

**Milletlerarası Hukuk
ve Milletlerarası Özel Hukuk
Bülteni**

**Public and Private
International Law
Bulletin**

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni
Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 38 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2018
ISSN: 1308-0385 • DOI: 10.26650/ppil

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin uluslararası ve hakemli dergisidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/ yazarlarına aittir.

Public and Private International Law Bulletin is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Yönetim Yeri/Head Office

Istanbul University Faculty of Law, Beyazıt, İstanbul

Yayın Sahibi/Owner

Istanbul University Faculty of Law

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

Istanbul University Faculty of Law Dean

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör/Editor-in-Chief

Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Yönetici Editör/Executive Editors

Assoc. Prof. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Assoc. Prof. Dr. İnci Ataman Figanmeşe, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Assoc. Prof. Dr. Galip Engin Şimşek, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Teknik Editörler/Production Editors

Asst. Prof. Dr. Mine Tan Dehmen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Enver Arıkoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Ayşe Yasemin Aydoğmuş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)
Asst. Prof. Dr. Ayşe Elif Uluşu Karataş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Book Review Editor)
Res. Asst. Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Book Review Editor)

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Res. Asst. Dr. Nebile Pelin Manti, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Melis Avcı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Ceren Ertürk, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Emre Küllişli, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Rumeysa Partalçı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Ceren Karagözöğlü, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Miray Azaklı Köse, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Ahmet Tokat, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

**ULUSLARARASI EDİTORYAL KURUL/
INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD**

Prof. Dr. Naciye Günseli Gelgel, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Rauf Versan, İstanbul University Faculty of Political Sciences, Department of Political Science and International Relations, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. İbrahim Kaya, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Cüneyt Yüksel, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey
Assoc. Prof. Dr. Emre Esen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Don Wallace, University of Georgetown, International Law Institute, Wasahington DC, United States of America
Prof. Dr. Evangelos Vassilekakis, Aristotle University of Thessaloniki, Department of International Studies, Thessaloniki, Greece
Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht, Kassel, Germany
Prof. Dr. Julien Chaisse, The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong SAR, The People's Republic of China
Prof. Dr. David P. Stewart, University of Georgetown, Center on Transnational Business and the Law, Wasahington DC, United States of America

*In alphabetical order by name

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, Türkiye

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli Yayın/International Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe ve İngilizce/Turkish and English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Biannual (June & December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
TÜBİTAK ULAKBİM Sosyal ve Beşeri Bilimler Veri Tabanı/TUBITAK ULAKBIM Social and Human Sciences Database

Tasarım ve Uygulama/Graphic Design
Semih Edis

Baskı ve Cilt/Printing Office
İlbey Matbaa Kağıt Reklam Org. Müc. San. Tic. Ltd. Şti.
Adres: 2. Matbaacılar Sitesi 3NB 3 Topkapı / Zeytinburnu, İstanbul
Sertifika No: 17845
www.ilbeymatbaa.com.tr

Basım Tarihi: Aralık 2018



İletişim/Correspondence
İstanbul University/Faculty of Law
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/Fatih, İstanbul, Türkiye

Telefon: +90 (212) 440-0000/10800 / **Fax:** +90 (212) 520 82 86
Web: <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/> & <http://dergipark.gov.tr/iuhmhobh>
Elektronik posta: mmaum@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> CISG Uyarınca Sözleşmenin Kurulmasında İcap ve Özellikle Kamuya Yöneltilen İcapların Hukuki Niteliği An Offer for Concluding Contract According to the CISG and Especially the Legal Nature of Public Offers Dovran Annaseidov	219
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni Humanitarian Residence Permit in the Light of Court Decisions Nuray Ekşi	243
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar Analysis of Some Problems Arising from ICSID's Jurisdiction İlyas Gölcüklü	285
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Güney Kore'de Uluslararası Ticari Tahkim International Commercial Arbitration in South Korea Seon Yeong Hong	311
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat Waiver Of Setting Aside Action Under The Turkish International Arbitration Code Mehmet Polat Kalafatoğlu	339
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Türkiye'de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler Thoughts on Establishing a Maritime Arbitration Centre in Turkey Hilal Tuğba Öksüzöğlü	369
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Alanya Yabancılar Meclisi: Yabancıların Yerel Yönetime Katılım Örneği Alanya Foreigners Council: The Example of Participations of Foreigners in Local Administration Necla Öztürk/Güven Yazar	423
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini Determination of the Applicable Law on Franchise Contracts within the Frame of the Code on Private International Law and International Procedural Law No. 5718 Ayşe Güvercin Şahan	441
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olmamasının Nedenlerinin Değerlendirilmesi The Reasons for Which Turkey is Not Becoming a Party to The Treaty Establishing Energy Community Ulaş Şahin	481
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Cloud Computing as an Investment Under the ICSID Convention ICSID Konvansiyonu Kapsamında Bulut Bilişimin Yatırım Olarak Değerlendirilmesi Fatih Burak Uzun	519
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> A New Milestone for Turkey's Enhancing International Economic Partnerships: Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement Türkiye'nin Gelişmekte Olan Uluslararası Ekonomik Ortaklıklarında Yeni Bir Kilometre Taşı: Türkiye-Japonya Yeni Nesil Serbest Ticaret Anlaşması Cüneyt Yüksel/Deniz Baran	547
MAKALE YAZIM KURALLARI NOTES FOR CONTRIBUTORS	577

EDİTÖRDEN

Değerli okuyucular,

Köklü bir geleneğe sahip dergimizin Public and Private International Law Bulletin / PPIL” adıyla ve güncel bir anlayışla başladığı yeni yayın dönemi ikinci ürünü verdi. Dergimizin 38. Cildinin 2. Sayısını hukuk camiasına sunmaktan dolayı büyük bir kıvanç içindeyiz. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni / MHB’nin köklü geleneğini geçmişten geleceğe taşıma, özgünlüğümüzü koruyarak dünya ile bütünleşme, milletlerarası olma niteliğimizi ve saygınlığımızı güçlendirme arzusuyla çıktığımız yeni yolculuğumuz, bu son sayımızla devam ediyor.

Bu sayımızda kanunlar ihtilafı hukuku, yabancılar hukuku, milletlerarası ticari tahkim, milletlerarası yatırım hukuku, milletlerarası mal satımı hukuku, milletlerarası hukuk, milletlerarası ekonomi hukuku gibi farklı alanlardan on bir makale yer alıyor. Bunlar; *CISG Uyarınca Sözleşmenin Kurulmasında İcap ve Özellikle Kamuya Yöneltilen İcapların Hukuki Niteliği* (Dovran Annaseidov); *Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni* (Nuray Ekşi); *ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar* (İlyas Gölcüklü); *Güney Kore’de Uluslararası Ticari Tahkim* (Seon Yeong Hong); *Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat* (Mehmet Polat Kalafatoğlu); *Türkiye’de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler* (Hilal Tuğba Öksüzoğlu); *Alanya Yabancılar Meclisi: Yabancıların Yerel Yönetime Katılım Örneği* (Necla Öztürk/Güven Yazar); *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini* (Ayşe Güvercin Şahan); *Türkiye’nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması’na Taraf Olmamasının Nedenlerinin Değerlendirilmesi* (Ulaş Şahin); *ICSID Konvansiyonu Kapsamında Bulut Bilişimin Yatırım Olarak Değerlendirilmesi* (Fatih Burak Uzun); *Türkiye’nin Gelişmekte Olan Uluslararası Ekonomik Ortaklıklarında Yeni Bir Kilometre Taşı: Türkiye-Japonya Yeni Nesil Serbest Ticaret Anlaşması* (Cüneyt Yüksel / Deniz Baran).

Dergimizin baş editörleri olarak, bu yeni sayımıza makale veren yazarlarımıza, hakemlik yapan değerli Hocalarımıza, ayrıca Editörler Kurulu ve Danışma Kurulu ile Yayına Hazırlama Kurulu üyelerine, sundukları katkıdan dolayı teşekkür ediyor, dergimizin yeni döneminin ikinci sayısının okuyucularımıza faydalı olmasını diliyoruz.

Yolumuz açık olsun...

Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ ve

Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM

Baş Editörler

EDITORIAL

Dear Readers,

The new era of our bulletin with its deep-rooted tradition has started under the name of “Public and Private International Law Bulletin / PPIL and gave the second product of its revised approach. We feel proud of presenting the 2nd issue of the 38th volume of our bulletin to the law community at large. This new journey based on our wish to carry MHB’s deep-rooted tradition into the future, to get integrated with the world and to strengthen the international quality and reputation of our bulletin continues with this latest issue.

In this issue there are eleven articles on the following subjects: conflict of laws, nationality law, law of aliens, international commercial arbitration, international investment law, law on international sale of goods, international law and international economic law. The titles are: *An Offer for Concluding Contract According to the CISG and Especially the Legal Nature of Public Offers* (Dovran Annaseidov); *Humanitarian Residence Permit in the Light of Court Decisions* (Nuray Ekşi); *Analysis of Some Problems Arising from ICSID’s Jurisdiction* (İlyas Gölcüklü); *International Commercial Arbitration in South Korea* (Seon Yeong Hong); *Waiver Of Setting Aside Action Under The Turkish International Arbitration Code* (Mehmet Polat Kalafatoğlu); *Thoughts on Establishing a Maritime Arbitration Centre in Turkey* (Hilal Tuğba Öksüzöğlü); *Alanya Foreigners Council: The Example of Participations of Foreigners in Local Administration* (Necla Öztürk/Güven Yazar); *Determination of the Applicable Law on Franchise Contracts within the Frame of the Code on Private International Law and International Procedural Law No. 5718* (Ayşe Güvercin Şahan); *The Reasons for Which Turkey is Not Becoming a Party to The Treaty Establishing Energy Community* (Ulaş Şahin); *Cloud Computing as an Investment Under the ICSID Convention* (Fatih Burak Uzun); *A New Milestone for Turkey’s Enhancing International Economic Partnerships: Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement* (Cüneyt Yüksel / Deniz Baran).

As the editors-in-chief of our bulletin, we are thankful to the writers of the articles of our new issue, the professors who offered their services as reviewers, and also to the members of the Board of Editors, Advisory Board and Board of Assistant Editors for their contributions. We hope the second issue of this new era of our bulletin will be useful to our readers.

All the best,

Ayşe Nur TÛTÛNCÛ (Prof.) &
B. Bahadır ERDEM (Prof.)

Editors-in-Chiefs

CISG Uyarınca Sözleşmenin Kurulmasında İcap ve Özellikle Kamuya Yöneltilen İcapların Hukuki Niteliği*

Dovran Annaseidov**

Öz

Çalışmamızda, milletlerarası mal satımını konu edinen bir satım teklifinin CISG uyarınca icap olarak kabul edilebilmesi için Antlaşmanın öngördüğü düzenlemelere değinilmek suretiyle, Antlaşmanın madde 14 (2) hükmü uyarınca, hangi hallerde icaba davet veya aleni icabın söz konusu olacağına ışık tutulmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda, madde 14 (2)'nin belirsiz olmayan kişilere yöneltilen tekliflerin icaba davet olarak kabul göreceğine ilişkin hükmü ve bahsi geçen durumun aksinin açıkça belirtilmesinin hangi ihtimalleri kapsadığının üzerinde durulmuştur. Ortaya çıkan bu durum, kamuya yöneltilen icapların hukuki niteliğine, özellikle bilişim ortamında yapılan icapların hüküm ve sonuçlarına farklı bir açıdan bakmayı gerektirmiştir. Bu bağlamda, e-ticaret kapsamında açık artırma yoluyla milletlerarası mal satımını amaçlayan icapların konusu olduğu hallerde, Antlaşmanın uygulama alanı bulup bulamayacağı irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası mal satımı • İcaba davet • İcap • Kamuya yöneltilmiş icap • Açık artırma yoluyla satış

An Offer for Concluding Contract According to the CISG and Especially the Legal Nature of Public Offers

Abstract

In our study, by discussing the provisions of the Convention in order to accept the proposal which subject to the international sale of goods in according to the CISG, it has been tried to shed light, in which cases it will be considered invitation to treat or public offer in accordance with the provision of Article 14 (2) of the Convention. In this context, it has been emphasized the bounds of possibilities, when proposals stated to unspecific addressee will be considered as an invitation to treat and in contrary, when there will be expressly stating intention according to the provision of Article 14 (2). This situation necessitated looking at the legal nature of the offer which stated to the public, and in a different way to the provisions and results of the offers which stated especially in the IT sphere. In this context, it is debated whether the Convention apply to international sales of goods through auction in the context of e-commerce.

Keywords

International sale of goods • Invitation to treat • Offer • Public offer • Sale by auction

* Bu makalenin yazımı ve yayımı süreçlerinde teşviklerini esirgemeyen Sayın Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif Uluşu Karataş Hocama şükranlarımı sunarım.

** Sorumlu Yazar: Dovran Annaseidov, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, İstanbul, Türkiye. Eposta: annaseidovran@gmail.com

Atf: Dovran Annaseidov, "CISG Uyarınca Sözleşmenin Kurulmasında İcap ve Özellikle Kamuya Yöneltilen İcapların Hukuki Niteliği", (2018) PPII 38 219, 241 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0110>

Extended Summary

CISG ascertains, whether the nature of the proposal is attributable to the offeror, in other words, whether the proposal is an invitation to treat or offer statement, by specificity of addressee. The Convention, as a rule, prescribes that the proposal is an offer when the addressee is specific, otherwise it will be considered as an invitation to treat. Nonspecificity of addressee means that the proposal stated to public. For that reason, proposals which stated to public, as a rule, will be considered as an invitation to treat. The Convention, however, allows to make an offer to public by expressly stating that the offeror is to be bound with his own proposal, even if the addressee is unspecific. Offeror can defined the nature of a proposal by stating “public offer” related clauses. On the contrary, if there is no explicit declaration of intent in proposals which stated to public, its imperative to determine offerors intention.

It is crucial to state that, proposals which stated to public may occur as price lists, circular notes, advertisements, brochures, call for tender or window displays. Furthermore, proposals which are stated to public, constitutes in sales which concluded within the context of e-commerce transactions, which became fixture of our daily life. In such a case, by proposals which consists display by countdown, limitation by stocks or indicate that the goods are sales by discounts, we can estimate that offeror is stated intention which will be bound with own proposal and finally it is constitute that it is public stated proposal. Intention as this way, ordinarily limited by stocks or date ranges or countdowns which stating in small or inapprehensible fonts by prima facie. There will be numerus clauses addressee when offeror limits intention. It is crucial to state that, identification and nature of addressee is insignificant for offeror. For that reason, it is admissible that addressee is specific even if it is relative. Specificity of addressee is means that the proposal is in public offer nature.

If we consider that sales contracts which are within the context of electronical commerce are not concluded only in borders of one state, but its assembly buyer and sellers in global scope, it is no doubt that the Convention does apply to sales of goods in this sphere. However, it is uncertainty that if we despite Art. 2, is it possible that Convention does apply to sales which are made through auctions via internet sites. It is admissible, if we consider that electronic commerce was not reputable yet when the Convention concluded. Nowadays its possible that the Convention does apply to auctions related sales.

In this work, by consider Art. 2 of the Convention, it has been discussed within comparison with Turkish Law; the legal nature of an offer which is made in the context of international sales contract, how to act within the bounds of possibilities if we confront public offer or auction sales.

CISG Uyarınca Sözleşmenin Kurulmasında İcav ve Özellikle Kamuya Yöneltilen İcavların Hukuki Niteliği

Giriş

Milletlerarası mal satımı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların farklı milli hukuk kuralları uyarınca çözüme kavuşturulmasının yarattığı sakıncaları bertaraf etmek amacıyla yapılan kodifikasyon çalışmalarının bir sonucu olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması¹ (“CISG” veya “Antlaşma”) yüz bir madde ve dört ana kısımdan oluşmaktadır. CISG m. 4 hükmü uyarınca Antlaşma, esasen milletlerarası mal satım sözleşmelerinin kurulması ve alıcı ile satıcının bahsi geçen sözleşmelerden doğan hak ve borçlarını düzenlemektedir. Bu bağlamda Antlaşma, mal satım sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin milli hukuk kurallarının yerini alabilecek düzenlemelere yer vermemiştir. Çalışmamızın da konusunu oluşturan, sözleşmenin kurulmasına ilişkin öngörülen kurallar; Antlaşmanın ikinci kısmında madde 14 ilâ 24 arasında yer almaktadır.

Hukuki işlem olan satım sözleşmesinin hukuk düzleminde hüküm ve sonuçlarını sıhhatli bir şekilde doğuracağı öngörüsü ancak, tarafların alım-satım iradelerinin birbirleriyle uyduğu ölçüde mümkündür. Satım sözleşmelerinde tarafların irade beyanları niteliğine göre; icaba davet, icav veya kabul şeklinde tezahür eder. Bir satım sözleşmesinin mevcudiyeti, alım veya satım teklifinin icav niteliği kazanmasına bağlıdır. Buna ek olarak, alım veya satıma ilişkin kabul beyanının icav beyanı olmaksızın söz konusu olamayacağı, dolayısıyla da kabul beyanının doğumunun icav beyanının mevcudiyetine bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Öyleyse, icav beyanlarının satım hukukunun mihenk taşıını oluşturduğunu söylemeliyiz.

Çalışmamızda daha çok icav konusuna değinmeyi yerinde gördük. Zira kabul hükümlerine ilişkin aydınlatılmayı bekleyen düzenlemelerin olduğunu düşünmüyoruz. Bu kapsamda çalışmamız; bir teklifin icav mertebesine ulaşabilmesi için gereken koşulları, icabın hükmü, icabın geri alınması ve cayma konularına değinmek suretiyle, özellikle umuma yapılan icavların (*public offer*) görünüş şekillerine, niteliğine ve icaba davet müessesesinden farklılığı noktasında yoğunlaşmaktadır.

¹ Türkiye Cumhuriyeti'nin Antlaşmaya taraf olması 02.04.2009 tarih ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunmuş olup, taraf olmaya ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 07.04.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Antlaşmaya taraf devletlerin güncel listesi için bkz. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> accessed 25 January 2018.

1. CISG Uyarınca Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulmasında Geleneksel İcap

1.1. Genel Olarak

CISG, milletlerarası mal satımını konu edinen bir sözleşmenin kurulabilmesi için icap ve kabulün karşılıklı olarak uygun olması, yani irade uyuşmasının sağlanması gerektiğini açıklayan “geleneksel kuram”a (*traditional theory*) ilişkin hükümler içermektedir². Buna benzer bir anlayış Türk Hukuku bakımından da geçerlidir³. Gerçekten de TBK m. 1 “iradelerin karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklanmasını” ifade etmekle, bir sözleşmenin inikadı bakımından irade uyuşmasını temel unsur olarak saymıştır.

1.2. İcapta Bulunma

CISG uyarınca bir icabın; bir veya birden çok belirli kişiye yöneltilmesi, yeterince kesin olması ve muhatabın kabulü halinde icapta bulunanın bağlanma iradesini yansıması gerekmektedir. Bu üç unsurun bir araya gelmesi ile sözleşmeyi kurmaya yönelik icap yapılmış sayılır. Buradan hareketle denebilir ki, bir teklifin CISG kapsamında icap olarak kabul edilebilmesi için beyan edilen teklifin “icap” ifadesini içermesine gerek yoktur⁴. Dahası, CISG m. 11 hükmü gözetilirse Antlaşma, sözleşmenin kurulmasına ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu sebeple, yapılan icabın sözlü beyan ile veya zımni davranışlar ile hüküm doğurmasının mümkün olduğu söylenebilir⁵. Ancak ifade edilmelidir ki, icabın, kişinin hukuki işlem yapma arzusunu içeren bir irade beyanı olmasından ötürü, sadece CISG kapsamındaki gereklere uygun olması değil, aynı zamanda uygulanabilir ilgili milli hukuka da riayet etmesi gerekmektedir⁶. Zira hukuki işlemin doğumuna ilişkin geçerlilik, sözleşmenin maddi geçerliliğine etki ettiğinden, CISG m. 4 (a) hükmü uyarınca kanunlar ihtilafı kuralları devreye girecektir⁷.

2 Ulrich G. Schroeter, ‘Madde 14-24 Hükümlerine Giriş Kısmı’, in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) para 24.

3 İlhan Yılmaz, ‘Uluslararası Menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu’ (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Kemal Oğuzman’a Armağan passim; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (11th edn, Vedat Kitapçılık 2013) 49.

4 İpek Sağlam, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24)* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 15.

5 ibid 16.

6 ibid; Ulrich G. Schroeter, ‘14. Madde’ in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) para 1.

7 Schroeter, ‘Giriş Kısmı’ (n 2) para 3.

1.2.1. İcabin Bir veya Birden Çok Belirli Kişiye Yöneltilme Unsuru⁸

CISG, teklifin bir veya birden çok belirli kişiye yöneltilmesini aramaktadır. Burada asıl değinilmesi gereken husus, kamuya yöneltilen teklifler aracılığıyla sözleşmelerin kurulduğu hallerde yapılan teklifin niteliğine ilişkin değerlendirmelerdir. Antlaşmanın m. 14 (2) hükmü belirli olmayan kişilere yöneltilen teklifin, yani kamuya yöneltilen tekliflerin kural olarak icaba davet olacağını⁹ düzenlemekle beraber, aksini açıkça belirtmek suretiyle teklifin icap olarak yöneltilmesinin de mümkün olduğunu hüküm altına almaktadır.

1.2.2. İcabin Yeterince Kesin Olma Unsuru

CISG uyarınca mal satım sözleşmesinin kurulabilmesine yönelik yapılan icabın, sözleşmenin kurulmasına hizmet eder yeterlilikte olması gerekmektedir. Öyle ki, yöneltilen icap ile muhabata kabul beyanını sunmaya olanak sağlanmış olması gerekmektedir. Madde 14 (1)'in devamı cümlesinde hangi unsurları içeren bir teklifin icap mertebesine çıkacağı örnekler ile verilmiştir. Bu hüküm uyarınca; malın, miktarın ve semenin belirli veya belirlenebilir olması *essentialia negotii* olarak kabul edilmektedir¹⁰. Belirtmek gerekir ki; sayılan haller teklifin barındırması gereken asgari içeriğine ilişkin olup¹¹, tarafların iradesine uygun olarak kararlaştırılan farklı esaslı unsurlar da teklifin icap olarak kabul edilebilirliği hususunda dikkate alınacaktır¹².

Madde hükmünde öngörülen asgari unsurların yokluğu halinde yöneltilen teklif, sözleşme ortaya koymaya yarayan bir icap olarak değerlendirilemez¹³. Asgari unsurların tek bir tanesinin dahi eksikliği aynı etkiyi yaratacaktır¹⁴. CISG'nin öngördüğü unsurları karşılamakla beraber, Antlaşmanın m.4 (2) (a) hükmü ışığında teklifin geçerliliğine ilişkin uygulanacak milli hukukun bu tür teklifleri yasakladığı hallerde, yine sözleşme kurmaya imkân veren bir icabın varlığından bahsedilemeyecektir¹⁵.

8 İcabin bir veya birden çok belirli kişiye yöneltilme unsuru bakımından aleni icaplar için yapılan mülahazalar için bkz. infra 2. Bölüm.

9 Yılmaz (n 3) 584; Ingeborg Schwenzer, Florian Mohs 'Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern Law' (2006) 6 Internationales Handelsrecht 239, 241 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>> accessed 25 January 2018; Giulio Giannini, 'The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis' (2006) 1 Nordic Journal of Commercial Law para 1.1. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/giannini.html>> accessed 25 January 2018; Ingeborg Schwenzer, Florian Mohs 'Sözleşmenin Kurulması' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha Yayıncılık 2008) 88.

10 Schroeter, '14. Madde' (n 6) para 3.

11 ibid

12 ibid para 5.

13 ibid para 6.

14 Nitekim CIETAC nezdinde görülen bir tahkim yargılamasında, "karşılıklı olarak kararlaştırmak üzere bazik pik demiri veya fogbound pik demiri, bedel de yine karşılıklı olarak kararlaştırılacaktır" şeklindeki bir teklif, sözleşme için iki farklı malın alternatif seçimi olarak tayin olmasına neden olduğundan ve dolayısıyla teklifin hangi mala ilişkin olduğu belirsiz olduğundan, malların belirlenebilir olmaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olarak kurulduğu kabul edilmiştir. CISG-online No: 1135.

15 ibid

TBK m. 2/f. 1 de, CISG ile paralel düzenleme içermektedir. Tarafların irade beyanları sözleşmenin esaslı unsurlarında *consensus*'un varlığına işaret ediyorsa, ikincil unsurların müzakere edilmemiş olması tek başına sözleşmenin kurulmasına engel olamayacaktır. İkincil unsurlar taraflar arasında müzakere edilmiş olup da irade uyuşması mevcut değil ise veya taraflardan birisinin tek başına ikincil unsurlara değinmiş olması hali, subjektif esaslı nokta olarak tabir edilecek olup, bu noktaların ileride belirlenmesi için de bir fikir birliği yoksa sözleşme kurulamayacaktır¹⁶.

1.2.2.1. Asgari Unsurların Belirlenmiş veya En Azından Belirlenebilir Olması

CISG m. 14 (1)'in ikinci cümlesinin lafzı dikkate alınırca, sözleşme konusu malın, bu malın miktarının ve semeninin açıkça veya zımnem belirlenmesi mümkündür. Susma hali de; taraflar arasında bu yönde süregelen ticari uygulamaların mevcut olması halinde, miktar veya fiyatın belirlenebilirliği konusuna esas teşkil edecek ve belirleme işlevine sahip olacaktır¹⁷.

Sözleşme konusu edilen malın saptanması icabın doğması bakımından önem arz etmektedir. Bir sözleşme ilişkisine girme iradesinde iki farklı malın satım konusu edilmesi halinde malların alternatif seçimlik olarak (A malı veya B malı) şeklinde tayin edilmesi halinde icabın hangi mala ilişkin olduğu belirlenemiyorsa, ilgili mal bakımından sözleşme inikat etmiş olmayacaktır¹⁸.

Satım konusu olan malın saptanmış olmasının yanı sıra, teklifte malın miktarının ve semenin de açıkça veya zımnem belirlenmiş olması gerekir. Bunların duraksamaya yer olmaksızın belirli olduğu hallerde kural olarak sorun çıkmayacaktır. Ancak, hangi hallerde miktar ve semenin zımnem belirli veya en azından belirlenebilmesi için müsait düzenlemelerin yapıldığını tespit etmek zor olmakla beraber, somut olayın tüm yönleriyle incelenmesini gerektirmektedir. Bu unsurların; tarafların arasındaki ticari uygulamalardan¹⁹, çerçeve sözleşmelerden²⁰ veya yapılan atıflardan (fiyat listelerine atıf²¹, genel işlem koşullarına atıf) çıkartılmasının mümkün olduğu hallerde mevcut olduğu kabul edilir. Asgari unsurların sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasından itibaren sonraki bir vakitte muhtemel olması beklenen bir olguya atıf yapması halinde de bu unsurların oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Teklifin, malın teslimi anındaki malın konusuna ilişkin piyasada oluşacak fiyata atıf yapması hali buna örnek verilebilir²².

16 Oğuzman and Öz (n 3) 74.

17 Schroeter, '14. Madde' (n 6) para 8.

18 supra n 14.

19 "Ticari miktarda" klatrat kimyasal siparişinin teklifte yer aldığı olayda, sözleşme konusunun ilgili olduğu sanayi branşında mevcut olan teamüller gereği miktarın belirli olduğunun kabul edilmesi gerekçesiyle yapılan teklif icap sayılmıştır. CISG-online No: 653. Bkz. ibid para 9 n 40.

20 Sözleşme konusunun nihai alıcıların talepleri doğrultusunda değişken olacağı hususunun, üst satıcı (olay bakımından alıcı) ve malları temin eden satıcının arasında mevcut olan çerçeve anlaşmada belirtilmiş olması halinde miktarın belirli olduğunun kabul edilmesi. CISG-online No: 870. Bkz. ibid para 9 n 41.

21 ibid para 12.

22 UNCITRAL, *Commentary on the draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat* (Document A/CONF.97/5, 1979) art 12 para 14 <www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> accessed 25 January 2018.

Mallarının “*mevcut olan hepsinin*” satışını teklif eden satıcının veya alıcının “*tüm gereksinimlerini karşılayacak*” bir alım teklifini satıcıya yöneltmesi halinde de belirlenebilir miktarın var olduğu kabul edilecektir²³.

Alıcının yönelttiği tekliflerde, miktar unsurunu kendi gerekliliklerine göre sınırladığı ve dolayısıyla değişken miktarın olduğu ya da tam tersi satıcının yönelttiği tekliflerde, üretim gücüyle bağlı olarak değişken mal miktarının mevzubahis olduğu hallerde²⁴ de icapta miktarın yeterince belirlenebilir olduğu kabul edilmektedir. Doğaldır ki; böyle bir durumda Antlaşmanın m. 7 (1)²⁵ hükmü göz ardı edilemeyecektir²⁶.

Taraflar, teklifte yer alması gereken unsurların üçüncü bir kişi tarafından belirlenmesine olanak tanıyabilir²⁷. Bu durum genellikle bazı hammadde malların kendine özgü fiyat borsalarının (*commodity exchange*) olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de uzmanlık gerektiren bir bilgiye ihtiyaç duyulması, ancak ondan sonra semenin belirlenmesinin mümkün olduğu hallerde, yöneltilen teklif bu opsiyonla beraber yapılmış ise belirlenebilir.

Sözleşmenin semeni konusunda taraflar ortaklaşa karar vermeyi de seçmiş olabilirler. Buna karşılık sözleşmenin geçerli olarak kurulmakla beraber sonrasında bu yönde bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde Antlaşmanın m. 55²⁸ hükmü devreye girecektir.

Yapılan teklifte yer alması gereken unsurlardan birini taraflardan birinin tayin etmesi mümkündür; meğerki milli hukuk bu şekilde yapılan icabı yasaklasın. Aksi takdirde Antlaşmanın m. 4 (2) hükmü uyarınca yapılan teklif icap niteliğinde olamayacaktır²⁹.

1.2.3. İcâpta Bulunanın Bağlanma İradesi

Bir icabın varlığından bahsedebilmek için gereken bir diğer unsur; muhatabın kabulü halinde icapta bulunanın bağlanma iradesidir. Öyle ki; bağlanma iradesi sözleşme öncesi müzakereler ile nihai mutabakatı birbirinden ayırmaya yarayan en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. Bu sebeple, yapılan bir icapta bağlanma irade-

23 ibid art 12 para 12. Doktrinde *Ferrari*, karşı görüştedir. Bkz. Sağlam, *CISG* (n 4) n 93.

24 “*output-requirement*” sözleşmeleri kastedilmektedir.

25 CISG m. 7 (1): “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*”

26 *Secretariat Commentary* (n 22) art 12 paras 12, 17.

27 Schroeter, ‘14. Madde’ (n 6) para 13.

28 CISG m. 55: “*Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır.*”

29 Sağlam, *CISG* (n 4) 39; Schroteter, ‘14 Madde’ (n 6) para 14.

30 E. Allan Farnsworth, ‘Formation of Contracts’ in Nina M. Galston, Hans Smit (eds), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender 1984) 3-5 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>> accessed 25 January 2018; Zoi Valiotti, ‘The Rules on Contract Formation under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [2003]’ <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valiotti.html>> accessed 25 January 2018; Schwenzer, Mohs, ‘Traditional Contract’ (n 9) 241; Schroeter, ‘14. Madde’ (n 6) para 23.

sinin hiç ortaya çıkmamış olması durumunda ortada kabul edilebilir bir icabın varlığından da bahsedilemez.

İcabın bağlanma iradesini barındırıp barındırmadığına dair tahliller objektif esasa göre yapılmalıdır³¹. Muhatabın, kendisine yöneltilmiş bir icabın, icap sahibinin bağlanma iradesini içerip içermediğine dair subjektif fikrini Antlaşmanın 8. maddesi³² uyarınca değerlendirmek gerekir³³.

Türk Hukuku bakımından da bir icabın bağlanma iradesini teşkil etmesi gerektiği şüphesizdir. Bağlanma iradesi, akdi ilişki içine girmenin doğal bir unsurudur. Bu kurucu unsurun mevcut olmaması halinde yapılan teklifin icaba davet olduğu kabul edilir. Teklifte bulunanın amacı müzakerelere girişmekse eğer, ortada bir icaba davetin varlığından bahsedilir³⁴. Türk Hukuku uyarınca bir icabın bağlanma iradesini kapsayıp kapsamadığına dair yapılacak yorumlar CISG ile benzerdir³⁵. İcap sahibinin, bağlanma iradesinin mevcut olup olmadığını tespit ederken, gerçek beyanının açığa çıkarılması gerekir. Bu bağlamda, Antlaşmanın 8. maddesi yol gösterici niteliktedir. Nitekim CISG m. 8 (2)'de "(...) taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır." düzenlemesi mevcuttur. İlgili hüküm, bu yönüyle, Türk Borçlar Hukuku'nda geçerli olan "güven kuramı"nın çağrıştırmaktadır. Muhatabın dürüstlük kuralı uyarınca güvenmekte haklı olduğu bir teklifte, teklif sahibinin bağlanma iradesinin mevcut olduğunun ve dolayısıyla da bir hukuki sonuca yönelmiş iradenin söz konusu olduğunun tespiti güven esasına göre yapılır³⁶.

1.2.3.1. "Yükümlülük Doğurmayan" Teklifler

Yapılan teklifin "yükümlülük doğurmayan", "borç doğurmaksızın" veya ne şekilde belirtirirse belirtirsin, aynı anlamı taşıyan kayıtları içermesi halinde ortada bağlanma iradesinin baştan itibaren mevcut olmadığına beyan edilmesi durumu söz konusudur. Bu halde yapılan teklif icaba davet niteliğindedir. Bazı durumlarda ise bu kayıtlar, teklif sahibinin, icabını geri alma hakkını baştan saklı tuttuğu anlamlara da gelebilmektedir. Asıl olan, bu irade beyanlarının m. 8 ışığında yorumlanması ve o şekilde sonuca bağlanmasıdır³⁷.

31 ibid para 24.

32 CISG m. 8: "(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır."

33 ibid

34 Oğuzman and Öz (n 3) 51-52.

35 Schwenzler and Mohs, 'Sözleşmenin Kurulması' (n 9) s. 88.

36 Oğuzman and Öz (n 3) 71.

37 Sağlam, CISG (n 4) 60; Schroeter, '14. Madde' (n 6) para 25.

1.2.3.2. Niyet Mektubu (*letter of intent*) veya Benzerlerinin Niteliği

Taraflar sözleşme müzakerelerini sürdürürken, varılan sonuçların yazılı hale getirilmesini amaçlayabilir. Taraflar bunu niyet mektubu, mutabakat zaptı, prensipte anlaşma, çerçeve anlaşma vs. şekillerde belgeleri düzenleyerek gerçekleştirirler. Tarafların bu irade beyanları doğrultusunda ortada bir bağlanma niyetinin, dolayısıyla da bir icabın var olup olmadığı yine Antlaşmanın 8. maddesi ışığında yoruma tabi tutulacaktır³⁸.

1.3. İcabın Hükümü

Bir teklifin CISG m.14'deki gerekleri sağlaması akdi borç ilişkisinin oluşumuna yönelik bir icabın mevcut olduğu anlamına gelir. CISG m. 14'ün tahlilinden geçen bir icabın hüküm ifade etmesi ise madde 15'de düzenlenmiştir.

1.3.1. İcabın Hüküm Doğurması

İcap, muhataba vardığı anda hüküm doğurur. CISG, Türk Borçlar Hukuku'nda³⁹ olduğu gibi hükmün doğması bakımından varma (ulaşma; vusûl) kuramını benimsemiştir. "Varma" ile neyin kastedildiği Antlaşmanın 24. maddesi⁴⁰ ışığında değerlendirilecektir⁴¹. Bir icap muhataba kural olarak, icap sahibinin iradesini "*ayna gibi yansıttığı*" şekliyle varmalıdır. İcabın, icap sahibinin iradesini yansıtmayıp, gönderilmeden kaynaklı olarak farklı içeriğe sahip olduğu durumlarda icabın hata sebebiyle geçersizliği gündeme gelecektir. İcabın geçersizliği sözleşmenin geçerliliğini etkilediğinden, sorunun uygulanacak milli hukuk uyarınca çözülmesi gerekir⁴². Bir icap beyanı hukuki işlem olmasından ötürü ancak sahibinin iradesiyle yöneltildiği takdirde varmış bir icaptan bahsedilebilecektir⁴³. Bu sebeple, örneğin; yazılı bir icabın icapta bulunan tarafından gönderilmekten vazgeçilmesi ancak imha edilmemesi ve bir yerlerde muhafaza altına alınmış olması halinde, bu yazılı icap beyanı başka kişiler tarafından muhataba gönderilmişse yahut icapta bulunanın temsilcisi olmakla beraber yetkisiz temsilin söz konusu olduğu durumlarda, temsilcinin bu beyanı muhataba ulaşmışsa icap beyanı hüküm ifade etmez. Böyle bir durumda icabın, rızası

38 Sağlam, *CISG* (n 4) 60; Schroeter, '14. Madde' (n 6) para 26.

39 Türk Borçlar Hukuku bakımından icabın hüküm doğurduğu an TBK m. 10 ve 11'de düzenlenmiştir. Buna göre madde metninde önerinin hüküm doğurması anı için "ulaşmış", "ulaşma anından başlayarak" ifadelerine yer verilmiştir.

40 CISG m. 24: "*Antlaşmanın bu kısmının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutat meskenine teslim edildiklerinde "varmış" sayılırlar.*"

41 Gyula Eörsi, 'Article 15', in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè 1987) para 2.1.2. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb15.html>> accessed 25 January 2018; *Secretariat Commentary* (n 22) art 13 para 1; Ulrich G. Schroeter, '15. Madde', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pinar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) para 2.

42 ibid

43 ibid

dışında gönderildiğine dair ispat yükü icap sahibine aittir⁴⁴. Mevzubahis durumdan ötürü zararın meydana geldiği hallerde CISG hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır⁴⁵. Bir icap yöneltmekle beraber henüz muhataba ulaşmamış fakat muhatap bu icaptan haberdar olmuşsa dahi, muhatap kabul beyanında bulunamayacaktır⁴⁶. Zira icap henüz varmadığından, ortada kabule muktedir, hüküm ifade eden bir icaptan bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, sözleşmenin geleneksel yolla kurulması izlenmeyip, icabın muhatabı, yöneltilen icap henüz kendisine ulaşmadan, sırf haberdar olduğundan dolayı kabul beyanını göndermiş, icap da bundan sonra kendisine varmışsa, gönderilen kabul beyanının geçerliliği doktrinde⁴⁷ tartışmalıdır.

1.3.1.1. Kamuya Yöneltilen İcabın Varması

CISG m. 14 (2)'deki şartların gerçekleşmesiyle teklifin icap olarak kabul edildiği durumlarda; bu icabın hükümlerini doğurmaya ne zaman başlayacağı, başka bir deyişle icabın varma anını belirlemek gerekmektedir. Bu tür icapların doğası gereği “varma anı”nı tespit etmek şüpheye neden olmaktadır⁴⁸. Bir teklifin fiyat listesi, broşür, katalog vasıtasıyla yöneltilmesi halinde bunların aksi açıkça belirtilmek suretiyle icap olarak kabul edildiği durumlarda; bahsi geçen belgelerin ilgili kişilerin adreslerine ulaşması ile icap yapılmış sayılır. Teklifin elektronik ticaret kapsamında veya reklam, internet ilanları vasıtasıyla yapıldığı hallerde ise, varma anı bunların yayınlanması ile gerçekleşir. İcapta bulunan, icabının hüküm doğurmasını sonraki bir tarihe bağlarsa icap yayınlanma anından değil, belirtilen tarihten itibaren hüküm doğuracaktır⁴⁹.

1.3.2. İcabın Geri Alınması (*withdrawal*)

CISG m. 15 (2)'de düzenlenen icabın geri alınması hali, icabın hüküm ifade etmeden önceki bir vakitte veya hüküm ifade etme anında geri alınmasına ilişkindir. Bir icabın madde 16 uyarınca geri alınması ise; önerinin hüküm ifade ettikten sonra ve fakat sözleşmenin inikat anından önce yine icapta bulunanın iradesine uygun olarak geri alınması halidir⁵⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, ikinci ihtimalde artık icaptan cayma halinden bahsedilecektir. İcabın madde 15 (2) uyarınca geri alındığı hallerde; icap artık canlandırılmaz ve tekrarlanması gerekecektir⁵¹.

44 ibid para 2 n 4.

45 ibid para 2.

46 Eörsi, ‘Article 15’ (n 40) para. 2.1.2.; *Secretariat Commentary* (n 22) art 13 para 1; Sağlam, *CISG* (n 4) 99; Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 2.

47 *Schlechtriem, Schwenzler ve Schroeter* kabul beyanının geçerli olması gerektiği görüşündeler. Yazarlardan *Honsell, Schnyder, Straub*’un aksi yöndeki görüşü ve önerinin geri alınması durumunda kısmen kabul eden *Witz, Salger, Lorenz*’in görüşleri hakkında bkz. Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 2 n 6.

48 ibid para 3.

49 Sağlam, *CISG* (n 4) 106; Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 3.

50 Eörsi, ‘Article 15’ (n 40) para 2.1.2.; Valioti (n 30); Sağlam *CISG* (n 4) 107.

51 Eörsi, ‘Article 15’ (n 40) para 2.1.2.; Valioti (n 30); Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 7.

Bir icabın madde 15 (2) uyarınca geri alınması uygulamada genellikle icabın yöneltilmesinden farklı ve daha hızlı iletişim araçları vasıtasıyla geri alma beyanının yöneltilmesi şeklinde tezahür eder. İcabın mektupla yapıldığı fakat geri alma beyanının elektronik iletişim yoluyla yapıldığı durumlar icabın geri alınmasına örnek verilebilir. Bu halde geri alma beyanı icabın, deyim yerindeyse “arkasından yetişmektedir”⁵².

Türk Borçlar Hukuku bakımından da icabın geri alınması mümkündür. TBK m. 10/f.1 uyarınca, geri alma açıklaması muhataba icaptan önce veya icapla aynı anda ulaşırsa, öneri hiç yapılmamış sayılır. TBK ve CISG buna ilişkin benzerlik arz etmektedir. Keza önerinin hiç yapılmamış sayılması, CISG uyarınca yapılan bir icabın canlandırılmayacak ve ancak tekrarlanmasını gerektirecek niteliği ile aynı anlama gelecektir.

1.3.2.1. Geri Alma Beyanı

Bir icap beyanının geri alınmasını amaçlayan irade beyanının hangi anda vardığının, dolayısıyla hüküm ifade edeceği anın, yine Antlaşmanın 24. maddesi çerçevesinde yorumlanarak tespiti gerekmektedir⁵³. Bu sebeple, geri alma beyanının icapta bulunulana varmakla hüküm ifade edeceği söylenebilir⁵⁴. Geri alma beyanı bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan; ehliyet, irade sakatlıkları ve temsile ilişkin ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar CISG m. 4 uyarınca uygulanacak milli hukuka göre çözüme kavuşturulacaktır⁵⁵.

Geri alma beyanı herhangi bir şekil şartına tabi değildir. İcabın yöneltildiği şekilden farklı herhangi bir şekilde yöneltilmesi mümkündür⁵⁶. İcap, eğer sözleşmenin kurulması için bir şekil zorunluluğu öngörüyor olsa dahi geri alma beyanı muhatabına herhangi bir şekilde yöneltilebilir⁵⁷.

1.3.2.2. Kamuya Yöneltilen İcabın Geri Alınması

Kamuya yöneltilen icabın varlığı halinde, icabın varmakla mı veya yöneltilmekle mi hüküm doğuracağı ayrımı, icabın geri alınması beyanının da hükmünü etkileyecektir. Şöyle ki; ortada ulaşma anından itibaren hüküm ifade edecek icabın varlığı halinde geri alma beyanı da aynı şekilde ulaşma anıyla hüküm ifade eder. İcabın yöneltilmekle hüküm ifade ettiği durumlarda ise, icapta bulunan irade beyanını hiç şüphesiz herhangi bir koşula bağlı olmaksızın açıklayabileceğine göre; kabul beyanını yöneltmeden evvelki süreçte icabını da geri çekebilir⁵⁸. Hazırlar arasında sözlü açıklanan icap beyanının geri alınması da sözlü beyan sona ermeden geri alınabilir⁵⁹.

52 ibid para 4.

53 Sağlam, *CISG* (n 4) 108; Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 5.

54 Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, (Oceana Publications 1992) 86 para 2 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>> accessed 25 January 2018.

55 Sağlam, *CISG* (n 4) 110; Schroeter ‘15. Madde’ (n 40) para 5.

56 Enderlein and Maskow (n 53) 87 para 6; Sağlam, *CISG* (n 4) 110; Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 5.

57 ibid

58 Sağlam, *CISG* (n 4) 111; Schroeter, ‘15. Madde’ (n 40) para 6.

59 Sağlam, *CISG* (n 4) 111.

1.3.3. İcaptan Cayma (revocation)

CISG m. 16 uyarınca bir icaptan cayılması; icapta kabul için süre öngörülmemişse, icapta bulunanın icabıyla bağlı olacağı kaydı mevcut değil ise veya muhatabın icabın kesin olduğuna ilişkin düşüncesi makul sayılabiliyor ve bundan dolayı kendisine yöneltilen icaba güvenerek hareket etmemişse, muhatap kabul beyanını göndermeden önce ve her halde sözleşme kurulmadan önce cayma beyanının muhataba ulaştırılması halinde mümkündür.

Bir cayma beyanının kabul beyanının gönderilmesinden önce muhataba ulaştırılması gerekliliği Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki “*mailbox*” kuralının benimsenmesinin bir sonucudur⁶⁰. Cayma beyanının her halde sözleşme kurulmadan önce ulaştırılmasının mümkün olduğunun Antlaşma metninde düzenlenmesi ise Kara Avrupası Hukuk Sisteminin dışlanmadığı anlamına gelmektedir⁶¹. CISG m. 16 ile ilgili sorun; Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde, icaba hüküm ifade etmesi için tanınan ara süre muhatabın kabul beyanını gönderme anı ile sınırlanmakta, buna karşılık, Kara Avrupası Hukuk Sisteminde ise sözleşmenin, kabul beyanının icapta bulunana varma anında kurulacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte zararın gündeme gelmesi halinde bunun zaten tazmin müessesesi ile neticeye kavuşturulacağına ilişkin düzenlemelerin Kara Avrupası Hukuk Sisteminde mevcut olduğuna dair farklı fikirlerden kaynaklanmaktadır⁶².

1.3.3.1. Cayma Beyanı

Bir icaptan cayıldığına dair beyan muhatabına ulaşmış olmak zorundadır. Ulaşmış olma ile ilgili tahliller Antlaşmanın 24. maddesi uyarınca yapılacaktır⁶³. İcapta bulunulan taraf icaptan cayma olgusunu, cayma beyanı henüz kendisine ulaşmadan öğrenirse dahi ortada bir icaptan caymanın varlığından bahsedilemez⁶⁴. Cayma beyanının kullanılmasında ehliyet, irade sakatlıkları ve yetkisiz temsile ilişkin sorunlar uygulanacak milli hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacaktır⁶⁵. Antlaşmanın 15. maddesi çerçevesinde bir icap beyanının geri alınmak istenmesi amaçlanıyor fakat geri alma beyanı muhataba icap beyanından sonraki bir evrede ulaşacak olursa, madde 8 ışığında, mevzubahis irade beyanı bir cayma beyanı olarak kabul edilecektir⁶⁶.

İcaptan cayma beyanının kamuya yöneltilen icaplar bakımından hukuki niteliğine değinecek olursak; varma ile hüküm doğuran icabın söz konusu olduğu durumlarda

60 Gyula Eörsi, ‘Article 16’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) para 2.1.2. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb16.html>> accessed 25 January 2018.

61 ibid para 2.1.1.

62 ibid para 2.1.2.

63 Enderlein and Maskow (n 53) 88 para 3; Sağlam, *CISG* (n 4) 122; Ulrich G. Schroeter, ‘16. Madde’, in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) para 3.

64 Giannini (n 9) para 3.1.; Sağlam, *CISG* (n 4) 122; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 3.

65 Sağlam, *CISG* (n 4) 122; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 3.

66 Sağlam, *CISG* (n 4) 123; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 3.

muhatapın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşan cayma beyanının hüküm ifade edeceği kabul edilir. İcâp beyanı yöneltilme ile hüküm ifade ediyorsa eğer, muhatapın kabul beyanını göndermesinden önce cayma beyanının yöneltilmesi halinde hüküm doğuracağı kabul edilir⁶⁷.

İcâp beyanının yöneltildiği anda icaptan cayma hakkının saklı tutulması mümkündür. Bu hal cayma hakkının genişletilmesi anlamına gelir⁶⁸. Zira madde 16 (1)'in hükmü emredici nitelikte değildir⁶⁹. Bu bağlamda, “cevabınızı alana kadar bir yükümlülük doğurmazsınız” benzeri bir kaydı taşıyan icabın varlığı halinde, cayma hakkı kolaylıkla kullanılabilir⁷⁰.

1.3.3.2. Madde 16 (2) (a) Anlamında İcâbın Bağlayıcılığı (Cayılamayacağına Dair Belirti)

İcâpta bulunan, muhataba yönelttiği icâp beyanında kabul için bir süre öngörmüş veya akdi ilişki içine girmeyi amaçlayan icâpla bağlı kalma iradesini başka şekillerde dillendirmişse, icaptan cayılamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki; kabul için sürenin öngörülmesi halinde cayma hakkının kullanılamayacağı tartışmasızdır. Ne var ki Anglo-Sakson Hukuk Sistemi bakımından, kabule ilişkin sürenin öngörülmüş olması tek başına bir cayma hakkının kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki; bu hukuk sisteminin yürürlükte olduğu devletlerde kabul süresinin belirtilmesi, salt, icabın bağlayıcılığı ile ilgili mülâhaza olarak kabul edilmektedir. Ancak, Antlaşma hükmünün lafzı ışığında, kabul için kesin bir sürenin tayinini, bu süre içinde cayılamaz anlamına gelecek şekilde yorumlamak gerekecektir⁷¹. İcâp ile bağlılığın farklı şekillerde ifade edilmesi ise herhangi bir biçimde olabilir. Dolayısıyla, icâp ile bağlı kalınacağına belirtilmesinin özel bir şekli de mevcut değildir⁷². Buna göre; “kesin öneri” (*firm offer*), “açık bırakılacak” (*will be opened*) şeklinde bağlanma iradesinin ortaya konması yeterlidir. Bunların yanı sıra, başka ifadeler, özellikle tarafların kimliği ve sözleşmenin dahil olduğu ticari branşlarda uygulanan teamüller ile niyetin ortaya konması mümkündür⁷³. Bu gibi beyanların, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığına Antlaşmanın 8. maddesi uyarınca yorum yoluyla ulaşılabilecektir⁷⁴.

67 Sağlam, *CISG* (n 4) 123; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 3.

68 *ibid* para 6.

69 Giannini (n 9) para 3.1.; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 6.

70 *ibid*

71 Enderlein and Maskow (n 53) 89-90; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 7.

72 *ibid* para 8.

73 Giannini (n 9) para 3.2.; Schroeter, ‘16. Madde’ (n 62) para 8.

74 *ibid*

1.3.3.3. Madde 16 (2) (b) Anlamında İcabin Bağlayıcılığı

Bu hüküm uyarınca bir icaptan caymanın mümkün olmaması için; icap beyanının muhatabının güveni makul sayılmalı ve muhatap güven emaresine dayanmalıdır⁷⁵. Güvenin makul sayılabilmesi halleri Antlaşmanın m. 8 (2), (3) hükümleri çerçevesinde yorumlanacaktır⁷⁶.

Üretime hazırlık yapmak, malzemelerin veya ekipmanların satın alınması veya kiralanması, masrafların yapılması o ticari branşta makul sayılabiliyorsa veya bu edimler sözleşme öncesi müzakerelerce desteklenebiliyorsa ortada makul bir güvenin var olduğu kabul edilir⁷⁷.

1.3.4. İcabin Red Beyanıyla Hükümünü Yitirmesi

CISG m. 17 bir icabın cayılabilir olup olmadığına bakılmaksızın, muhatabın red beyanı ile hükümünü yitireceğini düzenlemiştir⁷⁸. Doğaldır ki; Antlaşmanın 24. maddesi çerçevesinde red beyanının icapta bulunana varması gerekir⁷⁹. Red beyanı icapta bulunana açıkça veya zımnen yöneltilebilir⁸⁰. Bir icabın Antlaşmanın m.19 (1) hükmü kapsamında eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içermesi, zımnen yapılmış bir red beyanına örnektir⁸¹. Ancak, icapta bulunanın alıcı olduğu durumlarda sözleşme konusu malların satıcı tarafından üçüncü bir kişiye satılması red beyanı niteliğinde değildir⁸². Gerçekten de satıcı sözleşme konusu malları üçüncü bir kişiye satmakla icap beyanını zımnen reddetmiş olmayacaktır. Zira red beyanı icapta bulunana ulaşmış değildir.

Bir icabı, kabul ettikten ve kabul beyanını gönderdikten sonra da reddetmek mümkündür. Dikkat edilmesi gereken husus; red beyanının, muhataba yöneltilen kabul beyanından önce veya en azından kabul beyanı ile birlikte varmış olmasıdır⁸³.

75 Eörsi, 'Article 16' (n 59) para 2.2.2.; aynı yönde bkz. Giannini (n 9) para 3.3.; Schroeter, '16. Madde' (n 62) para 11.

76 Doktrinde Eörsi, bu hususu Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında yer alan "Treu und Glauben" (dürüstlük kuralı) ile mukayese etmektedir. Bkz. Eörsi, 'Article 16' (n 59) para. 2.2.2. Buna karşılık Enderlein ve Maskow ise İngilizcedeki "good faith" (iyiniyet) ilkesinden bahsetmektedir. Bkz. Enderlein and Maskow (n 53) 90.

77 Eörsi, 'Article 16' (n 59) para 2.2.2.

78 Enderlein and Maskow (n 53) 91; Ulrich G. Schroeter, '17. Madde', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pinar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) para 2.

79 Gyula Eörsi, 'Article 17', in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) para. 2.1. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb17.html>> accessed 25 January 2018; Enderlein and Maskow (n 53) 91; Valiotti (n 30); Giannini (n 9) para 4.

80 Eörsi, 'Article 17' (n 78) para 2.2.1.; *Secretariat Commentary* (n 22) art 15 para 2; Schroeter 17. Madde (n 77) para 2.

81 Eörsi, 'Article 17' (n 78) para 2.2.1.; Enderlein and Maskow (n 53) 91; Schroeter '17. Madde' (n 77) para 2.

82 Giannini (n 9) para 4.; Schroeter, '17. Madde' (n 77) para 2.

83 ibid para 3.

2. Kamuya Yöneltilen İcaplar

2.1. İcabin Bir veya Birden Çok Belirli Kişiyeye Yöneltilme Unsuru Bakımından Kamuya Yöneltilen İcapların Niteliği

CISG m. 14 uyarınca teklifin, bir veya birden çok belirli kişiyeye yöneltilmesi gerek-
mekte, belirli kişilere yöneltilmeyen tekliflerin ise icaba davet olarak kabul edilece-
ği bir kural olarak düzenlenmektedir. Teklifte bulunanın belirsiz kişilere, eş deyişle
umuma yaptığı tekliflerde, teklifinin icap niteliğinde olduğunu açıkça belirtmesi hali
ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Antlaşmanın, orta yol şeklinde düzenleme yolunu tercih etmiş olmasının nedeni;
Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde teklifin muhatabının belirli olmasının bir zorunluluk
oluşturmadığı ile açıklanmaktadır⁸⁴. Antlaşmanın, teklifin belirsiz muhataba yöneltil-
diği hallerde icaba davet olacağını düzenleme yoluna giderek, teklif sahibini, ummadığı
ve gereğinden fazla alıcı talepleri ile karşılaşma ihtimallerinden korumayı amaçladığı
söylenbilir. Doktrinde *Honnold*, kamuya yöneltilen tekliflerin icap olarak kabul edil-
mesi durumunda, alıcıların ilgili mala olan talep yoğunluğu, malın üretimine yarayan
malzemelerin tükenmiş olması veya genel olarak üretim engellerinin oluşması halinde
bu etkenlerin malın fiyatının artışına sebep olacağı ve dolayısıyla da satış bedelinin
satıcı tarafından yeniden gözden geçirilmesinin arzu edilebileceği bir durumun ortaya
çıkabileceğinden bahsetmektedir. Aynı şekilde, malın üretiminin veya temininin önün-
deki engellerin, satış bedelini hızla yükselteceği ve alıcıların da daha ucuza mal temin
etmek amacıyla bu durumdan etkilenmek istememesi üzerine sipariş yoğunluğunun
yaşanmasının mümkün olabileceği, dolayısıyla da satıcının siparişler yığınıyla karşıla-
şabileceğini ifade ederek, Antlaşmanın bu gibi durumları engellemeyi amaçladığını, bu
yüzden de böyle bir düzenleme yoluna gittiği görüşündedir⁸⁵.

Yazarın görüşüne katılmak mümkündür. Zira CISG düzenlemesi kamuya yöneltilen
tekliflerin icap niteliğinde olabileceğine yer vermiştir. Bu sebeple, bahsi geçen olasılıklarla
karşılaşmak istemeyen satıcının bu yönde bir irade beyanında bulunması gerekmektedir.

Ancak böyle bir koruyucu düzenlemeye rağmen, satıcının irade beyanı, teklifinin
icap niteliğinde olduğunu gösteriyorsa, bu halde artık teklifin icaba davet oluşturduğu
veya satıcının korunması gerektiği düşünülemez. Gerçekten de teklif sahibi teklifinde
doğrudan “*bu bir icaptır*” anlamında bir kayıt düşmüşse, ortada teklif sahibinin bağ-
lanmak istediği bir icabın varlığından bahsedilecektir.

Teklif sahibinin, m. 14 (2) anlamında aksini açıkça belirtmediği teklifler icaba da-
vet niteliğinde olacaktır. Teklifin her ne şekilde olursa olsun umuma yapılmış olması

84 Jacob S. Ziegel, Claude Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Contracts for the International Sale of Goods* (Toronto 1981) art 14 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel14.html>> accessed 25 January.

85 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, Kluwer Law International 1999) 148 para 135 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>> accessed 25 January 2018.

halinde dahi ortada bir icaba davet vardır. Bu halde artık, icabın karşı tarafça yapılmış olacağından bahsederiz. Dolayısıyla teklif sahibinin, müstakbel kabul beyanı yapacak taraf olduğunu söylemek mümkündür.

2.1.1. Aksini Açıkça Belirtme Hali

CISG m.14 (2)'nin hükmünden, teklifin belirli kişi veya kişilere yapılmış olmasa dahi ortada muteber bir icabın mevcut olacağı anlaşılmalıdır⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, m. 14 (2) anlamında herhangi bir “aksini açıkça belirtme” halinin varlığı, teklifin icap olarak kabul edilebilmesi için yeterli olmalıdır. Bu bağlamda, teklif sahibinin bu yöndeki açık irade beyanı yeterli olacaktır⁸⁷.

Teklif sahibinin açık irade beyanının olmadığı fakat zımni iradesinin teklifin icap niteliğinde olduğuna işaret ettiği durumlarda nasıl hareket edileceği önem arz etmektedir. Öyle ki, kamuya yöneltilen teklifler; fiyat listeleri, sirkülerler, reklamlar, broşürler, ihale çağrıları veya vitrin sunumları şeklinde ortaya çıkabilir⁸⁸, fakat teklif sahibinin irade beyanını açıkça yansıtmıyor olabilir. Keza, günümüzde sıkça başvuru alan mal satım yöntemi olan sosyal medya ortamlarında veya bireysel alım-satım işlemlerine olanak tanıyan internet siteleri aracılığıyla ilan vermek de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bahsi geçen ihtimallerde teklif sahibinin irade beyanının mevzu bahis tekliflerde açıkça yer almamasından dolayı, sözleşme kurmayı amaçlayan bu tarz teklifler belirsiz kişilere yöneltilmiş olmaları nedeniyle m.14 (2) uyarınca kural olarak icaba davet niteliğinde olacaktır⁸⁹.

Buna karşılık, tüm bu kamuya yöneltilen teklif ihtimallerinde, malın teşhirinin geri sayım yoluyla bir süreye bağlanması, malın stoklarla sınırlı olduğunun veya malın iskontolu satıldığından belirtilmesi, icaba davetin değil de bizatihi icabın kendisinin olduğunun vurgulandığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla da artık, ortada bir icabın mevcut olduğundan bahsedilecektir⁹⁰.

2.2. İnternet Üzerinden Yöneltilen İcapların Niteliği

Bir internet sitesinin içeriği yeterince kesin ve teklif sahibinin bağlanma iradesini açıkça ortaya koyuyorsa, internet sitesinin içeriği icap teşkil eder⁹¹. Zira ortada satıcının satmayı düşündüğü malın özelliği, cinsi, kalitesi ve fiyatı yer almakta ve

86 Gyula Eörsi, ‘Article 14’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) para 2.2.5.2. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb14.html>> accessed 25 January 2018.

87 ibid

88 ibid para. 2.2.5.; Schroeter, ‘14. Madde’ (n 6) para 30.

89 Giannini, (n 9); Schwenzler and Mohs, ‘Sözleşmenin Kurulması’ (n 9) 88; Schroeter, ‘14. Madde’ (n 6) para 27.

90 Sağlam, *CISG* (n 4) 64; Schroeter, ‘14. Madde’ (n 6) para 30.

91 Michael Furmston and G. J. Tolhurst, *Contract Formation: Law and Practice* (OUP 2010) 169 para 6.23.

muhatapın kabul beyanına istinaden sözleşmenin kurulması mümkün olmaktadır⁹². Denilebilir ki, internet sitelerinde malın bu şekilde sergilenmesi, TBK m. 8/f. 2 anlamında “fiyatını göstererek mal sergileme”ye karşılık gelmekte ve aksi belirtilmediği sürece aleni icap oluşturmaktadır.

Bunlara ek olarak, elektronik ticaret kapsamında akdedilen sözleşmelerin *iltihaki* sözleşme özelliğinde olması nedeniyle müstakbel kabul beyanı sahiplerinin sözleşmeyi müzakere etme olanağı mevcut olmamaktadır⁹³. İltihaki sözleşmelerde geçerli olan “*take it or leave it*” anlayışı nedeniyle teklifin muhatapı sözleşme şartlarını kabul etmek mecburiyetindedir. Taraflardan birinin sözleşme şartlarını müzakere etme imkanının olmadığı bir durumda icaba davetin varlığından bahsedilemez⁹⁴. Zira icaba davetin esas işlevi, icaba davetin muhatapını sözleşme yapmaya yöneltmek ve müzakere safhasını başlatmaktır⁹⁵.

Elektronik ticaret yoluyla akdedilen sözleşmelerde, sözleşme konusunun elektronik yollarla sergilenmesi söz konusudur. Bu gibi durumlarda teklifin muhatapı belirli olmadığından, CISG m.14 (2) uygulama alanı bulacak, teklif icaba davet niteliğinde olacaktır. Unutulmamalıdır ki; madde 14 (2) hükmünün aksi kararlaştırılabilir, dolaısıyla teklifin icap teşkil ettiği hallere ilişkin yukarıda bahsedilen örnekler elektronik ticaret bakımından da geçerlidir.

Türk Hukuku bakımından bir teklifin ne zaman icap veya ne zaman icaba davet teşkil ettiğine ilişkin mülahazalar için TBK m. 8/f. 2’ye⁹⁶ başvurulması gerekmektedir. TBK, CISG’den farklı olarak malın fiyatıyla beraber teşhirini, fiyat listesi ve benzer nitelikte fiyat gösterir araçların gönderilmesini kural olarak herkese yapılmış açık icap şeklinde kabul etmektedir⁹⁷. Fıkra hükmündeki “gönderilme” ifadesinin geniş yorumlanması gerekmektedir. Belirli bir mal veya malların fiyatını belirten her tür belge, hangi vasıtayla olursa olsun umuma açıklanmış olmakla icap yapılmış sayılır. Fıkranın devamında bu hususun aksi ispatlanabilir bir karine niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁹⁸. CISG ise kamuya yöneltilen teklifleri kural olarak icaba davet olarak nitelendirmektedir.

Tüm bu bilgiler ışığında internet ortamında ticaret yapmak, münferit olarak mal satımını gerçekleştirme eyleminde malın sergilenmesi, kamuya yöneltilen icap, eş deyişle aleni icaptır denebilir. Bu bağlamda CISG kapsamında sözleşme kurmaya

92 İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler* (Legal Yayıncılık 2007) 118-119.

93 ibid 119.

94 ibid 119-120.

95 ibid 120.

96 TBK. m. 8/f. 2: “Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.”

97 Sağlam, *Sözleşmeler* (n 91) 65; Ramazan Zorlu, ‘Formation of the Contract According to CISG and Turkish Law Compared’ <http://www.akellawfirm.com/yayinlar/FORMATION_OF_THE_CONTRACT_ACCORDING_TO_CISG_AND_TURKISH_LAW_COMPARED.pdf> accessed 25 January 2018.

98 Oğuzman, Öz (n 3) 53.

yönelik bir teklif, internet ortamında mal satımını konu edinmişse ve şartlar değerlendirildiğinde ortada bağlanma iradesinin var olduğu söylenebiliyorsa-ki bağlanma iradesi malın sergilenmesi nedeniyle icaba davet olduğunun açıkça belirtilmiş olmadığı hallerde zaten var olmuş sayılmalıdır- belirsiz kişiye yöneltilmiş olsa dahi, Antlaşmanın m. 14 (2) hükmü ışığında aksi açıkça belirtme hali gerçekleşmiş olacaktır.

2.3. Açık Artırma Yoluyla Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması

2.3.1. CISG'in Açık Artırma Yoluyla Kurulan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

CISG'in uygulama alanına ilişkin olan m. 2 (b) hükmü incelenirse; açık artırma yoluyla kurulan satım sözleşmelerinin Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakıldığı görülecektir. Böyle bir düzenleme Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Hukuka Dair Konvansiyon⁹⁹ (*Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods-ULIS*) düzenlemesinde yer almamakta olup, Antlaşmanın tasarı görüşmeleri kapsamında yeni getirilen bir düzenlemedir¹⁰⁰.

Düzenlemenin amacını, açık artırma usulü satış sözleşmelerine açık artırmanın gerçekleştirildiği yer hukukunun zorunlu olarak uygulanması gerektiğinden hareketle açıklayanlar mevcuttur¹⁰¹. Buna ek olarak Taslağa İlişkin Sekreteryaya Şerhine baktığımızda, açık artırma usulüne zorunlu olarak uygulanacak hukukta açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satımlara ilişkin nev'i şahsına münhasır kuralların yer aldığı ve dolayısıyla da milli hukukun, tarafların daha lehine olacağı gerekçesiyle böyle bir düzenlemeye gidildiğinden bahsedilmektedir¹⁰². Bununla birlikte doktrinde, açık artırma yoluyla yapılan satımların Antlaşma kapsamı dışında bırakılmasının asıl nedeni olarak; bu tür satışlarda alıcı tarafın kimliğinin sözleşme kuruluncaya kadar belirsiz kalmaya devam edeceğinden hareketle açıklayan görüşler de mevcuttur¹⁰³. Gerçekten de açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satışlarda, satış anına kadar herkesin pey sürme imkanının bulunması nedeniyle alıcı taraf bir muamma olarak kalmaya devam

99 CISG'in kabulünden evvel UNIDROIT ilkeleri gereği üye devletlerin Yeknesak Satım Hukuku oluşturma amaçlarının bir sonucu olarak ortaya çıkan ilgili Antlaşmanın özgün İngilizce metni için bkz. <<https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>> accessed 25 January 2018.

100 Warren Khoo, 'Article 2', Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) para 1.12. <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/khoo-bb2.html>> accessed 25 January 2018.

101 Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, vol 9 (Manz 1986) 29 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>> accessed 25 January 2018; Joseph M. Lookofsky, 'Chapter 3. Convention Scope and General Provisions', R. Blanpain, J. Herbots (eds), *International Encyclopedia of Laws-Contracts* (Kluwer Law International 2000) 39 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>> accessed 25 January 2018.

102 *Secretariat Commentary* (n 22) art 2 para 5; Aynı yönde bkz. Ziegel, Samson (n 83) art 2 para 3; Enderlein and Maskow (n 53) 39; Honnold (n 84) 48 para 51.

103 Honnold, (n 84) 48 para 51; Pace University, 'Article 2 words and phrases' in Albert H. Kritzer (ed), *Annotated Text of CISG*, n 4 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/commentary2.html>> accessed 25 January 2018; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, 'Article 2', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3rd edn, OUP 2010) para 19.

etmektedir. Bu bağlamda denebilir ki, Antlaşmanın bu tür satışlarda uygulama alanı dışında bırakılmasının asıl nedeni olarak; Antlaşmanın m. 1 (1) hükmü ışığında nihai alıcı ve satıcının işyerlerinin farklı devletlerde bulunup bulunmadığının son ana kadar belirsiz olmasıdır. Dolayısıyla, bu hususun m. 1 (2)'de belirtilen sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında yahut sözleşme öncesi müzakerelerden anlaşılması zorluğu karşısında böyle bir istisnanın kabul edildiği söylenebilir¹⁰⁴.

Doktrinde *Schwenzer ve Hachem*, internet ortamında gerçekleştirilen açık artırmalara da Antlaşmanın uygulanabileceğini ifade etmektedirler¹⁰⁵. Zira, böyle bir açık artırmada pey süren kişilerin dünyanın her tarafından olması da muhtemeldir. Satıcının da en yüksek pey süren ve dolayısıyla da nihai alıcı olma potansiyeline sahip kişinin farklı bir devlette bulunabileceğini düşünmesi mantığa uygundur¹⁰⁶. Dolayısıyla Antlaşmanın uygulanabilme ihtimali taraflar için sürpriz oluşturmayacak¹⁰⁷, bu sebeple de m. 1 (2)'de düzenlenen tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunma olgusu pekâlâ dikkate alınabilecektir. Yazarlara göre ve kanaatimizce de Antlaşmanın açık artırmalar yoluyla kurulan satım sözleşmelerine uygulanmayacağına ilişkin düzenlemesini, alıcı ve satıcının bir arada olduğu geleneksel açık artırmalar ve internet açık artırmaları söz konusu olduğunda satıcı ile aynı devlette bulunan pey sahipleri ile sınırlı olmak üzere dar yorumlamak gerekmektedir¹⁰⁸.

Tüm bu bahsedilenler uyarınca, internet sitelerinde e-ticaret kapsamında gerçekleştirilen açık artırmalara CISG'ın uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

2.3.2. Açık Artırma Yoluyla Kurulan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde İcap

Geleneksel açık artırma yoluyla mal satımında, açık artırmayı düzenleyen taraf, genellikle satım konusu malın maliki olmayıp, satıcı tarafın temsilcisi olarak hareket etmektedir¹⁰⁹. Açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satışlarda ortaya atılan irade beyanlarının niteliğinin ne olduğu hakkında Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki tartışmalar ilk olarak *Payne v. Cave*¹¹⁰ davası ile gündeme gelmiştir. Bahsi geçen davadaki maddi olay bakımından, açık artırmının ilanının icaba davet, öne sürülen peylerin icap ve açık artırmayı sonlandıran “çekiç vurma” eyleminin ise kabul beyanını oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Keza Kara Avrupası Hukuk Sistemi ve bu kapsamda Türk Borçlar Hukuku bakımından da pey sürme eyleminin icabı oluşturduğu ve her yeni peyin de evvelce öne sürülen

104 Honnold (n 84) 48 para 51.

105 Schwenzer and Hachem (n 101) para 21.

106 ibid

107 ibid

108 ibid

109 Furmston and Tolhurst (n 90) 148 para 5.06.

110 *Payne v Cave* (1789) 3 TR 148, 100 ER 502 <<https://home.heinonline.org/>> accessed 25 January 2018.

peyin bir bozucu şartı ve yeni bir icabı teşkil ettiği baskın görüş olarak kabul edilmektedir¹¹¹. Gerçekten de TBK m. 275’de “(...) satış sözleşmesi, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur.” denilerek kabul beyanı açık artırmayı gerçekleştiren kişiye izafe edilmiş, sözleşmenin kurulması bu irade beyanına bağlanmıştır. Keza TBK m. 274 “Açık artırma yoluyla satış (...) en yüksek bedeli öneren ile yapılan satıştır.” hükmü karşısında TBK’nin sistematığına uygun olanın, pey sürmenin bir icap beyanı olarak kabul edilmesi gerektiği anlayışıdır.

Ancak belirtmek gerekir ki, internet ortamında açık artırmaların düzenlendiği halde sözleşme şartnamesinde genellikle belirli bir süre belirlenerek, sürenin tamamlanmasıyla en yüksek peyi öne süren kişi ile sözleşmenin kurulacağı belirtildiği ihtimallerde artık teklif sahibinin bağlanma iradesinin ortaya konulmuş olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla da satıcının irade beyanı artık icap niteliğinde olacak, pey sürenlerin irade beyanları ise daha yüksek fiyatın teklif edilmesi bozucu şartına bağlı bir kabul beyanını oluşturacaktır¹¹².

En nihayetinde, internet ortamında düzenlenen açık artırmalarda her somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle irade beyanlarının yorumlanması yerinde olacaktır. Bu bağlamda, satıcının irade beyanının icap olarak kabul edildiği durumlarda Antlaşmanın m. 14’te düzenlediği; belirli kişiye yöneltilme unsuru mevcut olmaksızın, m. 14 (2)’ye uygun olarak, yani aksi açıkça belirtilmiş bir teklifin söz konusu olduğu ihtimallerde artık CISG’ın gerekliliklerini karşılayan umuma yöneltilmiş bir icabın varlığından bahsetmemiz mümkün olacaktır.

Sonuç

Milletlerarası ticari ilişkilerde, CISG’ın da uygulama alanının kapsamında yer alan taşınır mal satım sözleşmeleri, en nihayetinde her iki tarafın da lehine olmalıdır. Aksi takdirde tarafların akdi ilişki içine girmelerini amaçlayan menfaatleri zarar görecektir, dolayısıyla da ticari ilişkilerin meşruluğu kalmayacaktır. Sorunsuz bir akdi ilişki içine girmenin en temel unsuru, sözleşmenin kurulması bahsidir. Sözleşmenin kurulmasına olanak sağlayan unsur ise tarafların sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarıdır. Bu sebeple, icap beyanının hukuk düzleminde muntazam bir şekilde yer alması gerekmektedir. Bu bağlamda, CISG’ın uygulama alanına ilişkin kısmından sonra sözleşmenin kurulması kısmının ve özellikle icabın niteliği milletlerarası mal satım hukukunun esasını oluşturmaktadır.

Çalışmamızda icap beyanını her yönüyle tahlil etmeye çalıştık. Özellikle kamuya yöneltilen icaplara yoğunlaşarak, CISG m. 14 (2)’de yer alan düzenlemenin farklı

111 Sağlam, *Sözleşmeler* (n 91) 99-100; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler* (12th edn, Beta 2013) 158.

112 Sağlam, *Sözleşmeler* (n 91) 100 n 268.

ihimallere imkân doğurduğu kanısına varmış bulunmaktayız. Şöyle ki; teklifin herhangi bir şekilde kamuya yöneltilmesi halinde, bazı şartların mevcut olması ile bizatihi düzenlemede yer alan aksini açıkça belirtme halinin gerçekleşmiş olacağı bu ihtimallerden biridir.

İnternet üzerinden satışların gerçekleştirildiği haller, teklifin özelliğine göre aksini açıkça belirtme halinin kendiliğinden oluşabileceği başka bir ihtimaldir. Bu bağlamda teklif sahibine, teklifinin icap oluşturmadığı, amaçlanan irade beyanının icaba davet şeklinde olduğunu belirtmesi yükümlülüğünün yüklenebileceği düşünülebilir.

Nihayet azınlık bir görüş olsa da; açık artırmalar yoluyla yapılan satım sözleşmelerini, ayrıma tabi tutmaksızın tamamıyla CISG’ın uygulama alanı dışında bırakmanın yerinde olmadığı üzerine tahliller yapmaya çalıştık.

Kaynakça / References

- Enderlein F and Maskow D, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods* (Oceana Publications 1992) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>> accessed 25 January 2018
- Eörsi G, ‘Article 14’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb14.html>> accessed 25 January 2018
- — ‘Article 15’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb15.html>> accessed 25 January 2018
- — ‘Article 16’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb16.html>> accessed 25 January 2018
- — ‘Article 17’, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb17.html>> accessed 25 January 2018
- Farnsworth EA, ‘Formation of Contracts’, in Nina M. Galston, Hans Smit (eds), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender 1984) <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>> accessed 25 January 2018
- Furmston M and Tolhurst GJ, *Contract Formation: Law and Practice* (OUP 2010)
- Giannini G, ‘The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Analysis’ (2006) 1 *Nordic Journal of Commercial Law* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/giannini.html>> accessed 25 January 2018
- Honnold JO, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, (3rd edn, Kluwer Law International 1999) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>> accessed 25 January 2018

- Khoo W, 'Article 2', in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè 1987) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/khoo-bb2.html>> accessed 25 January 2018
- Lookofsky JM, 'Chapter 3. Convention Scope and General Provisions', in R. J. Herbots (eds), *International Encyclopedia of Laws-Contracts* (Kluwer Law International 2000) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>> accessed 25 January 2018
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (11th edn, Vedat Kitapçılık 2013)
- Pace University, 'Article 2 words and phrases' in Albert H. Kritzer (ed), *Annotated Text of CISG* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/commentary2.html>> accessed 25 January 2018
- Sağlam İ, *Elektronik Sözleşmeler* (Legal Yayıncılık 2007)
- — *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24)* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Schlechtriem P, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, vol 9 (Manz 1986) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>> accessed 25 January 2018
- Schroeter UG, 'Madde 14-24 Hükümlerine Giriş Kısmı', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- — '14. Madde', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- — '15. Madde' in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- — '16. Madde', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- — '17. Madde', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Schwenzer I, Mohs F, 'Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern Law' (2006) 6 *Internationales Handelsrecht* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>> accessed 25 January 2018
- —, Mohs F, 'Sözleşmenin Kurulması' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha Yayıncılık 2008)
- —, Hachem P, 'Article 2', in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (3rd edn, OUP 2010)
- UNCITRAL, *Commentary on the draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat* (Document A/CONF.97/5, 1979) <www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> accessed 25 January 2018

- Valiotti Z, ‘The Rules on Contract Formation under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [2003] <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valiotti.html>> accessed 25 January 2018
- Yavuz C, Acar F, Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler* (12th edn, Beta 2013)
- Yılmaz İ, ‘Uluslararası Menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu’ (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Kemal Oğuzman’a Armağan
- Ziegel JS, Samson C, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Contracts for the International Sale of Goods*, (Toronto 1981) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel14.html>> accessed 25 January 2018
- Zorlu R, ‘Formation of the Contract According to CISG and Turkish Law Compared’ <http://www.akellawfirm.com/yayinlar/FORMATION_OF_THE_CONTRACT_ACCORDING_TO_CISG_AND_TURKISH_LAW_COMPARED.pdf> accessed 25 January 2018

Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni

Nuray Ekşi*

Öz

Altı ikamet izni türünden biri olan insani ikamet izni 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 46. maddesinde tahdidi olarak sayılan hallerde düzenlenmektedir. İnsani sebeplerle düzenlenen bu ikamet izni, istisnai niteliktedir ve 46. maddede belirtilen sebepler dışında düzenlenmesi başka bir şarta bağlanmamıştır. Çalışmamızda öncelikle insani ikamet izninin yasal dayanakları, hangi hallerde düzenleneceği ve süresi açıklandıktan sonra insani ikamet izni talebinin reddedilmesi, süresinin uzatılmaması ve iptali konuları üzerinde durulacaktır. Daha sonra insani ikamet izni talebinin reddedilmesi, süresinin uzatılmaması ve iznin iptali işlemlerine karşı idari itiraz ve yargı yolları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İnsani ikamet izni • İnsani ikamet izni talebinin reddedilmesi • İnsani ikamet izninin süresinin uzatılmaması • İnsani ikamet izninin iptali

Humanitarian Residence Permit in the Light of Court Decisions

Abstract

Humanitarian residence permit, one of the six types of residence permits, is granted under the circumstances enumerated in Article 46 of the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection. This residence permit, issued for humanitarian reasons, is of an exceptional nature and its issuance is not subject to any conditions except those laid down in Article 46. In this study, we first identify the legal basis for the issuance of a humanitarian residence permit, the circumstances justifying its issuance, and its duration. We then examine situations in which the request for such a residence permit is rejected, its duration is not extended, or the permit is cancelled. The last part of this article focuses mainly on the administrative appeals and judicial remedies against decisions to reject the request for issuance or extension of a humanitarian residence permit, or to cancel such a permit.

Keywords

Humanitarian residence permit • Rejection of request for humanitarian residence permit • Non-extension of period of humanitarian residence permit • Cancellation of humanitarian residence permit

* Sorumlu Yazar: Nuray Ekşi (Prof), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, İstanbul, Türkiye. Eposta: nurayeksi@gmail.com

Atf: Nuray Ekşi, "Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni", (2018) 38 PPIL 243, 283 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0101>

Extended Summary

There are two basic legal arrangements regarding residence permits in Turkish Law. The first is the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection (“LFIP”) published in the Official Gazette on 11 April 2013. The second is Implementing Regulation on the Law on Foreigners and International Protection which has been in force since 2016. The LFIP draws a clear line between visas and residence permits. According to Article 19 of the LFIP, foreigners who intend to stay in Turkey longer than the visa or visa exemption period or in excess of ninety days are obliged to obtain a residence permit. The foreigners who are exempted from the requirement of residence permit are listed in Article 20 of the LFIP. Residence permits are classified in six groups in Article 30 of the LFIP. The types of residence permits listed in Article 30 are (1) short-term residence permit, (2) family residence permit, (3) residence permits for students, (4) long-term residence permit, (5) humanitarian residence permit, (6) residence permit issued to victims of human trafficking. The foreigners to whom each type of residence permit will be granted, conditions for issuing, rejection, cancellation or non-extension are arranged in detail in Articles 31 to 49 of the LFIP. There can be a switch between the different types of residence permits. For example, a short term residence permit can be converted into a family residence permit. In the event of termination of or change in the reason for which a residence permit was issued, foreigners may request a residence permit suitable to the new reason for residence. It should be noted that a work permit as well as work permit exemption document shall be considered a residence permit as per Article 27.

Humanitarian residence permit, one of the six types of residence permits, is granted under the circumstances enumerated in Article 46 of the LFIP. This residence permit, issued for humanitarian reasons, is of an exceptional nature and its issuance is not subject to any conditions except those laid down in Article 46. Humanitarian residence permits may be issued and extended with a maximum validity of one year by the Directorate of Migration Management in each city. However, prior to its issuance or extension, relevant Directorate of Migration Management has to obtain an approval from the General Directorate of Migration Management under Ministry of Interior located in Ankara.

Foreigners who can obtain humanitarian residence permit are enumerated in Article 46 in a restrictive manner. Article 46 provides that humanitarian residence permits may be issued in case (1) the best interest of the child is involved; (2) the foreigner, for whom a decision to deport or ban on entry to Turkey has been taken, cannot be deported from Turkey or when the departure is deemed unreasonable or impossible; (3) a deportation decision cannot be implemented; (4) the foreigner resorts to legal remedy against decisions concerning expulsion or inadmissibility of an international protection application or withdrawal of international protection application; (5) the proceedings concerning the return of the foreigner to the first country of asylum

or safe third country are not finalized; (6) the foreigner is required to be allowed to enter into or stay in Turkey due to emergency reasons or for the protection of national interests, as well as in terms of public order and public security but who does not have the possibility of acquiring other types of residence permits due to the existence of circumstances that obstruct the issuing of a residence permit; (7) there are extraordinary circumstances.

As mentioned, the humanitarian residence permit is exceptional and can only be arranged in the cases referred to in Article 46 of the LFIP. Therefore, it is not possible to extend the scope of or to add new circumstances to Article 46 either by administrative decisions or circulars. The Directorate of Migration Management in each city has a discretionary power in the evaluation and interpretation of the cases referred to in Article 46 of the LFIP. Although the administration has the discretionary power to evaluate the circumstances under which the humanitarian residence permit may be granted there is no discretion to extend the circumstances listed in Article 46.

Until April 2018, 56,000 humanitarian residence permits were issued. The height of the figure shows that humanitarian residence permits have been used by the administration for other purposes, in particular to legalize illegal migration. The humanitarian residence permit set forth in Article 46 shall be granted without discrimination on any ground such as sex, race, color, religion, national or social origin. However, in practice, there are certain nationalities that are granted humanitarian residence permits. As in the case of Iraqi Turkmen, granting humanitarian residence permits to some groups is used as a remedy for legalizing their illegal stay in Turkey. In other words, one of the methods to register certain groups of foreigners who stay in Turkey illegally is to issue humanitarian residence permits. However, this method is neither legal nor has a legal base. This is also not fair and suitable method for public policy and public security. Applications for humanitarian residence permits to the Directorate of Migration Management in each city are sent to the General Directorate of Migration Management under the Ministry of Interior in Ankara before the humanitarian residence permits are issued. An investigation is carried out by the General Directorate of Migration Management on foreigners who apply for humanitarian residence. However, it is not possible to conduct a proper investigation for the foreigners coming from countries with political and administrative chaos, particularly from Iraq, Afghanistan, Pakistan, Syria, Palestine and African countries. Because of security issues that Turkey faces, humanitarian residence permits cannot be given in cases which are not stated in Article 46. Issuing humanitarian residence permit in a case which is not mentioned in this Article can also be considered by the administrative courts as violation of law. It should not be forgotten that although the administration has discretionary power in issuance of humanitarian residence permits, the administration does not have discretionary power to extend the reasons mentioned in Article 46 of the LFIP.

Kısaltmalar

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz. (bkz.)	:	Bakınız
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
GİGM	:	Göç İdaresi Genel Müdürlüğü
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	:	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	:	Karar
md.	:	Madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB Dergisi	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TurkMis	:	Turkish Migration Studies Group
vd.	:	Ve devamı
YUKK	:	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

I. Genel Olarak Yabancıların İkamet İzinleri

A. İkamet İzinlerinin Yasal Dayanakları

Türkiye'ye girecek yabancılar kural olarak vize almak zorundadırlar. Ancak bazı ülkelerin vatandaşlarına vize muafiyeti¹ uygulanmaktadır. Vizenin süresi en fazla 90 gündür. 90 günü aşmamak üzere yabancılara örneğin, 15 günlük, 30 günlük veya 60 günlük vize verilebilir. Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. O halde vize süresi veya vize muafiyeti süresi biten yabancılar ikamet izni almak zorundadırlar.

İkamet izinlerine ilişkin iki temel yasal düzenleme vardır. Birincisi, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'dur². İkincisi ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'tir³. YUKK, 11 Nisan 2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. YUKK'un idari yapıya ilişkin hükümleri 11.4.2013 tarihinde; ikamet izinlerine ilişkin olanlar da dahil diğer hükümleri, 11 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. YUKK'dan önce ikamet izinleri, YUKK'un 124(1). maddesi ile yürürlükten kaldırılan ve 1950-2013 yılları arasında yürürlükte kalan 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahati Hakkında Kanun'da düzenlenmişti. İkamet izni türlerinden biri olan insani ikamet iznine ilişkin olarak YUKK'dan önce Türk mevzuatında herhangi bir hüküm yoktu. Bununla beraber Emniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar Hudut ve İltica Şubesi tarafından hazırlanan hizmet içi genelgede insani sebeplerle ikamet iznine de yer verilmişti. Söz konusu dönemde Avrupa dışından gelip de iltica talep eden yabancılar "sığınmacı" olarak adlandırılıyordu ve güvenli üçüncü ülkelere yerleştirilinceye kadar bunlara insani sebeplerle geçici ikamet izni düzenleniyordu⁴.

6458 sayılı YUKK'da ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte insani ikamet izni de dahil ikamet izinlerinin verileceği yabancılar, ikamet izinlerinin süresi, ikamet izinlerinin iptali ve sürelerinin uzatılmaması düzenlenmiştir. İkamet izinleri, yabancıların Türkiye'de bulunuş amacına göre farklı türlere ayrılmıştır. Bu türler arasında insani ikamet izni de yer almaktadır. YUKK'un 30. maddesinde ikamet izni çeşitleri düzenlenmiştir. YUKK'un ikamet izni çeşitleri başlığını taşıyan 30(1). maddesinin (d) bendi ile Yönetmeliğin 27(1). maddesinin (d) bendinde insani ikamet izni, yabancılara verilecek ikamet çeşitlerinden biri olarak düzenlenmiştir. 6458 sayılı YUKK'un 46. maddesi ile Yönetmeliğin 44. maddesinde insani ikamet izninin hangi hallerde verileceği; 47. maddesinde insani

1 İkamet izninden muaf tutulacak yabancılar için bkz. YUKK md. 20. Çalışma izninin veya çalışma izninden muafiyet belgesinin ikamet izni olarak da sayılacağı hakkında bkz. YUKK md. 27.

2 RG 11.4.2013/25615.

3 RG 17.3.2016/29656.

4 Nuray Ekşi, *The New Turkish Law on Foreigners and International Protection: An Overall Assessment* (Schriften zum Migrationsrecht 17, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014) 89; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta 2012) 116.

ni ikamet izninin süresinin uzatılmaması veya iptali düzenlenmiştir. Ayrıca YUKK'un 42(2). maddesi ile Yönetmeliğin 44(3). maddesi insani ikamet izni sahiplerinin uzun dönem ikamet izni alma haklarının olmadığı ifade edilmiştir.

B. İkamet İzni Türleri

Yabancıların Türkiye'de kalış amaçları dikkate alınarak ikamet izinleri belirli adlar altında düzenlenmiştir. YUKK'da altı farklı ikamet izni kabul edilmiştir. Her bir iznin verilmesinin şartları, süresinin uzatılması veya uzatılmaması ve iptali ayrı hükümlerle düzenlenmiştir. YUKK'un 30. maddesi uyarınca ikamet izni türleri şunlardır: (1) Kısa Dönem İkamet İzni, (2) Aile İkamet İzni, (3) Öğrenci İkamet İzni, (4) Uzun Dönem İkamet İzni, (5) İnsani İkamet İzni ve (6) İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni⁵.

İkamet izinlerine ilişkin şartların değerlendirilmesinde idarenin takdir yetkisi vardır. Emredici ve tahdidi olarak belirtilen haller saklı kalmak üzere, YUKK'da kullanılan ibareler ne olursa olsun bu ibarelerin il göç idarelerinin ikamet izinlerine ilişkin takdir yetkisini bertaraf ettiği şeklinde yorumlanmaması gerekir. İkamet izninin düzenlenebilmesi için kural olarak yabancıнын talepte bulunması gerekir. Bununla beraber “insani ikamet izni” ile “insan ticareti mağduru ikamet izni”, talep olmasa bile, yetkili makamlar tarafından resen de düzenlenebilir⁶. Bazı ikamet izinlerinin sağladığı haklar diğerlerine nazaran daha kapsamlıdır. Nitekim uzun dönem ikamet izni sahipleri adeta imtiyazlı yabancı konumuna sahiptir⁷. Ayrıca iki istisna hariç ikamet izinlerinden Harçlar Kanunu'na istinaden harç alınmaktadır. Alınan harç miktarları her yıl değişmektedir. Uzun dönem ikamet izinleri ile insan ticareti mağdurlarına verilen ikamet izinleri harçtan muaftır.

YUKK'un 27. maddesi gereğince yabancı kişinin çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi alması halinde ayrıca ikamet izni almasına gerek yoktur. Çalışma İzni Belgesi veya Çalışma İzni Muafiyet Belgesi olan yabancı bu belge süresince Türkiye'de ikamet etme hakkına sahiptir.

C. İkamet İzinleri Arasında Geçişler

Yabancılar, ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya farklı bir gerekçenin ortaya çıkması halinde, yeni kalış amacına uygun ikamet izni talebinde bulunabilir (YUKK md. 29). Örneğin, insani ikamet izni ile Türkiye'de yaşayan bir yabancıнын, bir Türk vatandaşıyla evlenmesi halinde aile ikamet izni almak

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Bası, Beta 2018) 83 vd.; Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, (23. Bası, Beta 2017) 101 vd.; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (2. Bası, Savaş 2017) 90 vd.

6 Rifat Erten, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” 19(2015) 19/1 GÜHFD 22; Meral Açıkgöz, O. Hakkı Ariner, Turkey's New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction, Briefing Paper 2, January 2014; University of Oxford, Turkish Migration Studies Group (TurkMiS): https://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/Publications/Briefings/TurkMiS/Brief_2_Ariner_Acikgoz_2014.pdf 16-17 (E.T. 26.8.2018).

7 Uzun dönem ikamet izni sahiplerinin hakları için bkz. YUKK md. 44.

için başvurması mümkündür. Fakat insani ikamet izninden diğer ikamet izinlerinden birine geçiş yapılabilmesi için YUKK’da söz konusu ikamet iznini almak için aranılan şartların yerine getirilmiş olması gerekir. O halde insani ikamet izninden aile ikamet iznine geçiş yapabilmek için YUKK’un 34-37. maddelerinde sayılan şartların gerçekleşmesi gerekir. İnsani ikamet izni sahiplerinin geçiş yapamayacakları tek ikamet izni uzun dönem ikamet iznidir. YUKK’un 42(2). maddesine göre, “geçici koruma sağlananlara”, “mülteci”, “şartlı mülteci” ve “ikincil koruma” statüsü sahipleri ile “insani ikamet izni” sahiplerine uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmaz.

II. İnsani İkamet İzni Kavramı, Verilmesindeki Amaç ve Bu İzni Vermeye Yetkili Makamlar

A. İnsani İkamet İzni Kavramı ve Bu İznin Verilmesinin Amacı

Adından ve YUKK’un 46. maddesinde belirtilen hallerden de anlaşılacağı üzere, bu ikamet izni insani sebeplerle verilmektedir. İnsani ikamet izni, istisnai niteliktedir. Asıl olan yabancıların, diğer ikamet izinleri olan kısa dönem ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, öğrenci ikamet izni ve aile ikamet izni almasıdır. Nitekim İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 27.6.2018 tarihli kararında insani ikamet izninin istisnai niteliğini değerlendirmiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 27.6.2018 tarihli kararına göre, 6458 sayılı Kanununun 46. maddesinde düzenlenen insani ikamet izni istisnai bir ikamet türüdür, belirli hallerde verilebilir, insani ikamet izin talebinde ileri sürülen hususların YUKK’un 46. maddesinde sayılan hallerden birine girmesi gerekir⁸.

B. İnsani İkamet İznini Vermeye Yetkili Makamlar

YUKK’un getirdiği önemli yeniliklerden biri ikamet izni başvurularının yurt dışından yapılmasıdır. Bazı hallerde ikamet izni başvurularının istisnai olarak valiliklere bağlı il göç idaresi müdürlüklerine yapılmasına da imkân sağlanmıştır. O halde ikamet izni başvurularının yurt dışından yapılması asıl olup yurt içinden ikamet izni başvurularının yapılması istisnaidir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün teşkilatı; merkez teşkilatı, taşra teşkilatı ve yurt dışı teşkilatından oluşmaktadır. Türkiye’de 81 ilde, il göç idaresi müdürlükleri ve bazı ilçelerde ilçe göç idaresi müdürlükleri ihdas edilmiştir⁹. İl göç idaresi müdürlükleri ile ilçe göç idaresi müdürlükleri, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’ne; Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ise İçişleri Bakanlığı’na bağlıdır. Ancak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün yurt dışı teşkilatı yani Türk konsoloslukları bünyesinde yer alacak göç ataşelikleri henüz kurulmamış olduğundan ikamet izinlerinin tamamı yurt içinden verilmektedir¹⁰. İkamet izni başvurularının valiliklere bağlı il göç idaresi müdürlüklerine de yapılabileceği haller YUKK’un 22.

8 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/114, K. 2018/1150, T. 27.6.2018.

9 İlçe göç idaresi müdürlüklerinin listesi için bkz. Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 5) 205.

10 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 5) 206-216.

maddesinde belirtilmiştir. Bu maddede sayılan haller arasında insani ikamet izni de yer almaktadır. YUKK'un 46(1). maddesi uyarınca insani ikamet iznini almak için valilikler bünyesindeki il göç idarelerine başvurulması gerekmektedir. Ancak insani ikamet izninin verilebilmesi için bir ön şart öngörülmiştir. Ön şart, ilgili valiliğe bağlı il göç idaresi müdürlüğünün İçişleri Bakanlığı'ndan onay almasıdır.

III. İnsani İkamet İzninin Verileceği Haller

İnsani ikamet izninin hangi hallerde verileceği YUKK'un 46. maddesinde belirtilmiştir¹¹. Bu madde uyarınca insani ikamet izni aşağıdaki hallerde verilir:

11 Bazı ülkelerin hukuklarında insani ikamet izninin düzenlenmesi için aranan şartlar YUKK'un 46. maddesinden daha farklı şekilde düzenlenmiştir. Örneğin 108/2013 sayılı Arnavutluk Yabancılar Kanunu'nun 53. maddesinin metni şöyledir:

Madde 53- İnsani sebeplerle ikamet izni düzenlenmesi

(1) İnsani sebeplerle göç ve sınırdan sorumlu mahalli makam, bu Kanunun 34. maddesinde belirtilen şartlar veya bu Kanunda belirtilen diğer genel kriterler gerçekleşmemiş olsa bile yabancıya, aşağıdaki hallerde, 'A' tipi geçici ikamet izni verebilir:

- a) mülteci statüsü almak için iltica makamlarına başvurmuşsa;
 - b) insan ticareti mağdur veya potansiyel olarak mağdur olacaksa;
 - c) Arnavutluk Cumhuriyetinde işgücü istismarına maruz kalmış ve ceza yargılaması tamamlanmış veya yabancı tazminat alınca kadar işverene karşı işbirliği yapmışsa;
 - d) yetkili makamlarca vatansız kişi olarak belirlenmişse;
 - dh) terkedilmiş bir çocuk veya ailesinin bakımından, vesayetten veya başka bir sebeple refakatten yoksun bir çocuca;
 - e) 6 aydan fazla süreyle hamile bir kadınsa.
- (2) Bu hallerde ikamet izni 6 aylık süreyle sınırlıdır ve bu süreyi geçemez ve yenilenmeyebilir. Söz konusu sebeplerle düzenlenen ikamet izni yabancının kalışını sağlar ve yabancının ülkeyi terk etmesi halinde yeniden Arnavutluğa giremeyebilir.
- (3) Bu maddenin 1. paragrafı uyarınca geçici ikamet izni verilen yabancı, normal usulde geçici ikamet iznine sahip yabancılarla tanıdığı ölçüde Arnavutluk Cumhuriyetinde kalma ve seyahat etme hakkına sahiptir. Yabancı, kimliğinin belirlenmesi için yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorundadır, fakat kimlik belgesinin bulunmadığına ilişkin delil yokluğu geçici ikamet izninin düzenlenmesi için yeterli sebep değildir. Yabancı, yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre sağlıktan, mali yardım ve desteklerden yararlanır [Republic of Albania Law No. 108/2013 on Aliens: refworld.org/docid/3ae6b5fc7.html (15.11.2018)].

Buna karşın Alman hukukunda insani sebeplerle ikamet izninin verilmesine ilişkin düzenleme YUKK'un 46. maddesine benzetilmektedir. Yabancıların Alman Federal Topraklarında İkameti, Ekonomik Faaliyetleri ve Entegrasyonu Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan insani ikamete ilişkin hükmün metni aşağıdaki gibidir:

Madde 25-İnsani Sebeplerle İkamet

(1) Bir yabancıya sığınma hakkının tanınması halinde ona ikamet izni verilir. Yabancının, kamu güvenliği ve kamu düzenine ilişkin ciddi sebeplerle sınırdışı edilmesi halinde bu hüküm uygulanmaz. İkamet izni verilece kadar yabancının ikametine izin verildiği kabul edilir. İkamet izni, sahibine, ekonomik faaliyetlerde bulunma hakkı verir.

(2) Federal Göç ve İltica Dairesi, bir yabancıya, Sığınma Usulü Kanunu'nun 3(1). maddesine istinaden mülteci statüsü veya Sığınma Usulü Kanunu'nun 4(1). maddesine istinaden ikincil koruma statüsü vermişse, bu yabancıya ikamet izni verilir. 1. paragraf, 2 ila 4. cümleleri *mutatis mutandis* uygulanır.

(3) 60. maddenin (5) veya (7). paragrafları uyarınca sınırışının yasaklandığı hallerde yabancıya ikamet izni düzenlenir. Başka bir ülkeye gönderilmesinin mümkün ve makul olduğu hallerde veya yabancının sürekli olarak işbirliğine yanaşmaması veya işbirliği yapma yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal etmesi halinde yabancıya ikamet izni verilmez. Ayrıca aşağıda sayılan sebeplerden birinin gerçekleştiğine ilişkin bir ciddi bir şüphenin varlığı halinde yabancıya ikamet izni verilmez:

1. uluslararası belgelerde öngörüldüğü şekilde barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğine,
2. ciddi ağır bir suç işlediğine,
3. Birleşmiş Milletler Şartı'nın Dibacesi ve 1. ve 2. maddesinde belirtilen Birleşmiş Milletlerin amaçlarına ve ilkelerine karşı suç işlediğine,
4. Federal Almanya Cumhuriyetinin kamu düzeni ve kamu güvenliği için tehlike oluşturduğuna.

(4) Esaslı kamu yararı veya kişisel sebeplerle veya acil insani sebeplerle federal topraklarda kalması gerekli olan ve fiilen ülkeyi terke davet edilemeyen yabancıya, geçici olarak ülkede kalması için ikamet izni verilebilir. 8. maddenin (1) ve (2) paragraflarının istisnası olarak, somut olayın özelliklerine bağlı özel hallerin varlığı durumunda federal toprakların terki zorluk yaratırsa ikamet izni uzatılabilir.

(4a) Ceza Kanunu'nun 232, 233 veya 233a maddelerinde düzenlenen suçların mağduru olan bir yabancıya, federal toprakları terke davet edilmiş olsa bile, geçici olarak ülkede kalması için ikamet izni verilebilir. İkamet izni sadece aşağıdaki hallerde düzenlenebilir:

1. savcılık makama veya ceza mahkemesi söz konusu suçla ilişkin ceza yargılaması açısından yabancının federal topraklarda bulunmasının, yabancının vereceği bilgi olmaksızın davanın maddi vakıalarının araştırılmasının zor olacağı düşüncesiyle gerekli görürse,

- (i) Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda,
- (ii) Haklarında sınırdışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı halde, yabancılardan Türkiye'den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görülmediğinde,
- (iii) YUKK'un 55. maddesi uyarınca yabancı hakkında sınırdışı etme kararı alınmadığında,
- (iv) YUKK'un 53. maddesi uyarınca sınırdışı kararının iptali için dava açıldığında veya 72. maddesi uyarınca uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karara veya 77. maddesine göre uluslararası koruma başvurusunun geri çekildiğine veya geri çekilmiş sayılmasına ilişkin karara karşı yargı yoluna başvurulduğunda,
- (v) Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince,
- (vi) Acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye'ye girişine ve Türkiye'de kalmasına izin verilmesi gereken yabancılardan, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında,
- (vii) Olağanüstü durumlarda.

A. İnsani İkamet İzininin Çocuğun Yüksek Yararı Sebebiyle Verilmesi

1. İkamet İzinleri Açısından Refakatli ve Refakatsiz Çocuk Ayrımı

Çocuklara ilişkin milletlerarası antlaşmalarda yabancı çocuklara ayrımcılık yapılmaması ve bu çocuklara, devletin kendi vatandaşları olan çocuklarla eşit muamele yapılması esasları benimsenmiştir. Uluslararası düzeyde çocuklara ilişkin en kapsamlı ve temel düzenleme Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir. Türkiye, Çocuk Haklarına

2. suç işlediği iddia edilen kişilerle bağlantısını kesmişse,

3. suçla ilişkin ceza yargılamasında şahitlik yapmak istediğini beyan etmişse.

(4b) Yasadışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun 10(1) veya 11(1/No 3) maddelerinde veya Geçici İstihdam İşlerine İlişkin Kanun'un 15a maddesinde belirtilen suçların mağduru olan bir yabancıya, ülkeyi terke davet edilmiş olsa bile, geçici olarak ülkede kalması için ikamet izni verilebilir. İkamet izni sadece aşağıdaki hallerde düzenlenebilir:

1. savcılık makamı veya ceza mahkemesi söz konusu suçla ilişkin ceza yargılaması açısından yabancının federal topraklarda bulunmasının, yabancının vereceği bilgi olmaksızın davanın maddi vakıalarının araştırılmasının zor olacağı düşüncesiyle gerekli görürse,

2. yabancı şahıs, suçla ilişkin ceza yargılamasında şahitlik yapmak istediğini beyan etmişse.

İkamet izni, yabancının işverenden alacağı tazminat tamamıyla ödenmemişse ve yabancının bu tazminatı yabancı ülkeden takip etmesi zorluk yaratacaksa uzatılabilir.

(5) Ülkeyi terk etmeye davet edilen yabancıya, terkin yasal veya maddi olarak imkansız olması ve yakın bir gelecekte ülkeyi terk edemeyeceğinin anlaşılması halinde ikamet izni verilebilir. Sınırdışının 18 ay süreyle askıya alındığı hallerde de ikamet izni düzenlenir. Yabancının sadece, kendi kusuru olmayan sebeplerle federal toprakları terk etmesinin mümkün olmaması halinde ikamet izni düzenlenir. Yabancı, özellikle, yanlış bilgi vermek veya vatandaşlığı ve kimlik bilgileri hakkında yetkili makamlara aldatıcı davranışlarda bulunmak veya terki engelleyen sebepleri bertaraf etmek için yapılan taleplere uymamak gibi hallerden dolayı kusurlu kabul edilir.

Dair Sözleşmeyi 1995 yılında onaylamıştır¹². Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre, Sözleşme uyarınca çocuğun vatandaşı olduğu devletin kanununa göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır. O halde, Sözleşme, kural olarak 18 yaşına kadar olan herkese uygulanacaktır¹³. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de kabul edilen temel ilke, "çocuğun yüksek yararı ilkesidir". Bu ilke, Sözleşme'nin 3. maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasma organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. Sözleşme'nin 3. maddesinin âkit devletlere yüklediği yükümlülük uyarınca göç ve ilticaya ilişkin işlemlerde de çocuğun yüksek yararının göz önünde bulundurulması zorunludur¹⁴. Çocuğun yüksek yararı ilkesi, yabancı vatandaş ayrımı yapılmaksızın bütün çocuklar açısından geçerlidir. Zaten çocuklar arasında vatandaş yabancı ayrımının yapılamayacağı ve eşitlik ilkesinin uygulanacağı 2. maddede ifade edilmiştir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesi ise Sözleşme'de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler. O halde Sözleşmeye taraf olan devletler kendi vatandaşları olan çocuklara tanıdıkları hakları yabancı çocuklara da aynen tanımak zorundadırlar.

Türkiye'de bulunan yabancı çocuklar, refakatli olabileceği gibi refakatsiz de olabilir. YUKK'un 3(1). maddesinin (m) bendine göre, refakatsiz çocuk, sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu ifade eder.

YUKK'un 66. maddesi uyarınca Türkiye'de bulunan refakatsiz yabancı çocuklara 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanır. Çalışma Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilirler. 5395 sayılı Kanunun 7(7). maddesine göre, çocuk mahkemesi korunmaya muhtaç çocuk hakkında bu Kanun'un 5. maddesinde belirtilen danışmalık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirlerinin yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, vesayet, kayımlık, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususunda da karar vermeye yetkilidir. Ayrıca 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümleri de ülkemize

12 RG 27.01.1995/22184.

13 Nuray Ekşi, Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, in Prof. Dr. Nuray Ekşi (ed), *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (2018) 8.

14 Ekşi, *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar* (n 13) 8-9.

gelen yabancı çocuklar hakkında da uygulanabilir¹⁵. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca Türkiye’ye refakatsiz gelen veya refakatli de olsa korunma ihtiyacı olan çocuklar bakımından bakım, sağlık, eğitim, danışmanlık ve barınma tedbirlerinden bir veya bir kaçına karar verilebilir. Özellikle bakım tedbiri, diğer tüm tedbirleri de içerdiğinden bu tedbirin verilmesi halinde diğer tedbirlere ihtiyaç kalmamaktadır¹⁶. Çünkü bu durumda refakatsiz yabancı çocuk veya refakatli olsa bile korumaya ihtiyacı olan çocuk, Çalışma Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı’nın evlerine yerleştirilmektedir. Çalışma Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı’nın evlerine yerleştirilen söz konusu yabancı çocukların beslenme, eğitim ve sağlık ihtiyaçları da kurum tarafından karşılandığından ayrıca bu konularda tedbir kararı verilmesine gerek kalmamaktadır. O halde refakatsiz yabancı çocuklara YUKK’un 46(1). maddesinin (a) bendi uyarınca çocuğun yüksek yararı sebebiyle insani ikamet izni verilmesi söz konusu olmayacaktır.

Yabancı çocuklara da uluslararası koruma türlerinden biri verilebilir. YUKK’da “mülteci”, “şartlı mülteci” ve “ikincil koruma” olmak üzere üç tür uluslararası koruma öngörülmüştür¹⁷. Geçici koruma ise YUKK’un 91. maddesinde bir uluslararası koruma türü olarak değil idarenin takdirine bağlı olarak verilen bir koruma türü olarak düzenlenmiştir. Yabancı çocuk refakatsiz ise tek başına; refakatli ise aile adına yapılan uluslararası koruma başvurusu bir bütün olarak değerlendirilir ve verilen karar tüm aile üyelerini kapsar (YUKK md. 78/1). O halde “mülteci”, “şartlı mülteci” veya “ikincil koruma” statüsü almak için başvuru yapan veya bu statülerden herhangi birini alan yabancı ebeveynlerin çocuklarına da aynı statü verilecektir. Uluslararası koruma başvurusu yapan yabancılar da Türkiye’de oturabilirler. YUKK’un 69(7). maddesine göre başvuru sahibine kayıt esnasında kimlik bilgilerini içeren, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğunu belirten, otuz gün geçerli kayıt belgesi verilir¹⁸. Kayıt belgesi, gerektiğinde otuz günlük sürelerle uzatılabilir. Kayıt belgesi, hiçbir harca tabi olmayıp başvuru sahibinin Türkiye’de kalışına imkân sağlar.

Ayrıca uluslararası koruma türlerinden herhangi birini alan yabancılar da Türkiye’de ikamet hakkına sahiptir. YUKK’un 83. maddesine göre mülteci statüsü verilenlere yabancı kimlik numarasını içeren üçer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenir. Şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilenlere, yabancı kimlik numarasını içeren birer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenir.

15 Gökten Koçoğlu, Çocuk Koruma Açısından Uluslar Arası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar in Prof. Dr. Nuray Ekşi (ed), *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (2018) 29 ve 35.

16 Koçoğlu (n 15) 29 ve 35.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi* (Seçkin 2015) 33-49.

18 Ayrıca YUKK’un “ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü” başlığını taşıyan 71. maddesinin metni şöyledir:

Madde 71- (1) Başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.

(2) Başvuru sahibi, adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adresini valiliğe bildirmekle yükümlüdür.

Söz konusu kimlik belgeleri hiçbir harca tabi olmayıp ikamet izni yerine geçer. Kimlik belgelerinin şekli ve içeriği GİGM tarafından belirlenir.

O halde “mülteci statüsü kimlik belgesi”, “şartlı mülteci statüsü kimlik belgesi” ve “ikincil koruma statüsü kimlik belgesi” ikamet izni yerine geçen belgelerdir. Ayrıca YUKK’un 34. maddesinin (1). fıkrasında¹⁹ mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin veya eşlerinin ergin olmayan yabancı çocuğuna ya da kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna aile ikamet izninin verilebileceği ifade edilmiştir. Buna karşın şartlı mültecilerin kendilerinin veya eşlerinin ergin olmayan ya da bağımlı çocuklarına ise aile ikamet izninin verilmeyeceği belirtilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere, “şartlı mülteci kimlik belgesi”, ikamet izni yerine geçmektedir. “Mülteci statüsü” veya “ikincil koruma statüsü” sahiplerinin çocuklarına da bu statü verilmekte ve bu statü verilirken düzenlenen kimlik belgeleri ikamet izni yerine geçmektedir. Dolayısıyla YUKK’un 34. maddesi uyarınca “mülteci statüsü” veya “ikincil koruma statüsü” sahiplerinin veya eşlerinin ergin olmayan ya da bağımlı çocuklarına hangi hallerde aile ikamet izni verilmesinin gerekli olduğu açık değildir.

2. “Çocuğun Yüksek Yararı” Sayılan Haller

YUKK’un 46. maddesinde “çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda” insani ikamet izninin düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Daha önce belirtildiği üzere refakatsiz olan yabancı çocuklar Aile Sosyal Politikalar ve Çalışma Bakanlığı bünyesinde işletilen çocuk evlerine alınmaktadır. Refakatli yabancı çocuklar ise aileleriyle birlikte yaşamaktadır. YUKK’un 46(1). maddesinin (a) bendi kapsamında insani ikamet izninin hangi hallerde refakatli veya refakatsiz yabancı çocuğa verileceği hususunun uygulamadan örneklerle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Çocuğun yüksek yararı gerekçesiyle insani ikamet izni yalnızca yabancı çocuğa değil onun anası veya babasına da verilebilir. Örneğin, Antalya’da yaşayan yabancı kadın, Türk vatandaşı ile olan evlilik dışı ilişkisinden hamile kalmıştır. Yabancı kadının, yabancı bir erkekten olan küçük bir çocuğu vardır. İkamet izni almak için randevusunun olduğu gün yabancı kadın doğum yapmak üzere hastaneye götürülmüştür ve randevu gününde Antalya İl Göç İdaresi Müdürlüğü’ne gidememiştir. Yabancı kadın, Türk vatandaşıyla evli olmadığından YUKK’un 34(1). maddesi uyarınca aile ikamet izni alamayacaktır. Eğer yabancı anne, aile ikamet izni alabilseydi, yabancı erkekten

¹⁹ Aile ikamet izni

Madde 34- (1) Türk vatandaşlarının, 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin;

a) Yabancı eşine,
b) Kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna,
c) Kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna,

her defasında üç yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebilir. Ancak, aile ikamet izninin süresi hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini aşamaz.

olan çocuğuna da aile ikamet izni verilebilecekti. Antalya İl Göç İdaresi Müdürlüğü, anne ve yabancı erkekten olan küçük çocuğuna insani ikamet izni vermiştir.

Diğer bir örnek Azerbaycan vatandaşı çocuğa ilişkindir. Azerbaycan'da kanser hastası olup tedavi alamayan 6-7 yaşları arasındaki Azeri bir çocuk Türk vatandaşıyla evli halası yardımıyla Türkiye'ye bir şekilde gelmiş; refakatsiz olduğu ve Türkiye'de ailesinin olmadığı; kanser hastası olduğu belirtilerek Azeri çocuk hakkında çocuk mahkemesinden sağlık tedbiri talep edilmiştir. Azeri çocuk hakkında çocuk mahkemesince sağlık tedbirine kararı verilmesi üzerine kanser tedavisi görmüştür²⁰. Azeri çocuğun annesinin Türkiye'ye geldiğini ve çocuk hastanede yatarken yanında kaldığını farz edelim. YUKK'da aranan diğer ikamet izni türlerinden herhangi birini almak için gerekli şartları yerine getirmemesi halinde, Azeri anne, insani ikamet izni alabilir. Çünkü çocuğun yüksek yararı, Azeri annenin çocuğun tedavisi süresince Türkiye'de kalmasını gerektirmektedir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 29 Aralık 2016 tarihli kararında²¹ çocuğun yüksek yararını dikkate alarak Cezayir vatandaşı anneye insani ikamet izninin verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Karara konu olan olayda Cezayir vatandaşı bir Türk vatandaşı ile evlenmiş; 1990, 1994 ve 1999 yıllarında üç çocuğu olmuş; 2005 yılında Türk vatandaşı eşinden boşanmış; çocukların velayeti Cezayir vatandaşı anneye verilmiştir. Cezayir vatandaşı, ikamet ücretinin yüksek olması ve maddi imkânsızlıkları sebebiyle diğer ikamet izni türlerinden birini alamadığını, çocuklarının Türkiye'de olduğunu ve Cezayir'e geri dönemediğini belirterek insani ikamet izni almak için İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne başvurmuştur. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğüne talebinin reddedilmesi üzerine red kararının iptali için İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, çocukların henüz 18 yaşını doldurmamış olduğunu; davacının sınırdışı edilmesi halinde velayet görevini yerine getiremeyeceğini; bu durumun ise çocuğun yüksek menfaatine aykırı olacağını belirterek insani ikamet izni başvurusunun reddine ilişkin işlemi iptal etmiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, Cezayir vatandaşı annenin diğer ikamet izinlerinden birini alıp alamayacağını değerlendirmemiştir. Aslında diğer ikamet izni türlerinden birini almak için gerekli şartları yerine getiren yabancılar, sırf ikamet harcını ödeyemedikleri için insani ikamet izni alamazlar.

Bölge idare mahkemeleri göreve başladıktan sonra artık yabancılar hukukuna ilişkin davalarda Danıştay'a başvurulması mümkün değildir. Ancak bölge idare mahkemeleri göreve başlamadan önce verilen bir Danıştay kararında insani ikamet izni hususunda değerlendirmeler yapılmıştır. Danıştay 10. Dairesi'nin 4.10.2016 tarihli kararına²² konu olan olayda Filistin vatandaşı olan davacı aile ikamet izni verilmesi için İstanbul

20 Koçoğlu (n 15).

21 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2016/1524, K. 2016/2761, T. 29.12.2016.

22 Danıştay 10. Daire, E. 2016/2381 K. 2016/3591 T. 4.10.2016.

Valiliği İl Göç İdaresine başvurmuş; İstanbul Valiliği, aile ikamet izni talebini, Filistin vatandaşının vize ihlalinde bulunduğu bahisle reddetmiştir. Filistin vatandaşı aile ikamet izni verilmesi talebinin reddine ilişkin 15.8.2015 tarihli ve 452243.101.14.1. sayılı İstanbul Valiliği işleminin iptali istemiyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, davacının vize ihlalini, Türkiye'den çıkış yaparak ve vize ihlaline ilişkin para cezasını ödemek suretiyle giderebileceği, 5 yılı aşkın süredir Türkiye'de bulunduğu ve ailesi ile birlikte yaşadığı, bu süre zarfında vize ihlali dışında sınırdışı edilmeyi gerektirecek herhangi bir eyleminin bulunmadığı, kaldığı küçük yaşta çocuğunun bulunduğu; bu hususlar göz önüne alındığında 6458 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca diğer şartlar aranmaksızın insani amaçla ikamet izni alma şartlarına sahip olduğu anlaşılan Filistin vatandaşının aile ikamet izin talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Henüz bölge idare mahkemeleri faaliyete geçmemiş olduğundan İstanbul Valiliği, İYUK'un o zamanki hükümlerine istinaden karara karşı temyiz istemiyle Danıştay'a başvurmuştur. Danıştay, kararı onaylamıştır.

Mahkeme kararına konu olmamış olan diğer bir olayda, Türk vatandaşı erkeklerle evlilik dışı ilişkisinden iki çocuğu olan yabancı kadın, birlikte yaşadığı Türk vatandaşından şiddet görmektedir. Yabancı kadının ikamet izni olmadığından birlikte yaşadığı Türk vatandaşını şikâyet edememektedir. Şiddet gördüğü Türk vatandaşı, yabancı kadını, yetkili makamlara başvurması halinde yasadışı olarak Türkiye'de kaldığını ihbar etmekle ve böylece sınırdışı edilerek çocuklarından ayrı kalmakla tehdit etmektedir. Yabancı kadın, il göç idaresine başvurmuş ve durumunu açıklamıştır. İl göç idaresi, bu konuda ne yapılabileceği hususunda tarafımıza danışmış ve kendilerine YUKK'un 46(1). maddesinin (a) bendi uyarınca yabancı anneye çocuğun yüksek yararı uyarınca insani ikamet izninin verilebileceği ifade edilmiştir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 15.7.2016 tarihli kararına konu olan olayda Azerbaycan vatandaşı İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne başvurmuş; Türk vatandaşı olan annesinin yaşlı ve şeker hastası olduğunu, bakımı ile kendisinin ilgilendiğini, çocuklarının Türkiye'de eğitim gördüğünü belirterek insani ikamet izni talep etmiştir. Azerbaycan vatandaşı, başvurunun zimnen reddine ilişkin işlemin, Anayasa ve AIHS ile korunan aile hayatına saygı ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek iptali için İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü, davacının insani ikamet koşullarını taşımadığını, başka ikamet türlerine başvurabileceğini, idare mahkemesinin idare yerine geçerek karar veremeyeceğini ileri sürülerek davanın reddini istemiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, YUKK'un 46. maddesine atıfta bulunmuş; bu maddedeki insani ikamet izni verilmesini gerektiren halleri sıralamıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'ne göre, istisnai bir izin türü olan insani ikamet izniyle, çocukların yüksek yararı, yaş, sağlık gibi insani gerekçeler sebebiyle ikamet izni verilme olanağı sağlanmış ve bu izni alan yabancıların Türkiye'de yasal olarak kalmaları mümkün hale

getirilmiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, uyuşmazlıkta, davacı ve ailesinin, 6458 sayılı Kanun'un 46. maddesinde belirtilen çocukların yüksek yararı, yaş, sağlık gibi insani şartları taşımadığı görüldüğünden dava konusu işlemde hukuka aykırılık görmemiştir²³.

B. İnsani İkamet İzninin Yabancıların Türkiye'den Çıkış Yapamaması Sebebiyle Verilmesi

YUKK'un 46(1). maddesinin (b) bendinde haklarında sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı halde, yabancıların Türkiye'den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye'den ayrılmaları makul veya mümkün görülmediğinde insani ikamet izni verilebileceği ifade edilmiştir. Bu bentte iki olasılıktan söz edilmiştir. Birincisi yabancının Türkiye'ye giriş yasağı olmasına rağmen Türkiye'ye gelmesi ve Türkiye'den çıkış yaptırılmaması veya Türkiye'den ayrılmasının makul ya da mümkün olmamasıdır. İkincisi ise yabancının Türkiye'den sınır dışı edilmesine karar verilmesine rağmen Türkiye'den çıkışının sağlanamaması ya da çıkışının makul veya mümkün olmamasıdır. Örneğin, Türkiye'den sınır dışı edilen ve pasaport süresini uzatmak için konsolosluga başvuran yabancıya, pasaportu düzenlenene kadar il göç idaresi müdürlüğü tarafından insani ikamet izni verilmiştir. Bu uygulama özellikle Türkmenistan vatandaşları için yapılmıştır. Türkmenistan Devleti, biyometrik pasaport uygulaması sebebiyle eski pasaport hamillerinin Türkmenistan konsolosluğundan yenisini alıncaya kadar Türkiye'de kalmalarına izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Ancak eski pasaport hamili olup da yenisini almak üzere Türkmenistan konsolosluklarına başvuranlara insani ikamet izninin verilmesi mümkün olmakla beraber yeni pasaport almak için konsolosluga başvurmayan eski pasaport hamillerine insani ikamet izni verilmesi mümkün değildir. Nitekim daha önce değinilen İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 27.6.2018 tarihli kararında da bu sebeple Türkmenistan vatandaşının insani ikamet izni başvurusunun reddine ilişkin İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından yapılan işlem hukuka uygun bulunmuştur.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 18.7.2018 tarihli diğer bir kararına konu olan olayda Tacikistan vatandaşı hakkında Ç-141 (ülkemize girişi bakanlık iznine tabi yabancı) ve G-87 (genel güvenlik) tahdit kodları konulmuş; bu kodlardan dolayı Türkiye'ye giriş yasağı olması sebebiyle sınır dışı kararı verilmiştir. Ancak bu karar İstanbul 1. İdare Mahkemesince iptal edilmiştir. Tacikistan vatandaşı, sınır dışı edilmesine ilişkin kararın İstanbul 1. İdare Mahkemesince iptali üzerine İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne başvurarak insani ikamet izni talep etmiştir. Ancak başvurusu insani ikamet izin şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Tacikistan vatandaşı insani ikamet izni talebinin reddine ilişkin işlemin iptali

23 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2016/267, K. 2016/1613, T. 15.07.2016; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları* (4. Bası, Beta 2018) 211-213.

için İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Tacikistan vatandaşı kendisi hakkında konulan Ç-141 ve G-87 kodlarının iptali için dava açmış; Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 2016/4773 Esas sayılı dosya üzerinden görülen davada kodların kaldırılması talebi reddedilmiştir. İnsani ikamet izni talebinin reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davada İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 18.7.2018 tarihli karara göre:

...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davalı idare tarafından davacı hakkında kamu güvenliğini tehdit ettiğinden bahisle...sınırdışı işlemi tesis edildiği, davacı tarafından bu işlemin iptali istemiyle Mahkememizde iptal davası açıldığı, Mahkememizin 24.3.2017 tarih ve 2016/2076 E. 2017/515 K. sayılı kararıyla davanın iptaline karar verildiği, sonrasında ise davacının 18.10.2017 tarihinde insani ikamet izin talebinde bulunduğu... mevzuatta 'haklarında sınırdışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı halde, yabancıların Türkiye'den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye'den ayrılmalari makul veya mümkün görülmediği' durumlarda insani ikamet izni verilebileceği hükmünün yer aldığı, ancak davacının Türkiye'den ayrılmasının makul veya mümkün olmadığına ilişkin dosyada somut herhangi bir veri bulunmadığı, davacının fiili durumuna ilişkin somut herhangi bir bilgi ve belgenin de sunulmadığı, ayrıca davacı tarafından hakkında konulan G-87 koduna karşı açtığı iptal davasının Ankara 1. İdare Mahkemesinin E. 2016/4773, K. 2017/2931 ve 5.12.2017 tarihli kararıyla davanın reddine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, davacının gerekçelerinin 6458 sayılı Yasanın 46. maddesinde düzenlenen insani ikamet şartları içerisinde değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından davacının insani ikamet izin talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan davacının ülkemizden çıkış yapıp yasal yollardan giriş yapmak suretiyle yasada öngörülen diğer ikamet izin türlerinden birine başvurması mümkün bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle, davanın reddine...karar verildi²⁴.

