettirmiş Hollandalı erkek ile Fransız kadın, Kopenhag'a taşınır. Her ne kadar Danimarka hukukunda kayıtlı birliktelikleri düzenlenmiş olsa da, aslında bu müessese özel olarak sadece aynı cinsiyetten kişileri kapsamaktadır. Bu nedenle, Danimarka hukukunda, Hollanda hukukuna göre kayıt altına alınmış bu beraberliğe uygulanabilecek hiçbir kural bulunmamaktadır.

Bu tür bir boşluğun oluşmasından kaçınmak için, İsviçre Kanun Tasarısı (kayıt yaptırılan yerin hukukunu 'uygulanacak hukuk' olarak kabul eden, Kasım 2001'deki ilk taslağın aksine), basamaklı bir bağlama kuralı tercih etmektedir⁹⁵. Tasarı, ilk basamakta Milletlerarası Özel Hukukta evliliğe uygulanacak hukukun, kıyas yoluyla kayıtlı birlikteliklere de uygulanabileceğini öngörmektedir⁹⁶. Evlilik için belirlenmiş bağlama kuralına göre tespit edilen hukuk (yani müşterek ikametgâh hukuku), kayıtlı birliktelik kurumunu düzenlememiştir, ikinci basamaktaki İsviçre hukuku devreye girecektir⁹⁷.

Milletlerarası Özel hukukta kayıtlı birlikteliklere uygulanacak hukukun her zaman genel ve soyut olarak kayıtlı birlikteliği tanıyan bir hukuku işaret etmesi gerekmektedir; bu nedenle, basamaklı bir kural olmalıdır.

⁹⁵ Karşılaştırınız, Belçika'da, *Proposition de loi portant le Code de droit international privé* (Senate), No. 3-27/1-2002/2003, of 7 July 2003, m. 60 (*Droit applicable à la relation de vie commune*): '§ 1. Les conditions de validité de la relation de vie commune sont régies, pour chacun des cohabitants, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de l'enregistrement de la relation. Toutefois, les formalités relatives à la conclusion de la relation de vie commune sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la relation est enregistrée. § 2. Les effets entre cohabitants et à l'égard de tiers d'une relation de vie commune enregistrée en Belgique sont régis par le droit belge. Les effets d'une relation de vie commune enregistrée à l'étranger sont régis par le droit désigné en vertu des articles 48 à 54, applicables par analogie. § 3. Les conditions de la cessation d'une relation de vie commune enregistrée en Belgique sont régies par le droit belge. Les conditions de cessation d'une relation de vie commune enregistrée à l'étranger sont régies par le droit désigné en vertu de l'article 55, applicable par analogie. Toutefois, les formalités relatives à la cessation de cette relation sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte de cessation est établi. § 4. L'application du droit étranger qui régit les effets ou la cessation d'une relation de vie commune en vertu des paragraphes 2 et 3 est écartée si ce droit n'organise pas de relation équivalente. Dans ce cas, il est fait application du droit de l'Etat sur le territoire duquel les parties avaient leur résidence habituelle au moment de l'enregistrement de la relation. A défaut de résidence habituelle dans le même pays ou si ce droit n'organise pas de relation équivalente, il est fait application du droit de l'Etat sur le territoire duquel la relation a été enregistrée.'

⁹⁶ m. 65a, *Feuille Fédérale* of 25 February 2003, s. 1296.

⁹⁷ m. 65a, *Feuille Fédérale* of 25 February 2003, s. 1296.

Kanımızca kayıtlı birlikteliklerin, çiftlerin beraberliklerini kayıt altına alan yer hukukuna tâbi olması yerinde olacaktır⁹⁸. Peki, sadece birlikteliğin kayıt altına alındığı yerin hukukunu uygulanacak hukuk olarak belirlersek, belirlenen bu hukukun birlikteliği tanıyacağından emin olabilir miyiz? Fransız doktrininde bazı yazarlar da aynı sonuca ulaşmıştır⁹⁹. Yine aynı bağlamda, Milletlerarası Özel Hukuk Hollanda Komitesi, öncelikle, birlikteliğin kayıt altına alındığı yerin hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur: *Lex loci registrationis*¹⁰⁰. Alman kanun koyucusu da, çiftlerin kayıt yaptırdıkları yerin hukukunun kayıtlı birliktelikleri idare etmesini tercih etmiştir¹⁰¹.

B. Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Inter partes (eşitler arasında birinci: ÇN) ilişkileri kapsayan, evlilik dışı beraberliklerde uygulanacak hukuk, esas itibarıyla (1) bu tür beraberliklerin kurulmasını, (2) sona ermesini ve ayrıca şahsî sonuçlarını idare eder¹⁰². Öte yandan (3) malvarlığı hakları, milletlerarası özel hukukunun diğer kurallarına tabidir. Aslına bakılırsa, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunda, şahsî statünün, malvarlığı uyumsuzluklarını idare etmeyeceği düzenlenmiştir¹⁰³.

1. Evlilik Dışı Beraberliklerin Kuruluşu

Evlilik dışı birlikte yaşama: Evlilik dışı birlikte yaşama modeli olarak nitelendirilen bir beraberlik biçiminin kurulması için gerekli şartlar, çiftlerin müşterek millî hukuku, müşterek millî hukukun bulunmaması halinde çiftlerin müşterek ikametgâh veya müşterek mutad mesken hukuku, bunların

⁹⁸ Bkz. DEVERS A. (note 2), No. 319 vd.

⁹⁹ FULCHIRON H., 'Réflexions sur le unions hors mariage en droit international privé' (note 32), s. 908 vd.; KHAIRALLAH G., 'Les "partenariats organisés" en droit international privé' (note 32), p. 327, No. 18 (concerning the *civil solidarity pact*).

¹⁰⁰ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., 'Registered partnerships, paces and private international law. Some reflections' (note 70), s. 301.

¹⁰¹ EGBGB, m 17a/1: 'The formation of a registered partnership, its general and property effects, as well as its dissolution are governed by the substantive provisions of the State where the partnership is registered [...].' Bkz. HOHLOCH G./ KJELLAND C. (note 84), s. 227.

¹⁰² Bkz. DEVERS A. (note 2), No. 395 vd.

¹⁰³ Bkz. LOUSSOUARN Y./ BOUREL P. (note 48), No. 154.

hiçbiri yoksa *lex fori* tarafından idare edilir. Fransız maddê hukukuna göre (Medenî Kanun, m. 515-8), aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki beraberlik, evlilik dışı birlikte yaşama olarak nitelendirilir. Diğer yandan, Bolivya kanunlarına göre (Aile Hukuku, m. 158), aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki beraberlik hiçbir zaman *union conyugal libre* (evlilik: ÇN) olarak kabul edilmez.

Kayıtlı birliktelik: Kayıtlı birlikteliğin kurulması için gerekli şartlar, söz konusu birlikteliğin hangi hukuka göre kayıt altına alındığına göre belirlenir. Bu hukuk hem resmî olmayan (yaş, ehliyet gibi), hem resmî koşulları (yargı yetkisi, tanıkların varlığı gibi) idare eder. Bu, çözüm tarzı *Quebec* Medenî Kanununun 3090. 1 maddesine düzenlenmiş olan; medenî birliktelik, hem esas hem şekil koşulları bakımından yapıldığı yer hukukunda idare edilir (m. 3090. 1) şeklindeki çözümün aynısıdır. Bu yüzden, Fransa'da, Danimarkalı bir erkekle İsveçli kadın arasında *medenî dayanışma sözleşmesi* geçerli olarak kurulabilirken, Kopenhag'da ancak aynı cinsiyetten kişiler arasında kayıtlı birliktelik kurulabilir.

2. Evlilik Dışı Beraberliklerin Sona Ermesi

Evlilik dışı birlikte yaşama: Evlilik dışı birlikte yaşama modelinin sona ermesi için gerekli koşullar, çiftlerin müşterek millî hukuku, müşterek millî hukukun olmaması halinde, müşterek ikametgâh veya müşterek mutad mesken hukukları, bunların da bulunmaması halinde *lex fori* tarafından idare edilir. Uygulamada ise millî hukuk, evlilik dışı birlikte yaşama modelinin sona ermesi için gerekli koşulları düzenlemeyip; daha çok bu ilişkinin kuruluğu ve sonuçları ile ilgilenir. Kural olarak evlilik dışı birlikte yaşamanın sona erme nedenleri; çiftlerin karşılıklı rızası, taraflardan birinin girişimi veya birlikte yaşayan çiftlerden birinin ölümüdür.