C. İnsani İkamet İzninin Sınırdışı Kararının Uygulanamaması Sebebiyle Verilmesi

YUKK'un 46(1). maddesinin (b) bendinde, 55. madde uyarınca yabancı "hakkında sınırdışı etme kararı alınmayan" yabancılara da insani ikamet izni verileceği ifade edilmiştir. Sınırdışı sebepleri gerçekleşse bile alınan sınırdışı kararının uygulanamayacağı yabancılar YUKK'un 55. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Söz konusu yabancılar şunlardır: (1) sınırdışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar (non-refoulement); (2) ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler; (3) hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınırdışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar; (4) mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları; (5) tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları. Aslında 55. maddede yer alan "sınırdışı etme kararı alınmaz" ifadesi yanlıştır. YUKK'un 54. maddesinde sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde sınırdışı kararı verilebilir. YUKK'un 55. maddesi ise sınırdışı kararının verilmeyeceği halleri

24 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2018/7, K. 2018/1353, T. 18.7.2018.

değil bu kararın uygulanamayacağı halleri düzenlemektedir. Nitekim Yönetmeliğin 57. maddesindeki düzenleme de bu yöndedir²⁵.

Sınırdışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar non-refoulement yani geri gönderme yasağı ilkesi uyarınca sınırdışı edilemezler. Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalarda²⁶ ve YUKK'un 4. maddesinde ifadesini bulan non-refoulement ilkesi uyarınca hakkında verilen sınırdışı kararı uygulanamayacak olan yabancılara insani ikamet izni verilmeden önce üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilip edilemeyecekleri araştırılacaktır. Zaten bu husus Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte de ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 57. maddesinde non-refoulement ilkesi kapsamında olduğu anlaşılan yabancı hakkında öncelikle üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilmesi ihtimali değerlendirilir. Yabancıнын üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilmesi mümkün olmadığında sınırdışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilir. İnsani ikamet izni süresince yabancıнын ülkesine veya gidebileceği üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilme olanakları araştırılmaya devam edilir. Sınırdışı etme engelının ortadan kalkması halinde insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar alınmaksızın sınırdışı etme işlemi tamamlanır.

Yine Yönetmeliğin 57(2). maddesi uyarınca sınırdışı etme kararı alındıktan sonra, ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler ya da hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınırdışı

25 Sınırdışı etme kararının uygulanmaması veya iptali

Madde 57- (1) Sınırdışı etme kararı alındıktan sonra, Kanunun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olduğu anlaşılan yabancı hakkında öncelikle üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilmesi ihtimali değerlendirilir. Yabancıнын üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilmesi mümkün olmadığında sınırdışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilir. İnsani ikamet izni süresince yabancıнын ülkesine veya gidebileceği üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilme olanakları araştırılmaya devam edilir. Sınırdışı etme engelının ortadan kalkması halinde insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar alınmaksızın sınırdışı etme işlemi tamamlanır.

(2) Sınırdışı etme kararı alındıktan sonra, Kanunun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri kapsamında olduğu anlaşılan yabancılar hakkında sınırdışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilir. İnsani ikamet izni süresince yabancıнын sağlık durumu takip edilir. Sınırdışı etme engelının ortadan kalkması halinde insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar alınmaksızın sınırdışı etme işlemi tamamlanır.

(3) Adli makamlarca sınırdışı etme kararının iptaline dair karar verilen yabancıların sınırdışı ve varsa idari gözetim kararları sonlandırılır. Ülkemizde yasal kalışları ile ilgili gerekli çalışmalar yapılır.

(4) Birinci ve ikinci fıkrada kapsamındaki değerlendirmeler, herkes için ayrı yapılır. Bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir.

26 Antlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 5) 128-133; Ekşi, *The New Turkish Law on Foreigners and International Protection* (n 4) 116-118; Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (n 4) 130-131.

edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayan yabancılar²⁷ hakkında sınır dışı etme kararı uygulanmaz ve yabancıya insani ikamet izni verilir. İnsani ikamet izni süresince yabancıнын sağlık durumu takip edilir. Örneğin, pasaport süresi bittiği halde Türkiye’de kalmaya devam eden bir yabancıнын YUKK’un 30. maddesinde sayılan ikamet izinlerinden herhangi birini alması mümkün değildir. Vizesi veya vize muafiyeti süresi de sona erdiğinden YUKK’un 54(1). maddesinin (e) bendi uyarınca Türkiye’den sınır dışı edilmesine karar verilebilir. Ancak söz konusu yabancıнын apandisitinin patlaması veya patlamak üzere olması sebebiyle acilen ameliyat olması gerekiyorsa kendisine insani ikamet izni düzenlenebilir. Sınır dışı etme engelinin ortadan kalkması halinde insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar alınmaksızın sınır dışı etme işlemi tamamlanır. Örneğimizde, apandisit ameliyatı olan ve hastaneden taburcu edilen yabancıнын seyahatine sağlık açısından engel bir durum yoksa insani ikamet izni iptal edilir ve yeni bir karar almaya gerek olmaksızın önceden alınan sınır dışı kararı icra edilir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 17.3.2016 tarihli kararına konu olan olayda Mısır vatandaşı davacı, İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi’ne insani ikamet başvurusu yapmış; randevuya çağırılması üzerine İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü’ne gitmiştir. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresince yapılan Göç-Net sorgulamasında hakkında G-87 (genel güvenlik-yurda girişi yasak) kodlu ve Ç-114 (hakkında adli işlem yapılan yabancı) kodlu tahdit kayıtlarının bulunduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine insani ikamet izni talebi reddedilmiş ve Mısır vatandaşının 6458 sayılı Kanun’un 54. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Mısır vatandaşı, sınır dışı etme kararının iptali istemiyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nde dava açmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesince tahdit kayıtlarının neye istinaden konulduğunun davalı idarece belirtilmediği, ayrıca söz konusu tahdit kayıtlarının Mısır vatandaşına tebliğ edilmediği, Mısır vatandaşının insani ikamet izni için aldığı randevu tarihinde giriş yasaklarını öğrendiği, Mısır vatandaşı hakkında sadece genel güvenlik tahdit kaydı bulunmasının 6458 sayılı Kanun’un 54. maddesinin (1). fıkrasının (d) bendi uyarınca, kamu güvenliğini tehdit ettiğinden bahisle sınır dışı edilmesini gerektirmeyeceği belirtilmiştir. İstanbul 1.

27 AİHM, S.C.C. v. Sweden davasında verdiği 15.2.2000 tarihli kararında, sınır dışı edilecek yabancıнын kendi ülkesinde tedavi olamayacağı gerekçesiyle yaptığı insani ikamet izni başvurusunun reddedilmesinin AIHS’in 3. maddesi ile 8. maddesine aykırı olduğuna ilişkin iddiasını değerlendirmiştir. Zambiya vatandaşı, Stockholm’de bulunan Zambiya elçiliğinde sekreter olarak görevli eşiyile birlikte İsveç’e gitmiştir. 1988 ve 1990 yıllarında çocukları dünyaya gelmiştir. Zambiya vatandaşının ilk evliliğinden olan iki çocuğu daha vardır ve bu çocuklar Zambiya’dadır. Zambiya vatandaşı çalışma izni almıştır. Evliliğinin iyi gitmediğini ve eski eşinin akrabalarından korktuğu için Zambiya’ya gidemeyeceğini; Stockholm’de bir daire kiraladığını belirterek çalışma izninin uzatılmasını istemiştir. Daha sonra Zambiya’daki iki çocuğunu da İsveç’e getirtmiştir. Elçilikte çalışan kocasının görevi bitince Zambiya’ya gitmiştir. Çalışma izninin süresinin uzatılması talebi İsveç ile bir bağlantısının kalmaması sebebiyle reddedilmiştir. İsveç’e geri gelmiş çalışma ve ikamet izni için yeniden başvurmuştur. İsveç göç idaresi, Zambiya vatandaşının kocasıyla beraber Zambiya’ya geri döndüğünü; boşanma davası bitmeden kocasının öldüğünü belirterek Zambiya vatandaşının ikamet ve çalışma izni taleplerinin reddine ve sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Zambiya vatandaşı karara itiraz etmiştir. HIV virüsü taşıdığı ve Zambiya’da bu hastalığın tedavisinin olmadığını belirterek insani ikamet izni talep etmiştir. HIV tedavisi olabilmesi için ikamet izni alması gerekmektedir. İsveç göç idaresi ikamet izni verilmesi için bu gerekçeyi yeterli görmemiştir. İsveç yabancılar kanunu uyarınca sınır dışı edilecek yabancıнын ülkesinde tedavisinin yapılamaması halinde kendisine insani ikamet izni verilebilir. Zambiya vatandaşı, İsveç’te kalması için kendisine insani ikamet izni verilmeyerek sınır dışı edilmesi halinde AIHS’in 3. maddesi ile 8. maddesinin ihlal edileceğini öne sürerek İsveç’e karşı AİHM’de dava açmıştır. İsveç Hükümeti, Zambiya vatandaşının sağlık sorununun HIV’e bağlı olduğuna veya AIDS derecesine ulaştığına ilişkin delil olmadığını ifade etmiştir. AİHM, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir S.C.C. v. Sweden App no 46553/99 (AİHM, 15 Şubat 2000).

İdare Mahkemesi'ne göre, Mısır vatandaşının ne şekilde kamu güvenliğini tehdit ettiği davalı idarece somut olarak ortaya konulmalıdır. Ayrıca davacı Mısır vatandaşı, Mısır'da mevcut yönetime muhalif Rabia Özgürlük Hareketi'nin temsilcisi ve muhalif Bina ve Kalkınma Partisi'nin üyesidir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'ne göre, Mısır'da mevcut yönetime muhalif kalan parti veya hareket temsilcilerinin idam edildikleri, cezaevlerinde onur kırıcı muamelelere maruz kaldıklarının hem basın yoluyla hem de hazırlanan uluslararası raporlar ile sabit olduğu, davacının da mevcut yönetime muhalif hareketler içerisinde olduğu anlaşıldığından, davacı, 6458 sayılı Kanun'un 55. maddesinin (1). fıkrasının (a) bendinde belirtildiği üzere sınırdışı edileceği ülkede siyasi fikirleri sebebiyle ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunan yabancılar kapsamındadır. İstanbul 1. İdare Mahkemesince, bu durumda hem uluslararası hukukta (1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesi) hem de ulusal hukukumuzda (6458 sayılı Kanun'un 4. maddesi) yer bulmuş olan geri göndermeme ilkesi kapsamında olan ve sınırdışı edilemeyecekler arasında bulunan davacının tahdit kayıtlarının bulunduğundan bahisle 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1). fıkrasının (d) bendi uyarınca sınırdışı edilmesine dair tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmış ve sınırdışı kararı iptal edilmiştir²⁸. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, Mısır vatandaşının, YUKK'un 55(1). maddesinin (a) bendi kapsamına girdiği sonucuna varmıştır. Bu karardan sonra İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi, öncelikle, Yönetmeliğin 57. maddesi uyarınca Mısır vatandaşının Mısır dışında başka bir ülkeye sınırdışı edilmesi ihtimalini değerlendirecek; böyle bir ihtimalin olmaması halinde Mısır vatandaşına insani ikamet izni verecektir.

D. İnsani İkamet İzninin Sınırdışı Kararına Karşı Yargı Yoluna Başvurulması Sebebiyle Verilmesi

Sınırdışı kararı, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınırdışı kararı verilen yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınırdışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde idare mahkemesine başvurarak sınırdışı kararının iptalini talep edebilir. İdare mahkemesine başvuran yabancı, sınırdışı etme kararını veren makama da idare mahkemesine yaptığı başvurusunu bildirir. İdare mahkemesine yapılan başvurular 15 gün içinde sonuçlandırılır. İdare mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Sınırdışı kararına karşı idare mahkemesinde dava açılması halinde sınırdışı kararının icrası bazı istisnai haller hariç kendiliğinden durmaktadır. Nitekim YUKK'un 53. maddesinin (2) ve (3). fıkraları uyarınca yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla; dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınırdışı edilmez. O halde yabancı kendi rızası ile Türkiye'yi terk etmesi halinde sınırdışı kararının icrasının kendiliğinden durmasına ilişkin bu kural

28 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/1968, K. 2016/652, T. 17.03.2016: Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (n 23) 135-139.

uygulanmaz. Ayrıca YUKK'un 54(1). maddesinin (b), (d) ve (k) bentleri uyarınca sınırdışı edilmesine karar verilen yabancılar açısından yürütmenin kendiliğinden durması söz konusu değildir²⁹. YUKK'un 54(1). maddesinin (b) bendinde terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar; (d) bendinde kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar; (k) bendinde uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenlerin sınırdışı edileceği; söz konusu yabancıların sınırdışı kararının iptali için dava açmaları halinde sınırdışı kararının yürütmesinin durmayacağı belirtilmiştir. YUKK'un 54(2). maddesi uyarınca (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen yabancılar uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi olsalar dahi haklarında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınırdışı etme kararı alınabilir. (b), (d) ve (k) bentleri kapsamına giren yabancıların Türkiye'den sınırdışı edilememesi halinde 12 ay süreyle idari gözetim³⁰ altında tutulmaları mümkündür. İdari gözetim süreleri sona erdikten sonra bu bentlerin kapsamına giren yabancılara insani ikamet izni de verilmeyecektir.

E. İnsani İkamet İzninin Uluslararası Koruma Başvurusunun Kabul Edilemez Olduğuna İlişkin Karara Karşı Yargı Yoluna Başvurulması Halinde Verilmesi

Hangi hallerde uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemez olduğu YUKK'un 72. maddede düzenlenmiştir. YUKK'un 72. maddesine göre, uluslararası koruma başvuru sahibi (1) farklı bir gerekçe öne sürmeksizin aynı başvuruyu yenilemişse, (2) kendi adına başvuru yapılmasına muvafakat verdikten sonra, başvurunun herhangi bir aşamasında haklı bir neden göstermeksizin veya başvurunun reddedilmesinin ardından farklı bir gerekçe öne sürmeksizin ayrı bir başvuru yapmışsa, (3) ilk iltica ülkesinden gelmişse, (4) güvenli üçüncü ülkeden gelmişse başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verilir. Başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karar, ilgiliye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. İlgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir.

Başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karara karşı, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından yetkili idare mahkemesine başvurulabilir. Başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin kararlara karşı idare mahkemesinde açılan davalar 15 gün içerisinde sonuçlandırılır.

29 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 5) 116.

30 İdari gözetim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014); Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 5) 119-128. Ayrıca insan hakları açısından idari gözetim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, "AIHM'in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AIHS'in 5. Maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi" (2012) 32/1 MHB 155-166; Nuray Ekşi, "AIHM'in Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye Davasında Sınırdışı ve İdari Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AIHS'in 3. ve 5. Maddelerini İhlal Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi" (2013) 131 LHD 93-107.

İdare mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. İtiraz veya yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgili kişinin ülkede kalışına izin verilir (YUKK md. 80; Yönetmelik md. 101). Uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karara karşı yargı yoluna başvurulması halinde –yabancıнын kendi rızası ve YUKK’un 54. maddesinin (b), (d) ve (k) bentleri saklı kalmak kaydıyla– yargılama bitinceye kadar yabancıya insani ikamet izni verilebilir.

F. İnsani İkamet İzninin Uluslararası Koruma Başvurusunun Geri Çekilmesi veya Geri Çekilmiş Sayılmasına İlişkin Karara Karşı Yargı Yoluna Başvurulması Sebebiyle Verilmesi

Uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması YUKK’un 77. maddesinde düzenlenmiştir. “Başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması” başlığını taşıyan bu maddeye göre, başvuru sahibinin (1) başvurusunu geri çektiğini yazılı olarak beyan etmesi, (2) mazeretsiz olarak mülakata üç defa üst üste gelmemesi, (3) idari gözetim altında bulunduğu yerden kaçması, (4) mazeretsiz olarak bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi, (5) belirlenen ikamet yerine gitmemesi veya ikamet yerini izinsiz terk etmesi, (6) kişisel verilerinin alınmasına karşı çıkması, (7) kayıt ve mülakattaki yükümlülüklerine uymaması hâllerinde başvurusu geri çekilmiş kabul edilerek değerlendirme durdurulur. Yabancıнын başvurusunu geri çekmiş sayılması kararına karşı idare mahkemesinde dava açması halinde insani ikamet izni verilebilir.

G. İnsani İkamet İzninin Uluslararası Koruma Başvuru Sahibinin İlk İltica Ülkesi veya Güvenli Üçüncü Ülkeye Geri Gönderilmesi İşlemlerinin Devamı Süresince Verilmesi

Yabancıнын ilk iltica ülkesinden (YUKK md. 73) veya güvenli üçüncü ülkeden gelmesi (YUKK md. 74) halinde, uluslararası koruma başvurusu reddedilir. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalışına izin verilebilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. Türkiye’de kalmasına izin verilen yabancıya insani ikamet izni verilebilir. Yabancıнын ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, uluslararası koruma başvurusuna ilişkin işlemler devam ettirilir (YUKK md. 73 ve md. 74/1).

H. Türkiye’ye Girişine ve Türkiye’de Kalmasına İzin Verilmesi Gereken Yabancılarına İnsani İkamet İzni Verilmesi

YUKK’un 46(1). maddesinin (e) bendi uyarınca acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye’ye girişine ve Türkiye’de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında insani ikamet izni verilebilir.

I. İnsani İkamet İzninin Olağanüstü Durumlarda Verilmesi

YUKK'un 46(1). maddesinin (f) bendinde yer alan "olağanüstü durumlarda" insani ikamet izninin düzenlemesi ifadesi açık değildir. Olağanüstü durumlarla ne kastedildiği hususunda Yönetmelikte de bir hüküm yoktur. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 18.6.2015 tarihli kararında YUKK'un 46(1). maddesinin (f) bendinde yer alan olağanüstü hal ibaresi değerlendirilmiştir. Karara konu olan olayda Filipin vatandaşı YUKK'un 46. maddesine istinaden insani ikamet izni başvurusu yapmış, ancak başvurusu reddedilmiştir. Filipin vatandaşı, 17.4.2013 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığını; bu süre öncesinde Türkiye'de ikamet iznine sahip olduğunu, ancak 22.5.2013 tarihinden itibaren gerekli başvuruları kaçırmış olması nedeniyle ülkesi Filipinlere gönderilme tehlikesi bulunduğunu; 2010 yılında Türk vatandaşı ile evlendiğini; Türk vatandaşı eşe refakatten 22.5.2013 tarihine kadar oturma izni aldığını, ancak eşi ile anlaşamadıklarından dolayı açılan davada Kocaeli 1. Aile Mahkemesi'nce boşanmalarına karar verildiğini; bu kararın kesinleştiğini, bu süreç boyunca ikamet izni almak için gerekli başvuruları kaçırdığını; ülkesine dönmesi halinde kendisi için telafisi imkansız zarar doğacağını; Türk örf, adet ve kültürüne alıştığından ülkesine dönmek istemediğini; Filipinlerde çok zor ekonomik şartlar altında yaşadığını ve ailesi tarafından baskı gördüğünü; YUKK'un 46(1). maddesinin (f) bendinde belirtildiği üzere "olağanüstü durum" içinde olduğunu; başvuru sırasında İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi tarafından yapılan değerlendirmelerin objektif olmadığını, keyfi değerlendirmeler yapıldığını; işlemin haksız ve yasal dayanaktan yoksun olduğunu belirterek insani ikamet izni talebinin reddine ilişkin kararın iptali için idare mahkemesinde dava açmıştır. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi, dava dilekçesinde davacının adresi belirtilmediğinden davanın usulden reddini istemiştir. Ayrıca Filipin vatandaşı hakkında İstanbul Yabancılar Şube Müdürlüğüne konulmuş V-77 (İl Yabancılar Şube Arıyor) tahdit kodunun bulunması, davacının 22.5.2013 tarihinden itibaren çıkış kaydının ve ikamet izninin bulunmaması, insani ikamet izni başvurusunda belirtilen iddiaları belgeleyememesi ve 6458 sayılı Kanunun 46. maddesindeki şartların sağlayamaması sebepleriyle insani ikamet izni başvurusunun reddine karar verildiği, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın esastan da reddi gerektiğini öne sürmüştür. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 18.6.2015 tarihli kararına göre:

"6458 sayılı Kanunun 46. maddesinden, maddede belirtilen şartların varlığı halinde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, İçişleri Bakanlığı'nın onayı alınmak ve en fazla birer yıllık sürelerle olmak kaydıyla, valiliklerce insani ikamet izni verilebileceği ve bu izinlerin uzatılabileceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık maddede sayılan şartların varlığının talep eden tarafından ispatlanması gerekmektedir. Somut olayda davacı vekili tarafından, müvekkilinin ülkesine dönmesi halinde çok zor ekonomik koşullar altında yaşayacağı, orada ailesi tarafından baskı göreceği, ülkesine dönmesi halinde kendisi için telafisi imkânsız sonuçlar doğuracağı iddia edilmekteyse de bu konuda somut bilgi ve belgenin dava dosyasına sunulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bir an davacının ülkesinde ekonomik olarak çok zor koşullar altında yaşayacağı kabul edilse dahi bu durumun tek başına insani ikamet izni almada

yeterli olmayacağı kanaatine varılmıştır. Öte taraftan davacı vekili tarafından ileri sürülen, müvekkilinin Türkiye'nin düzenine örf, adet ve kültürüne alıştığı, bu nedenle Türkiye'de kalmak istediği, insani ikamet izni verilmesi gerektiği iddiasına ise, 6458 sayılı Kanun'un 46. maddesinde bu türden bir ön şartın bulunmaması ve bu hususun da tek başına insani ikamet izni almada yeterli olmayacağı karşısında itibar edilmemiştir. Bu nedenle davacı tarafından insani ikamet izni verilmesini gerektiren somut bilgi ve belgelerin (çocuğun yüksek yararı, olağanüstü durum gibi) dava dosyasına sunulmadığı açık olup, insani ikamet izni başvurusunun reddine dair dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır³¹.”

IV. İnsani İkamet İznine İlişkin Esaslar ve İnsani İkamet İzninin Süresi

A. İnsani İkamet İznine İlişkin Esaslar

1. İnsani İkamet İzni Almayı Gerektiren Tahdidi Sebeplerden Birinin Varlığı

İnsani ikamet izinlerinde diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmaktadır. Bununla beraber insani ikamet izni herhangi bir yabancıya verilmemektedir. İnsani ikamet izni verilecek yabancılar, YUKK'un 46. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bu maddedeki sayım tahdidi olduğundan maddenin kapsamı dışında kalanlara insani ikamet izni verilemez. Kanaatimizce, diğer ikamet izni türlerinden birini almak için YUKK'da aranılan şartları yerine getiren yabancılara da YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerden birine girseler dahi insani ikamet izni verilmemelidir. Nitekim aşağıda incelenecek olan İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 6.1.2017 tarihli kararına konu olan olayda, kısa dönem ikamet izni alan, kısa dönem ikamet izni süresi dolmasına rağmen süresini uzatmayan Azerbaycan vatandaşı avukatı aracılığıyla insani ikamet izni başvurusunda bulunmuştur. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü, Azerbaycan vatandaşının ikamet ihlalinde bulunduğunu, buna ilişkin cezayı ve harçları ödememek için kısa dönemi ikamet izni yerine insani ikamet izni talebinde bulunduğunu, çocuğun üstün yararı ilkesinin somut olayda uygulanamayacağını belirterek insani ikamet izni talebini reddetmiştir. Yabancıların çocukları ile Türkiye'de bulunması, her durumda insani ikamet izni alması sonucunu doğurmaz. Örneğin, ekonomik sebeplerle Türkiye'de kalmak isteyen ve çocuğu olan yabancı bir anneye ve çocuğuna insani ikamet izni düzenlenmez. YUKK'un 46. maddesinde belirtilen “çocuğun yüksek yararı” esası her somut olayın özelliklerine göre yorumlanmalıdır.

2. İnsani İkamet İzni Başvuru Harcı

Yönetmeliğin 44(6). maddesi uyarınca insani ikamet izinleri 492 sayılı Harçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Harçlar Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un kapsamına giren hususlar arasında pasaport, ikamet tezkeresi, çalışma izni, çalışma izni muafiyeti, vize ve Dışişleri Bakanlığı tasdik harçları da sayılmıştır. Harçlar Kanunu'nun

31 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/121, K. 2015/1316, T. 18.6.2015.

88. maddesinden harçtan muaf tutulacak yabancılar tahdidi olarak sayılmıştır. Bu maddeye göre aşağıda yazılı yabancılara ikamet tezkeresi harçsız olarak verilir³²:

- a) Türk okullarında veya fakültelerinde okuyan öğrenciler,
- b) Münhasıran basın ve yayın kuruluşları için muhabirlik yapanlar,
- c) Devlet, il özel idareleri, belediyeler, iktisadi devlet teşekkülleri ve bunlara bağlı resmi müesseseler tarafından istihdam edilen profesör ve uzmanlarla, iş sahibi olmayan eşleri ve çocukları,
- d) Mali durumlarının bozuk olduğuna ikamet tezkeresi vermeye yetkili makamlarca kanaat getirilen yoksullar,
- e) Türk aslından olup Türk kültürüne bağlı ecnebi uyruklular,
- f) Uzun dönem ikamet izni bulunanlar,
- g) İnsan ticareti suçunun mağduru olanlar,
- h) Çalışma Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı'ndan çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alanlar,
- i) Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.

Pasaport, ikamet tezkeresi, çalışma izni, çalışma izni muafiyeti ve tasdik harçları peşin olarak alınır (Harçlar Kanunu md. 94). Harçlar Kanunu'nun 89. maddesine göre, pasaport, ikamet tezkeresi, çalışma izni, çalışma izni muafiyeti ve tasdik harçları, 6 sayılı tarifede yazılı işlemlerden, işlemin nevi ve mahiyetine göre maktu esas üzerinden alınır. O halde ikamet harçları maktudur ve hangi miktarda alınacağı Harçlar Kanunu'na ekli 6 sayılı tarife uyarınca belirlenecektir. Onsekiz yaşını bitirmemiş çocuklara verilecek ikamet tezkerelerinden esas harcın yarısı alınır (Harçlar Kanunu md. 91). Sürelerinin sona ermesi sebebiyle yenilenen ikamet tezkerelerinden, çalışma izinlerinden ve çalışma izni muafiyetlerinden tam; kaybolan ikamet tezkerelerinin, çalışma izinlerinin ve çalışma izni muafiyetlerinin yenilenmesi halinde yarı harç alınır (Harçlar Kanunu md. 90). Harçlar Kanunu'nun 93. maddesine göre, pasaport, ikamet tezkeresi, çalışma izni, çalışma izni muafiyeti, vize ve Dışişleri Bakanlığı tasdik harçları makbuz karşılığında veya basılı damga konulması suretiyle alınır. Dışişleri Bakanlığınca alınacak tasdik harçlarını karşılıklılık esasına göre bazı devletlerin vatandaşları hakkında artırmaya ve gerektiğinde esas miktarına indirmeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir (Harçlar Kanunu md. 92). İnsani ikamet izni şartlarının oluşması halinde daha önce ikamet süresinin ihlali nedeniyle hesaplanan harcın ödenmemesi insani ikamet izni verilmesine engel teşkil etmez. 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu eki tablo uyarınca ikamet izni için 72 TL değerli kağıt bedeli alınmaktadır. Ayrıca 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli 6 sayılı Tarife uyarınca ikamet tezkerelerinden alınan harç miktarları şöyledir:

³² Harçlar Kanunu'nun geçici 6. maddesine göre, EXPO 2016 Antalya Ajansı ya da EXPO 2016 Antalya resmi katılımcıları tarafından çalıştırılacak yabancı personel ile resmi katılımcıların temsilcileri, ekli (6) sayılı tarifede belirlenen vize, ikamet tezkeresi ve Dışişleri Bakanlığı tasdik ve süreli çalışma izin belgesi harçlarından muafır.

- (i) 1 aya kadar her gün için 17.20 TL (bu tutar ilk ay için tezkere başına 32.10 TL'den az 164.40 TL'den çok olamaz)
- (ii) 1 aydan sonraki her ay için 109.30 TL (ilk aydan sonraki aylara ait harcın hesabında ay kesitleri tam ay olarak dikkate alınır).
- (iii) Dışişleri Bakanlığı'nın tasdik harcı 266,60 TL.

B. İnsani İkamet İzninin Süresi

YUKK'un 46(1). maddesi ile Yönetmeliğin 27(1). maddesinin (d) bendi uyarınca insani ikamet izinleri, her defasında en fazla bir yıllık süreyle verilir. Her iki maddede insani ikamet izinlerinin süresine tavan süre sınırlama getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle insani ikamet izinleri bir yıldan fazla süreyle verilemez. Süresi biten insani ikamet izinleri uzatılabilir. Süre uzatımı en fazla bir yıl olabilir. İnsani ikamet izinleri, en fazla bir yıl süreyle verileceğinden sürenin birkaç ay veya birkaç gün olması da mümkündür.

C. İnsani İkamet İzninin Veriliş Tarihinden İtibaren Yirmi İşgünü İçinde Adres Kayıt Sistemine Kayıt Yaptırılması

YUKK'un 46(2). maddesi ile Yönetmeliğin 44(5). maddesine göre, insani ikamet izni alan yabancılar, iznin veriliş tarihinden itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak zorundadır.

V. İnsani İkamet İzninin Reddi, İptali ve Süresinin Uzatılmaması

A. İnsani İkamet İzninin Reddi

YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerden birine girmeyen yabancıların insani ikamet izinleri reddedilecektir. Azerbaycan vatandaşı olan davacı, İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne başvurarak, Türk vatandaşı ile evlilik dışı ilişkisinden iki çocuğunun bulunduğunu, çocuklarının babasının nüfusuna tanıma yoluyla kaydedildiğini, babalarının vefat ettiğini belirterek insani ikamet izni talep etmiştir. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü insani ikamet izni talebini reddetmiştir. Azerbaycan vatandaşının bu karara karşı İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne yaptığı itiraz da reddedilmiştir. Bunun üzerine Azerbaycan vatandaşı, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nde dava açarak çocuğun yüksek yararı ilkesi uyarınca tesis edilen her iki idari işlemin hukuka aykırı olduklarını öne sürmüş ve iptal edilmelerini talep etmiştir. İstanbul İl Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'ne verdiği savunmasında, davacının Türkiye'ye 15.4.2012 tarihinde giriş yaptığını, 13.11.2012 tarihine kadar kısa dönem ikamet izni bulunduğunu ve bu izni uzatmadığını; ikamet ihlalinde bulunduğunu, buna ilişkin ceza ve harçları ödememek için kısa dönemi ikamet izni yerine, insani ikamet iznini talebinde bulunduğunu; çocuğun üstün yararı

ilkesinin somut davada uygulanamayacağını; kaldık ki Azerbaycan vatandaşının çocuklarının üstün yararının da bulunmadığını; insani ikamet başvurusunun, 6458 sayılı Kanun'un 46. maddesinde sayılan şartları taşımadığını belirterek davanın reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, YUKK'un 46. maddesi uyarınca insani ikamet izni talebinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Müdürlüğü'ne bildirilmesi ve onayının alınması gerektiğini; bu bildirim yapılmaksızın insani ikamet izninin reddedilemeyeceğini belirterek insani ikamet izni talebinin reddine ilişkin İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün işleminin iptaline karar vermiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Azerbaycan vatandaşı olan davacının avukatı aracılığıyla, 24.08.2016 tarihli dilekçe ile İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne başvurarak, insani ikamet izni talebinde bulunduğu, İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün 28.09.2016 tarih ve 73303 sayılı ret kararı üzerine, davacının avukatı aracılığıyla işbu ret kararına karşı yapmış olduğu itirazın da 24.10.2016 tarih ve 80386 sayılı İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından reddi üzerine, davacı tarafından işbu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Dosyadaki bilgi ve belgeler incelendiğinde; davalı idarenin, davacının insani ikamet izin talebini reddettiğini davacıya bildirdiği, ancak davalı idarenin davacının bu talebini yukarıda anılı Yasa gereği ilgili Bakanlığa ilettiğine ve ilgili Bakanlığın dava konusu işleme onay olup olmadığına ilişkin bir beyanın ve belgelerin dosyada bulunmadığı anlaşıldığından davacının insani ikamet izin başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır³³.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 6.1.2017 tarihli kararında tespit edilen husus yani İçişleri Bakanlığı'nın onayının alınmaması şartının eksikliği doğru olmakla beraber bu onay verilirken yabancının kısa dönem ikamet izni şartlarını sağlaması halinde insani ikamet izni alamayacağını da dikkatten kaçırmamak gerekir. Asıl olan yabancılardan insani ikamet izni dışındaki diğer ikamet izni türlerinden birini almalarıdır. İnsani ikamet izni istisnaidir. Eğer yabancı YUKK'un 30. maddesinde sayılan diğer ikamet izinlerinden biri almak için gerekli şartları yerine getirmişse o zaman insani ikamet izni değil diğer ikamet izninin düzenlenmesi gerekir. Yabancıların ikamet izni bittiği halde süresini uzatmamak için başvurmaması yani ikamet izni ihlalinde bulunması halinde para cezası ödemesi gerekir. Bu cezayı ödemedi kural olarak ikamet izni alması veya süresini uzatması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası insani ikamet iznidir. Çünkü insani ikamet izni şartlarının oluşması halinde bu izin için başvuru yapılmadan önce ikamet süresinin ihlali nedeniyle hesaplanan harcın ödenmemesi insani ikamet izni verilmesine engel teşkil etmez. Uygulamada yabancıların, bu durumu kötüye kullandıkları görülmektedir. Nitekim somut olayda Azerbaycan vatandaşı kısa dönem ikamet izni almış; bu ikamet izninin süresi bittiği halde uzatmak için başvurmamış; ikamet izni ihlalden dolayı hakkında para cezası tahakkuk ettirilmiştir. Her somut olayda yabancının diğer ikamet izni türlerinden birini alıp alamayacağı değerlendirilmeli; eğer diğer ikamet izni türlerinden birini alamıyorsa o zaman YUKK'un 46. maddesinde sa-

33 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2016/2244, K. 2017/16, T. 06.01.2017: Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (n 23) 213-215.

yılan hallerden birine girmesi kaydıyla insani ikamet izni verilmelidir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, haklı olarak İçişleri Bakanlığı'nın onayının alınmaması sebebiyle İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün insani ikamet izni başvurusunun reddine ilişkin kararını bozmuştur. Ancak acaba Valilik İçişleri Bakanlığı'nın onayı için talepte bulunmuş ve onay verilmemiş olsaydı insani ikamet izni verilmesi gerektiği sonucuna varılabilir miydi hususunu da değerlendirmek gerekir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 27.6.2018 tarihli kararında insani ikamet izninin istisnai nitelikte olduğunu ve ancak YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerden birine istinaden verilebileceğini; bu hallerden birine girmeyen taleplerin reddine ilişkin işlemlerin hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Karara konu olan olayda Türkmenistan vatandaşı, insani ikamet izin talebinin İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından reddedildiğini, red kararının hiçbir dayanağının bulunmadığını, daha önce aynı durum ve koşullara sahip birçok yabancıya mobil araçlarla alınan başvurulara istinaden insani ikamet izni verildiğini, bu kişilerin sadece parmak izlerinin alınmasının yeterli görüldüğünü, bu doğrultuda eşitlik ilkesine aykırı hareket edildiği, insani ikamet verilmemesinin kayıtdışı ve kaçak yabancıların sayısını arttırarak kontrollerinin sağlanmasını zorlaştıracak, uzun yıllardır Türkiye'de olduğunu ve hayatının Türkiye'de kurulu olduğunu, Türkmenistan tarafından verilmiş eski pasaportunun bulunduğunu, bu eski tarz pasaportlarla başka bir ülkeye çıkarak tekrar yeniden giriş yapıp kısa dönem ikamet iznine başvurma imkânının bulunmadığını, ülkesi Türkmenistan'a ise daha önce yaşadığı olaylar, ülkesinin içinde bulunduğu şartlar ve karşılaşacağı sıkıntılar nedeniyle gidemeyeceğini, dolayısıyla statüsünü düzeltmek için ülkeden çıkış yapıp tekrar giriş yapamayacağını, insani ikamete başvurmaktan başka herhangi bir çaresinin bulunmadığı öne sürerek red işleminin iptalini talep etmiştir. Davalı İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü, Türkmenistan vatandaşının uzun yıllardır kaçak olarak Türkiye'de kaldığı, vize ihlalinde bulunduğu, Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra ve ilerleyen zamanlarda diğer ikamet izinlerine başvuru yapmadığı, insani ikamet izni verilmesi için mevzuatta belirtilen şartları da taşımadığı, insani ikamet istisnai bir ikamet çeşidi olup verilmesinin idarenin takdirinde olduğu, bu nedenle Türkmenistan vatandaşının talebinin reddine karar verildiği, işlemin hukuka uygun olduğu savunularak davanın reddine karar verilmesi istenilmiştir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 27.6.2018 tarihli kararına göre:

Dosyadaki tüm bilgi ve belgelere göre; Türkmenistan uyruklu davacının en son 14.12.2012 tarihinde ülkemize giriş yaptığı, son olarak 27.7.2012 tarihinde 184 gün süreli kısa dönem ikamet izni aldığı, ikamet izni süresinin sona erdikten sonra yasal bir sebebe dayanmaksızın Türkiye'de kalarak ikamet ihlalinde bulunduğu, Türkmenistan Devleti tarafından 2013 Eylül ayından itibaren eski tip Türkmenistan pasaportlarının kullanımdan kaldırıldığı, yeni biyometrik pasaportlara geçildiği, eski pasaportların ise sadece Türkmenistan dışında bulunan Türkmenistan uyruklu yabancıların ülkelerine dönebilme imkânı sağlamak için bir defaya mahsus kullanım imkanı sağlandığı belirtilerek ikamet izni talebinde bulunan Türkmenis-

tan vatandaşlarının pasaportlarının incelenerek eski tip pasaportları bulunan yabancılara ikamet izni düzenlenmemesi gerektiğinin ve gerekli önlemlerini alınmasının rica edildiği, Türkmenistan Devleti tarafından verilen bu bilgilendirmenin Dışişleri Bakanlığınca Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne iletildiği ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne de bu şekilde eski tarz pasaportları bulunan Türkmenistan vatandaşlarına ikamet izni verilmemesi gerektiğinin davalı idareye bildirildiği, her ne kadar davacının eski tip pasaportunun olması ve Türkmenistan Devletinin talebine istinaden Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne davacı ile aynı konumda olan Türkmenistan vatandaşlarına ikamet izni verilmemesi talimatı davacının insani ikamet izin talebinin reddine gerekçe olmasa da, yukarıda açıklandığı gibi 6458 sayılı Kanununun 46. maddesinde düzenlenen insani ikamet izninin istisnai bir ikamet türü olduğu, belirli şartlarda verilebileceği, insani ikamet izni verilmesinin valiliklerin takdirinde olduğu, davacının insani ikamet izin talebinde ileri sürdüğü hususların insani ikamet izni kapsamına girmediği, davacının bu hususta gerek idareye gerekse Mahkememize somut delil ibraz etmediği, davacının uzun süredir illegal olarak ülkemizde kaldığı, bu süre içinde ikamet izin talebinde bulunmadığı ve pasaportunu yenilemek için ülkesine gitmediği, ayrıca insani ikamet izni verilebilecek haller arasındaki (a) bendinde belirtilen ‘çocuğun yüksek yararı’ bulunduğu, davacının çocuk sahibi olduğuna ilişkin dosyaya hiçbir belgenin sunulmadığı, davacının durumunun (b) bendine ve diğer bentlerde sayılan hallere de girmediği anlaşıldığından; davacının insani ikamet izin talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır³⁴.

Daha önce ifade edildiği üzere bir yabancının YUKK’un 30. maddesinde sayılan ikamet izinlerinden birini alabilmesi için YUKK’da her bir ikamet izni için belirtilen şartların tamamını yerine getirmiş olması gerekmektedir. Oysa yabancının insani ikamet izni alması için YUKK’un 46. maddesinde sayılan hallerden herhangi birinin kapsamına girmesi yeterlidir. Söz konusu yabancı, başka bir şart aranmadan insani ikamet izni için başvurabilecektir. Hatta başvuru olmasa bile idare insani ikamet iznini resen düzenleyebilecektir. Diğer bir ifadeyle insani ikamet izni, YUKK’daki diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartların aranmasına gerek olmaksızın düzenlenebilir. Çünkü bu ikamet izni, temelde, acil durumlarda Türkiye’de kalmak zorunda olan kişilere yöneliktir³⁵. Ancak İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 27.6.2018 tarihli kararına konu olan olayda, Türkmenistan vatandaşı, insani ikamet iznini Türkiye’de yasadışı olarak kalışına bir kılıf olarak kullanmak istemiştir. Türkmenistan vatandaşı, YUKK’un 46. maddesinde sayılan hallerden hiç birine girmemektedir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 27.6.2018 tarihli kararında vardığı sonuç isabetlidir. İnsani ikamet izninin yabancıların yasadışı durumlarını yasal hale getirmek için kullanılmasına izin verilmemelidir. Zaten YUKK’un 46. maddesinde sayılan haller oldukça kapsamlıdır, bu haller istisnai nitelikte olup tahdididir. İnsani ikamet izninin bu haller gerçekleşse bile verilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi olmakla beraber idarenin bu halleri genişletme konusunda takdir yetkisi yoktur.

34 İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/114, K. 2018/1150, T. 27.6.2018.

35 Nimet Özbek Hadimoğlu, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasında İlişki” (2012) 102 TBB Dergisi 164 dn. 61.

B. İnsani İkamet İzininin İptali ve Uzatılmaması

1. İnsani İkamet İzininin İptali ve Uzatılmamasının Sebepleri

YUKK'un "ikamet izinlerinin uzatılması" başlığını taşıyan 24. maddesine göre, ikamet izinleri valiliklerce uzatılabilir. İkamet izni düzenlenmesi veya süresinin uzatılması işlemlerini il göç idaresi müdürlükleri yapmasına rağmen "valilik" denilmesinin sebebi il göç idarelerinin valiliğe bağlı olması ve yaptıkları işlemlerin valilik tarafından imzalanmasıdır. Uzatma başvuruları, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce valiliklere yapılır. İkamet iznini uzatma başvurusunda bulunanlara, harca tabi olmayan bir belge verilir. Bu yabancılar, ikamet izni süreleri sona ermiş olsa dahi haklarında karar verilmeye kadar bu belgeyle Türkiye'de ikamet edebilir. Uzatılan ikamet izinleri, yasal izin sürelerinin bitim tarihinden itibaren başlatılır. Uzatma başvuruları, valiliklerce sonuçlandırılır. O halde insani ikamet izinleri valilikler tarafından uzatılmaktadır. Fakat daha önce muhtelif vesilelerle ifade edildiği üzere insani ikamet izninin düzenlenmesi veya süresinin uzatılması, İçişleri Bakanlığı'ndan onay alınmasına bağlıdır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 44(2). maddesi uyarınca valilik, insani ikamet izinlerinin süresi içinde, bu izinlerin verilmesine dayanak teşkil eden şartların ortadan kalkıp kalkmadığını resen değerlendirerek İçişleri Bakanlığı'na bilgi verir. YUKK'un "insani ikamet izninin iptali veya uzatılmaması" başlığını taşıyan 47. maddesi ile Yönetmeliğin 44(2). maddesinde insani ikamet izninin İçişleri Bakanlığı'nın onayı alınmak kaydıyla, iznin verilmesini zorunlu kılan şartlar ortadan kalktığında valiliklerce iptal edileceği veya süresinin uzatılmayacağı ifade edilmiştir. Valilik, İçişleri Bakanlığı'nın onayı doğrultusunda insani ikamet izninin iptali veya süresinin uzatılmamasına ilişkin kararı, ikamet izni süresi bitmeden en geç on beş gün önce yabancıya bildirir.

2. İnsani İkamet İzininin Reddinin, İptalinin ve Süresinin Uzatılmamasının Sonuçları

İnsani ikamet izni iptal edilen veya süresi uzatılmayan yabancılar Türkiye'yi terke davet edilir. Eğer terk etmezlerse sınırdışı edilirler.

VI. İnsani İkamet İzininin Hüküm ve Sonuçları

A. Uzun Dönem İkamet İzni Hariç Diğer İkamet İzni Türlerinden Birini Almak İçin Başvuru Yapılabilmesi

YUKK'un 42(2). maddesi ile Yönetmeliğin 26(8). maddesi uyarınca, mülteci, sathlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insani ikamet izni sahiplerine

ve geçici koruma sağlananlara uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmaz. Yönetmeliğin 44(3). maddesi uyarınca insani ikamet iznine sahip olanlar, bu izinlerinin süresi içinde uzun dönem ikamet izni hariç olmak üzere, şartlarını taşıdıkları diğer ikamet izinlerinden birini almak için başvurabilirler. Ayrıca Yönetmeliğin 26(7). maddesi uyarınca insani ikamet izni veya insan ticareti mağduru ikamet iznine sahip olan yabancılar, öğrenci ikamet izni alabilme koşullarının ortaya çıkması halinde, öğrenci ikamet iznine geçmeden de bu iznin sağladığı haklardan yararlanabilirler.

B. İnsani İkamet İzni Sahibinin Eş ve Çocuklarının Aile İkamet İzni Alabilmesi

İnsani ikamet iznine sahip olan yabancıların eş ve çocukları, YUKK'un 34-37. maddelerindeki şartların yerine gelmesi kaydıyla kural olarak aile ikamet izni alabilir³⁶.

VII. İnsani İkamet İzni Sahiplerinin Yararlanamayacağı Haklar

A. Uzun Dönem İkamet İzni Verilmemesi

Yukarıda açıklandığı üzere insani ikamet izni sahipleri Türkiye'de kalış süreleri ne olursa olsun uzun dönem ikamet izni başvurusunda bulunamazlar (YUKK md. 42/2).

B. İnsani İkamet İzni ile Türkiye'de Geçirilen Sürelerin İkamet İzin Sürelerinin Toplamında Hesaba Katılmaması

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 44(4). maddesine göre, insani ikamet izni ile geçirilen süreler, YUKK'da öngörülen ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılmaz.

VIII. İnsani İkamet İzni Başvurusunun Reddi, Süresinin Uzatılmaması veya İptali İşlemlerine Karşı Açılacak Davalar

A. İnsani İkamet İzni Başvurusunun Reddi, Süresinin Uzatılmaması veya İptali Kararının Tebliği

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 44(7). maddesi uyarınca insani ikamet izninin iptali veya uzatılmaması kararı yabancıya ya da yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edilir. İnsani ikamet izninin iptali veya uzatılmamasına ilişkin tebligatın, ikamet izni süresi bitmeden en geç on beş gün önce yapılması gerekir. Ancak valilik tarafından bu süre içinde tebligatın yapılmaması, tebligatın bu süre geçtikten sonra yapılması, insani ikamet izninin iptali veya süresinin uzatılmaması kararının geçerliliğini etkilemez. YUKK'un "tebligat"

36 Doğa Elçin, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?" (2017) 17/30 TAAD 170.

başlığını taşıyan 100. maddesine göre, bu Kanuna ilişkin tebligat işlemleri, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır.

B. İdari İtiraz Yoluna Başvurulması

İYUK'un 11. maddesine göre, yabancı tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvuru, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. O halde insani ikamet izni veya süresinin uzatılması başvurusunun reddedilmesi veya insani ikamet izninin iptali halinde valilik il göç idaresi müdürlüğüne veya Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne itiraz edilebilir.

C. İdari Yargı Yoluna Başvurulması

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İkamet izni taleplerinin reddi, süresinin uzatılmaması veya ikamet izinlerinin iptal edilmesi işlemleri valilikler tarafından yapıldığından birer idari işlemdir. Bu nedenle söz konusu işlemlerin iptali davalarına bakmaya idari yargı görevlidir. İYUK'un "idari davalarda genel yetki" başlığını taşıyan 32. maddesine göre, göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir. İdare mahkemelerinin yetkisi kamu düzenindedir. Bu nedenle idare mahkemeleri yetkili olup olmadıklarını resen incelerler. O halde insani ikamet izni başvurusunu veya süresinin uzatılması talebini reddeden veya insani ikamet iznini iptal eden valilik kararına karşı valiliğin bulunduğu ildeki idare mahkemesinde dava açılacaktır. İYUK'un 43. maddesi uyarınca idare mahkemeleri, idari yargının görev alanına giren bir davada görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verirlerse dosyayı Danıştay'a veya görevli ve yetkili idare mahkemesine gönderirler. Görevsizlik sebebiyle gönderilen dosyalarda Danıştay, davayı görevi içinde görmezse dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir. Görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini görevsiz veya yetkisiz gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince, aksi halde Danıştay tarafından çözümlenir. Görev ve yetki uyuşmazlıklarında Danıştay ve bölge idare mahkemesince verilen kararlar ilgili mahkemelere bildirilir ve bu husus taraflara tebliğ olunur. Danıştay ve bölge idare mahkemesince görev ve yetki uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararlar kesindir. Görevli ve yetkili kılınan mahkemede yeniden dava açılması halinde harç alınmaz.

YUKK'un "yetkili idare mahkemeleri" başlıklı 101. maddesine göre, bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin olarak idari yargıya başvurulması hâlinde, bir yerde birden fazla idare mahkemesinin bulunması halinde bu davaların hangi idare mahkemesinde görüleceği Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu, yabancılar ve uluslararası koruma davalarının 1. idare mahkemelerinde görülmesini karara bağlamıştır.

2. Dava Açma Süresi

İYUK'un 7. maddesine göre, dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Bu süreler, idari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlar. YUKK'da idare mahkemelerinde dava açma süreleri sınırdışı kararlarına karşı açılacak iptal davaları açısından 53(3). maddede özel olarak düzenlenmiş ve iptal davasının 15 gün içinde açılması öngörülmüştür. Buna karşın sınırdışı edilecek yabancıların idari gözetim altına alınması 57(6). maddede ve uluslararası koruma başvurusu yapan yabancıların idari gözetim altına alınması kararlarına karşı sulh ceza hakimliklerine başvuru açısından 68(7). maddede süre öngörülmemiştir. YUKK'da dava açma süresi öngören diğer bir madde 80. maddedir. Bu maddedeki süre ise uluslararası koruma kararlarına karşı açılacak davalarda uygulanacaktır. O halde YUKK'da insani ikamet de dahil ikamet izinlerine ilişkin idari işlemlere karşı dava açma süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle bu konularda idare mahkemelerinde açılacak davalarda süre İYUK'un 7. maddesine göre tayin edilecektir ve bu madde uyarınca dava açma süresi 60 gündür.

3. Dava Açılmasının Kararın İcrasına Etkisi

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 95(2). maddesine göre, YUKK'un 72. maddesinde düzenlenen kabul edilemez başvuru ve 77. maddesinde düzenlenen uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulduğunda insani ikamet izni verilebilir. Ayrıca YUKK'un 80(1). maddesinin (e) bendine göre, uluslararası korumaya ilişkin kararlara karşı itiraz veya yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgili kişinin ülkede kalışına izin verilir. Ancak YUKK'un 54. maddesinin (2). fıkrasında, buna bir istisna getirilmiş ve 54(1). maddenin (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınırdışı etme kararının alınabileceği ifade edilmiştir.

İdare mahkemelerinde dava açılması halinde idari işlemin yürütmesinin durup durmayacağı konusunda YUKK'da üç ayrı hüküm vardır. Birincisi sınırdışı kararının

iptali için idare mahkemesinde dava açılması halinde yabancının rızası, 54. maddenin (1). fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile 54. maddenin (2). fıkrası hariç, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınırdışı edilmeyeceğine ilişkin YUKK'un 53(3). maddesidir. İkincisi sınırdışı edilmesine karar verilmesi sebebiyle idari gözetim altına alınan yabancının veya yasal temsilcisi ya da avukatının, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine yaptığı başvurunun idari gözetimi durdurmayacağına ilişkin YUKK'un 57(6). maddesidir. Üçüncüsü ise uluslararası koruma başvurusu yapan ve idari gözetim altına alınan yabancının idari gözetim kararının kaldırılması için sulh ceza hâkimine yaptığı başvurunun idari gözetimi durdurmayacağına ilişkin YUKK'un 68(7). maddesidir.

O halde insani ikamet izni de dahil ikamet izni taleplerinin reddi, sürelerinin uzatılmaması veya söz konusu izinlerin iptal edilmesi halinde idare mahkemelerinde dava açılması halinde yürütmenin durup durmayacağı hususunda YUKK'da özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bu konuda İYUK hükümleri uygulanacaktır. İYUK'un 27. maddesi uyarınca idare mahkemelerinde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. İdare mahkemeleri, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir. Yürütmenin durdurulması kararları teminat karşılığında verilir; ancak, durumun gereklerine göre teminat aranmayabilir. İdareden yardım alan veya adli yardımdan faydalanan kimselerden teminat alınmaz. Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare mahkemeleri kararlarına karşı bölge idare mahkemesine kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Yürütmenin durdurulması kararı verilen dava dosyaları öncelikle incelenir ve karara bağlanır. Yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararlar

15 gün içinde yazılır ve imzalanır. Aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz.

4. İdare Mahkemesi Kararlarına Karşı KanunYolları

a. İstinaf Yolu. İYUK'un 45. maddesinde istinaf kanunYolu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre idare mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörölmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. İstinaf, temyiz-in şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanunYolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağılı kalınmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu halde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması halinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulursa istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz.

b. Temyiz Yoluna Başvurulamaması. Bölge idare mahkemelerinin hangi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği İYUK'un 46. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bölge idare mahkemelerinin İYUK'un 46. maddesinde sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, Danıştay'da, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde temyiz edilebilir. Ancak insani ikamet izni talebinin reddedilmesi, süresinin uzatılmaması veya iptali, İYUK'un 46. maddesinde sayılan hususlardan hiç birine girmemektedir. Dolayısıyla ikamet izinlerine ve bu bağlamda insani ikamet izinlerine ilişkin olarak idare mahkemeleri tarafından verilen kararlar bölge idare mahkemelerine istinaf edilebilir. Bölge idare mahkemelerinin bu konuda vereceği kararlar kesindir ve bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz³⁷.

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi" (2015) 1/1 Göç Araştırmaları Dergisi 12-44.

D. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Bireysel başvuruya ilişkin esaslar Anayasa'nın 148 ve 149. maddeleri ile geçici 18. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un³⁸ 45-51. maddeleri ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün³⁹ 59-84. maddeleri bireysel başvuruya ilişkindir. Anayasa'nın 148(1). maddesinde, bireysel başvuruları karara bağlamak, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 148(4). maddesine göre, bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Diğer bir ifadeyle, bireysel başvuru yapılabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde, hangi hakların bireysel başvuruya konu olabileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir⁴⁰. Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir. Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında "herkes" denildiğinden, başvuru yapacak kişinin Türk vatandaşı veya yabancı olması hatta vatansız olması mümkündür. Bireysel başvuru açısından mütakabiliyet şartı aranmamıştır⁴¹. Ancak yabancılar, kendilerine tanınan haklarla sınırlı olarak bireysel başvuru yapabilirler. Sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklara örneğin, seçme ve seçilme hakkına istinaden yabancıların bireysel başvuru yapmaları mümkün değildir⁴².

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün ekinde yer alan başvuru formu kullanılarak yapılır (İçtüzük md. 59/1). Başvurular, Mahkemeye şahsen yapılabileceği gibi diğer mahkemeler ya da yurtdışı temsilciliklerimiz vasıtasıyla da yapılabilir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak olan bireysel başvurular harca tabidir (İçtüzük md. 62-63). Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılması gerekir. Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde ve

38 RG 3.4.2011/27894.

39 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, RG 12.7.2012/28351.

40 Nuray Ekşi, Mahkeme Kararlarında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Konferansı in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (eds), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 27.

41 Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, *66 Soruda Bireysel Başvuru* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015) 8.

42 İnsan Hakları Alanında Bireysel Başvuru Usulleri, İngiltere Büyükelçiliği Projeler Bölümü Avrupa Birliği Bakanlığı Tarafından Yürütülen İnsan Hakları Alanında Bireysel Başvuru Usullerinin Tanıtılması Projesi El Kitabı (Kitapta basım yeri ve yılı belirtilmemiştir) 33; Ekinci, Sağlam (n 41) 8.

mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir (İçtüzük md. 64). Bireysel Başvuru Bürosu tarafından kaydı yapıp numara verilen başvuruların dağıtımı, Bölümler ve Komisyonlar arasında otomatik olarak yapılmaktadır (İçtüzük md. 67).

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.

O halde insani ikamet izninin reddedilmesinin, süresinin uzatılmamasının veya iptalinin AİHS ve Türkiye'nin onayladığı protokolleri ile Anayasa'nın ortak koruma alanına giren bir hak ihlali teşkil edeceği hallerin belirlenmesi gerekir. Non-refoulement kapsamına girdiği halde bir yabancı'nın insani ikamet izni talebi reddedilerek Türkiye'den sınır dışı edilmesi AİHS'in 2. maddesiyle (Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasıyla) güvence altına alınan yaşama hakkı ile 3. maddesiyle (Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla) güvence altına alınan işkence yasağı kapsamında değerlendirilerek, iç hukuk yolları tüketildikten sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir. Ayrıca insani ikamet izninin reddedilmesi, süresinin uzatılmaması veya iptali sonucunda Türkiye'yi terk etmesi gereken yabancı'nın Türkiye'de ailesi varsa, aile ve özel hayata saygıya ilişkin AİHS'in 8. maddesine (Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasına) istinaden iç hukuk yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir. Fakat insani ikamet izninin reddi, süresinin uzatılmaması veya iptali işlemlerine karşı idare mahkemesi ve ardından bölge idare mahkemelerine yaptığı başvurularda AİHS'in 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürerek bireysel başvuru yapamaz. Çünkü AİHS'in 6. maddesi idari yargı alanında uygulanmamaktadır⁴³.

E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurudan sonuç alınmaması üzerine yabancı, AİHM'e başvurabilir. Ancak yabancı; insani ikamet izninin reddi, süresinin uzatılmaması veya iptali işlemleriyle AİHS ve ek protokolleriyle güvence altına alınan bir hakkının ihlal edilmesi kaydıyla AİHM'e başvurabilir. Daha önce ifade edildiği üzere yabancı'nın AİHS'in 2., 3. ve 8. maddelerine dayanması mümkündür.

AİHS'de insani ikamet bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bununla beraber AİHM, insani ikamet izni talebinin reddedilmesi ile AİHS'in bazı maddeleri arasında bağ-

43 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu" (2009) 29/1-2 MHB 121-141; Ekşi, *Mahkeme Kararlarında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (n 40) 45-48.

lantı kurmuştur. Nitekim AİHM, *Ejimson v. Germany* davasında⁴⁴ insani ikamet izni verilmemesinin AİHS'in 3. ve 8. maddelerinin ihlali sonucu doğurup doğurmadığını ve bu bağlamda çocuğun üstün yararı ve aile hayatına saygı ilkeleri ile insani ikamet arasındaki bağlantıyı değerlendirmiştir. Karara konu olan olayda farklı kimlik belgeleriyle Almanya'da iltica başvurusu yapan Nijerya vatandaşı, başvurusunun reddedilmesi üzerine birlikte yaşadığı Alman vatandaşı ile İtalya'ya ve daha sonra İspanya'ya gitmiş; aşçı ve garson olarak muhtelif restoranlarda çalışmıştır. Birlikte yaşadığı eşinden olan Alman vatandaşı kızıyla beraber tekrar Almanya'ya gelmiş; bir süre kızının annesi ve kızıyla birlikte yaşamış ve Münih Eyaleti ailevi bağları sebebiyle Nijerya vatandaşına ikamet izni vermiştir. Narkotik ile ilgili bir suçtan dolayı tutuklanmış; Münih Eyalet Mahkemesince 8 yıl hapse mahkûm edilmiştir. Hapisten çıktıktan sonra artık eşi ve kızıyla birlikte yaşamamaktadır. Ancak kızını ziyaret etmektedir. Pasaportu olmadığından sınırdışı edilememiş ve kendisine Alman İkamet Kanunu'nun (Yabancıların İkameti, Ekonomik Faaliyetleri ve Entegrasyonuna İlişkin Kanunu'nun) 60a maddesine istinaden istisnai kalma izni (Duldung) verilmiştir. Alman İkamet Kanunu'nun 60a maddesi, "sınırdışı kararının geçici olarak askıya alınması" (temporary suspension of deportation) başlığını taşımaktadır. Yönetici asistanı eğitimlerine katılmış, eğitimde başarılı olmasına rağmen çalışma izni alamamıştır. Hapisten çıktıktan sonra üç ayrı suçtan dolayı para cezasına mahkûm edilmiştir. Münih Eyaleti, 2004 Alman İkamet Kanunu'nun 53. maddesinde üç yıldan fazla süreyle hapse mahkûm olanların kesin olarak sınırdışı edilmesi öngörüldüğünden ikamet iznini yenilememiş; Nijerya'ya sınırdışı edilmesine karar verilmiş; kızıyla olan ilişkisinin zayıf olması sebebiyle sınırdışının AİHS'in 8. maddesine aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Ancak Münih idare mahkemesi bu kararı iptal etmiş; karar istinaf mahkemesince bozulmuş; fakat istinaf kararı temyiz aşamasında bozulmuştur. Federal İdare mahkemesi, Nijerya vatandaşının pasaportunun olmaması sebebiyle insani sebeplerle de ikamet izni alamayacağını ifade etmiştir. Nijerya vatandaşı, AİHS'in 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hükmüne istinaden Alman Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. Nijerya vatandaşı AİHM'e başvurmuştur. Münih göç idaresi, Nijerya vatandaşının pasaport alması için Nijerya konsolosluğuna gitmesine karar vermiş; Nijerya vatandaşı bu karara uymayı reddetmiş; karara karşı Münih idare mahkemesine başvurmuştur. Bu esnada Nijerya vatandaşı ile Alman göç idaresi arasında anlaşma yapılmış; bu anlaşmada Almanya'ya giriş yasağının ikibuçuk yıl ile sınırlı olacağı; daha sonra Alman makamlarının ülkeye girişi için Nijerya vatandaşına ailevi sebeplerle vize vereceği; çocuğu üzerinde velayet hakkı olduğu sürece ikamet iznini verecekleri ve velayet hakkının sona ermesinden sonra da Alman göç idaresinin ikamet izni hususunu Nijerya vatandaşı lehine değerlendireceği; bu şartların Nijerya vatandaşının Almanya'da suç işlememesi halinde geçerli olacağı kararlaştırılmıştır.

44 *Ejimson v. Germany* App no 58681/12 (AİHM, 1 Mart 2018)

Bunun üzerine Nijerya vatandaşı idare mahkemesine yaptığı başvuruyu geri çekmiştir. Nijerya konsolosluğu, AİHM'deki dava süresince pasaport vermeyeceğini belirtmiş; Nijerya vatandaşı anlaşmaya rağmen Almanya'yı terk etmeyeceğini belirtmiştir. 2004 Alman İkamet Kanunu'nun 25§5. maddesine göre, hakkında icra edilebilir bir sınır dışı kararı olan yabancı maddi veya hukuki sebeplerle sınır dışı edilemese ve yakın bir zaman içinde sınır dışı kararının icra edilemeyeceği belli ise veya sınır dışı kararı 18 ay süreyle ertelenmişse kendisine insani ikamet izni verilir. Ancak bu ikamet izninin verilmesi, kural olarak yabancıнын geçerli pasaportunun olmasına bağlıdır. Eğer geçerli pasaportu yoksa aile ikamet izni alamaz ancak idarenin takdirine bağlı olarak insani ikamet izni alabilir. AİHS'in 8. maddesi uyarınca ailevi bağlarının olması veya gönderileceği ülkedeki koşullar, sınır dışı kararının icrasını engelleyen hususlar arasında yer almaktadır. Alman İkamet Kanunu'nda insani ikamet izninin süresi öngörülmemiş olduğundan her somut olaya göre bir gün veya bir yıldan fazla süreyle düzenlenebiliyordu. İnsani ikamet izni, sınır dışı kararını sonlandırmaz, bu izne sahip yabancı istediği anda Almanya'yı terk edebilir. Verilmesine neden olan şartlar ortadan kalktığında derhal iptal edilebilir. AİHM, AİHS'in 8. maddesinin, yabancıнын ülkeye girme veya ülkede kalma hakkını güvence altına almadığını veya devletin yabancıya ikamet izni verme veya özel bir ikamet izni düzenleme yükümlülüğünü öngörmediğini; Nijerya vatandaşının uyuşturucu suçundan mahkûm olması sebebiyle sınır dışı edildiğini; pasaportu olmaması sebebiyle sınır dışı kararının icra edilemediğini; Nijerya vatandaşının 11 yaşında olan kızının velayetinin Alman anne de olduğunu; kızını Nijerya'ya götürme durumunun olmadığını; ancak Nijerya'ya sınır dışı edilirse telefon veya diğer elektronik yollarla kızıyla görüşebileceğini; Alman göç idaresinin Nijerya'ya sınır dışı edildikten sonra senede iki defa dört hafta süreyle kızını görmesi için Almanya'ya girişine izin verileceğini; Almanya'ya giriş yasağının daimi değil 5 yıl süreyle sınırlı olduğunu belirterek AİHS'in 8. maddesine istinaden yapılan başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, *S.M.H. v. the Netherlands* davasında da benzer bir tutum sergilemiştir. Somali vatandaşı *SMH*, İtalya'ya giderek iltica talep etmiş; iltica talebi kaydedildikten sonra semti meçhule gitmesi sebebiyle iltica talebi reddedilmiştir. Somali vatandaşı diğer bir AB üyesi ülkeden ilk iltica ülkesi olan İtalya'ya gönderilmiştir. İtalya'yı terk etmesi istenilmiş; bir sivil toplum kuruluşu tarafından kendisine barınma imkânı sağlanmış; ülkeyi terk etmesi kararına uymamış; yeniden yaptığı iltica talebi 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda yer alan tanım kapsamına girmediğinden tekrar reddedilmiştir. Bununla beraber kendisine insani sebeplerle ikamet izni verilmiştir. Daha sonra insani sebeplerle verilen ikamet izninin süresi bir yıl daha uzatılmıştır. *SMH*, Hollanda'ya giderek iltica talep etmiş; kız kardeşinin Hollanda'da yaşadığını ve kendisinin hamile olduğunu ifade etmiştir. Eurodoc'tan parmak izi kontrol edilmiş ve İtalya'da iltica talep ettiğinin anlaşılması üzerine ilk iltica ülkesi olan İtalya'ya gönderilmesine karar verilmiştir. Doğum yapmıştır. Kararın iptali için açtığı dava

reddedilmiş; yeniden yaptığı iltica talebi de Hollanda makamlarınca reddedilmiştir. İkinci defa hamile kalmıştır. Hamileliği süresince İtalya'ya geri gönderilmesi ertelenmiş ancak daha sonra çocuklarıyla birlikte İtalya'ya gönderilmesine karar verilmiştir. Üçüncü defa hamile kalması üzerine İtalya'ya gönderilmesi ertelenmiştir. İtalya'ya gönderilmesi halinde yalnız anne olarak kendisinin ve çocuklarına geri gönderme merkezinde maruz kalacağı muamelenin ve tıbbi bakımın insan onuruyla bağdaşmaması sebebiyle AİHS'in 3. maddesine aykırı olacağını belirterek AİHM'e başvurmuştur. AİHM, İtalya'nın Somali vatandaşı anneyi ve çocuklarını, ailelerin kalacağı ve şartları iyi olan bir geri gönderme merkezine yerleştireceğini dikkate alarak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁴⁵. O halde AİHM, insani sebeplerle Hollanda'da ikamet izni alan ve bu izni muhtelif defalar uzatılan Somali vatandaşının İtalya'da barınacağı yerin çocuklarıyla birlikte kalmasına uygun olması sebebiyle Hollanda tarafından insani sebeplerle verilen ikamet izninin uzatılmamasını ve çocuklarıyla birlikte ilk iltica ülkesi olan İtalya'ya geri gönderilmesini AİHS'in 3. maddesine aykırı bulmamıştır.

Sonuç

İnsani ikamet izni, istisnai niteliktedir ve ancak YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerde düzenlenebilir. YUKK'un 46. maddesindeki sayım tahdidi olduğundan söz konusu hallerin uygulamayla veya hizmet içi genelgelerle genişletilmesi veya bunlara yenilerinin eklenmesi mümkün değildir. YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerin değerlendirilmesi ve yorumlanmasında idarenin takdir yetkisi vardır. Eğer idare yorum ve değerlendirmelerini geniş tutarsa, insani ikamet izni amacı dışında kullanılmış olacaktır. Diğer bir ifadeyle, insani ikamet izninin YUKK'un 46. maddesinde sayılan hallerden biri gerçekleşse bile verilip verilmemesi konusunda idarenin takdir yetkisi olmakla beraber idarenin 46. maddede sayılan halleri genişletme konusunda takdir yetkisi yoktur.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Nisan 2018 tarihine kadar 56.000 insani ikamet izni düzenlenmiştir. Rakamın yüksekliği insani ikamet izinlerinin idare tarafından başka amaçlarla özellikle yasadışı göçün yasal hale getirilmesi için kullanıldığını göstermektedir. İnsani ikamet izinlerinin verilmesinde ırk, din dil, renk ve cinsiyet ayrımı yapılamaz. Bununla beraber uygulamada insani ikamet iznine yönlendirilen belirli uyruklar vardır. Iraklı Türkmenler örneğinde olduğu gibi bazı grupların Türkiye'deki yasadışı kalışlarına çare olarak insani ikamet izni düzenlenmekte, böylece söz konusu grupların yasadışı durumları insani ikamet izni verilerek yasal hale getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle yasadışı olarak Türkiye'de kalanları kayıt altına almak için başvurulacak yollardan biri insani ikamet izinleridir. Ancak bu yolun sağlıklı ve ülke güvenliği açısından doğru bir yol olduğunu söylemek mümkün değildir. İnsani

45 S.M.H. v. The Netherlands App no 5868/13 (AİHM, 17 Mayıs 2016)

ikamet izinleri düzenlenmeden önce başvurular İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne gönderilmekte ve başvuru yapan yabancılar hakkında Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından tahkikat yapılmaktadır. Irak, Afganistan, Pakistan, Suriye, Filistin ve Afrika ülkeleri başta olmak üzere siyasi ve idari açıdan otorite boşluklarının olduğu ülkelerden gelenlere yönelik düzgün tahkikat yapılması olanaklı değildir. Türkiye'nin içinde bulunduğu güvenlik sorunları sebebiyle insani ikamet izinlerinin YUKK'un 46. maddesinde sayılan haller dışında verilmemesi ve bu hükme sadık kalınması gerekmektedir. Unutmamak gerekir ki, insani ikamet izinlerin düzenlenmesinde idarenin takdir yetkisi olmakla beraber YUKK'un 46. maddesinde sayılan sebepleri genişletme noktasında idarenin takdir yetkisi yoktur.

Kaynakça / References

- Açıkgöz M, Ariner OH, “Turkey’s New Law on Foreigners and International Protection: An Introduction” (2014) Briefing Paper 2 University of Oxford Turkish Migration Studies Group (TurkMiS) https://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/Publications/Briefings/TurkMiS/Brief_2_Ariner_Acikgoz_2014.pdf> accessed 26 August 2018.
- Çelikel A, Öztekin Gelgel G *Yabancılar Hukuku* (23. Bası, Beta 2017)
- Doğan V., *Yabancılar Hukuku* (Savaş 2017)
- Ekinci H., Sağlam M., *66 Soruda Bireysel Başvuru* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015)
- Ekşi N, *The New Turkish Law on Foreigners and International Protection: An Overall Assessment* (Schriften zum Migrationsrecht 17, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014).
- , *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Bası, Beta 2018)
- , *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları* (4. Bası, Beta 2018)
- , *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014)
- , “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu” (2009) 1-2 MHB 121-141
- , “AİHM’in Sığınma Talebi Reddedilen İran Vatandaşının Sınırdışı İşlemleri Tamamlanıncaya Kadar İdari Gözetim Altında Tutulmasını AİHS’in 5. Maddesinin İhlali Sayan 11.12.2012 Tarihli Kararının Türkçe Tercümesi” (2012) 32/1 MHB 155-166.
- , “AİHM’in *Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Sınırdışı ve İdari Gözetim İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3. ve 5. Maddelerini İhlâl Ettiğine Dair 3.12.2013 Tarihli Kararının Tercümesi” (2013) 131 LHD 93-107.
- *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi* (Seçkin 2015) 33-49.
- , “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi” (2015) 1/1 Göç Araştırmaları Dergisi 12-44.

- Mahkeme Kararlarında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Konferansı in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eskişehir 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar* (Yetkin 2016) 27-49.
- Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, in Prof. Dr. Nuray Ekşi (ed), *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi ve İngiliz Büyükelçiliği, 2018) 8.
- Elçin D., “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?” (2017) 17/30 TAAD 117-198.
- Erten R., “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2015) 19/1 GÜHFD 3 - 51
- Koçoğlu G., Çocuk Koruma Açısından Uluslar Arası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar in Prof. Dr. Nuray Ekşi (ed), *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (2018) 29 ve 35.
- Özbek Hadimoğlu N., “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasında İlişki” (2012) 102 TBB Dergisi 149-172

ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar

İlyas Gölcüklü*

Öz

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları veya çok taraflı uluslararası sözleşmelerle sağlanmaktadır. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda genel kabul görmüş olan 14 Ekim 1966 tarihli ICSID Sözleşmesi, bu alanda günümüzün en önemli düzenlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Günümüz itibarıyla 159 ülke bu Sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Sözleşmesi 151 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. ICSID Sözleşmesi'nin pek çok ülkede kabul görmesi ve sıklıkla uygulanması, beraberinde uygulamaya dönük bazı tartışmaları da getirmiştir. Yetkiden kaynaklanan sorunlar bu tartışmaların başında gelmektedir. Bu çalışmamızda ICSID tahkiminin devlet veya yatırımcı tarafından sıklıkla kullanılmasıyla, günümüzde ICSID yetkisi konusunda beliren başlıca problemleri ele alacağız.

Anahtar Kelimeler

Yetki • ICSID • Yatırım • Çok vatandaşlık • Şemsiye klorlar, ICSID ek mekanizma kuralları, Tüzel kişinin vatandaşlığı

“Analysis of Some Problems Arising from ICSID’s Jurisdiction”

Abstract

In international investment law, both the investments and the rights of investors are usually protected by either Bilateral Investment Treaties or Multilateral International Treaties. As a multilateral international treaty protecting investors and their rights, The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention has become widely recognized and applied by states and investors for the settlement of investment claims. The ICSID Convention is a treaty signed on October 14, 1966, by 159 signatory states and later ratified by 151 state parties. Its frequent application and wide acceptance, however, has given rise to a number of serious issues for both courts and practitioners, specifically the controversial issue of jurisdiction. In this article, some of the major problems arising from the application of the ICSID jurisdiction provisions are discussed and analyzed.

Keywords

Jurisdiction • ICSID • Investment • Multiple citizenship • Umbrella clauses • ICSID additional facility rules • Citizenship of legal entities

* Sorumlu Yazar: İlyas Gölcüklü (Dr. Öğr. Üyesi/Asst. Prof.), Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye. Eposta: ilyas.golcuklu@altinbas.edu.tr

Atf: İlyas Gölcüklü, “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, (2018) 38 PPIL 285, 309 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0151>

Extended Summary

In international investment law, the investments and rights of investors are usually protected by either bilateral investment treaties (BITs) or multilateral international treaties (MITs). As a multilateral international treaty protecting investors and their rights, the ICSID Convention has become widely recognized and applied by states and investors for purposes of settling investment claims. The ICSID is a treaty signed on October 14, 1966, by 159 countries and ratified to date by 151 states. Its frequent application and wide acceptance, however, have given rise to a number of serious issues for both courts and practitioners, specifically the controversial issue of ICSID's jurisdiction. In this article, some of the major problems arising from the application of ICSID's jurisdiction provisions are discussed and analyzed.

This paper will focus on recent cases and problems encountered in practice in its exploration of the issues of consent of parties and withdrawal of the consent; denunciation of the ICSID Convention by state parties and its effects on investments; determination of investor citizenship for investment purposes, particularly when multiple nationalities are involved; and delineating the precise scope of "investment" and ICSID's jurisdiction under the Additional Facility Rules. While the aforementioned issues are nothing new in the field of international investments, they have assumed a much greater role in ICSID arbitration.

Consent of parties and withdrawal of the consent are very important concepts because ICSID jurisdiction on an investor–state dispute settlement case is contingent on consent to arbitration by both parties. Determination of the presence of bilateral consent can be problematic when the home state party fails to provide an explicit declaration of its consent during the ratification process and when the concerned BIT does not refer to ICSID's jurisdiction. This article therefore suggests that the autonomy of the parties who are involved in explicitly or implicitly deciding on the issue of jurisdiction should be considered. Another important issue is the suitability of umbrella clauses that are designed to facilitate the elevation of contractual claims to investment claims, with the latter being protected by the ICSID regime. A party's desire to withdraw its consent to arbitration by the ICSID can be a contentious issue when the arbitration process has already proceeded far, particularly when considering the need to uphold the rights and duties of both parties.

A situation that is more problematic arises when a state party denounces the ICSID. This would deeply impact investors with long-term projects in the state party. In the article, most recent cases of vilification of the ICSID are analyzed in light of Article 71 of the said Convention, citing Bolivia, Republic of Ecuador, and Venezuela as major examples. Herein, survival clauses provide investors with a limited guarantee by protecting investments for a certain period of time even after

unexpected denunciations by state parties.

Determining the citizenship of investors, particularly in cases of multiple nationalities, is another major problem in ICSID arbitration practice as it also plays a role in allowing BITs to serve as the basis for ICSID's jurisdiction. Because an investor needs to be a citizen of a state *party*, ascertaining the nationality of investors in real and legal terms is crucial. This article also elaborates on the category "investment disputes" because while disputes involving international investments are within the scope of ICSID's jurisdiction, those involving pure contractual claims are not.

The final issue discussed in the article is about arbitration cases taking place under the ICSID Additional Facility Rules, which must be carefully distinguished from cases of ICSID arbitration. This is because Article 3 of the ICSID Additional Facility Rules clearly excludes all provisions of the ICSID Convention. The Additional Facility Rules have actually served to broaden the jurisdiction of ICSID, albeit controversially. All the aforementioned issues continue to draw heated discussions, and it appears that there is yet no end in sight for their resolution.

ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar

Giriş

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları (kısaca *BIT*) veya çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla sağlanmaktadır. 1961-1965 yılları arasında Dünya Bankası öncülüğünde başlatılan çalışmalar neticesinde *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme*¹ (kısaca “ICSID Sözleşmesi”) hazırlanmış ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüz itibarıyla 159 ülke bu Sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Sözleşmesi 151 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır². Sözleşme Türkiye için ise 2 Nisan 1989 tarihinden beri yürürlüktedir³. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda bu kadar genel kabul görmüş olan ICSID Sözleşmesi günümüzün “en önemli düzenlemelerinden biri” olarak kabul edilmektedir⁴.

ICSID Sözleşmesi’nin farklı hukuk sistemlerine tabi birçok ülkede uygulanması, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda ICSID⁵ tahkiminin ev sahibi devlet veya yatırımcı tarafından sıklıkla kullanılmasıyla birlikte ICSID’in yargılama yetkisi konusunda ortaya çıkan *başlıca* problemleri ele alacağız. Bu sorunların başında yatırımcının vatandaşlığının tespitinden kaynaklanan sorunlar yer almaktadır. Özellikle gerçek kişi yatırımcılar açısından “çok vatandaşlık halinde hangi vatandaşlığın esas alınacağı” bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüzel kişilerde ise vatandaşlığın tespitinde uygulanacak ölçütün tespitinde hukuk sistemlerindeki farklı yaklaşımlar, uygulamada ICSID yargılama yetkisinin doğup doğmadığına dair tereddütlere yol açmaktadır. ICSID yargılama yetkisine dair bir diğer önemli mesele de, bu tür bir yargılama yetkisinin doğması için esas şartlardan olan rızanın taraflarca verilip verilmediğinin tespitidir. Rızanın taraflarca geri alınması durumunda, ICSID yargılama yetkisinin sona erip ermeyeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Rıza şartı açısından irdelenmesi gereken bir diğer önemli mesele de, ICSID Sözleşmesi’ne taraf olan devletin sonradan bu sözleşmeyi yürürlükten kaldırmasının ICSID yargılama yetkisi ve yatırım sözleşmeleri üzerindeki etkileridir. Bu çalışmamızda ele

1 Sözleşmenin orijinal adı *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* şeklindedir. Metin için bkz. https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf (E.T. 10.11.2018).

2 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> (E.T. 09.11.2018).

3 06.12.1988/19830

4 Ziya Akıncı, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 277; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016) 531 ff.; ICSID tahkiminin, yatırım uyuşmazlıklarında en çok başvurulan yargılama biçimi olduğu konusunda bkz. Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013) 60–62; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) 148–152; Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009) 62–70; İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ 31 Public and Private International Law Bulletin 91, 139–142.

5 *The International Centre for Settlement of Investment Disputes*. ICSID kavramı, tek başına, bu çalışmamızda ICSID Sözleşmesi ile kurulmuş olan uzman bir uluslararası tahkim ve uzlaşma kurumu anlamında kullanılmaktadır.

alacağımız bir diğer önemli husus da *yatırım* şartının kapsamından kaynaklanan sorunlardır. ICSID yargılama yetkisinin doğması için bir şart olarak düzenlenen *yatırım* şartından tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin ICSID Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmemesi, uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Son olarak inceleyeceğimiz husus ise ICSID Ek Mekanizma Kuralları'ndan (*Additional Facility Rules*) kaynaklanan sorunlardır. Ek Mekanizma Kuralları çevresinde yürütülen bir tahkim yargılamasında, gerçek manada ICSID yetkisinin olup olmadığı ve de verilecek kararın ICSID kararı olup olmadığı oldukça önem taşımaktadır.

Bu sorunlar çalışmamızın özünü oluşturmakla beraber öncelikle ICSID tahkimini diğer tahkim türlerinden ayıran genel özelliklerinden kısaca bahsetmek, sonrasında da ICSID'in yargılama yetkisine dair Sözleşme'nin 25. maddesini irdelemek yerinde olacaktır. Bu genel hususları kısaca açıkladıktan sonra, bahsettiğimiz her sorunu ilgili ICSID yargılama yetkisi şartı başlığı altında detaylı bir biçimde inceleyeceğiz.

I. Genel Olarak ICSID Tahkimi

ICSID tahkiminin en önemli avantajlarından birisi, ticari tahkimin aksine, verilen kararların ulusal düzeyde yerel mahkemelerin kontrolünden muaf olması yani iptale konu olmamasıdır⁶. Yerel mahkemeler ancak ICSID tarafından verilen bir kararın “tanınmasını kolaylaştıracak şekilde” hukuki yardımda bulunabilecektir⁷. Bunun dışında taraf devlet mahkemesinin, ICSID tahkimi sonucu verilen ve usulünce iptal edilmemiş bir kararı tanımama veya icra etmeme imkânı yoktur.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi (kısaca “New York Sözleşmesi”) anlamında ise ICSID hakem kararlarının özellikli bir yeri vardır. ICSID Sözleşmesi madde 54/f.1 uyarınca ICSID hakem kararı, yatırımcı ile yatırım yapılan devleti değil aynı zamanda tüm taraf devletleri de *sanki kendi mahkemelerince verilen bir kesin karar*miş gibi bağlayacaktır. ICSID Sözleşmesi madde 54/f.2 uyarınca da ICSID tahkim kararının her bir tarafı herhangi bir taraf devletinden kararın onaylanmış bir kopyasını talep edebilmektedir. Bu özellik sayesinde örneğin ICSID tahkimi yoluyla lehine hükmedilen devlet, New York Sözleşmesi'ndeki prosedürlere ve şartlara uymaksızın doğrudan yatırımcıya ve malvarlığına karşı icra yoluna gidebilmektedir. Benzer şekilde yatırımcı da lehine olan bir ICSID kararına dayanmak suretiyle yatırım yaptığı devlete karşı herhangi bir tanıma-tenfiz prosedürüne bağlı olmaksızın bu kararı icraya koyabilecektir.

ICSID tahkimi açısından ICSID'in yargılama yetkisi gerek *konu* gerek uyuşmazlığın tarafları açısından sınırlandırılmıştır. Her uyuşmazlık ICSID yetkisi kapsamına girmeye-

6 Çal (n 4) 67–68; Tiryakioğlu (n 4) 154; Giray (n 4) 61–62; Şanlı (n 4) 548–551; Ataman Fıganmeşe (n 4) 98–99.

7 Julian DM Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration* (Centre for Commercial Law Studies, The Eastern Press Ltd 1986) 24.

ceği gibi, isteyen her davacı da uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürememektedir. Öğreti-
de bu tür sınırlamalar, yetki sınırlamaları (“*jurisdictional limitations*”) olarak adlandırıl-
maktadır⁸. ICSID Sözleşmesi madde 25’te bu yetkinin kapsamı ve sınırları belirlenmiştir.

II. ICSID’in Yargılama Yetkisi

A. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi’nde merkezin yargılama yetkisini belirleyen madde 25/f.1 hük-
mü⁹ şöyledir:

Merkezin yargılama yetkisi, *taraf* ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş *diğer taraf devlet vatandaşları* arasında *doğrudan yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları* kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını *tek taraflı* olarak geri alamaz.

Bu madde hükmü dikkatlice analiz edildiğinde, ICSID yetkisinin doğması için bazı şartların arandığı görülür. Bu şartların bazıları *usule*, bazıları *uyuşmazlık ko-
nusuna* ve bazı şartlar da *tarafların niteliğine* ilişkindir. Bu hükme göre öncelikle, taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda anlaşmış ve bu konudaki rızalarını ICSID merkezine usulünce bildirmiş olmalıdır. İkinci şart ise, tarafların kendileri ile alakalıdır. Uyuşmazlığın tarafları ICSID Sözleşmesi’ne taraf olan bir devlet veya onun alt birimi veya taraf devlet tarafından ICSID merkezine bildirilmiş olan temsilcisi (*agency*) ile *diğer bir taraf devletin vatandaşı* olmalıdır¹⁰. ICSID yetkisine dair üçüncü şart ise, uyuşmazlık konusu hakkındadır. Buna göre taraflar, ancak bir *yatırımdan doğrudan* kaynaklanan *hukukî uyuşmazlıkları* ICSID tahkimine götürebilirler. Bu şartlardan herhangi birinin eksikliği, yetkisizlik kararı vermeyi gerektirecektir.

B. ICSID’in Yargılama Yetkisine İlişkin Şartlar ve Karşılaşılan Sorunlar

1. ICSID Tahkimi Konusunda Tarafların Anlaşması (Rıza Şartı – *Consent*)

a. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1, açıkça rızanın *yazılı* olması şartını düzenlemiştir. Ancak ICSID Sözleşmesi’nde rızanın verilme biçimleri ile yazılılık kavramından

8 Gary Born, *International Arbitration – Cases and Materials* (Wolters Kluwer 2011) 104.

9 *Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*”

10 Victor Essien, ‘Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law’ (1995) 19 *Fordham International Law Journal* 823.

“*In other words, private versus private and state versus state disputes are excluded from the jurisdiction of the ICSID. Furthermore, the non-state party must be a “national of another Contracting State.”*”

tam olarak ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Uygulamada ICSID tahkim şartı, genellikle iki devlet arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmalarında (*BIT*) yer aldığından bu yazılılık şartı da gerçekleşmiş olmaktadır. Yatırımcının BIT olmaksızın söz konusu devletle ayrı bir yatırım sözleşmesi yapması halinde ise, ICSID tahkimi için yazılı bir rıza beyanında bulunması ve bunu madde 25/f.1 uyarınca merkeze bildirmesi gereklidir.

ICSID tahkimine ilişkin tarafların irade beyanlarının *yazılı* bir şekilde kesin olarak anlaşılması oldukça önemlidir çünkü bir taraf devletin sadece ICSID Sözleşmesi'ne taraf olması, bu devlete yatırım yapan her yatırımcının doğrudan ICSID tahkimine gidebileceği anlamına gelmemektedir¹¹. Burada şu hususu vurgulamakta yarar vardır: Devletin alt birimleri, merkeze yazılı rızalarını madde 25/f.1 uyarınca usulüne uygun şekilde önceden bildirmişlerse uyuşmazlık çıktığında yatırımcı doğrudan ICSID tahkim yargılamasına başvuru yaptığından artık ayrıca davalı devlet alt biriminin yazılı rızasını aramaya da gerek kalmayacaktır. Eğer söz konusu davalı veya davacı devlet alt birimi yazılı rızasını önceden merkeze bildirmişse, mevcut veya doğacak tüm yatırım uyuşmazlıkları için ICSID yargılama yetkisini de kabul etmiş demektir. Bu aşamada henüz bir yatırımcının veyahut yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir hukuki uyuşmazlığın mevcut olmaması da doğrudan rızanın geçersizliğine neden olmayacaktır.

BIT veya diğer yatırım sözleşmelerinde ICSID tahkimine ilişkin bir şart yer almadığında, bu şart sonradan eklenebilir mi sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1'de de bu konuda açık bir düzenleme olmadığından ev sahibi taraf devle ile başka taraf devlet vatandaşı yatırımcı, ortaya çıkan *uyuşmazlıktan sonra da* tahkim anlaşması yapabilirler. BIT ve ilgili devlet biriminin önceden yazılı olarak merkeze bildirilmiş rızası yoksa bile, yatırımcı ile yatırım yapılan devlet (veya bu devletin alt birimleri) her zaman anlaşma yapmak suretiyle ICSID yargılama yetkisini kabul edebilirler. Tüm tahkimler gibi, ICSID yatırım tahkimi de taraf iradeleriyle şekillenecek bir yargılama faaliyeti olup taraflar pekâlâ uyuşmazlıktan sonra da uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda uzlaşabilirler. Bir tarafın tek başına uyuşmazlıktan sonra yazılı rızasını bildirerek ICSID bünyesinde tahkim yargılamasını başlatmak istemesi yeterli olmayacaktır çünkü karşı tarafın da rızasının var olup olmadığı, eğer yok ise bu tahkim yargılamasına yazılı rıza ile onay verip vermeyeceği önem taşıyacaktır.

Bu yazılılık ve ICSID tahkim yargılamasının kabulüne dönük irade beyanlarının varlığını, ICSID hakemleri her somut uyuşmazlıkta değerlendirmek suretiyle kendilerinin yetkili olup olmadığına karar vereceklerdir.

11 Lew (n 7) 26; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitapevi 2014) 53 ff.; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013) 113–116; Tiryakioğlu (n 4) 148–150; Giray (n 4) 60–61.

b. Rıza Şartının Gerçekleşip Gerçekleşmediğine İlişkin Sorunlar

Yazılı rıza şartı ICSID yargılama yetkisinin doğması için gereken şartlardan biri olarak düzenlenmesine rağmen, uygulamada bu rızanın var olup olmadığına ilişkin problemlere rastlanılmaktadır. Öğretide bir görüş, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim anlaşması olmazsa bile yatırımının *doğrudan* özellikli ICSID tahkimine başvurabileceğini ileri sürmüştür¹². Yalnız bununla kastedilen esasında şudur: Yatırımcı, kendisi ile yatırım yaptığı devlet arasında ayrıca bir tahkim sözleşmesi yapmaksızın, yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devlet ile yatırım yapılan devlet arasındaki BIT'e dayanarak ICSID tahkimine doğrudan gidebilmektedir. Uygulamada yatırımcılar yatırım sözleşmelerine koydukları şemsiye klozlarla (*umbrella clause*) devletin bir alt birimi ile yapılmış olan yatırım anlaşmasına aykırılığı, doğrudan BIT'e aykırılık kapsamına almak sureti ile yatırım yapılan devlet aleyhine ICSID tahkimine gidebilmektedirler¹³. Dikkat edilirse bu halde, gerçek anlamda *yatırımcı* ile *yatırım yapılan devlet* arasında açıkça ve yazılı şekilde bir ICSID tahkim sözleşmesi mevcut değildir. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmak, devletin bu mekanizmayı kullanabileceğine dair bir gösterge ve önceden verilmiş bir rıza olabilir ancak taraf olma, başlı başına devlete bu mekanizmayı kullanma zorunluluğu getirmeyeceği gibi yatırımcıya da aksine sözleşme yoksa ICSID tahkimine doğrudan gitme hakkı vermez¹⁴. Şemsiye klozlarına dair temel sorun, aslında bir özel hukuk sözleşmesi olan salt bir yatırım sözleşmesine aykırılığın aynı zamanda bir uluslararası sözleşme niteliğinde olan BIT'e de aykırılık anlamına gelip gelmeyeceği sorunudur. Bu nedenle yukarıda rıza şartında bahsettiğimiz gibi, bir devletin BIT'e taraf olması, aslında ICSID'in yargılama yetkisinin kabulünü içeren tek taraflı olarak önceden verilmiş rıza anlamındadır. BIT'in *yatırım yapılan devlet* tarafından ihlali halinde yatırımcının da ICSID tahkim yargılamasına başvurması, bu önceden verilmiş rızanın kabulü anlamına gelir. Oysaki şemsiye klozlarında, "BIT'e taraf bir devletin, yatırımcının yatırımdan kaynaklanan küçük çaptakiler dâhil her türlü uyuşmazlık" konusunda ICSID yargılama yetkisini kabul edip etmediğine ilişkin bir sorun vardır. Eğer bu geniş yorum kabul edilirse, ICSID yargılama yetkisi oldukça genişleyecektir. Bu nedenle, BIT ile yatırım sözleşmesi arasındaki temel farkları da her somut olay açısından nazara almak sureti ile daha uygulanabilir bir rızaların yorumlanması metoduna ihtiyaç vardır.

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.4 uyarınca taraf devletin önceden tahkime götürülebilecek olan uyuşmazlıkları sınırlandırıp, kategoriler halinde ICSID merkezine bildirmesi de pekâlâ mümkündür¹⁵. Bu nedenle rızanın verilip verilmediği somut uyuş-

12 Akıncı (n 4) 279.

13 Bu konuda ICSID hakemlerinin farklı yaklaşımları ve tartışmalar için bkz. İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration" (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 352; Çal (n 4) 294–295.

14 Lew (n 7) 26–27.

15 "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)."

mazlıklar açısından belirlenirken öncelikle rızanın devletin hangi birimleri açısından verildiğine bakılmalı, sonrasında ise söz konusu yatırım uyuşmazlığının rızasını bildirmiş olan devlet tarafından hangi uyuşmazlıklarla sınırlandırıldığına bakılmalıdır. Türkiye 1989 tarihinde ICSID Sözleşmesi'ni onaylarken, bir Deklarasyon ile (*text of notification*) yatırım uyuşmazlıklarını konu olarak sınırlandırmıştır. Buna göre, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar tamamen Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi tutulmuştur. Türkiye tarafında ileri sürülen bir diğer şart da yatırımda bulunacak yatırımcının, gerekli izinleri alarak ve de yabancı sermayeye ilişkin mevzuata uygun bir biçimde yatırımını gerçekleştirmesi şartıdır¹⁶. Bu nedenle uygulamada rıza şartına ilişkin problemlerin çoğu; yatırım yapılacak devletin gerek *alt birimleri* bakımından, gerek *uyuşmazlık konusu* ile gerekse de *usule ilişkin* yaptığı deklarasyonları bilmeden yatırımda bulunulmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yatırımda bulunulacak devletin bu tür bildirimlerini yatırım öncesi incelemek, uygulamada rızanın varlığı ve kapsamına dair problemleri de büyük ölçüde azaltacaktır.

c. Rızanın Taraflarca Geri Alınmasının ICSID Yargılama Yetkisine Etkileri (*Withdrawal*)

Diğer tahkim türlerinde olduğu gibi, ICSID tahkim yargılamasında da tarafların iradeleriyle oluşturulan bir ihtilaf çözüm metodu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, taraflar yukarıda tartışıldığı üzere rızalarını karşılıklı olarak ve yazılı bir biçimde verseler bile her zaman anlaşmak sureti ile ICSID yargılamasından vazgeçebilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, aslında tarafların karşılıklı bir biçimde anlaşmak sureti ile ICSID yargılama yetkisinden vazgeçmeleri mümkündür ve böylesine bir uzlaşma, tarafların iradeleriyle ICSID yetkisini tamamen ortadan kaldırması anlamına gelmektedir. Asıl sorun, verilmiş olan rızanın *karşılıklı bir uzlaşma söz konusu olmaksızın* bir tarafça *tek taraflı bir biçimde* geri alınmasının ICSID yargılama yetkisini nasıl etkileyeceği sorunudur.

Bu bağlamda doktrinde ICSID tahkiminin “zorunlu tahkim” (*compulsory arbitration*) olması, bu özellikli tahkimin ticari tahkime nazaran ayrı bir avantajı olarak vurgulanmaktadır. Bununla kastedilen, tarafların bir kere ICSID tahkimine başvurduktan sonra yani bu konuda genel iradelerini uygun şekilde açıkladıklarında artık herhangi

16 Türkiye'nin 1989 tarihinde yaptığı deklarasyonun (RG 6.12.1988/19830) orijinal metni şu şekildedir:

Turkey Text of Notification:

“I also have the honour to hereby notify, pursuant to Article 25 (4) of the ‘Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States’ concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of the Centre that only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Center.

However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Center.” Date of Notification: March 3, 1989.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülmemesi ve diğer çekinceler için bkz. 3469 Sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi:27.5.1988 RG 2.6.1988/1983.

bir tarafın *tek taraflı olarak* bundan vazgeçemeyeceği şeklinde açıklanmaktadır¹⁷. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere buradaki “zorunlu tahkim” terimi ile iç hukukumuzda özellikle bazı özel kanunlarda düzenlenmiş olan “zorunlu tahkim” kavramından farklı bir durum anlatılmaktadır. Bu farklılık irdelendikten sonra, gerçek manada diğer tahkim türlerine nazaran bir avantaj olup olmadığını tartışmak gerekmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁸’nda (“HMK”) *ihtiyari* tahkim yöntemi benimsenmiştir ve bu tahkim yönteminde taraflar, iradeleri hilafına tahkim yoluna gitmeye zorlanamazlar¹⁹. Ancak Türk hukukunda gerçek manada “zorunlu tahkim sistemi” bazı özel kanunlarda yer almıştır. Buna göre, 3533 sayılı Kanun’da²⁰ yer alan kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıklar²¹; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da²² yer alan uyuşmazlıklarda²³ tarafların mutlaka tahkime başvurusu gerekir. Sigorta sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar için ise Sigorta Tahkim Komisyonu’na üye olan sigorta şirketinin “sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıkta tahkim usulüne itiraz etmesi mümkün olmamakla birlikte; uyuşmazlığın diğer tarafının sigorta tahkimi yerine adli mahkemelere başvurusu imkânı” muhafaza edilmiştir²⁴. Yani bu tür özel kanuni düzenlemelerde tarafların anayasal hakkı olan mahkemeye başvurma hakkı özel bir kanunla sınırlandırılmakta ve tarafların zorunlu olarak tahkime gitmesi düzenlenmektedir. En üst norm olan Anayasa’da da, spor hukukuna özgü olarak zorunlu tahkim açıkça düzenlenmiştir. Anayasa madde 59/f.3’e göre; “spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

Bu nedenle ICSID tahkimi açısından kullanılan “zorunlu tahkim” (*compulsory arbitration*) terimini, tarafların tek taraflı olarak tahkimden vazgeçememesi şeklinde ve iç hukukumuzdan farklı biçimde yorumlamak gerekir. Bu şekilde terim ele

17 Lew (n 7) 24.

18 RG 04.02.2011/ 27836.

19 Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK m. 407-444)* (Beta 2013) 160–172.

20 Umumi Mülhak Ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete Veya Belediye Veya Hususi İdarelere Ait Daire Ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun (Kazancı, E.T. 14.11.2018).

21 Madde 1 – “Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler.”

22 RG 28.11.2013/ 28835.

23 Başvuru

Madde 68 - (1):

“Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.”

24 Mehmet Özdamar, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) XVII Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831, 838.

alındığında ise, özellikli bir avantajın esasında mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Burada sadece ICSID tahkimine özgü bir avantaj burada yoktur²⁵. Ticari tahkimde bile taraflar ancak anlaşmak sureti ile daha önce başvurdukları veya kararlaştırdıkları tahkimden vazgeçebilirler. Yani her durumda, herhangi bir tahkimde *tek taraflı* olarak tahkim yargılamasından vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle bu tür bir vurgulamayı gerekli bulmuyor ve bunu bir avantaj olarak değerlendirmiyoruz. Fakat gözden kaçırılmaması gereken şudur: Acaba bir kere ICSID kurumuna tahkim için başvuru yapan taraf, henüz Sekreteryaya tarafından diğer tarafa bildirim yapılmamışsa başvurusunu geri çekebilecek midir? Önemli olan tartışma bu husustadır zira diğer tahkim çeşitlerinde diğer tarafa bildirimde bulunulmadan evvel davacı başvurusunu geri çekebilmektedir. Ancak taraflar ayrıca aksini öngörmemişlerse, ICSID tahkimi için de tek taraflı olarak tahkimden vazgeçmek özellikle de Sekreteryaya tarafından yapılan bildirim karşı tarafça da alındığı ve kabul edildiği hallerde mümkün değildir (*irrevocability of consent*)²⁶.

d. ICSID Sözleşmesi'ne Taraf Olan Ülkenin Sözleşmeyi Yürürlükten Kaldırması ve Bunun ICSID Yargılama Yetkisine Etkileri (*Denunciation*)

Taraflar, her zaman uzlaşmak sureti ile ICSID tahkiminden vazgeçebilecekleri gibi; bir devlet de, ICSID Sözleşmesi'ni tamamen yürürlükten kaldırabilmektedir²⁷. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletin sonradan bu sözleşmeyi tamamen yürürlükten kaldırması imkânı, ICSID Sözleşmesi madde 71'de açıkça düzenlenmiştir²⁸. Buna göre yürürlükten kaldırma beyanını (*denunciation notice*), ICSID Sözleşmesi'nde depoziter olarak öngörülen kuruma bildirilmesinden itibaren 6 ay içerisinde Sözleşme bildirimde bulunan ülke açısından yürürlükten kalkmakta ve bu husus Depoziter tarafından diğer tüm taraf devletlere madde 75 gereği bildirilmektedir. Belirtmek gerekir ki ICSID Sözleşmesi uyarınca Depoziter vasfına sahip kurum Dünya Bankası olarak kararlaştırıldığından bu tür bildirimleri ötürü diğer taraf devletlere banka yollamaktadır²⁹.

25 Ricardo Retelier Astorga, 'Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence' (2007) 11 Max Planck Yearbook of United Nations Law 417, 45.

26 *Nabucco Gas Pipeline International GmbH in Ligu. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/15/26) davasında, davacı 28 Ekim 2015 tarihinde ICSID nezdinde başlattığı tahkimin devamsızlığına (*the discontinuance of the proceeding*) hükmedilmesini istemiş, Sekreteryaya ise ancak Türkiye'nin 4 Kasım 2015 tarihinde bu çekilmeye itiraz etmediğini bildirmesiyle ICSID Sözleşmesi madde 44 uyarınca devamsızlık kararını vermiş ve bu kararı 5 Kasım 2015 tarihinde taraflara tebliğ etmiştir.

27 Christoph Schreuer, 'Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration' in Claire Balchin Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung (ed), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) 356.

28 *Article 71:*

"Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice."

29 *Article 73:*

"Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention."

Uygulamada bazı taraf devletlerin bu hüküm çerçevesinde sözleşmeyi tamamen yürürlükten kaldırma yoluna gittikleri görülmektedir³⁰. Örneğin Bolivya, 2007 tarihinde ICSID madde 71 kapsamında bildirimde bulunmuş ve (bildirimin 6 ay sonrasında) 3 Kasım 2007 itibariyle de artık Sözleşmeye taraf olmaktan çıkmıştır. Sekreteryaya ise diğer tüm taraf devletlere bu durumu bildirmiştir. Ekvador Cumhuriyeti de 6 Temmuz 2009 yılında yaptığı bildirim ile 1986 yılından beri taraf olduğu ICSID Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmak istemiş, Dünya Bankası bunu diğer tüm taraf devletlere bildirmiştir³¹. Yakın zamanda ise Venezuela 1995 yılından beri taraf olduğu ICSID Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmak istemiş, Dünya Bankası da diğer tüm taraf devletlere 25 Temmuz 2012 tarihi itibariyle bu devletin artık sözleşmeye taraf olmayacağı bildiriminde bulunmuştur.

Burada rızanın geri alınması (*withdrawal of consent*) değil, ICSID Sözleşmesi'nin bir devlet tarafından tamamen yürürlükten kaldırılması (*denunciation of an international agreement*) söz konusu olduğu için, karşılaşılabilecek problemler de daha büyük ölçekli olmaktadır. Örneğin Ekvador Cumhuriyeti açısından ICSID Sözleşmesi'nin 23 yıl yürürlükte kalmasından bahsetmekteyiz. Bu süre zarfında Ekvador Cumhuriyeti'ne yapılan bazı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olabileceği gibi, başlanmasına rağmen 2016'da yılında tamamlanamamış bazı yatırımlar da olabilir. Tüm bu durumlara rağmen, Ekvador Cumhuriyeti'nin yatırımcı lehine oldukça özellikli hükümler getiren bir uluslararası sözleşmeyi yürürlükten kaldırması mevcut veya muhtemel yatırım uyuşmazlıkları bakımından ICSID'in yargılama yetkisini nasıl etkileyecektir?

Öncelikle belirtelim ki bir yatırımcı, vatandaşı olduğu ülke ile yatırımda bulunduğu ülke arasındaki BIT'e dayanarak ICSID yetkisini açıkça kabul etmişse, devletler sonradan bu ikili yatırım anlaşmasını yürürlükten kaldırsalar bile yatırımcı bu BIT kapsamında ICSID tahkimi yargılamasına devam edebilmektedir. BIT hükümlerinde, yatırımcının BIT sözleşmesinin kaldırılmasından itibaren belirli bir süre daha bu sözleşme hükümlerine dayanabileceğine dair yatırımları ve yatırımcıları koruyan düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bu tür düzenlemelere uygulamada “*survival clause*” denmektedir³².

UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı) tarafından hazırlanan bir raporda; ICSID Sözleşmesi madde 71'e uygun bir biçimde ICSID Sözleşmesi'nin yürürlükten kaldırmak isteyen tarafa, mevcut yatırımların korunması adına ek yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre ICSID Sözleşmesi'nin yürürlükten kaldırılması tek başına yeterli olmamakta, ayrıca ICSID yargılama yetkisini barındıran tüm BIT'lerin de yürürlükten

30 Detaylar için bkz. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/Announcement3.html> (E.T. 10.12.2018).

31 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/Announcement20.html> (E.T. 20.10.2018).

32 Emmanuel Gaillard, 'The Denunciation of the ICSID Convention' (2007) 237 (122) New York Law Journal.

kaldırılması gerekmektedir³³. Bu raporda vurgulandığı üzere, “*survival clause*” sayesinde ICSID Sözleşmesi ve BIT’ler yürürlükten kaldırılrsa bile yatırımcı, örneğin sözleşmelerin yürürlükten kalkmasından itibaren bir 20 yıl veya 30 yıl daha ICSID yargılama yetkisinden faydalanabilmektedir. ICSID Sözleşmesi madde 72 de benzer şekilde, ICSID Sözleşmesi’nin yürürlükten kaldırılmasına dair beyandan *evvel* verilmiş rızalara dayalı hak ve borçların devam edeceğini hüküm altına almaktadır³⁴. Öğretide, devletin tek taraflı bir biçimde sözleşmeyi yürürlükten kaldırmak sureti ile hak ve borçlardan kaçınmamasının, tamamıyla uluslararası hukukun teamüllerine uygun olduğu da vurgulanmaktadır³⁵.

Yalnız burada uygulamada karşılaşılabilecek en temel sorunlardan biri, ICSID Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmalarında da vurgulandığı üzere, taraf devletin bu sözleşmeyi yürürlükten kaldırmasına rağmen yıllar sonra bile ICSID yargılama yetkisi ile karşılaşılabilemesidir³⁶. Benzer şekilde böyle bir hüküm, devleti aslında hukuken “taraf” olmadığı ve de taraf olmak istemediği bir uluslararası sözleşmeye öngöremediği bir zaman dilimi boyunca bağlı kalmak zorunda bırakacağı endişesiyle de eleştirilebilir. ICSID Sözleşmesi madde 72 metninde önceden verilmiş rızaya (*consent*) vurgu yapıldığından dolayı, ICSID yargılama yetkisinin varlığına ilişkin her somut olayda, ilgili BIT ve diğer yetkiyi doğurduğu iddia edilen tahkim sözleşmesinin lâfzî yorumu dikkate alınmalıdır. Eğer rızanın var olup olmadığına dair kesin bir kanıya varılamıyorsa, ICSID Sözleşmesi madde 72’nin amacı da dikkate alındığında devletin yükümlülüklerinin devam edeceğine kanaat getirmek en uygun çözüm olacaktır³⁷.

33 “*Denunciation of The ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims, United Nations UNCTAD, December 2010, 2:*

“...for a State to prevent future ICSID claims, it must not only terminate the ICSID Convention but also separately terminate all of its BITs that contain an ICSID arbitration option. Moreover, under this interpretation, exposure to ICSID proceedings will persist as long as the terminated BITs retain their force due to the “*survival clauses*”, i.e. up to 20 years after the termination.”

34 *Article 72:*

“*Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.*”

35 Gaillard (n 32). Yazar buradaki yorumunu, uluslararası sözleşmelerin yorumuna ilişkin Viyana Konvansiyonu madde 70/f.2’ye dayandırmaktadır. Bu hükmün atıfta bulunduğu bir önceki maddeye göre ise de, sözleşmenin yürürlükten kaldırılması devletle bu sözleşme çerçevesinde oluşturulmuş hukuki ilişkilere zarar vermemelidir. Benzer yönde Schreuer (n 27).s. 364-366.

36 ‘History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Memorandum of the Meeting of the Whole’ (1965) Vol. II ICSID Publications., s. 1010, Bu görüşmelerde bir zaman aşımı süresinin önerildiği hakkında bkz. Gaillard (n 32) 3.

37 Benzer yönde Gaillard (n 32) 4.

2. Uyuşmazlığın Taraflarına İlişkin Şartlar

aUyuşmazlığın Taraf Devlet ile Diğer Bir Taraf Devlet Vatandaşı Arasında Doğması Şartı

i. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1'e göre uyuşmazlığın tarafları ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet veya onun *alt birimi* veya taraf devlet tarafından ICSID merkezine bildirilmiş olan temsilcisi (*agency*) ile diğer bir taraf devletin vatandaşı olmalıdır. Yani bu tür bir yatırım uyuşmazlığı, yatırımcı ile yatırımda bulunduğu devletin farklı birimleri arasında çıkabilmektedir. ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2 öncelikle “*diğer taraf devlet vatandaşı*” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır³⁸. Madde 25/f.2-b hükmüne göre, *uyuşmazlığa taraf olan* devlet dışındaki *başka bir taraf* devletin vatandaşı olan gerçek kişinin ICSID tahkimine başvurması mümkündür. Bu nedenle örneğin Türkiye’de yerleşik bir yatırımcının, ICSID Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir devletin vatandaşlığını taşıması durumunda bu kişinin ICSID tahkimine başvurması mümkün değildir. Benzer şekilde gerçek kişi yatırımcının vatandaşlığını taşımakta olduğu kendi ülkesine yatırımda bulunması halinde ortaya çıkacak bir hukuki uyuşmazlık konusunda da ICSID’in yargılama yetkisi olmayacaktır³⁹.

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b ise, tüzel kişilere ilişkin olarak “*diğer taraf devlet vatandaşı*” kavramını gerçek kişilere benzer şekilde irdelemektedir. Yalnız burada yetki şartı olan “*diğer taraf devlet vatandaşı*” olma kuralına önemli bir istisna getirilmiştir. Tüzel kişi, ev sahibi yani yatırım yapılan devletin vatandaşı olsa bile bazı hallerde yine yabancı yatırımcı olabilmektedir. Eğer bu tüzel kişi yabancıların kontrolündeysen ve bu yabancıların vatandaşı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında bu tüzel kişinin ICSID tahkimi konusunda “*yabancı yatırımcı*” *sayılaacağı* konusunda bir anlaşma varsa, bu durumda bu tüzel kişinin yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık da ICSID tahkimine götürülebilir⁴⁰.

Devletin alt birimleri de yatırımcı ile sözleşme yapmış olabilirler. Örneğin bir belediye, büyük bir su şebekesinin yapımı ve teslimi için yabancı bir yatırımcı ile anla-

38 “*National of another Contracting State*” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

Bu yönde detaylı analiz içeren kararlar için bkz. *MINE v. Guinea*, Award, 6 January 1988, 4 ICSID Reports 61; *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 251, 257-261 (1999); *Klöckner v. Cameroon*, Award, 21 October 1983, 2 ICSID Reports 14-18.

39 Egemen Demir (n 11) 101 ff.; vatandaşlık tespit edilirken yatırımın yapıldığı tarihin değil, uyuşmazlık anının dikkate alınacağı konusunda bkz. Giray (n 4) 18.

40 Türkiye – Hollanda arasında bu tür bir anlaşmanın varlığı hakkında bkz. Akıncı (n 4) 280; Egemen Demir (n 11) 140–141.

şabilir ve taraflar uyuşmazlıklar için ICSID tahkim şartını sözleşmelerine koyabilirler. Devletin alt birimleri ile yetkilendirilen başkaca birimlerce verilen ICSID tahkimine dönük kabuller kural olarak devletin onayına bağlıdır, ancak taraf devlet bazı birimler için bu onay zorunluluğunu önceden kaldırabilir⁴¹. Madde 25/f.2-a ve madde 25/f.2-b hükümleri açıklayıcı olmakla beraber, uygulamada gerek gerçek kişinin çok vatandaşlık hali gerekse de tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi birçok soruna yol açmaktadır.

ii. Gerçek Kişi Yatırımcının Çok Vatandaşlık Halinden Kaynaklanan Sorunlar

Yabancı yatırımcı yabancı vatandaşlığının yanı sıra, aynı zamanda yatırım yaptığı ülkenin de vatandaşlığını taşıyorsa ICSID yetkisi doğabilecek midir? Sorun basit görünmekle beraber, özellikle gerçek kişilerin çok vatandaşlığa sahip olmasının günümüzde sık rastlanan bir durum olduğu ve ICSID yetkisi için ise bir “yabancı” yatırımcı olma şartı arandığı düşünüldüğünde uygulamada bazı problemler ister istemez ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de kişi örneğin yurtdışında bir Türk anneden doğduğundan dolayı Türk vatandaşlığı haiz iken Türkiye’ye hiç uğramamış olabilir ve yerleşim yeri olan İngiltere yerine Türkiye’ye bir yatırım yapmak isteyebilir. Bu durumda kişiyi sadece Türk olduğu için yabancı yatırımcı olarak görmemek ve böylece hiç uğramadığı ülkesine yatırımda bulunacak bu gerçek kişi yatırımcıyı ICSID tahkiminden yararlandırmamak gerekir mi?

*Champion Trading v. Egypt*⁴² davası bu konuda oldukça ilginç vakıalar barındıran bir davadır. Bu uyuşmazlıkta davacılar arasında Amerikan vatandaşı üç kişi de bulunmaktadır. Bu kişilerin anne ve babası da Amerikan vatandaşı olmakla birlikte, ICSID tahkim heyeti yaptığı araştırmalarda bu aileye mensup tüm kişilerin *aynı zamanda* Mısır vatandaşları olduklarını da göz önüne alarak ICSID uyarınca Mısır’daki yatırım uyuşmazlığından dolayı talepte bulunamayacaklarına hükmetmiştir. Gerçekten de ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2 uyarınca “vatandaş” kavramını yorumlayan rapora⁴³ göre, bir kişinin aynı zamanda yatırım yapılan devletin vatandaşı olması halinde yabancı sayılmayacağı düzenlenmiştir⁴⁴. Somut uyuşmazlıkta, Mısır vatandaşlığının tespitinde Mısır hukuku nazara alınmış ve davacı gerçek kişiler Mısır’da hiç bulunmamalarına rağmen kan bağı nedeniyle Mısır vatandaşı addedilmişlerdir. Benzer şekilde *Soufraki v. United Arab Emirates*⁴⁵ davasında hem Kanada hem İtalya vatandaşı gerçek kişi Birleşik Arap

41 “Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.”

42 *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9.

43 https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (E.T. 30.11.2018):

29. It should be noted that under clause (a) of Article 25(2) a natural person who was a national of the State party to the dispute would not be eligible to be a party in proceedings under the auspices of the Centre, even if at the same time he had the nationality of another State. This ineligibility is absolute and cannot be cured even if the State party to the dispute had given its consent.

44 Article 25(2) states that a “national of another Contracting State” does not “include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute.”

45 ICSID Case No. ARB/02/7. Türk hukukunda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (RG 17.6.2003/ 25141) madde 2/f.1-a gereği yabancı yatırımcı; sadece Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişileri değil aynı zamanda yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını da kapsamaktadır. Bu düzenleme, ICSID yetki düzenlemesine nazaran vatandaşlık konusunda daha esnek bir düzenlemedir.

Emirlikleri'nde yaptığı yatırımdan dolayı, İtalya – Birleşik Arap Emirliği arasındaki BIT'e dayanarak dava açmıştır. Tahkim heyeti bu davada ise, gerçek kişinin İtalyan vatandaşı olduğu konusunda ikna olmamış ve böylece davayı reddetmiştir.

2010 tarihli *Saba Fakes v. Republic of Turkey*⁴⁶ adlı ICSID tahkim yargılamasında davacı yatırımcı, Türkiye – Hollanda arasında yapılan 1986 tarihli BIT'e dayanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti ise, davacının çifte vatandaş olduğunu, hem Ürdün hem Hollanda vatandaşı olduğunu kabul ederek, Nottebohm kararı ile getirilen ilkesel nitelikteki “gerçek vatandaşlık bağı” (*genuine link*) kavramına vurgu yapmış ve davacının gerçek vatandaşlığının Ürdün vatandaşlığı olduğu için belirtilen BIT'e dayanamayacağını ileri sürmüştür. ICSID hakem heyeti ise gerçek kişinin çok vatandaşlık halinde “yatırım yaptığı devletin vatandaşı olmamasını” yeterli görmüş, ayrıca “gerçek vatandaşlık” kavramını incelemeye gerek duymamıştır⁴⁷. Bu yaklaşım yerindedir ve bu şekilde çok vatandaşlık halini ele almak uygulamada bazı problemleri de çözecektir. Dolayısıyla çok vatandaşlık hali tek başına ICSID 'in yargılama yetkisinin yokluğu anlamına gelmemektedir. ICSID yargılama yetkisinin doğmasını engelleyen temel husus, yatırımcının çok vatandaşlıklarından birisinin yatırım yaptığı devlet vatandaşlığı olmasıdır. Yoksa Ürdün – Hollanda ve hatta başka ülkelerin vatandaşlıklarını da taşıyan bir yatırımcı Türkiye'ye yatırım yapacağı zaman, rıza vs. şartları da varsa, bu yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir hukuki uyumsuzluk olması halinde elbette ICSID yargılama yetkisi doğmuş kabul edilecektir.

Çok vatandaşlık hali, ICSID yargısına ilişkin hususlarda, gerçek kişinin aynı zamanda yatırım yaptığı devletin vatandaşı olması halinde yetkiyi ortadan kaldırmaktadır. Bu noktada, çifte vatandaşlığı haiz kişinin yatırım yaptığı devlette fiilen bulunmasının bir önemi yoktur. Ancak kanaatimizce, gerçek kişinin hiçbir şekilde yatırım yaptığı ülkende bulunmamış olması durumunda, bu ülkeye yaptığı yatırımın ICSID uyarınca ve varsa BIT uyarınca koruma görmemesi kabul edilmemelidir. Belirtelim ki yatırım yapılan devlet, ICSID yetkisinin doğması için bazı “yerli” *tüzel* kişileri “yabancı yatırımcı” olarak kabul edebilme özgürlüğüne sahip iken böyle bir varsayım serbestisi gerçek kişi yatırımcılar için öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yatırım yapılan devlet ile başka bir taraf devlet anlaşarak da kendi gerçek kişi vatandaşını “yabancı yatırımcı” olarak kabul edip ICSID yetkisi kapsamına alamazlar. Gerçek kişilere bu hakkın tanınmaması ve ICSID Sözleşmesi uyarınca dışlanması, ekonomik gerekçelerle ve tüzel kişiliğin niteliği ile açıklanabilir. Yatırım yapılan devletteki bir tüzel kişi, yabancı bir ana şirket tarafından kontrol edilmekte ise bu tüzel kişi “yabancı yatırımcı” sayılabilecektir. Oysaki gerçek kişi yatırımcının, sadece yatırım yaptığı devletin de vatandaşlığını taşıyor diye ICSID kapsamı dışına alınması kanaatimizce bazı hakkaniyetsiz sonuçlara yol açacaktır. Özellikle soy bağının kan esasına dayandığı hallerde, gerçek kişi ülkesine hiç uğramamış biri olarak ülkesine yatırım yaptığında, diğer vatandaşlığı taşıdığı ülke

46 ICSID Case No. ARB/07/20.

47 Bu kararın detaylı analizi için bkz. Şanlı (n 4) 535, n. 660.

açısından yabancı yatırımcı olması aşikâr olmakla beraber ICSID Sözleşmesi uyarınca bu kişi örneğin çifte vatandaş olduğu için yapacağı yatırım Sözleşme uyarınca koruma görmemektedir. Gerek ICSID uygulaması gerekse de madde 25, buna engeldir.

iii. *Tüzel Kişi Yatırımcının Tabiiyetinin Tespitinden Kaynaklanan Sorunlar*

Tüzel kişilerin tabiiyetinin nasıl belirleneceği hususu iç hukukumuzda bile birçok farklı ölçütlere tabi tutulan ve hararetle tartışılmakta olan bir husustur. İleri sürülen bu ölçütlerden bazıları şunlardır: ortakların tabiiyeti sistemi, sermayenin bulunduğu yer sistemi, kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi, kontrol sistemi, fiili idare merkezi sistemi bu sistemlerin başında gelmektedir⁴⁸. Hukuk sistemlerindeki bu farklı yaklaşım ve ölçütler, ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b uyarınca *tüzel* kişinin ne zaman “diğer bir taraf devlet vatandaşı” kabul edileceği konusunda uygulamada tereddüt ve sorunlara yol açmaktadır.

Bazı ikili yatırım anlaşmalarında tüzel kişi yatırımcılara ilişkin açık düzenlemeler ve tanımlamalar yer almaktadır. Bu tür düzenlemeler tüzel kişi yatırımcının vatandaşlığının tespiti ve yatırımın kapsamı açısından oldukça faydalı olmaktadır. Belirttiğimiz üzere ICSID Sözleşmesi madde 25/f.2-b, *tüzel* kişilere ilişkin olarak “diğer taraf devlet vatandaşı” olma kuralının kapsamını genişletmektedir. Şöyle ki tüzel kişi yatırımcı, ev sahibi yani yatırım yaptığı devletin vatandaşı olsa bile *bazı hallerde* yine yabancı yatırımcı olabilmektedir. Eğer bu tüzel kişi, yabancıların kontrolündeyse ve bu yabancıların vatandaşı olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında bu tüzel kişinin ICSID tahkimi konusunda “yabancı yatırımcı” *sayılacağı* konusunda bir anlaşma (örneğin *BIT*) varsa, bu durumda bu tüzel kişinin yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık da ICSID tahkimine götürülebilmektedir⁴⁹.

*Holiday Inns/Occidental Petroleum Corporation v The Government of Morocco*⁵⁰ davasında İsviçre ve Amerikan kökenli iki şirket, Fas ile yapılan ve dört adet otelin yapımını yine bu ülkedeki alt şirketler vasıtasıyla gerçekleştirmeyi hedefleyen 1966 tarihli bir sözleşme yapmıştır. Bu sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlık çıktığında ana şirketler, sadece kendi adlarına değil, aynı zamanda Fas’taki inşaatı üstlenen yüklenici alt şirketleri adına da ICSID merkezinde tahkim sürecini başlatmışlardır. Bu davada Fas’ın, ICSID yetki klotunda bu alt şirketlerin “yabancı” yatırımcı olarak addedileceğine ilişkin “açık” bir ifadenin olmaması sebebiyle ICSID’nin yetkisizliği itirazı kabul edilmiştir. Fakat ilerleyen yıllarda, bu “açık ifade” şartının yumuşadığını söyleyebiliriz. Örneğin *Amco-Asia et al v The Republic of Endonesia* davasında⁵¹ ICSID, madde 25/f.2-b’nin uygulanmasını tarafların “yabancı iş” konusunda anlaşmış olmaları dolayısıyla kabul etmiştir.

48 Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015) 205–218; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15. Bası, Savaş Yayınevi 2018) 229–236; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4. Bası, Beta 2014) 26; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24. Bası, Filiz Kitapevi 2018) 45–47.

49 Türkiye – Hollanda arasında bu tür bir anlaşmanın varlığı hakkında bkz. Akıncı (n 4) 280.

50 ICSID Case No. ARB/72/1.

51 23 ILM 351 (1984), Paragraf 14 (ii).

ICSID yetkisinin doğması için gerçek kişilerin vatandaşlığının en azından *tespiti* sorun olmamakla beraber, uygulamada tüzel kişinin vatandaşlığının tespiti değişen ölçütler dolayısıyla sorun yaratabilmektedir. Madde 25/f.2-b anlamında yatırım yapılan devlet vatandaşlığına sahip olmasına rağmen, yabancı kontrole tabi bir tüzel kişinin ne zaman “yabancı” sayılıp ICSID tahkimine tabi olabileceği ayrı bir sorundur. Bu nedenle öncelikle irdelenmesi gereken, tüzel kişinin vatandaşlığının nasıl tespit edileceği sorunudur. Bu noktada ulusal hukukların farklı yaklaşımlarının olması, meseleyi daha da sorunlu hale getirmektedir. Kaldı ki tüzel kişinin kendisi de vergisel birtakım avantajlardan dolayı fiilen idare edildiği yer dışında bambaşka bir ülkede kuruluşunu gerçekleştirebilmektedir. Bu hususlar önemlidir zira vatandaşlığın taraf devlet olması halinde ICSID Sözleşmesi uygulanabilecekken, başka bir üçüncü ülke olması halinde ICSID yetkisi doğmayacaktır. Benzer şekilde “yabancı” olarak kabul edilmemiş bir tüzel kişi eğer yatırımda bulunduğu ülkenin vatandaşı olarak kabul edilirse ICSID yargılama yetkisinin var olmadığına hükmedilecektir.

ICSID Sözleşmesi 25/f.2-b maddesi taraf devlet ile başka bir taraf devletin vatandaşlığında olan tüzel kişi arasındaki uyumsuzlukları kapsamakla birlikte “tüzel kişinin vatandaşlığının” nasıl tanımlanacağını belirtmemiştir. Bu nedenle tüzel kişinin vatandaşlığı belirlenirken, öncelikle taraf devlet ile yatırımcının tabi olduğu taraf ülke⁵² arasında, varsa, BIT hükümlerine bakmakta yarar vardır. Çoğu zaman BIT hükümlerinde “yabancı yatırımcının” kim olduğu veya ne zaman “yabancı yatırımcı” addedileceğine ve de hangi tüzel kişilerin devletten ayrı bir tüzel kişi olduklarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

2007 tarihli *Tokios Tokelés v. Ukraine* davasında⁵³, Litvanya mevzuatına uygun olarak kurulmuş⁵⁴ fakat paylarının %99’u Ukrayna vatandaşlarının sahip olduğu bir şirket, *Ukrayna’ya karşı* dava açmıştır. ICSID tahkim heyeti, oy çokluğu ile 1994 tarihli Litvanya –Ukrayna arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak davacı şirketi Litvanya şirketi olarak kabul etmiştir. Bu davadan anlaşıldığı üzere, tüzel kişi *hangi ülkenin mevzuatına göre kurulmuşsa*⁵⁵ o ülkenin vatandaşlığını haiz olacaktır⁵⁶. Eğer ICSID, davacının Ukrayna vatandaşı olduğuna hükmetseydi (yabancı kontrol da olmadığından), taraf devlet olan Ukrayna kendi vatandaşları tarafından ICSID Söz-

52 Belirtelim ki bu aşamada bir faraziye hareket edilmektedir zira henüz vatandaşlık net değildir. Örneğin İsviçre’de olduğu bilinen bir şirket, Türkiye’de yatırım yaptığında bu tüzel kişinin vatandaşlığı için İsviçre-Türkiye arasındaki BIT yol gösterici olabilecektir. Ancak bu BIT incelendiğinde, pekâlâ tüzel kişinin yatırımcı olarak İsviçre vatandaşlığı haiz olamayacağı sonucuna da varılabilir.

53 *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.*

54 *Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, paragraf 28.*

55 Bazı BIT’lerde çok daha fazla şart aranabilmektedir:

Other treaties set a higher threshold. Article 1(1)(b) of the Indonesia–Chile BIT, for example, not only requires that the corporation be “constituted or otherwise duly organized under the law” of the home State, but also requires that its “effective economic activities” be in that State.

56 Weil, paragraf 18:

“[I]n light of the object and purpose of the [BIT], the only relevant consideration is whether the Claimant is established under the laws of Lithuania. We find that it is. Thus, the Claimant is an investor of Lithuania under Article 1(2)(b) of the BIT...”

leşmesi uyarınca dava edilemezdi⁵⁷. ICSID hakem heyeti başkanı Profesör Prosper Weil⁵⁸ bu davaya ilişkin karşı oy yazısında bu uyuşmazlığın ICSID yetki problemleri açısından oldukça yeni olduğunu ve burada yatırım yapılan devlet vatandaşlarının yabancı yatırımcı hisselerine sahip olması durumunun olduğunu⁵⁹ vurgulamıştır⁶⁰. Profesör Weil bu yazısında, ICSID tahkiminin “yatırımları teşvik” amacında olduğunu, yoksa taraflara yabancı bir yatırımcı tüzel kişiyi bahane göstererek “ulusal hukuktan kaçmaları” amacına hizmet edemeyeceği eleştirisinde bulunmuştur. Gerçekten de burada tüzel kişinin vatandaşlığının tespiti başka bir ilginç sorunla bizi karşı karşıya bırakmaktadır. Bir BIT mevcut olsa bile, BIT hükümleri kullanılarak ICSID’in yargılama yetkisinin belirlenmesinde sınırlar nasıl olacaktır? Madde 25’teki yetkiyi daraltan veya genişleten BIT hükümlerin geçerliliği nasıl değerlendirilecektir?

Haklı bir şekilde *Weil* tarafından ileri sürüldüğü üzere, belirtilen bu davada yetkinin belirlenmesi noktasında bir yöntem sorunu vardır. ICSID tahkim heyeti çoğunluk kararında öncelikle BIT’teki madde 1/f.2 hükmündeki yetki klozunu ele almış, sonrasında ise bu hükmün ICSID madde 25 ile olan uyumluluğunu incelemiştir⁶¹. Oysa yapılması gereken öncelikle ICSID madde 25/f.2-b anlamında şartların oluşup oluşmadığını tespit etmek sonrasında ise BIT’e bakmak olmalıdır. Vurguladığımız üzere BIT bazı noktalarda (yatırımcı ve yatırım kavramları) yetkinin kapsamı konusunda açıklayıcı ve yardımcı olabilmekte ise de ICSID yetkisinin asıl kapsamı madde 25 uyarınca belirlenmektedir. Eğer madde 25 uyarınca davacı Ukrayna vatandaşı sayılacaksa bu durumda BIT hükmü bu yetkiyi ICSID merkezine veremez ve de taraflar anlaşmak sureti ile yetkiyi genişletemezler⁶².

Gerçekten de ICSID Sözleşmesi’nde tüzel kişinin vatandaşlık kriterlerinin belirlenmiş olması, yetkinin varlığı açısından hayati öneme sahip bu meselenin taraf iradesine ve

57 Opening Statement of Tokios Tokelés, p.5:

We can agree with the Respondent that the ICSID Convention prohibits a host State from being sued by its own nationals with the single exception of the circumstances foreseen by the second clause of Article 25(2)(b).

58 Sonradan heyet başkanlığından istifa etmiştir,

Paragraph 25: Professor Weil recorded his dissent from this conclusion in an opinion attached to the Decision on Jurisdiction. Conceiving that it would be inappropriate in the circumstances for him to play a further part in the arbitration, Professor Weil notified the Centre of his resignation as arbitrator and President of the Tribunal.

59 Yabancı kontrol mekanizması burada tersine dönmekte, yatırım yapılan devletin vatandaşlar yatırım yapan tüzel kişiyi kontrol etmektedir.

60 Paragraph 10: “It is, I think, the first time that an ICSID tribunal has to address the specific problem of a dispute opposing to State A (Ukraine) a corporation which has the nationality of State B (Lithuania) but which is controlled by citizens of State A (Ukraine).

Karşılıy yazısı <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf> (19.08.2018).

61 Paragraph 14 (Weil): “And this is what it does: it begins with the “Definition of ‘investor’ in Article 1(2) of the BIT”, and then in a second stage it turns to the “Consistency of Article 1(2) of the BIT with the ICSID Convention”.

62 “It refers to that effect to Broches’ well-known phrase that the Convention determines the “outer limits”17 of the jurisdiction of the ICSID and its tribunals. In other words, it is within the limits determined by the basic ICSID Convention that the BITs may determine the jurisdiction and powers of the ICSID tribunal, and it is not for the Contracting Parties in their BIT to extend the jurisdiction of the ICSID tribunal beyond the limits determined by the basic ICSID Convention. From this it follows that, while the Contracting Parties to the BIT are free to confer to the ICSID tribunal a jurisdiction narrower than that provided for by the Convention, it is not for them to extend the jurisdiction of the ICSID tribunal beyond its determination in the Convention.”

yorumuna bırakıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu husus aslında diğer bir tartışma olan taraflar tüzel kişinin vatandaşlığını ICSID uygulaması açısından anlaşma ile belirleyebilirler mi sorusunun da cevabıdır. *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v The Republic of Guinea* davasında⁶³, MINE bir Lichtenstein şirketi olmasına rağmen, ICSID tahkim şartında taraflar yatırımcının “İsviçreli” sayılacağı konusunda anlaşmışlardır⁶⁴. Dikkat edilirse burada yatırım yapılan devlet vatandaşı olup da yabancı kontrole tabi bir şirket yoktur. Burada üçüncü bir devletin vatandaşı olan şirketin doğrudan taraflarca anlaşmak suretiyle bir taraf devlet vatandaşlığının kazandırılması durumu vardır⁶⁵. Kesin kararı veren ICSID heyeti, kendisini yetkili görmüştür. Gerekçe ise, tüzel kişi vatandaşlığına dair kriterlere bir yenisini ekleyecek türdendir: ICSID hakem heyetine göre kontrolü elinde tutan pay sahibinin İsviçre vatandaşı olması tüzel kişinin vatandaşlığını olumlu yanıtlamak için yeterlidir. Bu husus günümüzde kabulü zor bir kriterdir çünkü yukarıda da vurgulandığı üzere %99 hisse oranının Ukraynalı kişilerin elinde olduğu bir şirket dahi Ukrayna vatandaşlığında değil Litvanya vatandaşı kabul edilmiştir.

Gerçek kişilerin vatandaşlığının, ICSID bağlamında da yine bu kişinin milli hukuku uyarınca tespit edileceği vurgulanmaktadır⁶⁶. Burada dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, madde 25/f.2-b hükmü uyarınca ICSID açısından “yabancı sayılma” imkânı sadece tüzel kişiler için öngörülmüştür, dolayısıyla bir BIT hükmü ile de bu imkân gerçek kişilere tanınmaz⁶⁷. Kontrol edenin vatandaşlığı da önemli değildir. Madde hükmü sadece “yabancı kontrol” demektir, yoksa kontrol eden şirketin de taraf devlet vatandaşlığına sahip olmasını ayrıca şart koşmamaktadır. Bir görüş güncel bazı kararlara dayanarak, uluslararası hukukun gerek gerçek gerek tüzel kişi vatandaşlığı için yine ulusal hukuka yönlendirme yaptığını savunmaktadır⁶⁸. Gerçekten de Türk hukukunda tüzel kişiler açısından “yabancılık”, statüsündeki idare merkezine göre belirlenmektedir⁶⁹. Dolayısıyla statüsündeki idare merkezi yabancı bir ülkede bulunan tüzel kişiler yabancı sayılmaktayken; idare merkezi Türkiye’de olan tüzel kişiler, *yabancı kontrol* istisnası dışında, Türk sayılacaklardır.

Sonuç olarak ICSID Sözleşmesi madde 25 kapsamında tüzel kişinin vatandaşlığına dair sorunların çözümünde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. “Hangi hukuka göre”

63 ICSID Case ARB/84/4.

64 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, s. 97-98:

“The fact that Liechtenstein is not a Contracting State, i.e., a party to the Convention, raised an issue as to the jurisdiction of the Centre which is limited to disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States. That issue appears to have been resolved at the outset in favour of jurisdiction based on the Swiss nationality of MINE’S controlling share holder. The Award does not mention the issue and Guinea has not commented on it in its application for annulment.”

65 Lew (n 7) 30.

66 Astorga (n 25) 440. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından bir gerçek kişinin vatandaşlığı, Türk Vatandaşlık Kanunu uyarınca belirlenir.

67 ibid 441.

68 Robert Wisner and Nick Gallus, ‘Nationality Requirements in Investor–State Arbitration’ (2004) 5 *Journal of World Investment & Trade* 927, 928.

69 Şanlı (n 4) 416.;Giray (n 4) 25–26;Güngör (n 48) 217.

tüzel kişi kurulmuşsa onu bu ülkenin vatandaşı saymak her zaman gerçekçi ve hak-kaniyetli sonuçlar vermemektedir. Bu nedenle, örneğin sermaye akışı ve kaynağının da vatandaşlığı belirlemede rol oynaması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁰. Vurgulayalım ki, BIT hükümleri ICSID Sözleşmesi sınırları dâhiline yorumlanmalıdır yoksa ICSID hü-kümleri BIT hükümleri dikkate alınarak amaçlarına aykırı şekilde yorumlanamazlar.

b. Hukuki Uyuşmazlığın Bir Yatırımdan Doğrudan Kaynaklanmış Olması

i. Genel Olarak

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1’de “*yatırımdan kaynaklanan*” ifadesi bulunmakla beraber, yatırım kavramı Sözleşmede tanımlanmamıştır. Birçok ikili yatırım anlaşmalarında ise yatırım ile yatırımcı kavramları tanımlanmaktadır. Tanımı olmamakla beraber, öğretide doğrudan “yatırım” kavramına ilişkin uyuşmazlıkların “ilginç şekilde” oldukça az sayıda oldukları vurgulanmaktadır⁷¹. Tarihsel açıdan önceden ev sahibi ülke vatandaşlarıyla aynı korumalardan yararlanması öngörülen yatırımcının, zamanla çeşitli ve özellikli korumalardan yararlandırıldığı da haklı olarak vurgulanmaktadır⁷².

Yatırımla bağlantılı olarak, gerçek veya tüzel kişilerin *yatırımcı* kimliği ön plana çıkmaktadır. ICSID’in yargılama yetkisinin doğması açısından ayrıca *yatırımcı* kavramını irdelemeyeceğiz. Esasında ICSID Sözleşmesi hükümleri anlamında “*yatırımda bulunan kişi*” yatırımcı olarak kabul edileceği için *yatırım* kavramı üzerine yoğunlaşmak dolaylı olarak *yatırımcı* kavramına da açıklık getirecektir. Yatırımcıdan kaynaklanan sorunları ise bir üst başlıkta ele aldığımızdan dolayı, burada yatırım şartının kapsamının belirlenmesinden kaynaklanan sorunları ele alacağız.

ii. Yatırım Şartının Kapsamından ve Uyuşmazlığın Niteliğinden Kaynaklanan Sorunlar

Yatırım kavramının tanımına, ICSID Sözleşmesi’nde rastlanılmamaktadır. Doktrinde bir görüş bu “bilinçli” tanımlama eksikliğinin bir yönüyle iyi olduğunu ve böylece ICSID tahkiminin hem *genel* yatırım hem de *yeni yatırım türlerini* de esnek bir biçimde kapsayabileceğini ileri sürmüştür⁷³.

Gerçekten de sadece proje finansmanı değil, aynı zamanda hizmet sektörü ile teknoloji gibi pek çok alanda da *yatırım* uyuşmazlığı doğabilmektedir. Ancak doktrinde, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında “*kalıcı* bir ekonomik bağ kuramayan” ilişki-

70 “Contrary to what the Decision maintains, when it comes to ascertaining the international character of an investment, the origin of the capital is relevant, and even decisive.”

71 Lew (n 7) 26.

72 Melis Avcı, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 95, 98–108.

73 Lew (n 7) 26–27.

rin yatırım olarak nitelendirilemeyeceği vurgulanmıştır⁷⁴. Örneğin normalde devasa projelerde yer alan bir yabancı “yatırımcı”; eser sözleşmesi kapsamında Türkiye’de bir seferliğine otel inşa etse bu, Türkiye açısından bir yatırım sayılmayacaktır. Aksine yorum, tüm döviz kazandıran “yatırım” görünümlü projelerini ICSID yetkisinin bir şartı anlamında *yatırım* olarak kabul etmemize sebep olur ki bu da hükmün amacı ile bağdaşmayacaktır.

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*⁷⁵ davasında yatırımın bazı temel unsurları belirlenmiş ve unsurlar da sonradan “Salini Kriterleri” olarak anılmıştır. Bu kriterlere göre yatırım mutlaka 1) Bir parasal harcama veya katılım içermeli 2) Yatırım belirli bir süre yatırım yapılan devlette kalmalı yani geçici olmamalı 3) Yatırımcı açısından bir risk söz konusu olmalı ve 4) son olarak da yatırım, yatırım yapılan devlete “ekonomik bir katkı” sağlamalıdır. Yukarıda vurguladığımız üzere Türkiye, taraf olurken bildirdiği Deklarasyon’da, aynı zamanda yatırımın kendi yabancı yatırım mevzuatına uygun olarak yapılmasını da şart olarak aradığı için bu şartların iyi niyetle ve mevzuata uygun bir halde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Son olarak belirtelim ki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın *hukuki* karakterli olması yani *cezai* olmaması gerekir. Öğretide ICSID uygulamalarında dava konusu yapılan uyuşmazlığın salt akdi (*contractual*) olması halinde ICSID hakemlerinin yetkisizlik kararı verdikleri vurgulanmıştır⁷⁶. Ayrıca hükmün açık ifadesi gereği bu hukuki uyuşmazlığın, bir yatırımdan *doğrudan* kaynaklanmış olması gerekir. Hükmün bu şekildeki “*doğrudan*” ifadesini, “uygun illiyet bağı” olarak yorumlamak gerekmektedir. Örneğin Türkiye’nin aniden artırdığı vergilerden dolayı zarara uğrayan yabancı yatırımcı bu zararını isteyebileceksen, örneğin aynı vergisel nedenlerle Türkiye’deki yatırımın gecikmesi nedeniyle yatırımcının İran’da zamanında başlamadığı sonraki projesi dolayısıyla uğradığı zararları Türkiye’ye tazmin ettirmesi daha zordur. Bu şartların varlığı her somut olayda hassasiyetle hakemler tarafından değerlendirilerek yetki kararı verilmelidir.

c. ICSID Ek Mekanizma Kuralları’ndan (*Additional Facility Rules*) Kaynaklanan Sorunlar

ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1, ICSID yetkisinin kapsamı ve sınırlarını belirlerken yukarıda incelediğimiz şartları düzenlemiştir. ICSID Ek Mekanizması ise, madde 25/f.1 kapsamına girmeyen bazı uyuşmazlıklarda tarafların ICSID bünyesinde tahkim, uzlaşma ve araştırma yapılmasını istemelerini sağlayan 27 Eylül 1978 tarihinde

74 Akıncı (n 4) 280–281.

75 ICSID Case No. ARB/00/4.

76 Şanlı (n 4) 537, fn.663.

kurulmuş bir yapıdır⁷⁷. ICSID Ek Mekanizması kurallarına atıfta bulunmak suretiyle taraflar iki temel halde bu ek mekanizmadan yararlanabilmektedirler. İlk ihtimalde, eğer taraflardan biri ICSID Sözleşmesi'ne *taraf olmayan* devletse veya yatırımcı bir *taraf* devlet vatandaşı değilse ve de uyuşmazlık bir *yatırımdan* kaynaklanıyorsa bu durumda Ek Mekanizma Kuralları sayesinde ICSID yetkili olmaktadır. İkinci ihtimalde ise, madde 25/f.1 yatırımdan kaynaklanan “doğrudan” uyuşmazlıkları el aldığından Ek Mekanizma sayesinde ICSID, *yatırımdan doğrudan kaynaklanmayan* ve fakat taraflardan en az biri akit devlet *veya* akit devlet vatandaşı yatırımcı olan uyuşmazlıklarda da yetkili hale gelmektedir. Bu uyuşmazlıklarda yetkili olan Ek Mekanizma kurumudur yani Merkez değildir. Ancak burada vurgulanması gereken şudur: Her ne kadar ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1 şartları oluşmadığından ICSID tahkim vs. şartları oluşmamış olsa da, ICSID oluşturduğu ek bir birim vasıtasıyla yetkisini oldukça genişletmektedir. Peki, bu yetki açısından bir sorun mudur? Diğer bir ifade ile ICSID merkezinin sonradan bir Ek Mekanizma kurarak dolaylı şekilde yetkisini oldukça genişletmesi gerçeği nasıl karşılanmalıdır?

Tarafların tahkim iradelerini, bir kurum olan ICSID merkezinden yana kullanmaları ve Ek Mekanizma tahkimini öngörmeleri ICSID Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmez. Fakat burada önemli bir problemin de tartışılması gerekir: ICSID Ek Mekanizma tarafından verilecek olan kararlar, iptale konu olmaksızın doğrudan tenfize konu olacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek güçtür zira ICSID EK Mekanizma Kuralları'na dayanılarak verilen kararlar, ICSID Sözleşmesi madde 25/f.1 kapsamı dışında olup dolayısıyla da ICSID Sözleşmesi kapsamı dışındadır. Nitekim Ek Mekanizma Kuralları'nda da açıkça, ICSID Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün bu kapsamda yürütülecek yargılamalara uygulanmayacağı da vurgulanmıştır⁷⁸. Bu vurgu ve ayırım önemlidir çünkü ICSID Sözleşmesi madde 54/f.1 uyarınca bu kapsamdaki bir hakem kararı; sadece taraf yatırımcı ile yatırım yapılan devleti değil aynı zamanda, tüm taraf devletleri de sanki kendi mahkemelerince verilen bir kesin kararımış gibi bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle ICSID Ek Mekanizması Kuralları sistemi, taraf olmayan devlet ve/veya taraf olmayan bir devlet vatandaşı yabancı yatı-

77 The ICSID Additional Facility Rules: The ICSID Additional Facility Rules **define** the scope of the Facility. Disputes between a State and a national of another State are eligible for arbitration under the Facility if:

*they are investment disputes between parties, one of which is not an ICSID Member State or a national of an ICSID Member State; or

*they do not directly arise out of an investment between parties, at least one of which is an ICSID Member State or a national of an ICSID Member State.

Because such disputes are not covered by the ICSID Convention (see Article 25(1) of the ICSID Convention), none of the provisions of the ICSID Convention is applicable to Additional Facility proceedings (Article 3 of the Additional Facility Rules).

An agreement to arbitrate under the Additional Facility Rules is subject to approval by the Secretary-General under the Additional Facility Rules (Article 3) before proceedings can commence.

78 Article 3

Convention Not Applicable

“ Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein.”

rımcı arasındaki ilişkileri ele aldığından dolayı, *taraf* devlet ile *taraf* devlet vatandaşı yatırımcı arasındaki uyumsuzluklara tanınan bu özellikli imkândan yararlanamaz. Bu nedenle ICSID Ek Mekanizma Kuralları'na göre verilen kararların, bu ayrıcalıklı hükümden yararlanamayacağı açıktır. Yatırımcı, ICSID Ek Mekanizması Kuralları vasıtasıyla lehine elde ettiği bir kararı, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan diğer devletlerde öncelikle tanıma ve tenfize konu etmek zorunda kalacaktır.

ICSID Ek Mekanizma Kuralları uygulanmak suretiyle gerçekleştirilecek tüm tahkimlerde, tahkimin yerinin New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olması şartı ile tahkim yeri de sınırlandırılmıştır. Bu vurgu, aynı zamanda ICSID Ek Mekanizma Kurallarıyla elde edilen tahkim kararlarının doğrudan tanıma ve icraya konulma ayrıcalığının olmamasının da bir sonucudur. New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olma zorunluluğu, yerel hukuklara nazaran genellikle daha kolay ve öngörülebilir tanıma-tenfiz şartlarının olmasını da beraberinde getirmektedir. ICSID Ek Mekanizma Kurallarına göre verilen hakem kararları böylece, ICSID hakem kararlarının aksine, doğrudan taraf devletçe icraya konu olamamakta ancak öngörülebilir tahkim yeri zorunluluğundan dolayı tahkim lehine kuralları olan bir hukuk sistemine de yönlendirilmektedir.

Sonuç

ICSID tahkimi yaklaşık yarım yüzyıl kadar gerek devletler gerekse de yatırımcılar tarafından aktif bir şekilde kullanılmakta olan bir tahkim yolu olmakla beraber, uygulamada ICSID yetkisinden kaynaklı sorunlara hala rastlanılmakta ve bu sorunlar doktrinde tartışmalara yol açmaktadır. Bu makalemizde, ICSID tahkiminde yetkiden kaynaklanan *başlıca* sorunlara değindik. Sadece yetki ile alakalı bütün sorunları tartışmak bile, çalışmamızın kapsamını oldukça genişleteceği endişesi ile uygulamada en çok rastlanan bazı sorunları ICSID yetkisi kapsamında ele aldık.

Bu sorunlardan bazıları güncel olmakla beraber, bazı sorunların ICSID'in ilk yıllarından beri tartışıldığını da söylemek mümkündür. Bu çalışmamızda, gerçek kişi yatırımcının birden fazla vatandaşlığa sahip olması ile tüzel kişi yatırımcının vatandaşlığının nasıl tespit edileceği sorunu üzerinde durduk. Ayrıca, rızanın verilip verilmediğine ilişkin bazı halleri ve uygulamada karşılaşılan problemleri ele aldık. Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin açtığı veya yatırımdan doğrudan kaynaklanmayan bazı davalarda Ek Mekanizma Kuralları'na göre verilen kararlara ilişkin bazı tartışmalara değindik.

ICSID yetkisinin bir somut uyumsuzlukta varlığı veya yokluğu, uyumsuzluğun ICSID tarafından karara bağlanabilmesi için ana şart olduğundan bu tür tartışmalı yetki durumlarında tarafların menfaatleri ile devletin egemenlik haklarının zedelenmemesi prensipleri de nazara alınarak hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak gerekir. Sonuç olarak, ICSID yetkisinden kaynaklanan sorunlar güncel gelişmelere bağlı olarak değişikliğe uğramakta ise de uygulamada tartışmalar bitmeyecek görünmektedir.

Kaynakça/References

- Akıncı Z, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 277
- Astorga RR, ‘Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence’ (2007) 11 Max Planck Yearbook of United Nations Law 417
- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ 31 Public and Private International Law Bulletin 91
- Avşar M, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 95
- Born G, *International Arbitration – Cases and Materials* (Wolters Kluwer 2011)
- Çal S, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009)
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15. Bası, Savaş Yayınevi 2018)
- Egemen Demir I, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitapevi 2014)
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK m. 407-444)* (Beta 2013)
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4. Bası, Beta 2014)
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013)
- Essien V, ‘Aron Broches, Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law’ (1995) 19 Fordham International Law Journal 823
- Gaillard E, ‘The Denunciation of the ICSID Convention’ (2007) 237 (122) New York Law Journal
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013)
- Gölcüklü İ, ‘Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration’ (2018) 37 Public and Private International Law Bulletin 352
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015)
- ‘History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Memorandum of the Meeting of the Whole’ (1965) Vol. II ICSID Publications
- Lew JDM, *Contemporary Problems in International Arbitration* (Centre for Commercial Law Studies, The Eastern Press Ltd 1986)
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24. Bası, Filiz Kitapevi 2018)
- Özdamar M, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) XVII Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. Bası, Beta 2016)
- Schreuer C, ‘Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration’ in Claire Balchin Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung (ed), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010)
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003)
- Wisner R and Gallus N, ‘Nationality Requirements in Investor–State Arbitration’ (2004) 5 Journal of World Investment & Trade 927

Güney Kore’de Uluslararası Ticari Tahkim*

Seon Yeong Hong**

Öz

Türkiye, 25 Haziran 1950 yılında başlayan Kore Savaşı’na 25 Temmuz 1950 yılında Güney Kore’ye müttefik kuvvet olarak asker gönderme kararı almıştır. Bu yüzden Türkiye ve Güney Kore birbirlerini kardeş ülke olarak kabul etmişlerdir. Güney Kore ve Türkiye arasındaki önemli antlaşmalardan biri olan resmi ticari antlaşma (FTA / Free Trade Agreement- Serbest Ticaret Antlaşması) 26 Mart 2012 tarihinde imzalanmıştır. Kore Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ve Kore Ticari Tahkim Kurulu’nun (KCAB) kurulması 1966 yılında gerçekleşmiştir. KCAB’ın uluslararası tahkim kuralları 15 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. KCAB, yerel ve uluslararası tahkim kurallarını kendine uygun olarak uyarlamıştır. Güney Kore, 1958 tarihli New York Anlaşmasına (New York Convention) 1973 yılında katılmıştır. Normalde Kore Mahkemeleri, tahkime ve tahkim seçen taraflara genel olarak olumlu yönde yaklaşmaktadır ancak Kore mahkemelerinin 2003-2004 yılları arasında tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında verdiği kararlar, dönüm noktası niteliği taşıdığı için bu çalışma açısından incelenmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Güney Kore’de Tahkim • KCAB • Kore Tahkim Kanunu • Kore Ticari Tahkim Kurumu • New York Anlaşması • Yabancı hakem kararlarının Güney Kore’de tenfizi

International Commercial Arbitration in South Korea

Abstract

Korea and Turkey has been in blood allies relationships since Turkish government decided to send troops to South Korea for Korean War (6.25 war) on 25.07.1950. Korea and Turkey had agreed FTA on March 26th 2012. Korean Arbitration Act had promulgated and the Korean Commercial Arbitration Committee was firstly inaugurated as an exclusive administrative institution for the arbitrations of commercial disputes in the Chamber of Commerce of Korea in 1966. The Arbitration Rules of KCAB were brought into effect on Jan 15, 2005. KCAB has international and domestic rules. Korea acceded to New York Convention in 1973. 4. In general, Korean courts supports arbitration procedures, however it is important for this study to examine landmark court decisions related to the validity of arbitration approach rendered by South Korean Courts between 2003-2004.

Keywords

Arbitration in South Korea • KCAB, Korean Arbitration Act • New York Convention • Enforcement of Foreign Arbitral Awards in South Korea • International Chamber of Commerce of South Korea • The Arbitration Rules of KCAB

* Bu makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programı kapsamında Doç. Dr. Emre Esen danışmanlığında 2017’de savunulan yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** **Sorumlu Yazar:** Seon Yeong Hong, Trainee Solicitor in England. SOAS-University of London (LLB.), Istanbul University (LLM.), Londra, İngiltere. Eposta: sunlight2080@gmail.com

Atf: Seon Yeong Hong, “Güney Kore’de Uluslararası Ticari Tahkim” (2018) 38 PPIL 311, 337. <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0100>

Extended Summary

The first regulation on arbitration in South Korea was made in 1966 under the Korean Arbitration Act. This act was later amended on 31 December 1999 as the UNCITRAL Model Law. Finally, in 2016, comprehensive changes have been made based on the 2006 UNCITRAL Model Law. The Korean Arbitration Act, which was revised in 2016, is in force today. The Korean Arbitration Act regulates both national and international arbitrations. Korean Arbitration Act applies to arbitrations seated in Korea, with exceptions. In addition, Korea became a party to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in 1973 and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States in 1967. In Korea, these contracts will also apply to the enforcement of foreign arbitral awards.

Since the Korean Arbitration Act was revised on the basis of the 2006 UNCITRAL Model Law, it has the legislation in accordance with international standards on issues such as the validity of the arbitration agreement and arbitration procedure. According to Article 3 of the Korean Arbitration Act, the arbitration agreement is an agreement between the parties on the settlement of all or some of the disputes arising from an existing legal relationship, whether or not due to the contract or not. Arbitration agreements are defined in accordance with the UNCITRAL Model Law. However, in some of the 2003 and 2004 decisions of the Korean courts, the Korean courts have made comments that would invalidate the arbitration agreement. Normally, the Korean courts are approaching the parties who choose arbitration and arbitration in a positive way. However, it is important that the Korean courts review these decisions in terms of the validity of arbitration agreements between 2003-2004, as it is a landmark. The most important result of these decisions is the decrease observed in applying to KCAB after these years.

In South Korea, the Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) should be mentioned in terms of international commercial arbitration. The Korean Commercial Arbitration Board is the only institutional arbitration center in Korea. The Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), located in Seoul, is based on the Korean Arbitration Act of 22 March 1966. KCAB shall be applied for both local and international legal disputes. In 1966, 21,416 arbitration and mediation requests were filed by KCAB. The South Korean government pursues a policy in favor of the arbitration.

In South Korea, the New York Convention is applied for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. According to Article 6 of the South Korean Constitution, international treaties and conventions adopted by South Korea have the same effect as the Korean laws. There is no difference between the Korean Arbitration Act and the New York Convention regarding to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Korean Arbitration Act will be applied to the issues that if they are not regulated in the New York Agreement.

In practice, the courts in Korea have a positive view of the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The most common reason for rejection in cases involving the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Korean courts is non-compliance with public policy.

Güney Kore’de Uluslararası Ticari Tahkim

Günümüzde Kore’de uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetler gittikçe gelişmekte ve genişlemektedir. Bu faaliyetler neticesinde bir uyuşmazlık çıktığında, karşımıza çıkan ihtilaf çözüm yollarından biri de milletlerarası tahkimdir. Güney Kore, New York Anlaşması’na (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) 42. ülke olarak 1973 yılında katılmıştır.¹ Kore Hukukunda 1767 sayılı tahkim ile ilgili yasa (Kore Tahkim Kanunu) 16 Mart 1966 tarihi’nde yürürlüğe girmiştir. 1966 yılında Kore Tahkim Kanunu’nun yayınlanmasından önceki dönemlerde uluslararası ticari ihtilafların çözümü için Kore Medeni Usul Kanunu uygulanmıştır. Günümüzde ise 1966 senesinde yürürlüğe giren ve en son 2016 tarihinde değişikliğe uğrayan Kore Tahkim Kanunu² yürürlükte ve artık tahkim konusunda başka kanunlardan yararlanma ihtiyacı bulunmamaktadır.

Kore Hukuku’nda tahkim ile ilgili çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Konumuz uluslararası ticari tahkim olduğu için, tahkime ilişkin düzenlemeler sadece ticari tahkim ile sınırlı olarak incelenecektir.

Çalışmada ilk olarak Kore hukukunda tahkime ilişkin genel kanun niteliğindeki Kore Tahkim Kanunu’ndan bahsedilecektir. Kore Tahkim Kanunu, 1966 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren sırasıyla 1973, 1993, 1997, 1999, 2001, 2002, 2010 ve 2016 yıllarında değişikliklere uğrayarak günümüze ulaşmıştır. 1999 yılında yapılan değişiklikler ile Kore Tahkim Kanunu tamamen değiştirilmiş ve 2006 tarihli UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır.³ 1999 yılındaki kanun değişikliğinden itibaren yapılan diğer kanun değişiklikleri 1999 yılında çıkarılan kanunun esasına uygun kalarak düzenlenmiştir. Kore Tahkim Kanunu’nun bugün yürürlükte bulunan en güncel hali 29.05.2016 tarihli ve 14176 sayılı ‘Kore Tahkim Kanunu’dur. Bu Kanun ile Kore’de tahkim konusu yeniden düzenlenmiştir. Kanun, tahkim yeri olarak Kore’nin belirlendiği tekml tahkim prosedürlerini düzenlemektedir. UNCITRAL Model Kanunun aksine Kore Tahkim Kanunu kapsamı ticari ve milletlerarası uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Kore Tahkim Kanunu’nun incelenmesinin ardından Kore Ticari Tahkim Kurulu (KCAB) ve KCAB’nin tahkim kuralları incelenecektir.

Çalışmada son olarak yabancı hakem kararlarının Kore’de ne şekilde tenfiz edileceği meselesi ele alınacaktır. Kore Tahkim Kanunu’nun 37. maddesi, tahkim kararlarının yerli ve yabancı kararlara ayrılarak tanınmasını ve tenfizine ilişkin şartları düzenlemektedir. Kore Tahkim Kanunu’nun 37. maddesine göre, ‘Yabancı bir hakem

1 <<http://www.newyorkconvention.org/countries>> (E.T. 02.10.2018)

2 14176 sayılı ve 29.05.2016 tarihli kanun ile değişikliğe uğrayan Kore Tahkim Kanunu’nun Kore Ticari Tahkim Kurumu tarafından yapılan İngilizce tercümesi için bkz. <http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_eng/law/law_01_ex.jsp> (Çevrimiçi 02.10.2018)

3 Junsang Lee, Young Shin Um, *The New Arbitration Act of Korea: Focus on the New Interim Measure Regime and Courts’ Assistance in Evidence Taking*, (Korean Arbitration Review, KCAB 2016) 16.

kararının Kore'de tenfiz edilebilmesi için tenfiz isteminin Kore mahkemeleri tarafından kabul edilmesi, onaylanması şartı aranmıştır.' Ayrıca Güney Kore New York Anlaşmasına da taraf olduğundan yabancı hakem kararlarının Kore'de tanınması veya tenfizi için New York Anlaşması'nın uygulanması da söz konusu olmaktadır.

I. Kore Tahkim Kanunu

A. Genel Olarak

Kore Tahkim Kanunu'nun en güncel hali 29.05.2016 tarihli ve 14176 sayılı kanun ile değiştirilen 'Kore Tahkim Kanunu'dur. Kanun, tahkim yeri olarak Kore'nin belirlendiği tahkimleri kapsamına almaktadır. Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi Kanunun amacını ve 2. maddesi Kanunun kapsamını düzenlemiştir.

Kanunun 1. maddesine göre, bu Kanunun temel amacı, özel hukuk alanına dâhil ihtilafların tahkim yoluyla doğru, hızlı ve tarafsız bir şekilde çözülmesini sağlamaktır. Maddenin ikinci fıkrasında, bu Kanunun, tahkim yeri Güney Kore olduğu zaman uygulanabileceği ifade edilmiştir. Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ICSID⁴ ve New York Anlaşması⁵ gibi Güney Kore'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar varsa ihtilafların çözümünde bu uluslararası anlaşmalarda yer alan kurallar saklıdır.

Kore Tahkim Kanunu'nun 1.maddesinde Kanunun kapsamı düzenlenmiştir. Tahkim konusu olabilen ihtilaflar 'özel hukuk ihtilafları'dır.⁶ Bu ihtilaflar medeni ve ticari meseleleri işaret etmektedir. Kore Tahkim Kanunu'nun 1.maddesindeki 'özel hukuk' tabirinin ve Kore ticaret hukukundaki 'ticari eylem'in anlamı, UNCITRAL Model Kanunun 1.kısımında tanımlanan 'ticari iş' kapsamından daha geniştir çünkü UNCITRAL Model Kanundaki Tanım, medeni hukuk ihtilaflarını kapsamamaktadır. Mesela ticari olmayan ama özel hukuka ilişkin olan uyuşmazlıklar UNCITRAL Model Kanun'a göre tahkime elverişli değil Kore Tahkim Kanunu'na göre elverişlidir. Bu sebeple doktrin⁷ şimdiki Kore Tahkim Kanunu'nun kapsamının UNCITRAL Model Kanundaki gibi olması ve ticari olmayan ihtilaflarda uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Kore Tahkim Kanunu'nun 5. maddesinde, mahkemede tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasından kaynaklanan haklardan feragat hallerinden bahsedilmektedir. Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak mahkemede dava açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Ancak davalı taraf süresi içinde tahkim itirazında bulunmazsa, davalının tahkime gitme hakkından feragat ettiği kabul edilir.

4 Güney Kore 18 Nisan 1966'da taraf olmuştur. (www.icsid.worldbank.org)

5 Güney Kore 8 Şubat 1973'te taraf olmuştur. (www.newyorkconvention.org)

6 Kwang-Rok Kim, *How Do You Settle Business Disputes with Koreans: The Advent of A New Amendment to the Korean Arbitration Act*, (Transnat'l Law 227, 2002) 230.

7 Lee Kang Bin, *The Development History and Activation Measures of Commercial Arbitration System in Korea (With Respect to 40 Years of Korean Arbitration Law and Practice)*, (The International Commerce & Law Review 무역상무연구, 32) 65-70.

Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder. Bu maddenin amacı bir kere tahkim usulü başladıktan sonra tahkim anlaşması ile ilgili olarak taraflar arasında uyuşmazlık varsa bile artık tahkim sürecinin devam etmesini korumaktadır.

Kore Tahkim Kanunu'nun 6. maddesi, tahkime müdahalenin sınırını çizmekte ve 7.maddesi ise tahkimde görevli ve yetkili mahkeme hakkındaki düzenlemeleri içermektedir. 6. maddeye göre, 'milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için görevli ve yetkili mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler.' Kanunun 7. maddesinde, tahkim yeri mahkemesinin görevli ve yetkili mahkeme olduğu, ancak iki tarafın tahkim anlaşmasında tahkim yerini belirlemediği hallerde, davalının ikamet yeri veya işyeri ve bu ikisi yoksa veya belirlenemiyorsa davalının mutad meskeni ya da davalının bilinen en son mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Kanunun 6. maddesine göre, Kore mahkemeleri bu kanunla ilgili olan konular dışında tahkim yargılamasına dâhil olmamalıdır. Bu madde önemlidir çünkü maddede hangi konuların bu kapsama dâhil olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Maddedeki bu belirsizlikten dolayı, nelerin bu madde kapsamına girdiği doktrin ile Kore mahkemeleri arasında tartışmalıdır ve farklı görüşler bulunmaktadır.

B. Tahkim Anlaşması

Kore Tahkim Kanunu'nun 8. maddesinin 1.fıkrası, tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerliliğini düzenlemektedir. Tahkim anlaşması, adi yazılı şekilde yapılabilir. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan bir şart şeklinde yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak yapılabilir. Tahkim anlaşmasının sözlü bir şekilde yapılması mümkün değildir. Kanunun 8. maddesinin 3. fıkrasında, tahkim anlaşmasına ilişkin yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telex, faks gibi bir iletişim aracı ile veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir şekilde tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.⁸

Kanunun 3. maddesinde, tahkim anlaşmasının tanımı yapılmıştır. Buna göre tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.

8 Chang-Sop Shin, *Korea's New Arbitration Act and Its Implications for International Commercial Arbitrations in Korea*, 16 J. Arb. Stud. 3, 2006) 11.

Kanunun 9. maddesi, tarafların tahkim anlaşması hakkında ihtilafa düşmesi konusuna açıklık getirmiştir. Olağan hallerde taraflar anlaşmazlık konularında çözümünü devlet mahkemelerinde dava yolu ile halletmektedirler. Devlet mahkemelerinde dava açma hakkı olağan bir haktır. Ancak taraflar devlet mahkemelerine gitmek yerine, aralarında anlaşarak tahkim yoluna gidebilirler. Tahkim, tarafların zorunlu olmadığı ama ihtiyari olarak seçebilecekleri bir çözüm yoludur. Ancak burada tarafların tahkim yoluna karşılıklı olarak rıza göstermeleri gerekir. Her iki tarafın anlaşması halinde tahkime gidilebilir.

Bir taraf devlet mahkemesinde dava açarsa ve karşı taraf aralarında bir tahkim anlaşması bulunduğunu davada ileri sürerse, açılan davanın kaldırılması gerekir. Ancak tahkim anlaşması yoksa veya geçerli bir tahkim anlaşması bulunmuyorsa devlet mahkemesi bu istemi redderek davayı görmeye devam edecektir. Yani devlet mahkemesinin, tahkimin çözüm yolu olup olmayacağına ve geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığına dair vereceği kararlar, tahkim mahkemesinin görevlerinin sınırlarından ilkinin oluşturmaktadır.

Kore Yargıtayı'nın 2003 yılında verdiği 2003da318 sayılı karar, Rotem Şirketi ile Güney Kore Devleti arasında borç ilişkisi bulunup bulunmadığı hakkındaki davada, demiryolu parçası sektöründe faaliyet gösteren Rotem Şirketi, taraflar arasında ürün tedarik etmek konusundaki anlaşmanın maliyetinin azaltılması amacıyla Güney Kore devleti aleyhine 30 Aralık 1999'da KCAB'a tahkim başvurusunda bulunmuştur. Güney Kore devleti, taraflar arasındaki sözleşmede tahkim anlaşması olmadığını iddia etmiştir. Yargıtay'ın, tarafların arasındaki sözleşmede resmi olarak geçerli bir ihtiyari tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı ve bunun geçerli olup olmadığı konusunda karar vermesi gerekmektedir. Yargıtay; tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerine müracaat hakkını engellemeyeceği, tarafların tahkim veya devlet mahkemesi yollarından birini seçebileceği ve taraflardan biri tahkime gitmek istemediği takdirde tahkim yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığına karar vermiş ve Rotem şirketinin tahkim talebini reddetmiştir.

Kore Yargıtayının 2004 yılında verdiği (2004da42166 sayılı kararda), Demiryolları Hatları Kurumu ile birkaç inşaat şirketi arasında geçerli bir tahkim olup olmadığına ilişkindi. Uyuşmazlığa bakan hakem heyeti, Kore Demiryolları Hatları Kurumu aleyhine karar vermiş ve inşaat şirketlerine lehine tazminat ödenmesine hükmetmişti. Bu karara karşı Kore Demiryolu Hatları Kurumu dava açmış ve tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını beyan etmiştir. Böylece Yargıtay, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını karara bağlamak durumunda kalmıştır. Yargıtay bu kararı verirken; Kore Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tahkim tanımını, 8. maddede yer alan tahkim sözleşmesinin şekli ile ilgili düzenlemeyi ve 9. maddenin 1.fıkrasında yer alan devlet mahkemesinin gelen talebi ne zaman reddedebileceği ile ilgili düzenlemeleri dikkate almıştır. Olayda Yargıtay,

tarafklar arasındaki sözleşmede bir tahkim anlaşması yer alsa bile, taraflardan birinin tahkime gitmek istemediğini beyan etmesi ve tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürmesi hâlinde tahkim anlaşmasının uygulanmayacağına karar vermiştir.⁹

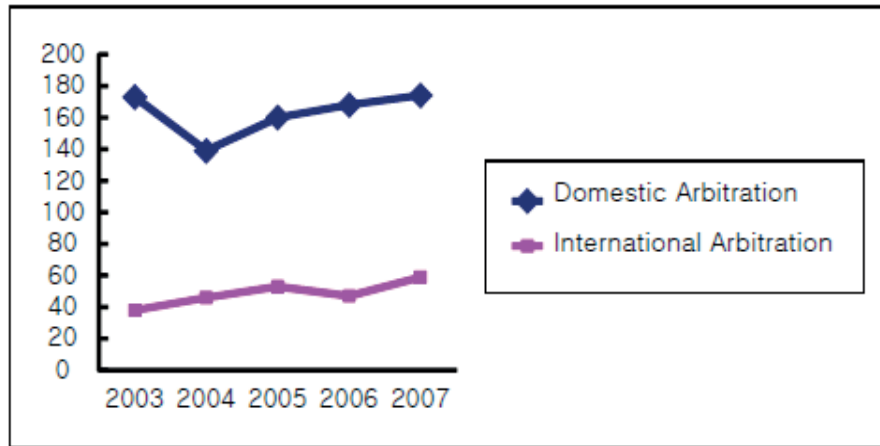
İhtiyari tahkim klotunun geçerliliğine ilişkin bu Yargıtay kararlarından dolayı Güney Kore'deki tahkim merkezi KCAB'daki yerel ve uluslararası tahkim davası başvuru sayısının etkilendiği Tablo 1 ve Grafik 1'den açıkça anlaşılmalıdır. Bu oran 2004 yılında %20'ye kadar düşmüştür. Uluslararası tahkim davası en az sayıda 2000 yılında açılmıştır, bu oranın en fazla olduğu sene ise 78 dava ile 2009 senesi olmuştur.

Tablo 1
KCAB Yerel ve Uluslararası Tahkim Davaları¹

Type	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Domestic	135	132	163	173	139	160	168	174 ⁵⁰	215	240	264
International	40	65	47	38	46	53	47	59	47	78	52
TOTAL	175	197	210	211	185	213	215	320	262	318	316

(2000-2010)

Grafik 1
KCAB Yerel ve Uluslararası Tahkim Davalarının Yüzdesi



(2003-2007)

2003'den 2004'e kadar KCAB yerel davasının sayısı 173'den 139'a kadar düşmüştür. 2009 yılında yerel tahkim davası sayısı yeniden 174'e kadar yükselmiştir. Bu süre zarfında uluslararası tahkim davası sayısında önemli bir değişiklik yaşanmamıştır. Bu yüzden bahse konu Yargıtay kararları, KCAB'ın yerel tahkim davalarına olumsuz

9 <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Cases-Commentary-View?Serial=724>; <http://blog.naver.com/hanstarlaw/20007484551>> (E.T. 01.09.2018)

anlamda etki etmiştir. Ayrıca o zamana kadar KCAB'ın kullanılmasını canlandırmak için gösterilen çabalar Yargıtay'ın yukarıdaki iki kararı nedeniyle, olması gerekenden daha az etkiye neden olmuştur. Bahse konu kararlar, KCAB'daki tarafların tahkim klotunu kendi sözleşmelerine eklemekten çekinmelerine sebep olmuştur.¹⁰

Tarafların tahkimi tercih etme nedenleri, özerklik, özgürlük, zaman ve masraflarına olumlu etki yapmak gibi avantajlara sahip olmasıdır. Ancak Kore Yargıtayı, yukarıdaki gibi kararlar vererek tahkimin değerlerini görmezden gelmiştir. Çünkü bu kararlara göre taraflardan birinin ihtiyari tahkim klotuna dayanarak tahkime gidebilme hakkı olmasına rağmen, eğer ki diğer taraf tahkime gitmeyi istemezse, ihtiyari tahkim klotunun etkisi ortadan kalkmaktadır.

Aynı zamanda, tahkimin avantajlarından biri de gizlilik ilkesidir. Ancak eğer iki taraflardan biri tahkime gitmek istemezse ve mahkeme buna onay verirse, o zaman tahkime gitmek istemeyen taraf, devlet mahkemesinde dava açmak zorunda kalacak ve gizlilik ilkesi zarar görecektir.

Kore Tahkim Kanunu'na göre, Kore mahkemeleri, ticari uyuşmazlıklarda tahkime yardımcı olmalıdır. Böylece Kore'de tahkimin gelişebilmesine de katkı sağlayabilecektir. Kore'de tahkim hakkında verilen mahkeme kararlarına bakıldığında, genel olarak mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine saygı gösterdiklerini söyleyebiliriz. Kore mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili meselelerde derinlemesine inceleme yapmakta ve tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlamaktadır. Kore Yargıtayı'nın 2003 ve 2004 yıllarında verdiği bu kararlar, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyen sebepler bulunduğu, ileriye yönelik olası olumsuz sonuçları önleyici olarak değerlendirilmiştir. Bu yüzden uluslararası işlemlerde tahkim konusu hakkında ikiden fazla taraf arasında bir ihtilaf bulunduğu durumlarda tarafların tahkim yerine devlet mahkemelerine yönelmesi gerektiği savunulmuştur.¹¹

C. Hakem Heyeti

Kore Tahkim Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrası, tarafların, hakemlerin sayısını belirlemede serbest olduklarını belirtmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, 'hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa dava ile ilgilenmek üzere üç hakem seçilir' ifadesine yer verilmiştir.¹²

Kanunun 12. maddenin 3. fıkrasında, taraflarca hakem seçimi konusunda herhangi bir anlaşma yapılmadığı takdirde uygulanacak kurallara yer verilmiştir. Buna göre; dava hakkında tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa

10 Michelle Kwon, *The Evolving Relationship between the Korean Courts and the Korean Commercial Arbitration Board: An Examination of Optional Arbitration Decisions in South Korea*, (Inha Law Review The Institute of Legal Studies Inha University Vol.16, No.2, July 2013) 11-21.

11 Jung Hae Duk and Lee Jay K., *Korea*, (The Asia-Pacific Arbitration Review, Global Arbitration Review, 2013)

12 Bin (n 7) 233.

hakem, taraflardan birinin istemi üzerine mahkeme tarafından otuz gün içinde seçilir. Üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem ise üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem, seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Aynı Kanununun 11. maddesinin 4. fıkrasına göre, taraflar hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen;

1. Taraflardan biri anlaşmaya uymazsa,
2. Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa,
3. Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse,

hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine mahkeme tarafından yapılır. 11. maddenin 5. Fıkrasına göre mahkemenin verdiği kararlar kesindir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 12. ve 13. maddelerine göre, tahkimde hakemin seçildiği durumlar için iki tarafın özgürlüğünün ve özerkliğinin korunması önemlidir. 12. maddenin birinci fıkrasına göre hakem herhangi bir ülkenin vatandaşı olabilir; bu konuda bir sınırlama yoktur, taraflar hakem seçimini buna göre özgürce yapabilir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 13. maddesinin ilk fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmektedir. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartları açıklamak zorundadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu, tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Ama hakem kurulunun seçimine katılan bir taraf, bundan sonra sadece bu seçimden sonra ortaya çıkan sebeplerle hakemlerin reddini talep edebilir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 14. maddesi, hakemin reddi usulünü düzenlemektedir. 14. maddenin ilk fıkrasında, taraflara, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırma hakkı tanınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taraflarca hakemin reddi usulünde anlaşma sağlanmadığı takdirde, hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde (Türk hukukunda bu kısım farklı olarak 30 gündür) ret isteminde bulunabilir ve bu istemini karşı

tarafa yazılı olarak bildirir. 14. maddenin üçüncü fıkrasına göre, hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf, ret istemini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı otuz gün içinde (Türkiye'dekiyle süre olarak aynı) mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir. Bu ret isteminin süresinde tahkim yargılaması devam eder ve hakem kararının verilmesine engel bir durum teşkil etmez.

Kore Tahkim Kanunu'ndaki hakem reddi usulü esasen Kore Medeni Usul Kanunu'nun 37. ve 39. Maddesi esas alınarak düzenlenmiştir. Tahkim Kanunu'nun 13. ve 14. maddesinde hakemin reddine sebep olan konu ve ret usulü hakkında düzenleme yapılmıştır. Taraflar Kore Tahkim Kanunu'nun 9. maddesi ile bir hakemin reddi konusunda dava talebinde bulunabilir. Bu iki madde UNCITRAL Model Kanun esas alınarak düzenlenmiştir. Tahkim Kanunu'ndaki 14. maddenin 4. fıkrasına göre, hakemin reddi için taraflarca 14. maddenin 3. fıkrasına göre yapılan talebin sonucunda verilen kararlar kesindir yani bu talebin sonucunda verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, hakem seçiminin sonra hakemlerin yapması gereken ilk iş, taraflar arasında yapılmış olan esas sözleşmede ihtilafların tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir ibarenin bulunup bulunmadığını ve eğer varsa bunun geçerli olup olmadığını incelemektir. Ancak hakemler bu incelemeyi re'sen değil, taraflardan birinin talebi üzerine yapabilir. Bu incelemelerin sonucuna göre tahkim prosedürü ilerleyecektir.

D. Tahkim Usulü

Kore Tahkim Kanunu'nun dördüncü bölümünde, tahkim yargılamasının usulü düzenlenmiştir. Kanununun 19. maddesi, tarafların eşitliğini sağlamaktadır. Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olmalıdır. Taraflara tahkim prosedüründe eşit davranılmalıdır ve taraflara haklarını aramaları için yeterli ölçülerde imkân sağlanması gereklidir. Kanununun 20. maddesi, yargılama kurallarının belirlenmesi ile ilgilidir. Buna göre, taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, Kore Tahkim Kanunu'nun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Kore Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütür.

Kanununun 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında tahkim yerinin nasıl belirleneceği hakkında konuya bir açıklık getirilmiştir. Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir.

Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.

Tahkim Kanunu'nun 23. maddesine göre, tahkim yargılamasında kullanılacak dil veya diller, taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenir.¹³ Tarafların anlaşmasında veya hakemlerin konu ile ilgili ara kararında aksi öngörülmemiş ise, bu dil veya diller, tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır. Hakem veya hakem kurulu, tarafların dayandığı belgelerin tahkim yargılamasında kullanılan dil veya dillerdeki çevirisi ile birlikte sunulmasına karar verebilir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 10. maddesine göre, taraflardan biri tahkim süreci başlamadan önce veya tahkim süreci işlerken tahkime konu uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinden geçici önlemler almasını isteyebilir. Bu husus, tahkim mahkemesinin yetkisine ilişkin ikinci sınırlamadır.

E. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk Kurallarının Tayini

Kore Tahkim Kanunu'nun 29. maddesine göre, hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfi kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir. Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.¹⁴

Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.

Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınmalıdır.

F. Hakem Kararı

Hakem kurulunun karar verme usulü ve tahkim yargılamasının sona ermesi ile ilgili şartlar ve yeter sayıları Kanununun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Taraflarca aksi

¹³ Bin (n 7) 234.

¹⁴ Shin (n 8) 15.

kararlaştırılmamışsa hakem kurulu oyçokluğu ile karar verir. Taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebilir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 32. maddesinde, kararın şekli ve içeriği hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Hakem kararları yazılı olmalıdır. Hakem kararlarında, kararı veren hakemin veya hakem kurulunun ad ve soyadları, imzaları ve karşı oyları, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi ve tazminata ilişkin istemlerde hükmedilen tazminatın miktarı belirtilir.

Kore Tahkim Kanunu'nun 34. maddesine göre, taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, hakem veya hakem kuruluna başvurarak;

- (i) Hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddî hataların düzeltilmesini,
- (ii) Kararın tümünün veya bazı bölümlerinin yorumlanmasını,
- (iii) Yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini

isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu yukarıdaki üç konu hakkında karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra, bu istemi doğru bulduğu takdirde, istemin yapıldığı tarihinden itibaren otuz gün içerisinde kararda verilmiş olan maddi hatayı düzeltir veya kararın yorumunu yapar. Tamamlayıcı hakem kararları ise altmış gün içinde verilir.

Hakem veya hakem kurulu, başvuru kendilerine geldikten itibaren otuz gün içinde kendiliğinden de maddi hataları düzeltebilir. Ayrıca, hakem veya hakem kurulu, gerekli gördüğü anlarda otuz günlük süreyi uzatabilme hakkını haizdir. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur.

Hakemin vermiş olduğu kararların şekli ve içeriği, düzeltilmesi, yorumu ve tamamlanması hakkında Tahkim Kanunu'nun 32. maddesindeki hükümler uygulanacaktır.

Kore Tahkim Kanunu'nun 35. maddesi, hakem kararının etkisine ilişkindir. Hakemler tarafından verilen kararlar, devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar ile aynı etkiye sahiptir. Ancak bir hakem kararının bu etkiye sahip olabilmesi için, icra edilebilir hâle gelmesi gerekmektedir.

Bir hakem kararının icra edilebilir hâle gelmesi için, ya iptal davası açılabilmesi için öngörülen sürede iptal davasının açılmamış olması veya iptal davası açıldığı takdirde hakem kararının iptal edilmemiş olması gerekir.

G. Hakem Kararına Karşı Başvuru Yolu: İptal Davası

İptal davası ile ilgili düzenleme Kore Tahkim Kanunu'nun 36. maddesinde yer almaktadır. 36. maddenin ilk fıkrasında, hakem kararlarına karşı sadece iptal davası yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

Hakem kararları;

1. Başvuruyu yapan taraf;

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması durumunda veya tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı ülke hukukuna veya böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa Kore hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) İptal talebinde bulunan tarafın tahkim davasından veya hakemlerin tayininden zamanında haberdar edilmediğini veya başka sebeple davada kendisini savunma imkânı bulamadığını,

c) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, (ama hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir),

d) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya Tahkim Kanunu'nda öngörülen usule uyulmadığını veya hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini veya tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, ispat ederse veya,

2. Mahkemece;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Kore hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu

tespit edilirse iptal edilebilir.

Kanunun 36. maddesinin 3. fıkrasına göre, hakem kararlarına karşı iptal davası açmak isteyen tarafın, hakem kararını aldıktan veya 34. madde kapsamında kararının düzeltilmesi, yorumu ve tamamlanmasına ilişkin bildirimini aldıktan itibaren üç ay içinde iptal davası açması gerekmektedir.

II. Kore Ticari Tahkim Kurulu (KCAB)

A. Genel Olarak

Tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda en çok faydalanılan çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında uluslararası alanda tahkim bir gereklilikten doğmuş, taraflar arasında çıkabilecek olan sorunların giderilmesi ve ihtilafların çözümlenmesi için tahkim yolu önemli bir hale gelmiştir.¹⁵

Günümüzde uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetler, risklerle çevrilidir ve bu faaliyetlerin kapsamı çok geniştir. Bu nedenle ortaya bir ihtilaf çıkması muhtemeldir bunun sonucunda da bu ihtilafların çözümünün sağlanması lazımdır. Uluslararası ticaretin ihtiyaçları, ihtilaf çözüme usulü olarak tahkimi ön plana çıkarmıştır.¹⁶

Uluslararası sözleşmelerde taraflar, çoğunlukla tahkim yolunu çözüm yolu olarak belirlemekte ve tahkim yargılamasını yerine getirilebilmesi için gerekli bilgi ve donanımına sahip olan kurumsal hakem mahkemelerini tercih etmektedirler. Bunun ötesinde, uluslararası ticaret camiası, kurumsal tahkim merkezlerinin önceden kaleme alınmış kurallarını ve bu kurallara dayanan zaman içindeki uygulamalarını bilmektedir. Bu durum, uluslararası ticaret aktörlerine önemli bir güven vermektedir.¹⁷

Ayrıca kurumsal tahkim merkezlerinin hatırı sayılır kısmı mesleki ve sektörel oda veya birliklere bağlıdır. Bundan dolayı bu bünyeye dâhil bulunan tahkim mahkemelerinin kararları etki olarak daha fazla önem arz etmektedir. Bunun sonucu olarak, uluslararası ticarete mesleki ve sektörel kurumların etki ve prestijinden yararlanmak için de kurumsal tahkim tercih edilmektedir.-

İşte Kore Ticari Tahkim Kurulu (KCAB) da, 22 Mart 1966 tarihli Kore Tahkim Kanunu'na dayanılarak bu ihtiyaçlar nedeniyle kurulmuştur. Kore Tahkim Kanunu'nun 40. maddesinde, KCAB'ın tanımı ve kuruluş amacı belirtilmiştir. KCAB, yerel ve uluslararası ticari uyuşmazlıkları ve ortaya çıkan ihtilafları, devlet mahkemelerine alternatif çözüm teknikleri ile çözümlen ve Güney Kore'de mesleki bir üst kuruluş ve yasal temsilcisi niteliğine sahip bir kurumdur. KCAB, Kore hükümeti tarafından tek yetkili ve günümüzde hala geçerli olarak Kore Tahkim Kanunu'na göre (m.40) Ticaret, Sanayi ve Enerji Bakanı tarafından görevlendirilmiş bir kurumdur.

KCAB herhangi bir ticari amaç gütmeyen yani kâr sağlama amacı olmayan Güney Kore'deki tek yetkili ticari tahkim kuruludur. KCAB kâr amacı gütmeyeği için, gerekli olan finansman Kore Bilim ve Ekonomi Bakanlığı tarafından sağlanmaktadır.

15 金信成, *A Comparative Study on the International Arbitration Systems of KCAB and ICC International Arbitration Court*, (碩士學位請求論文 指導教授吳元興 2012) 18-21.

16 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6.Bası, İstanbul-2016) 291.

17 Şanlı (n 16) 353.

KCAB'nin görev ve yetki alanı iki türdür. Birinci görev ve yetki alanı, sadece Güney Kore sınırları içindeki yerel tahkim davalarına bakmaktır. Bu doğrultuda yerel uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere KCAB Yerel Tahkim Kuralları çıkarılmıştır. İkinci görev ve yetki alanı ise, uluslararası tahkim davalarına bakmaktır. KCAB'in görevlendirilmiş olmasıdır. Yine bu doğrultuda uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları çıkarılmıştır.

Yukarıda detaylı olarak anlatılmış olan 14176 sayılı Kore Tahkim Kanunu'nun 1966 yılında yürürlüğe girmesini takiben aynı yıl içinde KCAB kurulmuştur. KCAB'ın kurulmasından sonra, KCAB adına hizmet vermek için Seul ve Busan'da iki adet merkez kurulmuş ve uluslararası alanda kabul görmüş bir tahkim kurumu haline gelmiştir. 1966 yılından günümüze kadar KCAB nezdinde 21 bin 416 adet tahkim ve arabuluculuk talebinde bulunulmuştur. KCAB bünyesinde şimdiye kadar 4000 tane hakem kararı verilmiştir. KCAB böylelikle tahkim hakkında tecrübeli hale gelmiştir.

2000 yılından 2010 yılına kadar geçen 10 yıllık süre içerisinde KCAB'de yaklaşık olarak 178'i yerel davalar, 52'si de uluslararası davalar olmak üzere 230 adet dava açılmıştır. KCAB'a en çok başvuru 2014 senesinde yapılmıştır. 2014 yılında KCAB'a 382 adet başvuru yapılmıştır. Bu başvurular içinde en çok inşaat sektörüne ait uyuşmazlıklar yer almaktadır.

Tablo 2

ICC'de Doğu Asya devletleri tarafından açılan dava sayısı¹⁹

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	TOTAL
Korea	21	12	22	27	34	23	27	13	37	40	30	31	317
Japan	20	18	7	31	23	19	23	27	15	20	13	26	242
China	11	9	14	77	10	15	24	26	22	22	20	33	213
Hong Kong	11	13	12	15	8	7	8	8	15	5	18	15	135

Tablo 2'ye göre, Doğu Asya devletleri tarafından ICC'de açılan davaların değişkenlik göstermektedir. Kore tarafından açılan davaların sayısı 2007 yılında en yüksek sayıya ulaşmış ancak KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın yürürlüğe konulduğu 2007 yılından sonra düşmeye başlamıştır.

B. KCAB'ın Tarihi Gelişimi

Mart 1966'da Kore Tahkim Kanunu yürürlüğe girmiş ve bu Kanuna istinaden KCAB kurulmuştur. Nisan 1973 tarihinde KCAB Ticari Tahkim Kuralları düzenlen-

18 ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 19, No. 1 (2008), Vol. 20, No. 1, (2009), and Vol. 21, No. 1 (2010). sayılarındaki veriler kullanılmıştır.

miştir. Aralık 1999'da Kore Tahkim Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile Kore, 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu benimseyen ilk Asya devleti olmuştur.

2005 yılında yenilenen KCAB Tahkim Kuralları, Ocak 2005'de Kore Federal Mahkemesi tarafından onaylanmış ve 15 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ocak 2007'de, KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları yürürlüğe girmiştir. Kasım 2008 tarihine kadar KCAB Tahkim Kuralları 6 kez değiştirilmiştir. Ağustos 2011 tarihinde KCAB Tahkim Kuralları yedinci kez değişikliğe uğramış ve aynı zamanda KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları da ilk kez değişikliğe uğramıştır. Ayrıca KCAB Tahkim Kuralları'nın adı KCAB Yerel Tahkim Kuralları olarak değiştirilmiştir.

C. KCAB Tahkim Kuralları

1. Genel Olarak

KCAB Tahkim Kuralları, uyuşmazlıkların tahkim veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere KCAB'ın kurulması, teşkilatı ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Kore Tahkim Kanunu'nda, KCAB'ın kurulmasına ilişkin bir madde bulunmaktadır. Kore Tahkim Kanunu'nun 40.maddesinde, bir tahkim kurumunun kurulması gerektiği ve ayrıca bu kurum için bir finansman sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Kanunun 41. maddesinde belirtildiği üzere, KCAB'ın kurulması ve kendi kurallarını oluşturması veya değiştirebilmesi Kore Yargıtay'ın onayına tabidir.

KCAB'ın, yerel tahkim uyuşmazlıkları ve uluslararası tahkim uyuşmazlıkları hakkında farklı tahkim kuralları mevcuttur. Eğer bir ilişkide hiç bir yabancılik unsuru yoksa böyle bir ilişkiden doğan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime gidilmesi mümkün değildir.

KCAB, uyuşmazlıklarını KCAB bünyesinde çözmek isteyen taraflar için tahkim klotu taslakları da hazırlamıştır.¹⁹

2. KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın şu anda yürürlükte bulunan hali, 1 Haziran 2016'da yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ **Model Clause for Future Disputes:** Any disputes arising out of or in connection with this contract shall be finally settled by arbitration in Seoul in accordance with the International Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Board. The number of arbitrators shall be [one / three]. The seat, or legal place, of arbitral proceedings shall be [city / country]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [language].

Model Agreement for Existing Disputes: We, the undersigned parties, hereby agree that the following dispute shall be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the KCAB International Arbitration Rules: [brief description of the dispute]. The number of arbitrators shall be [one / three]. The seat, or legal place, of arbitral proceedings shall be [city / country]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [language]. Bkz. <http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_eng/arbitration/arbi_321_ex.jsp> (E.T. 23.10.2018)

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları, uluslararası düzeye daha yaklaşmayı ve KCAB’ta yabancı taraflarca açılan davaları en etkili biçimde çözmeyi hedeflemektedir. Buna bağlı olarak, KCAB’ta yabancılar tarafından açılan davalar da gün geçtikçe artmaktadır. Ayrıca Kore’de uluslararası tahkim konusunda uzman sayısı da gittikçe artmakta ve uluslararası tahkime duyulan talep daha da artmaktadır. KCAB’da uluslararası tahkimin işleyişini kolaylaştırabilmek için yurtdışından bu konu hakkındaki uzman kişiler davet edilmekte ve uluslararası tahkim hakkında eğitimler verilmektedir. KCAB, diğer ülkelerdeki başka tahkim kurumları ile beraber aktif bir biçimde işbirliği yapmakta ve özellikle Asya ülkeleriyle işbirliği içerisinde hareket etmektedir.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları 1. maddesine göre, KCAB bünyesinde bir uluslararası tahkim komitesi kurulmasıdır. Komitenin üyeleri KCAB tarafından seçilmelidir. Bu komitede yer alan tüm uzmanlar, ad hoc tahkim prosedüründe bilgi ve tecrübeleri olan veya ICC (International Chamber of Commerce), SIAC (Singapore International Arbitration Center) ya da LCIA (London Court of International Arbitration) gibi farklı tahkim kurumlarının kurallarındaki prosedürleri hakkında bilgi ve tecrübeleri olan kişiler olarak tanımlanır.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları’nın 2. maddesine göre, bir tahkim davasının “uluslararası tahkim” olarak nitelendirilebilmesi için; ya iki taraftan en az birinin, tahkim anlaşmasının kuruluşu sırasında veya anlaşma sona erdiğinde Kore dışında herhangi bir yerde işyeri bulunuyor olmalıdır ya da tahkim yerinin Kore dışındaki herhangi bir ülkede olacağı kararlaştırılmış olmalıdır.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları’nın 3. maddesine göre, bir tahkim uyuşmazlığının KCAB bünyesinde görülebilmesi için; tarafların, yaptıkları sözleşmede tahkimin KCAB bünyesinde yürütülmesini ve tahkimde KCAB kurallarının uygulanmasını yazılı olarak kararlaştırmış olmaları gerekir.

Hakemlerin seçimini düzenleyen KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları’nın 12. maddesine göre; uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözülecek olması hâlinde, dava dilekçesi davalı tarafından alındığı tarihten itibaren 30 gün içinde hakem seçimi taraflarca gerçekleştirilmelidir. Bunun yanında, taraflar tek hakemi seçemediği takdirde hakemi belirleme yetkisi Divana geçmekle birlikte, Divanın hakemi seçeceği hakkındaki tebligatın taraflara ulaşmasından itibaren 30 gün süre içinde tarafların hakemi seçme hakları hala mevcuttur. Eğer taraflar bu süreler içerisinde tek hakemi belirleyemezse, tek hakem Divan tarafından belirlenir.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları’nın 11. maddesine göre, uyuşmazlıkların tek hakem tarafından çözülmesi esas olmakla birlikte, taraflar hakem heyetinin üç hakemden oluşması konusunda anlaşılırsa veya Divan, uyuşmazlığın boyutuna ve zorluğuna göre üç hakem seçilmesine karar verdiğinde hakem heyeti üç hakemden oluşur.

Kore Tahkim Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerinde düzenlenen hakem sayısı ve hakemlerin seçimi konuları, KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 11. ve 12. maddelerinde daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²⁰. KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 11. ve 12. maddelerinde hakem sayısının tek veya üç olduğu durumlara ilişkin olarak ve divanın hakemleri kendisinin seçebileceği istisnai durumlar hakkında düzenlemeler mevcuttur. Esas olarak da Kore Tahkim Kanunu ve KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nda tarafların hakemlerin seçiminde serbest olduğu düzenlenmiştir ancak mesela hızlandırılmış tahkim gibi bazı durumlarda veya tahkim prosedürünün daha verimli işlemesi için divan ya da mahkeme bu tahkim prosedürüne dâhil olabilir.

KCAB'da Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 20. maddesine göre, taraflar tahkim yargılaması sırasında herhangi bir konu hakkında karşılıklı uzlaşmaya varabilir.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkime müracaat etmek isteyen tarafın, Divan Sekreteryasına yazılı olarak talepte bulunması gerekmektedir (m.8). Bunun üzerine Sekreteryaya, talebin alındığını ve tarihini gösteren bir belgeyi düzenleyip talepte bulunan tarafa verir. Talepte bulunan tarafın, Sekreteryaya tarafından belirlenen süre içerisinde kendi kişisel bilgilerini vermesi ve Kurallarda belirlenen ücreti yatırması gerekir. Aksi takdirde tahkim talebi işleme konulmayacaktır.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 9. maddesine göre, davalı Divandan tahkim ile ilgili başvuruyu tebliğ aldığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde cevap vermelidir. Davalı, cevap dilekçesinin bir nüshasını Divana göndermelidir. Cevap dilekçesi aşağıdaki hususları kapsar: tarafların adı, soyadı, adresleri ve faks ve telefon numarası; davalı hakkında bilgi, eğer davalı bir şirket ise şirketin yeri, türü ve gerçek kişi olursa ülkesi, oturduğu yer, adresi veya işyeri; cevabın konusu, dayandığı vakıalar ve uyuşmazlığa ilişkin açıklamalar, ilgili deliller ve belgeler; hakemlerin seçimi ve sayısı ile ilgili bilgiler; tahkimin yeri ve dili, uygulanacak hukuk hakkındaki açıklamalar; anlaşmada tarafların hakem seçmesi gerekiyorsa davalı tarafından seçilen hakemin adı, adresi, faks ve telefon numarası ayrıca e-posta adresi.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 18. Maddesine göre, tahkim yargılaması, taraflarca kararlaştırılan yerde yapılır. Taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, tahkim yeri Seul'dür. Ancak hakem mahkemesi, gerekli gördüğünde, tarafların da rızasını alarak, duruşmaları ve toplantıları uygun bulacağı başka bir yerde de yapabilir.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın altıncı bölümünde Hızlandırılmış Tahkim Prosedürü düzenlenmiştir. Buna göre dava konusu miktarın 200.000.000 won (200.000 Dolar) ve daha az olduğu durumlarda veya iki tarafın da hızlandırılmış prosedürü kabul etmesi halinde, hızlandırılmış tahkimin uygulanması zorunludur.

20 Yukarıda s.9.

Taraflar arasında başka bir anlaşma yoksa ve dava konusu miktarı ve itiraz başvurusunun miktarı 20.000.000 won (20.000 dolar)'dan daha az ise tahkim yargılaması dosya üzerinden yürütülür (m.42). Ancak taraflardan birinin başvurusu üzerine veya hakemlerin kendi görüşlerine göre gerekli görmesi durumunda bir defaya mahsus sözlü olarak işlemler yapılabilir.

KCAB Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 43. Maddesine göre, hakemler görevlendirildikleri tarihten itibaren üç ay içerisinde karar vermek zorundadır. Ancak Divan, hakemlerin talebi üzerine veya kendisi gerekli gördüğünde karar verme süresini uzatabilir. Ancak, taraflar arasında başka herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa, hakemlerin son belgeyi aldıkları tarihin veya yapılan son işlem tarihinin hangisi daha sonra yapılmış ise, o durumun ortaya çıktığı tarihten itibaren 45 gün içinde hakem kararı verilmek zorundadır (m.33). Bununla birlikte, Divan talep üzerine veya kendisinin öngördüğü durumlar mevcutsa, son karar verme süresini uzatabilir.

Birden fazla hakemin bulunduğu hallerde hakem kararı oybirliği veya oyçokluğuyla verilir. Eğer oyçokluğu da sağlanamazsa, başhakemin kararı geçerli olur (m.30).

3. KCAB Yerel Tahkim Kuralları

KCAB Yerel Tahkim Kuralları'na göre, yerel tahkim, uyuşmazlığın her iki tarafının esas veya sürekli ikamet ettiği yerin Güney Kore içinde bulunduğu ve KCAB'ın uluslararası tahkim kurallarının kapsamına girmeyen tahkimdir (m.2).

KCAB Yerel Tahkim Kuralları'na göre, bir yerel tahkim uyuşmazlığının KCAB bünyesinde görülebilmesi için; tarafların, yaptıkları sözleşmede tahkimin KCAB bünyesinde yürütülmesini ve tahkimde KCAB kurallarının uygulanmasını yazılı olarak kararlaştırmış olmaları gerekir (m.3). KCAB, uyuşmazlıklarını KCAB bünyesinde çözmek isteyen taraflar için tahkim klozu taslakları da hazırlamıştır.²¹

III. Yabancı Hakem Kararlarının Güney Kore'de Tanınması ve Tenfizi

A. Genel Olarak

Mahkeme kararları, kesin hüküm kuvvetine sahiptir. Bazı mahkeme kararlarının kesin hüküm kuvveti yanında icrai etkisi de bulunur. İlk grup kararların tanınması gerekirken, ikinci grup kararların tenfiz edilmesi gerekir.²² Hakem kararları açısından da bu durum geçerlidir. Tanıma, yabancı mahkeme veya hakem kararının icra edil-

21 **Model Clause for Future disputes:** Any disputes arising out of or in connection with this contract shall be finally settled by arbitration in Seoul in accordance with the Domestic Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Board.

Model agreement for Existing disputes: We, the undersigned parties, hereby agree that the following dispute shall be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the KCAB Domestic Arbitration Rules: [brief description of the dispute] bkz. <http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_eng/arbitration/arbi_321_ex.jsp> (E.T. 23.10.2018)

22 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bs, Vedat Kitapçılık 2018) 505-506.

mesi söz konusu olmaksızın tanıma kararı veren devlette kesin hüküm ifade etmesi anlamına gelmektedir. Tenfiz ise bir yabancı mahkeme veya hakem kararının sahip olduğu icrai etkiyi tenfiz kararı veren devlette gösterebilmesi anlamına gelmektedir. Yani tanıma kararı verildiğinde tanıma kararı ortaya icrai bir etki çıkarmayacaktır ve devletin icra organlarını harekete geçirme etkisi bulunmayacaktır.²³

Kore Hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hükümleri New York Anlaşmasındaki tanıma ve tenfiz ile düzenlenmeden herhangi bir farklılık göstermemektedir. Tanıma ve tenfizin yabancı devletlere karşı ileri sürülebilmesi için bir takım ön şartların ve asli şartların sağlamış olması gerekmektedir.

Kore Tahkim Kanunu'nun yedinci bölümü, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili maddeleri içermektedir. Kanunun 37. maddesine göre, Güney Kore'de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için Güney Kore'deki yetkili mahkemeden tanıma ve tenfiz kararı alınması gerekir.²⁴

Tahkim Kanunu'nun 39. maddesinin ilk fıkrasına göre, New York Anlaşması'na tabi olan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında New York Anlaşması hükümleri uygulanır. Tahkim Kanunu'nun 39. maddesinin ikinci fıkrasında ise, New York Anlaşmasına tabi olmayan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında Kore Medeni Usul Kanunu'nun 217. maddesine atıf yapılmıştır.

Güney Kore Anayasasının 6. maddesine göre Güney Kore tarafından kabul edilmiş uluslararası antlaşmalar ve sözleşmeler Güney Kore hukukuna doğrudan etki eder ve uygulanır. Bu yüzden New York Anlaşması içerik olarak Kore'deki yasalar gibi uygulama alanı bulur.

B. Yabancı Hakem Kararlarının New York Anlaşmasına Göre Tanınması ve Tenfizi

1. Genel Olarak

New York Anlaşması, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunu düzenlemektedir. 1958 tarihli New York Anlaşmasından önce 1923 tarihli Cenevre Protokolü ve 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkında Antlaşmalar bulunmasına karşın, bu antlaşmaların günden güne ilerleme gösteren, gelişen tahkim hukuku ihtiyaçlarını yeterince karşılayamaz durumda oldukları düşünüldükçe 1958 tarihli New York Anlaşması'nın hazırlanmasına karar verilmiş ve anlaşma hazırlanmıştır.²⁵ Güney Kore ise New York Anlaşması'na 8 Şubat 1973 tarihinde katılmıştır. Anlaşma, bu katılımdan yaklaşık 3 ay sonra 9 Mayıs 1973 tarihin-

23 Ergin Nomer, *Millîlerarası Usul Hukuku* (yenilenmiş 2. Bası, Beta, 2018) 170 vd.

24 Sang-Ho Kim, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (2007) 3.

25 New York Anlaşması hazırlık çalışmaları hakkında bilgi için bkz. <Travaux Préparatoires <http://www.newyorkconvention.org/travaux-preparatoires/history+1923+-+1958>> (E.T. 04.10.2018)

de Güney Kore’de yürürlüğe girmiştir. New York Anlaşması hazırlandığında sadece 25 ülke tarafından imzalanmasına karşın, tahkim hukuku alanında büyük kolaylıklar sağlaması nedeniyle için zamanla birçok ülke anlaşmanın tarafı haline gelmiştir. Günümüzde New York Anlaşması’na taraf devlet sayısı 154’ü geçmiştir.²⁶

New York Anlaşması’nın 1. maddesine göre, Anlaşma tanıma ve tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilmiş hakem kararlarına uygulanacaktır. Yabancı hakem kararını veren ülke anlaşmaya taraf olsun ya da olmasın, anlaşma bu hakem kararını da kapsamaktadır. Ama Anlaşmanın 1. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği gibi, Anlaşmaya taraf olan devletlere Anlaşmanın uygulama alanını sadece taraf devletlerde verilmiş hakem kararları ile sınırlayabilme hakkı tanınmıştır. Yani taraf ülkeler isterlerse karşılıklılık çekincesi koyabilirler.²⁷ Çekince konulması durumunda Anlaşmanın uygulanması kısmen zorlaşacaktır çünkü günümüzde New York Anlaşması’na bütün devletler taraf değildir. Kore de anlaşmaya bu çekince ile birlikte taraf olmuştur.²⁸

New York Anlaşmasının 2. maddesinde, tahkim anlaşmasının geçerlilik şartları belirtilmiştir. Buna göre; tahkim anlaşması yapılabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilir olması gerekmektedir. Yani ortada tahkime elverişli bir uyuşmazlık bulunmalıdır.²⁹ Ayrıca taraflar hem akdi hem de akdi olmayan uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesi yapabilirler. Ayrıca sadece vuku bulmuş olan ihtilaflar için değil, ilerde doğabilecek veya doğması muhtemel olan ihtilaflar için de tahkim anlaşması yapılabilir. Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde olmak zorundadır. Yazılılık şartından, yazılı şekil esasına göre karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya hakem mukavelesi anlaşılır.

New York Anlaşması’nın 3. maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında, tenfizin istendiği ülkenin usul hukuku kuralları uygulanacaktır.³⁰ Ancak bu usul kuralları ve alınacak harç miktarı, milli hakem kararlarına nazaran daha ağır şartlarda olmayacaktır.

2. Tanıma ve Tenfiz Şartları

Yabancı bir hakem kararının New York Anlaşması kapsamında akit devletlerde tenfizinin reddi için sadece Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen şartlardan birine dayanılabilir. Bu haller dışında yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi talebi reddedilemez. Hakem kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilebilmesi için, davalı, aşağıda belirtilen hususları yetkili mahkeme önünde ispat etmek zorundadır:

26 Şanlı (n 16) 388.

27 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta Yayınları 2017) 804.

28 <<http://www.newyorkconvention.org/countries>> (E.T. 24.10.2018)

29 Detaylı bilgi için bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010) 11.

30 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 22) 680.

- (i) İlk olarak, hakem kararının tarafları arasında bir tahkim anlaşması bulunmadığı veya taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının ehliyet, şekil ve esas bakımlarından geçerli olmadığı;
- (ii) İkinci olarak, davalının hakemin tayininden veya tahkim davasından usulüne uygun olarak haberdar edilmemiş olduğu yahut diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu;
- (iii) Üçüncü olarak, hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aştığı;
- (iv) Dördüncü olarak, hakem heyetinin oluşumun veya tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına veya anlaşmada hüküm bulunmayan hallerde tahkim yeri hukukuna aykırı olduğu;
- (v) Beşinci olarak ise, hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı olmadığı veya bu kararın verildiği veya tabi olduğu devlet hukuku yönünden yetkili bir makam tarafından iptal edilmiş veya hükmün icrasının geri bırakılmış bulunduğu.

Yukarıda sayılan haller dışında, davalı tarafça iddia ve ispat edilmese bile, hakem kararına konu uyuşmazlığın Kore Hukukuna göre tahkime elverişli olmaması veya hakem kararının Kore kamu düzenine aykırı olması hallerinde tanıma veya tenfiz talebi reddolunur. Kore kamu düzenine açıkça aykırı olan yabancı bir hakem kararı tenfiz edilemez. Kore hukukunun temel değerlerine karşı bir zarar var mı yok mu önce bunun belirlenmesi gerekir. Bu tespiti Kore mahkemeleri kendi hukukuna bakarak ve takdir yetkisini kullanarak yapacaktır. Kamu düzenine aykırılık hallerini tarafların iddia ve ispatına gerek olmaksızın hâkim re'sen incelemektedir.³¹

New York Anlaşması'na göre tenfiz davasında esastan inceleme yapılmasına izin verilmez. Buna esastan inceleme yasağı adı verilir.³² Bu sebepten ötürü Kore mahkemelerinin, hakem kararına konu olayı tekrardan inceleme gibi bir imkân ve hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca New York Anlaşması'nda belirtilen tanıma ve tenfiz şartları bakımından sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) geçerlidir. Buna göre, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizine karşı ancak Anlaşmada belirtilen hallerle sınırlı bir şekilde itirazda bulunulabilir.³³

New York Anlaşması'nda tanıma ve tenfiz hakkında ispat yükü, kural olarak, tanıma ve tenfize karşı çıkan tarafa ait bulunmaktadır.³⁴

Son olarak diğer bir özellik ise, bir kararın tanınması ve tenfizinin reddine ilişkin hukuki temellerin varlığı ispatlansa bile, mahkeme buna bakarak tenfizi reddetmek

31 Yong-Beum Jahng and Ryul Kim, *The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Korea: With Focus on the U.S. Matters*, (15 Pepp. Disp. Resol. L.J. 567, 2015) 584.

32 Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview* (2013) 15.

33 Şanlı (n 16) 409.

34 Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bası, Beta, 2016) 92-93.

zorunda değildir. Mahkeme isterse tenfizi kabul de edebilir. Bu sonuca Anlaşmanın ilgili maddesindeki “reddedilebileceğinden” kelimesinden yola çıkılarak varılabilir.³⁵

3. Yetkili Mahkeme

Kore Tahkim Kanunu 37. ve 39. maddelerine göre, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi davaları bakımından sırasıyla; tahkim anlaşmasında seçilen mahkeme, tahkim yeri mahkemesi, davalının malvarlığının bulunduğu yer mahkemesi veya davalının ikamet ettiği yer yahut çalıştığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesi ve bu son iki yerin de bilinmediği hallerde kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

4. Tanıma ve Tenfiz Dilekçesine Eklenmesi Gereken Belgeler

New York Anlaşması'nın 4. maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için, tanıma ve tenfiz kararı verilmesini isteyen tarafın, bu husustaki isteği ile beraber hakem kararının usulüne göre tasdik edilmiş aslını yahut aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini ve 2. madde hükmünde zikri geçen tahkim anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini getirmesi icap etmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, eğer zikri geçen karar veya zikri geçen tahkim anlaşması ileri sürüldüğü memleketin resmî dilinde yazılmıyorsa, hükmün tanınması ve tenfizini isteyen tarafın, bu belgelerin zikri geçen dile çevrilmiş bir tercümesini ibraz etmesi gerekmektedir. Tercümenin resmî veya yeminli bir tercüman yahut da diplomatik veya konsolosluk ajanı tarafından onanması şarttır.³⁶

Kore’de resmî tercüman ya da yeminli tercüman yoktur. Bu yüzden, tercüme diploması ya da konsolosluk ajanı tarafından onaylanabilir.

5. New York Anlaşması’na İlişkin Kore Mahkeme Kararları

Kore’de açılan, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin davalarda en sık karşılaşılan ret sebebinin “kamu düzenine aykırılık” olduğu ifade edilmektedir. Ancak kamu düzenine aykırılığın tam olarak ne anlama geldiğini söylemek mümkün değildir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, bir ülkenin temel hukuk veya ahlak anlayışının ve asayişinin korunması anlamına geldiği söylenebilir.³⁷ New York Anlaşması’nda “kamu düzenine aykırılık” olarak yer verilen tenfiz engeli, Kore Tahkim Kanunu madde 36/2(2) hükmünde³⁸ *the good morals or other public policy of the Republic of Korea* olarak ifade edilmiştir.

³⁵ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Volume III: International Arbitral Awards* (Second Edition, Wolters Kluwer, 2014) 3445.

³⁶ Kim (n 24) 11-23.

³⁷ Born (n 35) 3646.

³⁸ 11690 sayılı Kore Tahkim Kanunu m.36/2(2): ‘An arbitration award may be set aside by the court only if: The court finds on its own initiative that: the recognition and enforcement of the award is in conflict with the good morals or other public policy of the Republic of Korea’

Kore Yargıtayı’nın, New York Anlaşması’nda yer alan “kamu düzenine aykırılık” şeklindeki tenfiz engelini incelenirken, tenfiz kararının verildiği tarih itibariyle Kore’deki yerel durum ile uluslararası durumun beraber değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tespiti bu bakımdan önem taşımaktadır (93da53054 sayılı karar).³⁹

Kore Yargıtayı bir başka kararında davada, yabancı hakem kararında gecikme faizi hakkında yüksek faiz oranı uygulanmış olmasının Kore kamu düzenine aykırı olup olmadığı konusunu ele almış ve davalının, gecikme faizine İngiltere’deki faiz oranından daha yüksek olan ABD faiz oranının uygulanmasının Kore kamu düzenine aykırı olduğu yönündeki iddiasını, uluslararası işlemlerde ABD faiz oranının uygulanmasının genel olarak uluslararası düzeyde olağan bir uygulama olduğu ve işlem uluslararası nitelik taşıdığı için ABD faiz oranının uygulanmış olmasının Kore kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (89daka20252 sayılı karar).

Seul Bölge Mahkemesi’nin 83Gahap7051 sayılı kararında ise, New York Anlaşması madde 5/1(a) anlamında geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Davalı şirket, tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi için temel olarak tahkim kurumunu, uygulanacak hukuku ve tahkim yerini göstermesi gerekirken, olaydaki tahkim anlaşmasında ise sadece tahkim kurumu belirtildiği ancak uygulanacak hukuk ve tahkim yeri gösterilmediği için bu tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını iddia etmiştir. Seul Bölge Mahkemesi, Kore Tahkim Kanunu’na göre tarafların birbirine ihtilafları çözmek için devlet mahkemelerinin yerine tahkim yoluna gitmek konusunda yazılı olarak yaptıkları anlaşmanın tahkim anlaşması olduğunu, tahkim anlaşmasının geçerli olması için yetkili tahkim kurumunu, uygulanacak hukuku veya tahkim yerini göstermesinin gerekli olmadığını ve bu nedenle olaydaki tahkim anlaşmasının geçerli olduğunu tespit ederek davalının iddiasını reddetmiştir. Davalı taraf ayrıca tahkim anlaşmasında hem Kore’deki hem de Japonya’daki tahkim kurumlarının aynı anda yetkilendirilmiş olması nedeniyle⁴⁰ tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmiş ise de, Seul Bölge Mahkemesi tarafların iki ayrı alternatif olarak iki ayrı tahkim kurumunu yetkili kılmış olmasının tahkim anlaşmasını geçersiz hâle getirmeyeceği sonucuna varmıştır.

Sonuç ve Değerlendirme

Güney Kore 1994 yılında yaşadığı Kore ekonomik krizden sonra, uluslararası ticaret alanında Dünya Ticaret Örgütü’ne üye olan ülkeler arasında ticari gelişme bakımından en iyi 8. ülke konumuna gelmiştir. Bu ekonomik büyüme ile birlikte uluslararası ticari ihtilafların sayısı da artış göstermiş ve ihtilaf çözüm yollarında tahkim öne çıkmıştır. Bu sebeple Güney Kore kendi tahkim kanununu yürürlüğe sokmuş ve kendi ülke sınırları içerisinde KCAB adı ile bir kurumsal tahkim merkezi kurmuştur.

39 <<https://www.lawtimes.co.kr/legal-info/Cases-Commentary-View.aspx?serial=767>> (E.T. 01.09.2018).

40 Taraflar arasındaki tahkim şartının orijinal metni şöyledir: “any dispute arising under this Charter Party to be referred to the Korean commercial Arbitration Board, Seoul, Korea and the Japan shipping Exchange, Inc., Japan and the award of which to be final and binding upon both parties.”

KCAB da uluslararası ve yerel tahkimleri bünyesine katıp düzenlemiştir. Kore'deki tahkim kurulunun en önemli amacı tahkim sistemini uluslararası tahkim kurulunun düzeyine yakınlaştırmaktır. KCAB kurallarında, UNCITRAL hukuk kurallarından etkilenilmiş ve bu durum KCAB kurallarının uluslararası düzeye daha da yakın hale gelmesini sağlamıştır. Güney Kore'deki KCAB'ın merkezi Seul'de bulunmaktadır. Günümüzde de KCAB sadece Güney Kore'de değil Asya bölgesinde de tercih edilen bir tahkim kurumu olabilmek için büyük bir çaba sarf etmektedir.

Bu çalışmada ayrıca Kore'de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında incelemelerde bulunuldu. Güney Kore'deki tahkim kurallarına göre New York Anlaşması uygulanabilir ve bu da Kore tahkim hukukunu uluslararası düzeyde dengeli bir hale getirmektedir.

Kore'deki mahkemeler genel olarak tahkime olumlu bakmakta ve yardımcı bir tutum göstermektedir ancak bazı davalarda tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak yönde kararlar verilmiştir. Kore mahkemeleri bu yöndeki kararları nedeniyle eleştirilmiştir. Bu durum, Güney Kore'de uluslararası ticaret aktörleri tarafından tahkimin tercih edilmesini olumsuz şekilde etkilemiştir, tercih edilme oranının düşmesine sebep olmuştur. Taraflardan biri bir devlet veya devlete bağlı kurum veya kuruluşlar olduğu zaman da tahkime gidilebilme ihtimali olmalı ve tarafsız bir şekilde yargılama yapılmalıdır.

Güney Kore'de ihtiyari tahkim konusunda nasıl bir bakış açısı bulunduğu, bir tartışma konusudur.⁴¹ Çalışmamızda yer verdiğimiz 2003 ve 2004 tarihli iki Yargıtay kararına bakıldığında, ihtiyari tahkim klotunun sadece iki tarafın rızası bulunduğu takdirde geçerli olacağı ve tahkime gidilebileceği kabul edilmektedir. Bu rızanın varlığına, tarafların hal ve hareketlerini incelemek suretiyle karar verebilir. Özel hukukta ve tahkimde tarafların haklarının korunması en önemli konudur. Ancak mahkeme bu konuda karar verirken, iki tarafın özerkliğini ve özgürlüğünü yok saymak gibi bir hataya da düşebilir ve bu da kanuna aykırı bir durum ortaya çıkarabilir. Bu sebeple bu rıza sisteminin doğruluğu doktrinde tartışma konusudur. Bu kararlardan dolayı Güney Kore'de tahkim sisteminin tercih edilmesinde azalma olduğu savunulmaktadır.

Kore Devleti ile ilgili dava olduğu zaman Kore mahkemeleri, devletin aleyhine karar vermekten çekiniyor gibi görünmektedir. Bu sebepten ötürü Kore Yargıtayının kararlarına karşı bazı olumsuz görüşler bulunmaktadır.

Kore'de Tahkim Kanunu ve sisteminin KCAB'da daha yararlı olması ve KCAB'ye daha fazla tecrübe kazandırabilmesi için bu konuda daha fazla çaba sarf edilmesi ve tahkimdeki bağımsızlık ve etkililik ilkelerinin uygulanabilirliğinin artırılması ve kaliteli ve sürecin hızlı işlemesi için daha fazla çalışmanın yapılması, araştırmalarda bulunulması diğer ülkelerle bilgi alışverişinde bulunulması gerekmektedir.

41 Kwon (n 10) 11-20.

Kaynakça / References

- Bin LK, *The Development History and Activation Measures of Commercial Arbitration System in Korea (With Respect to 40 Years of Korean Arbitration Law and Practice)*, (The International Commerce & Law Review 무역상무연구, 32)
- Born GB, *International Commercial Arbitration, Volume III: International Arbitral Awards* (Second Edition, Wolters Kluwer, 2014)
- Çelikel A, Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta Yayınları 2017)
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010)
- Jhang YB, Kim R, *The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Korea: With Focus on the U.S. Matters*, (15 Pepp. Disp. Resol. L.J. 567, 2015)
- Jung HD, Lee JK, Korea, (The Asia-Pacific Arbitration Review, Global Arbitration Review, 2013)
- Kim KR, *How Do You Settle Business Disputes with Koreans: The Advent of A New Amendment to the Korean Arbitration Act*, (Transnat'l Law 227, 2002)
- Kim SH, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Korea* (2007)
- Kwon M, *The Evolving Relationship between the Korean Courts and the Korean Commercial Arbitration Board: An Examination of Optional Arbitration Decisions in South Korea*, (Inha Law Review The Institute of Legal Studies Inha University Vol.16, No.2, July 2013)
- Lee J, Shin UY, *The New Arbitration Act of Korea: Focus on the New Interim Measure Regime and Courts' Assistance in Evidence Taking*, (Korean Arbitration Review, KCAB 2016)
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bası, Beta, 2016)
- Nomer, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku* (yenilenmiş 2. Bası, Beta, 2018)
- Shin CS, *Korea's New Arbitration Act and Its Implications for International Commercial Arbitrations in Korea*, (16 J. Arb. Stud. 3, 2006)
- Şanlı C, Esen E, Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bs, Vedat Kitapçılık 2018) 505-506.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6.Bası, İstanbul-2016)
- van den Berg AJ, *The New York Convention of 1958: An Overview* (2013)
- 金信成, *A Comparative Study on the International Arbitration Systems of KCAB and ICC International Arbitration Court*, (碩士學位請求論文 指導教授吳元爽 2012)



Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Mehmet Polat Kalafatoğlu*

Öz

Milletlerarası ticaret alanında taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları nihai bir çözüme kavuşturmak amacıyla yaygın bir şekilde milletlerarası tahkime başvurmaktadır. Hakem kararı kural olarak nihai olmakla birlikte tarafların bu karara karşı başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası öngörülmüştür. Çalışmamız kapsamında MTK m.15'de düzenlenmiş olan iptal davası hakkında temel yaklaşım ortaya koyulmakta ve tarafların iptal davası açma hakkından feragat imkânları incelenmektedir. Milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası hakem kararına karşı sınırlı ve istisnai nitelikte bir kanun yoludur. MTK belli şartlarda tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini düzenlemektedir. Ancak, feragat anlaşmasına rağmen hakem kararı Türkiye'de icra edilmek istendiğinde MTK sınırlı ve kanaatimizce yetersiz bir inceleme imkânı sunmaktadır. Çalışmamızda İsviçre ve Fransız milletlerarası tahkim hukukları incelenerek bir çözüm önerisi sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İptal davası • İptal davası açma hakkından feragat ve şartları • Hakem kararının icrası • Türk, Fransız, İsviçre Hukuku ve UNCITRAL model kanunu

Waiver of Setting Aside Action under the Turkish International Arbitration Code

Abstract

In international commerce, parties frequently use international arbitration to obtain a final decision on their dispute. In principle, the arbitral award is final. However, national laws also provide the setting aside procedure as a recourse mechanism against awards. This article analyses the main characteristics of setting aside action and parties' right of waiver to initiate setting aside action under Article 15 of MTK (Turkish International Arbitration Code). The setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism in international arbitration law. MTK also recognizes the parties' right of waiver of setting aside action. However, MTK offers a limited and, in our view, insufficient legal protection when parties try to enforce the award in Turkey despite the waiver agreement. In our paper, we propose a solution after studying Swiss and French international arbitration laws.

Keywords

Setting Aside Action • Waiver of Setting Aside Action and its Conditions • Enforcement of Arbitral Awards • Turkish, French, and Swiss Laws; and UNCITRAL model law

* Sorumlu Yazar: Mehmet Polat Kalafatoğlu (Dr. Öğr. Üyesi/Asst. Prof.), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye. Eposta: mkalafatoglu@ku.edu.tr

Atrf: Mehmet Polat Kalafatoğlu, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat", (2018) 38 PPIL 339, 368 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0154>

Extended Summary

In international arbitration law, the final award has a binding effect on the parties to the dispute. However, national laws provide also the intervention of State courts at the post-award stage, namely the setting aside procedure. In modern international arbitration laws, the setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism against arbitral awards, in principle, before the courts of the seat of arbitration. Some national laws, including Turkish law, also recognize the parties' right of waiver of setting aside action under certain conditions. This article analyses main characteristics of the setting aside action and parties' right of waiver to initiate setting aside action under article 15 of the Turkish International Arbitration Code (MTK). It also undertakes a comparative law analysis with Swiss and French international arbitration laws.

The setting aside procedure is a limited and exceptional recourse mechanism against arbitral awards. In Turkish international arbitration law, it is the only way of challenging an arbitral award. The limited and exceptional nature of the setting aside action presents itself in the procedural rules, *e.g.*, short time limits to initiate the setting aside action or to decide without holding a hearing unless otherwise decided by the court, and in respect of the grounds exhaustively set out in the MTK. In this view, the setting aside action, which provides a limited review of State courts on the arbitral award, is accepted as an additional safeguard offered to the parties.

MTK follows some other examples in comparative law and recognizes the parties' right of waiver to initiate a setting aside action under certain conditions. In our paper, we first analyze the conditions of waiver and its legal effects under the MTK. The parties' right of waiver concerns the delicate relationship between the parties' autonomy of the will and the State courts' control over arbitration. In principle, the waiver is permitted in situations where the links between the parties and the seat of arbitration are weak. According to Article 15/A, parties can fully or partially waive their right to initiate a setting aside action against the award before Turkish courts. However, parties cannot waive this right when one of them is domiciled or has its habitual residence or place of business in Turkey. Additionally, this waiver should be made with an express clause either in the arbitration agreement or in writing following the signature of the arbitration agreement. Because Article 15/A requires an express and clear agreement of the parties, a general waiver clause, as drafted under Article 35(6) of ICC Arbitration Rules, should not be accepted as a valid waiver agreement.

Second, parties may contemplate enforcing the arbitral award at the seat of arbitration notwithstanding the waiver agreement. MTK Article 15/B provides that a party willing to enforce the arbitral award in Turkey should request an enforceability decision from State courts. In this case, Turkish courts shall examine the arbitral award under

two grounds of annulment: arbitrability of the dispute and violation of public policy. In this paper, the conditions of waiver agreements and their effects in Swiss and French international arbitration laws are also examined. However, when a party requests enforcement of the arbitral award within their territories despite the existence of a valid waiver agreement, Swiss and French laws consider that award as a “foreign arbitral award,” and all grounds for refusing enforcement become applicable. For instance, Article 192 paragraph 2 of the Swiss Private International Law Code explicitly states, “*If the parties have excluded all appeals against the award and enforcement of the awards is sought in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards shall apply by analogy.*”

Compared to Swiss and French laws, in our view, MTK offers a limited and insufficient legal protection when parties try to enforce the arbitral award in Turkey despite the waiver agreement. In this case, it is necessary to consider this arbitral award as a foreign award and submit it to the recognition and enforcement regime. This would not only protect the parties’ interests but would also ensure the protection of the seat of arbitration’s legal order.

Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

I. Giriş ve Kapsam

Milletlerarası tahkim hukukunda, kural olarak, tarafların bir tahkim anlaşması imzalamalarıyla aralarında çıkacak veya çıkmış olan uyuşmazlık hakkındaki her türlü konu üzerinde hakemlerin karar vermeye yetkili oldukları kabul edilmektedir. Hakemlerin bu yetkisinin kapsamında kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi (*compétence-compétence*), taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde tahkim yerinin veya tahkim dilinin belirlenmesi gibi usuli hususlar hakkında karar verme yetkileri ve en nihayetinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın esastan çözümü hakkında karar verme yetkisi yer almaktadır. Her ne kadar hakemlerin yetkisi kural olarak kabul edilse de tahkim yargılaması öncesinde, tahkim yargılaması sırasında ve sonrasında bazı hallerde devlet mahkemelerinin müdahalesi öngörülmüştür. Tarafların bir tahkim anlaşması imzalamış olmalarına rağmen mahkemelerin müdahalesinin öngörülmesindeki temel amaç tahkim yargılamasının etkinliğinin artırılması, tahkimin veya hakemlerin yetkilerinin doğal sınırlarına ulaşılan hallerde mahkemelerin bir yardım fonksiyonunu yerine getirmesidir. Tahkimin veya hakemlerin doğal sınırları ile esas olarak tahkimin taraf iradesine bağlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olmasının ve hakemlerin cebri icra kuvvetini haiz olmamalarının yarattığı ve mahkemelerin müdahalesini gerektiren durumları anlıyoruz.

Milletlerarası tahkim hukukunda, kural olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında hakemlerin vermiş olduğu nihai kararın taraflar bakımından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Ancak, uyuşmazlık hakkında hakemlerin nihai kararlarını vermeleri sonrasında da devlet mahkemelerinin müdahalesi öngörülmüştür. Bu müdahale hakem kararının tanıma veya tenfizi usulü olabileceği gibi hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları şeklinde de olabilir. Modern milletlerarası tahkim hukuklarında, tarafların nihai hakem kararına karşı başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası (*annulment, setting aside procedure, recours, le recours en annulation*) yolu düzenlenmektedir. Türk milletlerarası tahkim hukukunda da 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹ (MTK) kapsamına giren tahkimlerde tarafların hakem kararına karşı iptal davasına başvurabilecekleri düzenlenmektedir.

Çalışmamızın amacı öncelikle MTK m.15’de düzenlenmiş olan iptal davasına ilişkin temel prensipleri sunmak ve tarafların iptal davası açma hakkından feragat etme haklarına ilişkin detaylı bir inceleme yapmaktır². Bu inceleme kapsamında MTK m.15’te

¹ RG 05.07.2001/24453.

² Türk ve Fransız milletlerarası tahkim hukuklarında iptal davası hakkında karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz.: Mehmet Polat Kalafatoğlu, *Le Recours en Annulation en Matière d'Arbitrage International en Droit Français et en Droit Turc*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Paris 2008). MTK uyarınca iptal davası açma hakkından feragat hakkında sınırlı bir inceleme için aynı eserde bkz. s. 34-37.

sınırlı olarak düzenlenen hakem kararlarının iptali sebepleri incelemesi yapılmayacaktır. Çalışmamızda öncelikle modern milletlerarası tahkim hukukundaki yaklaşımlar ve MTK düzenlemesi özelinde iptal davasına ilişkin bazı temel ilkeler açıklanacaktır (II) ve sonrasında MTK’da kabul edilmiş olan iptal davası açma hakkından feragat imkânı detaylı bir şekilde ele alınacaktır (III). Kanunumuz, bazı yabancı hukuklarda olduğu gibi, taraflara belli şartlar altında iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımaktadır. Kanaatimizce, MTK düzenlemesi, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin aksine, iptal davası açma hakkından feragat rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi istendiğinde sınırlı ve eksik bir hukuki koruma öngörmektedir. Bu sebeple, iptal davası açma hakkından feragat konusu hakkında İsviçre ve Fransız hukukları ile bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılacaktır ve en nihayetinde MTK açısından çözüm önerimiz sunulacaktır.

II. İptal Davasına İlişkin Temel Prensipler

Modern milletlerarası tahkim hukuklarındaki temel yaklaşım taraflar arasında bir tahkim anlaşması mevcutsa taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde devlet mahkemelelerinin müdahalesinin mümkün olduğunca sınırlandırılması ve mahkemelerin olası müdahalelerinin tahkim yargılamasını destekleyici bir fonksiyona sahip olmasıdır. Bu durum hiç şüphesiz uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakemlerin yetkilerinin artması ve genişlemesi sonucunu doğurmaktadır. Hakemlerin yetkilerinin genişlemesinin bir örneği olarak günümüzde tahkime elverişli olan uyuşmazlık çeşitlerinin giderek arttığını belirtebiliriz. Bir başka ifade ile, günümüzde milli hukuklar hakemlerin yetkilerini geniş bir şekilde kabul etmektedir, ancak bu geniş yetkiye (ve hatta bağımsızlığa) rağmen, milli hukuklar hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri kanun yolları da öngörmektedir³. İptal davası hakem kararına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu çeşididir.

MTK’nin “*Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu*”⁴ başlıklı beşinci bölümünün 15. maddesi uyarınca “*hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir*”. Milletlerarası tahkim hukukunda hakemin veya hakem heyetlerinin tahkim yargılaması sırasında birçok farklı türde karar almaları söz konusudur. Bir tahkim yargılaması sırasında, hakemler geçici hukuki koruma kararları, ara kararlar, usuli kararlar veya yetkilerine ilişkin kararlar alabilecekleri gibi uyuşmazlığın esası hakkında da kararlar alacaklardır. İptal davası ise kural olarak nihai nitelikte olan hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yoludur⁵. Bu sebeple, tarafların iptal davasına başvurabilmeleri için bir hakem kararının mevcut olması ve bu kararın nihai nitelikte olması aranmaktadır.

3 Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *Arbitrage International, Droit et Pratique de la Lumière de la LDIP* (Weblaw 2006) 20.

4 Aygün’e göre milletlerarası tahkim hukukunda hakem heyeti ve mahkeme arasında bir hiyerarşi ilişkisi mevcut değildir. Bu sebeple, yazar, “*kanun yoluna özgü üst mahkeme incelemesine tâbi olma özelliğinin de yokluğu nedeniyle, hakem kararlarının iptali, bir kanun yolu değildir. (...) kanun yolu vasfına haiz olmayıp, bir hukuki çaredir. Bu açıklamalar ışığında, bölüm başlığının ‘hakem kararlarına karşı hukuki çare’ şeklinde değiştirilmesinde fayda vardır*” demektedir. Mesut Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) *Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi* S.8-3 664.

5 Sébastien Besson, “Le recours contre la sentence en droit suisse” (2018) 1 *Revue de l’arbitrage* 105.

Modern milletlerarası tahkim hukukunda, hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak düzenlenen iptal davasının sınırlı ve istisnai nitelikte olması kabul edilmiştir. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği dava açma süresi, yargılama şekli gibi usulî konularda kendini gösterdiği gibi iptal sebeplerinde de kendini göstermektedir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki iptal davası aşamasında Türk mahkemelerinin yapacağı incelemenin şekli ve sınırları Türkiye'nin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olması hedefini doğrudan etkileyecektir⁶. MTK 15. maddesi bu modern yaklaşımdan hareketle sınırlı ve istisnai bir kanun yolu olarak iptal davasını düzenlemektedir.

MTK m.15/A uyarınca “*Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir*”. Böylelikle, şu an itibarıyla, MTK kapsamına giren tahkim yargılamalarında tarafların hakem kararına karşı başvurabilecekleri temyiz veya yargılamanın yenilenmesi gibi başka bir kanun yolu bulunmamaktadır⁷. UNCITRAL Model Kanunu'nda da hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılacağı düzenlenmiştir⁸. Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yollarının azaltılmasındaki temel amaç taraflarca bu kanun yollarının kötüye kullanılması riskini bertaraf etmektir⁹. Ayrıca, MTK'daki bu düzenlemenin emredici niteliği sebebiyle tarafların kendi aralarında anlaşarak iptal davası haricinde bir başka veya ilave bir kanun yoluna başvurabilmelerine ilişkin yapacakları anlaşma geçerli olmayacaktır¹⁰. Örneğin, taraflar hakem kararının iptal davasına değil esastan inceleme yapmak suretiyle daha geniş bir inceleme imkânı getirecek olan temyize tabi olacağını kararlaştıramazlar¹¹. Amerikan ve Fransız hukuklarında da bu sonuç kabul edilmekle birlikte Alman hukukunda tarafların açık bir şekilde anlaşarak hakem kararının mahkemelerce daha kapsamlı bir incelemeye tabi olması konusundaki anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilmektedir¹².

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın etkin ve hızlı bir şekilde çözülmesi amacıyla tahkime başvurdukları fikrinden hareketle iptal davasının da hızlı, etkin ve az masraflı olarak ilerlemesi gerektiği kabul edilmektedir¹³. MTK'da 28 Şubat 2018 tarihli 7101 sayılı kanunun 53. Maddesi ile iptal davasında yetkili ve görevli mahkeme açısından

6 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016) 251.

7 Akıncı (n 6) 251; Ejder Yılmaz, “Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali”, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2009, 126; Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB 316.

8 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005) 270.

9 Akıncı (n 6) 256.

10 Kalafatoğlu (n 2) 27.

11 Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekamitez'e Armağan 1389.

12 Maxi Scherer, Linda J. Silberman, “Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage”, in: Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 452 vd.

13 Kalafatoğlu (n 2) 17; Ali Yeşilırmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011) 129.

yeni bir düzenleme getirilmiştir¹⁴. Kanunun m.15/A 1. fıkrası ikinci cümle uyarınca “İptal davası, *3üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür*”. Böylelikle kanunun eski düzenlemesinde olduğu gibi iptal davasının öncelikle ilk derece mahkemesinde görülmesi yolu kapatılarak bölge adliye mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Söz konusu yenilik yabancı hukuklardaki düzenlemeler ile aynı yönde ve olumlu bir gelişmedir¹⁵. Ayrıca, iptal davasının yargılama şekli açısından kanun koyucunun mümkün olduğu kadar bu davaların hızlı bir şekilde sonlandırılması amacıyla düzenlemeler yaptığı görülmektedir¹⁶. MTK m.15/A uyarınca bölge adliye mahkemesinde açılacak iptal davası “*öncelikle ve ivedilikle*” görülecektir. Aynı amaçla MTK m.15/A’da mahkemece aksine karar verilmedikçe iptal davasının dosya üzerinden incelenerek karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Ancak, kanundaki bu düzenlemeye rağmen uygulamada iptal davalarının genellikle duruşmalı olarak görüldüğü belirtilmektedir¹⁷. Bu durum karar sürecini yavaşlatmakta ve kanun koyucunun iptal davasının hızlı bir şekilde karara bağlanması amacına uygun düşmemektedir.

Genel itibarıyla iptal davasındaki temel amaç uyumsuzluğun esastan incelenmesi değil hakem kararının sınırlı ve istisnai bir inceleme neticesinde geçersiz kılınmasıdır. Mahkemece incelenecek olan husus tahkim yargılamasındaki bazı aykırılıklar ve hakem kararının kendisidir¹⁸. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği hakem kararının iptali sebeplerinde de kendini göstermektedir. MTK m.15/A “*hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir*” diyerek sınırlı sayıda belirlenmiş olan iptal sebeplerini sunmaktadır. Bu düzenlemede dokuz temel iptal sebebi mevcuttur ve bu iptal sebepleri iptal davası başvurusunu yapan tarafça ispat edilecek ve mahkeme tarafından re’sen incelenecek sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. İptal sebeplerinin incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır¹⁹. MTK m.15’te iptal sebeplerinin sınırlı olarak düzenlenmesi sebebiyle mahkemelerin hakemlerce verilen kararın

14 İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun No.7101, RG 15.03.2018/30361.

15 H. Ercüment Erdem, “Amendments Introduced through Law No. 7101 on Arbitration Proceedings” (<http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/amendments-introduced-through-law-no-7101-on-arbitration-proceedings/>) (E.T. 25/09/2018).

16 Akıncı (n 6) 319.

17 Yeşilirmak (n 13) 131.

18 Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage* (PUF 2016) 571 (L'arbitrage); Kalafatoğlu (n 2) 10; Süral (n 11) 1385.

19 İptal sebepleri açısından kapsamlı bir inceleme için: Akıncı (n 6) 266 vd.; Yeşilirmak (n 13) 122 vd.; Süral (n 11) 1392 vd.; Bilgin Tiryakioğlu, Aslı Bayata Canyaş, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, in Ali Yesilirmak and İsmail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 199 vd.; Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin 2010) (Tahkim) 129 vd.; Bilgin Tiryakioğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin Yayınları 2016) 305 vd.; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Student Version* (Oxford 2015) 581 vd.; Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012) 313 vd.; Aslı Bayata Canyaş, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016) 83 vd. Ayrıca, iptal sebepleri açısından Fransız ve Türk hukukları hakkında bir karşılaştırma için: Kalafatoğlu (n 2) 43 vd. HMK m.439’da hakem kararının iptali sebepleri MTK ile aynı olmakla birlikte MTK’nın aksine taraflarca ileri sürülecek ve re’sen dikkate alınacak iptal sebepleri ayrımı yapılmamıştır. Böylelikle, HMK tahkiminde mahkemenin tüm iptal sebeplerini re’sen inceleyeceği sonucuna varılabilir. Ancak, bu düzenleme mahkemelere daha kapsamlı bir inceleme imkânı sunmaktadır. Bu durumun iptal incelemesinin istisnai karakteriyle bağdaşmadığı savunulmaktadır. Süral (n 11) 1410.

içerik kontrolünü yapamayacak olduklarının kabulü gerekmektedir. Bu düzenleme uyarınca, iptal davası hakimi bir temyiz hakimi gibi hakemler tarafından verilen kararın içerik kontrolünü yapamaz, bir başka ifade ile hakemlerin vermiş olduğu kararı esastan denetleyemez²⁰. Hakem kararı üzerinde esastan inceleme yapılabilmesinin kabulü “*tahkim müessesesinin inkârı anlamına gelir*”²¹ ve “*tahkimin tarihsel gelişimi, uygulamasına ve niteliğine aykırıdır*”²². İptal davasını görececek olan mahkemelerimizin de iptal davasının sınırlı ve istisnai niteliğini göz önünde bulundurarak incelemelerini yapmaları Türkiye’de milletlerarası tahkimin daha da gelişmesine ve Türkiye’nin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi haline gelmesine doğrudan olumlu etki edecektir²³.

İptal davası hakem kararları üzerinde mahkemelerin sınırlı bir şekilde inceleme yapması imkânını öngörmesi suretiyle taraflara sunulmuş olan bir çeşit ilave güvence olarak kabul edilmektedir. Yeşilirmak’ın belirttiği üzere “*iptal davasının varlığı tahkim kurumuna olan güveni artırıcı bir husustur*”²⁴. Hakem kararı taraflar açısından bağlayıcı olsa da aleyhine karar verilmiş olan taraf bu karara karşı başvurabileceği, sınırlı da olsa, bir kanun yoluna sahip olduğunu bilecektir. Bir başka ifadeyle, milletlerarası tahkim hukukunda iptal davasının öngörülmesi verilen kararın mahkemelerce tekrar incelenmesi için bir “*ikinci şans olarak değil, bir güvenlik halatı*” işlevi görmektedir²⁵. Bu bakış açısı uyarınca, iptal davası hakem kararının etkinliğini azaltan bir engel olarak değerlendirilmemekte, tahkim sırasında iyi bir yargılama yapılmasının güvencesi olarak kabul edilmektedir²⁶. Milletlerarası tahkim hukukundaki güncel yaklaşımın taraflara sunulan bu güvence ile hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin korunmasındaki menfaat arasında bir denge kurulması yönünde olduğu belirtilmektedir²⁷.

Son olarak, iptal davasının bu işlevini ve tarafların iptal davasına olan ihtiyaçlarını ortaya koymak açısından Belçika hukukunda 1985 yılından itibaren yapılan iki değişikliğe değinmenin faydalı olacağını düşünüyoruz²⁸. Belçika hukukunda 1985 yılında getirilen bir değişiklikle şayet uyuşmazlığın taraflarının Belçika ile bir bağlantısı

20 Akıncı (n 6) 257. Y. HGK, E. 2013/13-1847, K. 2015/2020, T. 30.09.2015, www.kazanci.com (s.e.t. 17.09.2018).

21 Yılmaz (n 7) 128.

22 Yeşilirmak (n 13) 137. Benzer şekilde, Turgut Kalpsüz, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) Milletlerarası Tahkim Semineri (Kanunun Değerlendirilmesi) 125.

23 Akıncı (n 6) 251.

24 Yeşilirmak (n 13) 122.

25 Jean-Baptiste Racine, “Propos sur l’Efficacité des Sentences Arbitrales en Droit Français après la Réforme du 13 Janvier 2011”, in *L’Arbitrage et le Juge Étatique, Etudes de Droit Comparé à La Mémoire de Guisepe Tarzia* (Bruylant 2014) 439 (Efficacité).

26 Sylvain Bollée, “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, (2011) *Revue Critique de Droit International Privé* 553, para. 26.

27 Tiryakioğlu (n 19) 301.

28 Philippe Pinsolle, “La Renonciation au Recours en Annulation en Matière d’Arbitrage International”, *Mélanges P. Mayer* (LGDJ 2015) 699 vd.; Olivier Caprasse, “Le Nouveau Droit Belge de l’Arbitrage” (2013) *Revue de l’Arbitrage* 953, par.3; Bernard Hanotiau/Guy Block, “La Loi du 19 Mai 1998 Modifiant la Législation Belge Relative à l’Arbitrage” (1998) *ASA Bulletin* Vol. 16, I. 3 532.

yok ise Belçika mahkemeleri önünde iptal davası açamayacakları düzenlenmişti. Bir başka ifadeyle, hakem kararına karşı iptal davası sadece taraflardan birinin Belçikalı veya Belçika’da yerleşik ise mümkündü. Bu yönde bir düzenlemenin amacı Belçika mahkemelerinin tahkime müdahalesini mümkün olduğunca azaltmak ve Belçika ile bağlantısı olmayan tarafları tahkim yeri olarak Belçika’yı seçmeye teşvik etmekte. Ancak, tarafların iptal davasına başvurma imkânını ellerinde tutmak istemeleri sebebiyle bu düzenleme uygulamada beklenen sonuçları vermedi. 1998 yılında yapılan bir düzenleme ile Belçika hukukunda iptal davası imkânı belli şartlar dahilinde bu davadan feragat hakkı ile birlikte geri getirildi. Kanaatimizce, bu değişiklik tarafların tahkim yeri devleti ile bir bağlantıları olmasa da kanun koyucunun tarafların menfaati doğrultusunda iptal davası *güvenlik halatını* hazır tutmayı tercih ettiğini göstermektedir. Ancak, aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, taraflar isterlerse iptal davası açma hakkından feragat ederek bu güvenlik önlemini kullanmamayı seçebilirler.

III. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yolu olarak iptal davası öngörülmüştür. Ancak, Türk hukukunun da dahil olduğu bazı milli hukuk düzenlemelerinde belirli şartlarla tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle iptal davası açma hakkından feragat hakkında bazı genel açıklamalar yapıp MTK’daki düzenlemeden başlayarak iptal davası açma hakkından feragatin şartları ve etkileri incelenecektir. Konumuz açısından asıl önemli olan hususunun tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmiş olmalarına rağmen hakem kararını Türkiye’de icra ettirmek istemeleri durumu olduğunu düşünüyoruz. Bu durumda, yabancı hukuklardaki düzenlemelerin aksine, MTK’da hakem kararı üzerinde gayet sınırlı bir inceleme yapılması öngörülmüştür. Bu durum bizi iptal davası açma hakkından feragatin kabul edildiği İsviçre ve Fransız hukuklarındaki düzenlemeler hakkında detaylı bir inceleme yapmaya ve bu incelemenin sonuçlarını Türk milletlerarası tahkim hukuku açısından değerlendirmeye yöneltmiştir.

1. Genel Olarak İptal Davası Açma Hakkından Feragat

Milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararına karşı iptal davası yolunun istisnai niteliği ve sınırlı iptal sebepleri ile taraflar açısından bir çeşit güvence olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Hakem kararının iptal edilmesi amacıyla devlet mahkemelerine başvurulmasını öngören bu güvenceye rağmen Türkiye, Arjantin, Hollanda, Fransa, İsviçre, Belçika, Peru, Rusya, İsveç ve Tunus başta olmak üzere bazı milli hukuklar belirli şartlarda tarafların hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini öngörmektedir²⁹. İptal davası açma hakkından feragat tahkim hukukundaki birçok

29 Scherer, Silberman (n 12) 444 vd.; Pinsolle (n 28) 698 vd.; Redfern, Hunter (n 19) 579; Born (n 19) 335; Bayata Canyaş (n 19) 52 vd.

konuda ve tahkimin temelinde olduğu gibi tarafların irade serbestisi ile devletin tahkim üzerindeki kontrolü arasındaki ilişkiyi ilgilendirmektedir³⁰. Genel bir ifade ile, devletlerin hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragati kabul etmesi milletlerarası tahkime yönelik önemli bir olgunluk göstergesi olarak görülmektedir. İptal davası açma hakkından feragat imkânı ile devlet kendi sınırları dahilinde verilen bir hakem kararının belli şartlarda kendi mahkemelerince incelenmeyebileceğini kabul etmektedir³¹.

Kural olarak bu hak sadece tahkim yeri ile taraflar veya taraflar arasındaki uyumsuzluk arasındaki bağın zayıf olduğu hallerde kabul edilmektedir. Ayrıca, tarafların tahkim yeri mahkemeleri önünde iptal davası açma hakkından feragat etmeleri sonucunda bu devlet ile zayıf bağ gösteren bu davaların mahkemelerin iş yükünü arttırması da engellenecektir ve yabancı tarafların tahkim yeri olarak ilgili devleti tercih etmeleri sağlanacaktır³². Her ne kadar milli hukuklarda iptal davası açma hakkından feragat imkânı öngörülse de tarafların yaygın bir şekilde bu haklarını kullandıklarına yönelik somut bir veriye araştırmamız kapsamında rastlanmamıştır. Aksine, bu imkânın taraflarca nadiren tercih edildiği savunulmaktadır³³.

Aşağıda inceleneceği üzere, milli hukuklar iptal davası açma hakkından feragatte açık bir irade beyanı ve yazılı şekli şartı aramaktadır. Bu şartın yanı sıra, bazı kurumsal milletlerarası tahkim kurallarında hakem kararlarının tarafları bağlayıcı ve kesin olduğu düzenlenmiştir. Tarafların aralarındaki uyumsuzluğun çözümü için bu yönde düzenlenmiş tahkim kurallarını seçmiş olmaları geçerli bir feragat olarak nitelendirilebilir mi? Örnek olarak, ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6'da hakem kararlarının tarafları bağlayıcı olduğu, tarafların bu kararı geciktirmeksizin icra edecekleri ve geçerli olarak yapılabildiği ölçüde hakem kararına karşı kanun yollarına başvurma haklarından feragat ettikleri belirtilmektedir³⁴. ICC 2012 kuralları m.34 fıkra 6'da da aynı hüküm bulunmaktaydı. Bu hüküm hakkında ICC Sekreteryası'nın hazırlamış olduğu açıklamalarda kurallarda getirilmiş olan düzenlemeye rağmen, söz konusu düzenlemenin geçerli bir feragat olup olmadığının belirlenmesinde ilgili mahkemenin milli hukukunun yetkili olacağı belirtilmektedir³⁵. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin iptal davasından feragat imkânı tanıyan milli hukuklar uyarınca geçerli bir feragat olarak değerlendirilmesi olasılığının da düşük olduğu belirtilmektedir³⁶. Bir başka

30 Carl Ulrich Mayer, "Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act" (1999) ASA Bull. No.2, 192.

31 Pinsolle (n 28) 697.

32 Kalafatoğlu (n 2) 36; Julien Burda, "La Renonciation au Recours en Annulation dans le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage" (2013) RTD Com. 653.

33 Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'Arbitrage Interne et International* (LGDJ 2013) 858.

34 ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6: "Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made".

35 Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (ICC Publication 2012) 346.

36 "While Article 34(6) refers to the waiver of any form of recourse, it is unlikely to be deemed sufficient to constitute a waiver of the right to bring proceedings to set aside an award even in those jurisdictions where such a waiver is possible.", Fry, Greenberg, Mazza (n 35) 346. Aksi yönde görüşler hakkında referanslar için bkz.: Turgut Kalpsüz, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL'den Esinlenen Hükümler" (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 32, dipnot 32 ve 33 (IPL'den Esinlenen Hükümler).

ifade ile, tahkim anlaşmasında veya seçilen kurallarda hakem kararının nihai ve bağlayıcı olduğuna ilişkin bir kaydın ve kanun yollarına başvurma hakkından feragate ilişkin genel bir hükmün olmasının feragat için yeterli sayılmayacağı savunulmaktadır³⁷. Kurumsal tahkim kurallarındaki bu çeşit düzenlemelerin, milli hukuklarda genellikle iptal davası açma hakkından feragatin açık bir şekilde yapılmış olması şartı arandığından geçerli bir feragat olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Karşılaştırmalı hukukta da ağırlıklı olarak kabul edilen görüş bu yöndedir³⁸.