Kayıtlı birliktelik: Kayıtlı birlikteliğin sona ermesi için gerekli koşullar ise kaydın yapıldığı ülke hukuku tarafından belirlenir¹⁰⁴. Bu husus, kayıtlı birliktelikleri idare eden farklı millî hukuk kurallarının çok farklı olması açısından önemlidir. *Medenî dayanışma sözleşmesi*, kayıtlı çiftlerden birinin, üçüncü bir kişiyle evlenmesiyle sona ererken (Medenî Kanun, m. 515-7(3)); Hollanda hukukuna göre evlilik, kayıtlı birlikteliği sona erdiren bir etkiye

¹⁰⁴ *Contra* HUET A. (note 32), s. 544 vd.

sahip değildir (Medenî Kanun, m. 80c).

3. Evlilik Dışı Beraberliklerde Mal Rejimleri

Bu konuda dikkatimizi çeken üç husus bulunmaktadır: (a) Malvarlığı hakkı, (b) nafaka, (c) sağ kalan tarafın miras hakkı.

a. Malvarlığı Hakkı. Evli olmayan çiftlerin mal rejimlerine uygulanan hukuku belirlerken, konuya ilişkin iki milletlerarası sözleşmeyi dikkate almak gerekir. Bunlar, 14 Mart 1978 tarihli *La Haye* Sözleşmesi (Fransa'da 1 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir) ile 19 Haziran 1980 tarihli Roma Sözleşmesidir (Fransa'da 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir). Ancak, her iki Sözleşme de evli olmayan çiftlerin malvarlığı haklarına ilişkin değildir.

17 Mart 1978 tarihli *La Haye* Sözleşmesi, 'eş'lerin evlilikte mal rejimlerine uygulanacak hukuku düzenler (m.1). Ancak, evlilik dışı beraberlikleri nitelendirirken, Fransız maddî hukukunun, evlilik dışı beraberlikler ile evlilik arasında ayırım yaptığı sonucuna varmıştı¹⁰⁵. Evlilik dışı beraberlik, Fransız Milletlerarası Özel Hukuku uyarınca evlilik olmadığı için, 14 Mart 1978 tarihli *La Haye* Sözleşmesi, evli olmayan çiftlerin malvarlığı ilişkilerine uygulanmaz. Bu tür durumları hesaba katmak suretiyle, Milletlerarası Özel Hukuk Hollanda Komitesi, *La Haye* Sözleşmesinin kıyas yoluyla kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı haklarına da uygulanmasını önermiştir¹⁰⁶.

Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 tarihli Roma Sözleşmesi, 'şahsın ehliyeti ve koşulları ile evlilik mallarından kaynaklanan malvarlığı hakları [...] aile ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülüklerle ilişkin akdî borçları' kapsam dışı bırakmıştır (m. 1 ve 2). Ancak biz, evlilik dışı beraberliklerin şahsî statü unsuru, bir aile biçimi ya da en azından büyük ölçüde şahsi hâl olduğu sonucuna ulaştık. Dolayısıyla Roma Sözleşmesi, evli olmayan çiftlerin malvarlığı ilişkileri-

¹⁰⁵ *Contra* KHAIRALLAH G., 'Les "partenariats organisés" en droit international privé' (note 32), p. 328, No. 20; MIGNOT M. (note 32), s. 653, No. 74.

¹⁰⁶ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., 'Registered partnerships, paces and private international law. Some reflections' (note 70), s. 302.

ne uygulanmamaktadır¹⁰⁷. Ayrıca Roma Sözleşmesine göre uygulanacak hukukun bulunmaması halinde uygulanacak hukuk, sözleşmeyi ifa edecek tarafın mutad mesken hukukudur (m. 4 ve 2). Bu hukuku, evlilik dışı birlik-teliğe uygulamak güçtür: zira, hangi tarafın sözleşmeyi ifa edeceğinin veya sözleşmenin ifasının niteliğinin kesin olarak belirlenmesi gerekecektir¹⁰⁸.