İptal davası açma hakkından feragat imkânının öngörülmesinde iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlar ilgili devletin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olmasının sağlanması ve milletlerarası tahkimin etkinliğinin artırılmasıdır³⁹. İptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararı bir iptal davasına konu olmayacaktır ve bu kararın başka ülkelerde tanınması ve tenfizinin geciktirilmesi engellenecektir⁴⁰. Özellikle, MTK düzenlemesinde iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durduracağını da düşünürsek iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olması sadece hakem kararının icrasını engellemek veya geciktirmek amacıyla açılacak iptal davalarının önüne geçecektir⁴¹. Ayrıca, iptal davasından feragat ile birlikte genellikle tahkim yeri devleti ile herhangi bir bağı olmayan davalar hakkında, yabancı taraflar arasında ve yabancı dildeki kapsamlı dosyaların o devletin mahkemelerinin iş yükünü arttırmasının engelleneceği de savunulmaktadır⁴². Ayrıca, Ataman-Figanmeşe milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararının tanıma ve tenfiz ülkesi mahkemeleri önündeki incelemeye ve tahkim yerinde iptal davasına konu olması sebebiyle mahkemelerce mükerrer bir kontrole konu olduğunu ve bu durumun taraflar açısından elverişsiz sonuçlar yarattığını belirtmektedir⁴³. Yazara göre, bu elverişsiz durumu ortadan kaldırmak için ya iptal veya tenfiz davalarından birinin kaldırılması önerilebilir ya da, ideal çözüm olarak, hakem kararlarını tek elden kontrol edecek bir milletlerarası mahkeme kurulabilir. Yazar ayrıca Türk hukukunda iptal davası açma hakkından feragatin kabul edilmesinin birinci öneriyi kısmen karşıladığını belirtmektedir. Bir başka ifade ile, iptal davası açma hakkından feragat ile hakem kararı üzerinde hem tenfiz mahkemelerinin hem tahkim yeri mahkemelerinin mükerrer inceleme yapması engellenecektir⁴⁴.

37 Redfern, Hunter (n 19) 579; Sural (n 11) 1387.

38 Scherer, Silberman (n 12) 446 ve dipnot 24. Karşılaştırma yapmak adına, Kudüs Tahkim Merkezi Kuralları m.35'te açık bir şekilde tarafların hakem kararına karşı temyiz ve iptal davasından feragat ettikleri belirtilmektedir: "Unless otherwise specifically provided in the Rules, by submitting the dispute to arbitration under the Rules the parties shall be deemed to have waived their right to any form of recourse, including appeal, and setting aside or annulment, before any judicial authority against any decision of an arbitral tribunal and the Court, insofar as such waiver can validly be made".

39 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 319; Andreas Bucher, Andrea Bonomi, *Droit International Privé* (Helbing 2013) 393; Kalafatoğlu (n 2) 36.

40 Mayer (n 30) 192; Kalafatoğlu (n 2) 35.

41 Tiryakioğlu (n 19) 304.

42 Pierre Lalive, "Le Chapitre 12 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé: l'Arbitrage International", in *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, ed. François Dessemontet (Lozan 1989) 231. Aynı yönde: Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 150; Ekin Tuna, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016) 65.

43 İnci Ataman-Figanmeşe, "Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri" (2011) 31 MHB sayı 2, 63 vd.

44 Ataman-Figanmeşe (n 43) 63 vd.; Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 150.

Tarafların hakem kararına karşı başvurmak üzere kendilerine sunulmuş olan bu kararın yolu imkânından feragat edebilmeleri iptal davasının önemini azalttığı şeklinde yorumlanabilir. Racine'e göre taraflara bu hakkın tanınmış olmasının esas gerekçesi milletlerarası tahkimin devlet mahkemelerinden bağımsızlığını güçlendirmektir⁴⁵. Gaillard'a göre ise, iptal davası açma hakkından taraf iradesiyle feragat imkânının tanınması tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararlarını kendi ilkeleri uyarınca kontrol etmesinde üstün bir gerekçe olmadığını ortaya koymaktadır⁴⁶. Her ne kadar iptal dava açma hakkından feragat imkânı bazı milli hukuklarda öngörülmüşse de uygulamada tarafların bu hakkı nadiren kullandıkları belirtilmektedir. Bu noktada, tarafların iptal davasında sınırlı bir inceleme yapılacak olsa da ve kararın iptal edilme olasılığı düşük olsa da, iptal davasına başvurma imkânını muhafaza etmeyi ilave bir güvence olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır⁴⁷. Ayrıca, doktrinde bazı yazarlar iptal davası açma hakkından feragati önermemektedir. İptal davasına başvurma imkânının mevcut olması hakemleri tahkim yargılaması sırasında daha dikkatli davranmaya yöneltecektir ve iptal davası hakem kararı üzerinde sınırlı bir inceleme yapılabilmesini sağlayacaktır⁴⁸.

2. MTK Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat

MTK m.15/A'da tarafların belli şartlarda iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁴⁹. 2001 yılında kabul edilen MTK ile iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanınmış olması Türk milletlerarası tahkim hukuku bakımından taraf iradesi serbestisini öne çıkaran önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. Bu başlık altında ilk olarak MTK m.15/A uyarınca iptal davası açma hakkından feragatin şartları incelenecektir. Sonrasında ise, tarafların geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat etmeleri durumunda hakem kararını Türkiye'de icra etmeye çalışmaları halinde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı ortaya koyulacaktır.

A. İptal Davası Açma Hakkından Feragatin Şartları

MTK m.15/A'da tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁵¹. MTK'dan farklı olarak 2011 tarihli HMK'daki iç tahkim

45 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 579.

46 Emmanuel Gaillard, "Les Principes Fondamentaux du Nouvel Arbitrage", in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage* (sous la Direction de Thomas Clay) (Lextenso 2011) (Les Principes Fondamentaux) 64.

47 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 580.

48 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 319.

49 Mülga HUMK m.535 uyarınca tarafların hakem kararına karşı temyiz sebeplerinden biri gerçekleşmeden temyizden feragat haklarının olmadığı kabul edilmekteydi. Yargıtay içtihadında da kabul edildiği üzere henüz doğmamış bir haktan feragat edilmesi kamu düzenine aykırı kabul edilmekteydi. Kalpsüz, "İPL'den Esinlenen Hükümler" (n 36) 31 ve Y. 2. HD, E. 16249, K.16080, T. 17.11.1970, RKD. Y.1971, S.3-4, 76. İptal davasını düzenleyen HMK m.439'da iptal davası açma hakkından feragat düzenlenmemiştir. Ancak, Budak'a göre, "iptal davası açmak hakkından önceden feragat edilemezse de, kanımca hakem kararı öğrenildikten sonra bu haktan feragat mümkündür (m.349 ve 366'ya kıyasen)", Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri" (2012) 1 UTDER Sayı 1, 56.

50 Akıncı (n 6) 263; Kalafatoğlu (n 2) 34 vd.

51 "Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler".

hükümlerinde iptal davası açma hakkından feragat etme imkânı mevcut değildir. MTK düzenlemesi uyarınca, tarafların geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri için ilgili fıkra öngörülmüş olan şartları yerine getirmeleri gerekir. Taraflar kanunda belirtilen bu şartların yerine getirilmemiş olması sebebiyle iptal davası açma hakkından feragatin geçerli olmadığını iddia edebilirler. Maddede öngörülmüş olan şartları taraflara ilişkin şartlar ile feragatin şekline ilişkin şartlar olarak iki alt gruba ayırabiliriz. Bu şartların feragat anlaşmasının yapıldığı anda yerine getirilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu tahkim yargılamasının tarafları ile Türkiye arasındaki bağın zayıf olduğu hallerde taraflara Türk mahkemeleri önünde iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımıştır. Kanunda tarafların “*yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında*” bulunması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla, taraflardan birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dahilinde yer alıyorsa bu taraflar iptal davası açma hakkından feragat edemezler. Bunun yanı sıra, kanun koyucu Türkiye ile tahkim yargılaması arasındaki bağı incelerken sadece tarafların yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri şartını aramaktadır. Tarafların yerleşim yerleri Türkiye dışında ama dava konusunun Türkiye’de bulunduğu bir durumda da tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri sonucuna varmak gerekir. Kanunda tarafların yerleşim yerleri ve olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında olması aranırken iş yerlerinin bulunduğu yerden bahsedilmemiştir. Kanundaki bu hükmün amacı göz önünde bulundurularak geçerli bir feragat anlaşması olabilmesi için tüzel kişilerin iş yerlerinin de Türkiye dışında olması aranmalıdır⁵². Ancak, taraflardan birinin yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yeri Türkiye dahilinde ise MTK uyarınca iptal davası açma hakkından feragat etmeleri mümkün değildir⁵³. Ekşi’ye göre “*Kanundaki bu düzenleme, kapsamına aldığı kişilere aynı şartlarla uygulanmaması sonucunu doğurmuştur*” ve “*aynı Kanun hükümlerinin kişilere göre farklı şekilde uygulanması, kanunların genelliği prensibi ve kanun önünde eşitlik esası (Anayasa md. 10) ile bağdaşmamaktadır*”⁵⁴. Kalpsüz ise “*yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye’de bulunan taraflar ise, ancak eskisi gibi, hakem kararının verilmesini müteakip iptal davası açmak hakkından feragat edebileceklerdir*” demektedir. Yazar şu hususu da ilave etmektedir: “*Maamafih bu sonuç MTK’nın 17. maddesi birinci fıkrası hükmü muvacehesinde tartışılabilir*”⁵⁵. Bu çekinceden hareketle, kanaatimizce, MTK m.17 fıkra 1 hükmü uyarınca, MTK kapsamına giren bir tahkimde iptal davası açma hakkından feragatin şartlarının sadece MTK hükümleri uyarınca belirlenmesi

52 Tiryakioğlu (n 19) 304.

53 Akıncı (n 6) 265: “*uyuşmazlık taraflarından herhangi birisinin merkezi Türkiye’de olan bir şirket olması durumunda, iptal davası açmaktan feragat etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, iptal davası açabilmek için her iki tarafın da yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması gerekmektedir*”. Hakan Pekcantez, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (On İki Levha 2017) 583.

54 Ekşi (n 7) 335.

55 Kalpsüz, “IPL’den Esinlenen Hükümler” (n 36) 31. Yazarın 2010 yılında kaleme aldığı eserinde ise şu görüşe yer verilmiştir: “*(...) yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye’de bulunan tarafların, iptal sebeplerinin gerçekleşmesi halinde sonradan yapacakları bir anlaşma ile iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri söylenebilir. Böyle bir anlaşmanın şekli, vafı ve ne zaman yapılabileceği hakkında Kanunda bir hüküm yoktur. Bu, Kanunda düzenlenen konularda aksine hüküm yoksa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını amir 17. m.si hükmü muvacehesinde ciddi bir boşluktur.*”, Kalpsüz, Tahkim (n 19) 151.

gerekmektedir⁵⁶. Tarafların iptal davası açma hakkından hakem kararı verilmesinden sonra da feragat edebilecekleri kabul edilmektedir ve bu sebeple, tarafların yerleşim yerleri ve olağan oturma yerlerine ilişkin şartın feragat anında gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, geçerli bir feragat olabilmesi için tahkim anlaşmasının tüm taraflarının yerleşim yerlerinin, olağan oturma yerlerinin veya işyerlerinin Türkiye haricinde olması gerekir. Bu kuraldan hareketle, tahkim anlaşması taraflarından bir tanesi bir ortak girişim (*joint venture*) ise ve bu ortak girişimin üyelerinden birinin bir Türk şirketi olması durumunda, bu şirketler arasında bir mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacağından taraflar geçerli bir feragat yapamayacaklardır⁵⁸.

Son olarak, doktrinde, MTK m.15 hükmünün “tarafların” iptal davası açma hakkından feragat etmesini düzenlemesi sebebiyle taraflardan sadece birinin bu yönde feragatinin geçerli olmayacağı savunulmaktadır. Akıncı’ya göre, “*kanun koyucunun bu serbestinin taraflar arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılmasını murad ettiğini söylemek mümkün değildir*”⁵⁹. Süral’a göre de tek taraflı feragat geçerli değildir ve aksi bir durumun kabulü “*adil yargılanma hakkı ve tarafların eşitliği prensibini ihlal edici nitelikte olacak ve buna izin verilmesi tahkim kurumuna olan güveni zedeleyecektir*”⁶⁰.

İptal davası açma hakkından feragatin zamanlaması hakkında ise MTK m.15/A’da tarafların “*tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle*” bu haklarını kullanabilecekleri belirtilmiştir. Bir başka ifade ile, taraflar daha uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce tahkim anlaşmasının imzalanması sırasında iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtebilecekleri gibi tahkim anlaşması imzalanmasından sonra da bu haklarını kullanabilirler. Pekcanitez’e göre, bir hak doğmadan evvel o haktan feragat edilmesi kural olarak mümkün değildir ve bu sebeple, iptal davası açma hakkından feragat ancak hakem kararı verilmesinden ve iptal davası açma hakkının doğmasından sonra mümkün olabilmelidir. Ancak, MTK, yabancı hukuklardaki örneklerden de hareketle hakem kararı verilmesinden önce feragati kabul etmektedir⁶¹. Henüz hakem kararı verilmeden önce iptal davası açma hakkından feragat imkânının tanınmış olmasının Türkiye gibi tahkim kültürü oluşturmaya çalışan ülkeler açısından yarardan çok zarar doğuracağı da doktrinde savunulmuştur⁶². Sonradan yapılacak bir feragatin de ya-

56 MTK m.17 fıkra 1: “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*”.

57 Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187. Taraflara ilişkin bu şartın feragat anında gerçekleşmiş olması için ayrıca bkz.: Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 153.

58 Akıncı (n 6) 265.

59 Akıncı (n 6) 263. Aynı yönde, Pekcanitez (n 53) 583; Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188; Ekşi (n 7).

60 Süral (n 11) 1387.

61 Pekcanitez (n 53) 582.

62 Yeşilirmak (n 13) 132: “*Ayrıca, iptalden peşinen feragatin kabulü ile, geçerli bir tahkim anlaşması olmamasına rağmen veya tahkime elverişli olmayan bir konuda ya da tahkim konusunun kamu düzenine aykırı olması hali gibi tahkim yargılaması esnasında yapılan bir hatanın hakem kararının iptali ile düzeltilmesinin önüne geçilmiş olur: Uluslararası tahkim açısından böyle bir sonucun kabulü yerinde değildir. Özellikle Türkiye gibi tahkim kültürü oluşturmaya çalışan ve tahkime karşı olumsuz yargıların önüne geçmeye çalışan ülkeler açısından iptal hakkından peşinen feragatin yarardan çok zarar getireceği düşüncesizdiriz. Ayrıca iptal hakkından feragatin kullanıcılara tarafından ısrarla talep edildiğine ilişkin bilimsel bir veriye de sahip değiliz*”. Aynı yönde, Süral (n 11) 1387.

zılı şekilde yapılması gerekmektedir. Söz konusu yazılı şekil şartı açısından MTK m.4’teki düzenleme belirleyici olacaktır⁶³.

İptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat edilmesi için taraf iradelerinin açık bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir. Tarafların iptal dava açma hakkından feragat ettiklerini açık ve hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde açıklamaları gerekir⁶⁴. Dolayısıyla, daha önce belirtmiş olduğumuz gibi tarafların ICC Tahkim Kuralları m.35 fıkra 6’daki gibi bir düzenlemeyi kabul etmeleri kanunda aranan açık bir beyan ile feragatin yapılması şartını yerine getirmemektedir. Doktrinde şu şekilde kaleme alınacak anlaşmaların geçerli birer feragat oluşturacağı belirtilmiştir: *“uyuşmazlık hakkında verilecek olan hakem kararı nihai ve bağlayıcı olacaktır ve taraflar mahkemelerden bu kararın iptalini istememe konusunda anlaşmıştır”* veya *“taraflar verilmiş olan hakem kararına karşı bir iptal davası açma hakkından feragat etmektedir”*⁶⁵. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 11 Mayıs 2011 tarihli bir kararında *“taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler”* şeklinde kaleme alınmış bir feragat anlaşması tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye’de bulunması sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir⁶⁶. Ekşi’ye göre tarafların aralarındaki anlaşmada hakem kararının bağlayıcı olacağını ve bu karara karşı kanun yollarına başvurmayacaklarını kararlaştırmaları geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir. Ancak, yazara göre taraflar sonradan yeni bir anlaşma yaparak bu konuda değişiklik yapabilirler⁶⁷. Kanaatimizce, taraflar feragat anlaşmalarında ismen iptal davasını belirtmeseler de hakem kararına karşı devlet mahkemeleri önünde mevcut bulunan tüm kanun yollarına başvurmak haklarından – dolayısıyla iptal davasını da kapsayacak şekilde - feragat ettiklerine dair açık beyanlarının da geçerli bir feragat olarak kabul edilmesi gerekir.

Ayrıca, taraflar dilerlerse iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilirler veya MTK m.15’de yer alan iptal sebeplerinden bazılarında dolayı iptal davası açma hakkından kısmen feragat edebilirler. Tarafların iptal davası açma hakkından kısmen feragat etmiş olmaları halinde, feragat edilen iptal sebebine dayanan bir iptal davası açılmışsa bu iptal davasının reddedilmesi gerekmektedir⁶⁸.

63 Akıncı (n 6) 266. Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188.

64 Akıncı (n 6) 266; Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187; Tiryakioğlu (n 19) 304.

65 Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 187.

66 Y. 15. HD, E. 2010/7197, K. 2011/2857, T. 11.05.2011: *“alt yüklenici genel sözleşmesinin 12. maddesinin e bendinde “taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler” hükmüne yer verilmiş ise de. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinin A fıkrasının 5. bendi uyarınca, tarafların tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri için “her iki tarafın yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında” bulunması şart olup, sözleşme ve dosya kapsamından tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu anlaşıldığından, sözleşmede kararlaştırılan iptal davası açma hakkından feragata ilişkin düzenlemenin bağlayıcılığının bulunmamasına, mahkemece bu konunun da red gerekçesi yapılması doğru değilse de, bu yanlışlığın sonuca etkili olmamasına göre davacıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir”*, www.kazanci.com (s.e.t. 17.09.2018).

67 Ekşi (n 7) 335.

68 Akıncı (n 6) 262.

Sonuç olarak, MTK aşağıda incelenecek olan bazı yabancı hukuklardaki düzenlemeler gibi iptal davası açma hakkından feragati kabul etmiş ve bazı şartlara tabi kılmıştır. İptal davası açma hakkından feragat ile taraflar tahkim yeri ülkesinde hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma imkânından kural olarak feragat etmiş olacaklardır ve aynı zamanda New York Sözleşmesi uyarınca başka bir ülkede bu kararın tanıma veya tenfizinin reddi sebeplerinden bir tanesi de doğal olarak ortadan kalkmış olacaktır.

B. İptal Davası Açma Hakkından Feragate Rağmen Hakem Kararının Türkiye’de İcra Edilmek İstenmesi

MTK uyarınca taraflar geçerli bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerinde taraflardan birinin Türk mahkemeleri önünde iptal davası açması halinde bu dava feragat nedeniyle reddedilmelidir⁶⁹. Ancak, iptal davası açma hakkından feragate rağmen lehine karar verilen taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek isteyebilir. MTK m.15/B⁷⁰’deki düzenleme sebebiyle lehine karar verilmiş olan taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek isterse mahkemeye başvurup bir icra edilebilirlik belgesi alması gerekecektir. Bu durumda, mahkeme söz konusu hakem kararı üzerinde re’sen incelenen iptal sebepleri olan tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık yönünden inceleme yapacaktır. Bir başka ifade ile mahkemenin bu aşamada yapacağı inceleme MTK m.15’de yer alan mahkemenin re’sen inceleyeceği iptal sebepleri ile sınırlandırılmıştır. Eğer hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varılırsa veya ilgili uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu anlaşılırsa mahkeme hakem kararının icrası talebini reddedecektir⁷¹.

Doktrinde iptal davası açma hakkından tamamen feragat edilse bile bu durumda re’sen incelenecek iptal sebeplerinden feragatin mümkün olmadığı görüşünün savunulduğu anlaşılmaktadır. Bu görüş uyarınca, taraflar kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik iptal sebeplerine dayanarak iptal davası açma hakkından feragat edemezler. Bir başka ifade ile taraflar sadece mahkemelerce re’sen incelenmeyecek iptal sebepleri açısından feragatte bulunabilirler. Eğer bir iptal davası açılırsa mahkeme re’sen inceleyeceği bu iptal sebeplerini inceleyebilecektir. Bu görüş uyarınca, ayrıca, tarafların iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmeleri halinde ve taraflardan birinin hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgeyi talep etmemesi halinde, mahkemenin re’sen inceleyeceği bu iptal sebeplerini inceleme fırsatı

69 Pekcanitez (n 53) 582.

70 “İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2 nci bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re’sen dikkate alınır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosyası üzerinden yapılır”.

71 Pekcanitez (n 53) 588; Akıncı (n 6) 264.

olmayacaktır⁷². Bir başka görüş ise, tarafların iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmeleri halinde hiçbir surette iptal davası açamayacaklarını ancak mahkemenin re'sen inceleyeceği iptal sebeplerinden feragat edilmesinin mümkün olmadığını ve bu sebepler açısından incelemenin kararın icra edilebilmesine dair belge verilmesi aşamasında yapılacağını belirtmektedir⁷³.

Kanaatimizce, iki farklı durumun birbirinden ayrılması gerekmektedir. İlk olarak, MTK'da iptal davası açma hakkından iptal sebepleri arasında bir ayırım yapılmadan tamamen feragat edilebilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı Türkiye ile tahkim yerinin Türkiye'de olmasından başka bağlantısı olmayan uyuşmazlıklarda hakem kararının etkinliğinin artırılmasıdır. Böylelikle, taraflar iptal davasının sonucunu beklemeden başka ülkelerde bu kararın tanınmasını veya tenfizini talep edebilir. Tarafların iptal davası açma hakkından tamamıyla feragat etmeleri halinde, bu feragate rağmen bir iptal davası açılırsa, ki davacı bu davada hakem kararının kamu düzenine aykırılığını veya uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını iddia edebilir, bu iptal davasının feragat sebebiyle reddilmesi gerekir. Kanun koyucu, MTK m.15'deki şartların gerçekte gerçekleşmiş olması sebebiyle ve hakem kararı ile Türkiye arasındaki bağın zayıf olması sebebiyle bu karar üzerinde kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik incelemesi yapma ihtiyacı bile görmüştür. Bir başka ifade ile, bu kararın Türkiye'de icra edilmeyeceği varsayıldığından karar üzerinde bir inceleme yapılmayacaktır. İkinci durum ise, tarafların iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat etmiş olmalarına rağmen, lehine karar verilen tarafın bu hakem kararını Türkiye'de icra ettirmek istemesidir. Bu durumda, artık Türkiye'de icra edilmek isteyen bir hakem kararı olduğundan başlangıçta mevcut olmadığı varsayılan sıkı bağlantı kurulmuş olacak ve mahkeme yukarıda belirtmiş olduğumuz re'sen incelenecek iptal sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapacaktır.

Sonuç olarak, MTK m.15/B uyarınca iptal davası açma hakkından feragat edilmesine rağmen hakem kararının Türkiye'de icra edilmek istenmesi halinde mahkeme kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik ile sınırlı bir inceleme yapacaktır. Bir başka ifade ile, aleyhine karar verilen tarafın diğer iptal sebeplerine dayanarak bu hakem kararının icrasını engelleme imkânı bulunmamaktadır. Bu aşamada, sorulması gereken soru, MTK'da benimsenen bu sınırlı incelemenin taraflar açısından yeterli seviyede bir hukuki koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Bu sorunun cevaplanmasında yabancı hukuklarda iptal davası açma hakkından feragati kabul eden düzenlemelerin incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

72 "Parties cannot waive their right to file a setting aside action on grounds concerning public policy and arbitrability, grounds taken into consideration by the court ex officio. Parties are only entitled to waive their right to request setting aside with respect to grounds that are not considered by the court ex officio (see, Article 15A(2)(1)). Hence, waiver as to grounds considered by the court ex officio will be disregarded by the court where an application to set aside is made and the court will examine whether the dispute is arbitrable under Turkish law and whether the arbitral award is in accordance with Turkish public policy. (...) Therefore, where the parties have fully waived their right to file a setting aside action and the parties have not applied to the court for the issuance of a certificate to the effect that the award may be executed, the court would not in such a case be able to analyse whether or not the setting aside grounds considered ex officio by the courts are present". Tiryakioğlu, Bayata Canyaş (n 19) 188.

73 Akıncı (n 6) 263.

3. Karşılaştırmalı Hukukta İptal Davası Açma Hakkından Feragate İlişkin Yaklaşımlar

Çalışmamızın bu kısmında iptal davası açma hakkından feragate ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımları inceleyeceğiz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta iptal davası açma hakkından feragat yaygın bir şekilde kabul edilmemiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Türkiye, Arjantin, Hollanda, Fransa, İsviçre, Belçika, Peru, Rusya, İsveç ve Tunus başta olmak üzere bazı milli hukuklar belirli şartlarda tarafların hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini öngörmektedir. Ancak, bu örnekler haricinde iptal davası açma hakkından feragati öngörmeyen veya kabul etmeyen milli hukuklar vardır. Özellikle UN-CITRAL Model Kanun'da iptal davası açma hakkından feragat düzenlenmemiştir.

Çalışmamızda yabancı hukuk örneklerinden İsviçre ve Fransız hukuklarını inceleyeceğiz. Bu iki hukuktaki iptal davası açma hakkından feragat hükümlerini incelememizin sebebi feragatin şartlarını belirlemek ve özellikle iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararının yine aynı ülke sınırları içerisinde icra edilmek istenmesi halinde mahkemelerin yapacağını kontrolün sınırlarını ortaya koymaktır. Bu inceleme neticesinde MTK düzenlemesinin bu iki hukuka göre gayet sınırlı ve taraflar için yetersiz bir hukuki koruma sunduğu anlaşılacaktır.

A. İsviçre Hukukunda Feragatin Şartları ve Hakem Kararının İsviçre'de İcrasının İstenmesi Durumu

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHUK)'nun uygulama alanına giren bir tahkimde, kanununun 190. maddesi tarafların hakem kararına karşı Federal Mahkeme önünde kanun yoluna başvurabileceklerini öngörmektedir⁷⁴. Kanunda iptal davası terimi yerine ana başlık olarak kanun yolu terimi tercih edilmiştir. Kanununun 192. maddesinin birinci fıkrası⁷⁵ uyarınca, tarafların belli şartlar altında hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilecekleri belirtilmiştir⁷⁶. İsviçre hukukunda iptal davası açma hakkından feragatin şartları aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Bu şartları incelemeden evvel, iptal davası açma hakkından feragat hakkı ile adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye değinmek faydalı olacaktır.

74 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 302 vd. ; François Knoepfler, Philippe Schweizer, *Précis de Droit International Privé Suisse*, (Staempfli 1990) 238; Bernard Dutoit, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la Loi Fédérale du 18 décembre 1987* (Helbing 2001) 591 vd.; Bucher, Bonomi (n 39) 393; Lalive (n 42),224 vd.; Elliott Geisinger, Alexandre Mazuranc, "Chapter 11: Challenge and Revision of the Award", in Geisinger E. and Voser N. (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International 2013) 223 ve 255.

75 İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 1: "If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2)".

76 İsviçre hukukunda iptal davası açma hakkından feragat hakkında detaylı inceleme için: Domitille Baizeau, "Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]", in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 283.

İsviçre hukukunda, tarafların iptal davası açma hakkından feragate ilişkin sözleşme serbestisini tanıyan 192. madde hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6 fıkrası 1’de güvence altına alınan adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişki ilginç bir içtihadı konu olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi 4 Ocak 2012 tarihli ve 4A_238/2011 sayılı kararında, tarafların iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat ettiklerine ve taraflara tanınan bu imkânın AİHS m.6 fıkrası 1’de yer alan adil yargılanma hakkını ve mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir⁷⁷. Açmış olduğu iptal davası geçerli bir feragat anlaşmasının varlığı sebebiyle reddedilen taraf bu karar üzerine adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması sebebiyle 2 Temmuz 2012 tarihinde İsviçre aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) bir başvuru yapmıştır. AİHM 1 Mart 2016 tarihli kararında tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerine ilişkin İsviçre MÖHUK m.192 hükmünün AİHS m.6’yı ihlal etmediğine hükmetmiştir⁷⁸. Mahkemeye göre, tarafların hakem kararının iptali için devlet mahkemelerine başvurabilmelerinden feragat etmelerine imkân sağlayan bu hüküm İsviçre’nin uluslararası bir tahkim merkezi olması meşru amacına hizmet etmektedir ve aynı zamanda tarafların sözleşme özgürlüğüne saygı göstermektedir. Böylelikle, iptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararına karşı Federal Mahkeme’ye başvurma imkânının ortadan kalkması adil yargılama ve mahkemeye erişim hakkı açısından orantısız bir sınırlama olarak nitelendirilemez. Bu sebeple, davacının adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır⁷⁹.

İsviçre MÖHUK m.192 fıkrası 1’de iptal davası açma hakkından feragatin şartları düzenlenmektedir. Bu şartlar, taraflar açısından ve feragat anlaşmasının geçerliliği açısından şartlar olarak iki gruba ayrılmıştır. İlk olarak, geçerli bir feragat söz konusu olabilmesi için tarafların İsviçre’de yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin veya tüzel kişiler açısından şirket merkezinin veya şubelerinin bulunmaması gerekir⁸⁰. Taraflar ile İsviçre arasında bir bağ bulunmamasına ilişkin bu şartın feragat anında aranması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹. Ayrıca, İsviçre’de şirket merkezi bulunmayan bir yabancı şirketin İsviçre’de bağlı şirketleri bulunması durumunda, bağlı şirketlerin

77 İsviçre Federal Mahkemesi 4 Ocak 2012 tarihli ve 4A_238/2011 kararı (2012) ASA Bull. 2, 369, www.bger.ch (s.e.t. 17/09/2018); Geisinger, Mazuranc (n 74) 255; Sébastien Besson, “Part I Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 36 (Chapter 12 PILS).

78 AİHM, Tabbane İsviçre’ye karşı, 1 Mart 2016, Başvuru numarası 41069/12. Karar hakkında detaylı inceleme için bkz.: Marte Knigge, Pauline Ribbers, “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?” (2017) 34 *Journal of International Arbitration* I. 5, 775; José A. Rueda García, J. A., Marco Vedovatti, “The European Court of Human Rights Endorses the Parties’ Voluntary Waiver of the Right to Annul an Award in the Seat of Arbitration (Apropos Tabbane v. Switzerland)” (2016) 26 *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje* 87.

79 AİHM, Tabbane İsviçre’ye karşı, 1 Mart 2016, Başvuru numarası 41069/12: “36. *Compte tenu de ce qui précède, la restriction du droit d’accès à un tribunal a poursuivi un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse, par des procédures souples et rapides, tout en respectant la liberté contractuelle du requérant, et ne saurait être considérée comme disproportionnée. Dès lors, le droit du requérant d’accès à un tribunal n’a pas été atteint dans sa substance même*”.

80 Dutoit (n 74) 605.

81 Lalive (n 42) 230; Manuel Arroyo, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority]”, in Manuel Arroyo (ed)”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 271; Geisinger, Mazuranc (n 74) 255; Baizeau (n 76) para. 9.

bağımsız tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle ana şirketin feragat anlaşması yapabileceği savunulmaktadır⁸².

İkinci olarak, tarafların bu kanun yolundan feragat edebilmeleri için “açık bir beyan ile” iradelerini ortaya koymaları gerekir. Bu açık irade beyanı tahkim anlaşması imzalanması sırasında tahkim anlaşması içerisinde yapılabileceği gibi yazılı olmak şartıyla sonradan da yapılabilir. Ancak, bu feragatin hakem kararının tebliği tarihine kadar yapılabileceği kabul edilmektedir⁸³. Bu noktada Dutoit, İsviçre MÖHUK m.192’nın sadece hakem kararı öncesinde yapılan feragati düzenlendiğini belirtmekte ve hakem kararı tebliğ edildikten sonra da tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerini ancak bu durumda ilgili maddedeki şartları yerine getirmelerinin gerekmediğini belirtmektedir⁸⁴. Ayrıca taraflar iptal davası açma hakkından tamamıyla feragat edebilecekleri gibi sadece bazı iptal sebeplerinden de feragat edebilirler.

İsviçre hukukunda açık irade beyanının ne şekilde yapılması gerektiği İsviçre Federal Mahkemesi önünde bir dizi içtihadı konu olmuştur. Genel itibarıyla, feragatin açık ve kesin bir şekilde yapılması gerekmektedir ve dolayısıyla tarafların hakem kararına saygı duyacakları ve bu kararı yerine getireceklerine ilişkin bir kayıt veya ICC Kuralları m.35 fıkra 6’da olduğu gibi dolaylı bir feragat iddiası İsviçre hukuku açısından yeterli olmayacaktır⁸⁵. Ancak, Baizeau’ya göre, tarafların tahkim anlaşması metninde açık bir şekilde ICC m.35 fıkra 6 gibi feragati öngören bir maddeyi belirtmiş olmaları geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir⁸⁶.

Feragat anlaşmasının geçerliliği Federal Mahkeme önünde bir dizi içtihadı konu olmuştur. Genel olarak, İsviçre Federal Mahkemesi şu şekilde kaleme alınan feragat anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir⁸⁷: “*taraflar hakem heyetinin yetkisine itiraz etmeyeceklerdir* (kısmi feragat)”; “*taraflar hakem kararına karşı tüm olağan ve olağüstü kanun yollarından feragat ederler*”; “*hakem kararı hiçbir kanun yoluna konu olamaz*”; “*taraflardan hiçbiri hakem kararına karşı herhangi bir mahkeme önünde herhangi bir itiraz hakkına sahip olmayacaktır*”; “*taraflar hakem tarafından yapılan herhangi bir değerlendirme veya verilen hakem kararına karşı iptal davası veya başka herhangi bir usul ile itirazda bulunmayacaklardır*”. Federal Mahkeme 17 Ekim 2017 tarihli bir kararında hakem kararlarının “*herhangi bir mahkeme önünde bir itiraza (“appeal”) konu olmayacaktır*” şeklinde kaleme alınmış bir feragat anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁸⁸. Federal mahkeme bu kararında, mahkemenin

82 Geisinger, Mazuranic (n 74) 255.

83 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 316; Bucher, Bonomi (n 39) 393.

84 Dutoit (n 74) 605. Aynı görüşte, Mayer (n 30) 199.

85 Federal Mahkeme Karar No: 131 III 173, 4 Şubat 2005. Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 316; Geisinger, Mazuranic (n 74) 256; Besson, “Chapter 12 PILS”, (n 77) 36; Dutoit (n 74) 605; Bucher, Bonomi (n 39) 393; Mayer (n 30) 199.

86 Baizeau (n 76) para. 18.

87 Federal Mahkemenin içtihadı hakkında detaylı analiz için: Baizeau (n 76) para. 29 vd.

88 İsviçre Federal Mahkemesi 17 Ekim 2017, Karar no: 143 III 589. İlgili feragat anlaşması şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Awards rendered in any arbitration hereunder shall be final and conclusive and judgment thereon may be entered into any court having jurisdiction for enforcement thereof. There shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder*”, www.bger.ch (E.T. 17/09/2018).

geçmiş içtihadını ortaya koyduktan sonra, itiraz, başvuru veya temyiz anlamına gelebilecek “*appeal*” tabirinin, feragat anlaşmasının diğer unsurları ile birlikte yorumlanması neticesinde, genel anlamda kanun yollarına başvuru olarak kabul edilmesi gerektiğini ve dar anlamda bir temyiz başvurusu anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bu sebeplerle, tarafların geçerli bir şekilde hakem kararına karşı kanun yolundan feragat ettikleri sonucuna varmıştır.

Geisinger ve Mazuranic’e göre iptal davası açma hakkından feragat etmek isteyen taraflar açısından en güvenli yol, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına göre böyle bir zorunluluk olmasa da⁸⁹, tarafların İsviçre MÖHUK m.190 ve/veya m.192’ye açık bir gönderme yaparak iptal davasından feragat ettiklerini belirtmeleridir⁹⁰. Aynı tavsiye elbette MTK m.15 uyarınca feragat anlaşması açısından da yerinde olacaktır.

Tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmiş olmaları hakem kararının iptalini elde etme imkânından feragat edilmiş olması anlamına gelir. Örneğin, tarafların İsviçre MÖHUK m.190’da yer alan iptal sebeplerinin hepsinden feragat etmesi halinde, hakem kararının kamu düzenine aykırılığı iddiasında bile, bu sebeplere dayanılarak hakem kararının iptali için Federal Mahkeme’ye başvurulamayacaktır⁹¹. Ancak, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen bu kararın İsviçre’de icra edilmek istenmesi halinde 192. maddenin ikinci fıkrası⁹² mahkeme tarafından nasıl bir inceleme yapılacağını düzenlemektedir⁹³. Bu düzenlemeye göre hakem kararının İsviçre’de icra edilmesi istendiğinde sanki icrası istenen İsviçre dışında verilmiş yabancı bir hakem kararıymışçasına New York Sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Her ne kadar ikinci fıkrada, iptal davasından tamamıyla feragat edilmesi halinde ve bu kararın İsviçre’de icrası istendiğinde New York Sözleşmesi’nin kıyasen uygulanacağı belirtilmişse de bu noktada kanunda düzeltilmesi gereken bir tutarsızlık olduğu ve kısmî feragat halinde de feragat edilmiş iptal sebebi hakkında Sözleşme’de yer alan tanıma ve tenfiz reddi sebebinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁹⁴. İsviçre doktrinindeki bu eleştirilerden hareketle, MTK hazırlanırken İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 2 hükmü kısmen feragat halini de kapsayacak şekilde Türk hukukuna aktarılmıştır⁹⁵.

Bir başka ifade ile, tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerine rağmen hakem kararını İsviçre’de icra ettirmek istediklerinde aleyhine karar verilen taraf

89 İsviçre Federal Mahkemesi 17 Ekim 2017, Karar no: 143 III 589, www.bger.ch (E.T. 17/09/2018).

90 Geisinger, Mazuranic (n 74) 256; Baizeau (n 76) para. 15.

91 Baizeau (n 76) para. 36.

92 İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 2: “*If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy*”.

93 Kaufmann-Kohler, Rigozzi (n 3) 315; Dutoit (n 74) 606; Bucher, Bonomi (n 39) 394; Lalive (n 42) 231; Mayer (n 30) 207; Geisinger, Mazuranic (n 74) 257; Baizeau (n 76) para. 38 vd.

94 Dutoit (n 74) 606; Baizeau (n 76) para. 42.

95 Kalpsüz, “İPL’den Esinlenen Hükümler” (n 36) 33: “*Aynı ihtiyaç Türk Hukuku için de söz konusu olduğu için, İsviçre’de IPL’nin 192. maddesi 2. fıkrasına yapılan tenkitler nazara alınarak III. Taslakta hüküm, hukuki çarelere müracaattan kısmen feragat olunması haline de teşmil edilmek suretiyle iktibas olunmuştur*”.

New York Sözleşmesi m.V'deki tanıma ve tenfiz reddi sebeplerine başvurabileceklerdir. Besson ise, New York Sözleşmesi'ne yapılan bu atıfla, ilginç bir şekilde, İsviçre MÖHUK'daki iptal sebepleriyle New York Sözleşmesi'ndeki tanıma ve tenfiz reddi sebepleri kıyaslandığında hakem kararının iptal davasına göre daha kapsamlı bir denetime tabi olacağını belirtmektedir⁹⁶.

Sonuç olarak, İsviçre MÖHUK'unda getirilen bu feragat düzenlemesinin milletlerarası tahkim hukukunun gereksinimlerine ve gerekli olan liberalizme uygun olduğu savunulmaktadır⁹⁷. Tahkim anlaşmasının taraflarının İsviçre ile bağlantıları olmaması halinde açık bir beyanla yazılı olarak iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerdir. Bu feragat rağmen hakem kararının İsviçre'de icrasının istenmesi halinde sanki yabancı bir hakem kararının tanıma veya tenfizi söz konusuymuşçasına New York Sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

B. Fransız Hukukunda Feragatin Şartları ve Hakem Kararının Fransa'da İcrasının İstenmesi Durumu

Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası sadece Fransa'da verilmiş hakem kararlarına karşı tarafların başvurabilecekleri bir kanun yoludur. Fransız milletlerarası tahkim hukukunda 2011 yılında yapılan reform öncesinde, kanunda düzenlenmiş olan kanun yollarının kamu düzeni niteliği sebebiyle, tarafların iptal davasından feragat etmeleri imkânı mevcut değildi⁹⁸. Ancak, yabancı hukuklardaki feragat imkânından esinlenerek 2011 yılında iptal davası açma hakkından feragat Fransız milletlerarası tahkim hukukunda da kabul edildi⁹⁹. Ancak, Türk hukuku ve İsviçre hukuku aksine, Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davası açma hakkından kısmen feragat imkânı tanınmamıştır¹⁰⁰. Racine'e göre, iptal davası açma hakkından feragat imkânı hakem kararlarının etkinliği artırmak amacıyla getirilmiştir ve böylelikle hakem kararı ile bu kararın verildiği ülkenin hukuk sistemi arasındaki bağın kesilmesi sağlanmıştır¹⁰¹.

Fransız Medeni Usul Kanunu (MUK) m. 1522 fıkra 1 uyarınca, taraflar “*özel bir anlaşma*” ile “*açık bir şekilde*” her aşamada iptal davasından feragat edebilirler¹⁰². Ka-

96 Besson, “Le Recours” (n 5) 118.

97 Lalive (n 42) 231.

98 Mathieu de Boissesson, *Le Droit Français de l'arbitrage Interne et International* (July 1990) 822; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International* (Litec 1996) 930; Kalafatoğlu (n 2) 28.

99 Fransız milletlerarası tahkim hukukunda iptal davasından feragat hakkında detaylı inceleme için bkz.: Bernard Audit, B., Louis d'Avout, *Droit International Privé* (Economica 2013) 1095; Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63; Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini, “La Nouvelle Articulation des Recours en Arbitrage International”, in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage (sous la Direction de Thomas Clay)* (Lextenso 2011) 201 vd.; Eric Loquin, *L'Arbitrage du Commerce International, Pratique des Affaires* (July 2015) 418 (Arbitrage); Racine, *L'arbitrage* (n 18) 578 vd.; Racine, “Efficacité” (n 25) 438; Seraglini, Ortscheidt, (n 33) 856 vd.

100 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 579; Burda (n 32) 653.

101 Racine, “Efficacité” (n 25) 438. Aynı yönde, Seraglini, Ortscheidt (n 33) s858.

102 Fransız MUK m.1522: “*Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement*”.

nundaki “*özel bir anlaşma*” şartından, tarafların açık bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini ortaya koyan bir anlaşmanın varlığı aranmaktadır¹⁰³. Fransız hukukunda, kurumsal tahkim kurallarında yer alan ve genel bir ifadeyle hakem kararlarının taraflar üzerinde bağlayıcı olduğu ve tarafların feragat edebilecekleri kanun yollarından feragat ettiklerine dair düzenlemelerin kanunda yer alan “*özel bir anlaşma*” şartını yerine getirmeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Aynı yönde görüş bildiren Seragli-ni, tahkim anlaşmasında yer alan ve tarafların hakem kararına karşı kanun yollarından feragat ettiklerine dair kayıtların mahkemelerce dar yorumlaması gerektiğini ilave etmektedir¹⁰⁵. Ayrıca, Gaillard’a göre, tarafların tüm kanun yollarından feragat ettiklerini öngören bir tahkim anlaşması imzalamaları ve özellikle iptal davasını belirtmemeleri kanunda yer alan bu şartı yerine getirmeyecektir¹⁰⁶. Loquin’e göre de tarafların açık bir şekilde iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtmeleri gereklidir¹⁰⁷. Son olarak, Pinsolle’e göre tarafların özel olarak Fransız MUK m.1522’yi belirtmelerine gerek yoktur ancak tarafların yeterli ölçüde bir kesinlikle iptal davası açma hakkından feragat ettiklerini belirtmeleri gerekir ve bu şartın sınırlarının belirlenmesinin mahkemelere düşecektir¹⁰⁸. Sonuç olarak, iptal davası açma hakkından feragatin açık ve herhangi bir tereddütte yer vermeyecek bir şekilde kaleme alınması gerekir. Fransız doktrinindeki genel yaklaşım feragat anlaşmalarının dar yoruma tabi tutulmasıdır.

Paris İstinaf Mahkemesi 3 Nisan 2014 tarihinde vermiş olduğu bir kararında şu şekilde kaleme alınmış bir anlaşmanın kanunda yer alan şartları yerine getirmediğine hükmetmiştir: “*DAB kararı nihai, bağlayıcı ve taraflar arasında tamamıyla ve hemen icra edilebilir olacaktır, taraflar bu karara karşı herhangi bir yargı organı, mahkeme veya hakem heyeti önünde herhangi bir temyiz ve/veya itirazda bulunamazlar (meğer ki DAB yargılaması ile ilgili olarak cezai veya benzeri müdahaleler ispat edilmesin)*”. Paris İstinaf Mahkemesine göre iptal davası açma hakkından feragat açık bir şekilde iptal davasını hedef almalıdır ve bu şekilde kaleme alınmış genel nitelikli bir anlaşma maddesi yeterli olmayacaktır. Ayrıca, tarafların koymuş olduğu çekince sadece belli iptal sebeplerini kapsamaktadır ve Fransız MUK m.1522’nin kısmen feragate izin vermemesi sebebiyle ilgili feragat anlaşmasının geçerli olmadığına hükmedilmiştir¹⁰⁹.

Bunun yanı sıra, Fransız hukukunda iptal davası açma hakkından feragat için bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Taraflar dilerlerse tahkim anlaşmasının imzalanması sırasın-da veya sonrasında bu haklarını kullanabilirler¹¹⁰. İptal davası açma hakkından feragatin

103 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63, dipnot 43; Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

104 Audit, d’Avout (n 99) 1095; Pinsolle (n 28) 704.

105 Seragli-ni, Ortscheidt (n 33) 860.

106 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63, dipnot 43. Aynı yönde: Bollée (n 26) para.26.

107 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418. Aynı yönde, Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

108 Pinsolle (n 28) 704.

109 SARL Farmex Technologies v. République d’Arménie, Foreign Financing Projects Management Center of the Ministry of Finance (FFPMC), Court of Appeal of Paris, 3 Nisan 2014, (2015) *Revue de l’Arbitrage*110.

110 Racine, *L’arbitrage* (n 18) 579.

tarafklar açısından şartlarına geldiğimizde, MTK'daki ve İsviçre hukukundaki düzenleme- nin aksine Fransız hukukunda tarafların veya uyuşmazlığın Fransa ile bir bağının olması iptal davası açma hakkından feragati engelleyen bir sebep değildir¹¹¹. Taraflar açısından herhangi bir şartın aranmaması Fransız hukukunda Fransız Yargıtay'ının vermiş oldu- ğu “hakem kararı hiçbir devlet yargı sistemi ile bağlı olmayan bir uluslararası yargı kararıdır”¹¹² şeklindeki içtihadının ve *délocalisé* veya yersizleştirilmiş tahkim anlayışının kabul edildiği şekilde yorumlanmıştır¹¹³. Bir başka ifade ile, taraflardan biri Fransa'da yerleşik olsa bile, taraflar iptal davası açma hakkından feragat edebilirler.

Fransız hukukunda 2011 yılında getirilen bu düzenlemenin temel mantığı hakem ka- rarı üzerinde hiçbir incelemenin yapılmaması değil yapılacak esas incelemenin kararın icra edileceği devletin mahkemeleri önünde yapılmasıdır¹¹⁴. İptal davası açma hakkın- dan feragat edilmesi ile hakem kararına karşı doğrudan iptal davası açılması mümkün olmasa da, dolaylı bir kanun yolu olarak, bu kararın Fransa'da icra edilmesinin engel- lenebilmesi öngörülmüştür¹¹⁵. İsviçre hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da hakem kararının iptal davası açma hakkından feragate rağmen Fransa'da icra ettirmek istenmesi halinde Fransız mahkemelerine bir inceleme imkânı tanınmıştır. Bu yaklaşım aslında tahkimin bağımsızlığı veya yersizleştirilmiş tahkim yaklaşımından hareketle, devletin kendi sınırlı dahilinde icra edilecek bir hakem kararı ile kendi sınırları dahilinde verilmiş bir hakem karardan daha çok ilgilendiğini ortaya koymaktadır¹¹⁶.

Feragat anlaşmasına rağmen lehine karar verilen tarafın hakem kararını Fransa'da icra etmek adına mahkemeden bir icra edilebilirlik (*exequatur*) kararı alması gerekir. İcra edilebilirlik kararı alınması sonrasında, Fransız MUK m.1522 fıkra 2 uyarınca, aleyhine karar verilen taraf bu karara karşı bir temyiz başvurusunda bulunabilir. Bu durumda, mahkeme Fransız MUK m.1520'de yer alan sebeplerle bu temyiz incele- mesini yapacaktır. Belirtmek gerekir ki kanununun 1520. maddesinde yer alan sebep- ler hem Fransa'da verilen hakem kararlarına karşı iptal sebepleridir hem de Fransız MUK m.1525'in yaptığı gönderme ile Fransa dışında verilmiş hakem kararlarının tanı- ma ve tenfizinin reddi sebepleri olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar Fransa New York Sözleşmesi'ne taraf olsa da milli hukukundaki daha lehte hükümler sebebiyle New York Sözleşmesi uygulanmamaktadır. Böylelikle, iptal davası açma hakkından feragat

111 Taraflar açısından bu şartın aranmamasının eleştirisi için bkz.: Ortscheidt, Seraglini (n 99) 207; Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418.

112 “La sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées”, Cour de cassation (Ch.civ. 1re), 29 Haziran 2007, Société Putrabali Adyamulia c/ Société Rena Holding et Société Mnoqutia Est Epices (2007) Revue de l'arbitrage 507, not E. Gaillard.

113 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418; Ortscheidt/Seraglini (n 99) 202.

114 Emmanuel Gaillard, Pierre de Lapasse, “Le Nouveau Droit de l'Arbitrage Interne et International” (2011) Dalloz 175, para. 41. Pinsolle (n 28)705; Eric Loquin, “La Réforme du Droit Français Interne et International de l'Arbitrage”, (Réforme) (2011) RTD Com. 255 para. 134.

115 Racine, *L'arbitrage* (n 18) 580.

116 Racine, “Efficacité” (n 25) 440; Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International* (Martinus Nijhoff 2008) 56 (Aspects Philosophiques).

yapılmışsa Fransız hakiminin *exequatur* kararı sonrasında bu karara karşı sanki yabancı bir hakem kararı söz konusuymuşçasına bir inceleme yapacağı anlaşılmaktadır¹¹⁷. Bollée ise, Fransız hukukunda getirilen bu yeni düzenlemenin sonuç itibariyle hakem kararı üzerindeki incelemeyi kaldırmadığını veya azaltmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu düzenleme sadece hakem kararına karşı kanun yoluna başvurmak isteyen tarafın kendi inisiyatifi ile önceden harekete geçme imkânını elinden almıştır. Bu tarafın hakem kararına karşı kanun yoluna başvurabilmesi için davayı kazanan tarafın öncelikle mahkemeye başvurup *exequatur* kararı alması gerekmektedir¹¹⁸.

Bir başka ifade ile, taraflardan biri Fransız olsa bile, Fransa’da verilmiş bu hakem kararının Fransız hukuk sistemi ile asıl irtibatını kurması bu kararın Fransa’da icra edilmek istenmesi anında gerçekleşecektir ve bunun haricinde Fransız mahkemesi sadece tahkim yargılaması sırasında bir destek fonksiyonunu yerine getirecektir¹¹⁹. Loquin’e göre de Fransız hukukunda iptal dava açma hakkından feragatin tanınması sebebiyle tarafların sadece Fransız hukukunun ve mahkemelerinin tahkim yargılaması sırasında sunduğu destek sebebiyle tahkim yeri olarak Fransa’yı tercih etmeleri teşvik edilmektedir¹²⁰.

4. MTK Kapsamında İptal Davası Açma Hakkından Feragate Rağmen Hakem Kararının Türkiye’de İcra Edilmek İstenmesi Durumunda İlave Hukuki Koruma İhtiyacı

Yaptığımız inceleme neticesinde, devletlerin milli hukuklarında iptal davası açma hakkından feragati öngörmeleri ile birlikte kendi sınırları dahilinde verilen bir hakem kararını incelemeyecekleri sonucuna varılabilir. Ancak, hakem kararı üzerinde inceleme yapılmamasının sınırı hakem kararının o ülkede icra edilmek istenmesidir¹²¹. İncelemiş olduğumuz, MTK, İsviçre hukuku ve Fransız hukuku düzenlemelerinde belli şartlarla tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri ama tarafların hakem kararını tahkim yeri ülkesi sınırlarında icra etmek istediklerinde o devlet mahkemelerinin belli bir kontrol yapacağı öngörülmüştür. Türk hukukunda bu kontrol mahkemenin re’sen inceleyeceği iptal sebepleri ile sınırlanmışken İsviçre ve Fransız hukukunda tüm tanıma ve tenfiz reddi sebepleri ile bir inceleme yapılacaktır. Dolayısıyla, bu noktada Türk hukukunun İsviçre ve Fransız hukukuna göre daha sınırlı bir kontrol ve hukuki koruma öngördüğü anlaşılmaktadır.

UNCITRAL Model Kanunu’nda iptal davası açma hakkından feragatin öngörülmemiş ama İsviçre hukukunda bu düzenlemenin öngörülmüş olması sebebiyle ve

117 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 63.

118 Bollée (n 26) para.26. Ayrıca, yazara göre, bu düzenleme tahkimde davası reddedilen ve hakem kararını iptalini elde edip yeni bir tahkim yargılaması başlatmak isteyen taraf açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

119 Gaillard, “Les Principes Fondamentaux” (n 46) 67.

120 Loquin, *Arbitrage* (n 99) 418.

121 Pinsolle (n 28) 697.

MTK'nın müzakere kayıtlarından anlaşıldığı üzere, kanunumuza bu hüküm İsviçre hukuku düzenlemesinden hareketle getirilmiştir¹²². Her ne kadar İsviçre MÖHUK m.192 fıkra 1 hükmü neredeyse aynen kanunumuza alınmış olsa da m.192'nin 2. fıkrasının MTK'ya tam olarak eklenmediği görülmektedir. MTK'daki bu farklı düzenleme neticesinde iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat eden tarafların, sonradan hakem kararını Türkiye'de icra etmek istediklerinde sadece MTK m.15/B'de belirtilmiş olan ve mahkemenin re'sen dikkate alacağı tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık incelemesinin yeterli seviyede bir koruma sağlamadığı kanaatindeyiz. Kalpsüz MTK'daki bu eksikliği şu şekilde yorumlamaktadır: “öyle zannediyorum ki, bu, anlaşma ilgili hükmün öneminin tam olarak kavranmamış olmasından ileri gelmiştir. (...) Hal böyle iken Kanunda hukuki çarelere başvurmadan feragat halinde kararın Türkiye'de her türlü yargı denetiminden muaf olarak kesinleşmesi ve infaz olunması sonucunu doğuracak şekilde III. Taslağın, IPL'nin 192. maddesi 2. fıkrasından iktibas olunan 32. maddesi IV fıkrası 2. cümlesinin metinden tamamen çıkarılması büyük bir hata olmuştur. Bu eksikliğin uygulamada feragat hükümlerinin iktibas olunduğu İsviçre Kanununda benimsenen esasa uygun olarak yorumlanması yolu ile doldurulmasının isabeti bir hal çaresi olacağına inanıyorum”¹²³.

MTK, İsviçre ve daha yeni tarihli Fransız hukuku düzenlemesine göre, hakem kararının feragate rağmen Türkiye'de icra edilmek istenmesi halinde daha sınırlı bir inceleme öngörmüştür. İptal davası açma hakkından feragatin temelinde tarafların tahkim yeri ile bağlarının olmaması ve bu sebeple hakem kararı üzerinde asıl incelemenin, şayet olacaksa, tenfiz ülkelerinde olması mantığı yer almaktadır. Ancak, feragate rağmen ilgili hakem kararı tahkim yeri ülkesinde icra edilmek istenirse tahkim yeri ile başlangıçta öngörülme-yen kuvvetli bir bağ oluşacaktır. Bu durumda, tahkim yeri mahkemelerinin de her tenfiz yeri mahkemesi gibi hakem kararı üzerinde bir inceleme yapmasının tarafların menfaatinin korunması ve tahkim yeri devletinin hukuk düzeninin korunması açısından gerekli olduğu kanaatindeyiz. MTK'da öngörüldüğü gibi, hakem kararı üzerinde sadece kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişlilik ile sınırlı bir incelemenin yapılması aleyhine karar verilen taraf açısından yeterli seviyede bir koruma oluşturmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki çözümler de bu görüşümüzü desteklemektedir. Yabancı doktrinde savunulduğu üzere, iptal davası açma hakkından feragate rağmen hakem kararının o devletin sınırları dahilinde icra edilmek istenmesi halinde bu karar bir yabancı hakem kararıymış gibi değerlendirilecek ve tanıma veya tenfiz incelemesine tabi tutulacaktır¹²⁴. İptal davası açma hakkından feragat ile taraflar ilgili hakem kararına karşı başvurabilecekleri bir kanun yolundan feragat etmektedir. Bunun gerekçesi olarak tahkim yeri ile taraflar ve uyuşmazlık arasındaki bağın zayıf olması öne sürülmektedir. Bir başka ifade ile, bu kararın tahkim yeri ülkesinde icra edileceği

122 Kalpsüz, “IPL'den Esinlenen Hükümler” (n 36) 32.

123 Kalpsüz, “IPL'den Esinlenen Hükümler” (n 36) 33.

124 Scherer, Silberman (n 12) 448.

öngörölmemektedir. Böylelikle, hakem kararını iptal etme imkânı ortadan kalkacaktır. Ancak, lehine karar verilen taraf bu kararı Türkiye’de icra ettirmek istediğinde başlangıçta zayıf olarak gözükene bağ daha kuvvetli hale gelecektir. Bu durumda, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen karşı tarafın bu kararın icrasına karşı koyabilmesi imkânı da öngörölmelidir.

Sonuç olarak, MTK kapsamındaki bir hakem kararına karşı tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmeleri ve yine de hakem kararını Türkiye’de icra etmek istemeleri halinde karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde olduğu gibi hakem kararı üzerinde daha kapsamlı bir inceleme imkânı tanınmalıdır. Böyle bir düzenleme tarafların menfaatinin ve tahkim yeri devletinin hukuk düzeninin korunması açısından gereklidir. Yapılması gereken, icrası talep edilen hakem kararını yabancı bir hakem kararıymış gibi değerlendirmek ve yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi rejimine tabi tutmaktır.

Sonuç

Milletlerarası tahkim hukukunda tarafların hakem kararına karşı başvurabilecekleri iptal davası kural olarak sınırlı ve istisnai nitelikte bir kanun yoludur. İptal davasının sınırlı ve istisnai niteliği iptal davası usulüne ilişkin düzenlemelerde kendini gösterdiği gibi iptal sebeplerinde de mevcuttur. MTK m.15’de belirtildiği gibi iptal davası “öncelikle ve ivedilikle” görülür ve aksine karar verilmedikçe “dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır”. Uygulamada iptal davalarının kural olarak duruşmasız görülmesi kanunun amacına uygun olacaktır. Ayrıca, kanunda iptal sebepleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır ve mahkemeler hakem kararı üzerinde bir esastan inceleme yapamazlar.

Genel itibariyle iptal davası hakem kararına karşı devlet mahkemelerinin sınırlı bir inceleme yapabilmesi sebebiyle tahkime başvuran taraflar için ilave bir güvence olarak değerlendirilmektedir. Ancak, günümüzde iptal davası açma hakkından feragat imkânını tanıyan milli hukukların bulunması iptal davasının öneminin azaldığı şeklinde yorumlanabilir. Ancak, milletlerarası tahkim uygulamasında tarafların iptal davası açma hakkından feragat imkânını yoğun bir şekilde kullanmamaları iptal davasının önemini halen koruduğunu göstermektedir.

MTK, karşılaştırmalı hukukta mevcut bulunan diğer örnekleri gibi, tarafların belli şartlarda iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerini kabul etmektedir. Feragat anlaşması açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde kaleme alınmalıdır. Kanatimizce, taraflar feragat anlaşmalarında ismen iptal davasını belirtmeseler de tereddütte yer vermeyecek şekilde hakem kararına karşı devlet mahkemeleri önünde mevcut bulunan tüm kanun yollarına başvurma haklarından feragat etmeleri geçerli bir feragat olarak kabul edilmelidir. Taraflar feragat anlaşmalarının geçerliliği açısından herhangi bir risk almamak için doğrudan iptal davasından feragat ettiklerini pek tabii belirtebilirler.

Ancak, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmek istenmesi durumunda, kanaatimizce, MTK düzenlemesi mahkemeler tarafından sınırlı ve taraf menfaatlerini yeterli ölçüde korumayan bir inceleme öngörmektedir. Bu durum tarafların feragat haklarını kullanmamaları sonucunu doğuracaktır. İsviçre ve Fransız hukuku açısından yapmış olduğumuz inceleme bu görüşümüze desteklemektedir. Bu hukuklarda iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olmasına rağmen hakem kararı tahkim yeri olan Fransa veya İsviçre’de icra edilmek istendiğinde hakem kararı üzerinde tüm tanıma ve tenfiz reddi sebepleri açısından bir inceleme yapılacağı düzenlenmiştir. Sonuç olarak, iptal davası açma hakkından feragat rağmen hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi talep edildiğinde artık bu hakem kararını yabancı bir hakem kararıymış gibi değerlendirmek ve yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi rejimine tabi tutmak yerinde bir çözüm olacaktır.

Kaynakça / References

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016).
- Arroyo M, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority], in Manuel Arroyo (ed)”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 265.
- Ataman-Figanmeşe İ, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31 MHB sayı 2, 35.
- Audit B, d’Avout L, *Droit International Privé* (Economica 2013).
- Aygün M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) *Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi* S.8-3, 661.
- Baizeau D, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 283.
- Bayata Canyaş A, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).
- Besson S, “Part I Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 27 (Chapter 12 PILS). -- “Le recours contre la sentence en droit suisse” (2018) 1 *Revue de l’arbitrage*, 99 (Le recours).
- Binder P, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005).
- de Boissésou M, *Le Droit Français de l’arbitrage Interne et International* (Joly 1990).
- Bollée S, “Le Droit Français de l’arbitrage International après le Décret N° 2011-48 du 13 Janvier 2011”, (2011) *Revue Critique de Droit International Privé* 553.
- Born G B, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012).
- Bucher A, Bonomi A, *Droit International Privé* (Helbing 2013).
- Budak A C, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri” (2012) 1 *UTTDER* Sayı 1, 31.

- Burda J, “La Renonciation au Recours en Annulation dans le Nouveau Droit Français de l’Arbitrage” (2013) RTD Com. 653.
- Caprasse O, “Le Nouveau Droit Belge de l’Arbitrage” (2013) Revue de l’Arbitrage 953.
- Dutoit B, *Droit International Privé Suisse, Commentaire de la Loi Fédérale du 18 décembre 1987* (Helbing 2001).
- Ekşi N, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB 295.
- Erdem E, “Amendments Introduced through Law No. 7101 on Arbitration Proceedings” (<http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/amendments-introduced-through-law-no-7101-on-arbitration-proceedings/>).
- Fouchard Ph, Gaillard E, Goldman B, *Traité de l’Arbitrage Commercial International* (Litec 1996).
- Fry J, Greenberg S, Mazza F, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration* (ICC Publication 2012).
- Gaillard E, *Aspects Philosophiques du Droit de l’Arbitrage International* (Martinus Nijhoff 2008) (Aspects Philosophiques).
- “Les Principes Fondamentaux du Nouvel Arbitrage”, in *Le Nouveau Droit Français de l’Arbitrage* (sous la Direction de Thomas Clay) (Lextenso 2011) (Les Principes Fondamentaux).
- Gaillard E, de Lapasse P, “Le Nouveau Droit de l’Arbitrage Interne et International” (2011) Dalloz 175.
- Rueda García J A, Vedovatti M, “The European Court of Human Rights Endorses the Parties’ Voluntary Waiver of the Right to Annul an Award in the Seat of Arbitration (Apropos Tabbane v. Switzerland)” (2016) 26 Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje 87.
- Geisinger E, Mazuranc A, “Chapter 11: Challenge and Revision of the Award”, in Geisinger E. and Voser N. (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International 2013) 223.
- Hanotiau B, Block G, “La Loi du 19 Mai 1998 Modifiant la Législation Belge Relative à l’Arbitrage” (1998) ASA Bulletin Vol. 16, I. 3 528.
- Holtzmann H M, Neuhaus J E, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International 1989).
- Kalafatoğlu M P, *Le Recours en Annulation en Matière d’Arbitrage International en Droit Français et en Droit Turc*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Paris 2008.
- Kalpsüz T, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) Milletlerarası Tahkim Semineri 107 (Kanunun Değerlendirilmesi).
- “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler” (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 16 (IPL’den Esinlenen Hükümler).
- *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin 2010) (Tahkim).
- Kaufmann-Kohler G, Rigozzi A, *Arbitrage International, Droit et Pratique à la Lumière de la LDIP* (Weblaw 2006).
- Knigge M, Ribbers P, “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?” (2017) 34 Journal of International Arbitration I. 5, 775.
- Knoepfler F, Schweizer Ph, *Précis de Droit International Privé Suisse*, (Staempfli 1990).
- Lalive P, “Le Chapitre 12 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé: l’Arbitrage International”, in *Le Nouveau Droit International Privé Suisse*, ed. François Dessemontet (Lozan 1989) 209.
- Loquin E, “La Réforme du Droit Français Interne et International de l’Arbitrage” (2011) RTD Com. 255 (Réforme)

- *L'Arbitrage du Commerce International, Pratique des Affaires* (July 2015) (Arbitrage).
- Marquais O, "Les Impacts de l'Addendum de l'Article 35 du Règlement d'Arbitrage de la CCI sur les Délais du Recours en Annulation, en Droit Suisse, Anglais et Français" (2015) *Revue de l'arbitrage* 781.
- Mayer C U, "Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act" (1999) *ASA Bull. No.2* 191.
- Ortscheidt J, Seraglini Ch, "La Nouvelle Articulation des Recours en Arbitrage International", in *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage (sous la Direction de Thomas Clay)* (Lextenso 2011) 189.
- Pekcanitez H, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 569.
- Pinsolle Ph, "La Renonciation au Recours en Annulation en Matière d'Arbitrage International", *Mélanges P. Mayer* (LGDJ 2015) 697.
- Racine J-B, "Propos sur l'Efficacité des Sentences Arbitrales en Droit Français après la Réforme du 13 Janvier 2011", in *L'Arbitrage et le Juge Étatique, Etudes de Droit Comparé à La Mémoire de Guiseppa Tarzia* (Bruylant 2014) 433 (Efficacité).
- *Droit de l'arbitrage* (PUF 2016) (L'arbitrage).
- Redfern A, Hunter M, Blackaby N, Partasides C, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Student Version* (Oxford 2015).
- Scherer M, Silberman L, "Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage", in: Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 441.
- Seraglini Ch, Ortscheidt J, *Droit de l'Arbitrage Interne et Internationale* (LGDJ 2013).
- Süral C, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", (2014) 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1377.
- Tiryakioğlu B, "Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin Yayınları 2016) 301.
- Tiryakioğlu B, Bayata Canyaş A, "Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards", in Ali Yesilirmak and Ismail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 183.
- Tuna E, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016).
- Yeşilirmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011).
- Yılmaz E, "Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali", *Milletlerarası Tahkim Semineri*, Ankara 2009 107.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türkiye’de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler*

Hilal Tuğba Öksüzöğlü**

Öz

Bu çalışma Türkiye’de deniz ticareti tahkim merkezi kurulmasına yönelik bir öneri niteliğindedir. Çalışma kapsamında öncelikle deniz ticareti uyumsuzlukları bakımından Türkiye’de tahkimin faydalı olup olmayacağı ele alınmış ve Türkiye’deki başlıca tahkim merkezleri ile bu merkezlerin deniz ticareti uyumsuzluklarının çözümü bakımından elverişliliği incelenmiştir. Ardından, deniz ticareti uyumsuzluklarının çözümünde dünyada en çok tercih edilen tahkim kurum ve/veya kuralları incelenerek Türkiye’de kurulması muhtemel olan deniz ticareti tahkim merkezinin yapısı ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışmada son olarak tavsiye edilen yapıda bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulmasının olası getirilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Deniz ticareti tahkimi • Tahkimin gerekliliği • Türk tahkim merkezleri • Denizcilik ihtisas mahkemeleri • Deniz ticareti tahkim kurumları • Deniz Ticaret Odası

Thoughts on Establishing a Maritime Arbitration Centre in Turkey

Abstract

This study is a suggestion on the establishment of a maritime arbitration centre in Turkey. In the study, it was first examined whether arbitration would be beneficial in Turkey with regard to maritime disputes. Subsequently, main arbitration centres in Turkey have been examined in terms of their convenience in maritime dispute resolution. Within the scope of this study, the most preferred global arbitration centres and/or arbitration rules for resolution of maritime disputes have also been examined. Afterwards, assessments of the structure of possible maritime arbitration centre in Turkey have been made. Finally, the possible benefits of a maritime arbitration centre established in the suggested structure were explained.

Keywords

Maritime Arbitration • Necessity of Arbitration • Turkish Arbitral Centres • Specialized Maritime Courts • Maritime Arbitral Institutions • Chamber of Shipping

* Bu makale, Doç. Dr. Emre Esen danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan “Türkiye’de Deniz Ticareti Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Kurulması Bağlamında German Maritime Arbitration Association (GMAA) Uyuşmazlık Çözüm Sistemi” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir. Bu makalenin hazırlanmasında bana yardımcı olan Araş. Gör. Melis Avşar’a teşekkür ederim.

** Sorumlu Yazar: Hilal Tuğba Öksüzöğlü, Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi (LLM.), İstanbul, Türkiye.
Eposta: hilaloksuzoglu@istanbulbarosu.org.tr

Atf: Hilal Tuğba Öksüzöğlü, “Türkiye’de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler”, (2018) PPIL 38 369, 422
<https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0150>

Extended Summary

Arbitration is a method of dispute resolution, which has been applied more than the state courts in the resolution of disputes in maritime trade for a long time across the world. On the other hand, maritime dispute resolution in Turkey commonly occurs before the Turkish state courts and not through arbitration. However, according to the statistics of T.R. Ministry of Justice General Directorate of Judicial Records and Statistics, cases of specialized maritime courts are among the longest-standing cases in civil courts. According to the aforementioned statistics, a case of a specialized maritime court will take approximately 3 years, 7 months and 3 days to be concluded, yet it is possible for an arbitration case to be concluded in 6 months. Therefore, the choice of state courts instead of arbitration in maritime disputes can extend the duration of judicial proceedings up to approximately 610%. Thus, it can be seen that popularization of maritime arbitration in Turkey is a necessity. There is no maritime arbitration institution yet in Turkey, and the arbitration institutions that are available in Turkey are not commonly chosen in the resolution of maritime disputes.

Maritime disputes can be resolved both by ad hoc arbitration rules and within a body of arbitral institutions. It is known that ad hoc arbitration is more popular than administered arbitration with regard to maritime disputes. Even though maritime arbitration proceedings are generally conducted on an ad hoc basis in places such as London and New York, administered arbitration is more common in other centres like Paris, Tokyo, Hong Kong and Moscow. Furthermore, a global comparison of ad hoc and administered maritime arbitration shows that the number of arbitration institutions is more than the number of associations that have published maritime ad hoc rules. It appears that there is currently a global trend of establishing maritime arbitration institutions.

For the aforementioned reasons and because of the fact that arbitration is not sufficiently common in Turkey, it can be seen that establishing a maritime arbitration centre is a necessity. According to the 12th article of the Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities along with Chambers and Exchanges Act No. 5174, constitution of arbitral tribunals is among the chamber duties. It is an important fact that awards of arbitral tribunals within administered arbitral institutions that are specified on a sector, have a different effect on tradesman that conduct business in that sector. Sanctions of sector specific arbitral institutions such as circularization and blacklisting play a big role in consentingly taking up of arbitral awards by parties as well. Discounts on administrative costs and arbitrators' fees are also common at sector specific arbitral institutions. The necessity of establishing a maritime arbitration centre in Turkey can be fulfilled by a maritime arbitration centre that is established within the body of the Chamber of Shipping, in accordance with Turkish Union of Chambers and Exchange Commodities along with the Chambers and Exchanges Act No. 5174. Thus, maritime disputes can be resolved in a fast and cost-efficient manner by expert arbitrators in Turkey. Turkey is an important maritime centre and constitution of a maritime arbitration centre in Turkey within the body of Chamber of Shipping would serve the aim of developing Turkey to be one of the capital centres of maritime law in the future.

Türkiye’de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkim, uzun bir süredir devlet mahkemelerine oranla daha fazla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yoludur¹. Deniz ticareti tahkiminin kökenlerinin, Yunan tüccarların yüklerini taşıyan eski Fenikelilerin² sahip olduğu gemilerin seferlerine dair uyuşmazlıkların çözümüne kadar dayandığı ifade edilmektedir³. Keza, M.Ö. 700 yılında Avarya ve Kazalara İlişkin Rodos Kanunu (*Lex Rhodie de iactu*) zamanında dahi deniz ticareti alanında tahkimin mevcut olduğu bilinmektedir⁴.

Denizcilik camiasının tahkimi tercih etmesinin birçok sebebi bulunmakla birlikte, temel sebebin; özel denizcilik ve teknik yetenekleri olan, uyuşmazlığın genellikle oldukça teknik olan noktalarını anlayabilmek ve denizcilik camiasının geleneklerini göz önüne alarak sözleşme terimlerini yorumlayabilmek için gerekli bilgi sahibi olan hakemlerin tahkimde tercih edilebilmesi imkânı olduğu ifade edilmektedir⁵.

Deniz ticaretine ilişkin ihtilafların en çok Londra’da Londra Deniz Hakemleri Birliği (London Maritime Arbitrators Association, “LMAA”) kurallarına göre, daha sonra New York’ta Deniz Hakemleri Derneği (Society of Maritime Arbitrators “SMA”) kurallarına göre, Almanya’da Alman Deniz Tahkim Birliği (German Maritime Arbitration Association, “GMAA”) kurallarına ve Singapur’da Singapur Deniz Tahkim Odası (Singapore Chamber of Maritime Arbitration, “SCMA”) kurallarına göre halledildiği⁶ ve deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda en çok başvurulmuş kuralın LMAA ve GMAA kuralları olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁷. 2017 yılında kurulmuş olan Nordik Kıyı Ötesi ve Denizcilik Tahkim Birliği (Nordic Offshore and Maritime Arbitration Association, “NOMA”) tarafından da deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması için *ad hoc* tahkim kuralları yayınlanmıştır⁸.

Bunların dışında, dünyanın muhtelif kesimlerinde, deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümünü amaçlayan birçok tahkim merkezi bulunduğu⁹ ve üstelik deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik tahkim merkezlerinin kurulmaya ve gelişmeye devam ettiği görülmektedir.

1 Nuray Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2010) 1.

2 Siyasi varlıkları M.Ö. 2000 yılına kadar uzanan Fenikeliler denizcilik ve deniz ticareti ile uğraşmışlardır. Fenikeliler; gemilerin inşası amacıyla gerekli keresteleri temin etmek için gelişmiş bir ormancılık faaliyeti de yürütmüşlerdir. bkz.: ‘Fenike Medeniyeti (Uygurluğu)’ <www.tarihbilimi.gen.tr/makale/fenike-medeniyeti-uygarligi> erişim 06 Kasım 2017.

3 ‘Maritime Arbitration in New York’ <www.smany.org/arbitration-maritime-new-york.html> erişim 06 Kasım 2017; Kerem Ertan, ‘Deniz Hukuku’nda Londra’da Tahkim’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2010) 3.

4 William Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime* (International Shipping Publications 1994) 389; Ekşi (n 1) 2.

5 Jan Wölper, ‘Maritime Arbitration in Germany’ ed. Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michale Kröll, Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Wolters Kluwer Law & Business 2017) 889, 896.

6 Ertan (n 3) 4.

7 Ekşi (n 1) 16, 18, 19.

8 ‘Why’ <www.nordicarbitration.org> erişim 25 Ekim 2018.

9 Bahse konu tahkim merkezleri hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda “III. Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dünyada En Çok Tercih Edilen Tahkim Kurum ve/veya Kuralları” başlığı altındaki açıklamalar.

Bu çalışmada, Türkiye’de deniz ticareti tahkim merkezi kurulması düşüncesi üzerinde durulacaktır. Bu amaçla öncelikle deniz ticareti uyuşmazlıkları bakımından tahkimin faydalı olup olmayacağı ele alınacak; bunun için Türk mahkemeleri nezdinde görülen deniz ticareti davalarına ilişkin istatistikler ve bu istatistiklerin ortaya koyduğu tablo karşısında bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkimin vaat ettiği avantajlar incelenecektir. Ardından, Türkiye’deki kurumsal tahkim merkezlerinin deniz ticareti tahkimi bakımından elverişliliği sorgulanacaktır. Daha sonra, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde dünyada en çok tercih edilen tahkim kuralları ve öne çıkan tahkim merkezleri -özellikle yapıları bakımından- inceleme konusu yapılacaktır. Bu incelemelerin ardından, Türkiye’de deniz ticareti tahkim merkezinin nasıl bir hukukî yapıda kurulabileceği hakkında çıkarımlarda bulunulacaktır. Son olarak faydalı görülecek olan yapıda deniz ticareti tahkim merkezi kurulmasının olası getirilerine yer verilecektir.

I. Deniz Ticareti Uyuşmazlıkları Bakımından Türkiye’de Tahkimin Faydalı Olup Olmayacağı

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkimin tercih sebeplerinin; uyuşmazlıkların çözümünde bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olmasının taraflar için vazgeçilmez olması, devlet mahkemelerine kıyasla kararların daha çabuk verilebilmesi, hakemler ve tahkim mahkemelerinin uzman kişi ve kurumlar olmaları, hakemlerin milli mahkemeler gibi *lex forin*in maddi ve usule ilişkin kurallarıyla sıkı sıkıya bağlı olmaması ve tahkimde devlet mahkemelerine kıyasla uluslararası ticaretin ihtiyaç ve niteliğine, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebiliyor olması, hakem kararlarının icrasının yaygın ve kolay olması, yargılamanın gizli ve ucuz olması, hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı da olmaları nedeniyle tahkimde taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olması ve tahkimin barışçıl bir usul olması şeklinde sayılması mümkündür¹⁰. Elbette tüm bu avantajlar, deniz ticareti tahkimi için de geçerlidir.

Deniz ticareti hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkimin uzun bir süredir devlet mahkemelerine oranla daha fazla başvuru alan bir uyuşmazlık çözüm yolu olması¹¹, genellikle teknik konulara ilişkin ihtilaflar içeren deniz hukuku uyuşmazlıklarının tahkimin bünyesine uygun olduğunun açık bir göstergesidir. Hatta teknik nitelikleri sebebiyle deniz hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların kısa sürede çözülebileceği bakımından tahkimin uygunluktan öte bir gereklilik arz ettiğini söylemek dahi

10 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. bası, Beta 2016) 291-294. Queen Mary University of London, School of International Arbitration ve White&Case tarafından hazırlanmış olan 2018 Milletlerarası Tahkim Araştırması uyarınca; anketi yanıtlayanların %99’u, sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkimi önereceklerini bildirmişlerdir. Bkz.: Queen Mary University of London, School of International Arbitration, White&Case, ‘2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration’ <[www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)> erişim 6 Kasım 2018.

11 Ekşi (n 1) 1.

mümkündür. Nitekim devlet mahkemeleri nezdinde görülen davalarda bilirkişilerin tayin edilmesi yargılamayı uzatmaktadır. Ayrıca hâkim tarafından bir bilirkişi tayin edilmesindenense, uyuşmazlığın teknik bilgi sahibi ve uzman bir hakemin de içerisinde bulunduğu bir tahkim mahkemesi tarafından çözümü sayesinde daha kısa sürede ve daha yerinde kararlar verilmesi de söz konusu olabilir¹².

Tahkimin, devlet yargısına nazaran sahip olduğu bu genel avantajların, tahkim ile Türk mahkemeleri arasında yapılacak mukayese açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bilhassa Türk mahkemelerinde görülen deniz ticaretine ilişkin davaların görülme süresi bu bakımdan dikkat çekicidir.

T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 2017 adli istatistikleri uyarınca, 2017 yılında asliye ticaret mahkemelerinde görülmüş olan toplam dava sayısı 231.080’dir. Bunlardan yalnızca 92.864’ü yıl içerisinde karara bağlanmış, 138.216 dava bir sonraki yıla devretmiştir. Asliye ticaret mahkemelerinde bir davanın görülmesi süresi ortalama 1 yıl, 5 ay, 26 gündür (toplamda 541 gün)¹³.

Aynı istatistikler uyarınca, 2012 yılında denizcilik ihtisas mahkemelerine bir önceki yıldan gelen dava sayısı 1.014, yıl içinde açılan dava sayısı 509, bozularak gelen dava sayısı 42 ve dolayısıyla yıl içerisinde görülen toplam dava sayısı 1.565’tir. 1.565 davadan yalnızca 519’u yıl içerisinde karara bağlanmış, 1.046 dava bir sonraki yıla devretmiştir¹⁴.

Denizcilik ihtisas mahkemelerinde bir davanın ortalama görülme süresi 2010 yılı için 499, 2011 yılı için 618, 2012 yılı içinse 693 gün olarak hesaplanmıştır¹⁵. Böylece 2012 yılı istatistiklerine göre, denizcilik ihtisas mahkemesinde görülen bir davanın ortalama olarak ancak 1 yıl 10 ay 28 gün içinde karara bağlandığı ve yıllar içerisinde davaların karara bağlanma süresinin gittikçe artan bir görünüm sergilediği anlaşılmaktadır¹⁶. Dosyaların karara bağlanma oranı da gittikçe düşmüştür. Denizcilik ih-

12 İSTAC’ın bir avantajının da uyuşmazlığı çözecek olanların uzman olması olduğu, böylece inşaat sözleşmesi, lisans sözleşmesi, finans sözleşmesi, satım sözleşmesi ya da şirketler hukuku alanından doğan uyuşmazlıkların konunun uzmanları tarafından çözüleceği ve bu durumun taraflara daha doğru ve iyi karar elde etme imkanı vereceği hakkında bkz.: Ziya Akıncı, *Millîlerarası Tahkim* (4. bası, Vedat 2016) 433. Yazar bu şekilde gerekli olmadığı hallerde bilirkişiye müracaat etmenin ve bilirkişilere genel sorular sorulmasının önüne geçileceği, bunun da yargılama süresinden tasarruf sağlayacağı görüşündedir. Bkz.: Akıncı (n 12) 433. Aynı durum ve avantajlar denizcilik tahkim mahkemesinde görev yapacak olan hakemler bu hakemlerce yürütülecek olan yargılamalar için de geçerlidir.

13 T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 2017 adli istatistikleri için bkz.: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, ‘Adli İstatistikler 2017’ <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 135.

14 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, ‘Adli İstatistikler 2017’ <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 137.

15 Denizcilik ihtisas mahkemelerine ilişkin ayrı istatistiklerin 2012 yılına kadar mevcut olmasının sebebi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi’nin bazı yer 1 ve 2. bölge adli yargı hâkimleri ile Cumhuriyet başsavcısı vekili ve Cumhuriyet savcılarının yetkilerinin belirlenmesine ilişkin 10.07.2012 tarihli ve 1888 sayılı kararı uyarınca Deniz İhtisas Mahkemesi nezdinde görülmekte olan dava ve işler ile arşiv dosyalarının belirli asliye ticaret mahkemelerine devredilmiş olmasıdır. Karar için bkz.: ‘Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi’nin bazı yer 1 ve 2. bölge adli yargı hâkimleri ile Cumhuriyet başsavcısı v. ve Cumhuriyet savcılarının yetkilerinin belirlenmesine ilişkin 10/07/2012 tarihli ve 1888 sayılı kararı’ <www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e4764f46-c2d0-49a0-9c66-680f95ea84a6.pdf> erişim 17 Haziran 2018.

16 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, ‘Adli İstatistikler 2017’ <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 139.

tisas mahkemelerinde karara bağlanan davaların gelen davalara oranı 2010 yılı için %38,7, 2011 yılı için %34,7, 2012 yılı için %33,2'dir¹⁷.

Ayrıca dikkat çeken bir başka husus da, 2011 ve 2012 yıllarında asliye ticaret, asliye hukuk, iş, icra hukuk, sulh hukuk, kadastro, tüketici, aile, fikri ve sınâî haklar ve denizcilik ihtisas mahkemelerinin tamamı incelendiğinde, davanın ortalama görülme süresinin en uzun olduğu mahkemelerin kadastro mahkemeleri ve ardından denizcilik ihtisas mahkemeleri olmasıdır. 2010 yılı istatistiklerine göre ise denizcilik ihtisas mahkemeleri, davaların ortalama görülme süresi bakımından, belirtilen mahkemeler içerisinde üçüncü sıradadır¹⁸. Kanaatimizce bu sonucun oluşmasında kadastro ve denizcilik ihtisas mahkemelerinin görevine giren alanların oldukça teknik olabilmesinin büyük etkisi vardır.

Elbette ilk derece mahkemeleri için geçerli olan bu sürelerle temyiz süreci de eklenmelidir¹⁹. 2017 yılı istatistiklerine göre Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne²⁰ yıl içerisinde gelmiş olan toplam dava sayısı 17.739, yıl içerisinde verilmiş olan karar sayısı ise yalnızca 7.639'dur. Dolayısıyla 10.100 dava bir sonraki seneye devretmiştir. 2017 yılı için Yargıtay 11. Hukuk Dairesi nezdinde bir davanın görülmesi süresi ise ortalama 615 gündür²¹.

Böylece bir davanın ortalama görülme süresi hesabında ilk derece mahkemesi olan denizcilik ihtisas mahkemeleri için 2012 verileri ve temyiz mahkemesi olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi içinse 2017 verileri esas alındığında, yargılama toplam 1.308 gün (615+693), bir diğer deyişle 3 yıl 7 ay 3 gün sürmektedir. Elbette bu süre istatistiklere göre hesaplanmış ortalama bir süre olup, yargılamanın daha uzun veya kısa sürmesi de mümkündür.

Sonuç olarak Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre, Türk hukuk mahkemelerinde ortalama olarak en uzun süren davalar kadastro davaları, ardından ise denizcilik ihtisas mahkemelerinde görülen davalardır ve temyiz süreci de dikkate alındığında denizcilik ihtisas mahkemelerinin görev alanına giren bir davanın ortalama olarak görülme süresi 3 yıl 7 ay 3 gündür.

Dolayısıyla tahkim süresinin altı ay, hatta üç ay bile olabileceği düşünüldüğünde, istatistikî veriler uyarınca devlet mahkemelerinde süren yargılamalar oldukça uzundur.

17 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adli İstatistikler 2017' <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 140.

18 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adli İstatistikler 2017' <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 139.

19 Belirtilen istatistiklerde, Bölge Adliye Mahkemesi nezdindeki bir davanın görülme süresinin ortalama olarak ne olduğuna ilişkin bir bilgi yoktur.

20 Deniz ticaretine ilişkin davalar 2017 yılında da Yargıtay 11. Hukuk Dairesi nezdinde görülmekteydi. 20.01.2017 tarihli ve 2017/1 sayılı Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararı için bkz.: '2017 Yılı Yargıtay Hukuk Daireleri İş Bölümü' (01.02.2017) <<http://www.baroturk.com/2017-yili-yargitay-hukuk-daireleri-is-bolumu-26294h.htm>> erişim 17 Haziran 2018.

21 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adli İstatistikler 2017' <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 239.

Yine bahsedilen veriler ışığında söylemek mümkündür ki tahkim kararına karşı bir iptal davası açılmaması ihtimalinde, 6 ay sürebilecek olan bir tahkim yargılaması yerine devlet mahkemelerine başvurulmasıyla yargılama süreci yaklaşık %610 oranına kadar uzayabilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin faydalı olmaktan öte bir gereklilik olarak dahi görülmesi mümkündür.

II. Türkiye’deki Başlıca Tahkim Merkezleri ve Bu Merkezlerin Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarının Çözümü Bakımından Elverişliliği

A. Genel Olarak

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısına nazaran tahkimin faydalı ve hatta gerekli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu sonucuna varduktan sonra, Türkiye’de hâlihazırda tahkim faaliyeti yürütmekte olan kurumsal tahkim merkezlerinin anılan faydayı sağlayıp sağlamamak bakımından nasıl bir konumda olduğunun incelenmesinde yarar görmekteyiz²².

Günümüzde ülkemizde maalesef uluslararası tahkim alanında arzu edilen seviyede aktif olan bir kurumsal tahkim merkezinin bulunmadığı belirtilmektedir²³. Lakin özellikle İstanbul Tahkim Merkezi’nin (Istanbul Arbitration Center, “ISTAC”)²⁴ ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi’nin (“İTOTAM”) bu bakımdan ümit vadettiğini söylemek mümkündür.

B. İstanbul Tahkim Merkezi

Merkezi İstanbul’da bulunan ve tüzel kişiliği haiz olan ISTAC, 01.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren, 20.11.2014 tarihli ve 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulmuştur. ISTAC, gerek yerel gerekse uluslararası nitelikli davaların çözümlenebileceği bir kurumsal tahkim merkezidir²⁵.

22 Bu inceleme yapılırken bazı tahkim kurumlarına değinilmemiştir. Türkiye Seyahat Acentaları Birliği nezdindeki tahkim kurulu, birlik üyelerinin kendi aralarındaki veya birlik üyeleri ile tüketiciler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözmek üzere oluşturulmuştur (Bkz.: Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456). Keza Türkiye Futbol Federasyonu (“TFF”) nezdinde de tahkim faaliyetleri mevcuttur. TFF Tahkim Kurulu’nun kuruluşu, 16.05.2009 tarihinde 27230 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanıp yürürlüğe girmiş olan 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’a dayanır (Bkz.: Erkan Küçükgüngör, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği’ (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137). Fakat bu tahkim merkezlerinde deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün mümkün olmaması nedeniyle, çalışmada bu merkezler ele alınmamıştır.

23 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

24 ISTAC 26 Ekim 2015 – 1 Mart 2018 tarihleri arasındaki döneme dair istatistikler için bkz.: ‘İstanbul Tahkim Merkezi – Rakamlarla ISTAC’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf> erişim 15 Haziran 2018.

25 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456; Zeynep Çalışkan, ‘Fındık İhracatında Uyuşmazlıkların Tahkim Yöntemiyle Çözümü: ISTAC ve TNA’ (2017) 37/2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 230, 235.

Seri, ucuz ve kaliteli bir yargılama sunma amacıyla kurulmuş olan ISTAC, Türkiye’de ilk kez seri tahkim (*Fast Track Arbitration*) kuralları düzenlemiştir. Bu kurallar uyarınca dosyanın hakeme intikal etmesinden itibaren üç ay içerisinde dava nihai olarak karara bağlanmaktadır. Seri tahkime tabi olmayan yargılamalar için ISTAC tahkim kuralları uyarınca belirlenmiş olan yargılama süresi ise altı aydır²⁶.

Ayrıca ISTAC’ın hakemlerinin uzman olması da taraflara bir avantaj sağlamaktadır. Tarafların aralarında anlaşamamaları halinde ISTAC bünyesinde yer alan Divan, uzman olan hakemi belirlemektedir. Böylece inşaat, lisans, finans, satım sözleşmelerinden doğan ya da şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların uzmanlar tarafından çözümü sağlanır. Bu uygulamanın sonucunda gereksiz bir şekilde bilirkişiye müracaatın önüne geçilebilmekte, yargılama süresinden tasarruf sağlanıp aynı zamanda daha doğru kararlar elde edilebilmektedir²⁷. ISTAC’ın en önemli avantajlarından biri olarak da dünya çapında ünlü ve saygın bazı hakemlerin ISTAC Milletlerarası Divan Üyesi olarak görev yapması gösterilmektedir²⁸.

ISTAC’ın tahkim ve seri tahkim kuralları dışında, acil durum hakemi kuralları ve arabuluculuk kuralları da mevcuttur²⁹.

ISTAC istatistiklerine göre ISTAC davalarına konu olan uyuşmazlıkların %32’sini satım sözleşmeleri, yüzde %20’sini hizmet sözleşmeleri, %20’sini inşaat sözleşmeleri oluşturmakta ve böylece satım, hizmet ve inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar en çok dava konusu olan uyuşmazlık alanları olmaktadır³⁰. Yine aynı istatistiklere göre, ISTAC bünyesinde görülen deniz hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, tüm uyuşmazlıkların yalnızca %7’sini teşkil etmektedir³¹.

C. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi

İTOTAM uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim hizmeti sunan bir tahkim kurumudur. Uyuşmazlığın İTOTAM nezdinde çözülebilmesi için, taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası üyesi olması şarttır³².

İTOTAM tahkim kuralları 2017 yılında güncellenmiş ve 14.12.2017 yürürlük tarihli güncel kurallar yayımlanmıştır³³. İTOTAM tahkim kuralları güncellenirken, 2010

26 Akıncı (n 12) 432.

27 Akıncı (n 12) 433.

28 Akıncı (n 12) 436.

29 ISTAC kuralları için bkz.: ‘İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/03/istac_tahkim_kurallari_v3_TR.pdf> erişim 15 Haziran 2018.

30 26 Ekim 2015 – 1 Mart 2018 tarihleri arasındaki döneme dair istatistikler için bkz.: ‘İstanbul Tahkim Merkezi – Rakamlarla ISTAC’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf> erişim 15 Haziran 2018 2.

31 ‘İstanbul Tahkim Merkezi – Rakamlarla ISTAC’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf> erişim 15 Haziran 2018 6.

32 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

33 14.12.2017 yürürlük tarihli İTOTAM tahkim kuralları için bkz.: ‘İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları’ <www.itotam.com/Dosyalar/2018/ITOTAM%20Tahkim%20Kurallari-%202017.pdf> erişim 25 Ağustos 2018. İTOTAM arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Arabuluculuk Kuralları’ <www.itotam.com/Arabuluculuk_Kurallari_2603218.pdf> erişim 24 Ağustos 2018.

tarihli United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu, “UNCITRAL”) tahkim kuralları model alınmış ve çeşitli yeni düzenlemelerden de faydalanılmıştır³⁴. Ayrıca İTOTAM’ın çeşitli uluslararası işbirliği anlaşmaları ve yürütülen projeleri mevcuttur³⁵.

2010 yılı verilerine göre, 2005 yılından sonra İTOTAM’a toplamda 57 başvuru yapılmıştır³⁶. 2010 yılından sonraki başvuru sayısı ise bilinmemektedir.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların bu merkez nezdinde halledildiğine dair bir bilgiye ulaşılamamıştır. Ayrıca uyuşmazlığın İTOTAM nezdinde çözülebilmesi için, taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası üyesi olmasının şart olması nedeniyle³⁷, İTOTAM’ın ileride deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası bir merkez olması pek mümkün görünmemektedir.

D. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Divanı

Bir diğer tahkim kurumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (“TOBB”) tarafından, 1990 yılında ve Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, ICC) tarafından hazırlanmış olan tahkim kuralları esas alınarak oluşturulmuştur³⁸. TOBB Tahkim Divanı’nın merkezi Ankara’da bulunmaktadır. Lakin bu tahkim merkezinin iş dünyasında aktif bir konuma gelemediği belirtilir³⁹.

2010 yılı verilerine göre, 2005 yılından sonra TOBB Tahkim Divanı’na toplamda yalnızca 6 başvuru yapılmıştır⁴⁰.

E. İzmir Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi

İzmir’de İzmir Ticaret Odası tarafından kurulmuş olan İzmir Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi mevcuttur. Bu tahkim kurumunda yargılama “Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları” uyarınca yürütülmektedir. Belirtilen kurallar Oda Meclisi’nin 29.08.2012 tarihli ve 45 sayılı onayı ile yürürlüğe girmiş, 26.06.2018 tarihli ve 3 sayılı onayı ile değiştirilmiştir^{41 42}.

34 ‘Hakkımızda’ <www.itotam.com/Hakkimizda.aspx> erişim 25 Ağustos 2018.

35 ‘Uluslararası İşbirliği Anlaşmaları ve Yürütülen Projeler’ <www.itotam.com/Isbirlikleri.aspx> erişim 25 Ağustos 2018.

36 Hakan Pekcanitez, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (2012) 2 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan 635, 637, 638.

37 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

38 TOBB tahkim tüzüğü ve diğer düzenlemeler için bkz.: ‘TOBB Tahkimi ve Tahkim Sözleşmesi’ <www.tobb.org.tr/HukukMusavirliği/Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.php> erişim 15 Haziran 2018.

39 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

40 Pekcanitez, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (n 36) 637, 638.

41 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

42 İzmir Ticaret Odası Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları için bkz.: ‘Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları’ <www.izto.org.tr/ticari-uzlastirma-ve-ticari-tahkim-esaslari> erişim 15 Haziran 2018.

2005-2010 yılları arasında İzmir Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'ne yapılan başvuruların yıllık üçü geçemediği bildirilmiştir⁴³.

F. Uluslararası Taşımacılık ve Lojistik Hizmet Üretenleri Derneği Nezdinde Tahkim

Uluslararası Taşımacılık ve Lojistik Hizmet Üretenleri Derneği ("UTİKAD") nezdinde de hakemlik faaliyeti ve tahkim kurulu mevcuttur⁴⁴. UTİKAD Tüzüğü⁴⁵ m. 26 uyarınca, tahkime elverişli uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmının halli UTİKAD hakem veya hakem kuruluna bırakılmış ise, görevin kabul edilmesi halinde dernek tarafından tahkim süresi içinde uyuşmazlığın esası hakkında karar verilir.

Yine aynı madde uyarınca karar verilirken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁶ ("HMK") m. 407 ve devamı maddeleri ya da uyuşmazlığın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁴⁷ ("MTK") tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında ise MTK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla UTİKAD nezdinde yürütülen tahkimler için özel yargılama kuralları getirilmediği görülmektedir.

UTİKAD nezdinde yürütülmüş olan tahkim yargılamalarının sayısına ilişkin bir veriye ulaşılamamıştır.

G. Sigorta Tahkim Komisyonu

Son olarak sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda etkin bir şekilde uygulama alanı bulan Sigorta Tahkim Komisyonu'ndan bahsetmek gerekir. Sigorta Tahkim Komisyonu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun ("SK") 30. maddesi uyarınca Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde kurulmuştur⁴⁸. Sigorta Tahkim Komisyonu'nun amacı; sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya güvence hesabından faydalanacak kişiler ile güvence hesabı arasında doğan uyuşmazlıkların çözümüdür⁴⁹.

43 Pekcanitez, 'İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı' (n 36) 637, 638.

44 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

45 Tüzük için bkz.: 'Tüzük' <www.utikad.org.tr/Tuzuk.aspx> erişim 15 Haziran 2018.

46 Kabul tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836.

47 Kabul tarihi: 21.06.2001, RG. 05.07.2001/24453.

48 Ecehan Yeşilova Aras, Bilgehan Yeşilova, 'Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)' (2013) 8 *Journal of Yaşar University* 275; Rauf Karasu, 'Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2016) 26 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 49; Serhan Göktürk, 'Sigorta Tahkim Uygulaması' (2017) Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Özel Hukuk Yüksek Lisans, Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasası Bahar Dönem Ödevi* <www.academia.edu/33751355/Sigorta_Tahkim_Uygulaması> erişim 25 Ağustos 2018 10, 11.

49 SK m. 30/1.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde tahkim davası açabilmek için sigorta şirketi ile uyuşmazlığın karşı tarafı arasında bir tahkim anlaşması olması zorunlu değildir; zira burada tahkim kanun ile öngörülmüştür. SK uyarınca sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla arasında uyuşmazlık olan bir kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa dahi tahkim usulünden faydalanabilmektedir. Şayet sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler varsa, bunu yazılı olarak Sigorta Tahkim Komisyonu’na bildirmeleri gerekmektedir⁵⁰.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görülen davalarda, hakem veya hakemlerin görevlendirildikleri tarihten itibaren dört aylık bir tahkim süresi öngörülmüştür. Bu süreye riayet edilmemesi halinde uyuşmazlık hakkında yetkili mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Lakin tahkim süresinin tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılması mümkündür⁵¹.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurulması ve ardından kararın temyizi mümkündür; fakat bunun için dava konusu uyuşmazlığın belirli bir tutarı aşması gerekir. 5.000 TL veya daha yüksek değerdeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı, kararın tebliğden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde itiraz mümkündür. İtiraz üzerine dosya İtiraz Hakem Heyeti’ne intikal etmekte ve dosyanın heyete intikalinden itibaren maksimum iki ay içerisinde karar verilmektedir. 40.000 TL’nin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında ise itiraz üzerine verilen kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulması da mümkündür. Bunlar dışında tahkim süresinin aşılmış olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan konularda karar vermiş olması ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemiş olması hallerinde ise uyuşmazlık konusu değerine bakılmaksızın temyiz kanun yoluna başvurmak mümkündür^{52 53 54}.

50 SK m. 30/1.

51 SK m. 30/16.

52 SK m. 30/12.

53 HMK tahkim hükümleri uyarınca tahkim yargılaması sonucunda verilen karara karşı yalnızca iptal davası açılabilirken, SK’da temyiz usulünün öngörülmesinin istisna mı teşkil ettiği yoksa sehven mi bu şekilde bir düzenlemenin kalmış olduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu hususta ilk görüş, SK’da yapılmış olan hakem kararlarının temyize dair atfın, HMK m. 439’da düzenlenmiş olan iptal davası düzenlemesine yapılmış sayılması gerektiğini savunur. Bu görüşe gerekçe olarak, yürürlükten kalkmış olan bir kanunun hükümlerine başka bir kanun tarafından yapılmış olan atfın, yürürlükten kalkmış olan hükümleri yeniden yürürlüğe sokmuş olduğunun varsayılmayacağı ifade edilmiştir. Konu hakkındaki ikinci görüş ise SK’da yer alan düzenlemenin bir istisna olduğunu ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine genel bir atf yapılmıyorsa doğrudan temyiz usulü zikredildiğini belirterek bu nedenle sigorta tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması gerektiğini savunur. Bu hususta ve bahsedilen görüşleri savunan yazarlar için bkz.: Mehmet Özdamar, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831, 850. İkinci görüşü benimseyen yazar Özdamar, 6327 sayılı Kanun ile SK’da değişikliğin yapıldığı tarihin, HMK’nun yürürlüğe girmesinden yaklaşık dokuz ay sonra olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. Özdamar (n 53) 850. Uygulamada Sigorta Tahkim Komisyonu kararlarının SK m. 30’da belirtilen uyuşmazlık tutarı aşılmış ise istinaf edilebildiği görülmektedir.

54 Her ne kadar maddede “temyiz” ifadesi kullanılmış olsa da, uyuşmazlık konusunun değerinin 40.000 ₺’nin üzerinde olması halinde İtiraz Hakem Heyeti Kararı’na karşı istinaf kanun yoluna başvurmak mümkündür. 5684 sayılı SK m. 30/12 fıkrasında yer alan bu kural, 29.06.2012 tarihinde 28338 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olan 6327 sayılı kanunun 58. maddesi ile getirilmiştir. Bu tarihte henüz Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlamamış olduğundan “temyiz” ifadesi kullanılmıştır. Aynı fıkranın son cümlesi ile temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanacağı belirtilmiştir. Aksi yönde Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından verilmiş olan kararlara karşı kanun yolunun doğrudan Yargıtay olduğuna dair görüş için bkz.: Özdamar (n 53) 851. Lakin belirtmek gerekir ki bu eserin yayınlandığı tarihte henüz Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlamamış durumda idi.

Sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, sigorta kuruluşuna karşı dava açmak isteyen kişilerin Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde tahkim davası açmayı tercih etmeleri amacıyla, tahkim davası kısmen/tamamen reddedildiği takdirde sigorta kuruluşu vekili için ödenecek olan vekâlet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekâlet ücretinin beşte biri ile sınırlı tutulmuştur⁵⁵. Lakin bu oran başvuru sahibi lehine hükmedilecek vekâlet ücreti için geçerli değildir; başvuru sahibi olan davacı vekili, davanın kazanılması halinde tam vekâlet ücretine hak kazanır⁵⁶.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde deniz ticaretine ilişkin davaların görülmesi mümkündür; fakat bu kurum nezdinde görülebilecek davalar yalnızca bir tarafın sigortacı olduğu uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Dolayısıyla Sigorta Tahkim Komisyonu'nun, deniz ticaretine ilişkin tüm uyuşmazlıkların görülebileceği ve Türkiye'de deniz ticareti tahkimi bakımından gerekli olan ihtiyacı karşılayabilecek bir tahkim kurumu olmadığı görülmektedir.

H. Değerlendirme

Bahsedilen veriler ve tespitler ışığında Türkiye sınırları içerisinde deniz ticareti hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık oluştuğunda, uyuşmazlığın ya Türk mahkemelerinde uzun sürelerde görüldüğü ya da uyuşmazlığın başka bir ülkede tahkim yoluyla veya devlet mahkemeleri nezdinde halledildiği; dolayısıyla deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün ülkemizde yaygın olmadığı görülmektedir.

Öyle ki, uygulamada Türkiye'den Afrika'ya gidecek olan bir gemiyle taşınacak olan mallar için tanzim edilen bir konişmentoda dahi İngiliz mahkemelerinin yetkili kılındığı ve İngiliz hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçildiği görülebilmektedir. Elbette bunun sebebi deniz hukukunun İngiltere'de gelişmiş olmasıdır. Nitekim İngiltere, deniz finansmanı ve deniz ticareti hukuku alanlarında dünyada birinci sırada yer almaktadır⁵⁷.

Böylece Türkiye'de hâlihazırda kurulmuş olan tahkim merkezlerinin, deniz ticareti ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yeteri kadar görev alamadığı ve deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümü için ayrı bir deniz ticareti tahkim merkezinin kurulmasının gerektiği görülmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki böyle bir deniz ticareti tahkim merkezinin kurulması halinde diğer kurumsal tahkim merkezlerine rakip konumunda olmayacaktır; zira deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından belirtilen kurumsal tahkim merkezlerine ya hiç başvurulmamakta ya da nadiren başvurulmaktadır.

55 SK m. 30/17.

56 Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, 'Sigorta Tahkim Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklarda Hükmedilecek Vekâlet Ücreti' (2017) 12 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109, 124. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2014/5005 E., 2014/7686 K. numaralı kararı da bu yöndedir. Bu konuda aksi yönde kararlar da mevcut olmakla birlikte (Bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/64 E., 2016/1453 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/1573 E., 2016/7620 K.) bu kararlara katılmak değildir. Nitekim bu hususta uygulamadaki ağırlıklı görüşün ilk görüş olduğunu söylemek de mümkündür.

57 Erik Jakobsen, Christian Svane Mellbye, Øystein S. Sørvig, 'The Leading Maritime Capitals of the World' (22/2015, Menon Business Economics, Menon Publication 2015) 3.

Türkiye’de bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulması konusunda önerilerde bulunabilmek bakımından, öncelikle dünya üzerinde deniz ticareti uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde kullanılan *ad hoc* tahkim kuralları ve tahkim faaliyetini yürüten başlıca tahkim kurumları üzerinde bir inceleme yapılmasında yarar görmekteyiz.

III. Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dünyada En Çok Tercih Edilen Tahkim Kurum ve/veya Kuralları

A. Genel Olarak

Deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümünde gerek dünya genelinde gerekse Türkiye özelinde tahkim, devlet yargısına nazaran daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Aşağıda dünya genelinde deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümünde özellikle tercih edilen tahkim kurumları yapısal yönleriyle ve temel özellikleri itibariyle ele alınacaktır. Böylece Türkiye’de kurulması muhtemel bir deniz ticareti tahkim merkezinin yapısı ve temel özellikleri hakkında da fikir sahibi olunması amaçlanmaktadır.

Önemle belirtilmelidir ki, bahse konu kurumların bir kısmı, kurumsal tahkim adı verilen modeli temsil eden tahkim kurumları iken; bir kısmı ise *ad hoc* tahkim modelini temsil etmektedir. Ancak dünyanın muhtelif ülkelerinde yer alan bazı kurumların, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde sıkça kullanılan *ad hoc* tahkim kuralları yayınlamak faaliyetinin yanında kurumsal tahkime özgü birkaç faaliyeti yürütmekle yetinmesi ve bunun dışında kurumsal tahkim merkezi gibi hareket etmemesi, bu tür kurumların niteliği bakımından tereddütlere sebebiyet vermektedir. İşte bu tür kurumların, kurumsal tahkim hizmeti verip vermediği hususunun daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle kurumsal tahkimin unsur ve işlevleri ile *ad hoc* tahkimin genel olarak incelenmesinde fayda görmekteyiz. Akabinde ise dünya genelinde deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümünde öne çıkan tahkim kurumları, *ad hoc* tahkim – kurumsal tahkim ayrımı çerçevesinde ele alınacaktır.

B. Kurumsal Tahkim ve Ad Hoc Tahkim Kavramları

1. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden kaleme alınmış kuralları-na tabi olarak ve onun kontrolünde cereyan eden tahkimi ifade eder^{58 59}.

58 Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 616.

59 International Chamber of Commerce Arbitration Court (“ICC Mahkemesi”), The London Court of International Arbitration (“LCIA”), International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), World International Property Organization Arbitration Court (WIPO Tahkim Mahkemesi), The American Arbitration Association (AAA), The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal (“GAFTA”), The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal (“FOSFA”), Court of Arbitration for Sport (CAS) kurumsal tahkim mahkemelerine örnektir. bkz.: Şanlı, *Uluslararası Ticari Akillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353 ve devamı. İstanbul Ticaret Odası ve İzmir Ticaret Odası’nın tahkim faaliyetleri ise Türkiye’de kurumsal tahkime örnektir. bkz.: Ertan (n 3) 3. İSTAC 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile, Türkiye’de uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası standartlarda bir tahkim kurumu oluşturmak amacıyla kurulmuştur. Bkz.: Akıncı (n 12) 34. China Maritime Arbitration Commission (Çin Denizcilik Tahkim Komisyonu) ise deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda önde gelen tahkim merkezlerindendir. Bkz.: Jacques Covo, ‘Türkiye’de Kurumsal ve Mesleki Tahkim Merkezleri ve Dünyadaki Örnekleri’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 175, 177.

Bir tahkim kurumunun belirgin üç unsurundan bahsedilebilir. Bunlardan ilki sürekli ve istikrarlı bir kurumsal organizasyonun varlığıdır⁶⁰. İkinci unsur; tahkim kurumunun sunmayı taahhüt ettiği hizmet ve bunun sınırlarının açıkça tanımlanmış olması ile tahkimin kendisine tabi olacağı usul ve kuralların belirtilmiş olmasıdır⁶¹. İkinci unsur kapsamında, tahkim kurumunun tahkimin usulünü belirlemek için hazırlayıp yayınladığı tahkim kuralları ve bu kurallara uygun olarak nasıl bir hizmet sunulacağı konusunda tereddüt olmaması gerekir⁶².

Kurumsal tahkim kavramının son unsuru ise kurumların idari işlevleri hakkındadır. Ortada bir tahkim kurumunun bulunduğundan söz edebilmek için, sadece hakem tayini görevinin üstlenilmiş olması yeterli değildir. Eğer bununla birlikte tahkim sürecini idari açıdan gözetim ve denetim altında tutan ve bu amaca hizmet etmek üzere yetiştirilmiş daimi personeli bulunan bir organizasyon varsa, işte o zaman ortada bir tahkim kurumu vardır⁶³.

Tahkim kurumlarının kurumsal işlevlerini çeşitli kategoriler altında değerlendirmek mümkündür. Kurumsal işlevler tahkim kurumu tanımını açıklayan bir sınıflandırma çerçevesinde ele alındığında üç başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilkini “doğrudan hizmetler” oluşturur. Doğrudan hizmetler içinde tahkim kurallarının hazırlanması ve hakemlerin tayini gibi işlevler yer alır⁶⁴.

Tahkim kurumlarının kurumsal işlevlerinin sınıflandırılmasında ikinci kategori ise “dar anlamda idari işlevler” oluşturur. Hakemlerin toplantıları ve duruşmalar için uygun yer ve mekânın organize edilmesi, sekreteryaya hizmetleri gibi hizmetler ve tahkim prosedürünün düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli olan her türlü idari ve teknik hizmet (tahkim yerinin belirlenmesi, iletişim ve bilgisayar teknolojinin mümkün kıldığı teknik hizmetler, tercüme hizmetleri, taraflar ile hakemlerin bir araya gelebilmesi amacıyla duruşma öncesi toplantıların düzenlenmesi, hakem ücretlerinin hesaplanması, tahkim masraflarının hesaplanması vb.) bu başlık altında incelenmektedir⁶⁵.

Son olarak “dolaylı hizmetler” kategorisi altında ticaret camiasının tahkim hakkındaki bilgilendirilmesine yönelik danışmanlık hizmetleri ve hakemlerin eğitilmesi gibi kurumsal işlevler incelenir⁶⁶.

60 Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (İmaj 2005) 38, 39.

61 Werner Melis, ‘Function and Responsibility of Arbitral Institutions’ (1991) 13 *The Comparative Law Yearbook of International Business* 109 (Şit (n 60) 39’den naklen).

62 Şit (n 60) 39.

63 Melis (n 61) 109 (Şit (n 60) 40’tan naklen).

64 Bernstein Ronald, Derek Wood, *The Handbook of Arbitration Practice* (Sweet & Maxwell 1993) 464 ve devamı (Şit (n 60) 40’tan naklen).

65 Ronald, Wood (n 64) 464 ve devamı (Şit (n 60) 40’tan naklen).

66 Ronald, Wood (n 64) 464 ve devamı (Şit (n 60) 40’tan naklen).

Bir tahkim kurumunun varlığından söz edebilmek için bu işlevlerin tamamının yerine getirilmesi gerekmez. Fakat ortada kurumsal tahkimin ve bir tahkim kurumunun olduğunu söyleyebilmek için yalnızca doğrudan hizmetlerin yerine getirilmesi, özellikle hakem tayini ile yetinilmesi yeterli değildir; tahkim prosedürleri boyunca idari ve teknik hizmetler verilmeli ve hakemlik ilgili kurumun gözetim ve denetimi altında yapılmalıdır⁶⁷.

Kurumsal tahkimin; “*Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idari denetimine tabi kaldıkları tahkim türüdür*” şeklindeki tanımı da⁶⁸ kurumsal tahkimde idari denetimin vazgeçilmezliğini ortaya koymaktadır. Öyle ki kurumsal tahkimlerde hakem kurulunun tayin edilmesinden sonra kurum, usule ilişkin görevleri kurula devretmekle beraber, idari ve denetim görevlerine devam etmektedir. Kurumsal tahkim modelinde kurumun genel olarak taraflar arasında gerçekleşen yazışmaları izlediği ve tahkimin tahkim kurallarına göre ilerlemesini garanti ettiği görülür. Hatta bazı kurumların hakem kararını inceleyip şekil veya içeriğe dair birtakım düzeltmelerde bulunulmasını talep edebildiği bile bilinmektedir; lakin bu düzeltmelerin hakemlerin karar verme özgürlüğünü ihlal etmemesi şarttır⁶⁹.

Deniz ticaretine ilişkin tahkimlerde kurumsal tahkimi tercih edenlerin; kalkınmakta olan ülkelerin vatandaşları, devlet kuruluşları ve milletlerarası ticaret konusunda çok fazla tecrübe sahibi olmayan şirketler gibi özellikle tahkime taraflardan bağımsız bir kurum tarafından nezaret edilmesi ve tahkimin idare edilmesini arzu edenler olduğu da ifade edilmiştir⁷⁰.

2. Ad Hoc Tahkim

Ad hoc tahkim türünde tahkim tamamen tarafların bizzat kendilerinin kaleme aldığı ya da atıfta bulunduğu belirli kural ya da yasalara istinaden, bu kural ya da yasaların veya tarafların verdiği yetkiye dayanan hakemlerin kontrolünde gerçekleşmektedir. Kurumsal tahkim haricindeki tahkimler, *ad hoc* tahkimi oluştururlar⁷¹. Dolayısıyla kurumsal tahkimin unsurlarının bulunmadığı hallerde *ad hoc* tahkimin olduğunu söylemek mümkündür.

67 Melis (n 61) 109 (Şit (n 60) 40’tan naklen).

68 Muharrem Balcı, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim (Danışman 1999) 249.

69 Bkz. Ebru Karademir, ‘Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması’ (2012) 32/2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 73, 81. Örneğin ICC tahkiminde kararın Divan tarafından incelenmesi usulü mevcuttur. Buna göre hakemler kararı henüz imzalamadan ve taslak olarak Divan’a sunmaktadır ve Divan şekil yönünden kararı onaylamadan hakem kararının verilmesi mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki Divan’ın vereceği tavsiyelerle hakem mahkemesinin karar özgürlüğünün etkilenmemesi gerekmektedir. Bkz.: Cemile Demir Gökyayla, ‘Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim’ ed. Mehmet Murat İnceoğlu, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, (C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 161, 177.

70 Bruce Harris, ‘Maritime Arbitration’, ed. Andrew Berkeley, Jacqueline Mimms, Frances A. Paterson, Philip Britton, *International Commercial Arbitration Practical Perspectives* (Centre of Construction Law & Management 2001) 171 (Ertan (n 3) 8’den naklen).

71 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 351.

Kurumsal tahkimde bir organizasyon tarafından kendi bünyesinde uyuşmazlık çözümü için bir birim oluşturulmakta ve oluşturulan bu birim uyuşmazlık çözümü için tahkim hizmeti vermekteyken, *ad hoc* tahkimde tahkimin bünyesinde gerçekleştiği herhangi bir kurum mevcut değildir⁷². Ayrıca kurumsal tahkimin varlığı için tahkim prosedürü boyunca idari ve teknik hizmetlerin verilmesi ve hakemliğin ilgili kurumun gözetim ve denetimi altında yapılması aranmaktayken⁷³, *ad hoc* tahkimde tahkim yargılaması hiçbir kurumun gözetim ve denetimi altında yürümez.

Keza kurumsal tahkimde kararın tahkim merkezi tarafından taraflara tebliğ edildiği ve saklandığı görülmekle birlikte, *ad hoc* tahkimde hakem kararının hakemlerce taraflara bildirildiği ve hakem hararının kural olarak hakemler tarafından saklandığı görülmektedir⁷⁴.

Kurumsal tahkim ile *ad hoc* tahkim arasındaki en büyük farklılıklardan biri de tahkim giderleri noktasındadır. Kurumsal tahkimde tarafların hakem ücreti dışında idari masraflar için de bir ücret ödemesi gerekirken, *ad hoc* tahkimde böyle bir ücret ödenmesi gerekmez. Zira *ad hoc* tahkimde yargılamayı organize eden bir kurum yoktur. Nitekim kurumsal tahkimin tahkim maliyetini artırmasının kurumsal tahkimin bir dezavantajı olarak görülebileceği belirtilmektedir⁷⁵.

Bir diğer fark da hakem seçimi, tayini, hakemin reddi, azli veya yeni hakem tayin edilmesi konularında karar mercii olarak kimin görev yaptığı konusundadır. Tahkim kurumlarının; hakem seçimi ve tayiniyle birlikte, hakemin reddi, azli veya yeni hakem tayin edilmesinde başvuru ve karar mercii olarak görev yapması söz konusu olabilmektedir. *Ad hoc* tahkimde ise bu işlemler kural olarak mahkemelere başvurma suretiyle gerçekleştirilir⁷⁶.

Ad hoc tahkimin tercih edilmesinde önemli bir sebep de kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim prosedürleri üzerindeki bürokratik denetiminden duyulan endişeler veya bu tür kurumların “uluslararası sermaye”nin bir manivelası olduğu yönündeki anlayışlardır⁷⁷.

Uluslararası ticari tahkim uygulamasında *ad hoc* tahkimin oransal olarak kurumsal tahkimden daha yaygın olduğu belirtilmektedir⁷⁸. Keza kurumsal tahkimin spesifik olarak deniz ticaretine ilişkin tahkimlerde popüler olmadığı da vurgulanmaktadır⁷⁹.

72 Demir Gökyayla (n 69) 161.

73 Melis (n 61) 109 (Şit (n 60) 40’tan naklen).

74 Demir Gökyayla (n 69) 175, 176.

75 Demir Gökyayla (n 69) 179-181. Buna karşılık kurumsal tahkimde kurumun gerek hakemlere gerek yargılamaya sağladığı destek ve kurumun hakem kararlarının icra edilmesini kolaylaştırması hususları kurumsal tahkimin avantajları olarak gösterilmektedir. Bkz.: Demir Gökyayla (n 69) 181.

76 Melis (n 61) 112 (Şit (n 60) 48 ve 49’dan naklen). Bu ayrımda “kural olarak” ifadesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu tür işlemlerin bazılarının yerine getirilmesinin *ad hoc* tahkimin mevcut olmadığı şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindeyiz.

77 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 351.

78 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 351, dn. 453; Anthony Connerty, ‘Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü; Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları; Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği’ *Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu* (Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa 2009) 11, 24.

79 Bruce Harris, ‘Maritime Arbitration: ad hoc v. administered’ (2001) *Asian Dispute Review* 6, 9.

C. Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarının Çözümünde En Çok Tercih Edilen Ad Hoc Tahkim Kuralları ve Bu Kuralları Hazırlayan Kurumlar

1. Londra Deniz Hakemleri Birliği Tahkim Kuralları

Deniz ticaretine ilişkin ihtilafların tahkim yoluyla en çok Londra’da LMAA kurallarına göre çözüldüğü bildirilmektedir^{80 81}.

LMAA; deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklara bakan hakemlerden oluşan Londra’da yerleşik bir birlik olarak tanımlanmaktadır⁸² ve 1960 yılında Baltık Borsası⁸³ nezdinde tutulmakta olan hakem listesine kayıtlı brokerlar tarafından kurulmuştur⁸⁴. Bununla birlikte, birliğin kökenlerinin ve geleneklerinin Baltık Borsası ile birlikte 300 yıldan fazla bir tarihe sahip olduğu, tahkim yargılamalarının önceleri gemi brokerliği cemiyeti üyeleri nezdinde yürütüldüğü ve bu uygulamanın günümüzde de görülebildiği belirtilmektedir⁸⁵.

Her ne kadar LMAA kendi kurallarını oluşturmuş olsa da birliğin tahkim davalarının yönetimini üstlenmediği görülmektedir⁸⁶. LMAA; ICC ya da GAFTA gibi tahkim kurumlarından farklı olarak, tahkim davalarını aktif bir şekilde denetlemez ve idare etmez. Lakin birlik, hakemlerden birinin istifa etmiş olması halinde yeni hakemin tayin edilmesi gibi bazı konularda yardımcı rol üstlenebilmektedir⁸⁷.

Dolayısıyla kurumsal tahkimin belirtilen unsurlarından üçüncüsü olan, tahkim sürecinin idari bakımdan gözetim ve denetim altında tutulması unsurunun LMAA kurallarına göre yürütülen tahkimlerde mevcut olmadığı görülmektedir. Bir tahkim kurumundan bahsedebilmek için bulunması gereken zorunlu unsurların tamamının mevcut olmaması nedeniyle, LMAA kurallarına göre yürütülen tahkim yargılamalarının yapısal olarak *ad hoc* tahkim türüne tabi olduğu kanaatindeyiz⁸⁸. Keza doktrinde LMAA nezdinde yürütülen tahkimlerin, *ad hoc* tahkim konusunda örnek gösterildiği görülmektedir⁸⁹.

80 Ertan (n 3) 4; Ekşi (n 1) 16-19.

81 LMAA tahkim kuralları dışında, LMAA tarafından yayınlanmış olan üç özel yargılama usulü kuralları mevcuttur: *The Small Claims Procedure* (SCP, Küçük Alacaklar Usulü. Çeviri için bkz.: Ertan (n 3) 32), *Intermediate Claims Procedure* (ICP, Orta Alacaklar Usulü) ve *Fast and Low Cost Arbitration* (FALCA, Hızlı ve Düşük Maliyetli Tahkim Kuralları. Çeviri için bkz.: Ekşi (n 1) 17-18, dn. 44). Bkz.: Bernardo Carboni, ‘The Expedited Procedure in Maritime Arbitration: An Overview’ (2017) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970025> erişim 15 Ekim 2018 12. Kurallar için bkz.: ‘The LMAA Terms’ <www.lmaa.london/terms2017.aspx> erişim 7 Ekim 2018; ‘LMAA FALCA Rules’ <www.lmaa.london/terms-falca-terms-and-notes.aspx> erişim 7 Ekim 2018.

82 Ertan (n 3) 27.

83 Baltık Borsası; gemi ya da yük brokerlerinin bir araya geldikleri ve gemi işletmesi, yük elleçlemesi, liman masrafları, limanların fiziki durumu, kanal geçiş ücretleri ve yakıt fiyatları gibi hususlarda görüştükleri bir kuruluştur. Bkz.: Ertan (n 3) 27, dn. 65. Baltık Borsası 1744 yılında Londra’da kurulmuştur. Bkz.: Ertan (n 3) 27, dn. 65; Mehmet Saraç, Remzi Başar, ‘Amerikan Ekonomisindeki Borçluluğun Altın Fiyatlarına Etkisi’ (2015) 5/2 Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1, 4.

84 Ertan (n 3) 28; ‘The History of The LMAA’ <www.lmaa.london/about-us-History.aspx> erişim 7 Ekim 2018.

85 ‘The History of The LMAA’ <www.lmaa.london/about-us-History.aspx> erişim 7 Ekim 2018.

86 Ertan (n 3) 27.

87 Ertan (n 3) 28.

88 Aynı yönde bkz.: Ertan (n 3) 27. LMAA nezdinde sekretarya hizmetlerinin verilmemesi ve kurumsal bir yapının mevcut olmaması nedenleriyle birliğin tam anlamıyla bir kurumsal tahkim olarak nitelendirilemeyeceği fakat tahkim yargılamasına ilişkin usul ve kurallarının mevcut olması sebebiyle tam anlamıyla *ad hoc* tahkim de olmadığı yönündeki görüş için bkz.: Banu Bozkurt Bozabalı, ‘Deniz Ticaret Hukukunda Tahkim: Nasıl Yapmalı? Hangisini Seçmeli?’ (Kasım 2016) İMEAK Deniz Ticaret Odası Tahkim, Hakemlik ve Arabuluculuk Eki 19, 21.

89 Harris (n 79) 6. Yazar 1975 yılından beri hakemlik yapmaktadır ve bir dönem LMAA başkanlığı görevini yürütmüştür. Bkz.: ‘Bruce Harris’ <www.lmaa.london/membership-details.aspx?id=728> erişim 7 Ekim 2018.

2007 yılı verilerine göre LMAA üyelerinin her yıl ortalama olarak 2.500-3.000 kadar tahkim davasında görev aldığı ve yaklaşık 350-450 adet hakem kararı oluşturulduğu bildirilmektedir⁹⁰. 2017 yılında ise 2533 hakem tayin edilmiş ve 480 hakem kararı oluşturulmuştur. 1996 yılına ait veriler incelendiğinde ise bu yılda 3384 adet hakem tayin edildiği ve 429 karar oluşturulduğu görülmektedir⁹¹. Böylece 21 yıl öncesi ile 2017 yılı mukayese edildiğinde, tayin edilen hakemlerin sayısında önemli bir düşüş olduğu görülmektedir. Bu düşüşün sebebinin, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde farklı *ad hoc* tahkim kurallarının ve tahkim merkezlerinin de popülerleşmekte olmasından kaynaklanması muhtemeldir.

2. Alman Deniz Tahkim Birliği Tahkim Kuralları

GMAA; liman kentleri olan Hamburg ve Bremen’de deniz ticareti tahkimini hem ulusal hem uluslararası olarak geliştirmek hedefiyle⁹², burada deniz ticareti alanında faaliyet gösteren tacirler ve uzman deniz ticareti hukuku avukatları tarafından, 1983 yılında kurulmuştur⁹³. GMAA’nın hukuki niteliği ise dernektir⁹⁴.

GMAA tahkim kuralları; UNCITRAL’in⁹⁵ tahkime ilişkin düzenlemeleri ile Alman usul hukukunu baz alarak ve deniz ticaretinin gereklerini dikkate alarak kaleme alınmıştır⁹⁶.

Deniz ticaretine ilişkin tahkim yargılamalarının efektif olmadığı ve masraflı olduğu yönündeki güçlü eleştiriler sonucunda kurulmuş olan GMAA, net ve kolay anlaşılır usul kuralları oluşturmuştur⁹⁷; nitekim GMAA’nın tahkim usulünün kolay olmasıyla ünlü olduğu belirtilmektedir⁹⁸. GMAA tahkim kuralları; yüksek kaliteli, bağımsız, seri ve efektif bir yargılama sunmakta ve sabitleştirilmiş hakem ücretleri sayesinde masrafların daha kolay hesaplanabilir olmasını sağlamaktadır. GMAA son otuz yıldır sürekli olarak büyümeye devam etmekte, uluslararası alanda gittikçe daha çok popülerleşmektedir⁹⁹. GMAA; tarafların Alman olduğu ya da uluslararası nitelikli

90 Ertan (n 3) 28.

91 ‘2017 Statistics’ <www.lmaa.london/event.aspx?pkNewsEventID=208da443-7800-4720-84b3-7f4f3f5fe9ce> erişim 7 Ekim 2018.

92 ‘Wie Alles Beggann’ <<https://gmaa.de/de/gmaa-intern/historie-neu>> erişim 29 Ekim 2017.

93 Ekşi (n 1) 18, dn. 45.

94 GMAA’nın Almanca açılımı “Vereinigung für deutsche Seeschiedsgerichtsbarkeit” şeklindedir. Gerek Almanca’da “dernek” anlamına gelen “Vereinigung” kelimesinden, gerek GMAA Yönetmelik hükümlerinde GMAA’dan bahsederken yine “dernek” anlamına gelen “Verein” kelimesinin kullanılmasından, GMAA’nın hukuki niteliğinin dernek olduğu açıkça görülmektedir. GMAA Yönetmelik hükümleri için bkz.: ‘GMAA Satzung’ <<https://gmaa.de/en/about-gmaa/articles-of-association>> erişim 02 Mart 2018.

95 Birçok devletin, ülkelerinde cereyan eden milletlerarası ticari tahkim prosedürlerinin hukuki rejimini düzenlemek üzere çıkardığı milletlerarası tahkim kanunlarına, UNCITRAL Model Kanunu rehberlik etmiştir. MTK, Türkiye’de milletlerarası ticari tahkim prosedürlerini yerel tahkimden bağımsız olarak düzenlemektedir. MTK hazırlanırken de UNCITRAL’in 1985 tarihli Model Kanunu ile 1987 tarihli İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun Milletlerarası Tahkim bölümünden önemli ölçüde istifade edilmiştir. Bkz.: Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 58) 643. Dolayısıyla UNCITRAL düzenlemelerini dikkate almak bakımından MTK ile GMAA tahkim kuralları arasında benzerlik vardır.

96 Jan Wölper, Gregor Harbs, Falk Fischer, Esther Mallach, ‘International Congress of Maritime Arbitrators GMAA Text’ <<http://icma2017copenhagen.org/download/ICMA%20GMAA.pdf>> erişim 18 Ekim 2018.

97 ‘German Maritime Arbitration Association (GMAA)’ <www.maritimeadvocate.com/arbitration/german_maritime_arbitration_association_gmaa.htm> erişim 29 Ekim 2017.

98 Ertan (n 3) 14.

99 Wölper ve diğerleri (n 96) 1.

olan deniz ticareti uyuşmazlıklarında, makul ücretler karşılığında uyuşmazlık çözümünün¹⁰⁰ elde edilmesi için uygun ve hızlı bir araç olarak kendini kabul ettirmiştir¹⁰¹.

GMAA tahkim kuralları, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü düşünülerek oluşturulmuş olmakla birlikte, sadece deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözülebileceği bir kurallar dizisi de değildir. Bir başka ifadeyle, diğer sektörlerle ilişkin uyuşmazlıklar da GMAA tahkim kurallarına göre çözülebilir. Çoğu zaman denizcilikle alakalı olmayan tarafların da GMAA tahkim kurallarını tercih ettiği görülmektedir¹⁰². GMAA tahkim kuralları yalnızca deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilecek bir araç olarak kaleme alınmış olmadığından, deniz ticaretine ilişkin olmayan uyuşmazlıkların da GMAA tahkim kuralları uyarınca çözülmesinde hiçbir sakınca yoktur.

Almanya’da belirli sektörlerle odaklanmış çeşitli tahkim kuruluşları bulunmaktadır¹⁰³. Pekâlâ, acaba GMAA bir kurumsal tahkim merkezi midir, yoksa *ad hoc* tahkim kuralları düzenleyip yayınlamış olan bir dernek midir? Bu konunun tartışmaya açık olduğunu söylemek mümkündür.

GMAA’nın an itibariyle Yönetim Kurulu başkanlığını yürütmekte olan Jan Wölper¹⁰⁴; GMAA’nın kuruluş amacının birlik tarafından yönetilen bir kurumsal tahkim merkezi oluşturmak değil, deniz tahkimi için özel olarak düzenlenmiş modern *ad hoc* tahkim kuralları düzenlemek olduğunu açıklamıştır. Yazar Almanya’da deniz ticareti uyuşmazlıklarının Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Alman Tahkim Kurumu, DIS) gibi kurumsal tahkim örgütlerine götürülmesinin çok ender olduğunu; *ad hoc* tahkim ve özellikle de GMAA tahkim kuralları uyarınca yürütülen *ad hoc* tahkimin ise Almanya’da deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümünde en yaygın seçim olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵. Keza deniz ticaretine ilişkin tahkimler dünya çapında da genellikle kurumsal değil, *ad hoc* tahkim şeklinde yürütülmektedir¹⁰⁶.

Buna karşılık, GMAA’nın bir kurumsal tahkim merkezi olarak anıldığı da görülmüştür¹⁰⁷. Lakin burada yer alan nitelendirmenin eksik bilgiye dayandığı görülmektedir. Zira GMAA’nın DIS gibi bir kurumsal tahkim merkezi olarak anılmasından iki cümle

100 GMAA’nın, uyuşmazlıkların tahkimin yanı sıra arabuluculuk, uzlaştırma ve uzman görüşü yoluyla çözümü için de kuralları mevcuttur. GMAA’nın uyuşmazlık çözüm yolları kuralları için bkz.: ‘German Maritime Arbitration Association’ <<https://gmaa.de/start>> erişim 29 Ekim 2017.

101 Friedrich Strube ‘German Maritime Arbitration Association – arbitration and/or mediation?’ (2003) BIMCO Review 180.

102 Johannes Trappe, ‘Arbitration in Germany – some aspects and comparison of law’ (2013) 3 SchiedsVZ <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/trappe23102012.pdf>> erişim 5 Şubat 2018 4.

103 Catrice Gayer, Thomas Weimann, ‘Germany International Arbitration 2017’ ed. Joe Tirado, *International Arbitration* (3. bası, Global Legal Insights 2017) 163, 164.

104 ‘Jan Wölper’ <<https://cms.law/en/DEU/People/Jan-Woelper>> erişim 18 Ağustos 2018; ‘Board’ <<https://gmaa.de/en/about-gmaa/board>> erişim 18 Ağustos 2018.

105 Wölper (n 5) 889, 890.

106 Ertan (n 3) xxviii.

107 ‘Arbitration’ <www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/privates-wirtschaftsrecht/aussergerichtliche-streitbeilegung/arbitration> erişim 6 Ekim 2017.

sonra, kurumların yargılamanın başlangıcından itibaren tüm tahkim yargılaması boyunca taraflara yardımda bulunduğu da belirtilmiştir. Oysa GMAA böyle bir hizmet vermemektedir. GMAA tahkim yargılamasına ve ücrete ilişkin kuralları sağlamakta olsa da tahkim yargılaması boyunca tarafların GMAA ile olan ilişkisi oldukça sınırlıdır. Bizzat GMAA'nın Yönetim Kurulu tarafından da GMAA tahkiminin bir *ad hoc* tahkim olduğu, tahkimin bir kurum tarafından yönetilmediği ifade edilmiştir¹⁰⁸.

GMAA tahkim kuralları uyarınca GMAA'nın tahkim yargılaması boyunca hangi işlevleri yerine getirdiği incelendiğinde; hakemlerin seçimi ve tayini işlevinin (kural olarak tarafların talebi üzerine) açık bir şekilde mevcut olduğu görülmektedir.

Bunun dışında GMAA tahkim kuralları m. 8/2 uyarınca tahkim yargılamalarının başladığı ve sona erdiğinin GMAA Sekreterliği'ne bildirilmesi ve hakemlerin her kararın isimsiz bir kopyasını veya tahkim yargılamasının m. 11/4 uyarınca sona erdiğine dair kararı GMAA Sekreterliği'ne göndermesi gerekmektedir. Fakat burada GMAA'ya değil, hakemlere bir görev yüklenmiştir. Nitekim GMAA tahkim kuralları m. 5/3 gereği yargılamanın sona ermesinden itibaren dosyaları beş yıl boyunca muhafaza etme yükümlülüğü olan GMAA değil, hakemlerdir.

GMAA tahkim kuralları m. 4 a/2 gereği de davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin bulunduğu yargılamalarda, davalıların hakem tayini süresi GMAA Yönetim Kurulu Başkanı veya ona vekâlet eden kimse aracılığıyla uzatılabilmektedir¹⁰⁹.

Böylece tahkim kurallarının hazırlanması işlevi dışında GMAA tahkim kuralları uyarınca GMAA'nın yargılama boyunca sahip olduğu işlevlerin ne olduğu incelendiğinde bunların sadece hakemlerin seçim ve tayini (tarafların talebi üzerine) ile davacı veya davalı tarafta birden fazla kişinin bulunduğu yargılamalarda, davalıların hakem tayini süresinin uzatılmasından ibaret olduğu görülmektedir.

Oysa GMAA kuralları uyarınca doğrudan hizmetlerden olan hakem tayini kural olarak talep üzerine mümkün olsa da ve tahkim kurallarının hazırlanması doğrudan hizmeti de sağlanmış olsa da bu doğrudan hizmetlerin sağlanması¹¹⁰ kurumsal tahkimden söz etmek için yeterli görülmemektedir. Kurumsal tahkimin varlığı için tahkim prosedürü boyunca idari ve teknik hizmetlerin verilmesi, hakemliğin ilgili kurumun gözetim ve denetimi altında yapılması aranmaktadır¹¹¹. Zira tahkim prosedürünün idare ve organize edilmesi, kurumsal tahkimi karakterize eden özelliklerden biridir¹¹².

¹⁰⁸ Wölper ve diğerleri (n 96) 1.

¹⁰⁹ Fakat kuralların Almanca versiyonunda yer alan bu yetki, İngilizce versiyonda yer almamaktadır. GMAA 2017 tahkim kurallarının başında, tereddüt halinde Almanca versiyonun geçerli olduğu belirtildiğinden, Almanca versiyon nazara alınmış ve çalışmada kurala yer verilmiştir. Dolayısıyla GMAA Yönetim Kurulu başkanı veya ona vekâlet eden kimse bahsedilen süre uzatım yetkisine sahiptir.

¹¹⁰ Hakem tayini ve tahkim kurallarının hazırlanması vb. işlevlerin doğrudan hizmetler kategorisinde ele alındığı kurumsal işlevler tasnifi için bkz.: Melis (n 61) 109 (Şit (n 60) 40'tan naklen).

¹¹¹ Melis (n 61) 109 (Şit (n 60) 40'tan naklen).

¹¹² Şit (n 60) 52.

GMAA tahkim kuralları ile bu tür işlevler üstlenilmemiştir. Tahkim yerinin tespiti, terçüme hizmetleri gibi tahkim prosedürünün düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli olan idari ve teknik hizmetlerin, sekretarya hizmetleri, hakemlerin toplantıları ve duruşmalar için yer ve mekânın organize edilmesi gibi dar anlamda idari işlevlerin ve hakemlerin eğitilmesi, ticaret camiasını tahkim konusunda bilgilendirmeye yönelik danışmanlık hizmetlerinin verilmesi gibi dolaylı hizmetlerin¹¹³ hiçbirini GMAA tarafından verilmemektedir. Hatta GMAA yargılamanın içeriği hakkında bilgi sahibi dahi değildir; tahkim yargılaması hakkında bilgi sahibi olanlar yalnızca yargılamanın tarafları ve hakemleridir¹¹⁴.

Her ne kadar *ad hoc* tahkimde davalının kendi hakemini seçmeyi reddetmesi halinde mahkemelerin müdahalesinin söz konusu olduğu belirtilmekteyse de¹¹⁵ hakemlerin seçim ve tayini işlevi de bir kurumsal tahkimin varlığından söz edebilmek için yeterli değildir. Kaldı ki GMAA tahkim kuralları m.7/4 uyarınca da hakemin reddi talebinin tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde diğer taraf reddi kabul etmedikçe veya reddi talep edilen hakem görevinden istifa etmedikçe, bu hususta tahkim yerinde yetkili olan temyiz mahkemesi (*Oberlandesgericht*) karar verecektir. Hakemin reddi ve azli konularında GMAA bir başvuru ve karar mercii değildir.

Kurumsal tahkim ve *ad hoc* tahkimin ayrımı konusunda önemli noktalardan biri de tahkim giderleridir. *Ad hoc* tahkimde yargılamayı organize eden bir kurum yoktur; dolayısıyla bu kurum için ödenecek bir ücret de söz konusu değildir. Oysa kurumsal tahkimde bir miktar ücretin kuruma ödenmesi gerekir¹¹⁶. GMAA tahkim kurallarına göre yürütülen yargılamalar için GMAA’ya hiçbir ücret ödenmemektedir.

Mukayese amacıyla bir kurumsal tahkim mahkemesi olan ICC mahkemesi incelendiğinde, verilen hizmetler arasındaki farkların büyüklüğü anlaşılmaktadır. Öncelikle, ICC mahkemesinin usule ilişkin konularda bir karar alma organı olduğunu söylemek mümkündür. ICC mahkemesi hakemlerin reddine karar verebilmekte, ücretlerini belirlemekte ve ödemelerin gerçekleşmesini sağlamakta, hatta taslak kararları incelemektedir. ICC sekreterliği ise günlük işleri takip edip hakem ve taraflarla doğrudan iletişimi sağlamaktadır¹¹⁷. Hakemler tarafından verilen taslak kararların %90’ında, ICC mahkemesi hakem kurulundan en azından bir düzeltme yapmasını istemektedir¹¹⁸.

ICC’nin bürokratik ve müdahaleci bulunan yapısı ve pahalı olması nedenleriyle eleştirildiği; lakin diğer yandan ICC tarafından bu derecede denetim ve gözetim yapılmasının kararların icra kabiliyetini yükselttiği belirtilmektedir¹¹⁹.

113 Ronald, Wood (n 64) 464 ve devamı (Şit (n 60) 40’tan naklen).

114 ‘GMAA-By Whom?’ <<https://gmaa.de/en/arbitration/faq-for-arbitration/gmaa-arbitration-by-whom>> erişim 14 Mayıs 2018.

115 Demir Gökyayla (n 69) 166.

116 Demir Gökyayla (n 69) 179.

117 Karademir (n 69) 84, 86.

118 Michael McIlwrath, John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (Kluwer Law International 2010) 41; Karademir (n 69) 86.

119 Jan Paulsson, Nigel Rawding, Lucy Reed, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts* (Kluwer Law International 2011) 63; Karademir (n 69) 87.

Yine mukayese amacıyla bu kez GMAA ile benzer nitelikte olan LMAA incelendiğinde, her ne kadar LMAA kendi kurallarını oluşturmuş olsa da birliğin tahkim davalarının yönetimini üstlenmediği görülmektedir¹²⁰. Hatta LMAA *ad hoc* tahkim konusunda örnek gösterilmektedir¹²¹. Öyle ki İngiltere’de deniz ticareti hukukuna ilişkin *ad hoc* tahkimlerin neredeyse daima LMAA kurallarına göre yürütüldüğü dahi belirtilmiştir¹²².

LMAA tahkim kuralları ile benzer nitelikte olan SCMA tahkim kuralları¹²³ uyarınca da tahkim yargılaması bir tahkim kurumu tarafından yönetilmez, dolayısıyla kurumsal tahkim hizmeti sunmayan SCMA’ya herhangi bir ücret ödenmez¹²⁴.

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından geliştirilmiş olan UNCITRAL tahkim kuralları; *ad hoc* tahkimi tercih eden tarafların yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmaksızın uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim yargılamasını yürütebilmeleri amacıyla oluşturulmuştur¹²⁵. Bu nedenle UNCITRAL kurallarına göre tahkimi de mukayese konusu yapmakta fayda vardır. GMAA tahkim kuralları uyarınca, taraflarca hakem tayin edilemediğinde, kural olarak talep üzerine GMAA Yönetim Kurulu Başkanı veya ona vekâlet eden kimsenin hakem tayin edebildiği belirtilmiştir. UNCITRAL kurallarının 6. maddesi¹²⁶ uyarınca da tarafların hakem tayini için bir yetkili makam belirlemeleri mümkündür. Şayet taraflar hakem tayini için bir yetkilinin belirlenmesi konusunda anlaşmamışlarsa, taraflardan birinin, bir ya da birden fazla kurum ya da kişiyi hakem tayini hususunda yetkili olarak belirlemek amacıyla daima önerebileceği de yine aynı madde ile belirtilmiştir. Tarafların hakem tayini hususunda yetkili makam olarak önerebileceği kurumlara, Lahey’de bulunan Permanent Court of Arbitration (Daimi Tahkim Divanı, PCA) Genel Sekreterliği’nin de dâhil olduğu maddede özel olarak belirtilmiştir.

Dolayısıyla GMAA Yönetim Kurulu Başkanı veya ona vekâlet eden kimsenin belirli hallerde hakem tayini hususunda yetkili olmasının *ad hoc* tahkimin yapısına uygun olduğu, bizzat UNCITRAL tahkim kuralları uyarınca da böyle bir yetkili makamın belirlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Tüm bu açıklamalar ve mukayeseler neticesinde, kanaatimizce GMAA tahkim kurallarının özellikle deniz ticaretine ilişkin uyumsuzluklar göz önüne alınarak ve bu perspektifle hazırlanmış *ad hoc* tahkim kuralları olduğunu ve GMAA’nın bir kurum-

120 Ertan (n 3) 27.

121 Harris (n 79) 6.

122 Ertan (n 3) 27.

123 ‘SCMA Asia’s Choice Maritime Arbitration Hub’ <https://www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 19 Ağustos 2018.

124 ‘Why Use SCMA’ <www.scma.org.sg/about_us.html> erişim 19 Ağustos 2018.

125 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 352.

126 UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 2010 yılında revize edilmiş versiyonu için bkz.: ‘UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)’ <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> erişim 19 Ağustos 2018.

sal tahkim merkezi olmadığını söylemek mümkündür. Doktrinde de GMAA tahkim kurallarının *ad hoc* tahkim kuralları olduğunun belirtildiği görülmektedir¹²⁷.

3. Deniz Hakemleri Derneği Tahkim Kuralları

Deniz Hakemleri Derneği (Society of Maritime Arbitrators “SMA”), 1963 yılında deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş¹²⁸ olan bir dernektir¹²⁹ ve deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kuralları sıkça tercih edilmektedir¹³⁰.

SMA tarafından yayınlanmış olan tahkim kurallarının son versiyonu 14.03.2018 tarihlidir¹³¹. SMA’nın kurtarmadan doğan uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere oluşturmuş olduğu Kurtarma Tahkim Kuralları (*Salvage Arbitration Rules*) da mevcuttur¹³². Bunun dışında Kısaltılmış Tahkim Yargılaması (*Shortened Arbitration Procedure*) adı altında, taraflarca belirlenmiş olan bir tutarı aşmayan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacak olan, yargılamanın kural olarak tek hakem tarafından yürütüldüğü, vekil ve hakem ücretlerinin sınırlandırılmış olduğu kurallar da yayınlanmıştır¹³³. SMA’nın tahkim dışında arabuluculuk ve uzlaştırma uyuşmazlık çözüm yolları için de kuralları mevcuttur¹³⁴.

SMA tahkim kuralları, Amerikan Federal Tahkim Kanunu¹³⁵ ile uyum içerisindedir ve uygulaması oldukça yaygındır. Öyle ki, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların New York’ta çözümünde, taraflar tahkim sözleşmesinde SMA kurallarına atıf yapmış olmasalar bile tahkim yargılamasının çoğu kez bu kurallara göre yürütüldüğü belirtilmektedir¹³⁶.

SMA, tahkim yargılamasının ilerleyişine dair kurallar oluşturmakla birlikte, tahkim davasının idaresini üstlenmemekte¹³⁷, tahkim prosedürüne idari destek verme-

127Russell J. Cortazzo Jr., ‘Development and Trends of the Lex Maritima from International Arbitration Jurisprudence’ (2012) 43/2 Journal of Maritime Law & Commerce 255, 265 dn. 48; , Phillip-Christian Scheel, ‘International Commercial Arbitration in Maritime Manners’ ed. Alexander Trunk, Valerij A. Musin, *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective* (LIT Verlag Münster 2004) 160, 166.

128Ertan (n 3) 10.

129Ekşi (n 1) 17.

130Ertan (n 3) 10.

131 SMA tahkim kuralları için bkz.: ‘Maritime Arbitration Rules’ <www.smany.org/arbitration-rules-mar-14-2018.html> erişim 13 Ekim 2018.

132 SMA’nın kurtarmaya özel tahkim kuralları için bkz.: ‘Salvage Arbitration Rules’ <www.smany.org/salvage-rules-jan-1-2010.html> erişim 13 Ekim 2018.

133 Bu kurallar uyarınca yürütülen yargılamalarda, tarafların nihai dilekçelerinin sunumundan veya hakem tarafından yargılamanın sonlandırıldığı bildirilmesinden itibaren 30 gün içerisinde hakem kararı verilmektedir. Bkz.: Bkz.: SMA Kısaltılmış Tahkim Yargılaması Kuralları m. 1, 2, 7, 8, 9; Cartoni (n 81) 15, 16. Kısaltılmış Tahkim Yargılaması Kuralları için bkz.: ‘Shortened Arbitration Procedure’ <www.smany.org/arbitration-S-rules-sep-15-2010.html> erişim 13 Ekim 2018.

134 Ekşi (n 1) 17, dn. 43. SMA arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘SMA Rules For Mediation 2016’ <www.smany.org/mediation-rules.html> erişim 14 Ekim 2018. SMA uzlaştırma kuralları için bkz.: ‘Rules for Conciliation’ <<http://www.smany.org/conciliation-rules.html>> erişim 14 Ekim 2018.

135 Amerika Birleşik Devletleri Federal Tahkim Kanunu, Birleşik Devletler Kanunu’nun 9. bölümünü oluşturmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Federal Tahkim Kanunu için bkz.: ‘U.S. Code: Title 9 – Arbitration’ <www.law.cornell.edu/uscode/text/9> erişim 13 Ekim 2018.

136 Ertan (n 3) 11.

137 Ertan (n 3) 11.

mektedir¹³⁸. Nitekim SMA kâr gütmeyen bir kuruluştur¹³⁹. Böylece SMA'nın kurumsal tahkimin belirtilen zorunlu unsurlarını haiz olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla GMAA ve LMAA örneklerine benzer olarak SMA uyarınca yürütülen tahkimlerin de *ad hoc* tahkim olduğu ve derneğin bir kurumsal tahkim merkezi olarak anılamayacağını söylemek kanaatimizce mümkündür¹⁴⁰.

4. Singapur Deniz Tahkim Odası Tahkim Kuralları

SCMA; ilk etapta *Singapore International Arbitration Centre* (Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi, SIAC) yönetimi altında 2004 yılında kurulmuş idi. Fakat SCMA denizcilik endüstrisinin geri bildirimleri üzerine 2009 yılında bir şirket olarak yeniden kurulmuş ve artık bağımsız olarak çalışmaya başlamıştır¹⁴¹.

SCMA tarafından hazırlanmış olan bir hakem listesi mevcuttur¹⁴² ve bu listede gerekli kriterleri sağladığı bildirilen hakemler detaylı özgeçmişleri ile birlikte yer almaktadır. Lakin tarafların bu listeden bir hakemi seçmeleri mecburi değildir; arzu edilen herhangi bir kişinin hakem olarak tayin edilmesi SCMA kurallarına göre mümkündür¹⁴³.

SCMA kuralları, LMAA kurallarına benzerlik göstermektedir. SCMA tahkim yargılamasının idaresi ve yönetiminde görev almaz; lakin tarafların bu yönde bir talebi olması halinde tahkim yargılaması sürecinde taraflara yardımda bulunması mümkündür¹⁴⁴. SCMA'nın bir kurumsal tahkim merkezi olmadığı özel olarak belirtilmektedir¹⁴⁵. Nitekim Prof. In Hyeon Kim tarafından da SCMA bir tür *ad hoc* tahkim olarak tanıtılmış ve bu nedenle SCMA tahkiminde prosedürlerin SCMA tarafından değil, hakemler ile taraflar tarafından yürütüldüğü belirtilmiştir¹⁴⁶.

SCMA bir kurumsal tahkim merkezi olmadığından ve bir kurumsal tahkim merkezinin sağlaması gereken asgari hizmetleri sağlamadığından, doğal olarak taraflardan herhangi bir idari masraf da talep edilmemektedir¹⁴⁷.

138 Ekşi (n 1) 17, dn. 43.

139 Ekşi (n 1) 17, dn. 43.

140 Elbette bu husus tartışmaya açıktır. LMAA nezdinde sekretarya hizmetlerinin verilmemesi ve kurumsal bir yapının mevcut olmaması nedenleriyle birliğin tam anlamıyla bir kurumsal tahkim olarak nitelendirilemeyeceği fakat tahkim yargılamasına ilişkin usul ve kurallarının mevcut olması sebebiyle tam anlamıyla *ad hoc* tahkim de olmadığı ve SMA için de aynı tespit ve açıklamaların geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz.: Bozkurt Bozabalı (n 88) 21.

141 'About Us' <www.scma.org.sg/about_us.html> erişim 14 Kasım 2018.

142 Liste için bkz.: 'Panel of Arbitrators' www.scma.org.sg/arbitrators_panel.html> erişim 14 Ekim 2018.

143 'Asia's Choice Maritime Arbitration Hub' <www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 14 Kasım 2018. Ayrıca yabancı hakemlerin Singapur'da yürüttüğü tahkim yargılamaları için bir çalışma iznine ihtiyaç duyulmayacağı ve hakemlerin bu çalışmalardan kaynaklanan gelirlerinin gelir vergisine tabi olmayacağı belirtilmektedir.

144 'Asia's Choice Maritime Arbitration Hub' <www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 14 Kasım 2018.

145 'About Us' <www.scma.org.sg/about_us.html> erişim 14 Kasım 2018.

146 'Monthly Maritime Korea (December 2012)' <www.scma.org.sg/pdf/seminar201212EngNews.pdf> erişim 19 Ağustos 2018. Aksi yönde SCMA'nın kurumsal tahkim hizmeti verdiği görüşü için bkz.: Ertan (n 3) 15. Lakin tekrar belirtmekte fayda vardır ki, SCMA ilk olarak 2004 yılında farklı bir yapıda kurulmuş idi.

147 'Asia's Choice Maritime Arbitration Hub' <www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 14 Kasım 2018.

SCMA tahkim kuralları içerisinde m. 46 ile bir seri tahkim usulü de öngörülmüştür. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, dava ve/veya karşı davanın değeri faiz ve masraflar hariç olmak üzere 150.000 \$ tutarından az ise veya bu tutarın aşılması mümkün görülüyorsa, m. 46 ile düzenlenmiş olan seri tahkim usulü uygulama alanı bulur. Lakin tarafların belirtilen tutarı aşan uyuşmazlıklar için de bu usulün uygulanmasını yazılı olarak kararlaştırmaları mümkündür¹⁴⁸.

SCMA seri tahkim usulünde hakem kararı gerekçeli olarak verilmez. Ayrıca hakem kararının verilmesi belirli sürelerle sınırlanmıştır. SCMA seri tahkim usulü ile hakem ücretleri için de bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre hakem ücreti azami 5.000 \$ olabilir. Lakin davalının karşı dava açmış olması halinde bu sınır 8.000 \$ olarak uygulanır¹⁴⁹.

SCMA’nın seri tahkim usulü kuralları dışında iki özel yargılama usulüne ilişkin kuralları daha mevcuttur. Bunlardan ilki çatma kaynaklı taleplerin seri tahkim yoluyla belirlenmesine ilişkin kurallardır (*Expedited Arbitral Determination of Collision Claims*, SEDOCC). Gemi yakıtı satış ve/veya ikmaline ilişkin sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmış olması halinde, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Singapur Bunker Talepleri Yargılaması Kuralları (*Singapore Bunker Claims Procedure*, SBC) uyarınca çözülmesi mümkündür¹⁵⁰.

5. Nordik Kıyı Ötesi ve Denizcilik Tahkim Birliği Tahkim Kuralları

Nordik ülkelerde kıyı ötesi ve deniz ticareti konularındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü uzun yıllardır süregelen bir gelenek halini almıştır. Nordik ülkelerde ve özellikle Norveç ve Danimarka’da geleneksel olarak *ad hoc* tahkim egemen olmakla birlikte, İsveç ve Finlandiya’da uyuşmazlıkların daha çok kurumsal tahkim nezdinde çözüldüğü görülmektedir. NOMA; şeffaf ve düşük maliyetli bir tahkim usulü oluşturmak amacıyla Danimarkalı, Fin, Norveçli ve İsveçli deniz hukuku birliklerinin girişimleriyle 2017 yılında kurulmuştur¹⁵¹.

2017 tarihli NOMA tahkim kuralları UNCITRAL tahkim kuralları baz alınarak düzenlenmiştir. NOMA bunun dışında ek olarak “Dava Yönetimi Toplantısı”nda¹⁵² izlenecek olan yol ve yapılması gereken işlemler için sistematik bilgiler içeren bir

148 Cartoni (n 81) 5.

149 Cartoni (n 81) 5, 6.

150 Cartoni (n 81) 6, 7.

151 ‘Why’<www.nordicarbitration.org> erişim 25 Ekim 2018.

152 NOMA tarafından Case Management Conference (CMC) olarak adlandırılmış olan Dava Yönetimi Toplantısı ile uyuşmazlıkların özenle, makul bir sürede ve düşük maliyetli bir şekilde çözümünün sağlanması hedeflenir. Bu toplantılar ile yargılamada nasıl bir usulün izleneceği önceden belirlenmekte, taraflara iddia ve savunmalarını sunma imkânı tanınmaktadır. Bkz.: ‘Best Practice Guidelines of Nordic Offshore and Maritime Association (Guidelines)’ https://docs.wixstatic.com/ugd/7f5153_263b902980ec40e8b662e54f8f898b93.pdf> erişim 25 Ekim 2018.

kuralları m. 61.1 uyarınca bu kurallar; taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, uyuşmazlık konusunun değerinin 2.000.000 Çin Yuanı tutarını aşmadığı veya bu tutar aşılırsa bile taraflardan birinin seri tahkim usulüne göre tahkime başvurması ve diğer tarafın yazılı bir şekilde bunu kabul etmesi veyahut her iki tarafın uyuşmazlık konusunun değerinin belirtilen tutarı aşmasına rağmen seri tahkim usulünün uygulanacağı hususunda anlaşmış olmaları halinde uygulama alanı bulmaktadır. CMAC seri tahkim usulünde m. 63 gereği yargılama kural olarak tek hakem tarafından yürütülmektedir ve belirli bir tahkim süresi öngörülmüştür. CMAC tahkim kuralları m. 67.1 uyarınca, tahkim mahkemesinin teşekkülünden itibaren 3 ay içerisinde karar verilmelidir¹⁶³.

CMAC tarafından tahkim dışında arabuluculuk hizmeti de verilmektedir¹⁶⁴.

2. Paris Denizcilik Tahkim Odası

Paris Denizcilik Tahkim Odası (Chambre Arbitrale Maritime de Paris, “CAMP”); deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için 1966 yılında Paris’te kurulmuştur¹⁶⁵. Denizcilik, multimodal, sigorta, gemi inşa ve tamirleri ile yatçılık CAMP’in uyuşmazlık çözüm hizmeti sunduğu alanlardır¹⁶⁶.

Bir kurumsal tahkim merkezi olan CAMP’in bünyesinde tahkim yargılamasının işleyişinden sorumlu olan bir daimi sekreterlik mevcuttur. Ayrıca duruşmaların yapılması için taraflara mekân da sağlanmaktadır¹⁶⁷. Bunun karşılığında CAMP tarafından sağlanan tüm hizmetler için tarafların bir ücret ödemesi gerekmektedir¹⁶⁸.

CAMP bünyesindeki uyuşmazlıklar, CAMP’in kendi listesinde¹⁶⁹ yer alan hakemler tarafından çözülmektedir. Lakin uyuşmazlığın özel ihtisas gerektirmesi halinde liste dışından hakem seçimi de mümkün kılınmıştır¹⁷⁰.

CAMP’in son tahkim kuralları 2018 tarihlidir. CAMP tahkim kuralları m. 24 ile bir seri tahkim usulü de öngörülmüştür. Bu usul, acilen çözüme kavuşturulması gereken uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır ve bu usulde tahkim yargılaması tek hakem tarafından yürütülmektedir¹⁷¹. Bunun dışında CAMP’in arabuluculuk kuralları da mevcuttur¹⁷².

163 Cartoni (n 81) 4, 5.

164 CMAC arabuluculuk kuralları için bakınız.: ‘Mediation Rules’ <www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2017/11/解解英文.pdf> erişim 14 Ekim 2018.

165 Ertan (n 3) 17.

166 ‘Areas of Work’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/generalites/area-of-work/> erişim 18 Ekim 2018.

167 ‘Service’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/home/> erişim 18 Ekim 2018.

168 CAMP tarafından hazırlanmış olan ücret ve masraflar tablosu için bkz.: ‘Fees and Expenses Schedule’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/fees-and-expenses-schedule/> erişim 18 Ekim 2018.

169 An itibarıyla CAMP’in hakem listesinde 54 hakem yer almaktadır. Listede hakemlerin isimleriyle birlikte hangi tarihten beri CAMP hakemi oldukları, unvanları ve uzmanlık alanları da belirtilmiştir. Liste için bkz.: ‘All Arbitrators’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/list-of-arbitrators/all-arbitrators/> erişim 18 Ekim 2018.

170 Bozkurt Bozabalı (n 88) 20; Ertan (n 3) 18.

171 Cartoni (n 81) 10; Ertan (n 3) 18.

172 CAMP tahkim ve arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘Articles Arbitration Rules & Annexes Mediation Rules Schedule of Fees & Expenses’ <www.arbitrage-maritime.org/us/PDFEN/Arbitration.pdf> erişim 18 Ekim 2018.

Bir yıl içerisinde yaklaşık yüz adet tahkim davasının CAMP tarafından yürütüldüğü bildirilmektedir¹⁷³.

3.Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret Odası Denizcilik Tahkim Komisyonu

Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret Odası Denizcilik Tahkim Komisyonu (Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, “MAC”) 1930 yılında kurulmuştur¹⁷⁴ ve dünyanın en eski tahkim kurumları arasında yer alır¹⁷⁵.

Taşıma sözleşmeleri, deniz sigortaları, kurtarma, denizde çatma, balıkçılık operasyonları, gemi tamiri ve gemi yönetimine ilişkin uyuşmazlıklar MAC’in uyuşmazlık çözüm hizmeti sunduğu alanlardandır¹⁷⁶. Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar dışında, bazı durumlarda milletlerarası nehir taşımacılığına dair uyuşmazlıkların da MAC bünyesinde görüldüğü bilinmektedir¹⁷⁷. MAC tarafından sunulan kurumsal tahkim hizmeti ücrete tabidir¹⁷⁸.

MAC’in bir hakem listesi olmakla birlikte¹⁷⁹, tarafların diledikleri kişileri hakem olarak seçmeleri mümkündür¹⁸⁰.

MAC’in tahkim kurallarının son versiyonu 2017 tarihlidir. Kuralların Rusça ve İngilizce versiyonları arasında bir farklılık olması halinde Rusça versiyonun esas olacağı kabul edilmiştir¹⁸¹.

MAC bünyesinde çözülen uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusunun değeri genellikle 1.000.000 \$ civarında olmakla birlikte bu tutarın aşıldığı da görülmektedir. 1932-2010 yılları arasında 741 adet deniz sigortalarına ilişkin uyuşmazlığın MAC bünyesinde çözüldüğü bildirilmektedir¹⁸².

173 Ertan (n 3) 17, 18.

174 Ekşi (n 1) 18, dn. 46.

175 ‘Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation’ <<http://mac.tpprf.ru/en/>> erişim 18 Ekim 2018.

176 ‘Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation’ <<http://mac.tpprf.ru/en/>> erişim 18 Ekim 2018.

177 Ekşi (n 1) 18, dn. 46.

178 MAC tarafından düzenlenmiş olan ücret ve masraflara ilişkin tablo için bkz.: ‘Schedule on Fees and Costs’ <<http://mac.tpprf.ru/en/schedule-on-fees-and-costs/>> erişim 18 Ekim 2018.

179 MAC hakem listesi için bkz.: ‘Arbitrators’ <<http://mac.tpprf.ru/en/Arbiters/>> erişim 18 Ekim 2018.

180 ‘Advantages’ <<http://mac.tpprf.ru/en/mac-advantages/>> erişim 18 Ekim 2018.

181 MAC tahkim kuralları için bkz.: ‘Rules’ <<http://mac.tpprf.ru/en/rules/>> erişim 18 Ekim 2018.

182 Dmitry Davydenko, ‘Resolution of Marine Insurance Disputes: the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of Russia’ (2018) <<http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2018/10/Resolving-marine-insurance-disputes-at-the-Maritime-Arbitration-Commission.pdf>> erişim 15 Ekim 2018 6.

4. Tokyo Deniz Tahkim Komisyonu

Tokyo Deniz Tahkim Komisyonu (Tokyo Maritime Arbitration Commission, “TOMAC”); The Japan Shipping Exchange, Inc. bünyesinde 1921 yılında kurulmuştur¹⁸³. Konişmentolar, charter partiler, gemi alım-satımına ilişkin sözleşmeler, gemi inşa, gemi finansmanı gibi ve benzeri konulardan doğan uyuşmazlıkların TOMAC bünyesinde çözümü mümkündür¹⁸⁴.

Bir kurumsal tahkim merkezi olan TOMAC bünyesinde daimi sekreterlik mevcuttur ve tarafların TOMAC’ın tahkim hizmetinden yararlanmak için belirli bir ücret ödemeleri gerekmektedir¹⁸⁵. TOMAC kuralları uyarınca tahkim yargılamasını yürütecek olan hakemler kural olarak TOMAC hakem listesinde yer alan hakemlerdir¹⁸⁶.

TOMAC’ın üç tür tahkim kuralları vardır. TOMAC olağan tahkim kuralları uyarınca yürütülen tahkim yargılamaları yaklaşık olarak 12 ila 18 ay arasında sürmektedir. TOMAC kolaylaştırılmış tahkim kurallarına göre yürütülen tahkim yargılamalarında ise bu süre 6 ila 12 aydır. Daha hızlı ve az masraflı tahkim yargılamasına dair talepler üzerine ilk olarak 1999 tarihinde düzenlenmiş olan TOMAC küçük alacaklar usulü tahkim kuralları uyarınca ise tahkim yargılaması yaklaşık 3 ay sürmektedir¹⁸⁷.

The Japan Shipping Exchange, Inc. bültenlerinde bazı TOMAC hakem kararları hakemlerin, tarafların, tarafların avukatlarının ve gemilerin isimlerine yer verilmeksizin yayınlanmaktadır¹⁸⁸. Nitekim TOMAC tahkim kuralları m. 43 uyarınca, hakem kararının taraflara gönderilmesinden önce taraflardan biri kararın yayınlanmasına itiraz etmedikçe kararın yayınlanması mümkündür.

5. Pire Denizcilik Tahkim Birliği

Pire Deniz Tahkim Birliği (Piraeus Association for Maritime Arbitration, “PAMA”); deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla Pire’de çözümünü teşvik etmek amacıyla, 2005 yılında Pire’de kurulmuştur. PAMA’nın kuruluşunda Pire’nin büyük bir denizcilik merkezi olarak tanınırlığının artıyor olması ve diğer tahkim merkezlerine bir alternatif olabilme düşünceleri etkili olmuştur¹⁸⁹.

183 Ekşi (n 1) 18, dn. 47.

184 Ekşi (n 1) 18, dn. 47; ‘TOMAC Arbitration and Conciliation’ <www.jseinc.org/en/tomac/index.html> erişim 18 Ekim 2018.

185 ‘Preparation for The Arbitration Procedure’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/2_preparation.html#WHAT> erişim 18 Ekim 2018.

186 ‘Appointment of Arbitrators’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/6_candidate.html> erişim 18 Ekim 2018. TOMAC hakem listesi için bkz.: ‘TOMAC Arbitrators’ <www.jseinc.org/search/temp/meibo/arbitrator_search_en.html> erişim 18 Ekim 2018.

187 ‘Features of Tomac Arbitration’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/1_feature.html> erişim 18 Ekim 2018. The Japan Shipping Exchange, Inc. tarafından yayınlanmış olan uzlaştırma kuralları için bkz.: ‘Guide to Conciliation at JSE’ <www.jseinc.org/en/tomac/conciliation/conciliation_rules.html> erişim 18 Ekim 2018.

188 Yayınlanmış olan TOMAC hakem kararları için bkz.: ‘TOMAC Arbitral Awards’ <www.jseinc.org/en/tomac/award/index.html> erişim 18 Ekim 2018.

189 ‘The Piraeus Association for Maritime Arbitration (PAMA)’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/base/en> erişim 18 Ekim 2018.

PAMA'nın hedefi deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda uluslararası tanınırlığa sahip ve güvenilir bir uyuşmazlık çözüm merkezi konumuna gelip, diğer tahkim kurumlarına kıyasla daha az masrafla ve daha kısa sürede yüksek kaliteli sonuçlar ortaya çıkarmaktır¹⁹⁰.

Yunanistan'da deniz ticareti tahkiminin gelişimi ve Pire'nin bir uluslararası denizcilik ve tahkim merkezi olarak daha da gelişmesi sonucunda deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde armatörlerin, chartererlerin, yükle ilgililerin ve bu kişilerin sigortacılarının masraftan önemli oranda tasarruf edilebileceği belirtilmektedir¹⁹¹.

Bir tahkim kurumu olan PAMA'nın hizmetlerinden yararlanmak isteyen tarafların tahkim yargılaması için belirli bir ücreti ödemeleri gerekmektedir¹⁹². Ayrıca PAMA tarafından yayınlanmış olan bir hakem listesi mevcut olmakla birlikte¹⁹³, PAMA tahkim kuralları uyarınca tarafların diledikleri kişileri hakem olarak tayin etmesi mümkündür¹⁹⁴.

Yürürlükte olan PAMA tahkim kuralları 2007 tarihlidir¹⁹⁵. PAMA tahkim kuralları ile 50.000 € tutarını ya da taraflarca kararlaştırılmış olan başkaca bir tutarı aşmayan uyuşmazlıklar için kolaylaştırılmış bir usul de öngörülmüştür. PAMA'nın kolaylaştırılmış tahkim usulünde yargılamayı tek hakem yürütmektedir ve yargılama yalnızca dosya üzerinden yürütülür. Bu usulde hakem tarafından aksi yönde karar verilmedikçe duruşma yapılmaz¹⁹⁶.

“Tarihsel bir hareket” olarak nitelendirilen PAMA'nın kuruluşu; Pire'nin hizmet sektöründeki yerini kuvvetlendirmesine yönelik bir adım ve Yunan Armatörler Birliği ile Yunan Hükümeti tarafından desteklenen uzun dönemli bir vizyon olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁷.

6. Amerika Birleşik Devletleri Denizcilik Tahkim Birliği

Amerika Birleşik Devletleri Denizcilik Tahkim Birliği (Maritime Arbitration Association of the United States, “MAA”); deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümü için Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulmuş olan ve kâr amacı gütmeyen bir kurumdur. MAA'in, tüm hakem ve arabulucuların deniz ticareti hukukunu bilmelerinin arandığı tek Amerikan uyuşmazlık çözüm merkezi olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸.

190 'About Us' <www.mararbpiraeus.eu/index.php/pages/2> erişim 18 Ekim 2018.

191 'About Us' <www.mararbpiraeus.eu/index.php/pages/2> erişim 18 Ekim 2018.

192 'Administrative Fee' <www.mararbpiraeus.eu/index.php/fees/1> erişim 18 Ekim 2018.

193 'Arbitrators 2018' <www.mararbpiraeus.eu/index.php/members/?layout=arbs> erişim 18 Ekim 2018.

194 Antonios D. Tsavdaridis, 'Piraeus to Become An Alternative Maritime Arbitration Centre' *Naftemporiki* (1 Haziran 2012) <<http://www.mararbpiraeus.eu/index.php/testimonial/34>> erişim 18 Ekim 2018 1.

195 'Rules' <www.mararbpiraeus.eu/index.php/chapters/?layout=full> erişim 18 Ekim 2018.

196 Cartoni (n 81) 11; PAMA tahkim kuralları m. 13.

197 'Piraeus Open For Arbitration Work: Piraeus is One Step Closer to Realising its Ambitions of Becoming a Centre Where Maritime Disputes are Settled' *TradeWinds* (19 Mayıs 2006) <www.mararbpiraeus.eu/index.php/testimonial/6> erişim 18 Ekim 2018.

198 'Who We Are' <www.maritimearbitration.com/Who-We-Are> erişim 18 Ekim 2018.

MAA tahkimi kurumsal tahkime örnektir. MAA taraflara duruşmaların yapılabilceği mekânı sağlamakta, yargılamanın idaresini üstlenmektedir. Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar çoğunlukla şehirlerin hatta ülkelerin sınırlarını aştığından, MAA’in Amerika Birleşik Devletleri’nin belirli şehirlerinde şubeleri mevcuttur¹⁹⁹. MAA tarafından verilen hizmetler karşılığında tarafların belirli bir ücret ödemesi gerekmektedir²⁰⁰.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların MAA bünyesinde tahkim veya arabuluculuk yoluyla çözümü mümkündür²⁰¹. Bununla birlikte MAA bünyesindeki tahkimde, uyuşmazlık miktarının daha düşük olduğu davalar için öngörülmüş olan bir seri tahkim usulü mevcut değildir²⁰².

7. Vancouver Denizcilik Hakemleri Birliği

Vancouver Denizcilik Hakemleri Birliği (Vancouver Maritime Arbitrators Association, “VMAA”); 1986 yılında Vancouver’da kurulmuş bir hakem birliğidir. Deniz ticareti alanında çalışan hakemlerin eğitim ve yeterlilik standartlarını belirleyip sürdürmek, mesleğe uygun davranış standartlarını düzenlemek birliğin amaçları arasındadır. Birliğin bir diğer amacı da deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim kuralları düzenlemek olmuştur²⁰³.

VMAA bünyesindeki tahkim kurumsaldır ve VMAA tahkimine başvuran tarafların belirli bir idari ücreti birliğe ödemeleri gerekmektedir²⁰⁴.

Güncel VMAA tahkim kuralları 2016 tarihli ve kuralların Çince versiyonu da mevcuttur²⁰⁵. Tahkim kurallarınının 10. maddesi ile belirli bir tutarı aşmayan uyuşmazlıklar için kolaylaştırılmış tahkim usulü öngörülmüştür. Bu usul uyarınca uyuşmazlık konusunun değeri 100.000 \$ (Amerikan Doları) tutarını aşmıyorsa, yargılama tek hakem tarafından yürütülür²⁰⁶.

VMAA tarafından 2013 yılında arabuluculuk kuralları da yayınlanmıştır²⁰⁷.

199 ‘Who We Are’ <www.maritimearbitration.com/Who-We-Are> erişim 18 Ekim 2018. 25 ayrı şehirdeki MAA adresleri için bkz.: ‘Where We Are’ <www.maritimearbitration.com/Where-We-Are> erişim 18 Ekim 2018.

200 ‘Fees&Costs’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Fees-and-Costs> erişim 18 Ekim 2018.

201 MAA tahkim kuralları için bkz.: ‘Arbitration Rules’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Arbitration-Rules> erişim 18 Ekim 2018. MAA arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘Mediation Rules’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Mediation-Rules> erişim 18 Ekim 2018.

202 Cartoni (n 81) 16.

203 ‘About’ <<https://vmaa.org/home/>> erişim 18 Eki 2018.

204 ‘Initiating Proceedings’ <<https://vmaa.org/initiating-proceedings/>> erişim 18 Ekim 2018.

205 VMAA İngilizce ve Çince tahkim kuralları için bkz.: ‘Rules’ <<https://vmaa.org/vmaa-rules/>> erişim 18 Ekim 2018.

206 Cartoni (n 81) 14.

207 VMAA arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘Rules’ <<https://vmaa.org/vmaa-rules/>> erişim 18 Ekim 2018.

8. Avustralya Denizcilik ve Taşıma Tahkim Komisyonu

Avustralya Denizcilik ve Taşıma Tahkim Komisyonu (Australian Maritime and Transport Arbitration Commission, “AMTAC”); Avustralya’nın uluslararası uyuşmazlık çözüm kurumu olan Avustralya Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi’nin (“ACICA”) bünyesinde bulunan uzman bir komisyondur. AMTAC, ACICA tarafından, Avustralya Federal Adalet Bakanlığı’nın da destekleriyle 2007 yılında Sidney’de kurulmuştur²⁰⁸.

Deniz ticareti ve taşımacılık alanlarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ulusal ve uluslararası tahkim ve arabuluculuğun desteklenmesi ve kolaylaştırılması, Avustralya ve Asya Pasifik Bölgesi’nin deniz ticareti, taşımacılık ve deniz ticareti uyuşmazlık çözümü alanlarında lider olarak tanınmasının teşvik edilmesi AMTAC’ın hedeflerindedir. AMTAC’ın bir diğer amacı de deniz ticaretine ve taşımacılığa ilişkin konularda tecrübeli hakemler ve arabulucular için siciller oluşturmak olmuştur²⁰⁹. Nitekim AMTAC’ın bir hakem listesi mevcuttur²¹⁰.

Bir kurumsal tahkim örneği olan AMTAC, tahkim yargılamasının idaresini üstlenir. Bunun dışında efektif ve düşük maliyetli bir yargılama için AMTAC tarafından sunulan başkaca hizmetler de mevcuttur. Örneğin duruşma için mekân ayarlanması, tercüme gibi işlerin organize edilmesinde AMTAC’ın taraflara yardımcı olması mümkündür²¹¹. AMTAC uyarınca yürütülen tahkim yargılamalarında belirli bir ücretin kuruma ödenmesi gerekmektedir²¹².

Yayınlanmış olan son AMTAC tahkim kuralları 2016 tarihlidir²¹³. AMTAC tahkim kuralları hızlı bir tahkim usulü öngörür; zira hakem tarafından istisnai durumların mevcut olduğu belirlenmedikçe ve taraflar veya hakem talep etmedikçe kural olarak duruşma yapılmamaktadır²¹⁴.

Bununla birlikte, AMTAC tarafından hızlandırılmış tahkime dair özel bir usul de düzenlenmiştir. Bu usul “*Rocket Docket*” olarak adlandırılmıştır²¹⁵ ve uygulama alanı bulabilmesi için her iki tarafça kararlaştırılmış olması gerekir. Bu kurallar uyarınca tek hakem yargılamanın başlangıcından itibaren 3 ay içerisinde yargılamayı sonlandırıp kararını vermelidir²¹⁶.

208 ‘Introduction’ <<https://amtac.org.au>> erişim 18 Ekim 2018.

209 ‘Introduction’ <<https://amtac.org.au>> erişim 18 Ekim 2018.

210 Liste için bkz.: ‘Search the AMTAC Panel of Arbitrators’ <https://acica.org.au/amtac-arbitrator-panellist-search/#!directory> erişim 18 Ekim 2018.

211 ‘Facilities & Services’ <<https://amtac.org.au/facilities-and-services/>> erişim 18 Ekim 2018.

212 AMTAC 2016 ücret tutarları için bkz.: ‘Schedule of Fees’ <<http://amtac.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/AMTAC-Rules-Schedule-of-Fees.pdf>> erişim 18 Ekim 2018.

213 AMTAC tahkim kuralları için bkz.: ‘AMTAC Rules 2016’ <<http://amtac.org.au/amtac-rules-2016/>, 18 Ekim 2018> erişim 18 Ekim 2018.

214 Cartoni (n 81) 16; AMTAC tahkim kuralları 13.3.

215 Cartoni (n 81) 16; Leigh Duthie, Joe Delaney, Erika Williams, ‘Australia’ *The Baker&McKenzie International Arbitration Yearbook* (Juris 2015) 15, 23; AMTAC tahkim kuralları 13.3.

216 Cartoni (n 81) 16, 17.

AMTAC bünyesinde çözülmüş olan tahkim davalarına dair bir istatistik mevcut değildir²¹⁷.

9. Emirlikler Denizcilik Tahkim Merkezi

Emirlikler Denizcilik Tahkim Merkezi (Emirates Maritime Arbitration Centre, “EMAC”); Birleşik Arap Emirlikleri’nin başbakanı, başkan yardımcısı ve Dubai’nin mutlak hükümdarı olan Muhammed bin Raşid el-Mektum’un 2016 tarihli, 14 numaralı emirnamesi ile kurulmuştur²¹⁸.

EMAC bünyesinde tahkim ve arabuluculuk hizmetleri verilmektedir²¹⁹ ve EMAC bu prosedürlerin denetimi görevini üstlenmektedir²²⁰. EMAC hakemleri, arabulucuları ve bilirkişilerine dair listeler EMAC tarafından yayınlanmıştır²²¹. EMAC tarafından verilen hizmetler ücrete tabidir²²².

EMAC tahkim kuralları m. 50 ile bir seri tahkim usulü de öngörülmüştür. Bu usulün uygulama alanı bulması halinde hakem kararı dosyanın hakeme iletilmesinden itibaren 3 ay içerisinde verilmelidir. Lakin hakemin talebi üzerine bu sürenin EMAC tarafından yazılı bir sebebe bağlı olarak uzatılması mümkündür.

2014 yılında 309, 2015 yılında 321, 2016 yılında 338 dava, dolayısıyla bu üç yılda toplam 968 adet deniz ticaretine ilişkin davanın Birleşik Arap Emirlikleri’nde görülmüş olduğu tahmin edilmekte, bu nedenle Birleşik Arap Emirlikleri denizcilik dışında hukuki hizmetler bakımından da bölgesel bir merkez olarak nitelendirilmektedir²²³.

10. Unum Taşımacılık Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi

Önceleri Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (Rotterdam-Amsterdam Taşıma ve Denizcilik Tahkimi, “TAMARA”) olarak anılan tahkim mer-

217Duthie, Delaney, Williams (n 215) 22.

218Patrick Murphy, Leonard Soudagar, ‘Emirates Maritime Arbitration Centre (EMAC) Established in Dubai’ (28 Nisan 2016) <<https://www.clydeco.com/insight/article/emirates-maritime-arbitration-centre-emac-established-in-dubai>> erişim 18 Ekim 2018

219EMAC tahkim kuralları için bkz.: ‘Arbitration Rules’ <www.emac.org.ae/en/EMACRules/ArbitrationRules> erişim 18 Ekim 2018. EMAC arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘Mediation Rules’ <www.emac.org.ae/en/EMACRules/MediationRules> erişim 18 Ekim 2018.

220‘Who We Are’ <www.emac.org.ae/en/Pages/default.aspx> erişim 18 Ekim 2018. EMAC kuralları uyarınca tahkimde tahkimin hibrit formda olduğu, EMAC tahkiminin *ad hoc* tahkim olmakla birlikte EMAC’ın hafif nitelikte bir dava yönetimi işlevinin de olduğu belirtilmektedir. Lakin bir tahkim kurumunun sahip olması gereken tüm unsurları haiz olan ve verdiği hizmetler karşılığında ücret talep eden EMAC’ın, kurumsal tahkim olarak nitelendirilmesi kanaatimizce daha doğru olacaktır. Nitekim “Kurumsal Tahkim” başlığı altında açıklandığı üzere, bir tahkim kurumunun varlığından söz edebilmek için kurumsal işlevlerin tamamının yerine getirilmesi gerekli değildir.

221‘EMAC Panel’ <www.emac.org.ae/en/EMACPanel/Pages/default.aspx> erişim 18 Ekim 2018.

222EMAC tahkim ve arabuluculuk prosedürleri için EMAC’a ödenmesi gereken ücret ve masraflar için bkz.: ‘Fees and Costs’ <www.emac.org.ae/en/HowItWorks/FeesAndCosts> erişim 18 Ekim 2018. Hakem ve arabulucuların ücretleri saat bazında hakem/arabulucu, taraflar ve EMAC tarafından birlikte belirlenmektedir.

223Maali Khader, ‘A Study on Maritime Cases Handled By Law Firms in the UAE’ (Emirates Maritime Arbitration Centre, 2018) <<https://www.emac.org.ae/DocumentLibrary/2018%20White%20Paper%20-%20Maritime%20Cases%20Handled%20by%20Law%20Firms%20in%20the%20UAE.pdf>> erişim 20 Ekim 2018. Bununla birlikte EMAC bünyesinde görülmüş olan davaların sayısına dair bir veriye rastlanmamıştır.

kezi 2018 Eylül ayı itibariyle isim değişikliğine gitmiş, merkezin ismi Unum Taşımacılık Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (Unum Transport Arbitration & Mediation, “UNUM”) olarak değiştirilmiştir²²⁴. UNUM deniz taşımacılığı, gemi inşa, taşıma, depolama, lojistik ve uluslararası ticaret konularında tahkim hizmeti vermektedir²²⁵.

TAMARA; 1988 yılında ağırlıklı olarak Rotterdam’da bulunan hukukçular tarafından, Londra’da bulunan tahkim kurumlarına bir alternatif olarak kurulmuştu ve yıllardır tahkim hizmeti sunmaktaydı. Bununla birlikte UNUM artık arabuluculuk hizmeti de sunmaktadır.²²⁶

UNUM ile getirilen bir diğer yenilik de elektronik hizmetler bakımındandır. UNUM taraflara *e-tahkim* ve *e-arabuluculuk* olarak adlandırdığı elektronik hizmeti de sunmaktadır ve UNUM’un bu iki hizmeti birden verebilen ilk tahkim kurumu olduğu belirtilmektedir²²⁷.

Kurumsal tahkim hizmeti sunan UNUM’un hizmetleri idari ücrete tabidir. Keza arabuluculuk hizmeti için de tarafların belirli bir tutarı ödemesi gereklidir²²⁸.

Güncel UNUM tahkim kuralları 2018 Eylül ayında yayınlanmıştır²²⁹. UNUM tahkim kuralları m. 3/1 uyarınca uyuşmazlık konusunun değerinin masraf ve faizler dışında 25.000 € tutarını aşmaması halinde uyuşmazlık tek hakem tarafından karara bağlanmaktadır. UNUM bünyesindeki tahkim ve arabuluculukta, tarafların UNUM listelerinde yer alan hakem ve arabulucular dışındaki kişileri de hakem veya arabulucu olarak tayin etmeleri mümkündür²³⁰.

11. Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi

Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi; (Hong Kong International Arbitration Centre “HKIAC”); Asya bölgesinde giderek artmakta olan alternatif uyuşmazlık çözümü ihtiyacını karşılamak amacıyla 1985 yılında önde gelen iş insanları ve profesyoneller tarafın-

224 UNUM Yönetim Kurulu’nda alınan bilgi uyarınca, “UNUM” bir kısaltma değil, tahkim kurumunun kendi ismidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki “unum” Latince’de “tek” anlamına gelmektedir.

225 ‘New name TAMARA: UNUM Arbitration & Mediaton’ <www.rotterdammaritimeservices.com/new-name-tamara-unum-arbitration-mediator/> erişim 20 Ekim 2018.

226 ‘Brief Introduction’ <https://unum.world/about-unum/, 20 Ekim 2018> erişim 20 Ekim 2018; ‘New name TAMARA: UNUM Arbitration & Mediaton’ <www.rotterdammaritimeservices.com/new-name-tamara-unum-arbitration-mediator/> erişim 20 Ekim 2018.

227 ‘New name TAMARA: UNUM Arbitration & Mediaton’ <www.rotterdammaritimeservices.com/new-name-tamara-unum-arbitration-mediator/> erişim 20 Ekim 2018. Bununla birlikte TAMARA’nın 10 yılı aşkın bir süre *e-tahkim* hizmeti sunmuş olduğu da belirtilmektedir.

228 Tahkim hizmeti için ödenmesi gereken idari ücretler için bkz.: ‘Arbitration Costs’ <https://unum.world/arbitration/arbitration-costs/> erişim 20 Ekim 2018; Arabuluculuk hizmeti için ödenmesi gereken idari ücretler için bkz.: ‘Mediation Costs’ <https://unum.world/mediation/mediation-costs/> erişim 20 Ekim 2018. Arabulucuların çalışmaları saatlik 225 € üzerinden ücretlendirilmektedir. Hakemlerin hak kazandığı saatlik ücret ise uyuşmazlık konusunun değerine göre hesaplanmakta ve en az 125 en fazla 300 € olabilmektedir.

229 UNUM tahkim kuralları için bkz.: ‘Arbitration Rules’ <https://unum.world/arbitration/arbitration-rules/> erişim 20 Ekim 2018.

230 ‘New name TAMARA: UNUM Arbitration & Mediaton’ <www.rotterdammaritimeservices.com/new-name-tamara-unum-arbitration-mediator/> erişim 20 Ekim 2018.

dan Hong Kong’da kurulmuştur. Merkezin kuruluşunda Hong Kong iş camiası ve Hong Kong hükümeti kaynak sağlamış olmakla birlikte, HKIAC’ın günümüzde finansal olarak tamamen özgür ve her türlü etki veya kontrolden bağımsız olduğu belirtilmektedir²³¹.

Queen Mary University of London, School of International Arbitration ve White&Case tarafından yapılmış olan 2015 tarihli Uluslararası Tahkim Araştırması²³² uyarınca, HKIAC dünyanın en çok tercih edilen ve başvuru alan üçüncü tahkim merkezidir. Aynı araştırma uyarınca, HKIAC Avrupa dışında olan tahkim merkezleri arasında en çok tercih edilen merkezdir. HKIAC, Global Tahkim Araştırmaları (*Global Arbitration Review*) 2014 yenilik ödülünü kazanmıştır²³³.

HKIAC tarafından verilen hizmetler için tarafların belirli bir idari ücreti kuruma ödemeleri gerekmektedir²³⁴.

HKIAC tarafından hazırlanmış olan 2018 tahkim kuralları, 01.11.2018 tarihinden itibaren yürürlükte olacaktır²³⁵. Bunun dışında HKIAC tarafından yerel uyuşmazlıklar için farklı tahkim kuralları oluşturulmuştur. HKIAC yerel tahkim kurallarının tahkim yerinin Hong Kong dışında olduğu durumlarda kullanılması tavsiye edilmemektedir²³⁶.

HKIAC tarafından yayınlanmış olan seri tahkim kuralları daha hızlı bir tahkim yargılamasını amaçlamaktadır ve bu kurallar uyarınca hakem duruşmanın yapılmasından itibaren bir ay içerisinde tahkim kararını oluşturmak için tüm çabayı göstermelidir. Dosya üzerinden yapılan yargılamalarda ise bu süre, hangi tarihin daha sonra olduğuna bağlı olarak, hakem tarafından son belgenin teslim alınmasından ya da resmi olmayan duruşmanın yapılmasından itibaren bir aydır²³⁷.

HKIAC bünyesindeki tahkimde küçük alacaklar usulü de mevcuttur ve uyuşmazlık konusunun değerinin 50.000 \$ tutarını aşmadığı hallerde uygulanabilmektedir. Ayrıca duruşma yapılmasının gerekmediğine karar verildiği haller için dosya üzerinden ilerleyen bir tahkim usulü de öngörülmüştür. Bu iki özel usulün de LMAA tarafından hazırlanmış olan özel yargılama usullerine çok benzediği belirtilir²³⁸.

231 ‘About HKIAC’ <www.hkiac.org/about-us> erişim 20 Ekim 2018.

232 Araştırma bulguları için bkz.: Queen Mary University of London, School of International Arbitration, White&Case ‘2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration’ <www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf> erişim 20 Ekim 2018. Araştırmanın grafik halindeki özeti için bkz.: ‘International Arbitration’ <www.whitecase.com/sites/whitecase/files/qmul-international-arbitration-survey-2015-infographic.jpeg> erişim 20 Ekim 2018.

233 ‘About HKIAC’ <www.hkiac.org/about-us> erişim 20 Ekim 2018.

234 ‘Fees’ <www.hkiac.org/arbitration/fees> erişim 20 Ekim 2018.

235 ‘News Alert’ <<https://twitter.com/iHKIAC>> erişim 20 Ekim 2018.

236 ‘2014 HKIAC Domestic Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/domestic-arbitration-rules> erişim 20 Ekim 2018. 2014 tarihli HKIAC yerel tahkim kuralları için bkz.: ‘2014 Domestic Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/e_domestic_2014.pdf> erişim 20 Ekim 2018.

237 HKIAC seri tahkim kuralları, m. 16. 1992 tarihli HKIAC seri tahkim kuralları için bkz.: ‘Hong Kong International Arbitration Centre Short Form Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/e_shortform.pdf> erişim 20 Ekim 2018.

238 ‘Hong Kong International Arbitration Centre Small Claims Procedures and ‘Documents Only’ Procedures’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Small_Claims_and_%27Documents%20Only%27_Procedures.pdf> erişim 20 Ekim 2018.

Bunun dışında HKIAC tarafından arabuluculuk hizmeti de verilmektedir²³⁹.

Hong Kong Deniz Ticareti Tahkim Grubu (*Hong Kong Maritime Arbitration Group*, “HKMAG”); Hong Kong’da deniz ticareti tahkiminin ve arabuluculuğun geliştirilmesi ana hedefiyle 2000 yılında HKIAC bünyesinde kurulmuştur²⁴⁰. HKMAG’nin deniz ticareti alanında uzman hakemlerin yer aldığı bir hakem listesi mevcuttur²⁴¹.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda uzman grup olan HKMAG, HKIAC kurallarını uygulamaktadır²⁴².

2017 yılına dair istatistikler uyarınca, HKIAC’ya başvuru sayısı bir önceki yıla göre %15.7 artış göstermiştir. 2017 yılında HKIAC bünyesinde 297 yeni tahkim davası açılmıştır. HKIAC bünyesinde 2017 yılında açılan davaların %8.8’i deniz ticaretine ilişkindir. Dolayısıyla 2017 yılında HKIAC nezdinde açılmış olan deniz ticaretine ilişkin dava sayısının yaklaşık olarak 23 olduğunu söylemek mümkündür²⁴³.

12. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı

Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*, “ICC”) Tahkim Divanı; 1923 yılında uluslararası nitelikli ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü organize etmek amacıyla ICC tarafından kurulmuştur²⁴⁴.

ICC, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde faaliyet gösteren kurumlardandır. Her ne kadar ICC tahkim kuralları ile oluşturulmuş olan tahkim usulü deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir nitelikte olsa da bu tür uyuşmazlıkların ihtiyaçlarına daha uygun nitelikte alternatif kurallar da düzenlenmiştir. ICC’nin 1978 yılında Uluslararası Denizcilik Komitesi (*Comite Maritime International*, “CMI”) ile yaptığı işbirliği sonucu, ICC-CMI Uluslararası Deniz Tahkim Kuralları (*ICC-CMI International Maritime Arbitration Rules*) ortaya çıkmıştır²⁴⁵.

ICC-CMI tahkim kuralları genel olarak deniz ticaretinden, gemi inşa, yolcu ve yük taşıma sözleşmelerinden ya da charter partilerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanabilir niteliktedir. ICC-CMI tahkim kuralları ve ICC tahkim kuralları arasındaki temel

239 ‘Mediation’ <www.hkiac.org/mediation> erişim 20 Ekim 2018. HKIAC arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘HKIAC Mediation Rules’ <www.hkiac.org/mediation/rules/hkiac-mediation-rules> erişim 20 Ekim 2018.

240 ‘Maritime Arbitration Group’ <www.hksoa.org/maritime_arbitration_group.html> erişim 20 Ekim 2018.

241 HKMAG hakem listesi için bkz.: ‘List of Members Hong Kong Maritime Arbitration Group’ <www.hksoa.org/hksoa_pdf/MAG_Arbitrators.pdf> erişim 20 Ekim 2018.

242 Cartoni (n 81) 4.

243 ‘2017 Statistics’ <www.hkiac.org/about-us/statistics> erişim 20 Ekim 2018. HKIAC’nin özellikle Çin ile ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla başvurulan bir merkez halini aldığı hakkında bkz.: Bozkurt Bozabalı (n 88) 20.

244 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 363, 364; Buğrahan Bican, ‘Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi, Görev Belgesi ve Usulü’ (2015) 29 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1, 3; Karademir (n 69) 84.

245 Ekşi (n 1) 19. ICC-CMI tahkim kuralları için bkz.: ‘ICC/CMI Rules’ <www.transportrecht.de/transportrecht_content/1024917209.pdf> erişim 20 Ekim 2018.

fark, ICC-CMI tahkiminde ICC tahkim kuralları uyarınca ICC Tahkim Divanı’nın sahip olduğu görevlerin Uluslararası Deniz Tahkim Komitesi (*International Maritime Arbitration Committee*) üzerinde olmasıdır²⁴⁶.

ICC-CMI tahkim kurallarının uygulanabilmesi için tarafların bunu özellikle kararlaştır-maları gerekmektedir; ICC tahkiminden söz edilmesi bu bakımından yeterli olmayacaktır²⁴⁷.

13. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi

1892 yılında kurulmuş olan Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration*, LCIA) en eski tahkim kurumu olarak bilinmektedir²⁴⁸. LCIA, Avrupa’da ICC tahkiminden sonra en çok tercih edilen tahkim kurumu olarak anılır²⁴⁹.

LCIA tipik bir uluslararası tahkim kurumudur. Güncel LCIA tahkim kuralları 2014 yılında yürürlüğe girmiştir²⁵⁰. Bununla birlikte LCIA arabuluculuk hizmeti de vermektedir²⁵¹. LCIA tarafından verilen hizmetler belirli bir idari ücrete tabidir²⁵².

2014 yılında hizmete sunulmuş olan “LCIA Çevrimiçi Dava Sistemi” (*LCIA Online Filing*) sayesinde LCIA nezdinde internet üzerinden dava açmak mümkündür. Keza bu sistemle açılmış olan davaya davalı olarak cevap vermek, belgelerin elektronik formda sunulması, davayla alakalı ücretlerin ödenmesi, çevrimiçi dosyalara ve ödeme geçmişine erişim gibi birçok işlem gerçekleştirilebilmektedir²⁵³.

LCIA, UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülen tahkimlerde hakem tayini işlevini ve yargılamanın idaresi görevini de üstlenebilmektedir²⁵⁴. Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların LCIA bünyesinde de görüldüğü bilinmektedir²⁵⁵.

246 Ekşi (n 1) 19.

247 Ekşi (n 1) 19, 20.

248 ‘History’ <www.lcia.org/LCIA/history.aspx> erişim 20 Ekim 2018; Karademir (n 69) 90.

249 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 368.

250 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 368, 369.

251 LCIA tahkim kuralları için bkz.: ‘LCIA Arbitration Rules (2014)’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx> erişim 20 Ekim 2018. LMCIA arabuluculuk kuralları için bkz.: ‘LCIA Mediation Rules’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx> erişim 20 Ekim 2018.

252 LCIA tahkim masrafları için bkz.: ‘Schedule of Costs’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs.aspx> erişim 20 Ekim 2018. LCIA arabuluculuk masrafları için bkz.: ‘Schedule of LCIA Mediation Costs’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Costs.aspx> erişim 20 Ekim 2018.

253 ‘Welcome to LCIA Online Filing’ <<https://onlinefiling.lcia.org>> erişim 20 Ekim 2018.

254 ‘Ad Hoc Proceedings’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Services_in_adhoc_proceedings.aspx> erişim 20 Ekim 2018.

255 Harris (n 79) 6. Deniz ticaretin tahkimlerinde LCIA’in önemi hakkında bkz.: Bozkurt Bozabalı (n 88) 20.

IV. Türkiye’de Kurulması Muhtemel Olan Deniz Ticareti Tahkim Merkezinin Yapısı ile İlgili Değerlendirmeler

A. Kurumsal Tahkim Tercihii

Uluslararası ticari tahkim uygulamasında *ad hoc* tahkimin oransal olarak kurumsal tahkimden daha yaygın olduğu²⁵⁶, keza kurumsal tahkimin spesifik olarak deniz ticaretine ilişkin tahkimlerde popüler olmadığı²⁵⁷ belirtilmişti. Buna rağmen Türkiye’de kurumsal tahkim hizmeti verecek olan bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulmasını önermekteyiz.

Bunun en önemli sebebi, tahkim ve özellikle de *ad hoc* tahkimin ülkemizde henüz yeteri kadar yaygınlaşmamış olmasıdır. Özellikle yeterli tahkim tecrübesi olmayan tarafların, tahkim yargılamasının bir kurum bünyesinde görülmesini tercih etmeleri beklenir. Nitekim kurumsal tahkimde verilen hizmetler tarafların daha kolay ve etkili bir yargılama süreci tecrübe etmelerine olanak sağlayacaktır.

Kurumsal tahkim tercihinin bir diğer sebebi de belirli sektörlerde faaliyet gösteren tacirler üzerinde, o sektörde yer alan birlik ya da odaların bünyesindeki tahkim mahkemelerinin kararlarının çok daha farklı bir tesire sahip olmasıdır²⁵⁸. Dolayısıyla sektörel bir tahkim kurumunun, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından mevcut ihtiyaca cevap vermesi mümkündür.

Ayrıca Londra ve New York şehirlerinde deniz ticareti tahkimleri genellikle *ad hoc* tahkim olarak yürütülmekte olmakla birlikte, Paris, Tokyo, Hong Kong ve Moskova gibi merkezlerde genellikle kurumsal tahkimin tercih edildiği bildirilmektedir²⁵⁹.

Çalışmada ele alındığı üzere, Çin, Fransa, Rusya, Japonya, Yunanistan, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Birleşik Arap Emirlikleri, Hollanda ve Hong Kong’da deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için tahkim kurumları kurulmuştur. Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların *ad hoc* tahkim yoluyla çözümü için kurallar düzenlemiş olan birlik veya derneklerin kurulu olduğu ülkeler ise İngiltere, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Singapur ve Norveç’tir. Bu bakımdan deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde önde gelen tahkim kurumları ve *ad hoc* tahkim kuralları incelendiğinde, dünya çapında bu tür uyuşmazlıkların çözümü için kurumsal tahkim merkezleri oluşturma yönünde güncel bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür.

B. Önerilen Kurumsal Tahkimin Yapısı

Türkiye’de kurulmuş olan tahkim merkezleri ya kanuna dayanılarak bir kurum bünyesinde, ya da bir dernek nezdinde kurulmuştur.

²⁵⁶ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 351, dn. 453; Connerty (n 78) 24.

²⁵⁷ Harris (n 79) 9.

²⁵⁸ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353; Şanlı, Esen, Ataman-Figamneşe (n 58) 617.

²⁵⁹ Harris (n 79) 6. Bununla birlikte bazı deniz ticareti uyuşmazlıklarının belirli bir alanda uzmanlaşmamış olan LCIA ve ICC gibi tahkim merkezlerinde de görüldüğü bilinmektedir. Bkz.: Harris (n 79) 6.

Türkiye’nin en popüler tahkim merkezi olan ISTAC, 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulmuştur. TOBB Tahkim Divanı’nın ve İzmir Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi’nin kuruluşu 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’na dayanır. Sigorta Tahkim Komisyonu ise SK uyarınca kurulmuştur²⁶⁰. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun kuruluşu da 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’a dayanmaktadır²⁶¹.

Bir dernek olan UTİKAD nezdinde yürütülen tahkim²⁶² ise UTİKAD Tüzüğü’ne dayanır.

ISTAC’ın kuruluşu hakkında, sivil inisiyatifle bir tahkim merkezinin kurulamamış olmasının, tahkim merkezinin kanunla kurulmasını zorladığı belirtilmiştir. Ayrıca esasen ideal olanın, tahkim merkezinin bir kanunla değil, bir dernek ya da enstitü olarak kurulması olabileceği de bildirilmektedir^{263 264}.

29 Kasım – 4 Aralık 1965 tarihleri arasında gerçekleşen tahkim konulu IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası’nda, tahkimin Türkiye’de teşkilatlanması konusu da ele alınmıştır. Odalar Birliği bünyesinde bir ticari tahkim divanı kurmak ve her odaya bir tahkim divanı bağlamak, burada bahsedilen fikirlerdendir. Meslek kuruluşlarının özel bir tahkim teşkilatına ihtiyaçları olduğu görüşü de teklif ve temenniler arasında yer almıştır²⁶⁵.

Yukarıda bahsedildiği üzere, 2005-2010 yılları arasında TOBB Tahkim Divanı’na toplamda yalnızca 6 başvuru yapılmıştır²⁶⁶. Dolayısıyla TOBB Tahkim Divanı’nın tahkimin yaygınlaşmasına katkı sağlayamamış olduğu görülmektedir.

Pekâlâ, odalara tahkim divanı bağlanması görüşü benimsendiğinde, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların ilgili odaya bağlanacak bir tahkim mahkemesinde çözümü mümkün olabilir mi? Kanaatimizce bu durumda ilk akla gelecek oda, Deniz Ticaret Odası (“DTO”) olacaktır.

260 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

261 Küçükgüngör (22) 137.

262 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456.

263 Pekantez, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (n 36) 639. Yazar, tahkim merkezinin kanunla kurulmasının yadigarabileceği ve bilhassa uluslararası tahkimde yabancılar bakımından güven oluşturamayabileceği; fakat yalnızca kanunla kurulmuş olmanın bir eleştirisi konusu olamayacağı görüşündedir. Zira yazarın görüşü uyarınca önemli olan tahkim kurumunun oluşumunda ve işleyişinde yürütmenin ne kadar etkisi olduğudur. Yazarın görüşü uyarınca, ISTAC kanun tasarısında olduğu gibi yürütmenin hiçbir katkısı olmaması halinde ve aksine ticaret odalarından oluşan bir kurum oluşturulabilirse, bahsedilen eleştiriler zaman içinde değer bulmayacaktır. Bkz.: Pekantez, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (n 36) 642.

264 Türk hukukunda geçerli olan “*numerus clausus*” ilkesi sebebiyle, Anglosakson hukukunun aksine, kişilerin başkaca tür tüzel kişiliği oluşturma hak ve yetkileri yoktur. Türk hukuku uyarınca yalnızca kanunlarda sınırlı sayıda sayılmış olan tüzel kişiler oluşturulabilir. Dolayısıyla vakıf, dernek, şirket, kooperatif ya da özel kanunlarla kurulan şirket veya birlikler dışında bir tüzel kişilik oluşturulamaz. Bkz.: Cenal Şanlı, ‘Uluslararası Tahkimde Türkiye’nin Avantaj ve Dezavantajları’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 151, 154. Kurumsal tahkim örgütlerinin bahsedilen tüzel kişilerden birine göre kurulması ve işletilmesinin mümkün olmadığı görüşü için bkz.: Şanlı, ‘Uluslararası Tahkimde Türkiye’nin Avantaj ve Dezavantajları’ (n 264) 154.

265 Yaşar Karayalçın, Senai Oğaç, Turgut Kalpsüz, İlhan Kutay, Ali Bozer, ‘Türkiye’de Hakemliğin Teşkilatlanması Konusunda Teklifler’ (Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 29 Kasım – 4 Aralık : Bildiriler - Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 697, 701, 705.

266 Pekantez, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (n 36) 637, 638.

Bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan DTO'nun²⁶⁷, Anayasa'nın m. 135/3 hükmü gereği kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunması mümkün değildir. DTO'nun kuruluş amaçları ise 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesinde sıralanmıştır²⁶⁸. Maddenin ilk fıkrasının (o) bendi uyarınca, ilgililerin talebi üzerine deniz ticareti ile ilgili ihtilaflarda hakemlik yapmak DTO'nun görevleri arasındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi gereği, ilgililerin talebi halinde, ticari ve sınaî ihtilaflarda hakem olmak ve tahkim kurulları oluşturmak da oda görevlerindedir.

Dolayısıyla DTO nezdinde bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulması mevzuat gereği mümkün olmaktan öte, DTO'nun amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet edecek olan önemli bir adım olacaktır.

DTO nezdinde bir tahkim mahkemesi kurulması, deniz ticaretinin kamu yararına, milli ulaştırma ve deniz ticareti politikasına uygun şekilde gelişmesine de katkı sağlayacaktır ki bu da yukarıda bahsedilen maddenin ilk fıkrasının (j) bendi gereği DTO'nun bir başka görevidir.

Kanaatimizce, DTO nezdinde bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulması hukuken mümkünken, bir dernek veya enstitü bünyesinde yeni bir tahkim merkezi kurmaya ihtiyaç yoktur. Zira ülkemizde deniz ticareti uyuşmazlıklarına taraf olabilecek birçok şirket hâlihazırda DTO üyesidir²⁶⁹ ve bir ihtilaf halinde tanımadıkları ve bilmedikleri bir dernektense, DTO nezdindeki tahkimi tercih etmeleri olasıdır. Zira taraflar hâlihazırda üyesi oldukları ve tanıyıp bildikleri bir kurumda kendilerini güvence altında hissedeceklerdir.

DTO nezdinde bir tahkim mahkemesi kurulması için ayrıca bir kanun çıkarılmasına da gerek yoktur; zira 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu gereği tahkim kurulları oluşturmak oda görevlerindedir. Önceden hazırlanmış olan ve tahkim yargılamasını düzenleyen tahkim kurallarının ve tahkim divanı, sekreterliğin yapısı, tahkim giderleri gibi konulara ilişkin kuralların Oda Meclisi kararıyla kabul edilmesi mümkündür²⁷⁰.

Uygulamada başarılı görülen tahkim merkezlerinin birçoğunun, belirli bir ticari ya da bölgesel niteliği sebebiyle başarılı olduğu belirtilmektedir²⁷¹. Ayrıca belirli sektörlerde faaliyet gösteren tacirler üzerinde, o sektörde yer alan birlik ya da odaların

267 'Hakkımızda' <www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/hakkimizda.aspx> erişim 24 Haziran 2018.

268 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 3. maddesi gereği "Oda" kelimesi, ticaret ve sanayi odası, ticaret odası, sanayi odası ve deniz ticaret odasını ifade eder.

269 Armatörler, gemi işletmecileri, gemi acenteleri, gemi alım-satım komisyoncuları (brokerler), sevkiyat acenteleri (forvarderler), yükleme, boşaltma ve istifleme yapan şirketler (stevedorlar), gemi klas kuruluşları, gemi sigorta şirketleri, sigortacılar ve bunların acenteleri, gemi sövreyörleri ve uzmanları, kurtarma, kılavuzluk, yatçılık, marina operatörlüğü gibi yardımcı hizmetlerde çalışanlar DTO üyeleri arasındadır. DTO üyeleri için bkz.: 'Hakkımızda' <www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/hakkimizda.aspx> erişim 24 Haziran 2018.

270 Nitekim İzmir Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi kurumunda yargılama kurallarını düzenleyen "Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları" Oda Meclisi kararıyla yürürlüğe girmiştir. Kuralların yine bir Oda Meclisi kararıyla değiştirilmesi de mümkündür. Bkz.: Şanlı, *Uluslararası Ticari Akıterin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353, dn. 456. Keza İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Tahkim Divanı ve Sekreterliğinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında İç Yönetmelik, 15. maddesi gereği İstanbul Ticaret Odası Meclisi'nin onayı tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Benzer şekilde İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Tahkim Giderleri Yönetmeliği de 12. maddesi gereği İstanbul Ticaret Odası Meclisi'nin onayı tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

271 Akıncı (n 12) 434.

bünyesindeki tahkim mahkemelerinin kararlarının çok daha farklı bir tesire sahip olduğu belirtilmektedir²⁷².

Bir sektörel tahkim örneği olan FOSFA tahkimi uyarınca, davacı davayı kazanmışsa fakat davalı buna rağmen gereğini kendi rızasıyla yerine getirmiyorsa davacı, kararı yerine getirmeyen davalının federasyon tarafından tüm sektöre sirküle edilmesini talep edebilmektedir²⁷³. Bu yönetimin FOSFA tahkimi uyarınca verilen kararların etkinliğinde önemli bir rol üstlendiği belirtilir²⁷⁴. Benzer bir imkân DTO nezdinde kurulması muhtemel olan deniz ticareti tahkim merkezi bünyesinde verilen tahkim kararlarına uyulmaması hali için de getirilebilir; zira itibarına önem veren ve ticari ilişkilerinin bozulmasını istemeyen tacirler, verilen karara kendi rızalarıyla uymayı tercih edeceklerdir.

Bunun dışında sektörel tahkimde üyelere idari giderler ve hakem ücretleri konusunda belirli oranlarda indirim yapıldığı da görülmektedir²⁷⁵. DTO nezdinde kurulması muhtemel olan deniz ticareti tahkim merkezinin idari giderleri ve hakem ücretleri için de benzer bir uygulama yapılması tercih için teşvik edici olacaktır.

DTO nezdindeki tahkim mahkemesinin alanında uzman hakemler tarafından hizmet vermesi de bir başka önemli tercih sebebi olacaktır²⁷⁶.

Sektörel tahkim mahkemelerinin çoğunda ikili mahkeme sistemi olduğu; karardan memnun olmayan tarafın ikinci bir tahkim mahkemesi önünde kararı temyiz edebileceği belirtilmektedir²⁷⁷. DTO nezdinde tahkim mahkemelerince verilecek kararlar bakımından da benzer şekilde tahkim içi temyiz yolunun açık olmasının gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Tahkim yeri Türkiye olduğundan verilen karara karşı koşulları varsa iptal davası açılması ihtimali olacaktır. Elbette iptale ilişkin kararın da temyizi mümkün olduğundan, bu usulün benimsenmesi yargılamanın çok fazla uzamasına neden olabilir.

272 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 353.

273 Ayrıca bazı sektörel tahkim odalarında tahkim davasının ücretinin birliğe ödenmemesi halinde kara listeye girilebileceğine dair bildirim yollandığı da görülmektedir. Bkz.: Covo (n 59) 182.

274 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 383. Keza Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (*The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal*) nezdindeki tahkimde de davayı kaybeden tarafın kararı yerine getirmemesi halinde davacı, davalının karara uymadığını üyelere sirküle etmek amacıyla birliğe müracaat edebilmektedir. Yöntemin burada da kararların rıza ile yerine getirilmesinde oldukça etkin bir role sahip olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 384.

275 GAFTA ve FOSFA tahkimlerinde bu uygulama mevcuttur. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 381, 383. Öyle ki indirim oranı %50 dahi olabilmektedir. FOSFA tahkiminde ödenecek olan dava harcı normalde 2.000 £ (2.000 Paunt) iken, davanın iki tarafının da FOSFA üyesi olması durumunda harç 1.000 £ (1.000 Paunt) olarak uygulanmaktadır. Bkz.: Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 383.

276 Hakemlik yapacak kişilerin nitelikleri belirlenirken, 12.09.2005 tarihinde 25934 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yayım tarihinde yürürlüğe girmiş olan Oda ve Borsalarda Hakem, Bilirkişi ve Ekspertiz Listelerini Düzenleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin de dikkate alınması gereklidir. Hakem, bilirkişi ve eksperlerin hangi vasıfları taşımaları gerektiği bahsedilen yönetmeliğin 5 ve 6. maddelerinde açıklanmıştır. Hakem olmak için aranan koşullardan biri de 30 yaşını doldurmuş olmaktır. Bu şart dikkat çekicidir; zira devlet mahkemelerinde hâkim olunabilen yaşlarda oda nezdindeki tahkimde hakem olunamaması sonucunu doğurmaktadır. Fakat hakemlik için aranan tecrübe ve birikim dikkate alındığında ve hakemlerin konuyu uzman olmalarının avantajları düşünüldüğünde, bu koşulun amaca göre tutarlı ve belki de gerekli olduğunu söylemek dahi mümkündür.

277 Covo (n 59) 177.

Bu nedenle tahkim içi bir temyiz usulünün benimsenmemesinin, bunun yerine yeterli sürede tek bir kararın verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Şayet tahkim merkezi nezdinde temyiz usulü benimsenirse, bu durumda uyumsuzluk konusu değerine ilişkin bir sınır ve temyiz mercii olan tahkim mahkemesinin yargılamayı tamamlaması gereken kısa bir tahkim süresinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca DTO nezdindeki bir deniz ticaret tahkim merkezinin tanıtımı da yeni bir tahkim merkezine kıyasla çok daha kolay olacaktır. Zira hâlihazırda DTO üyesi olan kişilerin davet edileceği bir seminer düzenlenerek, kurulacak veya kurulmuş olan tahkim merkezi tanıtılıp, bu tahkim merkezinin avantajları ve işleyişi anlatılabilir. Keza bu hususta üyeleri ayrıca yazılı bir şekilde bilgilendirmek ve DTO nezdindeki tahkim merkezini bu şekilde tanıtmak da mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, DTO nezdindeki tahkim merkezinin İstanbul'da kurulması yerinde olacaktır^{278 279}. Nitekim DTO'nun merkezi de İstanbul'dadır²⁸⁰.

V. DTO Bünyesinde Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulmasının Olası Getirileri

MTK'nın yürürlüğe girmesi ile Türkiye'nin uluslararası tahkim açısından çok önemli bir cazibe merkezi konumuna gelmesinin mümkün olduğu; lakin bunun için MTK'nın uluslararası tahkim hizmeti sunacak kurumsal tahkim merkezleri ile tamamlanması gerektiği doktrinde belirtilmiştir²⁸¹. Türkiye'nin uluslararası bir tahkim merkezi konumuna gelmesi ise Türk ekonomisine katkı sağlayacak, Türk hukukuna güveni artıracak ve nihayetinde Türkiye'nin hem yurt içinde kendi milleti nezdinde hem de uluslararası arenada saygınlığını artıracaktır.

Örneğin bir Türk tersanesinin yine bir Türk armatörle akdettiği gemi inşa sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar niçin Türkiye'de ve Türk hukukçuları tarafından, bir Türk deniz ticareti tahkim merkezi nezdinde çözülsün²⁸²? Hatta bu tahkim kurumu zamanla niçin yabancı unsurlu uyumsuzluklarda da, örneğin gemi inşa sözleşmesinin tarafı olan armatör yabancı olduğunda da tercih edilsin? Her ne kadar

278 İstanbul'da kurulu olan ISTAC'ın da coğrafi, bölgesel, kültürel ve ekonomik açıdan birçok avantaja sahip olduğu hakkında bkz.: Akıncı (n 12) 434.

279 TOBB tahkiminin başarılı olmamasının sebeplerinden birinin de Ankara'da kurulmuş olması olduğu hakkında bkz.: Şanlı, 'Uluslararası Tahkimde Türkiye'nin Avantaj ve Dezavantajları' (n 264) 155.

280 'Hakkımızda' <www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/hakkimizda.aspx> erişim 24 Haziran 2018.

281 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 10) 311; Karayalçın ve diğerleri (n 265) 697 ve devamı.

282 Martin Stopford, Asya, Avrupa ve Amerika'da iki veya üç global merkezin "süper denizcilik şehirleri" olarak gelişeceğini öngörmektedir. Stopford, şehirleri kargo limanı şehirleri ve denizcilik servisleri limanları olmak üzere ikiye ayırmıştır. Rotterdam ve Şanghay gibi liman şehirleri; esasen bölgesel pazarlara kargo taşıma rolünü üstlenmektedir. Diğer taraftan denizcilik servisleri limanlarındaysa uluslararası denizcilik endüstrisine diğer hizmetlerin sağlanması asıl, liman ise ikincil önemdedir. Stopford'a göre, "süper denizcilik şehirleri"nin gelişimi sonucunda bugünün bazı denizcilik merkezleri, denizcilik hizmetleri merkezi olarak faaliyet gösterecek olan birkaç global merkeze karşı önem kaybedecektir. Bkz.: Jakobsen, Mellbye, Sorvig (n 57) 5. Denizcilikte yeni global merkezlerin gelişmesi öngörüldükçe, deniz hukuku alanında da yeni merkezlerin oluşması mümkündür. Hatta yeni denizcilik merkezlerinin oluşmasıyla, deniz hukuku alanında da yeni merkezlerin oluşması kaçınılmazdır.

İngiltere’nin deniz ticareti hukuku ve tahkimi konusunda köklü bir geçmişi olsa da, esasen İngiltere dünyanın bir numaralı denizcilik merkezi olarak gösterilmemektedir²⁸³. Türkiye’de deniz ticareti tahkiminin gelişmesi ve uyuşmazlıkların Türkiye’de çözülmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz²⁸⁴.

Nitekim Türkiye uluslararası ticari tahkim müessesesinin gelişmesi için gerekli ve yeterli hukuki alt yapıya sahiptir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)²⁸⁵ ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁸⁶, İsviçre’den iktibas edilmiş olan önceki kanunların yenilenmiş halidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)²⁸⁷, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)²⁸⁸ gibi diğer temel kanunlar da Batı Avrupa’nın çeşitli ülkelerindeki kanunlar kaynak alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca ülkemiz uluslararası tahkimin temelini oluşturan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Sözleşmesi²⁸⁹, 1965 tarihli Washington Konvansiyonu²⁹⁰ ve Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkındaki Avrupa Anlaşması’na²⁹¹ taraftır. Bunun dışında ülkemizde yabancı unsurlu ticari ve ekonomik uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkime başvuru bir anayasal hak olarak düzenlenmiştir ki bu uygulama dünya üzerinde oldukça nadirdir. MTK’nın UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun milletlerarası tahkim bölümünü esas alması da bu anlamda önemlidir. Dolayısıyla tahkim konusunda bu bakımdan ülkemizin Avrupa ülkelerinden bir farkının bulunmadığını söylemek mümkündür. Bahsedilen hususlar, Türkiye’de tahkimin gelişmesi açısından sahip olunan önemli hukuki avantajlardır. Hukuki avantajlar dışında, Türkiye uluslararası tahkimin gerektirdiği fiziki ve beşeri imkânlarla da sahiptir ve tarihi, kültürel, coğrafi konumuyla da yabancı unsurlu tahkimler bakımından avantajlıdır²⁹².

283 İngiltere deniz finansmanı ve deniz ticareti hukuku alanlarında birinci sırada yer almaktadır. Lakin deniz finansmanı ve deniz ticareti hukuku, limanlar ve lojistik, deniz teknolojisi, caziplik ve rekabet yeteneği alanları beraber değerlendirildiğinde dünyanın önde gelen ilk beş deniz ticareti merkezi Singapur, Hamburg, Oslo, Hong Kong ve Şanghay şeklinde sıralanmaktadır. Londra ise altıncı sırada yer almıştır. Bkz.: Jakobsen, Mellbye, Sørvig (n 57) 3.

284 Tahkim konusunda dünyanın belirli yerlerinin hâlihazırda popüler ve merkez oluşu, Türkiye’nin de bir gün başarılı bir tahkim merkezi olması engel değildir. Elbette böyle bir sonuç uzun çalışmalar gerektirecektir. Tahkim merkezi oluşturmak konusunda, 24 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirilmiş olan Uluslararası Tahkim Kongresi’nin sonunda, tartışmalar bölümünde Prof. Dr. Hakan Pekcantez hocanın aktardığı bir anıyı alıntılarak yerinde olacaktır: “1993 yılında, Berlin’de bir uluslararası toplantıya katıldığım da bir Rus doçent, elindeki bazı renkli broşürleri oradaki toplantıya katılanlara dağıttı. Gördüm ki bu St. Petersburg’da bir tahkim merkezi kurulmasına ilişkin daha doğrusu kurulduğuna ilişkin tahkim kurallarını gösteren prosedürü çeşitli dillerde yazılmış. Hiç unutmuyorum. Almanlar ve Fransızlar büyük altundan güldüler yani alaylı bir şekilde. Rusya’da da bir tahkim merkezi kurulmuş, artık Ruslar da bir tahkim merkezine sahip olduklar diye. Bakan, 2012 yılına geldiğimiz zaman St. Petersburg bir tahkim merkezi olarak biliniyor. Bir yerden başlamak gerektiğini düşünüyorum”. Bkz.: Hakan Pekcantez, ‘Soru ve Cevap’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 183.

285 Kabul tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607.

286 Kabul tarihi: 11.01.2001, RG. 04.02.2001/27836.

287 Kabul tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011/27846.

288 Kabul tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007/26728.

289 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun kabul tarihi: 08.05.1991, RG. 21.05.1991/20877.

290 Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme. RG. 06.12.1988/20011.

291 3730 sayılı Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun kabul tarihi: 08.05.1991, RG. 21.05.1991/20877.

292 Şanlı, ‘Uluslararası Tahkimde Türkiye’nin Avantaj ve Dezavantajları’ (n 264) 152, 153.

Türkiye’de DTO bünyesinde, alanında uzman hakemlerle donatılmış ve uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözülebildiği saygın bir deniz ticareti tahkim merkezinin kurulması sayesinde, deniz ticareti hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, alanında uzman ve saygın hakemlerce, uygun ücretler karşılığında hızlı bir şekilde çözümlenebilecektir ve bu da Türk hukukunun gelişimine hizmet edecektir. Ayrıca böylece Türk hukukçularının bu alanda daha çok söz sahibi olmasının yolu açılacaktır.

Belirtildiği üzere 2011 ve 2012 yılı istatistiklerine göre hukuk mahkemeleri arasında davanın ortalama görülme süresinin en uzun olduğu mahkemelerden ilki kadastro mahkemeleri, ikincisi ise denizcilik ihtisas mahkemeleridir²⁹³. Kanaatimizce deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların oldukça teknik olabilmesinden kaynaklanan bu sorun, uzman hakemler tarafından yürütülen bir tahkim yargılamasıyla bertaraf edilebilir.

Ayrıca uzman bir deniz ticareti tahkim merkezinin varlığı ve yaygınlığı, devlet mahkemelerinde sürüncemede kalmakta olan davaların ve iş yoğunluğunun azaltılmasına, böylece devlet mahkemeleri nezdindeki deniz ticaretine ilişkin yargılamaların da hızlanmasına dolaylı bir şekilde hizmet edecektir.

Taraflar onay verdikçe anonim bir şekilde yayınlanacak olan tahkim kararları ile benzer davalarda istikrar sağlanacak, kararların yabancı dillere de çevrilmesiyle başka davalarda da emsal teşkil edebilmesinin ve aynı zamanda tahkim merkezinin tanınırlığın artırılmasının yolu açılacaktır.

Bunun dışında, DTO tarafından arabuluculuk, uzlaştırma ve hakem-bilirkişilik hizmetlerinin de verilmesi; uyuşmazlıkların kısa sürede, taraflar gerilmeden ve ilişkiler yıpranmadan çözümünü sağlayacak, bu da sektör için faydalı olacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

Türk devlet mahkemelerinde deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların görülme süresi incelendiğinde, yargılamanın oldukça uzun sürdüğü ortaya çıkmıştır. Nitekim 2011 ve 2012 yıllarında hukuk mahkemelerinin tamamı incelendiğinde, davanın ortalama görülme süresinin en uzun olduğu mahkemelerin kadastro mahkemeleri ve ardından denizcilik ihtisas mahkemeleri olduğu görülür. Tahkim kararına karşı iptal davası açılmaması ihtimalinde, altı ay sürebilecek olan bir tahkim yargılaması yerine devlet mahkemelerine başvurulması yargılamanın ortalama %610 oranına kadar uzayabilmesine neden olabilmektedir.

Buna karşılık tahkim ile bu dezavantajların giderilmesi mümkündür. Nitekim deniz ticareti hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkimin uzun bir süredir devlet mahkemelerine oranla daha fazla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu bilinir ve bu

293 Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, ‘Adli İstatistikler 2017’ <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018 139.

durum genellikle teknik konulara ilişkin ihtilaflar içeren deniz ticareti hukuku uyuşmazlıklarının tahkimin bünyesine uygun olduğunu açıkça gösterir. Öyle ki teknik nitelikleri sebebiyle deniz ticareti hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların kısa sürede çözülebilmesi bakımından tahkimin uygunluktan öte bir gereklilik arz ettiğini söylemek dahi mümkündür.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkimin bir gereklilik olduğu sonucuna vardıldıktan sonra, Türkiye’de kurulmuş olan belirli kurumsal tahkim merkezleri tarafından bu gerekliliğin sağlanıp sağlanmadığı incelendiğinde, Türkiye’de hâlihazırda kurulmuş olan tahkim merkezlerinin, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yeteri kadar görev alamadığı ve deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözümü için ayrı bir tahkim merkezinin kurulmasının gerektiği sonucuna varılmıştır.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde en çok tercih edilen kurallar ve deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların görüldüğü kurumsal tahkim merkezlerinin incelenmesi sonucunda Londra, New York, Hong Kong, Paris ve Moskova gibi merkezlerin dışında Pire, Dubai ve Vancouver gibi farklı şehirlerde de deniz ticareti tahkiminin gelişiminin amaçlandığı ve pek çok tahkim merkezinin kuruluş aşamasında buldukları ülke hükümetleri tarafından desteklendiği görülmüştür.

Böylece Türkiye’de bir deniz ticareti tahkim merkezinin kurulmasının gerekli olduğu sonucuna varıldıktan sonra, bu merkezin ideal yapısı inceleme konusu yapılmıştır. Tahkimin ve özellikle de *ad hoc* tahkimin ülkemizde henüz yeteri kadar yaygınlaşmamış olması nedeniyle, deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözülmesi için kurumsal tahkimin tercih edilmesi önerilmiştir. Ayrıca incelenen kurum ve kurallar uyarınca dünya çapındaki genel eğilimin, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklara dair kurumsal tahkim merkezleri oluşturulması yönünde olduğu tespit edilmiştir.

29 Kasım – 4 Aralık 1965 tarihleri arasında gerçekleşen tahkim konulu IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası’nda, tahkimin Türkiye’de teşkilatlanması konusu da ele alınmıştır. Odalar Birliği bünyesinde bir ticari tahkim divanı kurmak ve her odaya bir tahkim divanı bağlamak, burada bahsedilen fikirlerden olmuştur. Meslek kuruluşlarının özel bir tahkim teşkilatına ihtiyaçları olduğu görüşü de teklif ve temenniler arasında yer almıştır. Fakat bilindiği üzere, 2005-2010 yılları arasında TOBB Tahkim Divanı’na toplamda yalnızca 6 başvuru yapılmıştır. Dolayısıyla TOBB Tahkim Divanı’nın tahkimin yaygınlaşmasına katkı sağlayamamış olduğu görülmektedir.

Odalara tahkim divanı bağlanması görüşü deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından değerlendirildiğinde, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların ilgili odaya bağlanacak bir tahkim mahkemesinde çözümü gündeme gelmektedir. Bu durumda ilgili oda, DTO olmalıdır.

Esasen 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu gereği ilgililerin talebi halinde, ticari ve sınaî ihtilaflarda hakem olmak ve tah-

kim kurulları oluşturmak oda görevlerindedir. Dolayısıyla DTO nezdinde bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulması mevzuat gereği mümkün ve DTO'nun amaçlarının gerçekleştirilmesi için bir gerekliliktir. Ayrıca DTO nezdinde bir tahkim mahkemesi kurulması bunun dışında deniz ticaretinin kamu yararına, milli ulaştırma ve deniz ticareti politikasına uygun şekilde gelişmesine de katkı sağlayacaktır.

DTO nezdinde bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulması hukuken mümkünken, bir dernek veya enstitü bünyesinde yeni bir tahkim merkezi kurmaya ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Zira ülkemizde deniz ticareti alanında faaliyet gösterenlerin çoğu hâlihazırda DTO üyesidir ve bu kişiler olası bir ihtilaf halinde tanımadıkları bir dernektense DTO nezdindeki tahkim merkezi nezdindeki uyuşmazlık çözümüne başvurmayı tercih edeceklerdir. DTO üyeleri, kendilerini DTO çatısı altında güvence altında hissedecek, problem bir nevi evde çözülecektir. DTO üyesi olmayan kişilerin deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarının da bu tahkim merkezi bünyesinde görülmesine elbette hiçbir engel yoktur.

DTO nezdinde bir tahkim merkezinin kuruluşu prosedürel açıdan da daha basit olacaktır; zira böyle bir oluşum için yeni bir kanun çıkarılmasına ihtiyaç yoktur. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu hâlihazırda böyle bir yetki ve görevi içermektedir. Oluşturulacak bir komisyonca hazırlanan kurallar ve yönetmeliklerin Oda Meclisi kararı ile yürürlüğe girmesi mümkündür.

Sektörel tahkimlerde görülen sirküle edilme, kara liste gibi uygulamalar ve bu tür kurumsal tahkimlerin uzman olması, üyelerine ucuz bir yargılama hizmeti sunması gibi avantajlar sayesinde DTO nezdindeki bir sektörel tahkim tercih edilebilir olacaktır. Nitekim uygulamada başarılı görülen tahkim merkezlerinin birçoğunun, belirli bir ticari ya da bölgesel niteliği sebebiyle başarılı olduğu belirtilmektedir. Bunun dışında belirli sektörlerde faaliyet gösteren tacirler üzerinde, o sektörde yer alan birlik ya da odaların bünyesindeki tahkim mahkemelerinin kararlarının çok daha farklı bir tesire sahip olduğu ifade edilmiştir.

Türkiye'de kurulması muhtemel deniz ticareti tahkim merkezi için düzenlenmesi gereken tahkim kurallarının tek bir kaynağa bağlı kalarak kaleme alınmaması gerekir. Kurulması muhtemel deniz ticareti tahkim merkezinin kurallarının düzenlenmesi amacıyla, içerisinde hukukçuların ve denizcilik alanında uzmanların yer aldığı bir komisyon oluşturulması gerekecektir. Komisyon tarafından GMAA, ISTAC, LMAA, ICC tahkim kuralları, UNCITRAL kuralları ve dünyanın önemli tahkim merkezlerinin kural ve işleyişleri; örneğin hakem seçim ve tayini gibi her bir bahiste tek tek incelenmeli ve kurallar MTK'nın emredici hükümlerine uygun olarak düzenlenmelidir. Nitekim kuralların hazırlanması aşamasında tahkim kararının iptaline yol açabilecek veya kararın tenfizine engel olabilecek hükümlere yer verilmemesine de özen gösterilmelidir. Şüphesiz, kurulacak komisyonca yer alan denizcilik uzmanlarının, bah-

sedilen kurallarda yer almayan fakat deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne kolaylık sağlayacak olan önerileri de önemle dikkate alınmalıdır. Zira tek bir kaynağa bağlı kalınarak oluşturulan kuralların ihtiyaç duyulan faydayı sağlaması pek mümkün görünmemektedir. Nitekim ISTAC kuralları hazırlanırken de çeşitli tahkim merkezi yapıları incelenerek bu modellerden ikisi seçilmiş, çalışma grubu tarafından yerinde incelemeler yapılmıştır.

Tahkimin tabi olduğu kurallar bakımından genel olarak Türkiye’nin Avrupa ülkelerinden bir farkının bulunmadığı, hukuki avantajlar dışında Türkiye’nin uluslararası tahkimin gerektirdiği fiziki ve beşeri imkânlarla da sahip olduğu; bunun dışında tarihi, kültürel ve coğrafi konumuyla da Türkiye’nin yabancı unsurlu tahkimler bakımından avantajlı olduğu belirtilmektedir.

DTO nezdinde bir deniz ticareti tahkim merkezi kurulmasının, ülkemizde deniz ticaretine ilişkin tahkimin gelişime açık olması sebebiyle bir ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Böyle bir tahkim merkezinin kurulması ve popüler hale gelmesiyle birlikte öncelikle Türkiye’de deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı ve ucuz bir şekilde alanında uzman ve saygın hakemler tarafından çözülebileceği güvenilir bir merkez oluşturulmuş olacaktır.

DTO nezdinde bir tahkim merkezinin kurulması Türk deniz ticareti hukukunun daha da gelişimine hizmet edecek, taraflar onay verdikçe anonim bir şekilde yayınlanacak olan tahkim kararları ile benzer davalarda istikrar sağlanacak, kararların yabancı dillere de çevrilmesiyle birlikte kararların başka davalarda da emsal teşkil edebilmesinin ve aynı zamanda gerek tahkim merkezinin gerek Türkiye’nin deniz ticareti hukuku konusundaki tanınırlığın artırılmasının yolu açılacaktır. DTO tahkim merkezi, gelecekte Türkiye’nin deniz ticareti hukuku alanında önde gelen merkezlerden biri olabilmesine hizmet edecektir. Ayrıca uyuşmazlıkların kısa sürede ve makul ücretlerle çözümü deniz ticareti sektörüne şüphesiz büyük katkı sağlayacaktır.

Bunun dışında uzman bir deniz ticareti tahkim merkezinin varlığı ve yaygınlığı, devlet mahkemelerinde sürüncemede kalmakta olan davaların ve iş yoğunluğunun azaltılmasına, böylece devlet mahkemeleri nezdindeki yargılamaların da hızlanmasına dolaylı bir şekilde katkı sağlayabilir.

Paralel bir şekilde, DTO tarafından arabuluculuk, uzlaştırma ve hakem-bilirkişilik hizmetlerinin verilmesinin de sektöre ve deniz ticareti hukukunun gelişimine fayda sağlayacağı kanaatindeyiz.

Kaynakça / References

- — ‘2014 Domestic Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/e_domestic_2014.pdf> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘2014 HKIAC Domestic Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/domestic-arbitration-rules> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘2017 Statistics’ <www.hkiac.org/about-us/statistics> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘2017 Statistics’ <www.lmaa.london/event.aspx?pkNewsEventID=208da443-7800-4720-84b3-7f4f3f5fc9ce> erişim 7 Ekim 2018
- — ‘2017 Yılı Yargıtay Hukuk Daireleri İş Bölümü’ (01.02.2017) <<http://www.baroturk.com/2017-yili-yargitay-hukuk-daireleri-is-bolumu-26294h.htm>> erişim 17 Haziran 2018
- — ‘About HKIAC’ <www.hkiac.org/about-us> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘About’ <<https://vmaa.org/home/>> erişim 18 Eki 2018
- — ‘About Us’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/pages/2/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘About Us’ <www.scma.org.sg/about_us.html> erişim 14 Kasım 2018
- — ‘Ad Hoc Proceedings’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Services_in_ad_hoc_proceedings.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Administrative Fee’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/fees/1/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Advantages’ <<http://mac.tpprf.ru/en/mac-advantages/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘All Arbitrators’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/list-of-arbitrators/all-arbitrators/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘AMTAC Rules 2016’ <<http://amtac.org.au/amtac-rules-2016/>, 18 Ekim 2018> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Appointment of Arbitrators’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/6_candidate.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Arbitration’ <www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/privates-wirtschaftsrecht/aussergerichtliche-streitbeilegung/arbitration> erişim 6 Ekim 2017
- — ‘Arbitration Costs’ <<https://unum.world/arbitration/arbitration-costs/>> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Arbitration Rules’ <www.emac.org.ae/en/EMACRules/ArbitrationRules> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Arbitration Rules’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Arbitration-Rules> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Arbitration Rules’ <<https://unum.world/arbitration/arbitration-rules/>> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Arbitrators’ <<http://mac.tpprf.ru/en/Arbiters/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Arbitrators 2018’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/members/?layout=arbs> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Areas of Work’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/generalites/area-of-work/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Articles Arbitration Rules & Annexes Mediation Rules Schedule of Fees & Expenses’ <www.arbitrage-maritime.org/us/PDFEN/Arbitration.pdf> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Asia’s Choice Maritime Arbitration Hub’ <www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 14 Kasım 2018
- — ‘Best Practice Guidelines of Nordic Offshore and Maritime Association (Guidelines)’ <https://docs.wixstatic.com/ugd/7f5153_263b902980ec40e8b662e54f8f898b93.pdf> erişim 25 Ekim 2018

- — ‘Brief Introduction’ <<https://unum.world/about-unum/>, 20 Ekim 2018> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Board’ <<https://gmaa.de/en/about-gmaa/board>> erişim 18 Ağustos 2018
- — ‘Bruce Harris’ <www.lmaa.london/membership-details.aspx?id=728> erişim 7 Ekim 2018
- — ‘China Maritime Arbitration Commission Arbitration Rules’ <<http://www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2018/09/2018□□□□□□.pdf>> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘Documents’ <www.nordicarbiration.org> erişim 25 Ekim 2018
- — ‘EMAC Panel’ <www.emac.org.ae/en/EMACPanel/Pages/default.aspx> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Facilities & Services’ <<https://amtac.org.au/facilities-and-services/>> erişim 18 Ekim 2018.
- — ‘Features of Tomac Arbitration’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/1_feature.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Fee Scheldule of Arbitration’ <www.cmac.org.cn/?page_id=1357&lang=en> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘Fees’ <www.hkiac.org/arbitration/fees> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Fees&Costs’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Fees-and-Costs> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Fees and Costs’ <www.emac.org.ae/en/HowItWorks/FeesAndCosts> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Fees and Expenses Schedule’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/fees-and-expenses-schedule/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Fenike Medeniyeti (Uygurluğı)’ <www.tarihbilimi.gen.tr/makale/fenike-medeniyeti-uygarligi> erişim 06 Kasım 2017
- — ‘German Maritime Arbitration Association’ <<https://gmaa.de/start>> erişim 29 Ekim 2017
- — ‘German Maritime Arbitration Association (GMAA)’ <www.maritimeadvocate.com/arbitration/german_maritime_arbitration_association_gmaa.htm> erişim 29 Ekim 2017
- — ‘GMAA-By Whom?’ <<https://gmaa.de/en/arbitration/faq-for-arbitration/gmaa-arbitration-by-whom>> erişim 14 Mayıs 2018
- — ‘GMAA Satzung’ <<https://gmaa.de/en/about-gmaa/articles-of-association>> erişim 02 Mart 2018
- — ‘Guide to Conciliation at JSE’ <www.jseinc.org/en/tomac/conciliation/conciliation_rules.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi’nin bazı yer 1 ve 2. bölge adli yargı hâkimleri ile Cumhuriyet başsavcı v. ve Cumhuriyet savcılarının yetkilerinin belirlenmesine ilişkin 10/07/2012 tarihli ve 1888 sayılı kararı’ <www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e4764f46-c2d0-49a0-9c66-680f95ea84a6.pdf> erişim 17 Haziran 2018
- — ‘Hakkımızda’ <www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/hakkimizda.aspx> erişim 24 Haziran 2018
- — ‘Hakkımızda’ <www.itotam.com/Hakkimizda.aspx> erişim 25 Ağustos 2018
- — ‘History’ <www.lcia.org/LCIA/history.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘HKIAC Mediation Rules’ <www.hkiac.org/mediation/rules/hkiac-mediation-rules> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Hong Kong International Arbitration Centre Short Form Arbitration Rules’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/e_shortform.pdf> erişim 20 Ekim 2018

- — ‘Hong Kong International Arbitration Centre Small Claims Procedures and ‘Documents Only’ Procedures’ <www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Small_Claims_and_%27Documents%20Only%27_Procedures.pdf> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘ICC/CMI Rules’ <www.transportrecht.de/transportrecht_content/1024917209.pdf> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Initiating Proceedings’ <<https://vmaa.org/initiating-proceedings/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘International Arbitration’ <www.whitecase.com/sites/whitecase/files/qmul-international-arbitration-survey-2015-infographic.jpeg> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Introduction’ <<https://amtac.org.au>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Introduction’ <www.cmac.org.cn/?page_id=283&lang=en> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘İstanbul Tahkim Merkezi – Rakamlarla İSTAC’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf> erişim 15 Haziran 2018
- — ‘İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları’ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/03/istac_tahkim_kurallari_v3_TR.pdf> erişim 15 Haziran 2018
- — ‘İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Arabuluculuk Kuralları’ <www.itotam.com/Arabuluculuk_Kurallari_2603218.pdf> erişim 24 Ağustos 2018
- — ‘İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları’ <www.itotam.com/Dosyalar/2018/ITOTAM%20Tahkim%20Kurallari-%202017.pdf> erişim 25 Ağustos 2018
- — ‘Jan Wölper’ <<https://cms.law/en/DEU/People/Jan-Woelper>> erişim 18 Ağustos 2018
- — ‘LCIA Arbitration Rules (2014)’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘LCIA Mediation Rules’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘List of Members Hong Kong Maritime Arbitration Group’ <www.hksoa.org/hksoa_pdf/MAG_Arbitrators.pdf> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘LMAA FALCA Rules’ <www.lmaa.london/terms-falca-terms-and-notes.aspx> erişim 7 Ekim 2018
- — ‘Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation’ <<http://mac.tpprf.ru/en/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Maritime Arbitration Group’ <www.hksoa.org/maritime_arbitration_group.html> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Maritime Arbitration in New York’ <www.smany.org/arbitration-maritime-new-york.html> erişim 06 Kasım 2017
- — ‘Maritime Arbitration Rules’ <www.smany.org/arbitration-rules-mar-14-2018.html> erişim 13 Ekim 2018
- — ‘Mediation’ <www.hkiac.org/mediation> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Mediation Costs’ <<https://unum.world/mediation/mediation-costs/>> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Mediation Rules’ <www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2017/11/mediation_rules.pdf> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘Mediation Rules’ <www.emac.org.ae/en/EMACRules/MediationRules> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Mediation Rules’ <www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Mediation-Rules> erişim 18 Ekim 2018

- — ‘Monthly Maritime Korea (December 2012)’ <www.scma.org.sg/pdf/seminar201212Eng-News.pdf> erişim 19 Ağustos 2018
- — ‘New name TAMARA: UNUM Arbitration & Mediaton’ <www.rotterdammaritimeservices.com/new-name-tamara-unum-arbitration-mediaton/> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘News Alert’ <<https://twitter.com/iHKIAC>> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Nordic Offshore and Maritime Arbitration Association (NOMA): Could the Nordic Maritime Model Attract a Wider Audience?’ <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/26/nordic-offshore-and-maritime-arbitration-association/>> erişim 25 Ekim 2018
- — ‘Panel of Arbitrators’ www.scma.org.sg/arbitrators_panel.html> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘Piraeus Open For Arbitration Work: Piraeus is One Step Closer to Realising its Ambitions of Becoming a Centre Where Maritime Disputes are Settled’ TradeWinds (19 Mayıs 2006) <www.mararbpiraeus.eu/index.php/testimonial/6> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Preparation for The Arbitration Procedure’ <www.jseinc.org/en/tomac/guide/2_preparation.html#WHAT> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Rules’ <<http://mac.tpprf.ru/en/rules/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Rules’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/chapters/?layout=full> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Rules’ <<https://vmaa.org/vmaa-rules/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Rules for Conciliation’ <<http://www.smany.org/conciliation-rules.html>> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘Salvage Arbitration Rules’ <www.smany.org/salvage-rules-jan-1-2010.html> erişim 13 Ekim 2018
- — ‘Schedule of Costs’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Schedule of Fees’ <<http://amtac.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/AMTAC-Rules-Schedule-of-Fees.pdf>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Schedule on Fees and Costs’ <<http://mac.tpprf.ru/en/schedule-on-fees-and-costs/>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Schedule of LCIA Mediation Costs’ <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Costs.aspx> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘SCMA Asia’s Choice Maritime Arbitration Hub’ <https://www.scma.org.sg/pdf/aboutus_scmaGlance.pdf> erişim 19 Ağustos 2018
- — ‘Search the AMTAC Panel of Arbitrators’ <https://acica.org.au/amtac-arbitrator-panellist-search/#!directory>> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Service’ <www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/home/> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Shortened Arbitration Procedure’ <www.smany.org/arbitration-S-rules-sep-15-2010.html> erişim 13 Ekim 2018
- — ‘SMA Rules For Mediation 2016’ <www.smany.org/mediation-rules.html> erişim 14 Ekim 2018
- — ‘The History of The LMAA’ <www.lmaa.london/about-us-History.aspx> erişim 7 Ekim 2018
- — ‘The Piraeus Association for Maritime Arbitration (PAMA)’ <www.mararbpiraeus.eu/index.php/base/en> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘The LMAA Terms’ <www.lmaa.london/terms2017.aspx> erişim 7 Ekim 2018
- — ‘The new Nordic Offshore and Maritime Arbitration Association’ <<https://gorrissenfederspiel.com/en/knowledge/articles/the-new-nordic-offshore-and-maritime-arbitration-association>> erişim 25 Ekim 2018

- — ‘Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları’ <www.izto.org.tr/tr/ticari-uzlastirma-ve-ticari-tahkim-esaslari> erişim 15 Haziran 2018
- — ‘TOBB Tahkimi ve Tahkim Sözleşmesi’ <www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/TOBBTahkimiveTahkimSozlesmesi.php> erişim 15 Haziran 2018
- — ‘TOMAC Arbitral Awards’ <www.jseinc.org/en/tomac/award/index.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘TOMAC Arbitration and Conciliation’ <www.jseinc.org/en/tomac/index.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘TOMAC Arbitrators’ <www.jseinc.org/search/temp/meibo/arbitrator_search_en.html> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Tüzük’ <www.utikad.org.tr/Tuzuk.aspx> erişim 15 Haziran 2018
- — ‘U.S. Code: Title 9 – Arbitration’ <www.law.cornell.edu/uscode/text/9> erişim 13 Ekim 2018
- — ‘Uluslararası İşbirliği Anlaşmaları ve Yürütülen Projeler’ <www.itotam.com/Isbirlikleri.aspx> erişim 25 Ağustos 2018
- — ‘UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)’ <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> erişim 19 Ağustos 2018
- — ‘Welcome to LCIA Online Filing’ <<https://onlinefiling.lcia.org>> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘Where We Are’ <www.maritimearbitration.com/Where-We-Are> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Who We Are’ <www.maritimearbitration.com/Who-We-Are> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Who We Are’ <www.emac.org.ae/en/Pages/default.aspx> erişim 18 Ekim 2018
- — ‘Why’ <www.nordicarbitration.org> erişim 25 Ekim 2018
- — ‘Why Use SCMA’ <www.scma.org.sg/about_us.html> erişim 19 Ağustos 2018
- — ‘Wie Alles Begann’ <<https://gmaa.de/de/gmaa-intern/historie-neu>> erişim 29 Ekim 2017
- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, ‘Adli İstatistikler 2017’ <www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> erişim 17 Haziran 2018
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4. bası, Vedat 2016)
- Balcı M, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* (Danışman 1999)
- Bican B, ‘Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi, Görev Belgesi ve Usulü’ (2015) 29 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1
- Bozkurt Bozabalı B, ‘Deniz Ticaret Hukukunda Tahkim: Nasıl Yapmalı? Hangisini Seçmeli?’ (Kasım 2016) İMEAK Deniz Ticaret Odası Tahkim, Hakemlik ve Arabuluculuk Eki 19
- Cartoni B, ‘The Expedited Procedure in Maritime Arbitration: An Overview’ (2017) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970025> erişim 15 Ekim 2018
- Connerty A, ‘Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü; Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları; Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği’ *Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu* (Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa 2009) 11
- Cortazzo Jr. R J, ‘Development and Trends of the Lex Maritime from International Arbitration Jurisprudence’ (2012) 43/2 Journal of Maritime Law & Commerce 255
- Covo J, ‘Türkiye’de Kurumsal ve Mesleki Tahkim Merkezleri ve Dünyadaki Örnekleri’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 175
- Çalışkan Z, ‘Fındık İhracatında Uyuşmazlıkların Tahkim Yöntemiyle Çözümü: ISTAC ve TNA’ (2017) 37/2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 230

- Davydenko D, ‘Resolution of Marine Insurance Disputes: the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of Russia’ (2018) <<http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2018/10/Resolving-marine-insurance-disputes-at-the-Maritime-Arbitration-Commission.pdf>> erişim 15 Ekim 2018
- Demir Gökyayla C, ‘Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim’ ed. Mehmet Murat İnceoğlu, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, (C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 161
- Duthie L, Delaney J, Williams E, ‘Australia’ *The Baker&McKenzie International Arbitration Yearbook* (Juris 2015) 15
- Ekşi N, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2010)
- Ertan K, ‘Deniz Hukuku’nda Londra’da Tahkim’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2010)
- Gayer C, Weimann T., ‘Germany International Arbitration 2017’ ed. Joe Tirado, *International Arbitration* (3. bası, Global Legal Insights 2017) 163
- Göktürk S, ‘Sigorta Tahkim Uygulaması’ (2017) Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans, Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı Bahar Dönem Ödevi <www.academia.edu/33751355/Sigorta_Tahkim_Uygulaması> erişim 25 Ağustos 2018
- Harris B, ‘Maritime Arbitration: ad hoc v. administered’ (2001) *Asian Dispute Review* 6
- Jakobsen E W, Mellbye C S, Sörvig, Ø S, ‘The Leading Maritime Capitals of the World’ (22/2015, Menon Business Economics, Menon Publication 2015)
- Karademir E, ‘Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması’ (2012) 32/2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 73
- Karasu R, ‘Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2016) 26 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 49
- Karayalçın Y, Olgaç S, Kalpsüz T, Kutay İ, Bozer A., ‘Türkiye’de Hakemliğin Teşkilatlanması Konusunda Teklifler’ (Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 29 Kasım – 4 Aralık : Bildiriler - Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 697
- Kayıhan Ş, Ünlütepe M., ‘Sigorta Tahkim Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklarda Hükmedilecek Vekâlet Ücreti’ (2017) 12 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109
- Khader, M, ‘A Study on Maritime Cases Handled By Law Firms in the UAE’ (Emirates Maritime Arbitration Centre, 2018) <<https://www.emac.org.ae/DocumentLibrary/2018%20White%20Paper%20-%20Maritime%20Cases%20Handled%20by%20Law%20Firms%20in%20the%20UAE.pdf>> erişim 20 Ekim 2018
- Küçükgüngör E, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği’ (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137
- McIlwrath M, Savage J, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (Kluwer Law International 2010)
- Özdamar, M, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’ (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831
- Patrick M, Leonard S, ‘Emirates Maritime Arbitration Centre (EMAC) Established in Dubai’ (28 Nisan 2016) <<https://www.clydeco.com/insight/article/emirates-maritime-arbitration-centre-emac-established-in-dubai>> erişim 18 Ekim 2018
- Paulsson J, Rawding N, Reed L, *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts* (Kluwer Law International 2011)

- Pekcanitez H, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (2012) 2 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan 635
- — ‘Soru ve Cevap’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 183
- Queen Mary University of London, School of International Arbitration, White&Case ‘2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration’ <www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf> erişim 20 Ekim 2018
- — ‘2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration’ <[www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)> erişim 6 Kasım 2018
- Saraç M, Başar R, ‘Amerikan Ekonomisindeki Borçluluğun Altın Fiyatlarına Etkisi’ (2015) 5/2 Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1
- Scheel P C, ‘International Commercial Arbitration in Maritime Manners’ ed. Alexander Trunk, Valerij A. Musin, *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective* (LIT Verlag Münster 2004) 160
- Strube F, ‘German Maritime Arbitration Association – arbitration and/or mediation?’ (2003) BIMCO Review 180
- Şanlı C, ‘Uluslararası Tahkimde Türkiye’nin Avantaj ve Dezavantajları’ ed. Emre Esen, Ahmet Akcan, *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı* (Adalet 2013) 151
- — *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6. bası, Beta 2016)
- — Esen E, Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. bası, Vedat Kitapçılık 2018)
- Şit B, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (İmaj 2005)
- Tetley W, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime* (International Shipping Publications 1994)
- Trappe J, ‘Arbitration in Germany – some aspects and comparison of law’ (2013) 3 SchiedsVZ <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/trappe23102012.pdf>> erişim 5 Şubat 2018
- Tsavidaridis A D, ‘Piraeus to Become An Alternative Maritime Arbitration Centre’ *Naftemporiki* (1 Haziran 2012) <<http://www.mararpiraeus.eu/index.php/testimonial/34>> erişim 18 Ekim 2018
- Wölper J, ‘Maritime Arbitration in Germany’ ed. Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michale Kröll, Patricia Nacimientto, *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice* (Wolters Kluwer Law & Business 2017) 889
- — Harbs G, Fischer F, Mallach E, ‘International Congress of Maritime Arbitrators GMAA Text’ <<http://icma2017copenhagen.org/download/ICMA%20GMAA.pdf>> erişim 18 Ekim 2018.
- Yeşilova Aras E, Yeşilova B, ‘Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)’ (2013) 8 Journal of Yaşar University 275



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Alanya Yabancılar Meclisi: Yabancıların Yerel Yönetime Katılım Örneği

Necla Öztürk*

Güven Yazar**

Öz

Türkiye’de özellikle Ege ve Akdeniz bölgelerinin kıyı şeridinde yerleşik yabancı nüfus gittikçe artmaktadır. Nitekim Göç İdaresi Genel Müdürlüğü verilerine göre Türkiye’de yasal olarak ikamet eden yabancı nüfus 2005 yılında 178.964 iken, 2016 yılında bu sayı 461.217’ye yükselmiştir. Yine bu veriler uyarınca yabancı nüfusun yoğun olduğu şehirlerden biri de, 53.278 ikamet iznine sahip yabancı ile Antalya’dır. Antalya’da ise merkez ilçe Muratpaşa’dan sonra, en fazla yabancı nüfusa sahip ilçe Alanya’dır. Avrupa ülkelerinde yabancı nüfusun yoğun olduğu bölgelerde yerel yönetime katılma şeklinin bir örneği olarak Yabancılar Meclisi modeline rastlanmaktadır. Bu modelin Türkiye’deki ilk örneği ise; çok sayıda yerleşik yabancının yaşadığı Alanya’da 2004 yılında kurulan Alanya Yabancılar Meclisidir. Esas itibarıyla Alanya Yabancılar Meclisinin tanıtılmasının amaçlandığı bu çalışmada öncelikle yönetime katılma kavramı ve türleri üzerinde durulmuş; daha sonra Alanya Yabancılar Meclisinin kuruluşu, tarihçesi, amacı ve etkinlikleri gibi konular hakkında bilgi verilmiş; son olarak Kent Konseyleri ile Alanya Yabancılar Meclisi ilişkisine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yabancı • Yerleşik yabancı • Yönetime katılma • Alanya Yabancılar Meclisi • Kent konseyi

Alanya Foreigners Council: The Example of Participations of Foreigners in Local Administration

Abstract

Residents foreign population is on the rise in Turkey, especially on the coast of the Aegean and Mediterranean Regions. As per the data of the General Directorate of Immigration Administration, in Turkey the legal residents foreign population was 178.964 in 2005, it increased to 461.217 in the year 2016. According to this data, one of the cities where the foreign population is dense is Antalya with 53,278 residence permits issued to foreign nationals. In Antalya, the district of Muratpaşa is most populated and then it is the district of Alanya. In the European countries where the foreign population is high in number and dense, the Foreigners’ Council model is an example of how to participate in local governance. The first example of this model in Turkey; is the Alanya Foreigners Council established in 2004, where a large number of resident foreigners reside. This article aims to introduce Alanya Foreigners Council, types of participation in governance, establishment, history, purpose and related activities of the Alanya Foreigners Council. Finally, the article will delve into the relation between the City Council and Alanya Foreigners Council and their respective contributions.