Yukarıda bahsi geçen Roma ve *La Haye* Sözleşmeleri uygulanamasa da, evli olmayan bir çiftin malvarlığı ilişkilerinin, sözleşme olarak işlem görmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Fransız içtihatlarına göre, sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklarda¹¹⁰, evli olmayan bir çiftin, malvarlığı ilişkilerine uygulanacak hukuku seçmeleri serbesttir. Ancak, bu kural evlilik dışı beraberliklere uygulandığında, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftler ile birlikte yaşayan çiftler arasında bir ayırım yapmak gerekir. Yani, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin, kayıtlı birliktelik müessesesini tanıyan bir hukuku seçmesi gerekmektedir. Ayrıca, tercih edilen hukukun çiftlerle yakın bir bağlantısı olmalıdır. Buna göre, bir Hollandalı ile Danimarkalı, geçerli bir şekilde, malvarlığı ilişkilerine Hollanda hukukunun uygulanmasını tercih edebilir. *Trust* 'ı düzenleyen *La Haye* Sözleşmesinde olduğu (m. 6, § 2) gibi, çiftler, kayıtlı birlikteliği tanımayan bir hukuku seçerse, bu seçiminin hiçbir etkisi olmayacaktır¹¹¹. Bu tür durumlarda, çiftlerin malvarlığı ilişkilerine, beraberliğin kayıt altına alındığı yerin hukuku uygulanacaktır. Aynı hukuk, taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin olmadığı hallerde de uygulanır. Böylelikle, birlikteliklerini Berlin'de herhangi bir hukuk tercihi yapmaksızın kayıt altına aldırın bir çift -bir Fransız ile bir Alman- arasındaki malvarlığı ilişkisi, Alman hukukunca idare edilecektir. Bu öneri¹¹², kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlere herhangi bir seçim özgürlüğü tanımayan Alman hukukundan çok¹¹³, Milletlerarası Özel Hukuk Hollanda Komitesi tarafından sunulan kanun teklifine¹¹⁴ ve İsviçre

¹⁰⁷ Bkz. FULCHIRON H., 'Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé' (note 32), p. 903.

¹⁰⁸ Bkz. HUET A. (note 32), s. 542, dipnot 20.

¹⁰⁹ Bkz. DEVERS A. (note 2), No. 421 vd.

¹¹⁰ Bkz., örneğin, Cass. civ., 5 December 1910, *American Trading Cie*, ANCEL B./ LEQUETTE Y (note 66), No. 11; Cass. civ., 21 June 1950, *Messageries maritimes*, ANCEL B./ LEQUETTE Y. (note 66), No. 22.

¹¹¹ Bkz. GUILLAUME F. (note 67), s. 189.

¹¹² DEVERS A. (note 2), No. 448 vd.

¹¹³ HOHLOCH G./ KJELLAND C. (note 84), s. 231.

¹¹⁴ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., 'Registered partnerships, paces and private international law. Some reflections' (note 70), s. 302.

kanun tasarısına¹¹⁵ daha çok benzemektedir.

Diğer yandan, birlikte yaşayan çiftler, kendi malvarlığı ilişkilerine uygulanacak hukuku, birliktelikleriyle yakın ilişkili olmak koşuluyla özgürce seçebilir. Örneğin, *Stockholm*'de birlikte yaşayan İsveçli ve İtalyan kadın çift, geçerli biçimde, malvarlığı ilişkilerine İsveç hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilir. Eğer hukuk seçimi yapılmamışsa veya tercih edilen hukukun durumla hiçbir bağlantısı yoksa bu halde çiftin malvarlığı ilişkilerine, tarafların müşterek millî hukuku, müşterek millî hukukun bulunmaması halinde çiftlerin müşterek ikametgâh veya müşterek mutad mesken hukuku, bunların da olmaması halinde *lex fori* uygulanmalıdır¹¹⁶. Böylelikle, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda, *Rennes* şehrinde birlikte yaşayan Fransız bir kadın ile Kamboçyalı bir kadının malvarlığı ilişkilerine Fransız hukuku uygulanabilecektir.

b. Nafaka. Nafaka yükümlülüklerine uygulanacak hukuku düzenleyen 2 Ekim 1973 tarihli *La Haye Sözleşmesi* (Fransa'da 1 Ekim 1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir), aile ilişkilerinden kaynaklanan nafaka yükümlülüklerine uygulanmaktadır (m. 1). Evlilik dışı beraberlik, şahsî statü olduğu için *La Haye Sözleşmesinin* evlilik dışı beraberlikten kaynaklanan nafaka yükümlülüklerinde de uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilir. Getirilen bu çözüm, Milletlerarası Özel Hukuk Hollanda Komitesinin teklifiyle aynıdır¹¹⁷. Milletlerarası Özel Hukuk *La Haye Konferansı Daimi Bürosu*, Sözleşmenin evlilik dışı birlikte yaşama hallerinde de uygulanabileceğini zaten bildirmiştir¹¹⁸.

La Haye Sözleşmesinin 4. maddesi, nafakaya hak kazanan tarafın mutad mesken hukukunun, evli olmayan çiftlerin nafaka yükümlülüklerinde de uygulanabileceğini düzenlemektedir. Bu doğrultuda belirlenen hukuk, evli olsun-olmasın birlikte yaşayan çiftlerin, ilişkileri boyunca evin masraflarına katkıda bulunma ve diğer malî destekleri sağlamak zorunda olup olmadıklarına karar verecektir¹¹⁹. Böylelikle, mutad meskeni Paris'te olan bir Belçikalı, Fransız Medenî Kanununun 515-4 (1) maddesi gereğince,

¹¹⁵ m. 65c, al. 2, *Feuille Fédérale* of 25 February 2003, s. 1297.

¹¹⁶ DEVERS A. (note 2), No. 450 f.

¹¹⁷ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., 'Registered partnerships, paces and private international law. Some reflections' (note 70), s. 303.

¹¹⁸ *The Law applicable to unmarried couples* (note 29), s. 142.

¹¹⁹ DEVERS A. (note 2), No. 461 vd.

kayıtlı birliktelik kurmuş çiftler ev giderleri için katkı alma hakkını ha-
zidir. Nafakaya hak kazanan kişi, mutad mesken hukuku uyarınca nafaka
alamıyorsa, bu halde çiftlerin ortak vatandaşlığı (madde 5) veya işlemlerin
yürütüldüğü yer hukuku (madde 6) uygulanmalıdır. Bu bağlamda, mutad
mesken olarak Fransa'da ikamet eden iki Ekvatorlu, Ekvator hukuku uya-
rınca ev giderlerine karşılıklı olarak katkı sağlamak zorundadır (29 Aralık
1992 tarih ve 115 sayılı Kanun, m. 7). Bu bağlamda, şu unutulmamalıdır
ki, her ne kadar *La Haye* Sözleşmesi, nafakaya hak kazanan tarafı korusa
da, nafaka elde edileceğinin bir garantisi yoktur.

La Haye Sözleşmesi; boşanma, mahkeme kararıyla ayrılma veya ev-
liliğin feshedilmesi durumunda, eşlere nafakaya hükmedilmesine ilişkin
özel bir kural içerirken (m. 8), evlilik dışı beraberlikler için böyle bir ku-
ral bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, yukarıda bahsedilen 4. ve 6.
maddelerdeki genel kurallar, evlilik dışı beraberliğin sonlandırılmasının
ardından nafaka yükümlülüklerinde de uygulanabilir¹²⁰. Öyle görünüyor ki
bu kanunî boşluk, sona ermiş evlilik dışı beraberliğin hak kazanan tarafının
çıkartlarını tehlikeye atmamakta; aksine, evli eşlerden farklı olarak, nafakaya
hak kazanan tarafın mutad mesken hukuku (m. 4), müşterek millî hukuk
(madde 5) veya işlemlerin yürütüldüğü yer hukuku gereğince nafakaya hak
kazanabilmektedir. Alman hukukuna göre, nafakaya hak kazanan kayıtlı
birliktelik kurmuş taraf nafaka alamıyorsa, kaydının yapıldığı yerin millî
kanunları uygulanır¹²¹. Bu çözüm, nafakaya hak kazanan kişiyi koruyan *La
Haye* Sözleşmesinin temelinde yatan ilkenin bir uzantısıdır.

c. Sağ Kalan Tarafın Miras Hakkı. Taraflardan birinin vasiyetname
bırakmadan ölümü halinde, evlilik dışı beraberliğin hayatta kalan tarafının
miras haklarıyla ilgili sorun ortaya çıkabilir. Miras hakkıyla ilgili olarak,
Fransız Milletlerarası Özel Hukuku, taşınır ve taşınmaz mallar arasında ayırım
yapmaktadır. *Labedan* Kararında, *mobilier sequuntur personam* (taşınır mal-
lar, şahsı; taşınmaz mallar, bulunduğu yeri takip eder: ÇN) prensibi uyarınca,
mürisin taşınır mallarına mürisin son ikametgâh hukuku uygulanmıştır¹²².
Stewart Kararından bu yana¹²³, mürisin taşınmaz malları, malın bulunduğu

¹²⁰ DEVERS A. (note 2), No. 561 vd.