Keywords

Foreign • Resident foreign • Participation of governance • Alanya Foreigners Council • City council

* **Sorumlu Yazar:** Necla Öztürk (Doç. Dr./Assoc. Prof.), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, Antalya, Türkiye. Eposta: ozturknecla@akdeniz.edu.tr

** **Güven Yazar** (Arş. Gör./Res. Asst.), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Antalya, Türkiye. Eposta: guvenyazar@akdeniz.edu.tr

Atf: Necla Öztürk ve Güven Yazar, “Alanya Yabancılar Meclisi: Yabancıların Yerel Yönetime Katılım Örneği” (2018) 38 PPIL 423, 440 <https://dx.doi.org/ppil.2018.38.1.0102>

Extended Summary

The geographical location of Turkey is a strong attraction for foreigners to settle which covers, natural beauty, has social and cultural significance during different eras of history. As a consequence of being seen as an attractive choice for elderly population of European Union to predominantly settle by the Mediterranean coast, including being the transit country for Asian citizens unable to find jobs in their home countries. Turkey's immigration has been progressively intense in the recent years. Population of resident foreigners is increasing, especially around Turkey's coastline. Antalya has become one of the leading cities where the foreign population is centered around the coastline as well. After the central district of Muratpaşa's, Alanya has the highest foreign population in the city.

In certain European countries, especially in the regions where the foreign population is dense, there are Foreigners Committees, by way of an example, which participate in the local governance by taking into account human rights and general emancipations. Thus, attempted active participation is ensured for local residents into the local governance by taking into consideration of the freedom of expression, meeting and association related rights. The first example of the Foreigners Committee model in Turkey is at Alanya, founded in 2004 with the objective of addressing complaints and suggestions of foreigners; strengthening their harmony with the people of Alanya and increasing their participation in the local governance.

The aim of this study is examining the Foreigners Committee of Alanya being the first model of foreign participation in the local governance in Turkey.

The concept of participation in management is defined in the literature in the first part of our study. In this section, the forms of participation in the classical approach such as the right to vote, the right to petition, the publication of the advertisement(s), the right to use and petition the press, the distribution of the papers and the new forms of participation in the management which have emerged in the recent years such as - active participation-oriented initiatives, non-governmental organizations, electronic democracy and internet are examined with regards to Foreigners Committee of Alanya. Additionally, the participation of foreigners in local governance in Turkish law is discussed in terms of constitutional and legal regulations related to its productive efforts and changes capable of being implemented.

In the second part of the study; Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at the Local Level, not signed yet by Turkey was informed and Foreigners Committee of Alanya was introduced. In this context; the formation and history, the purpose, some activities carried out in line with this purpose of Committee were explained. Besides, the membership, the expiry of the membership, the parliamentary meeting, the place of the meeting, decision-making and the implementation of the decisions of the Committee were detailed to report changes further.

In the third part of the study; the relationship between the Committee and City Councils was discussed. In this context, the place of City Councils, which the representatives of local authorities and citizenships participate and which aim to implement concepts such as publicity, transparency, locality and governance with legal regulations in Turkish law, is discussed. Further, the relationship between the Foreigners Committee of Alanya and City Councils was examined in terms of the right of foreigners to participate in the local governance and the evaluations made under Turkish law.

Our study would be limited to by giving assessments and recommendations from various aspects and the evaluations of our results with suggestive recourses. In our opinion, the existence of voluntary organizations in which individuals develop their social and democratic skills by acting freely such as the Foreigners Committee of Alanya is extremely important for democracy and civil society. For all these reasons, to increase the number of such organizations taking into account human rights, fundamental freedoms, economic and social development; to realize and secure the ideals which are common heritage of humanity and to make the necessary legal arrangements especially in the cities where foreign population is intense will be appropriate. As a result, when the participation of foreigners in the public life is ensured, they will be given the opportunity to express themselves strongly and there will be an understanding local government that allows the views and thoughts of the settled foreigners to be taken to implement and enforce legislation that prioritizes participation as well.

Alanya Yabancılar Meclisi: Yabancıların Yerel Yönetime Katılım Örneği

Giriş

Son yıllarda Türkiye'nin özellikle Ege ve Akdeniz bölgelerinin kıyı şehirlerine emekli yabancıların yerleşmek ya da uzun süreli yaşamak amacıyla geldikleri görülmektedir¹. Yabancıların yerleşmek niyetiyle en fazla ilgi gösterdiği illerden biri de Antalya'dır². Antalya Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğünden 23 Şubat 2018 tarihinde Bilgi Edinme Kanunu³ kapsamında edinilen bilgilere göre, 2018 yılı Şubat ayı itibarıyla Antalya ve çevre ilçelerde ikamet iznine sahip yabancı nüfus 53.278'dir (Merkez: 23.325, Akseki: 6, Aksu: 565, Alanya: 13.293, Demre: 77, Döşemealtı: 588, Elmalı: 25, Finike: 141, Gazipaşa: 117, Gündoğmuş: 1, İbradı: 1, Kaş: 659, Kemer: 2.940, Kepez: 4.530, Konyaaltı: 10.137, Korkuteli: 46, Kumluca: 188, Manavgat: 4.012, Serik: 1.290, Diğer: 20)⁴. Görüldüğü üzere, Antalya'da, merkez ilçe Muratpaşa'dan sonra, en fazla yabancı nüfusa sahip ilçe Alanya'dır. Çok sayıda yerleşik yabancıların yaşadığı Alanya'da yabancıların dilek, şikâyet ve önerilerinin dikkate alınması, Alanya halkı ile uyumunun güçlendirilmesi ve yerel yönetime katılımının artırılması gibi amaçlarla 2004 yılında Alanya Yabancılar Meclisi kurulmuştur. Yabancı nüfusun yoğun olduğu Avrupa ülkelerinin bazı şehirlerinde Yabancılar Meclisine rastlansa da bu modelin Türkiye'deki ilk örneği Alanya Yabancılar Meclisidir⁵. Alanya Yabancılar Meclisi, başlangıçta, karşılıklı talep ve görüşlerin ortaya konduğu gayri resmî bir oluşum iken, Kent Konseyi Yönetmeliğinin⁶ 2006 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte Alanya Kent Konseyinin çalışma gruplarından birisi olarak bugünkü statüsünü kazanmıştır⁷.

Bu çalışmanın amacı, yabancıların yerel yönetime katılımı konusunda yasal herhangi bir zorunluluk olmamasına rağmen tamamen gönüllülük esasıyla kurulan ve gelişen Alanya Yabancılar Meclisini tanıtmaktır. Bu çerçevede çalışmanın ilk bölümünde öncelikle yönetime katılma kavramı ve türleri üzerinde durulacak ve yöne-

1 Zerrin TOPRAK, 'Yabancı Emekli Yerleşiklerin Yerelde Kamusal Hayata Katılım İstekliliği ve Yerel Halkla İlişkileri (Antalya İçin Bir Yaklaşım)', [2009/7(2)] Yönetim Bilimleri Dergisi, 102; 2011 yılından itibaren buna geçici koruma statüsündeki Suriye vatandaşları da eklenmiştir. Zira Suriye'de yaşanan iç karışıklık sonucunda Türkiye'nin açık kapı politikası izlemesi nedeniyle Türkiye'ye yerleşen Suriyeli nüfusta ciddi bir artış meydana gelmiştir.

2 Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından, Suriye'den Türkiye'ye gelenler için 10 ilde geçici barınma merkezleri kurulmuştur. Bu iller; Hatay, Gaziantep, Şanlıurfa, Kilis, Mardin, Kahramanmaraş, Osmaniye, Adıyaman, Adana ve Malatya'dır. Antalya'nın turistik konumu dikkate alınmış ve Antalya'ya geçici barınma merkezi kurulmamıştır.

3 RG: 24.10.2003-25269.

4 2016 yılı itibarıyla Antalya'da bulunan geçici koruma statüsündeki Suriyeli sayısı 366'dır. Antalya'nın 2016 yılı itibarıyla nüfusunun 2.328.555 olduğu düşünüldüğünde Antalya'da yasal olarak bulunan Suriyeli sayısının Antalya nüfusuna oranı % 0,02'dir: Göç İdaresi Genel Müdürlüğü 2016 Göç Raporu, Yayın No: 40, Nisan 2017 (2016 Göç Raporu) 78 <http://www.goc.gov.tr/files/files/2016_goc_raporu_pdf> accessed 30 August 2018.

5 2018 yılında Bursa Yabancılar Meclisinin kurulmasıyla Alanya Yabancılar Meclisi Türkiye'de tek olma vasfını yitirmiştir. Bursa Yabancılar Meclisi konusunda bilgi için bkz: <<http://www.bursakentkonseyi.org.tr/meclisler/icerik/bursa-kent-konseyi-yabancilar-meclisi>> accessed 1 September 2018.

6 RG: 08.10.2006-26313.

7 İbrahim Güray Yontar, *Avrupa Konseyi Kararlarında Yerleşik Yabancıların Yerel Düzeyde Seçme ve Seçilme Hakları*, (Seçkin Yayınları, Ankara 2011) 139 (Avrupa Konseyi).

time katılma modelleri ile Alanya Yabancılar Meclisi ilişkisi ele alınacaktır. İkinci bölümde ise Alanya Yabancılar Meclisinin kuruluşu, tarihçesi, amacı ve etkinlikleri gibi konular hakkında bilgi verilecek, son bölümde ise Kent Konseyleri ile Alanya Yabancılar Meclisi ilişkisine değinilecektir.

I. Yönetime Katılma Kavramı ve Türleri ile Alanya Yabancılar Meclisi İlişkisi

A. Yönetime Katılma Kavramı

Yönetime katılma farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanıma göre yönetime katılma, bireylerin kendileriyle ve yaşadıkları toplumla ilgili alınacak kararlarda ve çıkan problemlerin çözümünde söz sahibi olmaları ve yöneticilerle etkileşim içinde bulunmaları anlamına gelmektedir⁸. Bir başka tanıma göre, demokratik ülkelerde siyasal sistemde alınan kararları etkilemek amacıyla bireylerin yaptıkları eylemlerin tümüne yönetime katılma denilmektedir⁹. Diğer bir tanıma göre ise yönetime katılma, toplum üyesi bireylerin siyasal sistem karşısında karar, uygulama ve denetimler bakımından söz sahibi olmasıdır¹⁰. Yönetime katılma özellikle II. Dünya Savaşından sonra yaşam hakkının ardından toplumların en büyük sorunu hâline gelmiştir¹¹.

B. Yönetime Katılma Türleri ve Yabancıların Durumu

Yönetime katılma, çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bunlar; klasik anlamda yönetime katılma ve yeni yönetime katılma biçimleridir.

1. Klasik Anlamda Yönetime Katılma Biçimleri ve Yabancılar

Klasik anlamda yönetime katılma biçimleri; *oy kullanma, dilekçe hakkı, ilan yapıştırma, anket, bildiri dağıtma ve basını kullanmadır*¹².

Oy kullanma klasik anlamda yönetime katılma biçimlerinin en yaygın olanıdır. Türk hukukunda yabancıların oy kullanma hakkı bulunmamaktadır. Zira genel ve yerel seçimlerde oy kullanma hakkı sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir¹³.

Dilekçe hakkı da klasik anlamda yönetime katılımın en önemli biçimlerinden biridir. Yabancıların dilekçe hakkını kullanıp kullanamayacağı konusunda Türk huku-

8 Hacer Tuğba Eroğlu, 'Yönetime Katılma Biçimleri ve Yerel Yönetimlerde Demokratik Mekanizmalar' [2006/6(11)] Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 192.

9 Veynel Eren and Selim Kılıç, 'Yönetim-Yurttaş İlişkileri Bağlamında Yurttaşların Yerel Yönetime Katılımı ve Niğde İli Uygulaması' [2008/1(1)] Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi 42.

10 Özgür Önder, 'Yerel ve Yerel Demokrasinin Güçlendirilmesi Bağlamında Yerel Katılım' [2013/9(18)] Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 314-315.

11 Eren and Kılıç (n 9) 41.

12 Eroğlu (n 8) 194.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Necla Öztürk, 'Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı' [2013/33(1)] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 153 vd.

kunda anayasal düzenleme mevcuttur. Zira Anayasanın 74. maddesine göre, *vatan-daşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*. Anayasadaki bu açık düzenleme nedeniyle, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi hâlinde¹⁴ Türkiye’de ikamet eden yabancılar yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine dilekçe yoluyla başvurabilir.

İlân yapıştırma konusunda da Türk hukukunda vatandaş ile yabancı arasında herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun¹⁵ 7/g maddesine göre, büyükşehir belediyeleri ilân ve reklam asılacak yerleri, bunların şekil ve ebadını belirlemek konusunda yetkili kabul edilmiş; yabancılar yönelik herhangi bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Bu nedenle, yabancılar da ilân yapıştırmaya yönelik Türk hukukunda yer alan düzenlemelere riayet etmek suretiyle ilân yapıştırma hakkına sahiptir.

Anket hakkı konusunda da Türk hukukunda yabancılar yönelik bir kısıtlamaya rastlanılmamaktadır. Bu nedenle, yabancılar anket yapmak istedikleri konunun niteliğine göre mevzuattaki izinleri alarak (etik kurul raporu vs) Türkiye’de anket yapılabilir kanısındayız.

Basın hakkı Türk hukukunda anayasal güvence altına alınmıştır. Zira Anayasanın 28. maddesine göre, *basın hürdür; sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz*. Her ne kadar Anayasada açıkça yabancıların basın hakkını teminat altına alan bir hüküm yer almasa da yabancıların basın hakkına ilişkin bir kısıtlama da bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda yabancıların basın özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gereken haber alabilme, haberleri yorumlayabilme ve haberleri yayabilme hakkı bulunmaktadır¹⁶. Öte yandan, Bilgi Edinme Kanununun⁴ maddesinde *herkes bilgi edinme hakkına sahiptir* denilmek suretiyle hem Türk vatandaşları hem yabancıların bilgi edinme hakkı korunmuştur. Ayrıca, aynı maddede, Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin, talep ettikleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak koşuluyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde bu Kanun hükümlerinden yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, 4. madde uyarınca yabancılar faaliyet alanlarıyla ilgili bilgi ve belgeleri, karşılıklılık ilkesi çerçevesinde talep edebilir.

14 Karşılıklılık Karşılıklılık ahdî, kanunî veya fiilî olarak gerçekleşebilir. Karşılıklılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Süleyman Dost, ‘*Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi*’ [2015/5(2)] Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-37.

15 RG: 23.07.2004-25531.

16 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, (Savaş Yayınevi 2nd edn Ankara 2017) 139 vd. Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, (Beta Yayınevi 23rd edn İstanbul 2017) 111 vd.

2. Yeni Yönetime Katılma Biçimleri ve Alanya Yabancılar Meclisi

Son yıllarda ortaya çıkan ‘yeni yönetime katılma biçimleri’ ile ilgililer, yönetimi ve yönetimin aldığı kararları, bireysel, örgütlü veya örgütsüz olarak etkileyebilmekte, isteklerini, görüşlerini aktif bir şekilde ifade edebilmektedir¹⁷. Bu çerçevede değerlendirildiğinde başlıca yeni yönetime katılma biçimleri; *aktif katılım odaklı girişimler*, *sivil toplum kuruluşları* ve *elektronik demokrasi ve internettir*¹⁸.

Aktif katılım odaklı girişimler gönüllü katılım esasına dayanmakta olup¹⁹ mevcut sosyal ve siyasal yapı ile yakından ilgilidir. Kişiler kendilerini belirli bir sosyal hareket içinde görür ve sivil toplum olarak adlandırılan bir bütüne dâhil olarak örgütlenir²⁰. Bu tanım çerçevesinde Alanya Yabancılar Meclisinin aktif katılım odaklı bir girişim olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Tanımdaki unsurlar açısından değerlendirdiğimizde Alanya Yabancılar Meclisine katılımın gönüllülük esasına dayandığı açıktır. Ayrıca Alanya Yabancılar Meclisi, Alanya Belediyesi bünyesinde kurulduğu ve hâlihazırda faaliyetlerine belediye bünyesinde devam ettiği için mevcut sosyal ve siyasal yapı ile yakından ilgilidir. Dahası meclis üyeleri kendilerini belirli bir sosyal hareket içinde görerek örgütlenmiştir. Dolayısıyla Alanya Yabancılar Meclisinin aktif katılım odaklı girişimler arasında yer aldığı sonucuna ulaşılabilir kanısındayız.

Sivil toplum kuruluşları yeni yönetime katılma biçimlerinden bir diğeri olup; devlet örgütü dışında, birtakım siyasal, kültürel, ekonomik ve sosyal faaliyetleri yürüten gönüllü kuruluşlardır²¹. Sivil toplum kuruluşlarında görev alan üyeler toplumu çeşitli yönlerden olumlu etkileyebilir. Alanya Yabancılar Meclisi her ne kadar sivil toplum kuruluşu olarak nitelendirilemese de bünyesinde birçok sivil toplum kuruluşunu barındırmaktadır²².

Elektronik demokrasi ve internet teknolojinin gelişmesi ile birlikte son yıllarda ön plana çıkan yeni yönetime katılma biçimlerindedir. Günümüzde devletler, yönetime ilişkin kamu hizmetlerini internet yoluyla yerine getirmektedir. Böylelikle bireyler resmî kurumların karar alma sürecinde etkili olabilmektedir²³. Türk hukukunda da Türk vatandaşları ve yabancılar internet yoluyla bazı kamu hizmetlerini giderebilir. Örneğin,

17 Selçuk Yalçındağ, *Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri*, (TODAİE Yayınevi Ankara 1996) 131.

18 Eroğlu (n 8) 194 vd.

19 Yerel yönetimlerde gönüllü katılım; 1980’lerden sonra yönetim anlayışında görülen değişim neticesinde devletin etkinleştirilmesi, yerelde ise hizmetlerin katılımcı demokrasi temelinde daha etkin görülmesi amaçlarıyla kullanılan bir yöntem olup birey ve toplum arasında işbirliğini sağlayıp demokrasinin yerel anlamda güçlenmesine katkı sağlamaktadır. Yerel hizmetlerde gönüllülük konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hamit Palabıyık, ‘Gönüllülük ve Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım Üzerine Açıklamalar’ [2011/1(9)] Yönetim Bilimleri Dergisi 90. Alanya Yabancılar Meclisi de yerel yönetime gönüllülük esasına bağlı olarak katkıda bulunmayı hedefleyen önemli bir örgütlenmedir.

20 Eyüp Zengin, ‘Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım’ [1999/71(422)] Türk İdare Dergisi 114 vd.

21 Ersin Kalaycıoğlu, *Toplum ve Neopatrımonyal Siyaset (Küreselleşme-Sivil Toplum ve İslam’ın İçinde*, E. Fuat Keyman and A. Yaşar Sarıbay (Derleyenler) [Vadi Yayınları Ankara 1998] 111-114.

22 Alanya Yabancılar Meclisine üye demek ve grupların listesi için Bkz. <https://alanyayabancilar.meclisi.com/Uyeler_gruplar> accessed 31 August 2018.

23 Eroğlu (n 8) 195-196.

Türk hukukunda yabancılar internet üzerinden ikamet izni²⁴ ve çalışma izni²⁵ başvuruları da yapabilmektedir. Ayrıca Türkiye’de altı aydan fazla ikamet eden yabancılara kimlik numarası verilmektedir. Bu kimlik numarası ile yabancılar kamu kurumlarına yönelik başvuru yapabilir, görüş ve önerilerini paylaşabilir. Örneğin Türkiye’de bazı belediyeler tarafından belediyeye ait otobüslerinin rengi konusunda anket yapılmakta, bu anketlere dilerse o yerde ikamet eden yabancılar da katılabilmektedir. Böylelikle yabancıların internet yoluyla –o sırada ikamet ettikleri belediye sınırları içerisinde bulunmasa dahi- yerel yönetimlere daha aktif katılımları mümkün olabilmektedir²⁶.

C. Türk Hukukunda Yabancıların Yerel Yönetimlere Katılımı

Türk hukukunda yabancıların yerel yönetimlere katılımına ilişkin Anayasal ve yasal açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasanın *kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* başlığını taşıyan 17. maddesinin 1. fıkrasında; *herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir* denilmektedir. Anayasanın bu hükmünde *herkes* ibaresi kullanılarak vatandaş ile yabancı arasında bir ayrıma gidilmemiş; dolayısıyla yabancıların da Türkiye’de *yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı* Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Yerel yönetime katılma hakkının da -geniş anlamda- kişinin yaşama, *maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı* kapsamında değerlendirilebileceği kanısındayız.

Bunun yanı sıra 5393 sayılı Belediye Kanununun²⁷ *Hemşehri Hukuku* başlığını taşıyan 13. maddesinde *herkes ikamet ettiği beldenin hemşehrisidir* denilmek suretiyle yabancılar da hemşehri kapsamına dâhil edilmiştir. Aynı maddenin devamında; *hemşehri-lerin, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilenme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları vardır* denilmiştir²⁸. Kanundaki açık hüküm nedeniyle, talep etmeleri halinde yabancıların da ikamet ettikleri yer belediyesinin aldığı kararlara ve hizmetlere katılma hakkı tanındığı görülmektedir.

Belediye Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasında ise *belediye, hemşehri-ler arasında sosyal ve kültürel ilişkilerin geliştirilmesi ve kültürel değerlerin korunması konusunda gerekli çalışmaları yapar* denilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, toplumda sosyal ve kültürel ilişkilerin geliştirilmesine en fazla ihtiyaç duyan kesim o yerde ikamet eden yabancılardır. Bu nedenle, yabancıların yaşadıkları yere uyum sağlamalarını kolaylaştıracak hizmetlerin yapılması belediyelerinin görevidir.

24 Ayrıntılı bilgi için Bkz. <<https://e-ikamet.goc.gov.tr/>> accessed 3 September 2018.

25 Ayrıntılı bilgi için Bkz. <<https://www.csbg.gov.tr/uigm>> accessed 3 September 2018.

26 <<https://www.milliyet.com.tr/otobuslerin-yeni-rengi-belli-oldu-gundem-1380627/>> accessed 31 August 2018.

27 RG: 13.07.2005-5393.

28 1580 sayılı mülga Belediye Kanununun (RG: 14.04.1930-1471) hemşeri hukuku başlığını taşıyan 13. maddesinde; *Her Türk, nüfus kütüğüne yerli olarak yazıldığı beldenin hemşehrisidir. Hemşehri-lerin belediye işlerinde rey, intihaba, belediye idaresine iştirake ve belde idaresinin devamlı yardımlarından istifadeye hakları vardır* denilmekteydi. Açıkça anlaşılacağı gibi 1580 sayılı Belediye Kanunu yerleşik yabancıları hemşeri olarak görmemekte, belediye işlemlerinde oy verme, seçilme ve belediye yönetimine katılma hakkını sadece Türk vatandaşlarına hasretmekteydi: İbrahim Güray Yontar, “Yerleşik Yabancıların Toplumla Bütünleşme Aracı Olarak Danışma Meclisleri ve Kent Konseyleri” in Betül Dilara Şeker, İbrahim Sirkeci and Murat Yüceşahin (eds) [Transnational Press 2nd edn London 2015], 256-257 (Göç ve Uyum);

Kent Konseyi Yönetmeliğinin 1. maddesinde ise Kent Konseylerinin amacının; *kent yaşamında, kent vizyonunun ve hemşehrilik bilincinin geliştirilmesi, kentin hak ve hukukunun korunması, sürdürülebilir kalkınma, çevreye duyarlılık, sosyal yardımlaşma ve dayanışma, saydamlık, hesap sorma ve hesap verme, katılım, yönetim ve yerinden yönetim ilkelerini hayata geçirmek* olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda yabancıların kentin kalkınmasında, kentteki çevre bilincinin gelişiminde, kentin sosyal yardımlaşma ve dayanışmasında ve yerel yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesinde söz sahibi olması gerekmektedir. Zira Kent Konseyi Yönetmeliğinde vatandaş ile yabancı arasında bir ayrıma gidilmemiştir.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda yabancıların yerel yönetimlere katılmasına ilişkin doğrudan olmamakla birlikte dolaylı bazı hükümler yer almaktadır.

II. Alanya Yabancılar Meclisi

A. Genel Olarak

Sanayileşmeyle birlikte meydana gelen kentleşme, ekonomik ve sosyal gelişmeler, ulaşım, teknoloji ve iletişim alanında yaşanan ilerleme, değişen sosyo-kültürel koşullar, demografik yapıdaki değişimler ve sosyal devlet anlayışı gibi nedenler toplumların yeni hizmet taleplerini de arttırmıştır²⁹. Bu taleplerden biri de yerleşik yabancıların yerel yönetime katılımına ilişkindir. Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi bu talebe kayıtsız kalmamış ve yerleşik yabancıların kamu hayatına katılımı ve yaşadığı topluma uyumu ile ilgili olarak 5 Şubat 1992 tarihinde Strasburg'da *Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Yaşama Katılımına Dair Sözleşmeyi*³⁰ imzaya sunmuştur. Sözleşme, sınırlarında yabancı nüfus barındıran belediyelere bazı ödevler yüklenmiştir. Nitekim Sözleşmenin 5. maddesine göre, yoğun yabancı nüfusa sahip belediyeler, yerleşik yabancıların temsili için kurumsal düzenlemelerin yapılmasını kolaylaştırmalı ve teşvik etmeli; yabancıların yeterli şekilde temsil edilebilmeleri için istişari organlar kurmalı ve bu organlarda görev yapan yerleşik yabancıların seçiminin bölgede yaşayan diğer yerleşik yabancılar veya yerleşik yabancılar tarafından kurulan dernekler tarafından yapılmasını sağlamalıdır³¹.

Sözleşmenin kabulü ile birlikte Avrupa devletlerinde yerleşik yabancıların yerel yönetimlere katılma oranı artmış; yabancı nüfusun yoğun olduğu şehirlerde yerel yönetime katılma şeklinin bir örneği olarak Yabancılar Meclisi kurulmuştur. Türkiye ise

29 Palabıyık (n 19) 87.

30 Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144>> accessed 3 September 2018; resmî olmayan Türkçe tercümesi için Bkz. <<https://debis.deu.edu.tr/DEUWeb/Icerik/Icerik.php?KOD=10468>> accessed 3 September 2018. Sözleşme 14 Eylül 2018 tarihi itibarıyla 13 Avrupa Konseyi üyesi devlet tarafından imzalanmış bu devletlerden 9 tanesi tarafından onaylanarak 1 Mayıs 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144/signatures>> accessed 9 September 2018. Bundan böyle *Sözleşme* olarak anılacaktır.

31 Yontar (n 28) 256-257; İbrahim Güray Yontar, *Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Yaşama Katılımına Dair Sözleşme, Türkiye Doğumlu Olmayan Yerleşik Yabancılar*, (İzmir Büyükşehir Belediyesi YG 21 Yayını İzmir 2007) 98.

henüz Sözleşmeyi imzalanmamış olmakla birlikte örneğine Avrupa şehirlerinde rastlanan Yabancılar Meclisi modelini -ortaya çıkan ihtiyaçlar ve demokratik kaygılar nedeniyle- ilk kez Alanya'da kurmuştur. Çalışmanın bu kısmında Alanya Yabancılar Meclisi tanıtılacaktır

B. Alanya Yabancılar Meclisinin Kuruluşu ve Tarihçesi

Esasen Alanya'da Yabancılar Meclisi kurulması fikrinin temelleri, 2004 yılında Alanya Belediye Başkanı olan Hasan SİPAHİOĞLU'nun Almanya'nın Frankfurt şehrini ziyaret etmesi ile atılmıştır. Bu ziyaret esnasında, Frankfurt'ta yasal olarak ikamet eden yabancıların yerel yönetime katılmasını sağlayan modellere rastlanmış; bu modellerden Yabancılar Meclisi modelinin, yüze yakın farklı ülkeden yabancıların ikamet ettiği Alanya Belediyesinde kurulmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Böylelikle 2004 yılının Ağustos ayında Alanya Belediyesi Basın, Turizm ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü'ne bağlı olarak *Yabancılar Meclisi* kurulmuştur³².

Yabancılar Meclisinin ilk toplantısına davet, Alanya'da ikamet eden yabancılara mektup gönderilerek yapılmıştır. Tahmini elli ilâ altmış kişinin katılımının beklendiği ilk toplantıya altı yüzden fazla yabancı katılmıştır. Katılımcılar oy çokluğuyla, yılın büyük bir kısmını (altı aydan fazla) Alanya'da geçiren, üç ilâ beş yıldır Alanya'da ikamet eden, Türkçe konuşabilen yabancılar arasından yirmi kişiyi, Alanya Yabancılar Meclisi üyesi olarak seçmiştir. Meclis üyelerinin farklı devlet vatandaşlarından oluşmasına özen gösterilmek suretiyle demokratik temsil sağlanmaya çalışılmıştır. İlk toplantıda seçilen meclis üyeleri genel olarak Avusturya, Hollanda, Almanya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, Rusya, Macaristan, Norveç ve İsviçre vatandaşlarından oluşmuştur. Daha sonraki toplantılarda, Yabancılar Meclisinin daha geniş kitlelere ulaşmasını sağlamak ve iletişimi kolaylaştırmak amacıyla Alanya'da bulunan yabancıların kurduğu dernek başkanlarının da üye olarak Meclise katılımı sağlanmıştır. Böylece, Meclisin faaliyetlerinin dernek başkanları vasıtasıyla bu derneklere üye olan yabancılara kolaylıkla ulaştırılabilmesinin önu açılmıştır³³.

2006 yılında, Alanya Yabancılar Meclisi üyeleri kendilerini Alanya'nın bir parçası olarak kabul ettiklerini ve '*yabancı*' olarak nitelendirilmekten memnun olmadıklarını ifade etmişler; bunun üzerine, aynı yıl, aylık genel katılımlı toplantıda, Mecliste alınan ortak kararlar, "*Alanya Yabancılar Meclisi*" yerine "*Yeni Alanyalılar Meclisi*" isminin kullanılmasına karar verilmiştir; ancak resmî yazışmalarda hâlen '*Alanya Yabancılar Meclisi*' ifadesi kullanılmaktadır³⁴.

32 Abdullah Karaoğlu, (Alanya Yabancılar Meclisi Başkanı), Sözlü Görüşme, 27 Temmuz 2018.

33 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

34 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

C. Alanya Yabancılar Meclisinin Amacı ve Bu Amaç Doğrultusunda Gerçekleştirilen Bazı Faaliyetler

Modern toplum, küreselleşme ve demokratikleşme ile birlikte, her türlü kamu hizmetini tek karar organı ile yerine getiremeyeceğini fark etmiştir. Zira özellikle yerel hizmetlerin sunumunda o bölgede ikamet eden kişilerin katılımı, toplumsal yardımlaşma, bütünlük ve güven sağlama oldukça etkili yöntemlerdir³⁵. Buna paralel olarak Alanya Yabancılar Meclisinin temel amacı ilçede ikamet eden yerleşik yabancılar ile Alanya Belediyesi arasında iletişimi sağlamak; böylelikle yerleşik yabancıların kamu hizmetlerine ulaşımını kolaylaştırmaktır. Bu şekilde Alanya’da ikamet eden yabancılar görüş, dilek, eleştiri ve sorunlarını yerel yönetime katılmak suretiyle kolaylıkla ilgili mercilere ulaştırabilecektir. Bu çerçevede örneğin sosyal güvenlik sigortası veya özel sağlık sigortaları ile devlet hastanelerinden yararlanabilen yerleşik yabancılar için devlet hastanesinde Yabancılar Birimi kurulmuş ve bu Birimde meclis üyelerinin yardımıyla yabancı hastalara tercüme hizmeti verilmeye başlanmıştır. Benzer şekilde, toplu taşıma araçlarının güzergâhları -ilçede yaşayan yabancılar tarafından kolaylıkla anlaşılabilmesi için- numaralandırma sistemine geçilmiş ve Alanya şehir haritasına bu güzergâhlar eklenmiştir³⁶.

Alanya Yabancılar Meclisinin bir diğer amacı, yerleşik yabancıları hak ve sorumlulukları hakkında bilgilendirmek, günlük hayatta karşılaşılabilecekleri sorunları tespit edip çözüm yolları aramaktır³⁷. Derneğe üye olan yabancılar ilçe bünyesinde kamu ve özel kurumlara, esnaflara veya çevreye ilişkin rahatsızlıklarını kayıt altına alarak yetkili makamlara bilgi vermekte, yetkili makamlar da hızlı bir şekilde sorunu çözmektedir³⁸. Örneğin, Alanya’da taşınmaz mal edinen yabancı sayısı kırk beş bini geçtiği için yerleşik yabancıların tapu işlemleri, emlak vergileri ve telefon-su-elektrik abonelikleri konusunda yaşadığı sorunlar karşılıklı yardımlaşma suretiyle çözülmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede ayrıca Yabancılar Meclisi tarafından hazırlanan ve Alanya’da yaşayan yabancı ülke vatandaşlarının yaşamlarını kolaylaştırıcı pratik bilgilerin bulunduğu “*Was, Wie, Wo in Antalya*” adlı kitapçık basılarak dağıtımı sağlanmıştır.

Alanya Yabancılar Meclisinin bir diğer amacı; yerleşik yabancıların Alanya’ya uyum sağlamasına yardımcı olmaktır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için Yabancılar Meclisi üyeleri ilçe Kaymakamı, Emniyet Müdürü, Üniversite Rektörü, Dış Temsilciliklere nezaket ziyaretlerinde bulunmakta; bu ziyaretlerde ortak dil olarak belirle-

35 Palabıyık (n 19) 87.

36 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

37 Antalya’da yaşayan yerleşik yabancıların genel sosyolojik ve kültürel problemleri konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. Remziye Ekici, Aylin Kılıç ve Şevket Yirik, “*Turizm Bölgesinde (Antalya) Yaşayan Yerleşik Yabancıların Karşılaştıkları Sosyo-Kültürel Problemlere İlişkin Algıları*” (2015) 1152 vd. Bkz. <<https://www.researchgate.net/publication/291342818>> accessed 1 September 2018.

38 Meclis üyeleri Türkiye geneline bazı taleplerinin yetkililere iletilmesini sağlamak amacıyla imza kampanyası düzenlemektedirler. Örneğin vize muafiyet süresinin kaldırılması konusunda Alanya Yabancılar Meclisi üyeleri imza kampanyası düzenleyerek seslerini duyurmaya çalışmıştır. Bkz. <<https://www.haber3.com/guncel/yerlesik-yabancilar-vize-uygulamasinin-hafifletilmesini-istedi-haberi-1735791>> accessed 1 September 2018

nen İngilizce kullanılmaktadır. Ayrıca her yıl Mayıs ayının son haftasında düzenlenen Kültür ve Sanat Festivalinde stant kurularak tanıtım faaliyetlerinde bulunulmakta; yine her yıl kurulan Noel Pazarı ve Ramazan ayında düzenlenen iftar yemekleri ile yabancılar ve yerel halkın kaynaşması sağlanmaktadır³⁹.

Alanya Yabancılar Meclisinin diğer bir amacı ise uluslararası bağları güçlendirmek, kültürlerarası yakınlaşmayı sağlamak, farklı kültürlerin tecrübelerinden yararlanmak ve ilçenin tanıtımında rol üstlenmektir. Bu bağlamda, dernek üyeleri, Türk devlet yetkililerin yanı sıra yabancı devlet bakanları, büyükelçileri ile görüşerek uluslararası bağların güçlendirilmesine yardımcı olmaktadır⁴⁰.

D. Yabancılar Meclisine Üye Kabulü ve Üyeliğin Sona Ermesi

Bir yerleşik yabancımanın Alanya Yabancılar Meclisine üye olabilmesi için öncelikle Meclis toplantısında kendisini tanıtır, üyelik talebini ve neden üye olmak istediğini açıklamak durumundadır. Mevcut üyeler arasında yapılan oylama sonucunda aday, ya üye olarak kabul edilir ya da talebi reddedilir. Üyeliği kabul edilen her üye için, İl Özel İdaresi ve Belediye Hizmetlerine Gönüllü Katılım Yönetmeliği⁴¹ ekinde bulunan “gönüllü kartı” doldurulur ve böylece üyelik tamamlanmış olur. Yabancılar Meclisinin 2004 yılındaki ilk toplantısında seçilen üyelerin önemli bir kısmı ile daha sonra eklenen yabancı dernek başkanlarının üyelikleri ve görevleri hâlen devam etmektedir⁴².

Meclis üyesinin ölümü, geri dönmek üzere Alanya’dan ayrılması gibi hâllerde üyelik son bulmaktadır. Buna ek olarak, Alanya Yabancılar Meclisinin amaçlarına uygun olmayan davranışta bulunduğu tespit edilen üyenin üyeliğine –oy çokluğu ile- son verilebilir⁴³.

E. Yabancılar Meclisi Toplantı Gündeminin Oluşturulması, Toplantı Yeri, Karar Alma ve Alınan Kararların Uygulanması

Alanya Yabancılar Meclisi toplantı gündemi, Basın, Turizm ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü tarafından belirlenmektedir. İlçede yaşayan yabancıların dilek, öneri ve şikâyetlerini ilettikleri kayıtlar Basın, Turizm ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü tarafından toplantı gündemine taşınır. Ayrıca toplantıda genellikle, Yabancılar Meclisi tarafından organize edilen veya katılımı planlanan kültür sanat etkinlikleri, yurt dışından gelen yabancı konukların karşılanması ve misafir edilmesi gibi konuların yanı sıra, ilçede yaşayan yabancıların karşılaştığı sorunlar -sürücü belgesi veya ikamet tezkeresi alma, taşınmaz mal edinme, gümrük işlemleri, eğitim, toplu taşıma, yerli halkla iletişim, sağlık ve sosyal güvenlik, elektrik-su aboneliği, çevre temizliği gibi- ele alınır⁴⁴.

39 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

40 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

41 RG: 09.10.2005-25961.

42 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

43 Karaoğlu, Sözlü görüşme, 2018.

44 Abdullah Karaoğlu, (Alanya Yabancılar Meclisi Başkanı), Kişisel Görüşme, 2018

Alanya Yabancılar Meclisi kurulduğu ilk günden bu yana toplantılarını Alanya Belediye Binasında yapmaktadır. Meclis toplantıları ayda bir kez yapılır. Toplantılara dernek üyelerinin tümü ve meclis başkanı katılmaktadır. Alanya Yabancılar Meclisi kararlarını oy çokluğu ile alır. Oy sayısının eşit çıkması hâlinde başkanın oyuna üstünlük tanınır. Ayda bir kez yapılan toplantılarda gündemdeki konular görüşülür, üyelerin gündeme taşımak istediği konular varsa bunlar ek gündem olarak tartışılır ve konu üyelerin oyuna sunulur. Oylama sonucu alınan kararlar kayda geçirilir. Alınan kararlarla ilgili Alanya Belediyesi'nin yapacağı çalışmalar varsa Belediye'nin Basın, Turizm ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü'ne gereği yapılmak üzere bilgi verilir⁴⁵.

Alanya Belediye binasında bulunan Yabancılar Meclisi Ofisinde haftanın iki günü (Pazartesi ve Perşembe) saat 10.00-12.00 arasında iki saat süreyle dönüşümlü olarak üyelerden bir veya ikisi hazır bulunmaktadır. Yabancı dilde yayın yapan yerel gazetelerde ofiste görevli personelin bulunacağına ilişkin duyuru ilân edilir; böylelikle yabancıların yazılı, sözlü ya da telefonla dilek, şikâyet ve önerilerini yetkililere iletmeleri sağlanır. Basın, Turizm ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü iletileri teslim alır; duruma göre ya konu Meclis gündemine taşınır ya da ilgili birimlerle iletişime geçilip sorunun çözümüne ilişkin çalışmalara başlanır. Bu kapsamda farklı konularda farklı kurumlarla resmî yazışmalar yapılmaktadır. Örneğin, okul giriş çıkış saatlerinde öğrencilerin can güvenliğini sağlamak için okul yakınlarına polis ya da uyarıcı levha konulmasına ilişkin talep Alanya Kaymakamlığına bildirilmiş ve sorunun çözümü sağlanmıştır⁴⁶.

III. Kent Konseyleri ve Alanya Yabancılar Meclisi İlişkisi

A. Genel Olarak

2000'li yıllardan itibaren Türk kamu yönetiminde demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi ilkelerinin bir yansıması olarak yerel yönetimlere aktif katılım ciddi bir gereksinim olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda kamu yönetiminde aleniyet, şeffaflık, yerellik, yönetişim, hemşeri katılımı gibi kavramlar öne plana çıkmış ve bu ilkelerin hayata geçirilmesini amaçlayan başta yerel yönetim temsilcileri olmak üzere o kentte yaşayan tüm hemşerilerin ve diğer ilgili kesimlerin katıldıkları bir oluşum olarak Kent Konseyleri kurulmuştur⁴⁷. Böylece sadece oy vermeye dayalı, temsilci hâkimiyetinin olduğu tek iradeden uzaklaşmak, halkın çeşitli şekillerde ve araçlarla doğrudan iradesini açıklaması amaçlanmıştır⁴⁸.

45 Karaoğlu, Kişisel görüşme, 2018.

46 Alanya Belediyesi Yabancılar Meclisi Faaliyet Raporu (2017) Bkz. <<https://alanya.bel.tr/Documents/Faaliyet/2017/2017.pdf>> accessed 9 September 2018

47 Mustafa Kocaoğlu, 'Katılımcı Demokrasi Algılaması ve Kent Konseyleri: Kırşehir Kent Konseyi Örneği' [2014/6(1)] Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 2 vd.

48 Kocaoğlu (n 47).

Esasen Kent Konseylerinin ortaya çıkmasını sağlayan gelişme 1992 yılında *Rio de Janeiro*'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansında imzalanan, *Gündem 21 Eylem Programı*dır. Gündem 21 programı, XXI. yüzyılın gündemini belirlemeyi, çevre ve kalkınma sorunlarıyla başa çıkmayı ve sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesini hedefleyen bir küresel eylem planıdır⁴⁹. Gündem 21 Eylem Programınının 28. bölümünde ise Yerel Gündem 21'den bahsedilmektedir. Yerel Gündem 21, Gündem 21 Eylem planının uygulanmasına yönelik bir projedir. Yerel Gündem 21 projesi ile yerel yönetimlerde sivil toplum kuruluşlarının (STK) aktif rol alması, çevrenin korunması, yaşam kalitesinin yükseltilmesi, yerel demokrasinin ve yerel yönetişimin geliştirilmesi amaçlanır⁵⁰. Türkiye'de, Yerel Gündem 21 projesinin uygulandığı kentlerde yerel yönetim temsilcileri, kadın ve gençlik grupları, STK'lar ve iş dünyasının temsilcileri bir araya gelerek kent konseylerini kurmuştur. Nitekim Kent Konseyleri Yerel Gündem 21 uygulamasının devamı ve yansıması niteliğindedir⁵¹.

B. Türk Hukukunda Kent Konseylerine İlişkin Düzenlemeler

Kent Konseylerinin hukukî dayanağı Belediye Kanununun 76. maddesi ve Kent Konseyi Yönetmeliğidir. Her iki düzenlemede de kent konseylerinin temel amacının kent yaşamında; kent vizyonunun ve hemşerilik bilincinin geliştirilmesi, kentin hak ve hukukunun korunması, sürdürülebilir kalkınma, çevreye duyarlılık, sosyal yardımlaşma ve dayanışma, saydamlık, hesap sorma ve hesap verme, katılım ve yerinden yönetim ilkelerini hayata geçirme olduğu vurgulanmıştır.

Kent Konseyinin en önemli özelliği ve yetkisi kent konseyi kurulunda oluşturulan görüşlerin, belediye meclisinin ilk toplantısında değerlendirilecek olmasıdır. Zira Belediye Kanununun 76. maddesinde *kent konseyinde oluşturulan görüşler belediye meclisinin ilk toplantısında gündeme alınarak değerlendirilir* ifadesi yer almaktadır. Ancak belediye meclisi, kent konseyi genel kurulunda alınan tavsiye niteliğindeki görüşleri gündemine almak istemezse bunun herhangi bir yaptırımı bulunmamaktadır. Özetle, kent konseyinde alınan kararların, belediye meclisinde görüşülmesi zorunlu olmayıp; kent konseyinin görüşlerinin belediye meclisi açısından bağlayıcılığı da yoktur. Bir diğer deyişle kent konseyinin genel kurulunda aldığı kararlar tavsiye niteliğindedir⁵².

49 Taşkın Deniz, 'Kentleşme Yerel Gündem 21 ve Kent Konseyleri' [2013/8], Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 394.

50 Hüseyin Kara and Savaş Şimşek 'Kent Konseylerinin İşlevselliği ve Sürdürülebilirliği: Kadıköy Kent Konseyi Örneği' [2016/6(15)] Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 245.

51 Kara and Şimşek (n 50) 245-246.

52 Deniz (n 49) 398; Kara and Şimşek (n 50) 254.

C. Kent Konseyi – Alanya Yabancılar Meclisi İlişkisi

1982 Anayasası, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁵³ birlikte değerlendirildiğinde görülecektir ki yabancıların Türkiye’de oy kullanma hakkı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere seçimlerde oy kullanma hakkı önemli bir yönetime katılım şekli olsa da yönetime katılımın tek yöntemi olmadığı gibi, sadece oy kullanmak yeterli bir katılım şekli de değildir⁵⁴. Türk hukukunda yerleşik yabancıların seçme ve seçilme hakları bulunmasa bile yaşadıkları şehrin hemşerisidir. Bu nedenle, yabancıların şahsına veya ikamet ettiği yere ilişkin yerel düzeydeki kararlara katılabilmesi için kent konseyleri bünyesinde kurulan yabancılar meclisi oldukça önemli bir işleve sahiptir⁵⁵.

Kent Konseyi Yönetmeliğinin 12. maddesine göre, kent konseyi görev alanına giren konularda meclis ve çalışma grupları oluşturabilmektedir. Bu bağlamda, Gençlik Meclisi, Kadın Meclisi, Emekliler Meclisi, Engelliler Meclisi, Mahalle Meclisi gibi gruplar kurulabilmektedir. Kent Konseyi Yönetmeliğinin 8. maddesinde; *kent konseyi; merkezi yönetimi, yerel yönetimi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve sivil toplumu ortaklık anlayışı ile buluşturmak üzere aşağıda belirtilen kişi, kurum ve kuruluş temsilcilerinden oluşur* denilmektedir. Görüldüğü üzere konsey üyeleri arasında yerleşik yabancılara yer verilmemiştir. Kent Konseyi Yönetmeliğinin 12. maddesi çerçevesinde Alanya Yabancılar Meclisinin bir meclis mi yoksa çalışma grubu mu olduğu meselesi doktrinde tartışılmış ve her ne kadar adı meclis ifadesi kullanılmış olsa da bir çalışma grubu niteliğinde olduğu, Avrupa örneklerinde olduğu gibi danışma meclisi statüsünde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁵⁶.

D. Değerlendirme

II. Dünya Savaşından itibaren özellikle Asya ve Afrika’dan Avrupa’nın çeşitli ülkelerine çalışmak amacıyla pek çok kişi yerleşmiştir. Avrupa devletleri başlangıçta bu kişilerin bir gün ülkelere kesin dönüş yapacağı düşüncesinden hareket ederek onları misafir statüsünde görmüştür. Ancak ilerleyen yıllarda bu kişilerin vatandaşları oldukları ülkelere gitmediği, bazılarının yaşadığı devletin vatandaşlığını kazanarak bazılarının ise uzun süreli ikamet izni alarak buldukları ülkeye yerleştiği görülmüştür. Avrupa devletleri yerleşik yabancı nüfusun bu kadar fazla olabileceğini öngörmedikleri için, yabancıların yaşadıkları bölgede kalıcı entegrasyonu konusunda tedbirler almada geç kalmışlardır⁵⁷.

53 RG: 11.04.2013-28615.

54 Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, in Tunçer Karamustafaoglu and Mehmet Turhan (trs) [Sentez Yayıncılık Bursa 1996] 124-125.

55 Yontar (n 28) 266.

56 Yontar (n 28) 268-269.

57 Yontar (n 28) 255.

Türkiye, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren göç veren bir ülke konumundayken, günümüzde bulunduğu jeopolitik konum itibariyle göç alan bir ülke konumuna geçmiştir. Kanaatimizce son yıllarda sayıları oldukça artan yabancı nüfusun büyük kısmının ülkesine geri döneceğini düşünmek yerinde bir yaklaşım değildir⁵⁸. Türkiye, Avrupa devletlerinde yaşanan sorunları yaşamamak için yabancıların ikamet ettikleri şehre entegrasyonu konusunda gerekli önlemleri almak durumundadır. Entegrasyonun sağlanabilmesi için de yapılması gereken en önemli yapısal reformlardan biri yabancıların yerel yönetimlere katılımının denetimli olarak sağlanmasıdır. Bu çerçevede yabancıların yoğun olarak yaşadığı şehir merkezleri ve ilçelerde kent konseyleri bünyesinde yabancılar meclisi kurulmasının zorunlu olmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Hangi şehir merkezlerinde ve ilçelerde yabancılar meclisi kurulacağı ise şu yöntemle tespit edilebilir: Türkiye'de milletvekili olabilmek için alınması gereken oy sayısı ilden ile değişebilmekte, bazı illerde yirmi bin oy alan kişi milletvekili seçilebilmektedir⁵⁹. Kanaatimizce yirmi binin üzerinde yerleşik yabancıların ikamet ettiği belediye bünyesindeki kent konseylerinde yabancılar meclisi kurulmalıdır. Yirmi bin oy alan bir Türk vatandaşının milletvekili seçilebildiği düşünüldüğünde, yirmi bin yerleşik yabancıların ikamet ettiği bir bölgede yabancılar meclisinin kurulması talebi entegrasyon ve demokratikleşme açısından yerinde olacaktır.

Bunun yanı sıra, kent konseylerinde kurulan yabancılar meclisinin, belediyenin alacağı kararları hukukî açıdan ne ölçüde etkileyebileceği de tartışılması gereken bir husustur. Çalışma grupları ve meclisler kent konseyinin bir organı olduğu için çalışma gruplarının bir temsilcisi kent konseyi genel kurulunda yer almaktadır. Kent Konseyi Yönetmeliğinin 12. maddesinin 3. fıkrasına göre *meclislerde ve çalışma guruplarında oluşturulan görüşler, kent konseyi genel kurulunda görüşülerek kabul edildikten sonra değerlendirilmek üzere ilgili belediye meclisine sunulur*. Ancak burada önemli olan husus, kent konseylerinde kabul edilen önerinin belediye tarafından gündeme alınıp alınmayacağıdır⁶⁰. Kanaatimizce kent konseyi bünyesindeki çalışma grupları ve meclisler tarafından alınan kararların belediye tarafından gündeme alınması zorunluluğuna ilişkin düzenleme kabul edilmelidir. İlgili teklifin -kabul edilmese dahi- belediye tarafından gündeme alınması yerel yönetimlerdeki demokrasi anlayışının gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Sonuç ve Önerilerimiz

Türk hukukunda yabancıların yönetime katılımına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte dolaylı hükümlerin bulunduğunu; Alanya Yabancılar Meclisinin

58 Türkiye'de ikamet eden Suriyelilerin büyük kısmının ülkesine dönemeyip Türkiye'de kalacağına ilişkin görüş için Bkz. Melike Gülyaşar, 'Suriyeliler ve Vatandaşlık: Yerel Halk ve Suriyeli Sığınmacılar Çerçevesinde Bir Değerlendirme' [2017/7(13)] Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 703.

59 Bu iller; Şırnak, Hakkâri ve Bayburt gibi seçmen sayısının az olduğu illerdir. Bkz. <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2011/04/14/milletvekili-olmak-icin-kac-oy-lazim>> accessed 2 September 2018.

60 Yontar (n 28) 269.

yeni yönetime katılma modellerinden biri olan *aktif katılım odaklı girişim* olarak değerlendirilebileceğini ve Kent Konseyi Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde bir çalışma grubu niteliğinde olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız.

Bunun yanı sıra, vizyon sahibi bir Belediye Başkanının girişimi ve tamamen gönüllülük esasıyla, kendiliğinden gelişen bir usûl ve demokratik kaygılarla kurulan Alanya Yabancılar Meclisinin 2004 yılından beri çalışmalarını başarı ile sürdürmekte olduğu ve ilçede yaşayan yerleşik yabancılarla yerel yönetimin temel birimi olan belediye arasında köprü işlevi gördüğü açıktır.

Alanya Yabancılar Meclisi gibi bireylerin özgürce faaliyet göstererek sosyal ve demokratik becerilerini geliştirdiği gönüllü kuruluşların varlığı, demokrasi ve sivil toplum için hayati önemi haizdir. Bu nedenle, özellikle yabancı nüfusun yoğun olduğu ve ihtiyaç duyulan şehirlerimizde bu tür kuruluşların artırılmasının ve gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının yerinde olacağı kanısındayız. Ayrıca kent konseyi bünyesinde kurulan çalışma gruplarınca alınan kararların belediye meclisinde gündeme alınması zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin kabul edilmesi de yararlı olacaktır.

Kaynakça / References

- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, Günseli: *Yabancılar Hukuku*, (Beta Yayınevi 23rd edn İstanbul 2017)
- Taşkın D, 'Kentleşme, Yerel Gündem 21 ve Kent Konseyleri' [2013/8] Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic.
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku*, (Savaş Yayınevi 2nd edn Ankara 2017)
- Dost S, *Milletlerarası Hukukta Müteakabiliyet İlkesi* [2015/5(2)] Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-37.
- Ekici R, Kılıç A and Yirik Ş, Şevket: *Turizm Bölgesinde (Antalya) Yaşayan Yerleşik Yabancıların Karşılaştıkları Sosyo-Kültürel Problemlere İlişkin Algıları* (2015) 1149-1167 <<https://www.researchgate.net/publication/291342818>> accessed 1 September 2018.
- Eren V and Kılıç S, 'Yönetim-Yurttaş İlişkileri Bağlamında Yurttaşların Yerel Yönetime Katılımı ve Niğde İli Uygulaması, Uygulaması' [2008/1(1)] Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi. 41-57.
- Eroğlu HT, *Yönetime Katılma Biçimleri ve Yerel Yönetimlerde Demokratik Mekanizmalar* [2006/6(11)] Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 191-206.
- Göç İdaresi Genel Müdürlüğü 2016 Göç Raporu, Yayın No: No:40 (Nisan 2017) 38 <https://www.goc.gov.tr/files/files/2016_goc_raporu_.pdf>
- Gülyaşar M, 'Suriyeliler ve Vatandaşlık: Yerel Halk ve Suriyeli Sığınmacılar Çerçevesinde Bir Değerlendirme' [2017/7(13)] Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 678-705.
<<http://alanya.bel.tr/Documents/Faaliyet/2017/2017.pdf>>
<http://alanyayabancilarmeclisi.com/Uyeler_gruplar>
<<http://www.bursakentkonseyi.org.tr/meclisler/icerik/bursa-kent-konseyi-yabancilar-meclisi>>
<<http://www.milliyet.com.tr/otobuslerin-yeni-rengi-belli-oldu-gundem-1380627>>
<<https://e-ikamet.goc.gov.tr/>>

- <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144/signatures>>
- <<https://www.csgeb.gov.tr/uigm>>
- <<https://www.haber3.com/guncel/yerlesik-yabancilar-vize-uygulamasinin-hafifletilmesini-istedi-haberi-1735791>>
- <<https://www.haberler.com/antalya-da-45-bin-yeni-alanyali-yasiyor-7732132-haberi>>
- <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2011/04/14/milletvekili-olmak-icin-kac-oy-lazim>>
- Kalaycıoğlu E, *Sivil Toplum ve Neopatrimonyal Siyaset (Küreselleşme-Sivil Toplum ve İslam'ın İçinde*, E. Fuat Keyman and A. Yaşar Sarıbay (Derleyenler) [Vadi Yayınları Ankara 1998]
- Kara H and Şimşek S, 'Kent Konseylerinin İşlevselliği ve Sürdürülebilirliği: Kadıköy Kent Konseyi Örneği' [2016/6(15)] Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 245-269.
- Kocaoğlu M, 'Katılımcı Demokrasi Algılaması ve Kent Konseyleri: Kırşehir Kent Konseyi Örneği' [2014/6(1)] Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 1-15.
- Önder Ö, 'Yerel Demokrasinin Güçlendirilmesi Bağlamında Yerel Katılım' [2013/9(18)] Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 311-326.
- Öztürk N, 'Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı' [2013/33(1)] Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 125,168.
- Palabıyık H, 'Gönüllülük ve Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım Üzerine Açıklamalar' [2011/1(9)] Yönetim Bilimleri Dergisi 90 83-114.
- Sartori G, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, in Tunçer Karamustafaoğlu and Mehmet Turhan (trs) [Sentez Yayıncılık Bursa 1996]
- Toprak Z, 'Yabancı Emekli Yerleşiklerin Yerelde Kamusal Hayata Katılım İstekliliği ve Yerel Halkla İlişkileri (Antalya İçin Bir Yaklaşım)', [2009/7(2)] Yönetim Bilimleri Dergisi 99-137.
- Yalçındağ S, *Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri*, (TODAİE Yayınevi Ankara 1996).
- Yontar İG, *Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Yaşama Katılımına Dair Sözleşme, Türkiye Doğumlu Olmayan Yerleşik Yabancılar*, (İzmir Büyükşehir Belediyesi YG 21 Yayını İzmir 2007).
- *Avrupa Konseyi Kararlarında Yerleşik Yabancıların Yerel Düzeyde Seçme ve Seçilme Hakları*, (Seçkin Yayınları Ankara 2011) (Avrupa Konseyi).
- "Yerleşik Yabancıların Toplumla Bütünleşme Aracı Olarak Danışma Meclisleri ve Kent Konseyleri" in Betül Dilara Şeker, İbrahim Sirkeci and Murat Yüceşahin (eds) [Transnational Press 2nd edn London 2015] 255-299 (Göç ve Uyum);
- Zengin E, 'Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım' [1999/71(422)] Türk İdare Dergisi 111-132.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini*

Ayşe Güvercin Şahan**

Öz

Çalışmamızda, ulusal ve uluslararası piyasalarda ürün ve hizmetlerin dağıtımının sağlanması amacıyla ortaya çıkan franchise sözleşmeleri tanımlanarak; franchise kavramı hususunda genel bilgiler verilmiştir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun çerçevesinde franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin incelemeler yapılarak; franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini araçlarından hukuk seçimi müessesesi sonuçlarıyla birlikte ele alınmıştır. Çalışmanın devamında ise objektif bağlama kuralına ilişkin açıklamalara yer verilerek; objektif bağlama kuralının temelinde yer alan karakteristik edim ve karakteristik edimin tayini hususları ele alınmıştır. Bunlara ilaveten fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümler içermekte olan franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Franchise Sözleşmesi • Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk • Uygulanacak Hukukun Tayini

Determination of the Applicable Law on Franchise Contracts within the Frame of the Code on Private International Law and International Procedural Law No. 5718

Abstract

In our study, general information is given about the franchise concept by introducing franchise contracts that came to existence to ensure the distribution of products and services in national and international markets. Choice of law concept that is one of the instruments for determination of the applicable law on franchise contracts is considered together with the results by making an examination regarding applicable law to franchise contracts within the frame of the Code on Private International Law and International Procedural Law No. 5718. As for continuation of the study, characteristic performance and determination of the characteristic performance questions that partake in basis of objective choice-of-law rules are considered by giving place to examinations relating objective choice-of-law rules. In addition to these, the determination of the applicable law on franchise contracts that contains provisions related to intellectual property rights is examined.

Keywords

Franchise Contract • Applicable Law to Franchise Contracts • Determination of the Applicable Law

* Bu makale Doç. Dr. Emre Esen danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan "Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmeleri" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Bu makalenin hazırlanmasında bana yardımcı olan Araş. Gör. Melis Aşar'a teşekkür ederim.

** Sorumlu Yazar: Ayşe Güvercin Şahan (Dr. Öğr. Üyesi/Asst. Prof.), İstanbul Arel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İstanbul, Türkiye. Eposta: ayseguvercin2000@yahoo.com

Atf: Ayşe Güvercin Şahan, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini" (2018) 38 PPIL 441, 479 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0111>

Extended Summary

As a result of the rapid development of international trade, the number of franchise contracts, that have been linked to more than one country, has increased at the same rate. Therefore, the determination of the applicable law to international franchise contracts will be of great importance.

The applicable law to the franchise contracts that involve cross-border element will be determined by the conflict-of-laws method. Provisions concerning the determination of applicable law to obligations arising from contracts involving cross-border elements are stipulated in the article 24 of the Code on Private International Law and International Procedural Law No. 5718 (Code of PIL).

In accordance with conflict-of-laws rules, parties may choose the applicable law to the contract. According to the article 24 of the Code of PIL, choice-of-law agreement might be made either explicitly or implicitly. It is also possible to make a choice-of-law agreement applicable to certain part(s) of a contract. Choice-of-law agreements are not subject to any form requirements. Parties might make a choice-of-law agreement either before or after conclusion of contract. Choice-of-law agreements might be concluded by parties at any time. However choice-of-law agreements concluded after conclusion of contract shall be valid, without prejudice to the rights of third parties.

In case of a franchise contract involving cross-border element, choice of applicable law by parties before occurrence of any dispute, will be very important in terms of ensuring legal security and predictability.

Currently, there is no international agreement on franchising for the countries involved. For this reason, the work of organizations, such as ICC and UNIDROIT, play an important role in the development of international franchise law. The Model Franchising Agreement by ICC and the Code of Ethics, created by the International Franchise Association (IFA) for international franchise agreements are important as *lex mercatoria* resources. ICC Model Franchising Agreement or Code of Ethics, created by IFA, might be selected to be applied to franchise contracts by parties. However, this choice does not constitute a choice-of-law agreement before Turkish courts. Where *lex mercatoria* resources are selected by parties, they shall be regarded as a part or provision of contract. *Lex mercatoria* resources, included in contract through incorporation, shall be applicable to extent that they comply with the mandatory rules of the law applicable to contract, which is determined in accordance with article 24 of the Code of PIL.

There is no special provision either in the Code of PIL or in another code of Turkish law about the law applicable to international franchise contracts. Therefore, according to the general acceptance in the Turkish literature, the law applicable to international franchise contracts is subject to the general rule relating to the contracts in article 24 of the Code of PIL. 5718. However, there is also another opinion in the literature, that franchise contracts are contracts for intellectual property rights

and that they are subject to the rule laid down in article 28 of the Code of PIL. In our opinion, intellectual property rights serve only the economic establishment of franchise contracts but subject of franchise contracts is too extensive to be limited to intellectual property rights. For these reasons, the law applicable to international franchise contracts should be determined in accordance with article 24, in parallel with the general acceptance in the literature.

Accordingly, where parties have not made a choice-of-law agreement, the party undertaking the characteristic performance shall be determined in order to determine the applicable law in accordance with article 24 of the Code of PIL. There is neither any legal provision nor any consensus in the literature which expressly states the party undertaking the characteristic performance in franchise contracts. Since the component -which is (in our opinion) the main reason for a franchise contract- is the brand value, that has been created and developed by franchisee, characteristic performance is the act of franchisee. Therefore, while determining the applicable law to franchise contracts in accordance with article 24, where parties have not made a choice-of-law agreement, franchisee should be accepted as the party undertaking the characteristic performance of franchise contract. In a franchise contract, that contains provisions relating to intellectual property rights; it will be more accurate to determine applicable law to franchise contract by applying the provisions of article 24 and article 28 to the relevant parts of the franchise contract. Thus, in cases where parties did not made a choice-of-law agreement, acceptance of franchisee as the party undertaking the characteristic performance shall ensure application of the same law either article 24 or article 28 is applied.

In the article 4(1) of the Rome (I) Regulation, which is one of the regulations of the European Union, the law applicable to franchise contracts is determined by a clear and definite rule. Thus, the discussion on the characteristic performance of franchise contracts has ended. We are of the opinion that it would be appropriate to have a similar regulation in terms of article 24 of Code of PIL or to regulate it in a new special provision in order to determine the applicable law to international franchise contracts clearly.

In addition, since franchise contract is a kind of framework contracts, the mutual rights and debts of parties shall be regulated in general terms of such contracts. Details shall be determined by complementary agreements between parties during the contract period. As an example, if a product franchise contract is concluded between parties, franchisee and franchisor will have to make a sales contract in order to make these products available during the contract period. When a dispute arises from the franchise contract regarding sale of products, the dispute may stay within the scope of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Since Turkey is a party to the CISG, unless otherwise agreed, in disputes falling within the field of application of the Convention, the Turkish courts shall apply the provisions of the CISG.

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini

Bugün dünyada birçok sektörde kendini kabul ettirmiş bulunan franchising, modern bir dağıtım yöntemidir. Franchising yönteminin bu kadar yaygın olmasının nedeni, hem gelişmiş sistemlere sahip olan güçlü ticari kuruluşların büyüme politikalarına cevap vermesi, hem de rekabet avantajı ile piyasaya girmek isteyen tacirlerin ihtiyaçlarını karşılamasıdır. Franchise sözleşmesi ise, üretici firmaların pazarlama ve dağıtım yöntemi olarak kullandıkları hukuki araçlardan biri olarak ortaya çıkmıştır.

Son yıllarda franchising gerek dünyada gerekse ülkemizde en çok tercih edilen dağıtım sistemi haline gelmiştir. Bunda en önemli etken, tüketicilerin gittikleri her yerde, ülkelerinde buldukları ve alışkın oldukları aynı standart ve kalitede mal ve hizmete yönelmeleridir. Franchise sözleşmelerinin uluslararası düzeyde bu kadar yaygın hale gelmesi, bu sözleşmenin milletlerarası özel hukukta ortaya çıkaracağı problemlerin incelenmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Bu çalışmamızda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) hükümleri çerçevesinde yabancı unsur taşıyan franchise sözleşmelerine uygulanacak maddî hukuk kurallarının tayini meselesi ele alınacaktır.

Çalışmamızda öncelikle franchise kavramı ve franchisingin fonksiyonları, akabinde ise franchise sözleşmenin tanımı üzerinde durulacaktır. Daha sonra yabancı unsur taşıyan franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun, tarafların yapacağı hukuk seçimi yoluyla belirlenmesi konusuna temas edilecektir. Son olarak, taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde, franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayini konusu, bilhassa franchise sözleşmelerinde karakteristik edimin tayini ve fikri mülkiyet hakkının kullanımına ilişkin unsurların kattığı özellik noktalarının üzerinde durulmak suretiyle irdelenecektir.

I. “Franchise” ve “Franchise Sözleşmesi” Kavramları

A. Franchise Kavramı ve Franchisingin Fonksiyonları

1. Franchise Kavramı

Ülkemizde ve dünyada başarılarıyla tanınmış firmalar, ulusal ve uluslararası pazardaki yayılma amaçları doğrultusunda her geçen gün artan şekilde franchising olarak adlandırılan yöntemi² tercih etmektedirler. Franchise sözleşmesi ise, üretici firmaların, üretimin yanı sıra pazarlama ve dağıtım üzerinde de doğrudan söz sahibi

¹ RG: 12.12.2007/26728.

² Doktrinde “franchising” terimini daha çok ekonomik fonksiyonlara işaret eden bir işbirliği yöntemi, “franchise sözleşmesi”ni ise bu yöntemi hukuki açıdan biçimlendiren hukuki ilişki için kullanmanın yerinde olacağı yönündeki görüş biz de katılmaktayız ve çalışmamızda anılan kavramları bu şekilde kullanmanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Bkz. Osman Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ‘Sistem’lerin Hukuken Korunması* (Beta 1995) 3 vd.

olmak istemeleri sonucu başvurdukları, yani pazarlama ve dağıtım yöntemi olarak kullandıkları hukuki araçlardan biridir³.

Fransızca kökenli ve yalın sözlük anlamı “serbest bırakma” olan⁴ franchise teriminin İngilizce karşılıkları da sözlüklerde “imtiyaz, hak”, “özel satış hakkı” olarak ifade edilmektedir⁵. Kavram dünya literatürüne İngilizce kullanım şekliyle “franchising” olarak yerleşmiştir.

Bugünkü anlamıyla ilk olarak 1950’li yıllarda ABD’de kullanılmaya başlanan franchising yönteminin temelleri, 19.yüzyılın sonlarına doğru Singer Dikiş Makineleri şirketinin dağıtım sisteminde yaptığı uygulama ile atılmıştır⁶. Ancak burada, sadece kısmen bölge tahsisi ve tanınma işaretlerinin kullanılmasıyla birlikte mal satımı söz konusuydu ve bugünkü anlamda franchise sistemi bulunmamaktaydı⁷. Bu yönüyle “franchising” kelimesinin bu dönemde ABD’de işaret ettiği yöntem, Avrupa’da tek satıcılık olarak adlandırılan sürüm yönteminden farklı özellikler taşımamaktadır. Bu yönüyle “Birinci Kuşak Amerikan Franchising”i veya “ürün franchisingi” adı verilmektedir⁸.

II. Dünya Savaşı’ndan sonra franchising ilk şeklini değiştirip gelişerek modern bir yapıya kavuşmuş ve bu yeni tür, “işletme franchising”i olarak adlandırılmıştır⁹. 1950’li yılların sonlarına doğru, Avrupa’ya da yayılarak inanılmaz bir hızla gelişim gösteren yeni franchising türü, 1980’lerden itibaren ülkemizde de kullanılmaya başlanmış¹⁰ ve 90’lardan itibaren ülkemizde de yaygınlaşarak çok sayıda yabancı marka tarafından kullanılmak suretiyle ulusal ticaret hayatımızda güçlü bir yer edinmiştir. Ayrıca ülkemizde 1991 yılında franchise sisteminin gelişmesi, sağlıklı bir şekilde yürütülmesi, sisteme güven duyulmasının sağlanması ve franchising sistemine ilişkin temel kuralların belirlenmesi amacıyla Ulusal Franchising Derneği (UFRAD) kurulmuştur¹¹. UFRAD tarafından, Türkiye’de franchise veren işletmelerin hatalı uygulamalarda bulunmalarını önlemek ve yatırımcıları korumak için dürüstlük ve açıklık ilkeleri kabul edilmiştir¹².

3 Mehmet Şua, “Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış” (2007) IV/2 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57.

4 Gürzumar (n 2) 1.

5 Çiğdem Kırca, *Franchise Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997) 3. Aynı kökten gelen ‘franchise’ veya ‘franchising’ sözcükleri, Türkçe karşılıkları bulunamadığı için orijinal şekli ile dilimize girmiş ve yerleşmiştir. Franchise sözcüğünün sözlük anlamları hakkında detaylı bilgi için bkz. Selahattin Tuncer, “Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak: Franchising”, (1992) 26/311 İstanbul Sanayi Odası Dergisi 311 49.

6 Kırca (n 5) 5; Tuncer (n 5) 52; Macide Şoğur, *İşletme Sistemi Olarak Franchising* (2nd edn, 1993) 45.

7 Kırca (n 5) 5.

8 Gürzumar (n 2) 1-2; Kırca (n 5) 4-6.

9 Gürzumar (n 2) 2; Şoğur (n 6) 45.

10 Bu konuda öncülüğü 1985 yılında fast-food alanında Mc Donald’s yapmıştır.

11 Dünyadaki franchise dernekleri için bkz. <<http://www.ufrad.org.tr/tr/franchise.htm>> accessed 20 November 2018.

12 UFRAD, Dünya Franchising Konseyi’nin (World Franchising Council) aktif üyesidir ve Avrupa Franchising Federasyonu (EFF, European Franchise Federation)’nun da yönetim kurulu üyeleri arasındadır. <<http://www.ufrad.org/Sayfa.aspx?S=Hakkimizda>> accessed 20 November 2018. Ayrıca Avrupa Franchising Federasyonu Etik Davranış Tüzüğünde belirlenen ilkeler (EFF Code of Ethics), UFRAD tarafından aynen kabul edilmiştir. Bkz. Bahar Şimşek, *Franchising Sözleşmesi* (Yetkin 2016) 33. “EFF Code of Ethics” hakkında detaylı bilgi için bkz. Martin Mendelsohn, *Franchising Law* (2nd edn 2004) 479 vd.

İşletme franchisingi olarak adlandırılan franchisingin yeni türünde franchise-veren, franchise-alana kendi sahip olduğu sistemin tümünden ve sisteme dâhil sınıai unsurlardan, geniş bir hizmet ve yardım paketi eşliğinde yararlanma olanağı tanımakta; franchise-alan ise bu olanaklardan yararlanırken, söz konusu sistem dâhilinde üretilen veya satılan mal ve hizmetlerin dağıtımını bağımsız bir işletmeci sıfatıyla, fakat hem kullandığı sistemin içerdiği, hem de franchise-veren tarafından belirlenen ilkelere uyarak; ayrıca franchise-verenin denetimine katlanarak yapmakta ve bir de ücret ödemektedir¹³.

Birinci kuşak Amerikan franchising türünden farklı olarak, işletme franchisinginde taraflar arasındaki işbirliği, sürekli ve geniş kapsamlı olan daha yoğun bir ilişkiye dayanmaktadır. Franchise-alanın işletmesi, franchise-verenle birlikte kullanılan yeknesak bir üretim, işletme ve pazarlama sistemi nedeniyle müşteri tarafından franchise-verene ait olan bir işletmeler zincirinin herhangi bir halkasıymış gibi algılanmaktadır¹⁴.

Bugün Avrupa’da modern bir sürüm yöntemi olarak uygulanan franchising kavramından “işletme franchising”i (İkinci Kuşak Amerikan Franchising’i) anlaşıl- maktadır¹⁵ ve biz de bu doğrultuda çalışmamızda franchising kavramı ile “işletme franchisingi”ni ifade ediyor olacağız.

Ekonomik yaşamın zenginliği içerisinde franchising, hem işletme hem de hukuk literatüründe değişik kıstaslara göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Örneğin franchising sistemi, baştan itibaren franchising yöntemi uygulanarak kurulmuş olabileceği gibi (kurucu franchising), daha önce başka bir sürüm yöntemiyle kurulmuş bir sistemin, franchising sistemine dönüştürülmesi (dönüştürücü veya yapısal dönüşüme yol açan¹⁶ franchising) ile de meydana gelebilir.

Ayrıca franchising, tarafların bulunduğu ekonomik basamaklar esas alındığında üretici-toptancı, üretici-perakendeci, toptancı-perakendeci franchising’i gibi türlere de ayrılmaktadır¹⁷.

Belli bir franchise zincirinin halkalarını oluşturan işletmelerin müşteriye mal mı yoksa hizmet mi sunduklarına bakılarak da franchising türlere ayrılmakta ve franchise- alanlar tarafından, müşteriye mal sunuluyorsa “mal franchising”i, hizmet sunuluyorsa “hizmet franchising”i söz konusu olmaktadır¹⁸. Ancak günümüzde müşteriye sunulan mallara eş- lik eden hizmetler artmakta olduğundan bu ayırım da anlamını kaybetmektedir¹⁹.

13 Gürzumar (n 2) 2; Şimşek (n 12) 79; Dilber Ulaş, *Franchising Sistemi* (3rd edn, 2013) 40; Cihat Kartal, Tülin Durukan, Naz Varlı, *Uluslararası Pazara Giriş Stratejileri, Franchising Sistemi ve Türkiye Uygulaması* (Asil Yayın Dağıtım 2006) 89; UNIDROIT Franchising Guide (2nd edn, 2007) 1-2.<<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/franchising2007-guide-2nd-e.pdf>> accessed 20 November 2018.

14 Şoğur (n 6) 45; Gürzumar (n 2) 2.

15 Gürzumar (n 2) 2-3; Kırca (n 5) 8.

16 Şimşek (n 12) 81-82; Gürzumar (n 2) 3; Şoğur (n 6) 52-53.

17 Detaylı bilgi için bkz. Kırca (n 5) 41-42; Ulaş (n 13) 42 vd.; Şimşek (n 12) 74 vd.

18 Hizmet franchisingi özellikle otel, restoran, temizlik ve tamirat alanlarında görülmektedir.

19 Gürzumar (n 2) 4. Ayrıca özellikle Almanya ve İsviçre’de tarafların güç ve menfaat durumuna göre ‘tabiyet franchisingi’ ve ‘ortaklık franchisingi’ olarak da bir ayrıma gidilmekte ise de doktrinde hakim görüş ortaklık franchisinginin, franchisingin yapısıyla bağdaşmadığından bu ayrımı kabul etmemekte ve ortaklık franchisingi kavramını reddetmektedir. Bu konuda doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca (n 5) 43 vd.

Franchise sözleşmesinin bir ülke sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığı esas alınarak da bir ayırım yapılmakta ve franchising, franchise sözleşmesinin tarafları aynı ülke sınırları içerisinde ise ulusal franchising; buna karşın taraflar ayrı ülkelerde ise uluslararası franchising adını almaktadır²⁰.

Gerek ulusal, gerekse uluslararası franchising sisteminde franchise-veren, franchise sözleşmesini doğrudan kendisi yapabileceği gibi bu konuda kendi kuracağı yavru şirketlerden veya yabancı işletmelerden de yararlanabilir. Franchise-veren, franchise sözleşmesi yapma konusunda yavru şirketten yararlandığı hallerde üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin tarafı gerçek franchise-veren konumundaki ana şirket değil, üçüncü kişilerle sözleşmeleri bizzat yapan yavru şirkettir. Yani yavru şirket ana şirketle olan ilişkisinde franchise-alan; üçüncü kişilerle olan ilişkisinde ise franchise-veren konumundadır.²¹ Franchise-verenin franchise sözleşmeleri yapmak konusunda yabancı işletmelerden yararlandığı hallerde ise gerçek franchise-veren, haklarını kendi adına kullanmak üzere bir franchise-alana vermekte ve bu franchise-alan da o bölgede franchise-veren gibi davranmaktadır. Bu uygulama “master franchise” adını almaktadır²². Master-franchise’da, franchise-alana bir ülkenin tamamında veya bir bölgede franchise sistemini kurması, işletmesi ve üçüncü kişilerle kendi adına franchise sözleşmeleri yapması konusunda yetki verilir. Master franchise-alan, asıl franchise-veren karşısında franchise-alan, üçüncü kişilerle yaptığı franchise sözleşmelerinde ise franchise-veren konumundadır²³. Master franchise, günümüzde yabancı bir pazara girmenin en kolay, hızlı ve düşük maliyetli yoludur²⁴.

Gerek yavru şirket gerekse franchise alan, franchise-verenle aynı ülkede değil ise bu durumda uluslararası franchising söz konusu olur. Uluslararası franchise sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Türk mahkemelerine götürülmesi hâlinde uygulanacak maddi hukuk kurallarının tayini 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine tâbi bulunmaktadır.

2. Franchisingin Fonksiyonları

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız bir tür sürüm (dağıtım) yöntemi olan franchising, bir yandan gelişmiş sistemlere sahip güçlü ticari kuruluşların ulusal ve uluslararası pazarda büyüme politikalarına cevap verdiği, diğer yandan ise piyasaya daha az para ve zaman harcayarak rekabet avantajı ile girmek isteyen tacirlerin ihtiyaçlarını karşıladığı için bugün dünyada birçok sektörde kendini kabul ettirmiş bulunmaktadır.

20 Kartal, Durukan, Varlı (n 13) 73; Şoğur (n 6) 42; Ulaş, (n 13) 44.

21 Kırca (n 5) 42-43.

22 ABD’de “master franchise” adını alan bu uygulama, İngiltere ve Kara Avrupası’nda ise ‘sub-franchise’ olarak adlandırılmaktadır. Şoğur (n 6) 42.

23 UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 254; Kırca (n 5) 43; Sema Çörtoğlu Koca, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı* (Yetkin 2013) 76.

24 Ulaş (n 13) 46; Şoğur (n 6) 42.

Franchising, yeni ve modern bir sürüm ve dağıtım sistemi olarak ortaya çıkmış ve uygulanmaya başlanmıştır. Sistemin taraflara sağladığı yararlar yanında sosyal yararları da mevcuttur. Şöyle ki, franchising küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişmesine imkân vermekte, ayrıca tüketiciler franchising sayesinde uygun fiyatla kaliteli mal veya hizmetlerden yararlanma imkânını elde etmektedirler. Bunlar yanında franchising, hizmetlerin rasyonelleşmesinde de etkili bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır²⁵.

Franchisingin modern bir sürüm yöntemi olarak ticaret hayatında hızla gelişerek yaygınlaşmasının nedeni, taraflara piyasada yer ve kazanç edinmelerini sağlayan güvenli bir sistem olmasıdır²⁶.

Franchise sisteminin, franchise verene sağladığı avantajlar şöyledir:

a) Franchise- veren, kendi geliştirdiği ve hâkim olduğu bir üretim, işletme ve pazarlama sistemine bağlı; yine kendisinin belirlediği ilkelere uymak ve yapacağı denetimlere katlanmak yükümlülüğünde bulunan, hukuken bağımsız ama kontrolü mümkün ve standart hale gelmiş işletme birimleri aracılığıyla bir dağıtım ağı kurarak pazarda büyüme, yayılma ve kazancını arttırma olanağı elde eder²⁷.

b) Franchise-veren, diğer sürüm yöntemlerinde gerekli olan masraflardan çok daha azına katlanır. Çünkü franchise-alan kendi işletmesinin yatırım maliyetini kendisi üstlenmektedir. Ayrıca franchise-alan, faaliyetlerinin başlangıcında franchise-verenden aldığı ad, marka, know-how gibi gayri maddi malları kullanma ve franchise-verenin yardımları karşılığında bir başlangıç ücreti ve faaliyetleri esnasında elde ettiği cironun belli bir yüzdesi kadar bir ücreti periyodik olarak franchise-verene ödediği için, franchise-veren daha az sermaye ile işletmesini kurup geliştirebilir ve kendisine fazladan bir kâr alanı yaratabilir²⁸.

c) Franchise-alanın hukuken bağımsız bir tacir olarak kalması ve kendi işletmesinin yatırımını üstlenmesi, franchise-veren açısından hukuki ve ekonomik riski azaltır²⁹.

d) Franchise-alanın girilen pazardaki yöreden olması franchise-verenin en iyi pazarlama olanaklarına kavuşmasını ve güvenli bir pazar elde etmesini sağlar³⁰. Çünkü tüketiciyle sürekli temas halinde bulunması ve sürümü doğrudan gerçekleştirmesi sebebiyle franchise-alan, bulunduğu bölgenin piyasasını, pazar imkânlarını ve tüketici ihtiyaçlarını daha iyi bilmektedir ve franchise-verenle aralarındaki sürekli bilgi paylaşımı sayesinde, franchise-veren hem müşteriye sunulan mal veya hizmetin yöresel uyum sağlaması, hem de tüketici tarafından daha kolay kabullenilmesi olanağını elde eder³¹.

25 Kırca (n 5) 8.

26 Kırca (n 5) 10.

27 Gürzumar (n 2) 4.

28 Şoğur (n 6) 27; Ulaş (n 13) 26; Gürzumar (n 2) 4-5; Kırca (n 5) 11; Çörtoğlu Koca (n 23) 750.

29 Gürzumar (n 2) 5; Kırca (n 5) 11; Şimşek (n 12) 91.

30 Kırca (n 5) 11; Şoğur (n 6) 29; Şimşek (n 12) 92. UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 254.

31 Kırca (n 5) 10; Gürzumar (n 2) 5; Şoğur (n 6) 29; UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 254.

e) Franchise sisteminde hukuken bağımsız bir işletmeci olarak kalan franchise-alanın, kendi çıkarı için işbirliğinden doğan yükümlülüklerini tamamen yerine getirmesi franchise-verenin kar şansını artırır³².

Franchisingin, franchise alana sağladığı avantajlar ise şöyledir:

a) Franchise-alan, başkasına ait denenmiş ve başarılı olmuş bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanmak suretiyle yeni kurulan bir işletmenin başlangıç aşamasında karşılaşılan bir takım kuruluş ve idare sorunlarıyla genellikle karşılaşmaz. Böylece, bu tip sistemlerin geliştirilmesi için gerekli olan sermayenin çok daha azını harcayarak ve denenmiş bir sistemin bilgi ve tecrübelerinden, know-how, reklam, personel eğitimi ve pazarlama imkânlarından yararlanmak suretiyle zaman kaybetmeksizin ve rekabet avantajıyla pazara girer³³. Bunun sonucunda franchise sisteminden yararlanmayanlara nazaran ilk yıllarda başarısızlığa uğrama ihtimalinin daha az olduğu görülür³⁴.

b) Franchise-verenle aralarındaki işbirliğinin devamı süresince franchise-veren tarafından sağlanan danışma, eğitim, reklam vb. alanlardaki hizmetler aracılığıyla rekabet avantajı ile girdiği pazarda rekabet avantajını güçlü bir şekilde sürdürme olanağı elde eder³⁵.

c) İşletmenin açılışından itibaren franchise-alana sağlanan koruma, onun işletme risklerini önemli ölçüde azaltır. Ayrıca tanınmış bir işletme sistemine dâhil olmak franchise-alanın kredi itibarını artıracığından, yatırımlar için ihtiyaç duyulan sermaye, franchise-alan tarafından daha kolay temin edilir³⁶.

d) Hukuken bağımsız bir işletmeci olarak kendi işletmesinin sahibi olması nedeniyle franchise-alanın göstereceği gayretler kendi başarı ve kazanç şansını artırır³⁷.

B. Franchise Sözleşmesi Kavramı

Franchise sözleşmesi, doktrin ve uygulamada çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Sözleşmenin tanımı konusunda ortaya çıkan farklılıkların sebebi olarak, franchise sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olması, birçok türlerinin bulunması ve kapsamında çeşitli ekonomik ve hukuki ilişkilerin yer alması gösterilebilir³⁸.

Ülkemizde franchise sözleşmesine ilişkin kanuni bir düzenleme henüz mevcut olmadığından, sözleşmenin tanımlanması ve unsurlarının ortaya konulması, bu sözleşmenin

32 Gürzumar (n 2) 5; UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 254; Ulaş (n 13) 25; Şoğur (n 6) 26-27; Şimşek (n 12) 91.

33 Kırcı (n 5) 12; Gürzumar (n 2) 5; Şoğur (n 6) 19-20; Varlı (n 13) 98; Çörtoğlu Koca (n 23) 750.

34 Örneğin ABD’de işletmelerin ilk beş yılda başarısızlık oranı, franchise sistemini uygulayan işletmelerde %10 iken, diğer işletmelerde %65-90 arasındadır. Bkz. Kırcı (n 5) 13 dipnot 68.

35 Gürzumar (n 2) 5; Ulaş (n 13) 19-20; UFRAD 10 Soruda Franchise <www.ufrad.org.tr> accessed 20 November 2018; UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 252; Şimşek (n 12) 86.

36 Kırcı (n 5) 13; Şoğur (n 6) 20-21; Şimşek (n 12) 88; Ulaş (n 13) 23.

37 Gürzumar (n 2) 5.

38 Kırcı (n 5) 15. Şua (n 3) 60.

hukuki niteliğinin tespiti ve dolayısıyla sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesi açısından önem arz etmektedir³⁹. Ayrıca yapılacak tanım, yabancı unsur içeren franchise sözleşmelerinde karakteristik edimin ve dolayısıyla uygulanacak hukukun belirlenmesinde de etkili olacağından, çalışmamız açısından ayrı bir öneme sahiptir.

Franchise sözleşmesinin tanımının yapılabilmesi, her sözleşme türünde olduğu gibi objektif esaslı unsurların tespit edilmesini, başka bir ifadeyle tarafların her franchise sözleşmesinde yerine getirmekle yükümlü olacakları asgari asli edim yükümlerinin ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak franchise sözleşmesinin içerdiği edimlerin sayıca çok olması ve bu edimlerin önemlerinin her somut ilişkide birbirine göre farklılık gösterebilmesi, hatta bazı edimlerin sadece kimi franchise sözleşmelerinde yer alması gerekirken, diğerlerinde böyle bir zorunluluğun bulunmaması Türk hukukunda ve yabancı hukuk sistemlerinde ortak bir tanım yapılmasını zorlaştırmıştır.

Franchise sözleşmesine ilişkin yabancı hukuk sistemleri ile Türk hukuk sisteminde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan AT Komisyonu'nun franchise sözleşmelerine ilişkin olarak hazırladığı 4087/88 sayılı Tüzük'te⁴⁰ yer alan tanıma göre franchise sözleşmesi, "franchise-verenin franchise-alana doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından;

- Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi,
- franchise-veren tarafından franchise-alana know-how aktarılması,
- franchise-alanın anlaşma süresince franchise-veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerini içeren bir anlaşmadır."

1998 tarihli bu Tüzük'te yer alan tanım, bugün dahi franchise sözleşmesinin tanımı bakımından bütün Avrupa'da önemini korumaktadır⁴¹.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) 1986 tarihli *Pronuptia* kararında⁴² da franchise sözleşmesi tanımlanmış ve bu karar, yukarıda sözü edilen AT Komisyonu'nun 4087/88 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü'nün oluşturulmasında da etkili olmuştur. ATAD, *Pronuptia* kararında, franchise sözleşmesini hizmet, üretim ve dağıtım olmak üzere üçe ayırarak tanımlamıştır. Bu karara göre; franchise alana, franchise verenin markası, ticaret ünvanı ve diğer tanıtıcı unsurları altında ve onun talimatları doğrultusunda hizmet yapma hakkının verildiği sözleşme, hizmet fran-

39 Şua (n 3) 60.

40 AT Komisyonu tarafından hazırlanan 4087/88 sayılı Tüzük metni için bkz. <<http://eur.lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988R4087&from=EN>> accessed 20 November 2018.

41 Şua (n 3) 64.

42 Case 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH, Pronuptia de Paris v Schillgalis* [1986] ECR 353.

chise sözleşmesidir. Franchise alana, franchise verenin markasını, ticaret ünvanını ve diğer tanıtıcı unsurlarını kullanarak işletmesinde mal veya hizmetlerin sürümünü yapma yetkisinin verildiği sözleşme ise dağıtım franchise sözleşmesidir. Bunun yanında franchise alanın, franchise verenin talimatları doğrultusunda malları imal ederek, franchise verenin gayri maddi mallarını kullanarak bu malları satma yetkisinin verildiği sözleşme türü ise üretim franchise sözleşmesidir⁴³.

Türk doktrininde⁴⁴ franchising yöntemine ilişkin en kapsamlı ve derinlemesine yapılan çalışmada yer alan ve bizim de benimsediğimiz tanım ise şöyledir: “Franchise sözleşmesi, franchise-verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise-alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise-verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme ait mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir.”⁴⁵

Yargıtay tarafından franchise sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta verilen kararda ise franchise sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Franchising, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dâhilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getirilen sözleşmesel ilişkidir.”⁴⁶

Ulusal Franchising Derneği (UFRAD)’ın tanımına göre ise franchising: “Ana firmanın üretim veya hizmet alanında denenmiş ve başarılı olmuş ticari ve hizmet markasını, ürünlerin dağıtım ya da hizmeti sunma hakkını belirli süre, şart ve sınırlamalarla yasal ve finansal açıdan tamamen bağımsız olan bir diğer tarafa verdiği bir pazarlama ve dağıtım yöntemidir.”⁴⁷

43 Şimşek (n 12) 37-38. Ayrıca bkz. UNIDROIT The European Union and Franchising 1-4 <<http://www.unidroit.org>> accessed 20 November 2018.

44 Doktrinde franchise sözleşmelerine ilişkin yapılan diğer bir tanım için bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (Filiz Kitabevi 2002) 78. Ayrıca Türk hukuku açısından franchise sözleşmelerinin en çok tekrarlanan unsurlarını bir araya getirecek şekilde yapılan franchise sözleşmesi tanımı ve Alman ve İsviçre hukuk doktrini ve uygulamasında yapılan tanımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kırca (n 5) 15 vd.

45 Gürzumar (n 2) 10.

46 Y. 19. HD, E 2001/819, K 2001/4917, T 25.06.2001. Karar için bkz. <www.kazanci.com.tr> accessed 20 November 2018.

47 Ulusal Franchising Derneği Semineri 4 (1996) 10.

Ayrıca Rekabet Kurumu tarafından 9.9.2015 tarihinde yayımlanan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da⁴⁸ franchise sözleşmesinin tanımı şu şekildedir: "Franchise anlaşmaları, malların veya hizmetlerin dağıtımında kullanılacak olan, özellikle marka, işaret gibi fikri haklarla ve know-how'la ilgili lisanslar içerirler. Fikri hak ve know-how lisanslarına ek olarak franchise veren genellikle sözleşme süresince franchise alana ticari ve teknik yardım sağlar. Lisanslar ve yardımlar, franchise paketinde iş metodunun tamamlayıcı parçalarıdır. Bu unsurlar karşılığında franchise alan tarafından, franchise verene bir franchise ücreti ödenir. Franchising, franchise verenin sınırlı bir yatırımla ürünleri için yeknesak bir dağıtım ağı kurmasını mümkün kılar. İş metodu ile ilgili hükümlere ek olarak franchise anlaşmaları genellikle dağıtılan ürünle ilgili olarak özellikle seçici dağıtım ve/veya rekabet etmeme ve/veya münhasır dağıtım veya bunların daha zayıf formlarıyla ilgili çeşitli dikey sınırlamaların bileşimlerini de içerir."

II. Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Maddi Hukuk Kurallarının Tayini

A. Franchise Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

1. Genel Olarak

Sözleşmeler bakımından en ağır basan menfaat taraf menfaati olduğundan, milletlerarası özel hukuk alanında bunun hayata geçirilmesi, öncelikle tarafların kendi seçtikleri hukukun aralarındaki sözleşmeye uygulanması ile mümkün olmaktadır⁴⁹. Yabancı unsur içeren bir sözleşmede taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması sözleşmenin kesinliği ve istikrarı bakımından gereklidir. Ayrıca hukuk seçimi, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti konusunda yargı mercilerine önemli kolaylıklar sağlamanın yanında; potansiyel ihtilafların ortaya çıkmasını önleyici bir işleve de sahiptir⁵⁰.

Franchise sözleşmelerinde tarafların taahhütlerinin çok çeşitli ve karmaşık olmasından dolayı, açık hukuk seçimi olmayan hallerde uygulanacak hukukun tespiti güçleşmektedir. Taraflarca hukuk seçimi yapılması bu güçlüğü en aza indirmektedir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku önceden bilmeleri, bu hukuka göre gerçekleşecek ifalarını ve fillerini öngörebilmelerini sağlayacaktır⁵¹. Yabancı unsur içeren franchise sözleşmelerinde irade muhtariyeti prensibine yer verilmesi, uzun

48 Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz- Kabul Tarihi:3.6.2009, Karar Sayısı: 09-26/567-M <http://www.rekabet.gov.tr/tr/TR/KilavuzListesi?control_KilavuzListesi_gridGuides-ListChangePage=2>; Burcu İrge Erdoğan, *Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (XXII Levha 2016) 8.

49 Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Beta 2015) 249; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (11th edn, Vedat 2011) 349.

50 Detaylı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (6th edn, Beta 2016) 41 vd.; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 250.

51 Fügen Sargın, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (2002) 36-37; Çörtoğlu Koca (n 23) 154.

dönemli olan bu sözleşmeler açısından güven ve öngörülebilirliği sağlamak açısından önemlidir.⁵²

Maddi hukuktaki irade serbestisine paralel olarak milletlerarası özel hukuk alanında, sözleşmelere uygulanacak hukukun tarafların karşılıklı anlaşması suretiyle belirlenmesi imkânı vardır⁵³. İrade serbestisinin, milletlerarası özel hukuk alanındaki görünümü “hukuk seçimi”dir⁵⁴. Ancak maddi hukuk düzenlemelerindeki irade serbestisi uyarınca tarafların sadece emredici olmayan kuralların aksini kararlaştırma yetkileri olmasına rağmen, milletlerarası özel hukukta taraflara, gerek emredici gerekse tamamlayıcı kurallarıyla birlikte sözleşmelerini seçtikleri hukuka tabi tutabilme imkânı tanınmaktadır. Burada taraflar, yabancı unsur içeren bir sözleşmede hukuk seçimi yaptıklarında, objektif bağlama kuralları uyarınca yetkili olan hukukun emredici kurallarını bertaraf ederler; ancak kendi seçtikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümlerine tabi olurlar⁵⁵. Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi prensibinden anlaşılması gereken, tarafların sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin bütünü ile tabi olacağı hukuku belirleme yetkileridir.⁵⁶

Tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde, kanunlar ihtilafı anlamında bir bağlanma söz konusudur ve sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından taraf iradesi, bir bağlama noktasıdır. Böylece taraflara verilen sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirleme yetkisi, bir kanunlar ihtilafı kuralından doğmaktadır⁵⁷. Hukuk seçimi yapma konusunda taraflar, lex forinin kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkilendirilmektedir⁵⁸.

Sözleşmelerde uygulanacak hukukun öncelikle taraflarca kararlaştırılması, çoğu ülkede ve birçok uluslararası sözleşmede kabul edilmiştir. Örneğin 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) m.116⁵⁹, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (EGBGB) m.27, 1998 tarihli Tunus Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.62, İsveç Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.15, Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1955 tarihli Lahey

52 Sargın (n 51) 36; Çörtöğlu Koca (n 23) 154.

53 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 249; Şanlı (n 50) 44; Aslı Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet Yayınevi 2012) 52.

54 Cüneyt Çilingiroğlu “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, (1989) 9/2 MHB 104; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 366. Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 105 vd.

55 Çilingiroğlu (n 54) 104-106; Gülören Tekinalp, “Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zimni Hukuk Seçimi” (1985) 5/1 MHB; Şanlı, Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 248; Çelikel, Erdem (n 54) 366; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 351; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktilerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 20.

56 Çelikel, Erdem (n 54) 366; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013) 289.

57 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 351; Demir Gökyayla (n 56) 289; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2011) 75 dipnot 265.

58 Demir Gökyayla (n 56) 290; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1996) 75.

59 Çelikel, Erdem (n 54) 371.

Konvansiyonu m.2, 1986 tarihli Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi m.7, Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü m.3, İngiliz mahkeme içtihatları, Amerika Birleşik Devletleri İkinci Restatement paragraf 187(1)'de hukuk seçimi düzenlenmiştir⁶⁰. Ayrıca uluslararası franchise sözleşmeleri hazırlanırken taraflara rehberlik etmeyi amaçlayan ICC Model Franchising Sözleşmesi'nde de tarafların aralarındaki franchise sözleşmesine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabilecekleri hükmü yer almaktadır (m.31/B).

5718 sayılı MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddesi ve franchise sözleşmeleri açısından büyük önemi olan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri düzenleyen 28. maddesi, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir⁶¹.

2. Hukuk Seçimi ile Incorporation İşlemi Arasındaki Farklar

Burada yabancı bir hukukun seçilmesi ile bu hukukta yer alan kuralların sözleşme hükmü haline getirilmesi (incorporation⁶²) arasındaki farka da değinmek gerekecektir. Şöyle ki taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak yabancı bir hukuku seçebilecekleri gibi, bu hukukun belirli hükümlerini sözleşme hükmü haline getirebilirler⁶³. Bu işlem, hukuk seçiminden farklıdır ve kanunlar ihtilafı alanında incorporation (sözleşmeye dâhil etme)⁶⁴ adını almaktadır. Burada yabancı bir devlet hukuku seçilmemekte; yalnızca bu hukuka ait bazı kural ya da kanunlar sözleşmenin içeriği haline getirilmektedir⁶⁵.

Hukuk seçimi ile incorporation arasındaki fark, özellikle sözleşme statüsünün emredici kuralları bakımından önemlidir. Yabancı hukukun belirli hükümlerinin sözleşme hükmü haline getirilmesi durumunda bu hükümlerin geçerli olabilmesi, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamalarına bağlıdır⁶⁶. Buna karşın taraflarca seçilen hukuk, tamamlayıcı ve emredici kurallarıyla birlikte bir bütün olarak sözleşmeye uygulanmaktadır⁶⁷.

Sözleşmeye dâhil etme (incorporation) ile hukuk seçimi arasındaki en temel farklardan biri de, sözleşmenin yapıldığı an ile uyuşmazlığın karara bağlanacağı an

60 Çörtoğlu Koca (n 23) 156.

61 Yabancı unsur içeren sözleşmelerde hukuk seçimi yapılırken, doğması muhtemel ihtilafları en baştan önlemek açısından tarafların dikkat etmesi gereken hususlar ve bu konudaki önemli tavsiyeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 261 vd.

62 Incorporation hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında 'Incorporation'", (1999-2000) 19-2/1-2 MHB Aysel Çelikel'e Armağan 263-291.

63 Taraflar, sadece bir devlete ait hukuk kurallarını değil, çeşitli kural, kod, genel şartlar, standart sözleşmeler ve milletlerarası sözleşmeleri de yaptıkları bir atıfla sözleşme hükmü halinde getirebilirler. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 263.

64 Ekşi (n 62) 266.

65 Çelikel, Erdem (n 54) 387; Demir Gökyayla (n 56) 292.

66 Şanlı (n 50) 56; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 254-255; Nuray Ekşi, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004) 75; Ekşi (n 62) 266.

67 Ekşi (n 66) 75; Ekşi, (n 62) 266; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 351; Çelikel, Erdem (n 54) 366.

arasındaki süreçte, hükümlerde değişiklik olması halinde ortaya çıkmaktadır. Yabancı hukukun belirli kuralları sözleşme hükmü olarak sözleşmede yer aldığına, bu hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler sözleşme hükümlerini etkilemez⁶⁸. Buna karşın taraflar arasında hukuk seçimi yapılması halinde yabancı hukukta, hukuk seçiminin sonraki her değişiklik tarafları bağlayacaktır⁶⁹.

3. Açık veya Zımnî Hukuk Seçimi

MÖHUK m.24 uyarınca taraflar yabancı unsur içeren bir franchise sözleşmesine uygulanacak hukuku açık olarak belirleyebilirler. Yine aynı madde uyarınca, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılacak hukuk seçimi de geçerlidir.

Çerçeve sözleşmede yer alan bir hukuk seçimi, çerçeve sözleşmeyi tamamlayan icrai sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında zımnî hukuk seçimi yapıldığına ilişkin güçlü bir emardır. Çünkü çerçeve sözleşmede hukuk seçimi yapılmakla taraflar arasındaki hukuki ilişkinin temel olarak seçilen hukuka tabi tutulması yönünde taraf iradeleri açıklanmış olmaktadır⁷⁰.

Franchise sözleşmeleri çerçeve nitelikli sözleşmeler olduğundan, çerçeve sözleşme hakkında hukuk seçimi yapılması halinde, bu seçimin çerçeve sözleşmeyi tamamlayan diğer icrai sözleşmeleri de kapsayıp kapsamadığının sözleşmeye konulacak bir hükümle açıklığa kavuşturulması gerekir⁷¹. Eğer sözleşmede böyle bir hüküm yer almıyorsa ve tamamlayıcı sözleşmeler hakkında hukuk seçimi yapılmamışsa, bu hususta doktrinde yer alan bir görüşe göre⁷², çerçeve sözleşmede yapılan hukuk seçiminin, doğacak diğer sözleşmeler için de geçerli olması gerekmektedir. Kanaatimizce de çerçeve sözleşme olan franchise sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmışsa, bu hukuk seçimi, franchise sözleşmesini tamamlayan icrai sözleşmeler için de geçerli olmalıdır.

4. Kısmi Hukuk Seçimi

Taraflarca kısmi hukuk seçimi yapılabileceği MÖHUK'ta açıkça kabul edilmiştir. MÖHUK m. 24/2 uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler⁷³. Kanundaki bu açık düzenleme gereğince,

68 Ekşi (n 66) 75; Ekşi (n 62) 267. Bunun nedeni, sözleşmeye dahil edilen kuralların artık bir hukuk sistemi özelliğini kaybetmesi ve sadece bir kurallar bütünü halini almasıdır. Demirkol (n 57) 157.

69 Ekşi (n 66) 75; Ekşi (n 62) 267.; Demir Gökyayla (n 56) 293; Demirkol (n 57) 156.

70 Çerçeve sözleşme hakkında yapılan hukuk seçiminin onu tamamlayan birel sözleşmeler için de emare değeri olduğu yönündeki 1998 tarihli Alman yerel mahkemesi kararı hakkında bkz. Demir Gökyayla (n 56) 346 dipnot 294.

71 Demir Gökyayla (n 56) 347.

72 Demir Gökyayla (n 56) 346 dipnot 295.

73 Maddenin esin kaynağını oluşturan Roma Konvansiyonu'nda tarafların sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmalarına imkân tanımaktadır. Bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanılan Kuralları" (2010) 30/1-2 MHB 40; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 354.

franchise sözleşmesinin tarafları aralarındaki sözleşme ilişkisini farklı bölümlere ayırıp, bu bölümlere farklı hukuk sistemlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Örneğin bir franchise sözleşmesinde tarafların, sözleşmeyi Türk hukukuna tabi tutarken; donanımın sağlanması veya know-how'ın transferini bundan ayırarak konuyu daha detaylı düzenleyen farklı bir ülke hukukuna tabi tutmaları mümkündür.

5. Hukuk Seçimi ve Atıf Teorisi

Milletlerarası Özel Hukukta kural olarak, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradeleri seçilen hukukun maddi kurallarına dönük olarak yorumlanır⁷⁴. Taraflarca hukuku seçilen devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dışlandığı farz edilir⁷⁵. Bu nedenle franchise sözleşmelerine uygulanacak olan hukuk seçilirken taraflar, yapılan bu hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı kurallarını kapsayıp kapsamadığı hususunu da dikkate almalıdırlar. Uluslararası bir franchise sözleşmesinde taraflar aralarında açıkça kararlaştırmadıkça, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaz⁷⁶.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda hukuk seçiminin yapıldığı durumlarda atfın uygulanmayacağı belirtilmektedir (m.15/2)⁷⁷. Aynı şekilde Roma I Tüzüğü'nün 20. maddesinde de atıf istisna edilmiştir. Bu madde uyarınca Roma I Tüzüğü ile belirlenen herhangi bir ülke hukukunun uygulanması demek, Tüzükte aksi düzenlenmediği sürece, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanması demektir⁷⁸.

MÖHUK'un 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır; başka bir ifadeyle, tarafların iradeleri ile seçtikleri hukukta atıf veya devam eden atıf (renvoi) dikkate alınmaz⁷⁹. Ancak taraflar aralarında bunun aksini kararlaştırmak istiyorlarsa, bu durumda belirledikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsayacak şekilde genel bir atıf yapmaları mümkündür⁸⁰.

6. Lex Mercatoria'nın Seçilmesi

Yabancı unsur içeren sözleşmelerde taraflar, belirli bir devletin hukukunu seçmek yerine, hukukun genel ilkelerine, uluslararası ticari örf ve adetlere ya da lex mercatoria

74 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 326; Çelikel, Erdem (n 54) 370.

75 Şanlı (n 50) 48.

76 Bkz. UNIDROIT Franchising Guide (n 13) 203; ICC Model International Franchising Contract, (ICC Publication No 712E 2011) 11.

77 Çörtoğlu Koca (n 23) 314; Peter North, *Essays in Private International Law* (Oxford 1993) 324.

78 Çörtoğlu Koca (n 23) 314.

79 Şanlı (n 50) 47; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 253; Çelikel, Erdem (n 54) 370; Vedat Raşit Seviğ, "Akitlere Uygulanacak Kanun Sorunu", *Nihal Uluocak'a Armağan* (1999) 325; Çilingiroğu (n 54) 111-112; Aysel Çelikel, "Türk Milletlerarası Özel Hukukta "Atıf" Prensipli'nin Uygulanması", (1983) 3/2 MHB, 3; Süheyla Balkar Bozkurt, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi", (2014) II GÜHFD Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, 795-862.

80 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 253.

kaynaklarına atıf yapmaktadırlar⁸¹. Lex mercatoria, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tacirler tarafından oluşturulan, hiçbir milli hukuk sistemine dayanmayan ve kapsamı birbirinden farklı kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁸². Bu kapsamda lex mercatorianın kaynakları arasında uluslararası ticari teamüller, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun kaynakları, uluslararası anlaşmalar, BM, OECD, UNIDROIT gibi uluslararası örgütler tarafından alınan kararlar, davranış talimatları, model kanunlar, yeknesak kurallar sayılabilir. Kısaca lex mercatoria, sözleşme koşullarından, uluslararası ticari teamüllerden, uluslararası sözleşmelerden ve temel hukuk kurallarından oluşan ve milli olmayan yeknesak kuralları ifade eden bir kavramdır⁸³.

Lex mercatoria, herhangi bir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan kural ve genel ilkelerden oluştuğundan⁸⁴, lex mercatorianın seçilmiş olmasının “hukuk seçimi” olarak kabul edilebilmesi, uyuşmazlığın devlet yargısı önünde mi yoksa tahkim yoluyla mı çözüldüğüne bağlı olarak farklılık gösterir. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi durumunda, hakemlerin uygulamak zorunda oldukları bir lex fori’leri bulunmadığından⁸⁵, devlet yargısına göre uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından geniş bir özgürlüğe sahiptirler. Taraflarca lex mercatoria kaynakları uygulanacak hukuk olarak seçilmişse, hakemler tarafından lex mercatoria’nın uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir⁸⁶.

Ancak eğer uyuşmazlık devlet yargısında çözülyorsa, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak milli olmayan hukuk sistemlerini seçmelerinin hukuk seçimi olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁷.

81 Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü* (2008) 66; Demir Gökyayla (n 56) 312.

82 Çalışkan (n 81) 66; Berthold Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria” in Julian D. M. Lew (ed), *Contemporary Problems in Arbitration* (1987) 116; Arzu Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği”, 2001) 50/3 AÜHF 22 vd. vd.; Ayrıca lex mercatoria kavramı hakkında teoriler için bkz. Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2nd edn, Vedat 2011) 29-79.

83 Demir Gökyayla (n 56) 312-313.

84 Çalışkan (n 81) 66.

85 Şanlı (n 54) 123-124.

86 Şanlı (n 54) 147; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 151; Ramazan Durgut, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması”, (2005-2006) 25-26/1-2 MHB, 117-118; Ekşi (n 66) 97; Demir Gökyayla (n 56) 314. Milletlerarası ticari tahkimde hakemler tarafından lex mercatoria’nın uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda ‘Lex Mercatoria’”, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria (International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria)* in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiyoörük (eds) (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi XII Levha 2014) 126 vd. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre de tarafların milletlerarası tahkimde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçme imkanları vardır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 12(c) maddesi “hakem veya hakem kurulu taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir” hükmünü içermektedir. Maddede taraflara sadece belirli bir devletin hukukunu seçme imkânı düzenlenmemiş, ayrıca tarafların istedikleri “hukuk kurallarını” seçebilecekleri belirtilmiştir. Böylece MTK uyarınca taraflar, esasa uygulanacak hukuk olarak lex mercatoria’yı seçebileceklerdir. Dolayısıyla bir franchise sözleşmesinin tarafları, uyuşmazlığın çözüm yolu olarak tahkimi tercih ettikleri hallerde lex mercatoria’nın uygulanmasını kararlaştırabilirler.

87 Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 254; Çalışkan (n 81) 66; Nomer (n 74) 320; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 37; Ekşi (n 66) 97; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (3rd edn, Savaş Yayınevi 2015) 366; Demirkol (n 57) 152; Zeynep Derya Tarman, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, (2010) 26/1 BATIDER 152.

Konumuz açısından, uluslararası franchise sözleşmelerine ilişkin olarak ICC tarafından hazırlanan Model Franchising Sözleşmesi önem arz etmektedir. ICC Model Franchising Sözleşmesi, taraflar arasındaki ilişkinin belirli bir milli hukuk düzeni tarafından değil de sadece sözleşmede yer alan hükümler ve franchise sözleşmesine uygulanabilir nitelikteki uluslararası ticarete genel kabul görmüş kurallardan oluşan *lex mercatoria* tarafından idare edildiği varsayımına dayanmaktadır. Bu bakış açısının amacı, taraflardan birinin veya üçüncü bir ülkenin hukukunun uygulanması nedeniyle taraflardan birine avantaj diğerine dezavantaj tanınmasına izin vermeksizin, farklı ülkelerdeki franchise verenlere ve franchise alanlara model sözleşmenin aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Model Franchising Sözleşmesinde taraflara uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak tahkim önerilmekte ve 31. maddenin (A) bendinde sırayla sözleşme hükümleri, genel prensipler, ticari teamüller ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri şeklinde bir uygulama hiyerarşisi yer almaktadır. Ancak bu alternatifin sadece uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak tahkimin seçildiği durumlarda kullanılabileceği de model sözleşmede belirtilmiştir. Çünkü milli mahkemelerin; genel prensipleri, *lex mercatoria*'yı veya benzerlerini sözleşmeye uygulanacak geçerli kanun olarak değerlendirmedeği ifade edilmektedir⁸⁸.

Bu durumda franchise sözleşmelerine uygulanmak üzere ICC Model Franchising Sözleşmesi veya Uluslararası Franchise Derneği tarafından oluşturulan Code of Ethics (etik kurallar) seçilebilir ancak Türk mahkemeleri nezdinde bu bir hukuk seçimi değildir. *Lex mercatoria* kaynaklarının sözleşmede yer alması hukuk seçimi olarak kabul edilmemesine rağmen irade muhtariyeti ilkesi gereğince bu seçimin hukuki bir değere sahip olması bir gerekliliktir⁸⁹. Bu bağlamda *lex mercatoria* kaynaklarının taraflarca seçilmesi durumunda, bunlar sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak kabul edilmelidir (incorporation). Bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk, Türk hukuku bakımından 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesine göre tespit edilecektir ve incorporation yoluyla sözleşmeye dâhil edilen *lex mercatoria* kaynakları MÖHUK'un 24. maddesi uyarınca tespit edilen akdin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır⁹⁰. Başka bir ifadeyle, sözleşmeye dâhil edilmiş olan *lex mercatoria* kaynakları, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukukun, seçim yapılmadığı durumlarda ise objektif bağlama kuralına göre belirlenecek hukukun sınırları çerçevesinde uygulanabilecektir⁹¹.

7. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Maddi ve Şekli Geçerliliği

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun hangisi olacağı da uygulamada önemli problemler yaratabilir. Hukuk seçimi anlaşması bağımsız bir sö-

88 ICC Model International Franchising Contract (n 76) 11.

89 Çalışkan (n 81).66.

90 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 254; Çalışkan (n 81) 66-67; Demirkol (n 57) 154; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 37-38.

91 Çalışkan (n 81) 67.

zleşme olduğundan, bu sözleşmenin varlığı ve meydana gelişi gibi konularda uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkabilir⁹².

Doktrinde hukuk seçimi anlaşması ile asıl sözleşmenin maddi geçerliliklerinin birbirinden ayrı olduğu ve asıl sözleşmenin kısmen veya tamamen geçersiz olmasının hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği konusunda herhangi bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir⁹³. Doktrindeki bu görüş uyarınca, hukuk seçimi anlaşması geçerliliğini koruyacağı için, hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğine tarafların seçmiş oldukları ve asıl sözleşmeye uygulanacak olan hukuk uygulanacaktır. Ancak kanaatimizce yabancı unsurlu bir franchise sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın götürüldüğü Türk hâkimi, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını Türk hukukuna göre belirlemelidir. Çünkü burada Türk hukuku imkân tanıdığı için hukuk seçimi yapılabilir ve bu nedenle hukuk seçimi anlaşmasının şartları ve geçerliliği de Türk hukukuna tabi olmalıdır.

Burada “*sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği*” başlığını taşıyan MÖHUK m.32 hükmünün hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliği hususunda uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde de durulmalıdır. MÖHUK m.32’de ilk olarak “*sözleşmeden doğan ilişkinin maddi geçerliliği*”nden söz edilmektedir ve hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğinin buraya dâhil edilip edilmeyeceği belli değildir. Çünkü kanunun bu düzenlemesi asıl sözleşme için getirilmiştir. Taraflar, hukuk seçimi anlaşması yoluyla asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemiş olmakta; hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda ise taraflarca bir belirleme yapılmış olmamaktadır. Bu nedenle bu hüküm hukuk seçimi anlaşmasının maddi geçerliliğini kapsayacak şekilde yorumlanamaz. Ayrıca MÖHUK m.32’de ikinci olarak ele alınan konu ise “*sözleşmenin bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği*” hususudur. Hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlenmiş olsa bile asıl sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu nedenle MÖHUK m. 32 /1 hükmünün hukuk seçimi anlaşmasına yönelik bir düzenleme getirmediğini söylemek mümkündür⁹⁴. Bu durumda yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olup olmadığını uyuşmazlığın götürüldüğü hakim kendi hukukunu (lex fori) uygulayarak belirlemesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Taraflar arasındaki asıl sözleşmenin şekli ile hukuk seçimi anlaşmasının şekli de birbirinden ayrı ve bağımsız konular olduğundan, hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliğinin ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Hukuk seçimi anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekebilir. Ancak bunun nasıl yapılması gerektiği konusunda genel kabul görmüş bir görüş bulunmamaktadır. Bu konuda Roma I Tüzüğü’nün 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlayan hukukun, hukuk

92 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 271; Çalışkan (n 81) 69; Demirkol (n 57) 33.

93 Çalışkan (n 81) 69; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 271; Nomer (n 74) 325; Tiryakioğlu (n 55) 25-26; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 351; Bayata Canyaş (n 53) 81-82.

94 Bayata Canyaş (n 53) 84.

seçimi anlaşmasının geçerliliğini de yerine getireceği esası kabul edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise İkinci Restatement Paragraf 187(2)'ye göre, tarafların sözleşmeye seçmiş oldukları hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının maddi ve şekli geçerliliğine de uygulanacaktır. Bu hüküm uyarınca taraflar aralarında anlaşarak, yazılılık şartı gibi gerekli şartları yerine getirmekten kaçınamazlar⁹⁵.

Hukuk seçimi anlaşmasının şeklinin tabi olacağı hukuk konusunda MÖHUK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda MÖHUK m.7'de yer alan genel düzenleme uyarınca işlemin yapıldığı yer hukuku ya da işlemin esasına uygulanacak hukuktan birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılan hukuk seçimi anlaşması şekil açısından geçerli olacaktır⁹⁶. MÖHUK m.7'de belirtilen alternatif bağlama kurallarından birine göre hukuk seçimi anlaşması geçerli ise, anlaşma geçerli kabul edilecek ve böylece işlem menfaati sağlanmış olacaktır⁹⁷.

8. Hukuk Seçiminin Yapılma Zamanı ve Taraflarca Sonradan Değiştirilmesi

Franchise sözleşmesinde tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuku sonradan değiştirmelerine bir engel yoktur. Hukuk seçimi genellikle asıl sözleşme ile birlikte, onun bir hükmü olarak yapılmakta ise de, daha sonra ayrı bir sözleşme ile hukuk seçimi yapılması veya seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi mümkündür⁹⁸. Sonradan yapılan hukuk seçiminde olduğu gibi taraflarca hukuk seçiminin değiştirilmesi için de ilk defa hukuk seçimi yapılmasına ilişkin şartlar geçerlidir⁹⁹.

Hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda Roma I Tüzüğü'nde yer alan hükümde hukuk seçimi değişikliğinin her zaman yapılabileceği belirtilmiştir (m.3/2). Ancak Tüzük uyarınca taraflarca sözleşmenin yapılmasından sonra uygulanacak hukukla ilgili olarak yapılacak değişiklikler, sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını olumsuz yönde etkileyemez¹⁰⁰.

5718 sayılı MÖHUK'ta hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda taraflara geniş bir serbestlik tanınmış¹⁰¹ ve MÖHUK m. 24/3'de hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği ve değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme

95 Çörtoğlu Koca (n 23) 161; Restatement (Second) of Conflict of Laws Section 187; <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>> accessed 20 November 2018.

96 Bayata Canyaş (n 53) 87.

97 Çalışkan (n 81) 71.

98 Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 31.

99 Bu konuda bir Alman ve Amerikalı arasında yapılmış olan ve Amerikan hukukunun seçildiği bir franchise sözleşmesiyle ilgili olarak 1999 yılında verilen bir Alman yerel mahkemesi kararında "Yabancı taraf, Alman mahkemesinin yapmış olduğu Alman hukukunun sonraki hukuk seçimi olarak uygulanması teklifini kabul etmesine rağmen, yerli tarafın haklı sebep olmadan bu teklifi reddetmesi halinde mahkeme Alman hukukunu uygular" denmektedir. Karar ve diğer tarafın uygun iradesi olmadan bir sözleşme olan hukuk seçiminin mahkeme tarafından değiştirilmesine yönelik eleştirisi için bkz. Demir Gökyayla (n 56) 352 dipnot 322.

100 Bayata Canyaş (n 53) 38.

101 Çelikel, Erdem (n 54) 371; Nomer (n 74) 326; Ekşi (n 66) 103; Tarman (n 87) 150; Doğan (n 87) 367.

uyarınca, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, sözleşme esnasında veya sözleşmenin yapılmasından önce seçilebileceği gibi¹⁰² sözleşme yapıldıktan sonra ve hatta yargılama aşamasında dahi seçilebilir¹⁰³.

Hukuk seçiminin asıl sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması veya değiştirilmesi durumunda, MÖHUK m.24/3 uyarınca üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmak kaydıyla, tarafların iradelerinin geçmişe yönelik olacağı açıkça düzenlenmiştir. Hukuk seçiminin asıl sözleşme kurulduktan sonra yapılması halinde, sonradan seçilen hukuk, asıl sözleşmenin kurulmasını da kapsayacak şekilde geriye etkili olur. Başka bir ifadeyle, asıl sözleşmenin kurulma anından, hukuk seçimine kadar olan aşamaya da sonradan seçilen hukuk uygulanır. Seçilen hukukun değiştirilmesi halinde ise seçilen yeni hukuk, önceden seçilmiş olan hukukun yerini alır ve bu seçimden önceki aşamalara da uygulanır¹⁰⁴. Ancak taraflar seçilen hukukun geçmişe (*ex tunc*) ya da geleceğe etkili (*ex nunc*) olacağını belirleme yetkisine sahiptirler. Aksi kararlaştırılmadıkça, sonraki yapılan veya değiştirilen hukuk seçiminin, sözleşmenin kurulması anından itibaren geçmişe etkili olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁰⁵.