¹²¹ HOHLOCH G./ KJELLAND C. (note 84), s. 231-232.

¹²² Cass. civ., 19 June 1939, *Labedan*, ANCEL B./ LEQUETTE Y. (note 66), No. 18.

¹²³ Cass. civ., 14 March 1837, *Stewart*, ANCEL B./ LEQUETTE Y. (note 66), No. 3.

yer hukukuna (*lex rei sitae*) tabîdir. Bu nedenle, mirasa uygulanacak hukuk, (taşınır mallarda, murisin son ikametgâhı; taşınmaz mallarda, malın bulunduğu yer hukuku), evlilik dışı beraberliğin hayatta kalan tarafının, *de cuius* (mirasçı: ÇN) olarak miras almaya hak kazanıp kazanmayacağına karar verecektir. Bu noktada iki ihtimal dikkate alınmalıdır.

İlk ihtimal, vasiyetname bırakmadan ölen kişinin mirasına uygulanacak hukukun, birlikte yaşamış veya kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerden sağ kalan tarafa miras hakkı tanınmasıdır. Bu durumda, sağ kalan taraf, uygulanacak hukukça belirlenen koşullar ve kısıtlamalar çerçevesinde miras alır. İkinci ihtimal ise, vasiyetname bırakmadan ölen kişinin mirasına uygulanacak hukukun sağ kalan eşe miras hakkı tanınması; evlilik dışı beraberliğin hayatta kalan tarafına miras hakkı tanınmamasıdır. Bu durumda ulaşılabilecek sonuç, evlilik dışı beraberliğin sağ kalan tarafının, sağ kalan eş olmasa dahi miras hakkı olmadığıdır¹²⁴. Sağ kalan eşe uygulanan kurallar, kıyas yoluyla, evlilik dışı beraberliğin sağ kalan tarafında da uygulanamaz.

Evlilik dışı beraberliğin sağ kalan tarafının uygulanacak hukuk uyarınca herhangi bir miras hakkına sahip olamaması halinde¹²⁵ bazı çözümler düşünülebilir. 1 Ağustos 1989 tarihli Ölen Kişilerin Malvarlıklarının Mirasçılara İntikaline Uygulanacak Hukuka Dair *La Haye* Sözleşmesinde (m. 5 ve 6) olduğu gibi, Fransız doktrininde bir görüş *professio juris* (ilgiliye uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınması', başka bir anlatımla 'irade muhtariyeti': ÇN) ilkesinin Fransız Milletlerarası Özel Hukukuna dahil edilmesini ve böylelikle evlilik dışı beraberliğin taraflarının, miras hakkının tamamına veya bir kısmına uygulanacak hukuku seçebilmesine izin verilmesini önermişlerdir¹²⁶. Kanımızca, bu tatmin edici bir teklif değildir. Öncelikle, maddî hukukta zorunlu olan miras kuralları, Milletlerarası Özel

¹²⁴ Bkz. GAUTIER P.-Y., *Répertoire international Dalloz* (note 32), No. 45-46; FULCHIRON H., 'Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé' (note 32), s. 911.

¹²⁵ DÖRNER H./ LAGARDE P., *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*, Étude pour la Commission des Communautés Européennes, Institut Notarial Allemand, 18 septembre/8 novembre 2002, s. 111.

¹²⁶ Bkz. GAUTIER P.-Y., *Répertoire international Dalloz* (note 32), No. 48. FULCHIRON H., 'Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé' (note 32), s. 911-912.

Hukukta seçimlik olacaktır¹²⁷. İkinci olarak, *professio juris*, sahtekârlık amacıyla kolayca kötüye kullanılabilir: evli olmayan çiftler, geçerli olarak, kendi kanunî mirasçılarının (yani çocukları) haklarına zarar verecek şekilde uygulanacak hukuku seçebilir. Bu nedenlerden dolayı, miras konularında *professio juris* yaklaşımını reddetme eğilimindeyiz.

Bu konuda ikinci bir çözüm ise, 16 Şubat 2001 tarihli Alman hukukunda düzenlenmiştir: Buna göre, sağ kalan kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerden, genel kurallar uyarınca miras hakkı bulunmuyorsa, kayıt yaptırılan yerin miras hukuku kuralları uygulanmalıdır¹²⁸. Bu bağlama kuralı, miras hakkının sağ kalan kayıtlı birliktelik kurmuş tarafa verilmesini teşvik etmektedir. Ancak kanımızca bu çözüm, murisin kanunî mirasçıları (özellikle çocuklar) için dezavantajlı olabileceğinden kabul edilemez. Eğer mirasa çiftin kayıt yaptırdığı yer hukuku uygulanırsa, murisin çocuklarının, mirası, sağ kalan kayıtlı taraf ile paylaşmaları gerekir; aksi halde çocuklar, murisin tek mirasçılarıdır.

Son olarak ulaştığımız sonuç, evlilik dışı beraberliğin sağ kalan tarafının miras haklarının -taşınır ve taşınmaz mallar arasında ayırım yaparak-, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunun geleneksel kuralları çerçevesinde belirlenmesi yönündedir.

IV. Sonuç

Evlilik dışı beraberliklerde uygulanacak hukuka karar vermek; Milletlerarası Özel Hukukunun vasıflandırma ve bağlama kuralı gibi geleneksel sorunlarına dönülmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, evlilik dışı birlikte yaşama ile kayıtlı birliktelikler arasındaki fark, bu müesseselerin her biri için farklı uygulanacak hukuk ortaya çıkarmaktadır. Evlilik dışı beraberlikler için bağlama kuralı arayışı devam ederken, doktrinde bazı yazarlar, çoktan başka bir konuya –aynı cinsiyetten kişilerin evliliklerine- geçmişlerdir bile. Madem Hollanda ve Belçika aynı cinsiyetten kişilere evlilik yolunu açtı, o zaman Milletlerarası Özel Hukukun aynı cinsiyetten kişilerin evlilikleriyle

¹²⁷ Bkz. GORÉ M., ‘*De la mode... dans les successions internationales: contre les prétentions de la professio juris*’, *Mélanges en l’hommage de Y. Loussouarn*, Paris (Dalloz) 1994, s. 193 vd.

¹²⁸ HOHLOCH G./ KJELLAND C. (note 84), s. 232.

ilgili boyutlarının acilen analiz edilmesi ihtiyacı bulunmaktadır¹²⁹. Ayrıca, aile hukukunun karakteristik özelliklerinin, devletlerin yüzyıllık kültürlerine mahkûm olduğu gerçeği, bu alandaki uyum sağlama ve bütünleştirme girişimlerinin boşa olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, aile hukuku alanında bir Topluluk Aile Hukuku geliştirmenin geleceği yoktur; bunun yerine, Topluluk Milletlerarası Özel Hukuku geliştirilmelidir. Milletlerarası Özel Hukuk mantığı, Üye Devletlerin geleneklerine saygı göstererek, hukuku uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma amacını üstün tutar. Bu sadece daha tatmin edici değil aynı zamanda daha aydınlatıcıdır. Ancak şu unutulmamalıdır ki, Topluluk Hukukunun, uygulanacak hukuk konusuna ilgisi akla uygunken, aile ilişkilerine hangi hukukun uygulanacağı sorunu Üye Devletlerin münhasır yetkisinde kalmalıdır¹³⁰.

¹²⁹ Bkz. BOUZA VIDAL N./ QUIÑONES ESCAMEZ A., *Revista jurídica de Catalunya* 2002, s. 200 vd. FULCHIRON H., 'Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)', *Recueil Dalloz* 2001 (*point de vue*), s. 1628 vd.; ID., 'La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas', *La Semaine Juridique ed. G* 2001, act., No. 21-22, s. 1033 vd.; RIGAUX F., 'The Law Applicable to Non Traditional Families', *Liber Amicorum K. Siehr*, Zürich (Schulthess) 2000, s. 647 vd.

¹³⁰ Bkz. GAUDEMET-TALLON H., 'De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne?', *Estudos en homenagem à I. de Magalhães Collaço*, Coimbra (Almedina) 2002, s. 159 vd.