MÖHUK m.24’de hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamakla¹⁰⁶ beraber, sonradan yapılan seçimin etkisine sınırlama getirilmiştir¹⁰⁷. Hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği ve değiştirilebileceği serbestisinin tek sınırı, sonradan yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını ihlal edememesidir¹⁰⁸. Bu doğrultuda örneğin, sözleşmeye uygulanacak hukukun değişmesi ile taraflardan birinin borcunun daha da ağırlaşması halinde, onun lehine kefil olan üçüncü kişinin yükümlülüğü bu değişiklikten etkilenmeyecektir¹⁰⁹.

Sonradan bir hukuk seçimi yapılmasının veya seçilen hukukun değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı *lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Seçilen hukuk, taraflarca sonradan değiştirilmez veya ortadan kaldırılmazsa, sözleşmeden doğan tüm borçlar ifa edilinceye kadar; ayrıca kanun yolları aşamasında da tarafları bağlayıcıdır¹¹⁰.

102 Buna göre, çerçeve sözleşme ile henüz meydana gelmemiş münferit sözleşmeler hakkında da hukuk seçimi yapılması mümkündür. Demir Gökyayla (n 56) 350.

103 Nomer (n 74) 326; Tarman (n 87) 150. Doktrinde yargılama aşamasında hukuk seçimine imkân tanınması gerektiği çünkü bu durumda yapılacak hukuk seçiminin genellikle *lex fori* lehine olacağı ve böylece hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlayacağı gerekçesiyle savunulmaktadır. Bkz. Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 356; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 31.

104 Bayata Canyaş (n 53) 77-78; Doğan (n 87) 368.

105 Nomer (n 74) 327; Demir Gökyayla (n 56) 352.

106 Çelikel, Erdem (n 54) 371; Nomer (n 74) 326.

107 Tarman (n 87) 150; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (2nd edn, Beta 2015) 35.

108 Nomer (n 74) 327; Demirkol (n 57) 234; Doğan (n 87) 367.

109 Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 32.

110 Cemile Demir Gökyayla (n 56) 351-352.

10. Seçilen Hukukta Hukuk Seçiminden Sonra Meydana Gelen Değişikliklerin Uygulanacak Hukuka Etkisi

Yabancı unsur içeren bir franchise sözleşmesinde, tarafların seçtikleri hukukta sonradan değişiklik meydana gelmesi durumunda, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuktaki bu değişikliklerin dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanacak olan hukuka etkisi konusunda doktrinde genel olarak iki görüş bulunmaktadır¹¹¹. İrade muhtariyetini dikkate alan ilk görüş uyarınca taraflar, seçtikleri hukuku mevcut haliyle kabul ettiklerinden, tarafların anlaşması doğrultusunda hareket edilmesinin ve daha sonradan seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler geçmişe şamil değilse dikkate alınmamasının hukuk güvenliği açısından en doğru çözüm olduğu ileri sürülmektedir¹¹². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, taraflar yaptıkları hukuk seçimi ile bir hukuk sistemini seçtiklerinden ve hukukun statik olmayan diğer bir deyişle dinamik yapısı nedeniyle, sonradan meydana gelen değişiklikler dikkate alınarak, dava tarihindeki hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹³.

Seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin ortaya çıkarabileceği sorunları önlemek amacıyla sözleşmeye sabitleştirme hükümleri (istikrar klozları) konulması genellikle önerilmektedir¹¹⁴. Sözleşmede sabitleştirme hükümlerine yer verilmemesi halinde hâkim, uygulanacak hukuku dava anındaki içeriğiyle, hukuk seçiminden sonraki değişiklikleri de dikkate alarak uygular. Taraflar seçmiş oldukları hukukun, sözleşmenin yapıldığı andaki haliyle uygulanması imkânını, ancak sözleşmelerine sabitleştirme hükümleri ilave ederek sağlayabilirler. Ancak burada devlet ile özel hukuk kişilerinin veya özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler ayrılmakta ve farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Devletin tek tarafı olarak uygulanacak hukukta değişiklik yapma olanağı bulunduğundan, devletin taraf olduğu sözleşmelerde sabitleştirme hükmünün konulması kabul edilmektedir¹¹⁵. Buna karşın özel şahıslar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların seçilen hukukun emredici kuralları üzerinde tasarruf edemeyecekleri kabul edildiğinden, sözleşmede sabitleştirme hükmü yer alsada dahi, taraflar hukuk seçiminden sonra meydana gelen ve geçmişe etkili olan değişikliklerin emredici kurallarına uymak durumundadırlar¹¹⁶.

111 Çalışkan (n 81) 68.

112 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 357; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 257

113 Nomer (n 74) 328; Ekşi (n 62) 267; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 35; Demir Gökyayla (n 56) 321.

114 Şanlı (n 50) 48 dipnot 50; Çelikel, Erdem (n 54) 386; Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 260; Çalışkan (n 81) 69.

115 Çalışkan (n 81) 69; Demirkol (n 57) 161. Bir devlet ile özel kişi arasında yapılan sözleşmelerde sabitleştirme hükmü ile, devlet kanun değişikliğini geri almaya zorlanamaz; sadece devlet aleyhine tazminata hükmedilebilir. Sabitleştirme hükmüyle devlet, sadece kanun değişikliği ile ortaya çıkan sonuçların yarattığı riski üstlenmektedir. Demir Gökyayla (n 56) 319.

116 Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe (n 49) 257; Çalışkan (n 81) 69.

12. Genel İşlem Şartları Arasında Yer Alan Hukuk Seçimi

Uygulamada franchise sözleşmeleri, franchise veren tarafından hazırlanan standart sözleşmeler şeklinde yapılmaktadır¹¹⁷. Bu nedenle hukuk seçiminin genel işlem şartları arasında yer alması, franchise sözleşmeleri açısından sık karşılaşılabilecek bir durumdur.

Genel işlem şartları arasında yer alan bir hukuk seçimi kaydı, bir hukuk seçimi anlaşması yapılması için karşı tarafa bir icapta bulunulması anlamına gelir¹¹⁸. Dolayısıyla genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesi ancak diğer tarafça kabul edildikten sonra hüküm ifade eder¹¹⁹. MÖHUK'ta hukuk seçiminin genel işlem şartları arasında yapılmasına engel bir düzenleme yoktur. Genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçimi de geçerlidir ve asıl sözleşmeden bağımsızdır¹²⁰.

Hukuk seçiminin içinde yer aldığı genel işlem şartlarının franchise sözleşmesine dâhil edilmesi için taraflar arasında bir ilişkilendirme anlaşması¹²¹ yapılması gerekir. Taraflar arasında yapılan ilişkilendirme anlaşması, sözleşmenin bir unsuru olduğundan, ilişkilendirme anlaşmasının şeklen geçerli olabilmesi, sözleşmenin geçerliliği için kanunda öngörülen şekil kurallarına uyulmasına bağlıdır.

İlişkilendirme anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk MÖHUK m.7'deki genel kural uyarınca tespit edilir. Sözleşmenin şekline uygulanacak hukuka göre, hukuk seçiminin genel işlem koşulları arasında yapılabilmesi için bir şekil şartı aranıyorsa, hukuk seçiminin geçerli olarak meydana gelmesi için bu şekil şartına uyulması gerekir. MÖHUK'ta hukuk seçiminin meydana gelmesi için özel bir şekil şartı aranmadığından, genel işlem şartları arasında yapılan hukuk seçiminin şekli de özel bir şekil şartına tabi değildir¹²².

B. Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Metoda Göre Tespiti

1. Genel Olarak

Franchise sözleşmesinde tarafların, açık veya zımni bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde yetkili hukuk, objektif metoda göre tespit edilir.

117 Franchise sistemini kuran ve geliştiren franchise veren, sözleşme şartlarını genellikle tek tarafı olarak belirlemede, franchise alan sözleşmeyi ya olduğu gibi kabul etmekte veya sözleşme yapmaktan kaçınmaktadır. Bkz. Kırca (n 5) 35.

118 Demir Gökyayla (n 56) 356.

119 Tarafların genel işlem şartında yer alan hukuk seçimine dayanabilmesi için, genel işlem şartını karşı tarafa göndermeleri yeterli değildir. Bu genel işlem şartı, sözleşmenin bir parçası haline getirilmeli, en azından sözleşmede genel işlem şartlarını içeren enstrümana bir atıf yapılmalıdır. Bkz. Demirkol (n 57) 183; Bayata Canyaş (n 53) 85 dipnot 256.

120 Demir Gökyayla (n 56) 356-357.

121 İlişkilendirme anlaşması, sözleşme taraflarının sözleşmenin içeriğinin kısmen veya tamamen genel işlem şartları ile düzenlenmesi yönündeki, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir. Demir Gökyayla (n 56) 357 dipnot 361.

122 Demir Gökyayla (n 56) 365.

Uygulanacak hukukun objektif metoda göre tespit edilmesinde esas amaç, sözleşmeyi en sıkı bağlantıda bulunduğu hukuka tabi kılmaktır. Bu amacın sağlanması için; kanun koyucular tarafından ya en sıkı ilişkili hukuku gösterdikleri kabul edilen “akdin inikat yeri” (lex loci contactus), “akdin ifa yeri” (lex loci solutionis), “işin yapıldığı yer”, “vatandaşlık”, “yerleşim yeri”, “mutad mesken” veya “hakimin hukuku” (lex fori) gibi bağlama noktalarına yer verilmekte ya da doğrudan “en sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktasına yer verilerek hakime sözleşmenin ve tarafların özelliklerini dikkate almak suretiyle sözleşmeyle en fazla irtibata sahip devletin hukukunu tayin etme görevi verilmektedir¹²³.

En sıkı bağlantılı hukuk kıstası bazı hukuk düzenlemelerinde açıkça hükme bağlanmış, bazılarında ise bu bağlantıyı sağlayacak karineler veya bağlama noktaları yardımıyla en sıkı bağlantılı hukuk objektif açıdan tespit edilmiştir¹²⁴.

Modern milletlerarası özel hukukun en önemli prensibi olan “en sıkı bağlantılı hukuk” prensibi, tüm sözleşmeler için tek bir formülü kabul etmemekte; farklı nitelikteki sözleşmeler için, her sözleşmenin karakteristik özelliğine en yakın hukukun uygulanmasını amaçlamaktadır.

Bugün itibarıyla sözleşmeler alanında ABD ve Avrupa kanunlar ihtilafı kuralları aynı yaklaşımı kabul etmiştir. ABD’de İkinci Restatement ve Avrupa’da ise 1980 Roma Konvansiyonu’nda ve daha sonra Konvansiyonun yerini alan Roma I Tüzüğü’nde (m.4) tarafların hukuk seçimi yapmadıkları hallerde, sözleşmenin en sıkı bağlantılı ülke hukukuna tabi olacağı kural olarak belirlenmiştir¹²⁵. En sıkı bağlantılı hukuk prensibi, Amerikan Hukukunda mahkemelerin ele alacağı çeşitli bağlama noktalarının değerlendirilmesiyle¹²⁶; Avrupa hukukunda ise karakteristik edim karinesiyle belirginleşmektedir¹²⁷.

5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre, sözleşme taraflarınca hukuk seçimi yapılmayan durumlarda objektif bağlama kuralı¹²⁸ olarak “sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk” uygulanır¹²⁹. Bu durum MÖHUK’un 24. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleş-

123 Bkz. Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 362; Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (2002) 22/2 MHB Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan 580; Çörtoğlu Koca (n 23) 176.

124 Özel (n 124) 580.

125 Özel (n 124) 581.

126 Amerikan hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bağlama kuralları öngörmek yerine, esnek bir yaklaşım tarzı tercih edilmiştir. Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (2007) 59.

127 Bkz. Roma I Tüzüğü m. 4; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun m. 117.

128 Objektif kural, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, ikametgahı veya mutad meskeni gibi işlem yerine veya kişiye ait objektif bağlama sebeplerinden hareket edilerek oluşturulur. Bkz. Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, *Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan* (1986) 443.

129 Nomer (n 74) 331; Çalışkan (n 81) 71; Demirkol (n 57) 271.

meden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.

Görüldüğü üzere, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin uluslararası ticaretteki öneminden dolayı en sıkı ilişkili hukukun tayini için bazı kriterlerin getirilmesi zorunluluk arz ettiğinden, kanun koyucu tarafından en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim karinesi düzenlenmiştir. Böylece sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim karinesi ile somutlaştırılmıştır¹³⁰.

Yabancı unsur içeren bir sözleşmede, karakteristik edim tespit edilerek kanun gereği uygulanması gereken objektif bağlama kuralına rağmen, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunuyorsa, bu hukuk MÖHUK m.24/4 son cümlesi gereğince sözleşme statüsü olarak uygulanmalıdır. Kanunun bu düzenlemesi ile milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amacıyla gerçek bir istisna kuralı öngörülmüştür¹³¹. Sözleşmede karakteristik edimin tespit edilemediği durumlarda ise, daha sıkı ilişkili hukuk değil, en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır¹³².

Buna göre, MÖHUK uyarınca daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi için öncelikle karakteristik edimin tespit edilmesi gerekmektedir. Karakteristik edimin tespit edilememesi halinde ise, uygulanacak olan hukuk daha sıkı ilişkili hukuk değil, en sıkı ilişkili hukuktur¹³³. Daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken, sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri, tarafların vatandaşlıkları, işyerleri, mutad meskenleri veya yerleşim yerlerinin, ayrıca sözleşmenin dili, sözleşme konusu malların bulunduğu yer veya yetki anlaşmasında belirtilen yer gibi kriterlerin dikkate alınabileceği belirtilmektedir¹³⁴.

MÖHUK'un sistematığı uyarınca franchise sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tespit edilebilmesi için, öncelikle sözleşmedeki karakteristik edim tespit edilmelidir. MÖHUK'un 24. maddesinde gerçek veya tüzel kişiler tarafından işlemin ticari veya mesleki amaçla yapılıp yapılmadığı önem taşımaktadır. Eğer sözleşme mesleki ve ticari amaç dışında bir amaçla yapılıyorsa, uygulanacak hukuk "karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni" hukukudur. Buna karşın

130 Nomer (n 74) 330; Çalışkan (n 81) 71.

131 Çelikel, Erdem (n 54) 341; Çalışkan (n 81) 78.

132 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 368.

133 Doktrinde bunun aksini savunan ve karakteristik edim tespit edilemiyorsa, bu durumda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği yönünde bkz. Nomer (n 74) 336.

134 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 271; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 368; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 60; Çalışkan (n 81) 79.

sözleşme, ticari veya mesleki amaçla yapılıyorsa bu durumda uygulanacak hukuk, “karakteristik edim borçlusunun işyeri” hukuku olacaktır¹³⁵. Franchise sözleşmelerinde de karakteristik edimin tespit edilmesinden sonra, franchise sözleşmesi ticari amaçla yapılan bir sözleşme olduğundan, karakteristik edim borçlusu olan gerçek veya tüzel kişinin işyerinin belirlenmesi gerekmektedir.

2. Franchise Sözleşmesinde Karakteristik Edim

a. Genel Olarak Karakteristik Edim Kavramı

Milletlerarası özel hukukta sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmeyle yakın irtibata göre belirlenmesi, yakın irtibatın da karakteristik edim kavramı¹³⁶ esas alınarak ortaya konulması, İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararları sonucunda etkili olmuştur¹³⁷. İsviçre milletlerarası özel hukuk doktrini tarafından ortaya atılan karakteristik edim kavramı, 1952’den itibaren İsviçre Federal Mahkemesi’nce kabul görmüştür. Ardından Hollanda’da doktrin ve mahkeme içtihatlarında esas alınan karakteristik edim kavramı, 1972 yılında oluşturulan AET Roma Konvansiyonu Çalışma Grubunda da kabul edilmiştir¹³⁸.

Sözleşmeyle yakın irtibatı ortaya koyan karakteristik edimin tespiti, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sorun oluşturmamaktadır. Ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki edim de aynı değerde bir değiş tokuş ilişkisine dayandığından, bu sözleşmelerde para ediminin karşısındaki edim karakteristik edim olmaktadır. Örneğin; malın kullanım hakkını vermek, mülkiyeti intikal ettirmek, hizmeti, sigortayı, bankacılık işlemlerini gerçekleştirmek karakteristik edim örneği oluşturmaktadır¹³⁹.

Avrupa ülkelerinde, kanunlarda ve mahkeme kararlarında geniş ölçüde kabul görmüş olan karakteristik edim kavramının yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde; karakteristik edim, o sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye adını ve hukuki özelliğini veren ve en çok riski üstlenen edim olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁰. Bir başka ifadeyle, karakteristik edim, bir sözleşmeye damgasını vuran onu belirleyen edimdir¹⁴¹.

MÖHUK m.24/4 hükmü uyarınca karakteristik edim, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde hakime yardımcı olacak şekilde ve kesin olmayan bir karine niteliğinde

135 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 388.

136 Karakteristik edim teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Fügen Sargın, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, (2001) 2 AÜHFD 37-95; Güngör (n 127) 230 vd.; Demirkol (n 57) 274 vd.

137 Tekinalp (n 129) 443; Demirkol (n 57) 275. Sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanması milletlerarası özel hukukun en önemli prensibi olarak kabul edilmiş ve zamanla bir prensip haline gelmiştir. Demirkol (n 57) 244 dipnot 704; Özel (n 124) 582.

138 Özel (n 124) 582.

139 Özel (n 124) 582.

140 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 268; Çalışkan (n 81) 73; Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 52 dipnot 89; Özel (n 124) 582-583. Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 365.

141 Nomer (n 74) 331. Özel (n 124) 582.

düzenlenmiştir. Halin bütün şartları uyarınca sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda karakteristik edim esasına istinaden yetkili görünen hukukun uygulanmaması, karakteristik edim karinesinin kesin olmayan niteliğinin gereğidir¹⁴².

Bir sözleşmede karakteristik edimin tespiti için belirleyici olan, o sözleşme için neyin tipik olduğudur. Karakteristik edim sözleşmeye kendine has özelliğini veren edim olduğundan, sözleşmenin türünün tespit edilmesini sağlar. Ayrıca kural olarak, karakteristik edim sözleşmeye ismini verdiğinden, sözleşmenin ne şekilde ifade edildiği de karakteristik edimin tespitinde önemli bir emaredir¹⁴³. Bunun yanında karakteristik edim, sözleşmesel yükümlülüklerin ağırlık noktası olduğundan¹⁴⁴ bir sözleşmede para ve para olmayan iki edimin bulunması halinde karakteristik edim para olmayan edimdir¹⁴⁵.

b. Franchise Sözleşmesinde Karakteristik Edimin Tayini

Franchise sözleşmesinde tarafların üstlendikleri edimler, karakteristik edimin ve dolayısıyla uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından büyük önem taşır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz gibi, sözleşmede franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemini franchise alana kullandırma, know-how ve teknik yardım sağlama ve franchise alanı destekleme gibi borçları bulunurken; franchise alan ücret ödeme, franchise verene ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanma, mal ve hizmet üretimini kendi nam ve hesabına yapma, franchise verenin talimatlarına uyma ile özen ve sadakat borcu altına girer¹⁴⁶.

Sözleşmede bir taraf, geliştirdiği sistemi ve marka hakkını belli bir ücret karşılığında ve belli koşullara uyulması şartıyla diğer tarafa kullandırmakta; diğer yandan sözleşmenin karşı tarafı oluşturulan sistemi çoğunlukla yabancı bir ülkede kullanma ve geliştirme borcu altına girmektedir. Franchise alan, sözleşme ile franchise verenin sisteminin orijinal konseptte uygun olarak bir başka yerde gelişebilmesine ve yayılmasına hizmet etmektedir. Sözleşmenin bu niteliğinden dolayı, hangi tarafın borcunun karakteristik edim olduğu hususu tartışmalıdır¹⁴⁷.

Doktrinde franchise sözleşmelerinde karakteristik edimin hangi tarafta olduğu hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁴⁸, franchise sözleşmel-

142 Bayata Canyaş (n 53) 159.

143 Demir Gökyayla (n 56) 376-377.

144 Nomer (n 74) 331; Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 365; Demir Gökyayla (n 56) 378.

145 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 269; Nomer (n 74) 331; Özel (n 124) 583; Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, 2008) 218; Ekşi (n 66) 111.

146 Gürzumar (n 2) 10-18; Laura Garcia Gutierrez, "Franchise Contracts and Roma I Regulation on the Law Applicable to International Contracts" (2008) 10 YIPL, 234.

147 Franchise sözleşmelerinde karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu hususunda tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Robert W. Emerson, "An International Model for Vicarious Liability in Franchising", (2017) 50/2 Vanderbilt Journal of Transnational Law 257.

148 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 402.

eri alım-satım, lisans, know-how ve bazen de adi ortaklık unsurları taşıyan combine sözleşme karakterine sahip sözleşmelerdir ve karakteristik edim genel olarak franchise alanın edimidir¹⁴⁹. Ancak aynı görüş, hizmet franchisinginin söz konusu olduğu hallerde, hizmet verenin ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre; bu kadar çok çeşitlilik arz eden franchise sözleşmesinde objektif olarak uygulanacak hukuku belirleyebilmek için farklı unsurları dikkate almak gerekebilir; buna göre, karakteristik edim genellikle franchise alanın edimidir fakat franchise sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olduğundan bazen karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu belirlenemeyebilir. Bu durumlarda somut olayın özelliğine göre karakteristik edim borçlusunu belirlenerek, sözleşmeye bu edimin borçlusunu olan tarafın işyeri hukuku uygulanmalıdır¹⁵⁰.

Bu başlık altında, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku yeknesaklaştırmak amacıyla kabul edilen 4.7.2008 tarihli Roma I Tüzüğü'nden¹⁵¹ de bahsetmek yerinde olacaktır. Çünkü Roma I Tüzüğü m.4/1'de, karakteristik edimin tespiti konusunda farklı uygulama ve yorumların bulunduğu franchise sözleşmelerinde hangi edimin karakteristik edim olduğu açıkça belirtilmiştir¹⁵².

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinin ilk fıkrasında artık karinelere değil, hukuku uygulanacak ülkeyi belirleyen kesin ve katı kurallara yer verilmiştir¹⁵³. Tüzüğün sözü edilen 4. maddesinin ilk fıkrasında, uygulamada en çok karşılaşılan sözleşme türleri dikkate alınarak, her bir sözleşme için uygulanacak hukuk tek tek

149 Aynı yönde Çörtoğlu Koca (n 23) 238. Ancak yazar franchise sözleşmesinin fikri mülkiyet hakkına ilişkin bir sözleşme olduğu kanaatindedir. Bu görüş hakkında ilerleyen bölümde daha detaylı bilgi verilecektir.

150 Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 402-403.

151 AB milletlerarası özel hukuku alanında Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü 6 Haziran 2008 tarihinde kabul edilmiş ve Roma Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Tüzük, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkindir (m.1/f.1) ve Danimarka dışında AB üyesi tüm ülkelerde uygulama alanı bulmuştur. Bkz. Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", (2009) 15/2 BATİDER, 300. Tüzük 17.12.2009 tarihinde Danimarka dışında tüm AB üyesi ülkelerde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Tekinalp, Uyanık Çavuşoğlu (n 49) 360.

Tüzük, tüm AB üyesi devletlerde doğrudan uygulama imkânı olduğundan ve konuyla ilgili tüm gelişmelerin değerlendirilmesi sonucu kabul edildiğinden, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda büyük önemi olan bir düzenlemedir. Ayrıca Türkiye gibi AB üyesi olmayan devletlerin, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarıyla ilgili düzenlemelerinde bir *soft law* (esnek hukuk) olarak da iyi bir model oluşturmaktadır. Türkiye'nin AB'ye tam üye olması halinde ise AB tarafından milletlerarası özel hukuk alanında hazırlanan tüzükler Türkiye açısından herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın bağlayıcılık kazanacaktır. Türkiye'nin söz konusu tüzükleri iç hukukuna aktarmasına veya bunları onaylamasına gerek kalmayacaktır. AB Milletlerarası özel hukuk sistemi Türkiye'nin AB'ye uyum sürecinde olmasından ve 5718 sayılı MÖHUK'un AB hukuku göz önüne alınarak hazırlanmasından dolayı özel bir öneme sahiptir. Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekeç 2.

152 Hatice Özdemir Kocasakal (n 73) 64-65.

153 P.A. Miguel Assensio, "Applicable Law in the Absence of Choise of Law to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights", (2008) 10 Yearbook of Private International Law, 202-203. Bu kuralların sunmuş olduğu bağlama noktaları, sözleşmenin "ağırlık merkezi"nin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını amaçlamaktadır. Bkz. Assensio (n 154) 205; Bayata Canyaş (n 53) 116.

belirlenmiştir¹⁵⁴. Bu maddede sayılan sözleşmelerden biri de franchise sözleşmesidir. Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca franchise sözleşmeleri, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir¹⁵⁵.

Roma I Tüzüğü'nde temel objektif kanunlar ihtilafı kuralı olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku benimsenmiş olmakla birlikte; Roma I Tüzüğü m.4'te sık kullanılan sözleşmeler sayılmış ve bu sözleşmelere uygulanacak olan hukuk belirlenmiştir¹⁵⁶. Ancak burada tüm sözleşmelerin sayılması mümkün olmadığından, f.2'de sözleşmeye kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Roma I Tüzüğü m.4/1'de franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun öngörülmüş olması, Tüzüğün uygulandığı ülkelerde franchise sözleşmelerinde karakteristik edimin hangi tarafın üzerinde olduğu hususundaki tartışmaları ortadan kaldırdığı için, konumuz açısından önem taşımaktadır. Tüzük'te franchise sözleşmelerinde karakteristik edim belirlenmek suretiyle, Tüzüğün yürürlükte bulunduğu Danimarka dışındaki İngiltere, Almanya, Fransa gibi AB üyesi tüm ülkelerde franchise sözleşmeleri ile ilgili karakteristik edim tartışmaları ortadan kalkmış ve uygulanacak hukuk konusunda yasal belirlilik sağlanmıştır.

Roma I Tüzüğünde franchise alanın mutad meskeni hukukunun tercih edilme sebeplerinden biri, franchise alanın sözleşmenin zayıf tarafı olması ve zayıf tarafın korunması isteği; diğer sebep ise franchise sözleşmesinin kurulması ile etkilenen piyasanın hukuk düzeninin dikkate alınmasıdır¹⁵⁷. Franchise sözleşmesinin, hizmet sözleşmesiyle (örneğin danışmanlık sözleşmesiyle) iç içe olduğu bir durumda ise, Tüzüğün 4. mad-

154 Tüzüğün 4. maddesinin ilk fıkrası AB üyesi devlet mahkemelerinin uygulanacak hukuku tespit ederken uymak zorunda oldukları kanunlar ihtilafı kuralları getirmiştir. Bkz. Andrea Bonomi, "Roma I Regulation: Selected Topics, The Roma I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations", 2008) 10 Yearbook of Private International Law, 174. Söz konusu maddenin tüm sözleşmeleri öngörmesi mümkün olmadığından, maddenin 2. fıkrasında sözleşmeye kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Son aşamada ise bir istisna hükmü öngörülerek, somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin, 1. ve 2. fıkra da işaret edilen ülkeye göre bir başka ülke ile açıkça daha yakın bağlantılı olması halinde sözleşmeye bu ülkenin hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. Assensio (n 154); Çalışkan (n 81) 117; Demirkol (n 57) 295.

155 Tüzüğün 19. maddesinde hangi şartlarda mutad mesken kavramının ne ifade edeceği belirtilmektedir. Maddenin 1. paragrafına göre; şirketler ve diğer organlar, anonim şirket veya adi şirket için idare merkezi, bu Tüzüğün amaçları doğrultusunda mutad meskenidir. Bir gerçek kişi, mutad meskeninin bulunduğu yerde iş faaliyetlerini yerine getiriyorsa burası onun esas iş merkezidir. Sözleşmenin yapıldığı yerde şube, temsilcilik veya diğer tesisler faaliyette bulunuyorsa veya eğer sözleşmenin yerine getirilmesi sorumluluğu bu şube, temsilcilik veya tesise aitse, bu şube, temsilcilik veya tesisin bulunduğu yer mutad mesken olarak kabul edilir (m.19/2). Görüldüğü gibi Roma I Tüzüğündeki mutad mesken ifadesi genel olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle franchise sözleşmesi ticari faaliyetle ilgili bir sözleşme olduğundan, Roma I Tüzüğündeki mutad mesken ifadesini, Türk hukukundaki anlamıyla mutad mesken olarak değil de işyeri olarak anlamının daha doğru olacağı yönünde bkz. Demirkol (n 57) 378 dipnot 1206.

156 Bazı yazarlara göre, Roma I Tüzüğü m.4/1'de sayılan sözleşme tipleri bakımından her ne kadar karakteristik edimden söz edilmese de bu kurallar oluşturulurken bazılarında karakteristik edim (mal satımı ve hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler) bazılarında ise en sıkı bağlantı esasından hareket edilmiştir. Bkz. Bonomi (n 155) 174. Ayrıca yazara göre burada sadece bir karine değil, gerçek bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüştür.

157 Garcia Gutierrez (n 147) 238; Emerson (n 148) 259. Roma I Tüzüğü'nde yer alan bu hükümden sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi değil, uygulanacak hukukun doğrudan belirlenmiş olduğu yönünde bkz. Garcia Gutierrez (n 147) 238.

desinin 2. fıkrası uygulama alanı bulacak¹⁵⁸ ve sözleşmenin aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan unsurları içermemesi veya 1. fıkranın (a) ile (h) bentleri arasında sayılan unsurlardan birden fazlasını içermesi durumunda sözleşmeye, karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeni hukuku uygulanacaktır¹⁵⁹. Ancak, franchise'ın kullanıldığı ülke ile franchise alanın mutad meskeni farklı ülkelerde ise Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi yeterli olmamaktadır¹⁶⁰. Bu tür durumlarda Tüzükte öngörülen istisna hükmü uyarınca (m.4/f.3), somut olayın tüm şartlarına göre franchise sözleşmesinin 1. ve 2. fıkrada işaret edilen ülkeye göre bir başka ülke ile açıkça daha yakın bağlantılı olması halinde sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanacaktır.

Kanunlar ihtilafı hususunda Avrupa Topluluğu hukukunda düzenleme bu olmakla birlikte Çin ve Avustralya gibi ülkeler, kanunlar ihtilafı meselelerinde farklı çözümler öngörmektedir. Bu ülke hukuklarında yerel hukuk hükümlerinin kanunlar ihtilafı problemlerini çözemeyeceği ve franchise sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı meselelerinin ancak franchise sözleşmesinde yer alan hükümler ve sözleşme hukuku (law of contract) ile çözülebileceği benimsenmiştir. Örneğin Çin'de franchise sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı meselelerinde ulusal düzenlemelerin uygulanmasının yeterli olmayacağı kabul edilmektedir¹⁶¹. Özel franchise yasası olmayan hallerde, franchise veren ile franchise alan arasındaki ilişkilerin ancak taraflar arasındaki franchise sözleşmesinde yer alan hükümler veya law of contract hükümlerine katı şekilde tabi olacağı kabul edilmektedir¹⁶².

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen diğer görüşe göre ise, franchise sözleşmesindeki hukuki ilişkide karakteristik edim, franchise verenin edimidir¹⁶³. Çünkü franchise sözleşmesi ile franchise veren sadece kurduğu sistemi pazarlamamakta,

158“Hukuk Seçimi Olmadığında Uygulanacak Hukuk” Başlığını taşıyan Roma I Tüzüğü madde 4 hükmü şöyledir:

Tarafların 3. madde uyarınca hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ve 5 ile 8 maddelerdeki hükümler saklı kalmak koşuluyla sözleşmeye uygulanacak hukuk şu şekilde belirlenecektir:

Mal satımına ilişkin sözleşmeler, satıcının mutad meskenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler, hizmeti sağlayanın mutad meskenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

Taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmaz malın bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

(e) bendine bakılmaksızın, bir taşınmazın özel kullanımına ilişkin birbirini izleyen altı aydan daha uzun süreli olmayan kira sözleşmeleri, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskenin o ülkede bulunması şartıyla kiralayanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

Franchise sözleşmeleri franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

Distribütörlük sözleşmeleri, distribütörün mutad bulunduğu ülke hukukuna tabidir,

Müzayede ile mal satımına ilişkin sözleşmeler, bu yerin belirlenebilir olması kaydıyla, müzayedenin yapıldığı ülke hukukuna tabidir,

2004 / 39 / EC Direktifinin 4. maddesinin 1. fıkrasının 17. bendinde tanımlanmış olan, emredici kurallara uygun olarak ve tek bir hukuk tarafından idare edilen, yatırım araçlarının alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren veya bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran çok taraflı bir sistem altında yapılan sözleşmeler bu hukuka tabidir.

159 Sema Çörtoğlu Koca, “Franchise Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk ve Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin 2012) 762.

160 Garcia Gutierrez (n 147) 240-241; Çörtoğlu Koca (n 160) 762.

161 Emerson (n 148) 259 dipnot 95; Michele Lee, “Franchising in China: Legal Challenges When First Entering The Chinese Market”, (2003) 19/4 American University International Law Review 949-984.

162 Emerson (n 148) 259, dn.95. Avusturya ve Çin'de franchise sözleşmeleri özel olarak kanunda düzenlenmiş ve bu kanunlarda yer alan düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Çörtoğlu Koca (n 160) 756.

163 Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe (n 49) 269; Nomer (n 74) 320-322; Demirkol (n 57) 377.

franchise alanın bu sistemi kullanabilmesi için eğitim vermekte, en önemlisi know-how'ını paylaşmakta ve devamında da sıkı bir denetim yapmaktadır. Ayrıca bu sözleşme ilişkisinde risk altında olan sadece franchise alan değildir; yarattığı markayı korumak isteyen franchise veren de büyük bir risk üstlenmektedir¹⁶⁴.

Kanaatimizce; franchise sözleşmesinin asıl yapılma sebebi olan edim, franchise veren tarafından ortaya çıkarılıp geliştirilmiş olan marka değeri ve sistem olduğundan, “franchise verenin edimi” karakteristik edimdir. Başka bir ifadeyle, franchise veren tarafından geliştirilmiş olan marka değeri olmadan franchise sözleşmesi yapılması söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki franchisingde müşteriyi karşılayan franchise alan değil, franchise veren tarafından oluşturulan markadır. Franchise sistemiyle işletilen bir işletmede müşteriler franchise alanı değil, tanıdıkları ve güvendikleri bir markanın sunduğu kaliteli mal veya hizmeti tercih etmektedirler. Bu yüzden bu tip işletmelerde franchise alanın kim olduğu bilinmemekte ve önem de arz etmemektedir.

Ayrıca doktrindeki karakteristik edim tanımından yola çıkarak, sözleşmeye adını veren ve franchise sözleşmesinde neyin tipik olduğu sorusunun cevabının da franchise verenin edimi olduğu görülecektir. Franchise veren tarafından büyük emekler harcanarak geliştirilen bir marka değeri ve modelle ilgili know-how aktarımı söz konusu iken, sadece geliştirilen bu sistemi ücret karşılığında kullanarak işletme kuran franchise alanın ediminin karakteristik edim olamayacağı kanaatindeyiz.

Franchise sözleşmesindeki karakteristik edim belirlenirken, taraflar arasındaki ekonomik ilişkide hangi tarafın girişimciliğinin daha ağırlıklı olduğundan da hareket edilebilir. Her ne kadar franchise ilişkisi sonucu işyerini kuran franchise alan olsa da, kurulan işyeri franchise verenin projesidir. Franchise alan, sermaye ve emek koyarak bu projeye katkıda bulunmaktadır; ancak burada tüm yaratıcılık franchise verenindir. Hatta franchise alanın koymuş olduğu sermaye ve emeğin nasıl işletileceğine bile franchise veren karar vermektedir¹⁶⁵. Ayrıca franchise ilişkisinde risk altına giren sadece franchise alan değildir. Markasını korumak durumunda olan franchise veren de büyük bir risk altındadır.

Belirtilen bu nedenlerden dolayı biz de franchise sözleşmesinde karakteristik edimin “franchise verenin edimi” olduğu kanaatindeyiz. Böylece MÖHUK m.24/4 uyarınca taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde, franchise sözleşmesi ticari amaçla yapılan bir sözleşme olduğundan, franchise verenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun esas alınması gerekmektedir.

Ancak MÖHUK m.24/4 hükmünün son cümlesine göre, karakteristik edim kriterine göre belirlenen bu hukuk, franchise sözleşmesi ile en sıkı bağlantılı hukuku sa-

164Demirkol (n 57) 377.

165Demirkol (n 57) 377-378.

dece bir karine olarak işaret etmektedir ve hakim, franchise sözleşmesiyle, karakteristik edim kriterine göre tespit edilen bu hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır.

Nitekim, karakteristik edim karinesinin ortaya çıkış sebebi, sözleşmenin en sıkı bağlantıda olduğu hukuku belirlemek olsa da; karakteristik edim borçlusu olduğunu kabul ettiğimiz franchise verenin işyeri hukukunun uygulanması, uluslararası franchise sözleşmeleri açısından bazı durumlarda en sıkı bağlantıyı tesis edemeyebilir. Mesela franchise konusu işle ilgili tüm işlemler franchise verenin işyerinin bulunduğu yer dışında yürütülüyorsa veya franchise verenin işyerinin franchise'ın kullanıldığı yer ile hiçbir bağlantısı yoksa veya franchise sözleşmesi ile karakteristik edimin ayrıca tespit edilmesi gereken başka sözleşmelerin iç içe geçtiği durumlarda MÖHUK m.24/4 son cümle uyarınca sözleşmeyle “daha sıkı bağlantılı hukuk”un tespiti ve uygulanması yoluna gidilmesi daha isabetli olacaktır.

c. Fikri Mülkiyet Hakkına İlişkin Hükümler İçeren Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere, franchise sözleşmesinde, franchise veren kendi üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma hakları tanıyarak onu kendi işletme organizasyonuna tam olarak entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında sürekli olarak desteklemek borcu altına girmektedir¹⁶⁶. Bu sebeple franchise sözleşmeleri sonucunda fikri ve sınai bir hakkın ortaya çıkması doğaldır. O halde franchise sözleşmelerinin fikri mülkiyet sözleşmeleri ile iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmeler için uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerekecektir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre¹⁶⁷, franchise sözleşmesi fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir sözleşmedir ve bu nedenle, uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK m.28’de yer alan hükmün uygulama alanına girmektedir. MÖHUK m.28’e göre ise; franchise sözleşmesinde taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, franchise sözleşmesi franchise verenin sözleşmenin kuruluşu anındaki işyeri hukukuna, işyeri bulunmadığı takdirde ise mutad mesken hukukuna tabi olacaktır. Yazara göre, franchise alanın edimi, franchise verenin edimine göre daha önemli olabilmekte ve çoğunlukla karakteristik edimi “franchise alan” taraf yerine getirmektedir. Bu nedenlerle MÖHUK m.28/2’nin son cümlesinde yer alan yardımcı kural, franchise sözleşmeleri açısından daha da önemli hale gelmektedir. Bu hükmün son cümlesinde yer alan yardımcı kurala göre, halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur. Yazara göre, franchise sözleşmelerinde çoğunlukla franchise alanın ülkesi ile daha sıkı bir ilişki söz konusudur ve franchise alanın ülkesinin hukukunun uygulanması daha isa-

¹⁶⁶Gürzumar (n 2) 10.

¹⁶⁷Çörtoğlu Koca (n 23) 243-245; Çörtoğlu Koca (n 160) 774.

betlidir. Ayrıca master franchise sözleşmeleri açısından da yine bu yardımcı kural uygulanmak suretiyle, master franchise sözleşmeleri için daha sıkı ilişkili olan alt- franchise alanın ülkesinin hukukunun uygulanması yerinde olacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda yazar, MÖHUK m.28’de yer alan düzenlemede, fikri mülkiyet haklarına ilişkin tüm sözleşmelere uygulanacak hukukun tayininde, fikri mülkiyet hakkını devreden tarafın edimine öncelik verilmesini isabetli bulmamaktadır. Yazar tarafından, MÖHUK’ta fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri özel bir bağlama kuralı ile düzenlemek yerine bu sözleşmelerin MÖHUK m. 24’deki genel kurala tabi olmasının daha yerinde olacağı ve MÖHUK m.28’in mevcut halinin ise “fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler” yerine franchise sözleşmelerini de kapsayacak şekilde “sözleşmenin esas konusunun fikri mülkiyet haklarının transfer edilmesi veya devredilmesi olan sözleşmeler” şeklinde değiştirilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır¹⁶⁸.

Biz yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Zira fikri mülkiyet hakları franchise sözleşmeleri için büyük önem taşımasına rağmen, sözleşmenin ana konusu fikri mülkiyete ilişkin değildir. Şöyle ki franchise sözleşmelerinde lisans şartı yer almasına rağmen, karakteristik edimi tarafların diğer yükümlülükleri oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle; franchise sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda bir fikri hak söz konusu olsa bile, franchise sözleşmesini “fikri mülkiyet hakkına ilişkin bir sözleşme” veya “esas konusu fikri mülkiyet haklarının transfer edilmesi olan bir sözleşme” olarak nitelendirmek kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Ayrıca franchise sözleşmesi için yapılan tanımlara baktığımızda da, bu sözleşmelerin konusunun fikri mülkiyet hakkı ile sınırlandırılmayacak kadar geniş olduğu görülecektir. Açıklanan nedenlerle, franchise sözleşmesi MÖHUK m.24’e tabi olması gereken bir sözleşmedir. Bu durumda fikri mülkiyet hakkına ilişkin hükümler içeren bir franchise sözleşmesinde, franchise sözleşmesi için MÖHUK m.24 hükmünün, fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme için ise MÖHUK m.28 hükmünün uygulanması suretiyle yetkili hukukun belirlenmesi daha isabetli olacaktır.

MÖHUK’da fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan hukukun özel bir hüküm ile düzenlendiğine değinmiştik¹⁶⁹. MÖHUK m. 28/1’e göre, taraflar fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak halin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, sözleşme bu hukuka tabi olur.

Franchise sözleşmesi kapsamında yer alan fikri mülkiyet sözleşmesine, MÖHUK m.28/2’nin birinci cümlesi uyarınca, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını

168 Çörtoğlu Koca (n 160) 774; Çörtoğlu Koca (n 23) 243-245.

169 Türk hukukunda fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2002); Fügen Sargın (n 51).

devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri veya mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, franchise sözleşmesinin asıl yapılmak üzere, franchise veren tarafından geliştirilen marka değeri ve sistemdir. Ayrıca sözleşmeye adını veren ve bu sözleşmelerde neyin tipik olduğu sorusunun cevabı da franchise verenin edimi olduğundan, franchise sözleşmesinde karakteristik edim franchise verenin edimidir. Bu durumda MÖHUK m.24/4 uyarınca franchise verenin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku uygulanacaktır. Franchise sözleşmesinin fikri mülkiyet sözleşmesiyle iç içe olduğu durumlarda karakteristik edim borçlusudur da, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden taraf da franchise veren olduğundan, MÖHUK uyarınca aynı hukuka bağlanılacak, yani franchise sözleşmesine uygulanacak hukuk ile fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuk aynı olacaktır. Ancak franchise alanın ediminin karakteristik edim olduğu kabul edilecek olursa, MÖHUK'un 28. maddesi franchise verenin edimini esas aldığından bu durum birden fazla hukukun uygulanması sonucunu doğuracak ve bu da karışıklıklara yol açacaktır. Bu sebeplerden dolayı, franchise sözleşmesinde karakteristik edimin franchise verenin edimi olduğu yönündeki görüşün isabetli bir kez daha ortaya çıkmış olmaktadır.

Uluslararası franchise sözleşmeleri kapsamında yer alan fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk bakımından, mahkemeler için rehber niteliği taşıyan ve milletlerarası özel hukukta fikri mülkiyet hakkı ile ilgili uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan metinler vardır. Bunlardan biri de Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Hakkında İlkeler (CLIP)'dir. Max Planck Enstitüsünün Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Grubu'nun hazırladığı bu metinde yer alan İlkeler, fikri mülkiyet alanında milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve yabancı yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularını kapsamakta ve konuyla ilgili başvurulacak kaynaklar arasında yer almaktadır. Fikri mülkiyet ve milletlerarası özel hukuk alanında çalışan akademisyenlerden oluşan bu grup, hazırladığı ilkelerde Avrupa ve ulusal kanun koyucular için bağımsız uzman görüşü bildirme eğilimindedir¹⁷⁰.

İlkeler uyarınca fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak mahkemelerin yetkisi, uygulanacak hukuk konularında hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmalı; ayrıca mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda taraflara kolaylık gösterilmelidir¹⁷¹. Grubun fikri mülkiyet hakkını içeren sözleşmelere uygulanması gereken hukukun tespiti için önerdiği çözüm madde 3:502'de yer almaktadır. İlkeler'e göre, taraflar bir hukuk seçimi yapmadıkları takdirde uygulanacak hukukun tayini m.3:502'ye göre yapılacaktır. İki paragraf halinde düzenlenen maddenin 1. paragrafı-

¹⁷⁰ Grup tarafından hazırlanan ilkeler, fikri mülkiyet alanında milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularını kapsamaktadır. Grubun hazırladığı son metin 1 Aralık 2011'de yayınlanmıştır. Konuyla ilgili Bkz. Max Planck Institute For Intellectual Property And Competition Law: "About CLIP", <<http://www.clip.eu/en/pub/home.cfm>> accessed 20 November 2018.

¹⁷¹ Çörtoğlu Koca (n 23) 145.

na göre taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşme, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu ülke hukuku tarafından idare edilir.

Maddenin 2. paragrafında bazı hallerde lisans alanın bazı hallerde ise lisans verenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği ve bu belirleme yapılırken hangi unsurların bulunması gerektiği açıklanmıştır. Ancak m.3:502'nin ikinci paragrafı, sözleşmelerin ana konusunun fikri mülkiyete ilişkin olması halinde uygulanır. Lisans şartının bulunduğu ancak asıl karakteristik edimin tarafların diğer yükümlülüklerinin oluşturduğu sözleşmeler olan franchise sözleşmeleri bakımından, sayılan unsurlar dışındaki diğer kriterler çok daha önemli olabileceğinden, franchise sözleşmeleri için genel kural olan m.3:502 1. paragraf uygulanır. Buna göre franchise sözleşmeleri, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu ülke hukuku tarafından idare edilir¹⁷².

CLIP ilkelerinin Avrupa'da kanunlar ihtilafı alanında ne gibi sonuçlar doğuracağı henüz belli olmamakla birlikte, özellikle sözleşmelerde hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukuku belirleyen m.3:502'nin Avrupa'daki yasal uygulamalarda yol gösterici olacağı düşünülmektedir¹⁷³.

Sonuç

Yabancı unsurlu franchise sözleşmelerine uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilafı metodu ile tespit edilir. Yabancılık unsuru taşıyan borçlar hukuku sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin hükümler 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24 vd. maddelerinde yer almaktadır.

Yabancılık unsuru taşıyan akdî borç ilişkilerinde taraflara tanınan hukuk seçiminde bulunma imkânı; gerek sözleşmenin yorumu ve ifasında gerekse sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak maddi hukuk kurallarının baştan belli olmasını temin etmek suretiyle, hukuki açıdan taraflara çok kıymetli bir hukukî güvence getirmektedir. Yabancı unsurlu bir franchise sözleşmesinde de -bilhassa uyuşmazlık çıkmadan önce- hukuk seçimi yapılmış olması, taraflara hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlaması açısından çok önemlidir.

Günümüzde franchising konusunda bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşma bulunmamaktadır. Bu nedenle ICC veya UNIDROIT gibi kuruluşların yaptığı çalışmalar uluslararası franchise hukukunun gelişmesinde önemli rol oynamaktadır. Uluslararası franchise sözleşmelerine ilişkin olarak ICC tarafından hazırlanan "Model Franchising Sözleşmesi" ve Uluslararası Franchise Derneği (IFA) tarafından oluşturulan "Code of Ethics" (etik kuralları) *lex mercatoria* kaynakları olarak önem arz eder. Taraflarca, aralarındaki franchise sözleşmesine uygulanmak üzere "Model Franchising Sözleşme-

172 Çörtoğlu Koca (n 23) 149.

173 Çörtoğlu Koca (n 23) 151-152.

si” veya “Code of Ethics (etik kurallar)” seçilebilir; ancak bu seçim Türk hukuku bakımından bir “hukuk seçimi” teşkil etmez. *Lex mercatoria* kaynaklarının taraflarca seçilmesi hâlinde, bunlar sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak kabul edilir. *Incorporation* yoluyla sözleşmeye dâhil edilen *lex mercatoria* kaynakları 5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesi uyarınca akdin esasına uygulanmak üzere tayin edilen hukukun emredici kurallarına uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulabilir.

Yabancı unsurlu franchise sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında 5718 sayılı MÖHUK’ta özel bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde, franchise sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 hükmündeki genel kurala tabi olduğu genellikle kabul edilmektedir. Ancak doktrinde franchise sözleşmelerinin fikri mülkiyet hakkına ilişkin bir sözleşme olduğu ve MÖHUK m.28’de yer alan özel kurala tabi olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur. Kanaatimizce fikri mülkiyet hakları franchise sözleşmesinin kurulmasına sadece ekonomik açıdan hizmet etmektedir ve franchise sözleşmelerinin konusu fikri mülkiyet hakkı ile sınırlandırılmayacak kadar geniştir. Bu nedenle franchise sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24’e göre belirlenmelidir.

Buna göre MÖHUK m.24 uyarınca taraflar hukuk seçiminde bulunmamışsa, uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için öncelikle karakteristik edim borçlusu tespit edilmelidir. Franchise sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğu konusunda yasal bir düzenleme veya doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce franchise sözleşmesinin esas yapıma sebebi olan edim, franchise veren tarafından ortaya çıkarılıp geliştirilmiş olan “marka değeri” olduğundan; karakteristik edim, franchise verenin edimidir. Bu nedenle MÖHUK’un 24. maddesine göre uygulanacak hukuk belirlenirken, franchise verenin ediminin karakteristik edim olduğu kabul edilmelidir. Fikri mülkiyet hakkına ilişkin hükümler içeren bir franchise sözleşmesinde ise; franchise sözleşmesi için MÖHUK m.24’ü, fikri mülkiyet sözleşmesi için MÖHUK m.28’i uygulayarak, uygulanacak hukukun belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca franchise sözleşmelerinde franchise verenin edimi karakteristik edim olarak kabul edildiği takdirde, ister m.24 hükmü ister m.28 hükmü uygulansın, sözleşmenin aynı hukuka tâbi olması temin edilmiş olacaktır.

AB Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemelerinden olan Roma (I) Tüzüğü’nün 4. maddesinin 1. Paragrafında, hukuk seçiminin yokluğunda franchise sözleşmelerinde uygulanacak hukuk açık ve kesin bir kuralla belirlenmiştir. Böylece franchise sözleşmelerinde karakteristik edimle ilgili olan tartışmalar sona ermiştir. MÖHUK m.24 açısından da benzer bir düzenleme yapılarak yabancı unsurlu franchise sözleşmelerinde uygulanacak hukukun madde kapsamında açıkça belirlenmesi veya özel bir hükümle düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca franchise sözleşmesi çerçeve sözleşme olduğundan tarafların karşılıklı hak ve borçları bu sözleşmelerde genel hatlarıyla düzenlenir. Ayrıntılar ise sözleşme süre-

si boyunca taraflar arasında yapılacak tamamlayıcı sözleşmelerle belirlenir. Örneğin taraflar arasında ürün franchise sözleşmesi yapılmışsa, sözleşme süresince bu ürünlerin sürümünün yapılması için franchise veren ile franchise alanın aralarında satım sözleşmesi yapmaları gerekecektir. Bu konuda franchise sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkındaki Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) uygulama alanına dâhil olabilir. Anlaşmanın uygulama alanı bulabilmesi için gerekli olan şartların varlığı halinde, hukuku seçilen devlet CISG'e taraf ise uyuşmazlığa öncelikle CISG hükümleri uygulanacaktır. Türkiye CISG'e taraf olduğu için CISG'in uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda -aksi kararlaştırılmamışsa- Türk mahkemeleri CISG hükümlerini uygulamak zorundadır.

Kaynakça / References

- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1996)
- Assensio PAM, "Applicable Law in the Absence of Choise of Law to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights", (2008) 10 Yearbook of Private International Law
- Aybay R, Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, 2008)
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2nd edn, Vedat 2011)
- Balkar Bozkurt S, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi", (2014) II GÜHFD Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan
- Bayata Canyaş A, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet Yayınevi 2012)
- Bonomi A, "Roma I Regulation: Selected Topics, The Roma I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations", (2008) 10 Yearbook of Private International Law
- Çalışkan Y, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü* (2008)
- Çelikel A, "Türk Milletlerarası Özel Hukukta "Atıf" Prensipleri'nin Uygulanması", (1983) 3/2 MHB -- and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Çilingiroğlu C, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", (1989) 9/2 MHB
- Çortoğlu Koca S, "Franchise Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk ve Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", *Prof.Dr. Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin 2012)
- *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı* (Yetkin 2013)
- Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013)
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2011)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (3rd edn, Savaş Yayınevi 2015)
- Durgut R, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması", (2005-2006) 25-26/1-2 MHB

- Ekşi N, “Kanunlar İhtilafı Alanında ‘Incorporation’”, (1999-2000) 19-20/1-2 MHB Aysel Çelikel’e Armağan
- Milletlerarası Ticaret Hukuku* (2nd edn, Beta 2015)
- Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004)
- Emerson RW, “An International Model for Vicarious Liability in Franchising”, (2017) 50/2 Vanderbilt Journal of Transnational Law
- Erdem BB, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2002)
- “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda ‘Lex Mercatoria’”, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria (International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria)* in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiyyörük (eds) (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi XII Levha 2014)
- Erdoğan Bİ, *Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (XXII Levha 2016)
- Garcia Gutierrez L, “Franchise Contracts and Roma I Regulation on the Law Applicable to International Contracts” (2008) 10 YIPL
- Goldman B, “The Applicable Law: General Principles of Law- The Lex Mercatoria” in Julian D. M. Lew (ed), *Contemporary Problems in Arbitration* (1987)
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (2007)
- Gürzumar OB, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ‘Sistem’lerin Hukuku Korunması* (Beta 1995)
- ICC Model International Franchising Contract, (ICC Publication No 712E 2011)
- Kartal C, Durukan T, Varlı N, *Uluslararası Pazara Giriş Stratejileri, Franchising Sistemi ve Türkiye Uygulaması* (Asil Yayın Dağıtım 2006)
- Kırca Ç, *Franchise Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997)
- Lee M, “Franchising in China: Legal Challenges When First Entering The Chinese Market”, (2003) 19/4 American University International Law Review 949-984
- Max Planck Institute For Intellectual Property And Competition Law: “About CLIP”, <<http://www.cl-ip.eu/en/pub/home.cfm>> 20 November 2018
- North P, *Essays in Private International Law* (Oxford 1993)
- Oğuz A, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği”, (2001) 50/3 AÜHFD
- Özdemir Kocasakal H, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30/1-2 MHB
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008)
- “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (2002) 22/2 MHB Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan
- Sargın F, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, (2001) 2,AÜHFD 37-95
- *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (2002)
- Seviğ VR, “Akitlere Uygulanacak Kanun Sorunu”, *Nihal Uluocak’a Armağan* (1999)

- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitler* (6th edn, Beta 2016)
- and Esen E, Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Beta 2015)
- Şimşek B, *Franchising Sözleşmesi* (Yetkin 2016) 33. “EFF Code of Ethics” hakkında detaylı bilgi için bkz. Martin Mendelsohn, *Franchising Law* (2nd edn, 2004)
- Şoğur M, *İşletme Sistemi Olarak Franchising* (2nd edn, 1993)
- Şua M, “Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış” (2007) IV/2 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Tarman ZD, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, (2010) 26/1 BATİDER
- “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, (2009) 15/2 BATİDER
- Tekinalp G, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, *Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan* (1986)
- “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi” (1985) 5/1 MHB
- and Uyanık Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (11th edn, Vedat 2011)
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996)
- Tuncer S, “Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak: Franchising”, (1992) 26/311 İstanbul Sanayi Odası Dergisi
- Ulaş D, *Franchising Sistemi* (3rd edn, 2013)

İnternet Kaynakları / Web References

- <http://eur.lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988R4087&from=EN>
- <http://www.kazanci.com.tr>
- <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>
- http://www.rekabet.gov.tr/trTR/KilavuzListesi?control_KilavuzListesi_gridGuides-ListChange-Page=2
- <http://www.ufrad.org.tr>
- <http://www.ufrad.org.tr/tr/franchise.htm>
- <http://www.ufrad.org/Sayfa.aspx?S=Hakkimizda>
- <http://www.unidroit.org>
- <http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/franchising2007-guide-2nd-e.pdf>

Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olmamasının Nedenlerinin Değerlendirilmesi*

Ulaş Şahin[†]

Öz

Bu çalışmanın konusu Türkiye'nin, Güneydoğu Avrupa Enerji Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'ya günümüze kadar taraf olmamasının nedenlerini analiz etmektir. Çalışmanın amacı, Türkiye'nin bir yandan Enerji Şartı Antlaşması'na taraf olmuşken, diğer yandan Enerji Topluluğu Antlaşması bakımından sadece gözlemci statüsünde katılmayı tercih etmesinin sebeplerine açıklık getirmektir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Enerji Topluluğu • Enerji Şartı Antlaşması • Avrupa Enerji Birliği • Türkiye Enerji Sektörü • Avrupa Birliği

The Reasons Why Turkey is Not Joining the Treaty Establishing Energy Community

Abstract

This study aims to analyze the reasons why Turkey has refused to join the Treaty Establishing Energy Community Treaty to this day. Specifically, the study aims to clarify the reasons why, on the one hand, Turkey is a party to the Energy Charter Treaty, whereas on the other hand, it is only an observer in the Energy Community Treaty.

Keywords

Treaty Establishing Energy Community • European Energy Community • Energy Charter Treaty • European Energy Union • Turkey Energy Sector • European Union

* Bu makale, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde Doç. Dr. Emre Esen'in danışmanlığında hazırlanan "Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olup Olmamasının Değerlendirilmesi" başlıklı tezden türetilmiştir. Makale hazırlanırken, tezin yazıldığı tarihten sonra tezi dolaylı olarak ilgilendiren konularda bazı değişikliklerin gerçekleştiği ve fakat makaleyi doğrudan ilgilendiren konularda, daha açık bir ifadeyle Türkiye'nin Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olmamasının sebepleri bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmediği esas alınmıştır. Makalenin hazırlanmasında bana yardımcı olan Araş. Gör. Melis Avşar'a teşekkür ederim.

** Sorumlu Yazar: Ulaş Şahin, Avukat, Koblenz Barosu, İstanbul Kültür Üniversitesi (LLM.), Koblenz, Almanya. Eposta: post@sahin-kanzlei.de
Atf: Ulaş Şahin, "Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olmamasının Nedenlerinin Değerlendirilmesi", (2018) 38 PPIL 481, 517 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0153>

Extended Summary

The aim of this work is to discuss the reasons why Turkey refuses to be a party to the Treaty Establishing Energy Community.

After presenting the respective energy policies of Turkey and the European Union, this work provides an overview of the effects of the Energy Community Treaties on the contracting parties. This work also aims to show why, since the establishment of the Energy Community, Turkey has only agreed to be an observer and not a contracting party.

The main reason why Turkey refuses to become a contracting party to the Energy Community is the implementation of the *Acquis Communautaire* by the contracting parties to establish an Energy Community among the parties.

Specifically, being a member of the Energy Community Treaty influences the energy policy and the energy market of the contracting parties, thus leading to a high loss of control and sovereignty of the contracting parties in the field of energy. This huge impact is not worthy of its membership to the Energy Charter Treaty, of which Turkey is a member.

Moreover, by becoming a party to the Energy Community, the energy market rules of the EU (*Acquis Communautaire*), especially the electric and gas market rules, have to be implemented by the contracting party, which leads to a geographical expansion of EU rules over Turkey. This fact may be acceptable for contracting parties with a real perspective of EU membership, because such membership entails that the *Acquis Communautaire* of the EU has to be implemented, including the energy market rules.

The lack of perspective to EU membership has driven Turkey to keep ahead from the Energy Community. The influence of Turkey within the decision-making process of the Energy Community is not satisfactory in proportion to the country's geographical importance in ensuring the supply security of EU, especially because of the strategic position of Turkey between Europe and the gas-rich countries. Furthermore, by not being an EU-Member, Turkey is not within the supply security policy of the EU.

Considering these circumstances, the value of being in the core of the decision-making process of the EU rules, which have to be implemented by the contracting parties, has a negligible importance for Turkey with regards its decision not to become a contracting party. Furthermore, by not becoming a party to the Treaty, Turkey avoids the non-discriminatory access to its gas sector and the possibility of becoming a simple transit country that is excluded from the decision-making process and the supply guarantee policy of the EU.

Summing up the stated conditions, the Energy Community Treaty does not give full credence to the geo-strategic situation and importance of Turkey in the European energy sector.

The work emphasizes the conditions that must be changed in order to convince Turkey to participate in the Energy Community and discusses alternative scenarios.

Kısaltmalar

AB	Avrupa Birliği
AAET	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AETA	Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması
BK	Bakanlar Kurulu
Bkz.	Bakınız
DGAP	Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V.
DK	Düzenleme Kurulu
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
DÜDH	Daimi Üst Düzey Heyet
EuR	Europarecht (Dergi)
EPDK	Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Md.	Madde
PEEREA	Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspect
Rn.	Randnummer
Rz.	Randzeichen
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
TEİAŞ	Türkiye Elektrik İletim A.Ş.
ÜDDG	Üst Düzey Düşünme Grubu
Vd.	Ve devamı

Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olmamasının Nedenlerinin Değerlendirilmesi

Günümüzde Türkiye'nin enerji sektörünü de yakından ilgilendiren iki tane uluslararası antlaşma mevcuttur. Birisi “Güneydoğu Avrupa Enerji Topluluğu’nu Kuran Antlaşma” (bundan sonra “Antlaşma” olarak da anılacaktır) ve diğeri ise “Enerji Şartı Antlaşması”dır (bundan sonra “Enerji Şartı” olarak da anılacaktır).

Her iki antlaşma gerek önsözlerinde ve gerekse amaçları ile ilgili maddelerinde açıkça yatırımlara ve yatırımcılara yönelik hükümler içermekte¹ ve enerji yatırımlarına uygun bir ortam sağlamak için devletlere enerji sektörlerine ilişkin düzenlemeler yapma yükümlülükleri getirmektedir. Günümüzde Türkiye Enerji Şartı'na taraf, ancak Enerji Topluluğu Antlaşması'na sadece gözlemci statüsünde katılmaktadır. Türkiye'nin bu antlaşmalardan birine taraf olmuşken diğere olmaması, sadece yatırımlar ve yatırımcılar açısından değil, genel anlamda Avrupa ve Türkiye ilişkileri açısından da büyük önem taşımaktadır ve bu durumun neden kaynaklandığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması, devletlere enerji sektörüyle ilgili güven ortamı sağlayan ve enerji yatırımlarını düzenleyici bir çerçeve içinde koruma altına almayı ve teşvik etmeyi hedefleyen yükümlülükler getirmektedir. Yani Antlaşma'ya taraf olunduktan sonra Antlaşmanın bu düzenleyici etkiyi yaratabileceği, yatırımcı açısından güven sağlayacağı ve Türkiye'nin enerji sektöründe büyük yatırımlara yol açabileceği bilinmektedir. Böylece Türkiye ekonomisine büyük bir katkı sağlanabilecektir. Türkiye, konumundan dolayı enerji sektöründe büyük yatırımlara müsait olan bir devlettir ve yurtdışındaki yatırımcılar açısından Türkiye'nin düzenleyici güce sahip olan çok taraflı uluslararası bir antlaşmaya taraf olup olmayacağı sorusu ciddi önem taşımaktadır.

Ancak enerji sektörüyle ilgili güven ortamının sağlanması ve enerji yatırımlarının düzenleyici bir çerçeve içinde koruma altına alınıp teşvik edilmesi bakımından en önemli araçlardan biri olan Enerji Topluluğu Antlaşması'na Türkiye'nin neden hala taraf olmadığı sorusu; konunun geniş kapsamlı ve çok boyutlu olması sebebiyle bugüne kadar net olarak cevaplanmamıştır.

Bu soruyu göz önünde bulundurarak ve konunun amacına uygun olarak Enerji

1 Örneğin **Enerji Topluluğu Antlaşması'nın** önsözünde şu şekilde ifade edilmekte: „Determined to create a stable regulatory and market framework capable of attracting investment in gas networks, power generation and transmission networks, so that all Parties have access to the stable and continuous gas and electricity supply that is essential for economic development and social stability” veya Enerji Topluluğu Antlaşması'nın 2. md. 1. fıkrasında : “The task of the Energy Community shall be to organize the relations between the Parties and create a legal and economic framework in relation to Network Energy...in order to: ... (c) enhance the security of supply of the single regulatory space by providing a stable investment climate in which connections to Caspian, North African and Middle East gas reserves can be developed, and indigenous sources of energy such as natural gas, coal and hydropower can be exploited”.

Enerji Topluluğu Antlaşması hakkında güncel ve detaylı bilgi için bkz. The Energy Community Legal Framework, Dirk Buschle and Heli Annika Lesjak(eds), 4th Edition, 2018, s.5 vd. <<https://www.energy-community.org/legal/treaty.html>> (E.T. 06.12.2018)

Topluluğu Antlaşması'nın değerlendirilmesi ve Türkiye'nin bu Antlaşma'ya neden Enerji Şartı'ndan farklı yaklaştığının sebeplerinin analiz edilmesi gerekir. Ayrıca Enerji Topluluğu, mevcut yapısının revize ve modernize edilmesi gerektiği yönünde tartışmaların yaşandığı önemli bir süreç içindedir. Bunun için gelecekte Antlaşma'da yapılması düşünülen olası değişiklikler nedeniyle, Türkiye'nin Antlaşma'ya bakış açısının değişme ihtimali olup olmadığının da üzerinde durulması gerekecektir.

Antlaşma'ya taraf olmanın, devletlere hangi hukuki yükümlülükler veya hangi yasal alanlarda değişiklikler getireceği Antlaşmanın içeriğinden kolaylıkla anlaşılabilir. O yüzden bu çalışmanın amacı bu Antlaşmanın nasıl uygulanması gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamak değildir. Bu yüzden konu, daha çok önem arz eden ve Avrupa Birliği'ni de yakından ilgilendiren farklı bir yönden değerlendirilecektir: Türkiye'nin Enerji Topluluğu Antlaşması'na hangi sebeplerden dolayı taraf olmadığı konusuna açıklık getirilecektir. Bu açıdan çalışmamızın konusunu şöyle tarif etmek mümkündür: Türkiye'nin Antlaşma'ya taraf olmamasının sebepleri nelerdir ve Antlaşma'ya taraf olması için hangi koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir?

Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması da, aynı Enerji Şartı gibi, Avrupa Birliği inisiyatifinden doğmuştur. Enerji Topluluğu Antlaşması, Avrupa Birliği'nin enerji dış politikasının bir parçası olduğundan ve genel bakımdan da konuyu daha anlaşılabilir bir seviyeye taşıyabilmek için, Enerji Topluluğu Antlaşması'nı incelemeye önce Avrupa'nın enerji politikası ve bu anlamda Avrupa'nın Türkiye'ye bakış açısı da açıklanacaktır. Ardından Türkiye'nin kendisine enerji konusunda nasıl bir rol biçtiğini, Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin karşılıklı bakış açılarının örtüşüp örtüşmediğini ve Enerji Topluluğu Antlaşması'na hangi şekilde yansımalarını analiz etmek gerekecektir. Konuyu yakından ilgilendirdiğinden ve daha iyi değerlendirebilme açısından Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecine de değinilecektir.

Böylece Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin niyetlerinin ve enerji politikalarının gölgesinde ve mevcut şartları ve konjonktürü göz önünde bulundurarak, Türkiye'nin Enerji Topluluğu Antlaşması'na neden taraf olmadığı sorusuna, çalışmanın sonunda daha net ve daha doyurucu bir şekilde cevap vermeye çalışacağız.

I. Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin Enerji Politikaları

Avrupa Komisyonu'nun enerjiden sorumlu üyesi Günther Oettinger, 2010 yılında yaptığı bir konuşmada şu sözleriyle dikkatleri çekmiştir: "Enerji şebekelerini mantıklı bir şekilde geliştirmemiz ve Avrupa'yı kapsayan ve aşan bir Enerji Topluluğu kurmamız gerekiyor."² O dönemin Avrupa Birliği Komisyonu'nun enerjiden sorumlu üyesi Oettinger bu konuda büyük oranda Rusya'dan Avrupa'ya sevk edilen enerjiden daha bağımsız olunabilmesi için Türkiye'nin çok önemli bir ortak olduğunu vurgulamıştır.

2 Günther Oettinger, 'Energienetz über Türkei ausdehnen' *Nordwest-Zeitung* (22 Ekim 2010)

<http://www.nwzonline.de/politik/energienetz-ueber-eu-ausdehnen_a_1,0,728693044.html> (E.T. 06.12.2018).

Avrupa ile Rusya arasında 2014 yılından bu yana yaşanan ve Kırım Krizi³ olarak da bilinen krizden dolayı, Oettinger' in 5 yıl önce söylediği sözler bugünlerde yeniden önem kazanmış oluyor. Bu kriz yeniden Avrupa'nın enerji alanında çeşitlendirme ("*diversification*") konusunu ve genel anlamda Avrupa Birliği'nin iç ve dış enerji politikasını tekrar gündeme getirmiştir.

Bu bağlamda çalışmamızın konusu açısından önemli olan husus, böylesine bir Enerji Topluluğu'nun hedeflerinin neler olduğudur ve katılanlara hangi faydaları sağladığıdır. Bu hususların belirlenmesi için Enerji Topluluğu Antlaşması'nı inceleyip Türkiye'nin neden taraf olmadığına bilinmesi gerekmektedir. Türkiye'nin taraf olmasının ya da olmamasının Türkiye açısından yarattığı etkinin bilinmesi önemlidir. Bu arada Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na taraf ve entegre olması; taraf olmaması durumunda da bunun sebeplerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunun sebeplerinin belirlenmesi neticesinde Enerji Topluluğu Antlaşması'nın şu anki düzenlemesi ile Türkiye'ye katılma perspektifi sağlanıp sağlanmadığı sorusunun cevabı da öğrenilmiş olacaktır.

Bu soruların yanıtlanması için enerji konusunda tabii ki Türkiye'nin kendisine hangi rolü biçtiğinin de araştırılıp bilinmesi gerekecektir. Bu yüzden gerek Avrupa Birliği'nin ve gerekse Türkiye'nin menfaatlerinin örtüşüp örtüşmediği de önem taşıyacak ve her iki tarafın Antlaşma'dan aynı oranda faydalanıp faydalanamayacağı sorusunun yanıtlanması önem kazanacaktır. Avrupa Birliği'nin ve Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'yi içine alan hedefleri ile Türkiye'nin kendi hedefleri örtüşüyor mu? Türkiye Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası karşısında kendisini nerede konumlandırmak istiyor ve beklentileri nelerdir? Bu soruların da yanıtlanması Türkiye açısından önemlidir. Her iki tarafın hedefini tam olarak belirleyip karşılaştırdıktan sonra, Enerji Topluluğu Antlaşması çatısının altında böylesine bir projenin gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı görülmüş olacaktır.

Böylesine bir ortaklık veya birliktelik sadece her iki taraf (Avrupa ve Türkiye) için kazan-kazan (win-win) durumu yaratmaya uygunsa, gerçekleşmesi kanaatimizce mümkün olacaktır. Çünkü sadece ve sadece her iki taraf eşit şartlarda ve aynı seviyede bir araya geldiği takdirde, Türkiye'nin de dâhil olacağı Avrupa Enerji Topluluğu'nun gerçekleşmesinin mümkün olabilme ihtimali artacaktır. Antlaşma'nın bu açıdan da incelenmesi gerekecektir. Bu soruların yanıtları, Türkiye enerji sektöründe yapılacak yatırımlar ile ilgili değerlendirmelerde - yani Enerji Topluluğu'na Türkiye açısından taraf olunup etkili hale getirilmesi konusunda - kilit rol oynayacaktır.

3 Rusya ile Ukrayna arasında yaşanan krizden kaynaklanan ve Avrupa'ya doğrudan etkileyen kriz.

A. Avrupa Birliği'nin Enerji Politikası

Öncelikle Avrupa Birliği'nin hedeflerini anlayabilmek için, Avrupa Birliği'nin takip ettiği enerji politikasını bilmek gerekir. Rusya ve Ukrayna arasında 2014 yılında meydana gelen ve halen süren krizin Avrupa devletlerine olan etkisi açık ve net bir şekilde görülmüştür. Avrupa Birliği'nin ve dolayısıyla örneğin Almanya'nın siyasi etki alanının ne kadar kısıtlı olduğu görülmektedir. Bunun sebebi olarak, enerji konusunda, yani hem gaz hem de petrol ithalatında, Rusya'ya olan bağımlılık gösterilebilir. Almanya'nın resmi verilerine göre⁴, Almanya'nın gaz talebinin %38,0'inin Rusya'dan karşılandığı ve bunun yarısından fazlasının Ukrayna'dan geçen boru hatlarından Almanya'ya sevk edildiği görülmektedir. Diğer %26,0'sı Hollanda'dan Almanya'ya gitmekte, %22,0'si Norveç'ten ve %4,0'ü ise Danimarka, Birleşik Krallık ve diğer devletlerden alınmaktadır. Avrupa Birliği'nin zayıf noktalarından birisi olarak, Avrupa Birliği'nin tüm üye devletlerini içine alan etkili ve tam Avrupalılaştırılmış⁵ bir enerji ve enerji dış politikasının olmaması gösterilebilir.

AB Lizbon Antlaşması'nda da olduğu gibi, AB'nin enerji politikasının daha çok Avrupalılaştırma yönünde gelişmesi ve ilerlemesi, her zaman olduğu gibi Avrupa Birliği'nin diğer politika alanlarından ve öncelikle Avrupa Birliği'nin rekabet politikasından etkilenerek gerçekleşmiştir. Avrupa Birliği'nin rekabet politikasının ana hedeflerinden birisi, enerji konusunda da ayrımcılık yapmayan Avrupa iç pazarının oluşturulmasıdır. 1980'lerin ortalarından bu yana bu hedef takip edilerek adım adım inşa edilmektedir; daha sonra çevre ve iklim politikası için de bu hedef takip edilmeye başlanmıştır.⁶

Konunun ilginç yanı ise, Avrupa Birliği'nin 1950'lerde başlayan oluşum ve entegrasyon sürecinde temel alınan konunun enerji olmasıdır. Hatırlamak gerekirse, buna ilişkin adımlardan biri Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu diğeri ise Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'dur.⁷ Ancak buna rağmen, enerji ile ilgili konuların tekrar ağırlıklı olarak ele alınması seksenli yılların ortalarından itibaren diğer Avrupa Birliği politikalarından etkilenmek (rekabet politikası) suretiyle olmuştur. 1980'li yılların ortalarına kadar bu tarihi gerçeğe rağmen Avrupa'nın enerji politikası gölgede kalmıştır.

Bu gelişmenin –esasında gelişmemenin– ana sorumluluğu Avrupa Birliği üye devletlerindedir. Avrupa Birliği üye devletleri bugüne kadar birbirinden farklı ve çeşitli enerji politikaları takip etmiştir ve hala da etmektedir. Avrupa Birliği'nin üye devletlerinin uzun süre birbirilerinden bağımsız enerji politikaları yürütmesi her devletin

4 Bkz. <https://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_Erdgasbezugsquellen> (E.T. 29.11.2015).

5 Yani henüz bir ulüstü ("supranational") enerji ve enerji dış politikası olamaması.

6 Bkz. SRU-Sondergutachten, 'Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung'

<http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2011_07_SG_Wege_zur_100_Prozent_erneuerbaren_Stromversorgung.pdf?__blob=publicationFile> (E.T. 06.12.2018), s. 180 Rz. 253.

7 25 Mart 1957 tarihinde Roma'da imzalanan ve 1 Ocak 1958'de yürürlüğe giren Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu kuran Antlaşma ile oluşturulan topluluktur. Topluluğun amacı, nükleer enerji endüstrisinin geliştirilmesi ve bu endüstrinin barışın korunmasına hizmet etmesidir.

neticede enerji alanında farklı yollardan gitmesine yol açmıştır. Enerji alanında çeşitli yollardan gidilmesi ise Avrupa Birliği devletlerinin birbirlerinden farklı menfaatlerinin oluşmasına yol açmıştır ve beraberlik içinde bir enerji politikası oluşturulmasını veya yürütülmesini engellemiştir.⁸ Hem enerji politikaları bakımından hem de enerji kaynaklarının seçiminde Avrupa Birliği devletleri çok farklı yollar seçip çok farklı yerlere gelmişlerdir.⁹ Bu çeşitlilikten doğan farklı menfaatler ciddi tartışmalara yol açmıştır. Enerji politikası Avrupa'nın en çok tartışılır politika alanına dönüşmüştür. Avrupa Birliği üye devletleri günümüze kadar endüstri, ekonomi ve sosyopolitik sebeplerden, çeşitli coğrafi konum ve şartlarından dolayı çeşitli enerji kaynaklarına ağırlık vermiş ve birbirinden farklı düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir.¹⁰

Ancak yukarıda bahsettiğimiz olumsuz şartlara rağmen Avrupa Topluluğu ve bugünün Avrupa Birliği devletleri seksenli yıllardan bu yana ve ağırlıklı olarak son yıllarda daha sık bir araya gelmeyi ve birlikte durmayı başarabilmiştir. Neticede başka alanlarda da olduğu gibi Avrupa Birliği, enerji politikasıyla da uluslararası siyaset alanında ciddiye alınacak ve düzenleyici bir aktör haline gelmeyi başarabilmiştir.¹¹

Avrupa Birliği uzun zamandır hissedilebilir bir şekilde, birlik dışında olan bazı devletlere, Avrupa'nın belirli bölgelerine ve dünyanın çeşitli yerlerinde gerek ekonomik ve gerekse siyasal ve sosyal alanlarda katkı sağlamaktadır.¹² Diğer alanlarda olduğu gibi bu alanda da Avrupa Birliği'nin yardım ve katkı sağlaması sadece yardımseverlikten ve özgeciliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu katkılar Avrupa Birliği'nin de menfaatine uygun olmasından kaynaklanmaktadır.¹³ Enerji Topluluğu Antlaşması ile ilgili de aynı şekilde düşünülebilir.

"...Güneydoğu Avrupa'nın Avrupa Birliği enerji pazarına bağlı ve entegre olabilmesi için Enerji Topluluğu işbirliği açısından bir çerçeve sunmaktadır. Müzakerelerin başarılı olması kaydı ile Ukrayna¹⁴, Moldavya ve Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na katılımı bu devletlerin enerji sektöründe gerçekleşen dönüşümleri hızlandıracak ve ortak kurullar altında her taraf için avantajlı genişletilmiş bir enerji iç pazarının yolunu açmayı sağlayabilecektir..."¹⁵

8 SRU-Sondergutachten – Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, 180 Rz. 253.

9 Örneğin Almanya-Fransa arasında: Almanya siyaseten atom enerjisine veda etmişken Fransa enerji üretiminin ana omurgası atom enerjisidir ve fransa devletin birincil elektrik tüketiminin yaklaşık % 80'ini karşılamaktadır.

10 SRU-Sondergutachten – Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, Rz. 253.

11 Carsten Nowak, 'Multilaterale und bilaterale Elemente der EU-Assoziations-, Partnerschafts- und Nachbarschaftspolitik' [2010] 6 EuR 746, 746 vd.; bu konu ile ilgili daha fazla açıklama için bkz. Stefan Fröhlich, *Die Europäische Union als globaler Akteur – Eine Einführung* (2. Auflage, Springer 2014) 11 vd.; Matthias Jopp, Peter Schlotter, 'Kollektive Außenpolitik – Die EU als internationaler Akteur' in *Die Europäische Union – Ein kollektiver außenpolitischer Akteur? Theoretische Annäherung und Einführung* (2. Auflage Nomos Verlagsgesellschaft, 2008) 9 vd.; Ian Manners, 'The normative power of the european union in a globalized world' in Zaki Laidi (edt), *EU Foreign Policy in a Globalized World: Normative Power and Social Preferences* (Routledge/Garnet Series: Europe in the World, London 2008) 23 vd.; Giesela Müller-Brandeck-Bocquet, 'Die Europäische Union als Akteur in den internationalen Beziehungen' in Stefan Kadelbach (edt), *Die Außenbeziehungen der Europäischen Union* (Nomos-Verlag 2006) 19 vd. .

12 İbid 19.

13 Nowak, *Multilaterale und bilaterale Elemente der EU-Assoziations* (n 11) 746, 747.

14 Ukrayna 1 Şubat 2011'de Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olmuştur.

15 Avrupa Komisyonu 2008, 'EU-Aktionsplan für Energieversorgungssicherheit und –solidarität: Zweite Überprüfung der Energiestrategie' (MEMO/08/703).

Fakat bu şekilde gerçekleşecek olası bir işbirliğinin hakikaten her taraf için, özellikle bizim konumuz ile ilgili olarak Türkiye açısından da avantajlı olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

B. Türkiye'nin Enerji Politikası ve Konumu

Türkiye yaklaşık son on beş yılda sadece ekonomik alanda gerçekleştirdiği hızlı büyümeyle değil, buna paralel olarak da dünyanın en hızlı büyüyen enerji (tüketim) pazarlarından birisi olarak dikkat çekmektedir.¹⁶

Fakat Türkiye, çoğu Avrupa Birliği devleti gibi, ciddiye alınacak boyutta enerji kaynaklarına sahip olmadığı için¹⁷ kendi kaynakları ile enerji ihtiyacını karşılama imkânına sahip değildir.¹⁸ Bu sebepten dolayı Türkiye de çok yüksek oranda enerji ithalatına muhtaç olan bir devlettir. Türkiye'nin enerji ihtiyacının büyük bir bölümü fosil yakıtlardan karşılanmaktadır. Tüketilen birincil enerjinin % 89'u fosil enerji kaynaklarından üretilmektedir.¹⁹ Gaz ve elektrik talebi en hızlı artan devletler arasında Türkiye, Çin'den sonra ikinci devlettir.²⁰ Türkiye'deki elektrik üretiminde gazın payı 2000 yılında % 17 oranında yer alırken, günümüzde 2000 yılı ile kıyaslandığı zaman bu oran iki kattan daha fazla artmış bir durumdadır.²¹ Petrol ihtiyacının % 90'ı ve gaz ihtiyacının yaklaşık tamamının Türkiye'ye ithal edilmesi gerekmektedir.²² Gazda baş ihracatçı devlet olarak Rusya yer almaktadır ve Türkiye'nin gaz ihtiyacının %54,76'sı Rusya tarafından karşılanmaktadır.²³

Bu tablo göz önünde bulundurulduğunda şunu söylemek mümkündür. Türkiye her zaman ilk sırada kendi arz güvenliğini göz önünde bulundurarak gittikçe artan enerji talebini ucuz bir şekilde karşılamaya ve güvence altına almaya çalışacaktır. TEIAS tarafından açıklanan verilere göre 2023 yılına kadar Türkiye'nin enerji talebi yıllık

16 Bkz. <www.invest.gov.tr/de-DE/sectors/Pages/Energy.aspx> (E.T. 06.12.2018)

17 Türkiye'nin yenilenebilir enerji kaynaklarını dışarıda bırakmak suretiyle.

18 Kömürün Avrupa açısından dışarıda bırakılması gerekiyor, çünkü yüksek oranda karbon ürettiğinden dolayı Avrupa'nın geleceğinde rol oynamamaktadır ve bu yüzden Avrupa tarafından hesaba katılmamaktadır.

19 Bkz. Botaş 2014 Sektör Raporu, 17

<<http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSekt%3%B6r+Raporu%2f2014+Y%4%B11%4%B1+Sekt%3%B6r+Raporu.pdf>> (E.T. 06.12.2018)

20 Sandra Sokollu, 'Die Türkei als Energieexporteur' (19.05.2013) <<http://www.dw.de/die-t%C3%BCrkei-als-energieexporteur/a-16821617>> (E.T. 06.12.2018)

21 The Energy Sector: A Quick Tour for the Investor, 2013, s. 41. Investment Support and Promotion Agency of Turkey and Deloitte tarafından yayımlanmıştır <<http://www.invest.gov.tr/de-DE/infocenter/publications/Documents/ENERGY.INDUSTRY.pdf>> (E.T. 29.11.2015)

22 EPDK - Doğalgaz Piyasası 2014 Yılı Sektör Raporu, 15 – <http://eskiweb.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Dogalgaz/YayinlarRaporlar/Yillik> (E.T. 06.12.2018) "Ülkemizde doğal gazın talebin her geçen gün artması ve yurt içi rezerv ve üretim miktarlarının da bu talepleri karşılamak için yeterli olmaması, 2014 yılında da doğal gaz ithalatını zorunlu kılmıştır. Şekil 2.13'te de görüleceği üzere, ülkemizin toplam doğal gaz arzının % 0,96'sı Türkiye'de üretilen doğal gaz ile geri kalan % 99,04'lük kısmı da yurt dışından ithalat lisansı sahibi şirketler tarafından değişik kaynaklardan gerçekleştirilen ithalat ile karşılanmıştır."

23 Ibid, s. V (Yönetici Özeti) – "...toplam 49.262 milyon Sm³ doğal gaz ithal edilmiştir. Doğal gaz ithalatı 2013 yılına kıyasla %8,82 oranında artmıştır. 2014 yılında, ithalat %54,76'lık payla en fazla Rusya'dan yapılmıştır."

ortalama % 6 oranında artacaktır.²⁴ Bilindiği üzere Türkiye'nin cari açığının her zaman kritik bir şekilde yüksek olmasının en büyük sebeplerden biri, Türkiye'nin enerji talebini karşılayabilmesi için büyük ölçüde -dış hidrokarbon kaynaklarına bağımlı olduğundan- pahalıya mal olan hammaddeyi ithal etme mecburiyetidir. Bunun yanı sıra Türkiye tek taraflı bağımlılığından dolayı tüm Avrupa devletleri örneğin Almanya gibi, benzer sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır.

Bu açıdan Türkiye de enerji alanında ithalatın çeşitlendirilmesi stratejisiyle bu durumdan doğan riski giderme ve tek ya da belirli bazı devletlere bağımlı olma durumundan kurtulma çabası içindedir. Türkiye'nin diğer hedefi ise, kendisini bir "Enerji Üssü"²⁵ konumuna getirmektir. Ancak bu konuda Avrupa Birliği ile Türkiye'nin farklı bir "Enerji Üssü" tanımına sahip oldukları acaba söylenebilir mi? Bu açıdan Avrupa Türkiye'ye nasıl bakmaktadır? Türkiye kendini bu hususta hangi konumda görmektedir?

1. Avrupa'nın Türkiye'ye Bakışı

Avrupa Birliği Türkiye'yi, Hazar Denizi ve Orta Doğu'yu Avrupa ile birleştiren Dördüncü veya Güney Gaz Koridoru olarak görmektedir (Diğer üç koridor ise Avrupa Birliği'ni Rusya, Norveç ve Kuzey Afrika ile bağlamaktadır). Avrupa Birliği gelecekte Güney Gaz Koridoru'ndan 60 ila 120 milyar m³ gaz ithal etmeyi hedeflemektedir.²⁶ Avrupa Birliği için bu koridor ve Türkiye sadece gaz ithal etmek için değil, petrolün de buradan ithal edilebilmesi açısından da aynı önemi taşımaktadır. Türkiye, kendi bölgesinde coğrafi konumundan kaynaklanarak sadece dünyada tanınan ve keşfedilmiş gazın % 72'sine değil, aynı zamanda yaklaşık aynı oranda keşfedilmiş ve bilinen petrol rezervlerine de doğrudan komşuluk etmektedir.²⁷ Bu coğrafi konumundan dolayı Türkiye çok yüksek potansiyele sahip olmaktadır ve bu nedenle devlet olarak büyük önem taşımaktadır. Bu yüzden Türkiye, Avrupa Birliği'nin enerji kaynaklarını çeşitlendirme stratejisi açısından çok önemli bir role sahip olmaktadır. Bu sadece gaz ve petrolün Türkiye toprakları üzerinden Türkiye'ye komşu olan devletlerden Avrupa'ya transit edilmesi açısından değil, aynı zamanda elektriğin de Türkiye'ye komşu olan devletlerden uzun vadede uluslararası enterkonneksiyon²⁸ hatları ile senkronize edilmiş elektrik şebekelerinden Avrupa şebekesine bağlanılabilir olması açısından geçerlidir. Avrupa Birliği Türkiye ile ilgili "Enerji Üssü" kavramını böyle tanımlamaktadır.²⁹

24 TEIAS web sitesine bakınız: www.teias.gov.tr

25 Almanca = "Energiedrehscheibe"; İngilizce = "Energy Hub".

26 Carole Nakhle, "Türkei: Energiepolitische Ambitionen könnten Versorgung und Preise in Europa beeinflussen" (27.09.2012) <<http://www.worldreview.info/de/content/tuerkei-energiepolitische-ambitionen-koennten-versorgung-und-preise-europa-beeinflussen>> (E.T. 29.11.2015).

27 İbid.

28 Bkz. 14.03.2013 tarihinde kabul edilmiş ve 30.03.2013 tarihinde resmi gazetede yayımlanmış olan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu – Madde 3 (Tanımlar ve kısaltmalar) – fıkra oo).

29 Bkz. Ria Oomen-Ruijten on behalf of the Committee on Foreign Affairs, Motion for a resolution to wind up the debate on the statements by the Council and the Commission pursuant to the Rule 110(2) of the Rules of Procedure on the 2013 progress report on Turkey (2013/2945(RSP)), 07 Mart 2013. <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2013/2945\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2013/2945(RSP))> (E.T. 06.12.2018)

Bunun dışında gerek Avrupa Birliği ve gerekse Türkiye, Türkiye’de bulunan yenilenebilir enerji kaynakları zenginliğinden faydalanma ve neticede az karbondioksit üreten ve sürdürülebilir bir ekonomi inşa etme imkânına da sahiplerdir.³⁰ Türkiye, Avrupa Birliği açısından sadece Avrupa’nın arz güvenliği konusunda değil, gelişen ekonomisi açısından ve bölgede oynadığı rolden dolayı da önemli bir stratejik partner olarak görünmekte ve Avrupa Birliği’nin uzun vadeli rekabet imkânını korumasında da önem taşımaktadır.³¹

2. Türkiye’nin Kendi Rol Anlayışı

Jeopolitik konumundan dolayı Türkiye de kendisini bir “Enerji Üssü” olarak inşa etme isteği içindedir. Uzun vadede Türkiye, Asya ile Avrupa arasında bir köprü olmak istemektedir. Burada farklı olan ve altı çizilmesi gereken faktör ise şudur: Türkiye “Enerji Üssü” olarak sadece kendi toprakları üzerinden üreticilerden tüketicilere yapılan enerji sevkiyatı üzerinden gelir elde etmekle yetinmek istememektedir. Türkiye’nin kendi “Enerji Üssü” tanımı farklıdır. Türkiye kendisini bu konuda, nakledilen petrol ve gaz üzerinde hak sahibi olan, bir pazar olarak görmek istemektedir.³² Bu rolden Türkiye gerek ekonomisi açısından ve gerekse arz güvenliği açısından uzun vadede büyük tasarruf beklemektedir.³³

Böylece şu anlaşılmaktadır: Türkiye sahip olduğu bu avantajlı jeopolitik konumunun bilincindedir ve bu konumunu kendi lehine değerlendirme ve dizayn etme isteği içindedir. Yukarıda Avrupa Birliği devletlerinin enerji politikalarıyla ilgili açıklandığı gibi, Türkiye’nin de enerji alanında kendi menfaatine göre hareket etme isteği diğer Avrupa Birliği devletlerinden farklı olmamaktadır. Avrupa Birliği devletleri de günümüze kadar enerji politikalarını ulusal menfaatlerine uygun bir şekilde dizayn etme çabaları içinde bulunmuşlardır. Her ne kadar Avrupa Birliği’nin enerji politikası avrupalaşmışsa ve de gittikçe daha da avrupalılaşıyorsa, Avrupa Birliği devletlerinin ulusal menfaatleri hala hissedilebilir bir şekilde Avrupa’nın birlikte hareket ederek bir enerji politikası sürdürebilme imkânını frenlemektedir. Enerji politikası alanında Türkiye’yi ilgilendiren bütün hususların bu anlamda, aynı diğer Avrupa Birliği devletlerinde de olduğu gibi, Türkiye açısından da Türkiye’nin kendi beklentilerini, menfaatlerini ve hedeflerini göz önünde bulundurarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

30 İbid.

31 Communication from the Commission to the EP and The Council – enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, Brussels, 10.10.2012 – COM(2012) 600 final; The Energy Sector: A Quick Tour for the Investor, s. 41.

32 Nakhle (n 26)

33 Bu konu ile ilgili daha ayrıntılı bakınız: Vahap Taştan, ‘Güney Gaz Koridoru: Yeni Enerji Düzeninde Avrupa Enerji Güvenliği, Rusya, Türkiye ve Güney Kafkasya Üzerine Oyun Teorik Uygulama’ in *EY International Congress on Economics I* (Ankara, October 24-25, 2013) 25. “...Türkiye Güney Gaz Koridoru ile enerji politikalarında iki nihai hedefini gerçekleştirebilecektir. Birincisi daha ucuz gaz alımı yapabilecektir ikincisi ise Güney Gaz Koridorunda transit ülke olmakla birlikte Türkiye fiyat yapıcı bir unsur haline gelecektir. Bunda Azeri gazı ile birlikte Irak, İran ve Akdeniz rezervlerin de Türkiye üzerinden Avrupa’ya taşınması söz konusu olabilecektir. EPIAŞ, Türkiye’nin fiyat merkezi olabilme adına attığı önemli adımlardan biridir. Her ne kadar ilk olarak Türkiye de elektrik piyasasında düzenleyici olarak yer alsada EPIAŞ’ın nihai hedeflerinden biri de uluslararası doğalgaz fiyat belirleme gücüne sahip olmaktır. Bu aynı zamanda İstanbul’un finans başkenti olması ile doğru orantılıdır.”

Türkiye, “Enerji Üssü” olmak konusunda kendisine neden Avrupa Birliği’nin beklentilerinden farklı bir rol biçmektedir? Türkiye’nin Enerji Topluluğu’na tam üye olarak katılmasına, Türkiye’nin enerji politikasındaki kendi hedefleri mi engel olmaktadır? Veya Enerji Topluluğu Antlaşması’nın hükümleri ve Avrupa Birliği’nin enerji politikası mı Türkiye’yi bu yola zorlamakta ve Enerji Topluluğu Antlaşması’na taraf olmaktan uzak tutmaktadır? Veya daha başka nedenleri var mıdır?

Avrupa Birliği’nin, Türkiye’nin Enerji Topluluğu’na taraf olmasından kendi açısından beklediği avantajların yanında Türkiye’nin menfaatlerini de bu çerçevede ne kadar göz önünde bulundurmuş olduğu ve koruyor olduğu sorularının da cevaplandırılması bu anlamda büyük önem taşımaktadır. Yukarıda çizdiğimiz tablo karşısında Enerji Topluluğu’na taraf olmak Türkiye açısından hangi anlama gelmektedir? Hangi yükümlülükler getirmektedir? Türkiye kendi menfaatlerini Enerji Topluluğu içerisinde koruma imkânına sahip olabilecek midir?

Konuyu tam olarak değerlendirebilmek için, Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 2005 senesinde resmi olarak başlamış olan Avrupa Birliği üyelik müzakerelerinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Çünkü Avrupa Birliği’ne üyelik müzakereleri - Balkan İstikrar Paketi devletlerinin de taraf olduğu ve Avrupa Birliği enerji iç pazarının Güneydoğu Avrupa’ya ve Türkiye’ye kadar genişletilmesini hedefleyen ve buna yol açan Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşmasının yanında - günümüzde hala Avrupa Birliği’nin kendi hukuk düzenini ortak devletlere transfer etme enstrümanlarından en etkili ve önemlisi olma konumunu korumaktadır.³⁴

II. Avrupa’nın Türkiye İle Enerji Sektöründeki Mevcut veya Hedeflenen İşbirliğinin Analizi

Bu bölümde Enerji Topluluğu Antlaşması kapsamlı olarak ele alınacak, ardından Enerji Şartı kısaca değerlendirilecek ve son olarak Avrupa Birliği’ne katılım müzakeresine değinilecektir

A. Güneydoğu Avrupa Enerji Topluluğu’nu Kuran Antlaşma

1990’lı yıllarda Balkan krizinden kaynaklanan bölgedeki emniyet ve istikrarsızlık sorunu, Balkan bölgesini Avrupa siyasetinin gündemine taşımış oldu. Böylece Avrupa Birliği’nin bu bölge ile ilişkisi, emniyet sorunları ile başlamıştır. Fakat Balkan bölgesi gittikçe artan bir şekilde Avrupa Birliği’nin enerji konusunda ilgisini çekmiştir.³⁵ Çünkü Balkan bölgesi de Güneydoğu Avrupa konumuyla Avrupa Birliği’nin Güney

³⁴ Commission, ‘Communication from the Commission to the EP and The Council – enlargement Strategy and Main Challenges’ COM(2012) 600 final, 41; Sascha Müller-Kränner, ‘Die Außenbeziehungen der EU in der Energiepolitik’ in *ERENE – Eine Europäische Gemeinschaft für Erneuerbare Energien* (Heinrich-Böll-Stiftung Hrsg., Berlin 2010) 2.

³⁵ Stephan Renner, ‘The Energy Community of Southeast Europe: A neo-functional project of regional integration’ (2009) 13 *ELoP*, 5.

Gaz Koridoru ve çeşitlendirme stratejisi açısından bir anahtar role sahiptir.³⁶

Balkan bölgesinin siyasi istikrarsızlık içinde bulunduğu dönemde Avrupa Komisyonu'nu Enerji ve Trafik Genel Müdürlüğü'nde sorumlu olan küçük bir grup memur bölgesel bir Güneydoğu Avrupa Enerji pazarı inşa etme fikrinde bulunmuştur.³⁷ Şeklen ve kurumsal düzenleme olarak eski Avrupa entegrasyonunun tecrübelerinden etkilenmiş ve yönlendirilmiş olarak, neo-fonksiyonel bir bölgesel entegrasyon ve yaklaşım modelinin biçimlendirilmesi öngörülmüştür.³⁸ Güneydoğu İstikrar Paketi³⁹ olarak başlayan ve Batı Balkan devletlerinin iki tarafı ("bilateral") sözleşmeler ve ortaklıklarla ekonomik, siyasi ve sosyal alanda kalkınmalarını ve gelişmelerini güvence altına almayı ve teşvik edilmesini hedefleyen süreç "Atina süreci" olarak adlandırılan sürece yol açmıştır.⁴⁰ Bu süreç çerçevesinde yapılmış olan müzakereler neticesinde bir bağlayıcı sözleşme elde edilebilmiştir.⁴¹ Elde edilen bu sözleşmeyle Enerji Topluluğunun kuruluşunun esas usulleri belirlenmiştir. Bu sözleşmenin neticesinde Enerji Topluluğu'nun kurulmasını öngören sözleşme ("Enerji Topluluğu Antlaşması") doğmuş ve 25 Ekim 2005 tarihinde imzalanmıştır.⁴²

Enerji Topluluğu 2006 senesinin Temmuz ayında resmen göreve başlamıştır. Enerji Topluluğu Avrupa Birliği'nin sektörel ve spesifik olarak kendi mevzuatının ve iç yapılarının üçüncü devletlere ihraç edilmesinin bir prototipidir.⁴³ Ve böylece enerji politikası ile ilgili mevzuların Avrupa Birliği açısından artan önemini de açıkça belgelemektedir.⁴⁴ Enerji Topluluğu süreci Avrupa Birliği'nin Avrupa komşuluk politikası olarak adlandırılan ve bununla benzerlikleri olan Avrupa Birliği'nin yeni çok tarafı ("multilateral") yaklaşımının bir parçası olarak da nitelendirilmektedir.⁴⁵

36 Vladimir Socor, 'Central Asian Gas: Lost to Europe after Russian-Ukrainian Deal?' in Eurasian Daily Monitor, (Volume: 3 Issue: 6, Januar 2006); Dimitrios Mavrikas, Thomaidis Fotios and Ntroukas Ioannis, 'An assessment of the natural gas supply potential of the south energy corridor from the Caspian Region to the EU Energy Policy' in *Energy Policy* 43 (13), 1671 vd.; Eberhard Röhm-Malcotti, 'Natural Gas and the Balkan: The role of the integrated market for energy for the economic and political stability of the countries of South East Europe with particular view to natural gas and the Energy Community of South east Europe (ECSEE) initiative' (Master Thesis, Centre Européen de Recherches Internationales et Stratégiques, Univeristé Paris XI 2005); s.36-37; Friedemann Müller, 'Region of the Future: The Caspian Sea and Southeastern Europe' in Franz-Lotnar Altmann, John Lampe (eds) *Energy and the Transformation Process in Southeast Europe* (Gütersloh 2000) 133-146.

37 Renner (n 35) 7.

38 Tıpkı İkinci Dünya Savaşından sonra Almanya ve Fransa arasında yapılmış olduğu gibi bkz. İbid 7.

39 İstikrarlaştırma ve birleştirme süreci.

40 Carsten Nowak 'The Energy Community of South East Europe' in *European Yearbook* (2012) 405, 407.

41 Bkz. 14 Aralık 2004 Enerji Topluluğu basın haberi – IP/04/1473. <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1473_en.htm> (E.T. 06.12.2018)

42 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 411-413 <<http://eiop.or.at/eiop/texte/2009-001a.htm>> (E.T. 06.12.2018); Enerji Topluluğunun gelişme süreci ile ilgili daha yakından bkz. Renner (n 35); Röhm-Malcotti (n 36)

43 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 438; aynı şekilde Renner (n 35) 12.

44 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 414; konu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Andreas Inotai, 'Towards a Common Energy Policy in the European Union?' [2008] 8(3) Romanian Journal of European Affairs, 5 vd.; Severin Fischer, Barbara Lippert, 'Mehr Gleise: EU-Energieaußenpolitik und Europäische Nachbarschaftspolitik Osteuropa' [2009] 59(11) Zeitschrift für Gegenwartsfragen des Ostens, 53 vd.; Walter Frenz, Anna-Miriam Kane, 'Die neue europäische Energiepolitik' [2010] 32(7) Natur und Recht, 464 vd.; Oliver Geden, 'Die Energie- und Klimapolitik der EU – zwischen Implementierung und strategischer Neuorientierung' [2008] 31(4) Integration, 353 vd.; Wolfgang Kahl, 'Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon' [2009] 44(5) EuR, 601 vd.; Carsten Nowak, *Europarecht nach Lissabon* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2011) 250 vd.

45 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 438.

Günümüzde Enerji Topluluğu, Avrupa Birliği'nden ve Avrupa Birliği'ne komşu dokuz devletten oluşmaktadır. Bu dokuz devlet Arnavutluk, Bosna Hersek, Karadağ, Kosova, Makedonya, Moldova, Sırbistan, Gürcistan ve Ukrayna'dır. Norveç, Ermenistan ve Türkiye ise gözlemci devletler olarak Enerji Topluluğu'na katılım sağlamaktadırlar.⁴⁶

1. Enerji Topluluğu Antlaşması'nın Başlıkları

Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması (AETA) bir önsöz ile başlamakta ve 12 Başlık altında bulunan toplam 105 maddeden oluşmaktadır. Enerji Topluluğu Antlaşması'nın sonunda bulunan ekler ve protokoller de Antlaşma'nın bağlayıcı parçalarıdır. Avrupa Enerji Topluluğu Sekreterliği ve Merkezi Viyana'dadır.⁴⁷

2. Enerji Topluluğu'na Katılım Çeşitleri

Enerji Topluluğu sadece devletlere katılım imkânı sağlamakla kalmamakta, aynı zamanda birçok kuruluş ve kurumları ve başka aktörleri de içine almaktadır. Bu açıdan Enerji Topluluğu dört çeşit üyelik tipi tanımaktadır: Taraflar, gözlemciler, üyeler ve sağlayıcılar.⁴⁸

a. Taraflar (“parties”)

Enerji Topluluğu Antlaşması'nda yer alan hükümler, taraflara (“parties”)⁴⁹, âkit taraflara (“contracting parties”)⁵⁰ veya iştirak eden taraflara (“adhering parties”)⁵¹ yöneliktir.⁵²

Enerji Topluluğu Antlaşması'nın önsözünden anlaşıldığı üzere, iştirak eden taraflar aynı zamanda âkit taraflar olmaktadır. Taraflar kelimesi ise gerek akit tarafları ve gerekse Avrupa Ekonomi Topluluğu'nu (Lizbon Sözleşmesi'nden itibaren Avrupa Birliği olarak geçmektedir) kapsamaktadır.⁵³

Günümüzde Enerji Topluluğu'na taraf olan devletler, Avrupa Birliği'nin yanı sıra Arnavutluk, Bosna Hersek, Karadağ, Kosova, Makedonya, Moldova, Sırbistan, Gürcistan ve Ukrayna'dır. Eski iştirak eden taraflar (Bulgaristan, Romanya ve Hırvatistan) artık Avrupa Birliği üyeliklerinden dolayı taraftırlar.

46 Üyelik şekillerine aşağıda değinilecektir.

47 Daha ayrıntılı bilgiler için Enerji Topluluğu'nun resmi web sayfasına bakınız <<https://www.energy-community.org>> (E.T. 06.12.2018)

48 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 413.

49 Örneğin AETA md. 1, 6, 8, 14, 29 ve 41.

50 Örneğin AETA md. 10, 12, 18, 20 ve 22.

51 Örneğin AETA md. 9, 26, 36 ve 40.

52 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 413.

53 İbid 414.

b. Gözlemciler (“observers”)

Enerji Topluluğu'na komşu devletler AETA 96. md. uyarınca gözlemci statüsünü elde edebilmektedirler. Norveç ve Türkiye Kasım 2006 yılından bu zamana kadar Enerji Topluluğu'na gözlemci olarak katılmaktadırlar. Ermenistan ise 2007 yılından itibaren gözlemci statüsünde Enerji Topluluğu'na katılmaktadırlar. AETA 96. md. 2. fıkra uyarınca gözlemcilerin Bakanlar Kurulu'nun, Daimi Üst Düzey Heyeti'nin, Düzenleme Kurulu'nun ve Fora'nın toplantılarına katılma hakkına sahiptirler. Ancak sadece gözlemci statüsüne sahip olup toplantılara katılanların konuşmalara katılma ve oy kullanma hakkı yoktur.

c. Üyeler (“participants”)

Avrupa Birliği üyesi olup da Güneydoğu Avrupa devletlerine doğrudan komşu olan devletler veya Avrupa Birliği üyesi bir devlet olup komşu olmayan, fakat AETA 1. md. 2. fıkra ve 95. md. gereğince üyelik için müracaat etmiş olan devletler üye olarak tanımlanmaktadır. Avrupa Birliği'nin 28 üye devletinden 19'u bu anlamda Enerji Topluluğu'na üye devletlerdir. Böylece Bakanlar Kurulu'nun, Daimi Üst Düzey Heyeti'nin, Düzenleme Kurulu'nun ve Fora'nın toplantılarına AETA 48., 54. ve 59. maddelerde belirlenmiş şartlara göre katılma ve imtiyazlı olarak konuşmalara katılma haklarına sahiptirler.

d. Sağlayıcılar (“donors”)

Sağlayıcılar, Enerji Topluluğu'nun başarılı olmasını desteklemek ve bu açıdan katkıda bulunmak isteyen özel veya kamusal kurumlar, kuruluşlar, organizasyonlar, örgütler veya gelişimle ilgili kamusal kurumlardır.⁵⁴ Sağlayıcılar genelde Fora'da yer almaktadırlar ve katkı sağlamaktadırlar (AETA 63. md.).

3. Enerji Topluluğu'nun Görevleri ve İşleyişi

Enerji Topluluğu'nun genel ilkesi Avrupa Birliği'nin enerji iç pazarının Güneydoğu Avrupa bölgesine genişletilmesidir.⁵⁵ Bu hedefe ulaşabilmek için üye devletler, Avrupa Birliği'nin enerji, çevre, rekabet ve yenilenebilir enerji alanındaki müktesebatının Başlık II AETA'ya göre akit taraflarca uygulanması gerektiğine yönelik anlaşmışlardır. Bu anlamda Başlık II Bölüm IV AETA altında “akit taraflar” (“contracting parties”) kavramı kullanılmış olsa da, bu Avrupa Birliği'ni ve Avrupa Birliği üye devletlerini bağlamamaktadır.⁵⁶

54 Özellikle şunlar sayılabilir: Canadian International Development Agency (CIDA); European Agency for Reconstruction (EAR); European Bank for Reconstruction and Development (EBRD); European Investment Bank (EIB); AB-Komisyonu; Alman Kalkınma Bankası Grubu – Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe (KfW); Dünya Bankası (WB) ve United States Agency for International Development (USAID).

55 Renner (n 35) 11.

56 Aslında AETA 9. md.'nin içeriğinde şu yazılmaktadır: Başlık II'ye göre uygulanacak hükümler ve alınacak önlemler sadece “iştirak eden taraflar”ın ülkelerinde geçerlidir.

Avrupa Birliği'nin enerji müktesebatının hangi şekilde ve kapsamda uygulanması gerektiği AETA md. 3, 10, 11 ve EK I'de düzenlenmektedir. Ancak burada altı çizilmesi gereken husus ise, uygulanması gereken Avrupa Birliği müktesebatının dinamik bir gelişme içerisinde bulunuyor olabilesidir. Enerji Topluluğu'nun kuruluşundan bugüne kadar Enerji Topluluğu Antlaşması'nda EK I'de yer alan Avrupa Birliği enerji müktesebatı Avrupa Birliği enerji mevzuatındaki gelişmelere paralel olarak AETA 25. md. gereğince Enerji Topluluğu tarafından uyumlu hale getirilebilmektedir.⁵⁷ Bu her ne kadar otomatik olarak uyumlu hale getirilemiyor olsa da, aşağıda açıklanacağı üzere, taraf devletlerin bu tür gelişmeleri çok da fazla engelleme imkânları yoktur.⁵⁸

AETA İkinci Başlığının diğer bölümleri altında ise Avrupa Birliği'nin çevre, rekabet ve yenilenebilir enerji müktesebatlarının nasıl uygulanması gerektiği düzenlenmektedir.

AETA 12. vd. md. AETA'nın ikinci EK'ine atıfta bulunarak Avrupa Birliği'nin çevre müktesebatının nasıl ve hangi kapsamda uygulanması gerektiğini belirlemektedir.

AETA 18. vd. md. AETA'nın üçüncü EK'ine atıfta bulunarak Avrupa Birliği rekabet müktesebatının nasıl ve hangi kapsamda uygulanması gerektiğini içermektedir.

AETA 20. maddede ise yenilenebilir enerji müktesebatı ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

Böylece Antlaşma, Enerji Topluluğu'nun görevini şu hedeflere ulaşabilmek şeklinde belirtmektedir: istikrarlı bir düzenleyici çerçevenin oluşması, istikrarlı bir piyasa ortamının oluşması ve şebeke enerji ticareti için uyumlu hale getirilmiş düzenleyici bir çerçevenin oluşması ve bu hedeflerin gerçekleşmesi akabinde arz güvenliğinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi, Hazar Bölgesi'nde, Kuzey Afrika'da ve Orta Doğuda bulunan gaz rezervlerine bağlanabilmek için düzenleyici bir çerçevenin oluşturulması, çevre standartlarının iyileştirilmesi ve rekabet piyasasının geliştirilmesi amacına ulaşılması.⁵⁹

57 Enerji müktesebatının güncel durumu Enerji Topluluğu Antlaşmasının Ekinden takip edilebilir. Bkz. <<https://www.energy-community.org/legal/treaty.html>> (E.T. 06.12.2018)

58 Bkz. Başlık II.A.5 "Enerji Topluluğu'nun Karar Alma Mekanizması" s. 20 vd.

59 Renner (n 35) 11.

4. Enerji Topluluğu'nun Kurumları

a. Bakanlar Kurulu

Enerji Topluluğu'nun en önemli ve en etkin kurumu Enerji Topluluğu Bakanlar Kurulu'dur (BK).⁶⁰ BK Enerji Topluluğu'nun ana karar alma organıdır ve AETA 47. md. hükmüne göre Enerji Topluluğu'nun hedeflerinin yerine getirilmesinin sağlanması ile yükümlüdür. Bunları sağlamak için AETA 47. md. (a) fıkrasına göre genel yönergeler temin eder, (b) fıkrasına göre kararlar alır ve (c) fıkrasına göre kesin şartlar içeren usuli muameleler belirleyerek Daimi Üst Düzey Heyetine, Düzenleme Kuruluna veya Sekreterliğe görev, yetki veya yükümlülük verir.

AETA 96. md 1. fıkra gereğince gözlemci statüsünde Enerji Topluluğu'na katılmak isteyen devletlerin buna yönelik taleplerine karar verir.

Bakanlar Kurulu AETA 100. md. gereğince oybirliği ile Başlık I ile VII altında bulunan mevzuatın değiştirilmesine yönelik karar alabilir, şebeke enerjisi ile ilgili Avrupa Birliği müktesebatının başka bölümlerinin de gerçekleştirilmesine yönelik karar alabilir, antlaşmanın başka enerji ürünlerine ve kaynaklarına veya diğer enerji alt yapılarına yönelik olarak genişletilmesine karar verebilir veya yeni bir tarafın Enerji Topluluğu'na katılmasını onaylayabilir.

Son olarak Enerji Topluluğu'nun ihtilafların halli mekanizmasında da BK büyük rol oynamaktadır ve yanı sıra Avrupa Parlamentosu'na, iştirak eden tarafların ve üye devletlerin parlamentolarına Enerji Topluluğu'nun yıllık faaliyet raporlarını iletir.

b. Diğer Kurumlar

Enerji Topluluğu'nun en önemli kurumu olan Bakanlar Kurulu dışında çeşitli kurumları mevcuttur. Bu kurumlar; Daimi Üst Düzey Heyeti (Başlık V Bölüm II), Düzenleme Kurulu (Başlık V Bölüm III), Forumlar (Başlık V Bölüm IV) ve Sekreterlik (Başlık V Bölüm V) şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmamız bakımından bu Kurumların önemi bulunmadığından bu Kurumlar hakkında daha fazla detaylı bilgi verilmeyecektir.⁶¹

5. Enerji Topluluğu'nun Karar Alma Mekanizması

a. Genel Olarak

Altıncı Başlık altında çeşitli önlemler için karar alma mekanizmaları belirlenmektedir. Özellikle şu husus belirtilmelidir ki, her karar aynı oylama yöntemi ile alınmaktadır.

60 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 429.

61 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 431 - 434.

Altıncı Başlığın birinci bölümünde, önlemlerin karar veya tavsiye olarak alınabileceği öngörülmüştür (AETA 76. md.). Eğer önlemlerin sadece belirli taraflara veya bir tarafa yönelik olarak alınması söz konusu ise, söz konusu önlem sadece o taraflar veya taraf için bağlayıcı olabilmektedir. Ancak alınacak olan tavsiyeler taraflar açısından bağlayıcı değildir. Bu önlemlerin alınmasına yönelik oylamalarda her taraf bir oy hakkına sahiptir (AETA 77. md). Bakanlar Kurulu'nda, Daimi Üst Düzey Heyeti'nde ve Düzenleme Kurulu'nda karar veya önlemlerin alınabilmesi için tarafların en azından üçte ikisinin temsil edilmesi gerekmektedir (AETA 78. md. 1. fıkra).

b. İkinci Başlık ile İlgili Alınacak Önlemler

İkinci bölümde ise Avrupa Birliği müktesebatının uygulanmasına yönelik alınacak olan önlemler AETA 79. md. gereğince sadece Avrupa Komisyonu'nun önergesi üzerine alınabilmektedir. Önlemin alınma süreci içerisinde ise Avrupa Komisyonu önerisini her zaman değiştirme veya geri çekme hakkına sahiptir. AETA 80. md uyarınca bu bölüme göre alınacak önlemlerde her akit taraf bir oy hakkına sahip olmaktadır. BK, DÜDH ve DK bu hususlarda basit çoğunlukla karar alabileceklerdir (AETA 81. md.). Böylece bu bölüm ile ilgili oylamada oybirliğinin terk edilmesi Enerji Topluluğu'nun karar alma mekanizmasının en azından kısmen de olsa kurumsal uluslararasılık mekanizmasına benzerliği iddialarını haklı çıkarmaktadır.⁶²

c. Üçüncü Başlık ile İlgili Alınacak Önlemler

Üçüncü bölüm ise üçüncü başlık ile ilgili alınacak önlemleri AETA 82. vd. maddelerinde düzenlemektedir. Bu bölüme göre, bir taraftan veya sekreterlikten gelen öneri üzere BK, DÜDH ve DK üçüncü başlık ile ilgili önlemleri alabilecektir. AETA 82. md. gereğince önlem alınabilmesi için 2/3 oy çoğunluğu gerekmektedir. Bu bölümde önlem alma önerisi Avrupa Komisyonu'ndan gelmemekte olsa da, 2/3 oy çoğunluğunun geçerli olabilmesi için Avrupa Birliği'nin oyunun da 2/3 çoğunluğun içinde bulunması gerekmektedir (AETA 82. md.).

d. Dördüncü Başlık ile İlgili Alınacak Önlemler

Dördüncü Başlık ile ilgili alınacak önlemler ise AETA 84. vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Üçüncü bölümde olduğu gibi dördüncü bölümde de BK, DÜDH ve DK bir öneri üzerine harekete geçebilmektedirler. Bu öneri ise bu bölümde sadece taraflardan gelebilmektedir. AETA 85. md. gereğince önlemler oybirliği ile alınabilmektedir.

Bu açıdan özet olarak şunu söylemek mümkündür. Enerji Topluluğu'na taraf olmak ile birlikte Enerji Topluluğu'nun kapsadığı konularda devletlerin kısmen egemenlik hakları açısından kayba uğramaları söz konusu olacaktır. Yukarıda açıklananlardan

62 Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 435.

anlaşıldığı üzere Enerji Topluluğu'na taraf olan devletin Enerji Topluluğu kurumları içerisinde etkin olabilme olasılığı sadece kısıtlı bir oranda mümkün olacaktır. Bu husus ileride incelenecektir.⁶³ EPSU olarak adı geçen bir sivil toplum kuruluşunun yayımlanmış olduğu bir raporda açık bir şekilde Enerji Topluluğu'nun demokrasi eksikliğinden söz edilip bu durum eleştirilmektedir.⁶⁴

B. Enerji Şartı Antlaşması

Enerji Şartı Antlaşması, Enerji Topluluğu Antlaşması'na kıyasen bir öncülük yapıdır. Bu tür antlaşmalar arasında, uluslararası enerji alanında birçok devlet için bağlayıcı olan ve dava edilebilir nitelikte hukuki bir düzenleme oluşturan tek metindir.⁶⁵ Enerji Topluluğu Antlaşması, çok taraflı bir uluslararası sözleşme olarak 1990'larda soğuk savaşın hemen ardından böyle bir imkân görüldüğünde Avrupa Birliği'nin inisiyatifi ile yapılmıştır.⁶⁶

O dönemin şartları ise şu şekilde idi: Batı Avrupa'nın enerji kaynaklarına ihtiyacı vardı. Bunun karşılığında eski Sovyet Cumhuriyetleri'nin ise kendi enerji kaynaklarını işletmek ve bunlardan faydalanabilmek için bu yönde yatırımlara ihtiyaçları vardı.⁶⁷ Böylece ilk başta bir belge ortaya çıkmıştır. Bu belge bir sözleşmeden daha çok ortak prensipleri ele alan bir deklarasyon olmuştur. Bu deklarasyon şu amaçları ortaya koymuştur: Batı Avrupa devletlerinin enerji arzını güven altına almak ve doğu devletlerine gereken sermaye ve teknolojiyi sağlamak.⁶⁸ Bununla birlikte Enerji Şartı süreci ile Doğu-Batı işbirliğine de bir siyasal ve hukuksal alt yapı kazandırmak hedeflenmiştir.

Böylece başlatılmış olan süreç 1992 yılından itibaren yapılan müzakerelerle Enerji Şartı Antlaşması'nın 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanmasına zemin hazırlamıştır. 1994 senesinde imzalanan Enerji Şartı Antlaşması ancak 16 Nisan 1998'de yürürlüğe girmiş ve her onaylayan devlet için bağlayıcı bir sözleşme haline gelmiştir. Günümüzde Enerji Şartı Antlaşması'na Avrupa Birliği dışında 51 devlet taraftır. Tüm Avrupa Birliği devletleri (Sırbistan ve Karadağ hariç) Enerji Şartı Antlaşması'nın taraflarıdır. Rusya, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan devletler, Japonya, Moğolistan ve Türkiye de taraf olmaktadır. Türkiye bu antlaşmayı 17 Aralık 1994'de imzalamış

63 Bkz. aşağıda s. 31,32, 39,40.

64 European Federation of Public Services Trade Unions (EPSU)'un "Energy Community for the Future" çerçevesinde hazırladığı rapor, s.3.

65 Zira Enerji Şartı Antlaşması'nda, taraf devletler, ülkelerinde enerji yatırımı yapan kişilere karşı bazı yükümlülükler üstlenmekte ve bu yükümlülüklerin ihlali durumunda yargı mercileri öntünde dava açma imkânı söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, Enerji Topluluğu Antlaşması'nda bu tür yükümlülükler mevcut değildir.

66 Temmuz 1990 yılında Avrupa Konseyi'nin bir toplantısında o zamanın Hollanda Başbakanı Luud Lubbers'den önerilmiştir.

67 Yulia Selivanova, 'The Energy Charter and the International Energy Governance' in Christoph Herrmann, Jörg Philipp Terhechte (eds) *European Yearbook of International Economic Law* (2012) 307 vd. .

68 İbid 307.

olmasına rağmen 13 Şubat 2001 tarihinde onaylamıştır.⁶⁹ 70 Enerji Şartı Antlaşması'nın 45. maddesine göre, Antlaşmayı imzalayan devletler Antlaşmanın kendileri bakımından geçici olarak uygulanmasını kabul edebilirler. Enerji Şartı Antlaşması benzeri olmayan bir ilk olarak ihtilafların halli mekanizması ile güvence altına alınmış birtakım bağlayıcı hukuk ("hard law") şeklinde haklar ve yükümlülükler içermektedir.⁷¹

Enerji Şartı Antlaşması'nı doğrudan Enerji Topluluğu Antlaşması ile kıyasladığımızda en önemli farklarından birisi olarak şunu söylemek ve öne çıkarmak gerekmektedir. Enerji Şartı Antlaşması, Enerji Topluluğu Antlaşması'na karşıt olarak, taraf olan devletlere enerji sektörlerinin yapılandırılmasına veya şirketlerin mülkiyet haklarına yönelik düzenlemeler öngörmemektedir. Taraf devletlerin enerji sektörlerinin yabancı yatırımcılara açılıp açılmayacağı yönünde bir şey emretmemektedir.⁷²

Enerji Şartı Antlaşması 18. md. gereğince enerji kaynakları üzerinde devletin egemenlik ilkesi geçerli kılınmıştır. Enerji Şartı Antlaşması'nın 18. md. 2. fıkrası gereğince, Enerji Şartı bazı hedefleri takip etmesine rağmen, enerji kaynaklarının araştırılmasında ve geliştirilmesinde ve kaynakların ticari amaçlı kazanımının teşviki veya enerji kaynaklarının mülkiyeti ile ilgili düzenlemelerde taraf devletlerin serbest olduğunu açıkça belirlemektedir. Böylece taraf devletler hangi enerji kaynaklarını ne ölçüde kullanıma açmak istediğine ve hangi enerji kaynaklarını özel olarak teşvik etmek veya kısıtlamak istediğine yönelik kararlarında serbest bırakılmaktadır.⁷³ Enerji Şartı Antlaşması, enerji sektörünün yapısının değiştirilmesine ve/veya özelleştirilmesine yönelik bir yükümlülük de içermemektedir.⁷⁴ Mevcut devlet yapılarının özelleştirilmesine yönelik karar sadece ilgili devlet tarafından verilebilmektedir. Ancak böylesine bir özelleştirme kararı Enerji Şartı Antlaşması'na taraf olan bir devlet tarafından verilmişse, Enerji Şartı Antlaşması devreye girecektir.⁷⁵

Bu fark ise kanaatimizce Enerji Topluluğu Antlaşması ve Enerji Şartı Antlaşması arasındaki en önemli fark ve aynı zamanda Türkiye'nin bunlardan birine taraf olup diğerine olmayışının temel sebeplerinden birisidir.

69 4 Haziran 2001'de (PEEREA dâhil – PEEREA da 17 Aralık 1994 imzalanıp 13 Şubat 2001 tarihinde onaylanmış) yürürlüğe girmiştir bkz. RG. 12.07.2000-24107(mükerrer).

70 Güncel üye sayısı Enerji Şartı'nın web sitesinden takip edilebilir. Bkz. <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/>

71 Craig Bamberger, Jan Linehan and Thomas Wälde, 'The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase' [2000] 18(4) *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 331-352.

72 Selivanova (n 68) 309.

73 Wolfgang Dannner, Christian Theobald, *Energierecht, Kommentar Band I* (78. Ergänzungslieferung – Annex: Vertrag über die Energiecharta, (2013) Rn. 9.

74 İbid Rn. 9.

75 İbid Rn. 9.

C. Avrupa Birliği'ne Üyelik Süreci'nin bir Entegrasyon Aracı Olma Olasılığı

Yukarıda değinildiği gibi, günümüzde Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin Avrupa Birliği mevzuatının ortak olacak devletlere aktarılmasında hala Avrupa Birliği'nin bu açıdan en önemli aracı olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁶

Avrupa Birliği'ne üye olmak isteyen devlet tarafından, 35 başlığa ayrılmış olan politika alanlarına ilişkin mevzuatın uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir. Enerji politikası 15'inci Başlık altında yer almaktadır. Avrupa Birliği'ne katılım müzakeresi ile ilgili öne çıkarılması gereken husus ise, uygulanması gereken Avrupa Birliği mevzuatının içeriğinin Avrupa Birliği ile üyelik aday devlet arasında müzakereye açık olmamasıdır. Fakat mevzuatın nasıl ve hangi zaman aralığında uygulanacağı müzakerelere açık olmaktadır. Avrupa Birliği bu açıdan aday devletlerden alınacak önlemler konusunda uygulama veya yürürlüğe geçirme zamanı ile ilgili garanti almakla yetinebilmektedir. Belirli düzenlemelerin adım adım yürürlüğe geçirilebilmesi de müzakereye açıktır. Böylece Avrupa Birliği'ne üyelik süreci içerisinde aday veya üye olmuş devlete Avrupa Birliği mevzuatına uyum konusunda daha çok zaman tanınabilmektedir.⁷⁷

Avrupa Birliği üyeliğinin Enerji Topluluğu ile bağlantısına ve bunun önemine aşağıda değinilecektir.⁷⁸

D. Türkiye'nin Avrupa Birliği Enerji Mevzuatına Uyum Aşaması

Son olarak, Avrupa Komisyonu'nun yayımladığı beyanlarına ve ilerleme raporlarına göre Türkiye'nin enerji politikası alanındaki Avrupa Birliği mevzuatı ile ilgili hangi uyum aşamasında bulunduğu diğer değerlendirmelerden önce incelenmesi faydalı olacaktır. Bu konuda daha ayrıntılı ve detaylı bilgi alabilmek için 27.11.2015 tarihinde Enerji Topluluğu web sitesinde yayımlanmış olan Türkiye Raporuna bakınız.⁷⁹

Avrupa Komisyonu, 1990'li yılların sonlarında, Türkiye'nin enerji politikasındaki hedefleri ile Avrupa Birliği'nin enerji politikası hedeflerinin benzerlik gösterdiğini ve böylece aralarında büyük oranda bir uyum bulunduğunu ifade etmiştir⁸⁰. Fakat 1999 yılında, Türkiye'nin hedeflerinin altını çizmiş olmasına rağmen, Avrupa Komisyonu 2000 senesinde daha henüz bir gelişme kaydedemediğini vurgulamıştır.

76 Müller-Kränner (n 34) 2.

77 Avrupa Komisyonu'nun internet sitesinde AB'ye üyelik şartları ile ilgili bilgiler açıklanmaktadır. Bkz. <http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index_en.htm>. (E.T. 06.12.2018)

78 bkz. aşağıda s. 29

79 27 Kasım 2015 tarihinde Enerji Topluluğu resmi internet sitesinde Sekreterlik tarafınca yayımlanmış rapor: ENERGY GOVERNANCE IN TURKEY – Report on Compliance with the Energy Community Acquis. Bkz. <www.energy-community.org> (E.T. 29.11.2015).

80 Enerji arz güvenliğini daha çok güven altına alabilmek için çeşitlendirme, serbest pazar ilkelerini gerçekleştirme, çevre ve verimlilik standartları ilkelerine uyulması veya böyle ilkelerin uygulamaya geçirilmesi.

Türkiye'nin enerji sektöründeki temel değişiklikler ancak 2001 yılında elektrik ve gaz pazarını konu alan iki yeni yasayla başlamıştır.⁸¹ Bu yasalar Avrupa Birliği tarafından Türkiye'nin enerji iç pazarına yönelik hazırlık açısından yapmış olduğu ilk önemli adım olarak nitelendirilmektedir.⁸²

2004 yılında Avrupa Komisyonu, 2003 yılında özellikle rekabet ve enerji iç pazarı alanında kaydedilmiş olan gelişmelere rağmen,⁸³ Avrupa Birliği enerji müktesebatına uyum konusunda genel anlamda gelişme seviyesinin çok düşük olduğuna ve Türkiye'nin enerji politikasındaki ilerlemelerin çeşitli alanlar arasında çok farklı hızla gelişmekte olduğuna vurgu yapmıştır.⁸⁴ Avrupa Birliği enerji müktesebatının öngördüğü hükümlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi ve kontrol edilebilmesi açısından, Türkiye tarafından enerji sektörünün her alanının Avrupa Birliği enerji müktesebatı ile uyumlaştırılmasına yönelik çaba gösterilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

2005 yılında genel anlamda Türkiye'deki yasaların Avrupa Birliği enerji müktesebatı ile etkin bir şekilde uyumlu hale getirilmemesi yönünde şikâyette bulunulmuştur.⁸⁵

2006 yılında ise tekrar Türkiye'nin enerji sektöründe Avrupa Birliği enerji müktesebatına uyumun çok farklı seviyelerde olduğu kaydedilmiştir.⁸⁶

Ancak 2011 yılında ve böylece tam 10 yıl sonra, Türkiye hakkında Avrupa Birliği tarafından elektrik pazarı ve yenilenebilir enerji alanında iyi gelişmeler tasdik edilmiştir.⁸⁷

81 AB elektrik ve doğal gaz direktiflerine paralel olarak hazırlanmış olan 4628 sayılı "Elektrik Piyasası Kanunu" ve 4646 sayılı "Doğal Gaz Piyasası Kanunu" 2001 yılında yürürlüğe girmişlerdir.

82 Die Erweiterung erfolgreich gestalten - Strategiepapier und Bericht der Europäischen Kommission über die Fortschritte jedes Bewerberlandes auf dem Weg zum Beitritt KOM (2001) 700 - [SEK (2001) 1744 bis 1756] - Dokument 52001DC0700 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0700&from=DE>> (E.T. 06.12.2018)

83 DIE ERWEITERUNG FORTSETZEN - Strategiepapier und Bericht der Europäischen Kommission über die Fortschritte Bulgariens, Rumäniens und der Türkei auf dem Weg zum Beitritt - KOM(2003) 676 endgültig - [SEC(2003) 1210, 1211, 1212] <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0676:FIN:DE:PDF>> (E.T. 06.12.2018)

84 MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DEN RAT UND DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT - Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Fortschritten der Türkei auf dem Weg zum Beitritt - Brüssel, den 6.10.2004, KOM(2004) 656 endgültig - <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0656:FIN:DE:PDF>> (E.T. 06.12.2018)

85 MITTEILUNG DER KOMMISSION - Strategiepapier 2005 zur Erweiterung - Brüssel, den 9.11.2005 KOM(2005) 561 endgültig <https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_5_genisleme_stratejisi_belgeleri/2005_genisleme_stratejisi_belgesi_de.pdf> (E.T. 06.12.2018)

86 MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT - Erweiterungsstrategie und wichtigste Herausforderungen für den Zeitraum 2006 - 2007 mit Sonderbericht über die Fähigkeit der EU zur Integration neuer Mitglieder - Brüssel, den 8.11.2006, KOM(2006)649 endgültig - <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2006/DE/1-2006-649-DE-F1-1.Pdf>> (E.T. 06.12.2018)

87 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL - Enlargement Strategy and Main Challenges 2011-2012 - Brussels, 12.10.2011, COM(2011) 666 final <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0666:FIN:EN:PDF>> (E.T. 06.12.2018); daha detaylı bir şekilde ve tüm ayrıntılarıyla 27 Kasım 2015 tarihinde Enerji Topluluğu resmi internet sitesinde Sekreterlik tarafınca yayımlanmış olan rapordan uyum seviyesi izlenebilmektedir: ENERGY GOVERNANCE IN TURKEY – Report on Compliance with the Energy Community Acquis. Bkz. <www.energy-community.org> (E.T. 06.12.2018)

2012 yılında yayımlanmış olan raporunda⁸⁸ olduğu gibi 2013 yılı raporunda da EPDK'nin dağıtım şirketlerine yönelik denetim ve gözetim yükümlülüğünün Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na devredilmesi ve bu durumun Avrupa Birliği'nin enerji mevzuatının bağımsız denetim öngören ilkelerine aykırı olmasından dolayı Türkiye Avrupa tarafından eleştiriyeye uğramıştır.⁸⁹

2012 yılı raporunda BOTAŞ'ın tekel statüsü de eleştiriyeye uğradıktan sonra,⁹⁰ T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 2013 yılında Gaz Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapılmasına yönelik bir taslak hazırlayacağını karara bağlamıştır.⁹¹ Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda değişiklik öngören taslak T.C. Bakanlar Kurulu'nun onayı ile 4 Ağustos 2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmiştir.

2012 ve 2013 yıllarının raporlarında gaz transit rejimine yönelik herhangi bir gelişmenin kaydedilmediği öne sürülmüştür.⁹² Özel sektörün gaz ithalatındaki payının sadece % 25 olması ve BOTAŞ'ın mevcut lisanslarının EPDK tarafından Temmuz 2013'de on yıl daha uzatılmasının altı çizilmiştir.

Raporlarda özellikle elektrik pazarında, elektrik şebekelerinde ve yenilenebilir enerji ve enerji verimliliği konularında gelişmelerin gözetilebildiği öne sürülmüştür, ancak gaz pazarı ile ilgili ve diğer alanlarda büyük gelişmeler olmadığı öne sürülmektedir. Bu yüzden 2013 senesinin raporunda sadece kısmi bir gelişmeden söz edilmektedir.⁹³

III. Enerji Topluluğu Antlaşması'na Yönelik Eleştiriler

Yukarıda açıklanmış olan temelde, Türkiye'nin Enerji Topluluğu Antlaşması'na neden taraf olmadığı ele alınacaktır ve bu anlamda son olarak Avrupa Birliği'ne katılım perspektifinin bu açıdan ne kadar ve hangi derecede rol oynadığının da açıklanması gerekecektir.

88 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - TURKEY 2012 PROGRESS REPORT - Brussels, 10.10.2012, SWD(2012) 336 final, Sayfa 11. - "...The increased ministerial powers introduced in August 2011 over the independent regulatory authorities remained, and in at least one instance – in relation to the Energy Directive – run counter EU legislation...". <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2012/package/tr_rapport_2012_en.pdf> (E.T. 06.12.2018)

89 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL - Enlargement Strategy and Main Challenges 2013 - 2014 - Brussels, 16.10.2013 - COM(2013) 700 final; <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf> (E.T. 06.12.2018)

90 TURKEY 2012 PROGRESS REPORT, Sayfa 62 –“Some progress can be reported in the energy sector, especially as regards renewable energy and energy efficiency. Further efforts are needed in the areas of natural gas, nuclear safety, and radiation protection, including responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste. Competition remains limited in the gas sector. The functioning on the cost-based pricing mechanism in the electricity market needs to be improved whereas it remains to be established in the gas markets. The independence and the institutional capacity of the regulatory authority needs strengthening. Overall, in the area of energy, Turkey is at a moderately advanced stage of alignment. ...”. Bkz. Yuk. dn. 88.

91 Türkiye 2013 İlerleme Raporu. Bkz. Yuk. dn. 90.

92 Ibid.

93 Ibid 36. “Good progress has been made in the area of energy. Liberalisation of the electricity sector and the level of alignment with the Electricity Directive are advanced. However, a functioning competitive market and progress in legislative alignment in the natural gas sector are still lacking. Progress in the renewable energy sector needs to be speeded up, namely through streamlined administrative procedures. Further efforts are needed in the areas of energy efficiency and nuclear energy, in particular on alignment with relevant EU Directives. Overall, Turkey is at a rather advanced level of alignment in the field of energy”.

A. Avrupa Birliği'ne Üyelik Perspektifinin Enerji Topluluğu Antlaşması'na Taraf Olma Yönündeki Teşvik Edici Gücü

Avrupa Birliği açısından en başından beri Merkez ve Doğu Avrupa'da yapılması gereken reformlarda Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi çok büyük oranda teşvik edici rol oynamaktadır ve böylece Avrupa Birliği ile yapılacak olan ortaklıkların şekillendirilmesinde ve yapılandırılmasında Avrupa Birliği'nin güçlü ve etkin bir pozisyonda olabilmesi sağlanmaktadır.⁹⁴ Güneydoğu Avrupa'da, Avrupa Komisyonu bu en başarılı olan -karşı tarafla Avrupa Birliği üyelik perspektifi içinde müzakerelere girmek veya bir antlaşma teklif etmek- şeklindeki stratejisine bölgesel bir boyut ekleyerek⁹⁵ bu stratejisini sürdürmeye devam etmiş ve Enerji Topluluğu'nun kuruluşunu başarmıştır.

Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi, Enerji Topluluğu'na taraf olacak devletlerin Avrupa Birliği lehine daha çok ödün vermesine neden olmaktadır. Böylece Antlaşma'daki taraflar, Avrupa Birliği müktesebatını daha kısa bir süre içerisinde ve bağlayıcı şekilde uygulamaya yönelik olarak ikna edilebilmiştir.⁹⁶ Önemli kılınan enerji sektöründe Avrupa Birliği müktesebatının hızlı bir şekilde gerçekleşen uyumlaştırılmasının diğer alanlara da sıçrama ("spill-over-effects") olasılığının yükselmesi sayesinde, Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin de daha hızlı bir şekilde gerçekleşebileceği umut edilmiştir.⁹⁷

Böylece Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi, kurumsal olarak daha çok Avrupa Birliği lehine dizayn edilmiş ve açık bir şekilde ilgili Avrupa Birliği müktesebatını Avrupa Birliği'ne komşu olan devletlere ihraç etmeyi hedefleyen bir antlaşmanın kabul edilmesiyle ilgili çok büyük bir rol oynamaktadır.⁹⁸ Uygulanması gereken mevzuat zaten önceden belirlenmiştir ve tarafların mevzuata yönelik etkili bir şekilde değişiklik yapabileme olasılıkları çok düşüktür. Gelecekte Avrupa Birliği'ne katılacak olan devletler açısından bu konu sorun yaratmayabilir, çünkü Avrupa Birliği üyelik sürecinde ön şart olarak zaten bütün Avrupa Birliği müktesebatının uygulanması gerekmektedir ve böylece Enerji Topluluğu Antlaşması içinde bulunan enerji ve diğer alanlardaki Avrupa Birliği müktesebatının da süreç içerisinde uygulanması gerekecektir.

Bu açıdan Türkiye'nin durumu farklıdır, farklı değerlendirilmelidir ve Enerji Topluluğu'na taraf olan diğer Güney Doğu Avrupa devletleriyle kıyaslanamamalıdır.

94 Örneğin bkz. Milada Anna Vachudova, *Europe Undivided: Democracy, Leverage and Integration After Communism* (Oxford University Press 2005) 259; Frank Schimmelpfennig, Ulrich Sedelmeier, 'Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe' [2004] 11(4) *Journal of European Public Policy*, 661-679; Helen Wallace, 'EU Enlargement: A Neglected Subject' Maria Green Cowles, Michael Smith (eds) in *The State of the European Union*, Vol. 5: Risks, Reform, Resistance, and Revival (Oxford 2000) 150-163

95 Renner (n 35) 10.

96 Alan Riley, *Deploying the Energy Incentive: Reinforcing EU Integration in South-East Europe* (CEPS Policy Briefs, No. 296, 2013) 5.

97 Ibid 4.

98 Giselle Bosse, 'The EU's Geopolitical Vision of a European Energy Space: When "Gulliver" meets "White Elephants" and Verd's Babylonian King' [2011] 16(3) *Geopolitics* 512, 517; *Europäische Kommission*, Größeres Europa – Nachbarschaft: Ein neuer Rahmen für die Beziehungen der EU zu ihren östlichen und südlichen Nachbarn, Brüssel 11.03.2003 KOM(2003) 104 endgültig, s. 10; aynen yukarıda olduğu gibi bir de bkz. Nowak, *The Energy Community of South East Europe* (n 40) 438; aynı şekilde Renner (n 35) 12.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma perspektifi, sadece son dönemlerde yaşananlar açısından değil, genel anlamda uzun zamandır bir belirsizlik içerisindeydi.

Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu'na taraf olmasının gerek Avrupa Birliği ve gerekse Türkiye için bir kazan-kazan durumu olup olmadığı, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma olasılığının bulunup bulunmaması açısından da değerlendirilmelidir.

B. Türkiye Tarafından Enerji Topluluğu'na Yönelik Eleştiriler ve Taraf Olmama Sebebi

Antlaşma'nın Türkiye tarafından imzalanmamasının sebeplerinden birisi olarak, ilk başta ilgili Avrupa Birliği müktesebatının bazılarının (enerji, çevre, rekabet ve yenilenebilir enerji) Antlaşma'da öngörüldüğü üzere çok kısa bir süre içinde akit taraflarca uygulamaya geçirilme zorunluluğu gösterilmiştir. Buna örnek olarak, çevre ile ilgili AB müktesebatının birçoğunun Antlaşma'nın onaylanmasından hemen sonra yürürlüğe girmesine veya enerji ile ilgili müktesebatın 1 yıllık süre içinde uygulanmaya geçirilmesine yönelik koşullar gösterilmiştir.⁹⁹

Ardından daha önemli bir husus olarak Enerji Topluluğu'nun karar alma mekanizmalarına değinilmiştir. AETA 79 vd. md. gereğince, ikinci başlık ile ilgili alınacak önlemlerin sadece Avrupa Komisyonu'ndan gelecek öneriler üzerine alınabilmesine ve örneğin Türkiye'nin - aynı diğer taraflar gibi - Antlaşma'ya taraf olması halinde böyle bir öneri hakkına sahip olamamasına ve ayrıca Avrupa Komisyonu'ndan gelecek bu önerilerin tarafların oylarının basit çoğunluğu ile karara bağlanabilmesine yönelik eleştiride bulunulmuştur.¹⁰⁰

Üçüncü Başlık'da yer alan, enerji şebeke pazarının işletme mekanizması ile ilgili alınacak önlemlere değinilerek, AETA 82 vd. maddelerde öngörülen mekanizma eleştirilmiştir. Bu başlık altında alınacak önlemlerde tarafların öneri hakları bulunmasına rağmen, önlemlerin verilen oyların 2/3 çoğunluğu ile alınabilmesi ve verilen oylar içinde Avrupa Birliği'nin de oyunun bulunması şartı eleştirilmiştir.¹⁰¹

Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu'na üyeliği konusunda, AETA'nın 83. maddesinin değiştirilmesi veya Antlaşma'dan çıkarılması halinde Antlaşma'nın imzalanabileceği ifade edilmiştir. Burada 83. maddenin değiştirilmesinden kasıt, kararların basit çoğunlukla alınabilmesi, fakat bu basit çoğunluğun içinde Avrupa Birliği'nin oyunun bulunmamasıdır. Bir başka ifadeyle, Avrupa Birliği'nin oy hakkının bulunmadığı bir basit çoğunluk kast edilmiştir.¹⁰²

99 Sami Demirebilek, Avrupa Enerji Güvenliği Bağlamında Türkiye'nin Konumu in *Enerji Platformu 2010 – Avrupa'nın Enerji Güvenliğinde Türkiye'nin Rolü* (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2011) 27 vd., 33; ve bkz. Md. 10 AETA "Her akit taraf enerji alanındaki AB müktesebatına yönelik önlemleri EK 1'de yer almış boyutta ve zaman çizelgesi içerisinde uygulamalıdır".

100 İbid.

101 İbid.

102 İbid.

2007 yılında Brüksel’de gerçekleşen ve Avrupa Komisyonu Başkanı José Manuel Barroso’nun¹⁰³ ve Avrupa Birliği Dış ve Emniyet Politikasından sorumlu yüksek Temsilci Javier Solana’nın¹⁰⁴ da katıldığı AB-Enerji Konferansı’nda¹⁰⁵ Türkiye tarafınca Avrupa Birliği üyeliğinin öngörülebilir ve tahmin edilebilir olmasının Türkiye açısından çok önemli olduğuna vurgu yapılmış ve sadece AB üyelik süreci Türkiye açısından öngörülebilir olursa Türkiye’nin kendisini Avrupa Birliği’nin enerji arz güvenliği içerisinde görebileceği söylenmiştir. Fakat Türkiye Avrupa Birliği’ne üye olamayacaksa ve bu anlamda Avrupa Birliği’nin arz güvenliği içinde öngörülmeyecekse, Türkiye’nin buna göre davranması gerekeceği ifade edilmiş ve o halde Türkiye gibi transit devletlerin kendi arz güvenliklerini nasıl sağlayacaklar sorusu ortaya konulmuştur.¹⁰⁶

Türkiye’nin, Enerji Topluluğu’na yönelik bakış açısını ortaya koyan yukarıdaki düşünceler, farklı zamanlarda farklı kişiler tarafından destek bulmuştur.

Bu yöndeki görüşlerden biri şöyledir: *“Türkiye tam üye olmak ve o mevzuatın karar merciinde olmak istiyor. Enerji Topluluğu’nun kararları bağlayıcı hükümlerdir, bundan dolayı da Türkiye gözlemci statüsünü korumak istiyor”*.¹⁰⁷

Böylece Enerji Topluluğu’nun kuruluş zamanından beri Türkiye açısından en önemli olan konular dile getirilmiştir. Günümüzde bu hususların Türkiye açısından hala aynı önemi taşıdığıнын söylenmesi mümkündür.

C. Türkiye’nin Enerji Topluluğu’na Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi

Eğer Türkiye, Enerji Topluluğu Antlaşması’na yukarıda değinmiş olduğumuz mevcut içeriği değişmeden taraf olursa, Türkiye enerji alanında ciddi bir oranda egemenlik haklarının kısıtlanmasına müsaade etmiş olacaktır. Türkiye, uygulanacak olan Avrupa Birliği müktesebatının oluşmasında veya gelişmesinde karar merciinde bulunmayacaktır ve böylece mevzuatın gerek tasarımı gerekse uygulanması aşamalarında kendisini yeterince temsil edemeyecektir. Enerji Topluluğu’nun karar alma mekanizmaları içinde de tatmin edici bir şekilde etkili olabilme hakkına sahip olamayacağı gibi, kısa süreler içinde ilgili AB müktesebatını uygulamak zorunda kalacaktır.

Türkiye jeostratejik konumu nedeniyle Avrupa Birliği açısından önemli bir rol oynamaktadır. Ancak bu durum Türkiye’nin lehine olabilecek bir şekilde Enerji Topluluğu Antlaşması’na yeterince yansımamaktadır. Enerji Topluluğu Antlaşması’nın

103 AB Komisyonu Başkanı José Manuel Barroso’nun 20/21 Kasım 2006’da gerçekleşen AB-Enerji Konferansı’nda yaptığı açılış konuşması – SPEECH/06/711.

104 AB Dış ve Emniyet Politikasından sorumlu Yüksek Temsilci Javier Solana’nın yukarıdaki AB-Enerji Konferansında yaptığı konuşma – S324/06.

105 EU-Energy Conference, Brüksel, 20./21. Kasım 2006 – “Towards an EU External Energy Policy”.

106 Demirbilek (n 101) 27 vd.

107 Dicle Korkmaz-Temel, ‘AB Türkiye’nin yakınındaki doğal gaz kaynaklarına ulaşmak istiyor’ <<http://enerjienstitusu.com/2012/05/09/abnin-enerji-temini-acisindan-turkiye-ihiyaci-azaliyor-mu/>> (E.T. 29.11.2015).

Avrupa Birliği lehine ve arz güvenliğine yönelik bir antlaşma olduğu görülmektedir. Türkiye henüz Avrupa Birliği üyesi olmadığından ve olabileceği çok belirsiz, hatta düşük olduğundan Enerji Topluluğu Antlaşması Türkiye tarafından kabul edilebilir bir durumda bulunmamaktadır.

Enerji Topluluğu Antlaşması'nın mevcut düzenlemesi sadece Türkiye tarafından eleştirilmemektedir. Avrupa Birliği'nin tek taraflı bir enerji politikası izlediğine - ve böylece Avrupa Birliği'nin enerji dış politikasının bir parçası olarak Enerji Topluluğu Antlaşması'na da yönelik - eleştiriler birçok taraftan, Türkiye dışından da, dile getirilmektedir. Bunların arasında ağır eleştiriler de bulunmaktadır. Avrupa Birliği böyle bir enerji dış politikası izlemekle - yani komşu devletlerle olan ilişkilerini Avrupa Birliği müktesebatının uygulanması şartına bağlayarak dizayn etmekle - meşruiyetini, yeteneğini dahi sorgulayan dereceye varan eleştirilere uğramaktadır.¹⁰⁸ Avrupa Birliği'nin, komşu devletleri enerji pazarlarını liberalleştirmeye zorlaması ve böylece Avrupa Birliği Enerji Pazarına entegre etme çabası içinde bulunması "Neo-sömürgecilik" ("*Neo-Colonialism*") olarak da adlandırılmaktadır.¹⁰⁹

Bu tablo karşısında ve her iki antlaşmanın ne kadar etki yarattığını veya yaratabildiğini göz önünde bulundurduktan sonra, Türkiye açısından Enerji Şartı Antlaşması'nın onaylanmış olmasına rağmen, Enerji Topluluğu Antlaşması'nın onaylanmamış olmasının sebebi daha anlaşılır hale gelmiş olmaktadır. Enerji Topluluğu Antlaşması bir adım daha ileriye giden, sıkı bir beraberlik içeren (enerji iç pazarı) ve Enerji Şartı Antlaşması ile kıyaslandığında taraf devletlerin elinden egemenlik haklarını daha çok alan bir antlaşmadır. Avrupa Birliği Enerji Topluluğu Antlaşması, Avrupa Birliği'nin dâhil olduğu birlikleri ve ortaklıkları, bölgesel açıdan sınırlı biçimde çok taraflı hale getirmiş olan bir antlaşmadır. Bu yüzden bölgesel biçiminden ve yapısından dolayı haklı olarak geçmişteki Avrupa Kömür ve Demir Topluluğu ile kıyaslanmaktadır.¹¹⁰

Toparlayarak ifade edilirse, Enerji Topluluğu Antlaşması'nın ana hedefi şöyle belirlenebilmektedir. Arz güvenliğini oluşturma, iklim ve çevre koruma gibi yan hedeflerin yanında ana hedef, mevcut Avrupa Birliği topraklarının sınırını aşan bir genişletilmiş elektrik ve gaz iç pazarı oluşturmaktır.¹¹¹ Fakat yukarıda bahsettiğimiz gibi, bu iç pazarın kurallarını belirlemekte Avrupa Birliği üyesi olmayan devletler Enerji Topluluğu'nun içinde çok etkili olamayacaklardır.¹¹² Bu da Avrupa Birliği'ne üye olmayacak devletler açısından çok sakıncalı bir durumdur.

108 Hiski Haukkala, 'Why the EU must Enlarge, Engage and Consolidate' (2007) European Voice <<https://www.politico.eu/article/why-the-eu-must-enlarge-engage-and-consolidate/>> (E.T. 06.12.2018); Judith Kelley, 'New Wine in Old Wineskins: Promoting Political Reforms through the New European Neighbourhood Policy' [2006] 44(1) Journal of Common Market Studies 29, 55.

109 Bosse (n 100) 517.

110 Nowak, *Multilaterale und bilaterale Elemente der EU-Assoziations* (n 11) 767.

111 Ibid 767.

112 Avrupa Birliği üyesi devletler Avrupa Birliği kurumları üzerinden ve oradaki ağırlıklarından dolayı mevzuat ve mevzuatın gelişmesi ile ilgili yeterince etkili olma imkânına sahiptirler.

Enerji Topluluğu Antlaşması'nın mevcut hali ve Avrupa Birliği'ne üyelik olasılığın çok muğlak olması, en azından hiç öngörülebilir olmaması, Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na neden sıcak yaklaşmadığını makul göstermektedir. Eğer herhangi bir Avrupa devleti Türkiye gibi avantajlı bir jeostratejik konuma sahip olsaydı, aynı şartlar altında Türkiye'nin günümüze kadar sergilemiş olduğu tutumu izlemiş olurdu, bu konumundan ekonomik rant sağlamaya çalışırdı ve şartlar değişmediği sürece avantajlı konumunu terk etmezdi. Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi Avrupa Birliği'nin üyeleri geçmişten bugüne kadar enerji politikası alanında ulusal menfaatlerine göre hareket etmişlerdir. Ancak ortak menfaatleri gördükleri zaman birlikte hareket etmeyi başarabilmişlerdir.

Kanaatimizce Türkiye günümüzde takip ettiği enerji politikasını, eğer Avrupa Birliği üyeliği - uzun bir süre sonra olsa da - kesin öngörülebilir olsaydı daha farklı değerlendiriyor olacaktı. Türkiye'nin kendi tanımına göre "Enerji Üssü"¹¹³ olma isteği ve bu durumdan ekonomik beklentileri olması, Avrupa Birliği üyeliğinden doğacak ekonomik avantajlarla karşılaştırıldığında kanaatimizce değer kaybına uğramış olacaktı. Bu açıdan Avrupa Birliği'nin enerji alanındaki müktesebatının daha hızlı ve tatmin edici şekilde uygulanıyor ve uyumlaştırılıyor olma olasılığı da artmış olacaktı. Kısa veya orta vadede Avrupa Birliği'nin arz güvenliği içinde yer alma imkânı ile Türkiye'nin kendi arz güvenliğini çeşitli politikalarla güven altına alma ihtiyacı da muhtemelen değer kaybedecekti.

D. Üst Düzey Düşünme Grubu'nun Çalışması

Enerji Topluluğu Antlaşması'nın güncel düzenlenmesi ile ilgili genel memnuniyetsizlik Avrupa Birliği tarafından bilinmektedir ve ciddiye alınmaktadır. Böylece Enerji Topluluğu'nun Bakanlar Kurulu 2013 yılının sonunda Enerji Topluluğu'nun geleceği ile ilgilenecek bir Üst Düzey Düşünme Grubu ("*High Level Reflection Group*") oluşturup görevlendirmiştir.¹¹⁴ ÜDDG görevine başlamıştır, Enerji Topluluğu'nun geleceği ile ilgili kapsamlı çalışmalar yapmıştır ve raporlar hazırlayıp yayımlamıştır. Öngörülebilirlik açısından ve Enerji Topluluğu'nun gelecekte farklı bir iç yapıya sahip olup olmayacağını daha iyi tahmin edebilmek açısından ÜDDG'nin çalışmasını ve günümüze kadar elde ettiği sonuçları ve yaptığı açıklamaları değerlendirmek de faydalı olacaktır.

ÜDDG'nin Başkanı olarak eski Avrupa Parlamento Başkanı Jerzy Buzek atanmıştır. ÜDDG, Enerji Topluluğu'nun son yıllardaki gelişmesini ve artmış olan üye sayısını dikkate alarak, Enerji Topluluğu'nun kurumsal yapısının ve çalışma metodlarının Enerji Topluluğu hedeflerine ulaşabilmesi için hala uygun bir düzenlemeye sahip olup olmadığını bağımsız bir şekilde araştırmak ile görevlendirilmiştir. Böy-

¹¹³ Bkz. I.A.2 "Türkiye'nin Kendi Rol Anlayışı" s. 11.

¹¹⁴ Enerji Topluluğu'nun 24 Ekim 2013 tarihindeki 11. toplantısında, alınmıştır. Bkz. Procedural Act of the Ministerial Council of the Energy Community - PA/2013/04/MC-EnC: On setting up a High Level Reflection Group on the functioning of the Treaty <https://energy-community.org/dam/jcr:eb9fc0d-4199-472e-83ac-4e9fc2d991b6/PA_2013_04_MC_HLRG.pdf> (E.T. 02.12.2018)

lece Temmuz 2014'e kadar hazırlanacak rapor 11 Temmuz 2014 tarihinde Bakanlar Kurulu toplantısında sunulmuştur.¹¹⁵ 18 Temmuz 2014 tarihinde Daimi Üst Düzey Heyeti, ÜDDG tarafınca yapılmış önerilerin gerçekleştirilebilmesine yönelik süreci ve takvimi belirlemiştir.¹¹⁶

ÜDDG-Raporu'nu kısa bir şekilde özetleyecek olursak şunları söylemek gerekecektir: ÜDDG-Raporu'nda ana sorun olarak Avrupa Birliği'nin müktesebatının tatmin edici bir şekilde uygulanmaması ifade edilmektedir.

Enerji Topluluğu'na akit taraf olarak katılan devletlerin enerji pazarlarının henüz açılmamış olması, yani devletlerin, enerji pazarı ile ilgili gereken reformları yapmadıkları tespit edilmektedir. Bu durum ise yatırımcı açısından güven ortamının oluşmamasına ve gereken yatırımların yapılmamasına sebep olmaktadır.¹¹⁷

Bu açıdan ÜDDG-Raporunda Enerji Topluluğu'nun düzenlemelerinin ve kurumlarının daha etkin olmalarının gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Ancak bu sadece mevzuatın daha etkili uygulanabilmesi açısından değil, devletlerin her zaman değişebilen ulusal ve bölgesel çeşitlilikleri ile de daha iyi ilgilenebilmek için ifade edilmektedir.¹¹⁸

Dikkat çekici olan şudur: ÜDDG-Raporunda Avrupa Birliği mevzuatının taraf devletlere ihraç edilmesinin, Avrupa'da olan neticelerin aynen elde edilebilmesi anlamına gelmediğine de vurgu yapılmaktadır. Otonom bir organizasyon olarak Avrupa Enerji Topluluğu'nun kendisine özgü ve Avrupa Birliği müktesebatını da içine alabilecek ("incorporation") bir temel mevzuata sahip olması gerektiğine de vurgu yapılmaktadır.¹¹⁹

Genel olarak ÜDDG-Raporu, Enerji Topluluğu'nun yüksek hedeflerinin gerçekleştirilmesi, Enerji Topluluğu'nun hukuki ve kurumsal yapısına ve işleyişine yönelik düzenlenmelerinin yenilenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹²⁰

Yaptığı tespitlerden sonra ÜDDG-Raporu Enerji Topluluğu'nun düzenlemesinde hangi değişiklikler yapılması gerektiğine yönelik önerilerde bulunmaktadır.

Öneriler dört bölüme ayrılmaktadır: Hukuki açıdan önerilen değişiklikler ("Our Rules"), yatırımlar açısından önerilen değişiklikler ("Citizens' Benefit"), coğrafi uygulama alanı açısından ("Our family") ve kurumlar açısından ("Our House") önerilen değişiklikler.¹²¹

115 "An Energy Community for the Future" adını taşıyan rapor Enerji Topluluğu'nun web sitesinden indirilebilmektedir <www.energy-community.org/pls/portal/docs/3178024.PDF> (E.T. 29.11.2015)

116 Daimi Üst Düzey Heyeti 18 Temmuz 2014 tarihinde gerçekleşmiş 33. toplantısının sonuçları için bkz. <www.energy-community.org/pls/portal/docs/3202036.PDF> (E.T. 29.11.2015).

117 "An Energy Community for the Future" - Üst Düzey Düşünme Grubunun Raporu, s. 4.

118 İbid 4 vd.

119 İbid 10.

120 İbid 10.

121 İbid 9.

ÜDDG-Raporu bu bölümler altında önerdiği değişiklikleri birinci, ikinci ve üçüncü derece öneriler olarak derecelendirmektedir.¹²² Bu anlamda birinci derece öneriler (“Level-I”) – Enerji Topluluğu Antlaşması’nın değiştirilmesini gerektirmeyen ve mevcut düzenleme çerçevesinde yapılabilecek öneriler; İkinci derece öneriler (Level-II) Enerji Topluluğu’nun Bakanlar Kurulu’nun basit çoğunluğunu gerektiren öneriler; Üçüncü derece öneriler (Level III) ise – Enerji Topluluğu Antlaşması’nın değiştirilmesini gerektiren önerilerdir.

E. Türkiye’nin Avrupa Enerji Topluluğu Antlaşması’na Taraf Olma İhtimalinin Değerlendirilmesi

Çalışmanın girişinde sorduğumuz soruları hatırlayarak ve göz önünde bulundurarak değerlendirmemize geçmiş olacağız. Her iki Antlaşma, Enerji Topluluğu Antlaşması görüldüğü üzere daha yüksek oranda, Enerji Şartı Antlaşması ise çok daha düşük oranda, taraf olan devletlerin enerji sektörünü etkileme gücüne sahiptir.

Antlaşmalar düzenleyici ve bağlayıcı hükümleri ile - başka yan hedefler de takip ederek - ilk başta yatırımcı açısından bir güven ve yatırım ortamının oluşturulmasını hedeflemektedirler. Hatırlanacağı üzere, Enerji Şartı Antlaşması batı devletleri tarafından yeni doğu cumhuriyetlere (eski Sovyet devletleri) yapılması gereken teknoloji transferini ve para yatırımlarını güvence altına almak amacıyla kurulmuş; Enerji Topluluğu Antlaşması ise, her ne kadar önsözünde aynı açıklıkla dile getirilmiyor olsa da, yukarıda ÜDDG-Raporunda çok açık bir şekilde ana hedefini şöyle açıklamaktadır: enerji pazarlarının açılmaması, yani devletler tarafından enerji pazarlarıyla ilgili gerekli reformların yapılmaması, yatırımcı açısından güven ortamının oluşmamasına ve gereken yatırımların yapılmamasına sebep olmaktadır.

Enerji Topluluğu Antlaşması daha ileri giderek Avrupa Birliği’nin enerji iç pazarının Türkiye’yi de içine alacak bir şekilde genişletilmesini hedeflerken, Enerji Şartı Antlaşması - her ne kadar daha ileri giden işbirliğini hedefliyor olsa da - günümüzde her devletin onaylayabileceği asgari bir uyumlaştırılmış çerçevenin oluşturulması ile yetinmektedir. Enerji Şartı Antlaşması daha çok asgari bir çerçeve içinde Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) / GATT kurallarına dayanarak ulusal muamele öngörmektedir.¹²³

Enerji Topluluğu Antlaşması’na bakıldığında, gelecekte enerji ihtiyacı yüksek oranda artacak olan Türkiye’nin milli kaynakları gittikçe artan enerji taleplerini karşılayacak kapasitede olmadığı için yatırımcılar açısından Türkiye’nin güvenilir bir ortam yaratması gerektiği şüphesizdir. Enerji Topluluğu Antlaşması böyle bir ortam yaratma kapasitesine sahip bir antlaşmadır. Ancak Türkiye açısından onaylan-

¹²² İbid 9.

¹²³ Esen Akıntürk, Pınar Baklacı, ‘Enerji Şartı Antlaşması’nın Transite İlişkin Hükümleri’ [2009] 5(18) Uluslararası Hukuk ve Politika 61, 65; Andrei Konoplyanik, Thomas Wälde, ‘Energy Charter Treaty and its role in International Energy’ [2006] 24(4) Journal of Energy and Natural Resources Law, 524 vd.

diği zaman Türkiye'nin enerji sektöründe bulunduğu etkin coğrafi konumunun terk edilmesine de yol açmaktadır. Enerji Topluluğu Antlaşması'nın Türkiye tarafından onaylanması tam boyutu ile değerlendirildiğinde Türkiye açısından dezavantajların daha yüksek olduğunu tespit edebilmekteyiz. Enerji Topluluğu Antlaşması mevcut hali ile Avrupa Birliği lehine dizayn edilmiş bir Antlaşmadır ve Türkiye'nin coğrafi konumunu ve önemini tatmin ve ikna edici bir şekilde dikkate almamaktadır. Enerji Topluluğu'nun - her ne kadar Enerji Topluluğu sayesinde oluşturulacak genişletilmiş enerji iç pazarının Türkiye açısından da avantajlı olacağı ifade edilmekteyse de - bir kazan-kazan durumu yaratabileceğinden söz etmek mümkün değildir.¹²⁴

Neticede Enerji Topluluğu Antlaşması mevcut hali ile sadece Türkiye açısından değil, Avrupa açısından da bir kazan-kazan durumu yaratamamaktadır. Türkiye Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olmaması, Avrupa'nın, Türkiye'nin önemli bir partner olarak büyük rol oynayacağı Güney Gaz Koridoru ve arz güvenliği ile ilgili hedeflerine ulaşmasını da engellemektedir.

ÜDDG-Raporunda hala Enerji Topluluğu Antlaşması'nın bir kazan-kazan aracı olduğundan söz edilmektedir. Fakat çalışmanın başında da belirtmiş olduğumuz üzere, Avrupa ve Türkiye arasında Enerji Topluluğu çatısı altında bir işbirliğinin mümkün olabilmesi için her iki tarafın aynı seviyede karşı karşıya gelmesi gerekir. Yaptığımız açıklamalara göre, Avrupa'nın¹²⁵ ve Türkiye'nin mevcut Enerji Topluluğu Antlaşması'nın çatısı altında aynı seviyede karşılaşabileceklerini söylemek mümkün değildir. Enerji Topluluğu Antlaşması mevcut biçimi ile Türkiye tarafından onaylandığı takdirde, Türkiye'yi enerji alanında ciddi oranda egemenlik haklarının kaybına uğratacaktır. Ve karşılığında Türkiye, her ne kadar bu ilk bakışta öyle görünmese de, Enerji Topluluğu'nun karar alma mekanizmaları içinde tatmin edici bir şekilde etkili olamayacaktır.

Enerji Topluluğu'nun karar alma mekanizmasında her taraf bir oy hakkına sahiptir. Türkiye, kendisi için önemli olan alanlarda basit bir oy çoğunluğu ile aleyhine çıkan bir kararı engelleyemeyeceği gibi, kendisinin öneri veremediği bir alanda uygulamak zorunda kalabilecektir. Bazı alanlarda ise 2/3 çoğunluğun içinde Avrupa Birliği'nin oyunun bulunması gibi sorunlar ile karşı karşıya kalacaktır. Ayrıca şunun da altı çizilmelidir: Daha öncede de bahsettiğimiz gibi, Enerji Topluluğu hakkında demokrasi açığı sorunu dile getirilmektedir. Türkiye bir oy hakkı ile Enerji Topluluğu'na katıldığı zaman, akit taraflar arasında en az temsil gücüne sahip olacaktır. Çünkü Türkiye 75 milyon civarında olan nüfus sayısı ile diğer akit taraflardan daha çok nüfusu temsil etmektedir.¹²⁶ Diğer akit taraflar da bir oy hakkına sahiptir, ancak hepsi beraber Türkiye'nin nüfusu kadar nüfusa sahip değillerdir. İkinci Başlık ile ilgili oy-

124 Avrupa Komisyonu Basın Açıklaması - 'EU-Aktionsplan für Energieversorgungssicherheit und –solidarität: Zweite Überprüfung der Energiestrategie' 2008 (MEMO/08/703).

125 Avrupa Birliği Devletleri.

126 Arnavutluk, Bosna Hersek, Karadağ, Kosova, Makedonya, Moldova, Sırbistan ve Ukrayna. Ukrayna 45,49 milyon nüfusa sahip, diğer akit taraflar ise hepsi beraber 21,844 milyon civarında nüfusa sahiplerdir (2013 yılın verileri).

lamalarda basit çoğunluk gerektiği için, örneğin Türkiye, yanında Ukrayna ve Sırbistan bulunmuş olsa dahi, diğer akit tarafların oy çokluğu ile karşı karşıya kaldığında, yaklaşık 128 milyon nüfus temsil etmelerine rağmen¹²⁷, oylamayı kazanma imkânları olmayacaktır ve alınacak önlemleri engelleyemeyeceklerdir. 15 milyon civarında nüfus temsil eden diğer akit taraflar Avrupa Komisyonu tarafından getirilmiş önlemleri onaylayıp, örneğimizde kullandığımız Türkiye dâhil diğer üç akit taraf adına da bağlayıcı bir karar alabileceklerdir.

Türkiye'nin gerçek bir öngörülebilir Avrupa Birliği üyelik perspektifi olsaydı, karar alma mekanizmalarının adil olmaması belki de bu kadar dikkat çekmeyecekti ve bu mekanizmalar kanaatimizce Türkiye tarafınca göz ardı edilebilecekti. Bunu söylemek mümkündür. Ancak bu perspektifin olmaması Türkiye açısından sadece bir basit transit devlet konumuna düşme ve güçlü konumunu elden kaybetme endişesini içinde barındırmaktadır. Böylece Türkiye enerji politikasını günümüzdeki şartlara ve konjonktüre göre belirlemektedir, yani Avrupa Birliği dışında kalmayı göz önünde bulundurmaktadır. Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi bu Türkiye açısından makul bir yaklaşımdır.

Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na yönelik itirazları karşılıksız kalmamıştır. Bu itirazlar birçok taraftan teyit edilmekte ve ciddiye alınmaktadır. ÜDDG-Raporunda da Antlaşmanın tek yönlü (Avrupa Birliği lehine) olmaması gerektiği ve diğer katılan veya katılacak olan devletlerin menfaatlerinin de yeterince dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁸ Hatta Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi olmayan devletlere Enerji Topluluğu'na daha esnek bir katılım imkânı sağlanması gerektiği dile getirilmektedir.¹²⁹ Bu açıdan ÜDDG, Enerji Topluluğu Antlaşması'nın üyelik çeşitlerinde değişiklik yapılmasını önermektedir. ÜDDG'nin tespitine göre Avrupa Birliği üyelik perspektifi olan devletler doğal olarak Avrupa Birliği'nin enerji alanındaki müktesebatının tamamının uygulamasında daha istekli davranmaktadırlar. Diğer devletlerin, aynı Türkiye'de olduğu gibi, bu kadar istekli davranmadıklarını ve her alanda egemenlik haklarını Enerji Topluluğu'na devir etmek istemediklerini ÜDDG kabul etmektedir.¹³⁰ ÜDDG, bu devletlere gelecekte daha belirlenmesi gereken bir ana mevzuatın uygulanması imkânının verilmesini önermektedir. Bu açıdan terminolojinin değişmesi de önerilmektedir. Enerji Topluluğu Antlaşması'nda öngörülmuş Avrupa Birliği müktesebatının tamamını uygulayacak olan devletlerin böylece “üye” (“*member*”) olarak tanımlandırılmaları, sadece ana mevzuatı uygulayacak olan devletlerin ise “iştirak eden taraf” (“*associated members*”) olarak tanımlandırılmaları önerilmektedir. Böylece akit taraflar (“*contracting parties*”) tanımı kaldırılmış olacaktır.

127 Türkiye, Ukrayna ve Sırbistan.

128 “*An Energy Community for the Future*”- Üst Düzey Düşünme Grubunun Raporu - s. 11.

129 İbid 17.

130 İbid 17.

Eğer ÜDDG tarafınca önerilmiş olan değişiklikler gerçekleşirse ve genel şartlar değişmezse,¹³¹ Türkiye'nin "iştirak eden taraf" olarak Enerji Topluluğu Antlaşması'nı onaylama ihtimali yükselebilir. Ancak bu ihtimal, belirlenecek ana mevzuatın hangi alanları kapsayacağına bağlı olacaktır. Avrupa Birliği perspektifi olmadan Türkiye, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, kendi enerji politikasını büyük bir olasılıkla takip etmeye devam edecektir. Böyle bakıldığında, sadece belirlenecek ana mevzuatın içinde Türkiye ve Avrupa açısından önemli olan gaz ve petrol sektörünün yapılandırılmasına ve pazarına ilişkin hükümler bulunmasa, Türkiye'nin "iştirak eden taraf" olarak katılma ihtimali yükselecektir. Elektrik ve yenilenebilir enerji alanı, gaz ve petrolden ayrı bırakılarak ana mevzuat oluşturursa, Türkiye kabul edebilecektir.¹³² Aksi halde Türkiye, gaz sektörünü ve stratejik konumunu korumak için büyük bir olasılıkla gözlemci statüsünde kalacaktır ve böylece toprakları üzerinden transit edilecek gaz ve petrole kendi ihtiyacını karşılayacak miktar talep etmeye devam edebilecektir.¹³³

ÜDDG-Raporundaki önerilerin, raporun sunulduğu tarihten sonra başlatılacak bir süreç içinde hukuki, finansal ve siyasal fizibilite açısından denetlenmesi gerekeceği ifade edilmiştir.¹³⁴ Günümüzde bu süreç hala sürmektedir.

Türkiye'nin Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olması büyük oranda enerji sektörüne yatırım sağlayacaktır. Bunu söylemek mümkündür. Ancak bu sadece yatırımcı perspektifinden bakıldığında iyi bir durumdur. Açıklamış olduğumuz gibi, devlet menfaatlerinin rolü de ön plana çıkmaktadır ve bir mevzuatın, bir yatırımcı açısından her ne kadar avantajlı olsa da, doğal olarak yatırım yapılan devletin menfaatleriyle uyumlu halde olması gerekmektedir.

Son olarak, öngörülebilirlik açısından önem taşıyan başka bir gelişmeye değinilmesi faydalı olacaktır. Kırım Krizinden sonra Avrupa Enerji Birliği konusu tekrar gündeme gelmiştir. Olası bir Enerji Birliği'nde Türkiye'nin nasıl bir yer alacağı önem taşımaktadır ve gelecekteki gelişmelerin bu konuya bağlı olduğu söylenebilmektedir. Türkiye'nin coğrafi konumunu ve stratejik önemini dikkate alan olası bir yeni Avrupa Enerji Birliği'nin inşa edilebilmesi söz konusudur. Türkiye'yi karar alma merkezine dâhil edebilecek ve Türkiye'nin de arz güvenliğini güven altına alabilecek bir Enerji Birliği, Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na yaklaşımını değiştirebilme gücüne sahiptir. Türkiye, Enerji Topluluğu çerçevesinde elde edemediği beklentileri belki de Enerji Birliği çerçevesinde elde edebilecektir. Bu yönde umut verici gelişmeler son

131 Türkiye açısından Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi öngörülebilir bir şekilde oluşmazsa veya tatmin edici bir şekilde Avrupa'nın enerji politikasına ve arz güvenliğine dâhil edilerek karar merciinde yer alamazsa.

132 Yukarıda açıklanmış olduğu gibi bu alanda Türkiye zaten günümüzde yüksek oranda AB mevzuatına uyum sağlamakta ve bu alanda yatırımlara sıcak bakmaktadır. Bkz. Heiko Schuß, "Türkiye-Avrupa Ortak Enerji Politikası: Hedeflere Uyum, Catışma Veya Siyasi Blokaj?" in *Enerji Platformu 2010 - Avrupa'nın Enerji Güvenliğinde Türkiye'nin Rolü* (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Ankara 2011) 41 vd.

133 Örneğin TANAP projesinde olduğu gibi - Türkiye başlangıç miktarı olan 16 milyar m³ gazın 6 milyar m³ kendi kullanımı için alacaktır. Bkz. Taştan (n 33) 23.

134 "An Energy Community for the Future"- Üst Düzey Düşünme Grubunun Raporu - s. 23.

dönemlerde gözlenmektedir.¹³⁵ Avrupa Parlamentosu'nun dış ilişkiler sözcüsü Ria Oomen-Ruijten sadece Türkiye'nin önemli bir enerji üssü olduğuna ve yenilenebilir enerji zenginliğine vurgu yaparak, Türkiye ile daha derin işbirliği yapılması gerektiğine ve bu açıdan 15. Başlığın (enerji) müzakerelere açılmasının altını çizmiştir. Özellikle Türkiye'nin, Avrupa Birliği'nin enerji politikasının biçimlendirilmesine dâhil edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.¹³⁶ Bu ifade, değinmiş olduğumuz sorunların birçoğunu dikkate almaktadır.

Aynı şekilde, Türkiye'nin Avrupa Enerji Topluluğu'na taraf olmama sebeplerini de ele alan ve doğru anlamda neticeler çıkarmış gibi görünen diğer güncel bir haber ise, Almanya'nın etkin düşünce kuruluşu olan DGAP'dan gelmiştir.¹³⁷ Avrupa Birliği'nin iki lokomotif devleti olan Almanya ve Fransa'nın son dönemde tekrardan güçlenen işbirliğinin üçüncü devletlere genişletilmesini mercek altına alan raporda, Türkiye ile işbirliğine ayrı bir bölüm ayrılmıştır.¹³⁸ Avrupa Birliği'nin, aynı diğer dış ve emniyet politika alanlarında olduğu gibi, enerji politikasında da Türkiye'ye ihtiyacı olduğuna vurgu yapılmıştır. Enerji politikası alanında gelişmek üzere olan yeni Enerji Birliği içerisinde Türkiye'nin daha önemli bir yer alması gerektiğini Palpant aynı şekilde makalesinde dile getirmiştir. Aynı Oomen-Ruijten gibi Palpant da Türkiye'nin bu konu ile ilgili stratejik önemini ve Türkiye'nin gerçek bir enerji üssü olduğunu tekrarlamaktadır.¹³⁹

Yukarıda analiz edilmiş olan şartlar değişmediği sürece, önemli stratejik konunun bilincinde olan Türkiye kolay kolay bu stratejik konumunu elden bırakmayacaktır ve lehine kullanacaktır. Her iki taraf, Avrupa Birliği ve Türkiye, aynı seviyede bir masada oturmayı başarırlarsa eğer ve aynı ölçüde enerji politikalarının kilit alanlarında ödün vermeye hazır olurlarsa, kanaatimizce daha derine giden bir işbirliği başlayabilecektir. Avrupa'nın başlangıcında AÇKT ve AAET'de olduğu gibi, her iki taraf birbirlerine kilit alanlarda kenetlenmeyi ve aynı gemide oturmayı başarırlarsa eğer, bütün mevcut araçlar, en başta Enerji Topluluğu Antlaşması, tüm kapasitesi ile yürürlüğe girer ve yatırımcılar açısından beklenen güven ortamının hızlı bir şekilde inşa edilmesi sağlanabilir. Enerji Birliği alanındaki gelişme bu açıdan önem taşımaktadır.

Aksi halde Enerji Topluluğu'nun nasıl bir şekilde revize edileceğine bağlı olarak sadece Avrupa Birliği müktesebatının sadece elektrik ve yenilenebilir enerji alanlarında uygulanabilme ihtimali kalacaktır. Gaz ve petrol ile ilgili müktesebat ise Enerji Şartı Antlaşması'nın 7. maddesine tabi olduğundan, onaylanma ihtimali düşüktür.

¹³⁵Ria Oomen-Ruijten on behalf of the Committee on Foreign Affairs, Motion for a resolution to wind up the debate on the statements by the Council and the Commission pursuant to the Rule 110(2) of the Rules of Procedure on the 2013 progress report on Turkey (2013/2945(RSP)), 07. Mart 2013, özellikle 38. fıkrası.

¹³⁶İbid.

¹³⁷Catherine Palpant, 'Deutschland, Frankreich, Türkei: Ein Beitrittskandidat im Dienste der europäischen Integration' in DGAPanalyse, Den deutsch-französischen Dialog öffnen – Dreieckskonstellationen im Dienste der europäischen Integration (Nr.6/Julı 2015) 35. <<https://dgap.org/de/article/getFullPDF/27009>> (E.T. 06.12.2018)

¹³⁸İbid.

¹³⁹İbid.

Güncelliğinden dolayı, 27 Kasım 2015 tarihinde Enerji Topluluğu'nun resmi internet sitesinde Türkiye ile ilgili olarak yayımlanmış olan rapora da değinilmesinde fayda olacaktır.¹⁴⁰ Rapor, Türkiye'nin Enerji Topluluğu açısından Avrupa Birliği müktesebatına hangi seviyede uyum sağladığını takdir etmektedir ve açıklamaktadır. Raporun önsözünde Enerji Topluluğu Direktörü Janez Kopac, Türkiye'nin Enerji Topluluğu'na bağlayıcı olarak katılmamasına rağmen, Atina sürecini baştan beri sadece takip etmekle kalmadığını, 10 sene evvel sürecin belirleyici anlamda şekillendirilmesine de katkı sağladığını ileri sürmektedir. Ve Türkiye hükümetinin günümüzde Enerji Topluluğu Antlaşması'nı imzalama niyetinde olmamasına rağmen, Türkiye'nin Enerji Topluluğu'nun gündeminde, Enerji Topluluğu'nun da Türkiye'nin gündeminde olduğuna vurgu yapmaktadır.¹⁴¹ Türkiye'nin enerji pazarının, Enerji Topluluğu'na taraf olan birçok devlete kıyasen büyüklük olarak, rekabet bakımından ve yatırımcı açısından çok daha üstün olduğundan söz etmektedir. Buna benzer bir raporun, gözlemci statüsünde olan bir devlete yönelik bir ilk olduğunun ve Türkiye'yi Enerji Topluluğu için anahtar rolünden dolayı onurlandırmak ve Türkiye'nin enerji politikasını, Avrupa Birliği müktesebatı ile kıyaslayabilmek için hazırlanmış olduğunun da altını çizmektedir.¹⁴²

Sonuç

Çalışmamızda, enerji sektörüyle ilgili güven ortamının sağlanması ve enerji yatırımlarının düzenleyici bir çerçeve içinde koruma altına alınıp teşvik edilmesi bakımından en önemli araçlardan biri olan Enerji Topluluğu Antlaşması'na Türkiye'nin neden hala taraf olmadığı sorusunun cevabı araştırılmıştır.

Kanaatimizce, Türkiye'nin, Avrupa Enerji Topluluğu'na taraf olmasının önündeki en büyük engel, "enerji" gibi Türkiye bakımından çok büyük öneme sahip bir konuda Türkiye'nin egemenlik haklarını, karar alma mekanizması içinde yeterli ölçüde söz hakkına sahip olmadığı ve esasen Avrupa Birliği kurumlarının kontrolünde bulunan bir topluluk olan Avrupa Enerji Topluluğu'na devretmek istememesidir.

Önemle belirtelim ki, Türkiye'nin enerji konusundaki önem taşıyan jeostratejik konumu, enerji alanındaki hedefleri, Avrupa'nın enerji politikası ve Türkiye'ye bakış açısı, Enerji Topluluğu Antlaşması'nın yapısı göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'nin, Enerji Topluluğu Antlaşması'na taraf olmaması, Türkiye'nin menfaatleri bakımından isabetli olmuştur. Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği belirsiz kaldığı ve Enerji Birliği gibi hazırlığı yapılan topluluklarda yeterince temsil imkânı verilmediği sürece, bu yöndeki tutumunu takip edeceği kanaatindeyiz.

14027 Kasım 2015 tarihinde Enerji Topluluğu resmi internet sitesinde Sekreterlik tarafınca yayımlanmış rapor: ENERGY GOVERNANCE IN TURKEY – Report on Compliance with the Energy Community Acquis.

Bkz. <www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/DOCS/3894261/EnC_Turkey_Report_WEB.pdf> (E.T. 29.11.2015)

141 İbid 7.

142 İbid.

Kaynakça / References

- Akıntürk E, Baklacı P, 'Enerji Şartı Antlaşması'nın Transite İlişkin Hükümleri' [2009] 5(18) Uluslararası Hukuk ve Politika.
- Bamberger C, Linehan J and Wälde T, 'The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase' [2000] 18(4) Journal of Energy & Natural Resources Law.
- Bosse G, 'The EU's Geopolitical Vision of a European Energy Space: When "Gulliver" meets "White Elephants" and Verd's Babylonian King' [2011] 16(3) Geopolitics.
- Dannner W, Theobald C, *Energierecht, Kommentar Band I* (78. Ergänzungslieferung – Annex: Vertrag über die Energiecharta, 2013)
- Demirbilek , Avrupa Enerji Güvenliği Bağlamında Türkiye'nin Konumu in *Enerji Platformu 2010 – Avrupa'nın Enerji Güvenliğinde Türkiye'nin Rolü* (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2011)
- Fischer S, Lippert B, 'Mehr Gleise: EU-Energieaußenpolitik und Europäische Nachbarschaftspolitik, Osteuropa' [2009] 59(11) Zeitschrift für Gegenwartsfragen des Ostens.
- Frenz W, Kane AM, 'Die neue europäische Energiepolitik' [2010] 32(7) Natur und Recht.
- Fröhlich S, *Die Europäische Union als globaler Akteur – Eine Einführung* (2. Auflage, Springer 2014)
- Geden O, 'Die Energie- und Klimapolitik der EU – zwischen Implementierung und strategischer Neuorientierung' [2008] 31(4) Integration.
- Grabbe H, Kirsty Hughes, *Enlarging the EU Eastward* (Chatham House Papers, London 1998)
- Haukkala H, 'Why the EU must Enlarge, Engage and Consolidate' (2007) European Voice.
- Inotai A, 'Towards a Common Energy Policy in the European Union?' [2008] 8(3) Romanian Journal of European Affairs.
- Jopp M, Schlotter P, 'Kollektive Außenpolitik – Die EU als internationaler Akteur' in *Die Europäische Union – Ein kollektiver außenpolitischer Akteur? Theoretische Annäherung und Einführung* (2. Auflage Nomos Verlagsgesellschaft, 2008)
- Kahl W, 'Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon' [2009] 44(5) EuR.
- Kelley J, 'New Wine in Old Wineskins: Promoting Political Reforms through the New European Neighbourhood Policy' [2006] 44(1) Journal of Common Market Studies.
- Konoplyanik A, Thomas Wälde, 'Energy Charter Treaty and its role in International Energy' [2006] 24(4) Journal of Energy and Natural Resources Law.
- Korkmaz-Temel D, 'AB Türkiye'nin yakınındaki doğal gaz kaynaklarına ulaşmak istiyor' <<http://enerjienstitusu.com/2012/05/09/abnin-enerji-temini-acisindan-turkiyeye-ihtiyaci-azaliorumu/>> (E.T. 29.11.2015).
- Manners I, 'The normative power of the european Union in a globalized world' in Zaki Laidi (edt), *EU Foreign Policy in a Globalized World: Normative Power and Social Preferences* (Routledge/Garnet Series: Europe in the World, London 2008)
- Mavrakis D, Fotios T and Ioannis N, 'An assessment of the natural gas supply potential of the south energy corridor from the Caspian Region to the EU Energy Policy' in *Energy Policy* 43 (13)
- Müller F, 'Region of the Future: The Caspian Sea and Southeastern Europe' in Franz-Lothar Altmann, John Lampe (eds) *Energy and the Transformation Process in Southeast Europe* (Gütersloh 2000)
- Müller-Brandeck-Bocquet G, 'Die Europäische Union als Akteur in den internationalen Beziehungen' in Stefan Kadelbach (edt), *Die Außenbeziehungen der Europäischen Union* (Nomos-Verlag 2006)

- Müller-Kränner S, 'Die Außenbeziehungen der EU in der Energiepolitik' in *ERENE – Eine Europäische Gemeinschaft für Erneuerbare Energien* (Heinrich-Böll-Stiftung Hrsg., Berlin 2010)
- Nakhle C, 'Türkei: Energiepolitische Ambitionen könnten Versorgung und Preise in Europa beeinflussen' (27.09.2012) <<http://www.worldreview.info/de/content/tuerkei-energiepolitische-ambitionen-koennten-versorgung-und-preise-europa-beeinflussen>> (E.T. 29.11.2015).
- Nowak C, 'Multilaterale und bilaterale Elemente der EU-Assoziations-, Partnerschafts- und Nachbarschaftspolitik' [2010] 6 EuR 746.
- 'The Energy Community of South East Europe' in *European Yearbook* (2012)
- *Europarecht nach Lissabon* (Nomos Verlagsgesellschaft, 2011)
- The Energy Community Legal Framework, Dirk Buschle and Heli Annika Lesjak(eds), 4th Edition, 2018.
- Renner S, 'The Energy Community of Southeast Europe: A neo-functional project of regional integration' (2009) 13 EIoP.
- Riley A, *Deploying the Energy Incentive: Reinforcing EU Integration in South-East Europe* (CEPS Policy Briefs, No. 296, 2013)
- Röhm-Malcotti E, 'Natural Gas and the Balkan: The role of the integrated market for energy for the economic and political stability of the countries of South East Europe with particular view to natural gas and the Energy Community of South east Europe (ECSEE) initiative' (Master Thesis, Centre Européen de Recherches Internationales et Stratégiques, Université Paris XI 2005)
- Schimmelpfennig F, Sedelmeier U, 'Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe' [2004] 11(4) Journal of European Public Policy.
- Schulz H, 'Türkiye-Avrupa Ortak Enerji Politikası: Hedeflere Uyum, Çatışma Veya Siyasi Blokaj?' in *Enerji Platformu 2010 - Avrupa'nın Enerji Güvenliğinde Türkiye'nin Rolü* (Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Ankara 2011)
- Selivanova Y, 'The Energy Charter and the International Energy Governance' in Christoph Herrmann, Jörg Philipp Terhechte (eds) *European Yearbook of International Economic Law* (2012)
- Socor V, 'Central Asian Gas: Lost to Europe after Russian-Ukrainian Deal?' in *Eurasian Daily Monitor*, (Volume: 3 Issue: 6, Januar 2006)
- Sokollu S, 'Die Türkei als Energieexporteur' (19.05.2013) <<http://www.dw.de/die-t%C3%BCrkei-als-energieexporteur/a-16821617>> (E.T. 29.11.2015)
- Taştan V, 'Güney Gaz Koridoru: Yeni Enerji Düzeninde Avrupa Enerji Güvenliği, Rusya, Türkiye ve Güney Kafkasya Üzerine Oyun Teorik Uygulama' in *EY International Congress on Economics I* (Ankara, October 24-25, 2013)
- Vachudova MA, *Europe Undivided: Democracy, Leverage and Integration After Communism* (Oxford University Press 2005)
- Wallace H, 'EU Enlargement: A Neglected Subject' Maria Green Cowles, Michael Smith (eds) in *The State of the European Union*, Vol. 5: Risks, Reform, Resistance, and Revival (Oxford 2000)

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Cloud Computing as an Investment Under the ICSID Convention

Fatih Burak Uzun*

Abstract

Extracting data's value can only be possible by using a high amount of processing power. The most eligible way of procuring such amount of processing power is using cloud computing services. Cloud computing services face several interventions by governments around the globe. The most notable interventions relate to the localization of data and data processing facility. Since cloud computing services nearly always provided internationally, there is a need to explore the possibility of protecting cloud computing services from those interventions by using a legal tool from the 1960s namely the ICSID Convention which allows forming arbitral tribunals to solve investment disputes between investors and states. One of the conditions for ICSID tribunals to have jurisdiction over disputes is that the dispute at hand must be related to an investment. However, the ICSID Convention does not contain a definition of the investment term. Mainly, there are two different approaches among the case law and legal doctrine for defining the investment term. The first approach is leaving the duty of defining the term to the parties. The second approach requires simultaneous fulfilment of the parties' consent and certain objective criteria. Cloud computing services can meet the required criteria under those approaches.

Keywords

Cloud computing • Data • Localization • Investment • ICSID

ICSID Konvansiyonu Kapsamında Bulut Bilişimin Yatırım Olarak Değerlendirilmesi

Öz

Verinin değerinin ortaya çıkarılabilmesi, ancak yüksek miktarda işlem gücü kullanılması ile mümkün olabilir. Söz konusu yüksek işlem gücünün temini için en elverişli yol, bulut bilişim hizmetleridir. Bulut bilişim hizmetleri, tüm dünyada hükümetler tarafından çeşitli müdahalelerle karşılaşmaktadır. Bu müdahalelerin en önemlileri, verilerin ya da veri işleme sistemlerinin lokalizasyonuna (ülke sınırları içerisinde tutulmasının zorunlu kılması) ilişkin olanlardır. Bulut bilişim hizmetlerinin neredeyse her zaman uluslararası ölçekte sunulduğu göz önüne alındığında; bulut bilişim hizmetlerinin söz konusu müdahalelerden korunmasına ilişkin olarak, 1960'lı yıllarda imzalanmış olan ve yabancı yatırımların korunmasını hedefleyen, ICSID Konvansiyonu'nun kullanılıp kullanılmayacağı konusunun incelenmesi ihtiyacı doğmuştur. ICSID Konvansiyonu, yatırımcılar ve devletler arasındaki yatırımlara ilişkin uyumsuzlukların çözülmesi için tarafsız tahkim heyetleri oluşturulmasına imkân vermektedir. ICSID tahkim heyetlerinin bir uyumsuzluk üzerinde yetki sahibi olabilmesinin en önemli koşullarından birisi, ilgili uyumsuzluğun bir yatırıma ilişkin olmasıdır. Buna rağmen ICSID Konvansiyonu, yatırım terimine ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Doktrinde ve içtihatlarda yatırım teriminin tanımlanması için temel olarak iki ana görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, terimin tanımlanması görevinin taraflara ait olduğunu savunan görüştür. İkinci görüş ise; tarafların yatırım teriminin tanımını birlikte belirlemesi ile yatırım teşkil eden ekonomik aktivitenin belirli objektif kriterleri karşılayabilmesi koşullarının birlikte sağlanmasını aramaktadır. Bulut bilişim hizmetleri, her iki görüş de gereken koşulları sağlayabilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Bulut bilişim • Veri • Lokalizasyon • Yatırım • ICSID

* Correspondence to: Fatih Burak Uzun (PhD. Candidate). Istanbul University Institut of Social Sciences Department of Private Law, Istanbul, Turkey. Email: fatihburakuzun@gmail.com

** This article was presented in Amsterdam Privacy Conference 2018.

To cite this article: Fatih Burak Uzun, "Cloud Computing as an Investment Under the ICSID Convention" (2018) 38 PPIL 519, 545
<https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0106>

Cloud Computing as an Investment Under the ICSID Convention

Data is the new oil.¹ However, how can we extract and refine the data, or what are the extractors and refineries of this new natural resource which emerged as a result of technological developments? Naturally, processing power is needed to extract and refine the data, and we can name the companies and other organizations that use available data processing power to collect and generate, and subsequently refine, unprecedented volumes of data as the extractors and refineries of the new oil. Without such data processing power, it is impossible to get any value from data to deserve the nickname of the new oil. In this context, cloud computing has become a pivotal aspect to provide the processing power needed, in a scalable and flexible, and therefore efficient and adequate manner.²

The National Institute of Standards and Technology defines cloud computing as *a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction.*³ As an alternative and more straightforward definition, cloud computing fundamentally means remote computing with software accessed via the internet with or without a fee.⁴ Cloud computing has already become the driving force behind technological and economic developments around the globe. From social media to artificial intelligence, every recent and near future development that impacts our social, political and economic lives are based on cloud computing.

Almost by nature, most cloud computing services are meant to be operated internationally. Several data centres in different countries provide services to customers around the world. For example, a company in Germany can purchase cloud computing services that have servers in India, Ireland, Turkey and USA. This structure also raises concerns about control and supervision, especially for governments. As a result, interventions by governments to cloud computing services are popular around the globe especially in the European Union and countries such as Russia, China, and Iran.

On the other hand, there are countless international agreements to protect foreign investments from government interventions.⁵ However, violation of a bilateral

1 Perry Rotella, 'Is Data The New Oil?' (*Forbes*, 4 February 2012) <<https://www.forbes.com/sites/perryrotella/2012/04/02/is-data-the-new-oil/>> accessed 11 September 2017.

2 CN Höfer and Georgias Karagiannis 'Cloud Computing Services: Taxonomy and Comparison' (2011) 2 *Journal of Internet Services and Applications* 81, 90 <<http://link.springer.com/article/10.1007/s13174-011-0027-x>> accessed 6 February 2017.

3 Peter Mell and Timothy Grance, 'The NIST Definition of Cloud Computing' (The National Institute of Standards and Technology 2011) Recommendations of the National Institute of Standards and Technology Special Publication 800-145 2 <<http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>> accessed 12 February 2017.

4 Miranda Mowbray, 'The Fog over the Grimpen Mire: Cloud Computing and the Law' (2009) 6 *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society* 132, 133, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scripted6&div=11&g_sent=1&collection=journals> accessed 8 August 2017.

5 For example, there are 2363 bilateral investment treaties ('UNCTAD Investment Policy Hub' <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> accessed 28 August 2017.) between countries.

investment treaty or another undertaking to the foreign investor by the host government is always possible. To ensure adequate protection of foreign investments, International Convention on the Settlement of Investment Disputes (the ICSID Convention) established an arbitration centre which allows foreign investors to arbitrate legal disputes about their investments before impartial tribunals instead of the local courts. Even though the ICSID Convention can provide adequate protection for foreign investments, there are some prerequisites for the jurisdiction of the ICSID Centre. One the most important prerequisites is whether the dispute is related to investment or not.

Since the governments commonly intervene cloud computing services, there is a need for exploring the possibility of protecting cloud computing services under ICSID Convention and bilateral investment treaties.⁶ To illustrate this need, the first section of this article will analyse the interventions on cloud computing to define the actual problem. After providing a general overview of the ICSID Convention, the last section of this article will review whether it is possible to consider cloud computing services as foreign investment or not under the current case law of ICSID arbitration.

I. Interventions to Cloud Computing

Interventions on cloud computing by governments take many different shapes as result of various policy approaches about data and cloud computing. Therefore, it would be impossible to identify each intervention case by case. To make a comprehensive analysis, interventions to cloud computing must be grouped per their characteristics.

Under the below titles, the intervention types to cloud computing around the globe will be analysed to illustrate the need for protection under the ICSID convention and bilateral investment treaties.

A. Intervention to the Location of Data Processing Facility

Location of the data processing facility poses great importance for both the governments and cloud computing service providers. Users of cloud computing services also have interests over the location of data processing facility which processes their data since the location determines the fate of users' data.

6 For a review on social media and entertainment investment within the scope of the ICSID Convention, please see: Helena Jung Engfeldt, 'Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-Traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by Social Media - Applying an Industry-Specific Lens to the Salini Test to Determine Article 25 Jurisdiction' (2014) 32 Berkeley Journal of International Law 44 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/berkjintlw32&div=5&g_sent=1&casa_token=3ZU6h80dAsMAAAAA:8IqgwV6X6gLasG-htwsm0AogPN0JZaswXK3eQVZpB5g13ZwOC-1oSGDerJCzN2D-WjZQ_W3sjw&collection=journals#> accessed 27 December 2017. For an evaluation of personal data protection and cloud computing in the context of TTP, please see George Yijun Tian, 'Current Issues of Cross-Border Personal Data Protection in the Context of Cloud Computing and Trans-Pacific Partnership Agreement: Join or Withdraw' (2016) 34 Wisconsin International Law Journal 367 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wisint34&div=16&start_page=367&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018.

For governments, the location of data processing facility matters for economic and political reasons. From the economic point of view, local data processing facilities mean investments which lead increases in tax income and employment rate and decreases in cost of doing business due to cloud computing's effect on IT expenses and cheaper access to cloud services. Further, local data processing facilities allow for know-how transfer to local partners from foreign owners. In addition to that, local data processing facilities help governments to establish economic security within the country.⁷ Political interests of governments about the location of data processing facilities consist of imposing its laws, controlling the content and protecting national interests.⁸ These political interests become stronger every day since the cyberspace turns into a virtual battlefield between governments and other organizations especially the criminal and terrorist organizations. On the other hand, governments are also pursuing economic growth and development of their country which prevents them from acting only by security concerns.

Cloud computing service providers have mostly economic interests about the location of their data processing facilities.⁹ Although it can be said that service providers have concerns about the security of their data processing facilities, these concerns are driven by gaining economic benefits. Therefore, classifying such security interests in the same category with the governments' security interests is not suitable. General criteria for cloud computing service providers for searching a suitable location to establish a data processing facility is economic advantages such as infrastructure capacity, incentives, taxes and cost of doing business in a country.¹⁰

7 Imar Bank case of Turkey is an excellent example of economic security and location of data processing facilities. Imar Bank is owned by Uzan family who was billionaires in Turkey back in the 90s. Uzan family was involved in a fraud scheme in Imar Bank by manipulating the records in the bank's IT systems and actual invoices given to the depositors of the bank. After Imar Bank lost its financial health with a significant effect on the economy (there was an economic crisis in Turkey in 2001), Banking Regulation and Supervision Authority ("BRSA") and Savings Deposit Insurance Fund of Turkey found out that all physical records were destroyed, and their access to IT systems were blocked. Since the bank's IT systems were located outside the territory of Turkey, it was impossible to access and audit them. This case led BRSA to take an absolute position on requiring IT systems localization in Turkish financial sector. For more information about this case: Ayse Hayali, Selin Sarili and Yusuf Dinc, 'Turkish Experience in Bank Shareholders and Top Managers Fraud: Imar Bank and Ihlas Finans Case' (2012) 1 *The Macrotheme Review* 114, 121 <http://macrotheme.com/yahoo_site_admin/assets/docs/MR11Ayse.28184406.pdf> accessed 8 September 2017; Mine Omurgonulsen and Ugur Omurgonulsen, 'Critical Thinking about Creative Accounting in the Face of a Recent Scandal in the Turkish Banking Sector' (2009) 20 *Critical Perspectives on Accounting* 651, 663 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1045235408000245>> accessed 11 September 2017. 121 <http://macrotheme.com/yahoo_site_admin/assets/docs/MR11Ayse.28184406.pdf> accessed 8 September 2017; Mine Omurgonulsen and Ugur Omurgonulsen, 'Critical Thinking about Creative Accounting in the Face of a Recent Scandal in the Turkish Banking Sector' (2009).

8 Anupam Chander and Uy n P L , 'Data Nationalism' (2015) 64 *Emory Law Journal* 679, 713 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2577947> accessed 7 July 2017; Neha Mishra, 'Data Localization Laws in a Digital World: Data Protection or Data Protectionism?' [2016] *The Public Sphere* 136, 144 <http://publicspherejournal.com/wp-content/uploads/2016/02/06.data_protection.pdf> accessed 23 September 2017.

9 Albert Greenberg and others, 'The Cost of a Cloud: Research Problems in Data Center Networks' (2009) 39 *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 68 <<https://www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2009/01/p68-v39n1o-greenberg.pdf>> accessed 21 September 2017.

10 'Data Centre Risk Index' (Cushman & Wakefield 2016) 4 <https://verne-global-lackey.s3.amazonaws.com/uploads%2F2017%2F1%2Fb5e0a0da-5ad2-01b3-1eb8-8f782f22a534%2FC%26W_Data_Centre+Risk_Index_Report_2016.pdf> accessed 12 June 2017; Paul T Jaeger and others, 'Where Is the Cloud? Geography, Economics, Environment, and Jurisdiction in Cloud Computing' (2009) 14 *First Monday* <<http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/2456/2171>> accessed 23 September 2017.

In addition to those, political stability and applicability of the rule of law principle to reduce arbitrary interference from the local government are essential factors in the process of choosing a location.¹¹ Most importantly, the cloud computing service providers wish to be able to provide services to other countries where they do not have data processing facility, as it is the fundamental logic of cloud computing.

Users of cloud computing services also have several interests about the location of the data processing facility which they are benefitting from. Requirements of the local law about data protection and data security have the most extreme effect on the treatment of the data which relates to the users. In addition to that, cost and availability of the services heavily depend on the country's conditions where the data processing facility is located.

To conclude, it is clear that different parties have contradicted interests over the location of data processing facilities that are being used for providing cloud computing services. Economic competitiveness concerns and those contradicted interests do not allow governments to impose complete localization rules or entirely liberal rules about the location of data processing facility. Consequently, the rules which require localization of data processing facility are generally imposed by the governments in regulated sectors such as finance and energy. With this approach, political and economic interests of the governments are arguably balanced with the interests of other actors. There are many examples of such localization requirements. Probably the most famous one is the Turkish e-money and payment services legislation that requires localization of information systems of the licensed e-money and payment service providers which forced PayPal to leave Turkish market back in 2016.¹² The same localization requirement is also applicable to the banks in Turkey and China.¹³ Similarly, Indonesia requires public service providers to establish local data centres.¹⁴ Under the Department of Defense Interim Rule on Network Penetration Reporting and Contracting for Cloud Services, all cloud computing service providers who work for the Department of Defense are required to store the Department of Defense's data within the borders of the U.S.A.¹⁵

The actual problem with the rules that govern the location of data processing facilities is that if a country imposes such rule, it would not be possible for cloud

11 'Data Centre Risk Index' (n 10) 4; Jaeger and others (n 10).

12 Ingrid Lunden, 'PayPal to Halt Operations in Turkey after Losing License, Impacts "Hundreds of Thousands"' (www.techcrunch.com, 31 June 2016) <<https://techcrunch.com/2016/05/31/paypal-to-halt-operations-in-turkey-after-losing-license-impacts-hundreds-of-thousands/>> accessed 9 July 2017.

13 For China: Chander and Lê (n 8) 686. For Turkey: Article 5 of The Communique on Principles of Information Systems Management and Business Processes and Audition of Information Systems in the Institutions of Information Exchange, Clearing and Netting.

14 Chander and Lê (n 8) 699.

15 Defense Federal Acquisition Regulation Supplement: Network Penetration Reporting and Contracting for Cloud Services (DFARS Case 2013- D018) 51744 <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2015-08-26/pdf/2015-20870.pdf>> accessed 12 September 2017.

computing service providers to operate in that country. However, the cloud computing service providers make their investments to establish data processing facilities based on an analysis to determine how wide of an area that the facility can provide service. At the moment of the establishment of data processing facility, if a country which does not have any localization rules, located in the area introduces any localization rules, then the cloud computing service provider's investment would be harmed because using the data processing facility with full capacity becomes impossible.

From the perspective of beneficiaries of the cloud computing services, localization rules may force them to leave the market or prevent them from entering the market or force them to make additional investments as in the PayPal case. Localization requirement of Turkish Law forced PayPal to leave the market due to non-compliance with the Law. If PayPal wished to stay in the market, then it would have to make additional investments in Turkey even though it already has sufficient information systems in other countries to provide its services. So, it is safe to say that the localization rule required PayPal to make unnecessary investments for itself.

As a conclusion, the location of data processing facility is a delicate matter with many parties have different interests. Due to the conflicting interests of these parties, data localization requirements generally imposed on regulated sectors. However, it is safe to say each localization rule also harm investments and commercial activities of both providers and beneficiaries of cloud computing services.

B. Intervention to the Location of Data Processed by Using Cloud Computing

Generally, rules about location of data require storing certain types of data within the territory of a country. By nature, data localization rules require localization of data processing facilities or *vice versa* in most cases which make rules about data localization and data processing facility localization very closely connected. For example, Russian Personal Data Protection Law requires storage of Russian citizens' data within the borders of Russia.¹⁶ As another example, Turkish regulations about electronic ledgers and invoices require electronic ledger and invoice data to be stored within the borders of Turkey.¹⁷ In both scenarios, the applicable rules do not forbid data transfers abroad. However, mandatory localization of data demands to establish local data storing facilities which makes use of cloud computing services practically impossible due to cost and management issues. Additionally, in the PayPal case, the Turkish e-money and payment services regulations required PayPal to store its financial data within the borders of Turkey in addition to localization requirement of data processing facility.¹⁸

¹⁶ Chander and Lê (n 8) 701.

¹⁷ Para 9 of General Communique on Tax Procedure Law (Circular Number: 433); General Communique on Electronic Ledger.

¹⁸ Article 23 of Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions.

As a new development, a draft EU regulation introduced a new rule which will prohibit the enactment of data localization rules by member states that require storage or other processing activities of data to be conducted on a specific EU member state territory.¹⁹ This regulation only allows data localization rules if the enactment of such rule is justified on the grounds of public security as in the meaning of EU law. The EU's motivation for introducing the regulation is to strengthen its Digital Single Market to achieve economic growth which means the regulation is a proof that data localization requirements harm economic activities. Since the EU only prevented member states from introducing localization rules against other member states (the member states are still able to introduce rules preventing storage or processing data outside of the EU territory), it is safe to say that the EU took a protective approach about its internal market. Therefore, EU's regulation is still an intervention to cloud computing services even if it removed localization requirements within the Union.

Interests of governments, cloud computing service providers and users about data localization are very similar to their interests about the location of data processing facilities. To avoid unnecessary repeating, please refer to the explanations in the previous title.

Data localization requirements, as similar to the localization requirements of data processing facility, have a critical impact on providing cloud computing services to any region. Therefore, these kinds of rules have crucial importance for the cloud computing service providers regarding their business and investment decisions, because data localization requirements may force out any major player to out of the market as in the PayPal case.

C. Limitations on Processing Certain Types of Data

The rules that govern processing certain types of data can be considered as a very comprehensive intervention to cloud computing services. These rules may completely prevent or introduce additional burdens for processing some types of data. Alternatively, such rules may impose additional general requirements like complying with specific requests from governments or private persons. Those general requirements may introduce additional costs and liabilities for providing cloud services. The reasoning or justification behind imposing such rules is generally protecting citizens or ensuring public order.

General Data Protection Regulation²⁰ ("GDPR") may be considered as an example of the rules as mentioned earlier that govern processing certain types of data. GDPR

19 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.

20 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

is a set of rules that regulates the processing of personal data in EU countries. GDPR introduces new territorial application articles which make GDPR applicable to any entity providing services to EU countries, even without any presence in any of EU countries. Further, GDPR is also applicable to any person in EU countries, even if this person is not an EU citizen, and the relevant data controller does not have any presence in the EU.²¹ Considering the fact that nearly all companies have a combined and interactive information technology infrastructure, treating some amount of data differently (in accordance with GDPR rules) from the rest of data, can bring incredibly high amount of costs especially for the companies located outside EU but processes EU citizen data among “local” data which do not fall under the scope of the GDPR. Application scope and other rules in GDPR will definitely have a substantial effect on cloud computing service providers.²²

Personal data protection rules may also be considered as strict limitations and burdens imposed on data controllers and data processors. Exercising rights of data subjects, taking necessary administrative and technical measures to comply with personal data protection requirements, and limitations of transferring personal data abroad all mean additional costs to bear.²³ Although the right to privacy must be protected especially in the information age we are in, balancing interests of citizens about their privacy and the amount of costs imposed on data controllers and data processors (including cloud computing service providers) is a critical issue. For example, the right to be forgotten which is introduced by European Court of Justice decision²⁴ based on the rules about rights of data subjects, and further regulated in GDPR caused Google to review 1,849,192 removal requests between the dates of 28 May 2014 and 27 August 2017.²⁵ Reviewing, deciding and imposing those decisions about removal requests caused many costs for Google to bear. Would it be possible to consider imposing such burden on a company to protect citizens’ right to privacy and protection of their personal data as a justified approach, even if it means just intervening online search results which are also provided freely, not the actual content?²⁶ From the international investment law perspective, it appears as an arguable issue.

21 Article 3 of the General Data Protection Regulation.

22 Mark Webber, ‘The GDPR’s Impact on the Cloud Service Provider as a Processor’ (2016) 16 *Privacy & Data Protection Journal* 1 <<http://www.fieldfisher.com/media/3993765/the-gdprs-impact-on-the-cloud-service-provider-as-a-processor-mark-webber-privacy-data-protection.pdf>> accessed 13 August 2017.

23 ‘The High Costs of GDPR Compliance’ (*Dark Reading*) <<https://www.darkreading.com/endpoint/the-high-costs-of-gdpr-compliance/a/d-id/1329263>> accessed 23 September 2017.

24 *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* [2014] European Court of Justice C-131/12.

25 This data is extracted from ‘Transparency Report: Search Removals Under European Privacy Law’ (Google) <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>> accessed 27 August 2016.

26 For more information about the opinions about right to be forgotten: Steven C Bennett, ‘The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives’ (2012) 30 *Berkeley J. Int’l L.* 161 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/berkjntlw30&div=7&g_sent=1&collection=journals>; Kyu Ho Youm and Ahran Park, ‘The “Right to Be Forgotten” in European Union Law: Data Protection Balanced with Free Speech?’ (2016) 93 *Journalism & Mass Communication Quarterly* 273 <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1077699016628824>> accessed 17 June 2017.

Another critical issue about limitations on processing certain types of data is content regulations. There are many laws in force around the globe that allow removal of particular content or blocking access to them. Such content regulations are very well in place for preventing child pornography, intellectual property violations, infringements to right to privacy, and other similar offenses. On the other hand, imposing access blocking decision to specific contents or entire websites based on vague terms like public order and national security mean high-impact interventions to cloud computing services in most cases. For example, China's permanent ban on Facebook, Twitter and Google allowed Chinese Government to impose censorship and control over cyberspace where Chinese citizens could enjoy the freedom of expression.²⁷ In addition to that, China's permanent ban allowed the creation of Chinese equivalent of such websites as WeChat, Weibo, RenRen, and Baidu which mean China prevented foreign competitors from entering its market to protect and develop the local economic actors. In other scenarios of access blocking to particular content, a country may impose temporary bans on any content to combat at hand problem like social media bans during Arabian Spring,²⁸ Turkish bans on YouTube and Twitter after denial of some removal requests.²⁹ As a compelling case for a temporary banning of some content, Turkish authorities banned YouTube after denial of removal of a content back in 2010. However, such banning affected the other Google services due to their joint usage of the same infrastructure with YouTube.³⁰ Therefore, other Google services became access blocked without any proper legal reason.

It should be clearly stated that the governments around the globe can and should have been able to block or remove specific content to protect public order and national security. However, such concepts are open to misuse due to approaches of interpreters of these concepts. Considering essential consequences of access blocking on cloud computing service providers, a balanced line should be drawn between conflicted interests of governments and cloud computing service providers.

In all of the above-mentioned sample scenarios about limitations on the processing of certain types of data (it is possible that there can be other scenarios now or in the future that introduce limitations on processing of certain types of data), cloud computing service providers suffer significant economic losses or completely prevented from entering the relevant markets. Since each limitation means an economic loss for cloud computing

27 For more information about Chinese censorship activities: David Bamman, Brendan O'Connor and Noah Smith, 'Censorship and Deletion Practices in Chinese Social Media' (2012) 17 *First Monday* <<http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/3943>> accessed 11 September 2017.

28 Craig McGarty and others, 'New Technologies, New Identities, and the Growth of Mass Opposition in the Arab Spring' (2014) 35 *Political Psychology* 725, 735 <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/pops.12060/abstract>> accessed 13 September 2017.

29 Aras Koskuntuncel, 'Privatization of Governance, Delegated Censorship, and Hegemony in the Digital Era' (2016) 0 *Journalism Studies* 1, 11 <<http://dx.doi.org/10.1080/1461670X.2016.1197045>> accessed 11 September 2017.

30 Catalin Cimpanu, 'Attempting to Ban YouTube, Turkey Restricts Several Google Services' (*softpedia*) <<http://news.softpedia.com/news/Attempting-to-Ban-YouTube-Turkey-Restricts-Several-Google-Services-143894.shtml>> accessed 11 September 2017.

service providers, it is safe to state that investments of cloud computing service providers can be harmed by rules about limitations on the processing of certain types of data.

D. Discrimination Between Data Types

Cloud computing services need continually functioning telecommunication services with sufficient bandwidth to transfer data. Without sufficient telecommunication infrastructure, all investments of cloud computing service providers would be for nothing. The net neutrality rule fundamentally governs data transfers via telecommunication infrastructure from telecommunications law perspective. According to net neutrality rule, all data types are equal, and there shall be no discrimination between data types while transferring.³¹ Currently, net neutrality rule is generally applied all around the globe except for the U.S.³² even though there are many debates over whether net neutrality rule should be abandoned or not.³³

Telecommunication service providers (i.e., cable companies) wish to charge extra for certain data types by claiming that massive amount of data transfers require more cable infrastructure investment which means high costs.³⁴ In this scenario, the other data senders (i.e., cloud computing service providers) who refused to pay extra or do not even requested to pay will have to endure reduced internet speed while the data senders who accept paying extra will be enjoying increased internet speed. Acceptance of such approach would ultimately change the structure of internet as it is known today.³⁵

Although there is currently no country except for the U.S. that adopts policies against net neutrality rule³⁶, abandonment of net neutrality rule would be considered as a vast intervention to cloud computing services. Such action would require cloud computing service providers to bear additional costs or endure disadvantage of lower internet speed which would eventually kill competition capacity of the relevant provider, especially if there is a discrimination between local providers and foreign providers.

Apart from net neutrality rule, there may be other scenarios in the future that can constitute an intervention to cloud computing services by any kind of discrimination between data types.

31 Nicholas Economides, “‘Net Neutrality,’ Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet” (2008) 4 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 209, 212 <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Net_Neutrality.pdf> accessed 20 September 2017.

32 The Federal Communications Commission repealed the net neutrality rules inserted back in 2015 on 14 December 2017. Jacob Kastrenakes, ‘The FCC Just Killed Net Neutrality’ (*The Verge*, 14 December 2017) <<https://www.theverge.com/2017/12/14/16776154/fcc-net-neutrality-vote-results-rules-repealed>> accessed 18 February 2018.

33 Nelson Granados, ‘The Net Neutrality Debate: Why There Is No Simple Solution’ (*Forbes*) <<https://www.forbes.com/sites/nelsongranados/2017/05/31/the-net-neutrality-debate-why-there-is-no-simple-solution/>> accessed 23 September 2017.

34 ‘Net Neutrality: The Perspective of Telcos and Cable Companies’ <<https://inform.tmforum.org/features-and-analysis/2016/06/net-neutrality-the-perspective-of-telcos-and-cable-companies/>> accessed 23 September 2017.

35 ‘Net Neutrality’ (EDRi 2013) Issue 8 10 <https://edri.org/files/EDRi_NetNeutrality.pdf> accessed 21 April 2017.

36 dejiaccessnow, ‘Status of Net Neutrality Around the World’ (*CARTO*) <https://dejiaccessnow.carto.com/viz/4f239c60-356f-11e5-b01c-0e853d047bba/embed_map> accessed 23 September 2017.

II. An Old Instrument to Protect Cloud Computing: The ICSID Convention

A. General Overview of the ICSID Convention

After the World War II, rebuilding Europe's infrastructure and economy led the establishment of new institutions like the World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development.³⁷ While economies began to grow, international investment relations started to emerge. In 1961, Mr. Aron Broches, the General Counsel of the World Bank pursued the idea of establishing an effective dispute settlement mechanism to protect international investments.³⁸ Four years later, International Convention on the Settlement of Investment Disputes³⁹ (the ICSID Convention) was open for signature and ratification. In 1966, all 20 ratifications required for the convention to enter into force was complete, and the convention becomes fully operational.⁴⁰ As of 2017, there are 161 signatories or contracting states around the globe to the convention with or without some reservations. 619 cases are registered as of 30 June 2017 to the centre since its establishment.⁴¹

The ICSID Convention established International Centre for Settlement of Investment Disputes which is an arbitration and conciliation institution to solve investment disputes. Procedural rules of arbitration such as jurisdiction of the centre, appointments of arbitrators, applicable law, evidence, awards and cost of proceedings are included in the ICSID convention. Generally, arbitration proceedings before the centre start with a request for arbitration from a party and then continues with the appointment of the tribunal, first session with the parties, written procedure, oral procedure and award stages.

Jurisdiction rules of the centre require fulfilment of several conditions to find a tribunal competence over the dispute. According to these rules, the legal dispute must be arising directly out of an investment (*ratione materiae*), and the dispute must be between a contracting state and a national of another contracting state (*ratione personae*).⁴² Additionally, the parties must consent to solve the dispute with arbitration.

37 Fred L Block, *The Origins of International Economic Disorder: A Study of United States International Monetary Policy from World War II to the Present* (University of California Press 1977) 70.

38 Christoph H Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second Edition, Cambridge University Press 2009).

39 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966).

40 Schreuer (n 38).

41 'The ICSID Caseload – Statistics' (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Issue 2017-2 7 <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf)> accessed 9 September 2017.

42 The ICSID Convention also includes a provision about disputes between contracting states (art. 64). According to this article, such disputes shall be referred to the International Court of Justice unless the States concerned agree to another method of settlement.

Another critical issue is that the ICSID Convention does not strictly require the investment to exist within the territory of the host state.⁴³ Even though the tribunals can take a stricter position towards physical investments, such requirement is definitely not required for non-physical investments such as financial sources.⁴⁴

The critical issue with the jurisdiction rules for the purpose of this article is assessing whether providing cloud computing services from a country to another country without any data centre or other technical infrastructure in the target country can be deemed as an investment within the meaning of the ICSID Convention or not. Under the following titles, debates about how to define the term of investment during the negotiations of the ICSID Convention will be reviewed. After that, approaches regarding the definition of it will be analysed to find an answer to this question.

B. Definition of the Term of Investment

1. History of the Definition of the Investment Term

Definition of the term of investment determines which disputes can be arbitrated before the ICSID Centre. However, the drafters of ICSID Convention purposely avoided defining investment term due to the contradiction between developing countries and developed countries about its scope. While the developed countries wanted to define the term to the greatest extent possible, the developing countries requested more limited scope for the term.⁴⁵ To conclude negotiations, a compromise was offered by the United Kingdom to remove any definition from the text of the ICSID Convention and allow each country to notify the other signatory countries about which disputes they will not consider as investment disputes.⁴⁶

43 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 77 <https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=lang_en%7Clang_tr&id=qS0UDAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Principles+of+international+investment+law&ots=EXyCkMpWD&sig=NuamsO2khRBjHnChL-TBfeciqn8&redir_esc=y>; Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials, Second Edition* (Second Edition, Edward Elgar Publishing 2016) 113.

44 *Abaclat and Others v Argentine Republic*, (formerly *Giovanna a Beccara and Others v The Argentine Republic*), ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 September 2011) para 374 - 376; *Fedax N V v The Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (11 July 1999) para 41; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (24 May 1999) para 77 - 78. For an opinion defending that the investment should be in the territory of the host state, please see: *Abaclat and Others v Argentine Republic*, (formerly *Giovanna a Beccara and Others v The Argentine Republic*), ICSID Case No ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab (28 November 2011) para 73 - 119. For detailed information about financial investments, please see Michael Waibel, 'Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration' (2007) 101 *American Journal of International Law* 711 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajil101&div=53&start_page=711&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018; Michail Dekastros, 'Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention' (2013) 14 *Journal of World Investment & Trade* 286 <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit14&collection=journals&id=294&startid=&end=327>> accessed 1 October 2018.

45 Julian Davis Mortenson, 'The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law' (2010) 51 *Harvard International Law Journal* 257, 285 <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-1_Mortenson.pdf> accessed 11 September 2017."plainCitation:"Julian Davis Mortenson, 'The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law' (2010

46 *ibid* 289. The ICSID Convention. Commentators and tribunals have often acted as though the Convention, by omitting any specific definition of "investment," delegated that question to arbitral tribunals for case-by-case lawmaking. This assumption has spun off increasingly complex (and incoherent

Apart from that mechanism, countries began to define the investment term in consent document such as agreements or bilateral investment treaties. In time, ICSID tribunals and commenters started to develop different approaches while defining the term of the investment.

2. Approaches towards Definition of Investment

The duty of defining the term of the investment falls to the tribunals and commenters since the ICSID Convention does not contain any definition. There are two major approaches for defining the term of the investment. The two-fold test or the double keyhole approach or the double-barrelled approach (“the double keyhole approach”) is the widely accepted one in the current practice of the ICSID Convention. According to this, the activity subject to the dispute should meet both the criteria set by the consent document⁴⁷ (such as a bilateral investment treaty) moreover, the ICSID Convention at the same time. The deferential approach or open approach requires that the activity subject to the dispute should only meet the criteria set by the BIT.

a. The Deferential Approach

The deferential approach prioritizes the parties consent over certain specific criteria regarding the term of investment under the ICSID Convention.⁴⁸ According to this approach, consent of the parties should determine which activities will be deemed an investment for the jurisdiction of the ICSID tribunal without giving any regards to the ICSID Convention. The main reasoning behind this approach is that the term of investment was intentionally left undefined during the negotiations of the ICSID Convention for allowing states to determine their position regarding the definition of the investment term.

47 Consent of the parties can be present via an agreement between parties. In addition to that, a host state can consent to the ICSID arbitration through its legislation or bilateral investment treaties (or multilateral treaties) with the state that the investor is a citizen of. For detailed information about consent to the ICSID arbitration, please see Schreuer (n 38) 190. Commencing from here, I will use BIT (bilateral investment treaty) to refer the consent document in all possible forms.

48 Emmanuel Gaillard, ‘Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice’ 407 <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/01/Identify-or-define-Reflections-on-the-evolution-___/Files/View-full-text-Identify-or-define-Reflections-on-___/FileAttachment/IA2009IdentifyordefineReflectiononevolutionconce_.pdf> accessed 23 September 2017; Mortenson (n 45) 269; *Lanco International Inc v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/6/the ICSID Convention. Commentators and tribunals have often acted as though the Convention, by omitting any specific definition of “investment,” delegated that question to arbitral tribunals for case-by-case lawmaking. This assumption has spun off increasingly complex (and incoherent Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal (8 December 1998) para 48; *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6, Decision of Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 January 2004) para 99 - 107; *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/03/6, Award (31 July 2007) para 165; *Bivater Gauff Ltd v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Award (24 July 2008) para 312 – 317; *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic (25 September 2007) para 71; *Philippe Gruslin v Malaysia*, ICSID Case No ARB/99/3, Award (27 November 2000) para 13.5 - 13.6; *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (29 April 2004) para 39; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (14 January 2004) para 44; *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award (16 September 2003) para 6.1, 6.5, 11.5; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v The Slovak Republic* (n 44) para 68. Mr. Aron Broches also stated that parties’ consent will have great weight in any determination of the Centre’s jurisdiction, although it would not be controlling (A Broches, ‘Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction’ (1966) 5 Columbia Journal of Transnational Law 263, 268 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjtl5&div=18&start_page=263&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 December 2018.

Consent of the host state is generally expressed in the BIT with the state which the investor is a citizen of. If this BIT provides a definition about which kinds of economic activities should be considered as an investment, then the deferential approach requires the ICSID tribunal to determine its jurisdiction over such definition. According to certain opinions, this approach is the most compatible approach to the Vienna Convention.⁴⁹

b. The Double Keyhole Approach

(i) General overview of the double keyhole approach

The double keyhole approach requires the activity subject to the dispute to fulfil the criteria set by the BIT and the ICSID Convention at the same time.⁵⁰ According to this approach, it is not possible to grant jurisdiction to an ICSID tribunal solely based on the consent of the parties. This means even if a BIT defines an activity as an investment, if that activity cannot be considered as an investment within the scope of the ICSID Convention, then an ICSID tribunal would not have jurisdiction on the legal dispute regarding that activity.

This approach identifies where to look for conditions of considering an activity as an investment, but it still does not provide any clues about the meaning of the term of investment under the article 25 of the ICSID Convention. As the conclusion of that, the ICSID tribunals developed two different main approaches to define the term. The first approach is the objective approach which defends the existence of objective conditions for considering an activity as an investment.⁵¹ The most famous

49 Mortenson (n 45) 311; Melissa García, 'The Path Towards Defining "Investment" in ICSID Investor-State Arbitrations: The Open-Ended Approach' (2018) 18 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 27, 50 <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol18/iss1/2/>> accessed 2 July 2018. 50 <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol18/iss1/2/>> accessed 2 July 2018.>,"plainCitation": "Mortenson (n 45)

50 Schreuer (n 38) 117; Sebastien Manciaux, 'The Notion of Investment: New Controversies' (2008) 9 *Journal of World Investment & Trade* 443, 449 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit9&div=46&start_page=443&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018; Christopher Dugan and others, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press 2011) 259 <https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=lang_en%7Clang_tr&id=xkEAQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Investor-state+arbitration&ots=f9zZK0Ji-q&sig=OA0kC78MRcYe7PkjCkgL-lt5LSQ&redir_esc=y#v=onepage&q=Investor-state%20arbitration&f=false>; Schefer (n 43) 83.

51 Gaillard (n 48) 410; Schefer (n 43) 85; Mortenson (n 45) 272; Schreuer (n 38) 117."URL": "http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/01/Identify-or-define-Reflections-on-the-evolution-_/Files/View-full-text-Identify-or-define-Reflections-on-_/FileAttachment/IA20091IdentifyordefineReflectiononevolutionconce__pdf", "language": "English", "author": [{"family": "Gaillard", "given": "Emmanuel"}], "issued": {"date-parts": [{"2009"}]}, "accessed": {"date-parts": [{"2017", 9, 23}]}, "locator": "410", {"id": "771", "uris": [{"http://zotero.org/users/3734785/items/9JWRV63P"}], "uri": [{"http://zotero.org/users/3734785/items/9JWRV63P"}], "itemData": {"id": "771", "type": "book", "title": "International Investment Law: Text, Cases and Materials, Second Edition", "publisher": "Edward Elgar Publishing", "number-of-pages": "665", "edition": "Second Edition", "abstract": "This fully revised and updated edition of International Investment Law remains a complete and concise guide to the law of international investment protection and continues to approach the subject with an easy-to-follow, broad and balanced text. New to this edition: - updates to include numerous new cases- completely reworked sections on standards of treatment- new Q&A section to capture practitioner views. Key Features:• balance of cases and explanatory comment familiarises students with reading opinions and enables them to grasp the core concepts at stake• concise – suitable for one-semester course for non-specialists or as a first text for students who will take further specialised courses in the area• excerpts from the most influential arbitration decisions outline differing interpretations and ensure students don't learn in a theoretical vacuum• questions throughout encourage readers to come to their own opinions."}, "ISBN": "978-1-78536-008-4", "note": "Google-Books-ID: M4IwDQAAQBAJ", "shortTitle": "International Investment Law", "language": "en", "author": [{"family": "Schefer", "given": "Krista Nadakavukaren"}], "issued": {"date-parts": [{"2016", 9, 28}]}, "locator": "85", {"id": "515", "uris": [{"http://zotero.org/users/3734785/items/NVSGH6SK"}], "uri": [{"http://zotero.org/users/3734785/items/NVSGH6SK"}], "itemData": {"id": "515", "type": "article-journal", "title": "The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", "container-title": "Harvard International Law Journal", "page": "257 - 318", "volume": "51", "issue": "1", "abstract": "This article resolves a long-standing controversy about the definition of "investment" in the core provisions of international investment law's keystone treaty, the ICSID Convention. Commentators and tribunals have often acted as though the Convention, by omitting any specific definition of "investment," delegated that question to arbitral tribunals for case-by-case lawmaking. This assumption has spun off increasingly complex (and incoherent)

and influential case defending this approach is the *Salini* case.⁵²

The outer limit approach is the second approach.⁵³ This approach states that even if a BIT defines an activity as an investment if such activity cannot be considered as an investment without violating the meaning of the “investment” word, it would not be possible to consider that activity as an investment according to the article 25 of the ICSID Convention.⁵⁴

Since the objective approach is accepted more than the outer limit approach, details of the objective approach will be reviewed under the following subtitle.

(ii) The objective approach: *Salini* test

Jurisdiction award in the *Salini* case is probably the most important milestone since the ICSID Convention was opened to signatory states.⁵⁵ This decision on jurisdiction determined the conditions of considering an activity as an investment within the meaning of the article 25 of the ICSID Convention.⁵⁶ Even though it is not compulsory for ICSID tribunals to follow the precedence before them, the *Salini* case has been followed by many tribunals, and of course, attracted many criticisms from other tribunals and commenters.⁵⁷

The legal dispute in the *Salini* Case is about a delay in performance of a contract which requires construction of a highway in Morocco, and underpayment of the investor under this contract.⁵⁸ One of Morocco’s objections was the absence of *ratione materiae* jurisdiction of the tribunal.⁵⁹ Upon this objection, the tribunal firstly examined the BIT between Morocco and Italy to determine whether construction of highway can be considered as an investment.⁶⁰ After that, the tribunal explored the meaning of investment under the ICSID Convention.

According to the *Salini* tribunal, an investment as in the meaning of the ICSID Convention must fulfil the following conditions: contribution, a certain duration

52 *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (23 July 2001).

53 Schefer (n 43) 104; *Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/07/21, Award (30 July 2009) para 35 - 49; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen (19 February 2009) para 8 - 11.

54 The *Pantechniki* case (n 54) gives a metaphor as “one cannot deem a person to be 10 feet tall” to illustrate some types of economic transactions cannot be considered as investment regardless of definitions of BITs.

55 Gaillard (n 48) 404.

56 *Salini* case followed the criteria set by Prof. Ch. Schreuer for the first time as a certain duration, a regularity of profit and return, an element of risk, a substantial commitment, and a Significant contribution to the host State’s development Christoph H Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (First Edition, Cambridge University Press 2001) 140. However, Prof. Ch. Schreuer explicitly stated that these criteria should not necessarily be understood as jurisdictional requirements. (Schreuer (n 38) 128)

57 Please see (n 48 and 53).

58 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (n 53) para 2.

59 *ibid* para 36 – 42.

60 *ibid* para 43 – 49.

of performance of the contract, participation in the risks of the transaction and contribution to the economic development of the host state of the investment.⁶¹

Contribution condition means that an investor should be committed to the activity he pursues as an investment by assigning some amount of economic value or assets.⁶² These economic value or assets can be financial sources but also be qualified personnel, know-how, intellectual property right, equipment or services.⁶³ Even though there is no explicit limitation on the type of contributions, their value should be substantial.⁶⁴ Finally, contributions should always be considered in connection with their remunerations or profits to the investor.⁶⁵

Certain duration of performance of the contract condition requires an investment to last for a time.⁶⁶ The length of this time is determined as two to five years in the *Salini* decision.⁶⁷ The logic behind this condition is achieving long term commitments of foreign capital from the foreign investors for the host state to develop its local economy.⁶⁸ Therefore, one-time transactions as one-time sales or short-term commercial credits would not be considered as investments generally.⁶⁹ Even though most of the tribunals applied this two to five years condition,⁷⁰ there are some cases that tribunals accepted time periods of less than two years as sufficient due to specific needs of relevant cases.⁷¹ It should also be noted that such interpretations are possible since the ICSID Convention does not have any time limit condition even if there was a proposition of five years minimum time limit condition during the negotiations.⁷²

61 *ibid* para 52.

62 Dugan and others (n 50) 271; Schefer (n 43) 86.

63 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Award (27 September 2009) para 131; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17 May 2007) para 109.

64 Antoine Martin, *Definition of Investment: Could a Persistent Objector to the Salini Tests Be Found in ICSID Arbitral Practice Topics*, 11 *Global Jurist* [i]-19, 8 (2011), <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/globjur11&collection=journals&id=293&startid=&end=313> (last visited Aug 12, 2017); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia* (n 63) para 109; John P. Given, *Malaysia Historical Salvors Sdn., Bhd. v Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations*, 31 *LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV.* 467–500, 481 (2009), http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/loyint31&div=22&start_page=467&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (last visited Sep 2, 2018).

65 *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction (6 August 2004) para 57; *Fedax N. V. v The Republic of Venezuela* (n 44) 1387.

66 Manciaux (n 50) 11; Schefer (n 43) 90.

67 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (n 53) para 54.

68 Dugan and others (n 50) 267.

69 *ibid*.

70 *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia* (n 63) para 110; *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006) para 93; *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/06, Decision on Jurisdiction (16 July 2001), para 62; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* (n 63) para 132.

71 *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (21 March 2007) para 102; *Consorzio Grupement LESI-DIPENTA v People's Democratic Republic of Algeria*, ARB/03/08, Award (10 January 2005) para 14(ii); *LesiSpA and ASTALDI S.p.A v People's Democratic Republic of Algeria*, ARB/05/03, Decision on jurisdiction (12 July 2006) para 73(iii).

72 Schreuer (n 38) 115; Schefer (n 43) 90.

Participation in the risks of the transaction condition is widely accepted as a necessary condition by the tribunals and commenters.⁷³ However, there is no generally agreed meaning of the term of risk. Still, the risk that the investor face should not be merely a commercial risk.⁷⁴ Instead, the risk must be related to investing in a foreign country where the investor exposes its contribution (i.e., financial source, equipment, etc.) to those risks.⁷⁵ The risk condition includes economic risks such as credit risk, warranty periods, an increase of production costs and work stoppages, and political climate of the host state.⁷⁶ The *Salini* case also specified that it does not matter whether the risk is freely taken or not.⁷⁷ For the contracts that the investor was substantially paid before completion of its obligations, it is not possible to accept that the risk condition is fulfilled because the economic value targeted with the investment is already obtained.⁷⁸ Finally, the condition of risk is nearly always deemed as fulfilled by ICSID tribunals due to the reason that existence of a legal dispute or nature of a long-term commercial contract or need to rely on national courts are mostly accepted as indications of the risk factor.⁷⁹

Contribution to the economic development of the host state of the investment constitutes the most controversial condition imposed by the *Salini* decision.⁸⁰ The basis of this condition is the wording in the Preamble of the ICSID Convention that indicates one of the purposes of the convention as economic development.⁸¹ Even though some tribunals applied this condition,⁸² other tribunals refrained from applying it.⁸³ The commenters also criticized this condition with various reasons as ambiguity

73 Dugan and others (n 50) 269; Schefer (n 43) 90; Schreuer (n 38) 131; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (n 53) para 52, 55.

74 Jean-Pierre Harb, 'Definition Of Investments Protected By International Treaties: An On-Going Hot Debate' (2011) 26 Mealey's International Arbitration Report 1, 11 <<http://www.jonesday.com/files/Publication/c24e6d62-3269-4b32-b93d-992f1d5e2e77/Presentation/PublicationAttachment/b4526438-d73b-4bd4-a780-8003fe19feaf/689472.pdf>> accessed 21 January 2018; Mortenson (n 45) 297 the ICSID Convention. Commentators and tribunals have often acted as though the Convention, by omitting any specific definition of "investment," delegated that question to arbitral tribunals for case-by-case lawmaking. This assumption has spun off increasingly complex (and incoherent; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia* (n 63) para 112.

75 Manciaux (n 50) 456.

76 *Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia*, ICSID Case No ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (6 July 2007) para 117; *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco* (n 70) para 63; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* (n 63) para 136; *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh* (n 71) para 109.

77 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (n 53) para 56.

78 *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt* (n 65) para 57.

79 *Fedax N. V. v The Republic of Venezuela* (n 44) para 40; *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco* (n 70) para 63, 64; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* (n 63) 134 - 136; *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh* (n 71) 109; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia* (n 63) para 112; *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v People's Democratic Republic of Algeria* (n 71) para 14(iii); *LesiSpA and ASTALDI S.p.A. v People's Democratic Republic of Algeria* (n 71) para 73(iii).

80 Schefer (n 43) 91.

81 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (n 53) para 52; *Mr. Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/99/07, Decision on the Application for Annulment of the Award (1 November 2006) para 28 - 31.

82 *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt* (n 65) para 57; *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco* (n 70) para 65; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v The Slovak Republic* (n 44) para 88.

83 *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/02, Decision on Jurisdiction (27 December 2012) para 227; *Saba Fakes v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/07/20, Award (14 July 2010) para 112; *LesiSpA and ASTALDI S.p.A. v People's Democratic Republic of Algeria* (n 71) para 72; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/98/02, Award (8 May 2008) para 232.

of the condition or evaluating the condition as a consequence of an investment rather than condition of an investment.⁸⁴ According to an opinion, this condition should not be applied because it cannot be used to determine which transaction is an investment or not.⁸⁵ The opinion claims that each transaction that can be considered as an investment does not contribute to economic development of the host state. The obvious example of this is purchasing shares of a company located in the host state.⁸⁶ Such transaction is definitely an investment but does not contribute to the economic development because the company was already there and operating. Secondly, it is not possible to consider each transaction that contributes to host state's development, as an investment. For example, a sale of goods for modernizing a facility would not be deemed an investment, but it undoubtedly contributes to the economy by developing the infrastructure.⁸⁷ Because of these facts, the condition at hand cannot always provide necessary protection to foreign investments. This condition is also criticized for the reason of excluding social and cultural development, and assuming that only economic contribution should be considered for the ICSID Convention.⁸⁸ Many tribunals have abandoned contribution to the economic development of the host state of the investment condition during the recent years, and this tendency is becoming stronger because of its controversial nature.⁸⁹

After the *Salini* Case, many ICSID tribunals applied these four conditions to legal disputes brought before them to assess the existence of investment.⁹⁰ Apart from them, some tribunals sought additional conditions as the legality of the investment and investing in good faith,⁹¹ while others required lesser or altered conditions.⁹² Nevertheless, the idea of determining objective conditions for the term of investment within the meaning of article 25 of the ICSID Convention received wide acceptance from ICSID tribunals.⁹³

84 For details, please see. Manciaux (n 50) 457; Dalia Hussein, 'Contribution to the Host State Development: A Marginalised Criterion?' (2015) 2 BCDR International Arbitration Review 289, 301 <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=BCDR2015015>> accessed 24 February 2018.

85 Manciaux (n 50) 459.

86 *ibid.*

87 *ibid.*

88 *ibid* 458.

89 Schefer (n 43) 111.

90 *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh* (n 71) para 99; *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt* (n 71) para 91; *Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia* (n 76) para 116; *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt* (n 65) para 53 - 63; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* (n 63) para 130 - 138; *Helnan International Hotels A/S v The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction (17 October 2006) para 77; *Toto Costruzioni Generali S.p.A v The Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009) para 86; *KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/09/08, Award (17 October 2013) para 173.

91 *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/05, Award (15 April 2009) para 114.

92 Please see (n 48, 53 and 83).

93 Schefer (n 43) 84; Alex Grabowski, 'The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini Comment' (2014) 15 Chicago Journal of International Law 287, 302 <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil15&collection=journals&id=291&startid=&end=313>> accessed 17 January 2018. Please also see (n 90).

C. Evaluation of Cloud Computing Services as Investment within the Meaning of the ICSID Convention

By considering all of these different approaches explained above, would it be possible to accept being able to provide cloud computing services to a country from another country as an investment under the meaning of the ICSID Convention? This question is a very critical that may allow protecting cloud computing services from the interventions explained in the previous sections.

The deferential approach leaves the duty of defining the term of investment to the parties' consent, in other words, the BIT. Therefore, it is safe to assume that if the definition of a BIT does comprise cloud computing services, then such services shall be deemed as investments. Considering the number of BITs and scope of this article, it is not possible to conduct a full-scale analysis about how many BITs comprise cloud computing services or not. Additionally, it should be noted that BITs in the future may include new wordings to explicitly comprise cloud computing services, especially considering new technological developments based on cloud computing like artificial intelligence and their economic potential.

The outer limit approach requires the investment definition within a BIT to not to conflict with the meaning of the word "investment." Cloud computing service providers assign a certain amount of resources and expect profits as any other investors. Therefore, I think the outer limit approach would not block considering cloud computing services as in the meaning of the ICSID Convention as long as the BIT assumes cloud computing services as an investment.

The objective approach, as explained above, is the widely excepted approach by the ICSID tribunals. It requires both the BIT and certain objective criteria to consider an activity as an investment. These objective criteria are contribution, a certain duration of performance of the contract, participation in the risks of the transaction and contribution to the economic development of the host state of the investment as determined in the *Salini* Case.

I think cloud computing services fulfil the contribution condition for a couple of reasons. First, being able to provide cloud computing services to a country requires building data centres with a high cost due to the capacity needs. Further, operating such data centre (both from the concepts of technical and legal requirements), marketing and after-sale services are also very costly. As a conclusion, a cloud computing service provider assigns a lot of economic value and assets to its activity, and these assignments should be considered as fulfilment of the contribution condition. At this point, it should also be noted that the ICSID Convention does not require the investment to be within the territory of the host state.

Certain duration of performance of the contract generally requires an activity to be lasted two to five years to be considered as an investment. In other words, the activity must be continuous instead of being a one-time transaction. Even if it is possible to use cloud computing services for a one-time transaction or a short period, most cloud computing users purchase cloud computing services for long periods of time. In any case, if the cloud computing service provider makes its services available for at least two years, then certain duration condition should be deemed as fulfilled.

Participation in the risks of the transaction condition seeks the investor to bear investment related risks that his contributions are exposed to. At first sight, this risk condition may seem unrelated to cloud computing services, since cloud computing has no physical presence in a country other than the location of data centres.⁹⁴ Therefore, risks like expropriation are out of the question. However, cloud computing service providers still face many risks⁹⁵ specific to cloud computing other than the ordinary risks of business such as customer complaints. Nearly all of cloud computing specific risks originate from regulatory bodies or the government of the country where cloud computing services are provided due to their authority to regulate the internet. According to my opinion, these risks are sufficient to fulfil the risk condition of the *Salini* case, since those risks are related directly to operating in a foreign country, not just ordinary commercial risks.

Even though contribution to the economic development of the host state of the investment condition is the most controversial condition among the other conditions listed in the *Salini* Case, perhaps it is the easiest condition for cloud computing services to fulfil. Cloud computing services allow access to high amounts of computing power with lower costs. No local server can compete with cloud computing services concerning computing power and cost. Therefore, providing cloud computing services to a country contributes significantly to the economy of that country.

As explained above, some ICSID tribunals do not require the condition of contribution of the economic development of the host state. On the other hand, certain tribunals require additional conditions as the legality of the investment and investing in good faith. These conditions may also apply to the cloud computing services and fulfilled by them.

In conclusion, all existing approaches about how to define the term of investment in the article 25 of the ICSID Convention can allow cloud computing services to be considered as investments provided that investment definition in the BIT comprise cloud computing services too.

⁹⁴ As explained in the Section II-A, the ICSID Convention does not specifically require the investment to be located within the territory of the host state.

⁹⁵ Interventions that cloud computing faces are explained in Section I in detail.

Conclusion

Cloud computing service providers are facing many different direct and indirect interventions. Data processing facility and data localization rules disturb their activities most strongly. Other interventions like limitations on processing certain types of data, or discrimination between data types have also been several obstacles they face while providing their services.

As commonly said, data is the new oil of the information age. However, the economic value of data must be extracted from it by processing. This extraction is only possible via cloud computing services in most of the cases. So, cloud computing service is no different from an oil field or an oil refinery from economic perspective. Since oil fields and oil refineries in a foreign country are protected under international investment law namely the ICSID Convention, why should the new oil's extractor not be protected?

This leads to new questions about ICSID Convention's applicability to cloud computing services. Would it be possible to use this legal tool of 20th century to protect the base technology of 21st century from interventions of governments? To answer this question, we must answer the question of whether providing cloud computing services to a country without any presence in that country from a completely different country can be deemed as an investment for the purpose of jurisdiction of the ICSID tribunals not.

There are many different approaches about definition of the term of investment as a requirement for jurisdiction of ICSID tribunals. According to the first approach, the parties' (the investor and the host state) consent should determine scope of the investment term. The second approach requires meeting certain objective criteria along with the consent of the parties to accept an activity as an investment.

As analysed in detail above, cloud computing services can be considered as an investment for the purpose of jurisdiction of ICSID tribunals per both of the approaches. It should also be noted that the ICSID Convention does not specifically require an investment to be located in the territory of the host state.

If cloud computing services are considered as investments, cloud computing service providers may apply to the ICSID Centre (provided that other conditions of application be fulfilled) to arbitrate or conciliate their disputes with the relevant host state that intervenes to cloud computing services in ways explained above.

References

- Bamman D, O'Connor B and Smith N, 'Censorship and Deletion Practices in Chinese Social Media' (2012) 17 First Monday <<http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/3943>> accessed 11 September 2017
- Bennett SC, 'The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives' (2012) 30 Berkeley J. Int'l L. 161 <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/berkjintl30&div=7&gsent=1&collection=journals>>
- Block FL, *The Origins of International Economic Disorder: A Study of United States International Monetary Policy from World War II to the Present* (University of California Press 1977)
- Broches A, 'Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction' (1966) 5 Columbia Journal of Transnational Law 263 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjtl5&div=18&start_page=263&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 December 2018
- Chander A and Lê UP, 'Data Nationalism' (2015) 64 Emory Law Journal 679 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2577947> accessed 7 July 2017
- Cimpanu C, 'Attempting to Ban YouTube, Turkey Restricts Several Google Services' (*softpedia*) <<http://news.softpedia.com/news/Attempting-to-Ban-YouTube-Turkey-Restricts-Several-Google-Services-143894.shtml>> accessed 11 September 2017
- Coskuntuncel A, 'Privatization of Governance, Delegated Censorship, and Hegemony in the Digital Era' (2016) 0 Journalism Studies 1 <<http://dx.doi.org/10.1080/1461670X.2016.1197045>> accessed 11 September 2017
- 'Data Centre Risk Index' (Cushman & Wakefield 2016) <https://verne-global-lackey.s3.amazonaws.com/uploads%2F2017%2F1%2Fb5e0a0da-5ad2-01b3-1eb8-8f782f22a534%2FC%26W_Data_Centre+Risk_Index_Report_2016.pdf> accessed 12 June 2017
- dejiaccessnow, 'Status of Net Neutrality Around the World' (*CARTO*) <https://dejiaccessnow.carto.com/viz/4f239c60-356f-11e5-b01c-0e853d047bba/embed_map> accessed 23 September 2017
- Dekastros M, 'Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention' (2013) 14 Journal of World Investment & Trade 286 <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit14&collection=journals&id=294&startid=&end=327>> accessed 1 October 2018
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) <https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=lang_en%7Clang_tr&id=qS0UDAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Principles+of+international+investment+law&ots=EXyClkMpWD&sig=NuamsO2khrBJhNchL-TBfeciqn8&redir_esc=y>
- Dugan C and others, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press 2011) <https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=lang_en%7Clang_tr&id=xfkEAQAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Investor-state+arbitration&ots=f9zZK0Ji-q&sig=OA0kC78MRcYe7PkjCkgL-lt5LSQ&redir_esc=y#v=onepage&q=Investor-state%20arbitration&f=false>
- Economides N, "'Net Neutrality,' Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet' (2008) 4 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 209 <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Net_Neutrality.pdf> accessed 20 September 2017
- Engfeldt HJ, 'Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-Traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by Social Media - Applying an Industry-Specific Lens to the Salini Test to Determine Article 25 Jurisdiction' (2014) 32 Berkeley Journal of International Law 44

- <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/berkjintlw32&div=5&g_sent=1&casa_token=3ZU6h80dAsMAAAAA:8IqgwV6X6gLasG-htwsm0AogPNoJZaswXK3eQVZpB5g13Z-wOC-1oSGDerJCzN2D-WjZQ_W3sjw&collection=journals#> accessed 27 December 2017
- Gaillard E, 'Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice' <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/01/Identify-or-define-Reflections-on-the-evolution-_/Files/View-full-text-Identify-or-define-Reflections-on_/FileAttachment/IA2009IdentifyordefineReflectiononevolutionconce_.pdf> accessed 23 September 2017
- García M, 'The Path Towards Defining "Investment" in ICSID Investor-State Arbitrations: The Open-Ended Approach' (2018) 18 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 27 <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol18/iss1/2>> accessed 2 July 2018
- Given JP, 'Malaysia Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations' (2009) 31 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 467 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/loyint31&div=22&start_page=467&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 September 2018
- Grabowski A, 'The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini Comment' (2014) 15 *Chicago Journal of International Law* 287 <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil15&collection=journals&id=291&startid=&endid=313>> accessed 17 January 2018
- Granados N, 'The Net Neutrality Debate: Why There Is No Simple Solution' (*Forbes*) <<https://www.forbes.com/sites/nelsongranados/2017/05/31/the-net-neutrality-debate-why-there-is-no-simple-solution/>> accessed 23 September 2017
- Greenberg A and others, 'The Cost of a Cloud: Research Problems in Data Center Networks' (2009) 39 *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 68 <<https://www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2009/01/p68-v39n1o-greenberg.pdf>> accessed 21 September 2017
- Harb J-P, 'Definition Of Investments Protected By International Treaties: An On-Going Hot Debate' (2011) 26 *Mealey's International Arbitration Report* 1 <<http://www.jonesday.com/files/Publication/c24e6d62-3269-4b32-b93d-992f1d5e2e77/Presentation/PublicationAttachment/b4526438-d73b-4bd4-a780-8003fe19feaf/689472.pdf>> accessed 21 January 2018
- Hayali A, Sarili S and Dinc Y, 'Turkish Experience in Bank Shareholders and Top Managers Fraud: Imar Bank and Ihlas Finans Case' (2012) 1 *The Macrotheme Review* 114 <http://macrotheme.com/yahoo_site_admin/assets/docs/MR11Ayse.28184406.pdf> accessed 8 September 2017
- Höfer CN and Karagiannis G, 'Cloud Computing Services: Taxonomy and Comparison' (2011) 2 *Journal of Internet Services and Applications* 81 <<http://link.springer.com/article/10.1007/s13174-011-0027-x>> accessed 6 February 2017
- Hussein D, 'Contribution to the Host State Development: A Marginalised Criterion?' (2015) 2 *BCDR International Arbitration Review* 289 <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=BCDR2015015>> accessed 24 February 2018
- Jaeger PT and others, 'Where Is the Cloud? Geography, Economics, Environment, and Jurisdiction in Cloud Computing' (2009) 14 *First Monday* <<http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/2456/2171>> accessed 23 September 2017
- Kastrenakes J, 'The FCC Just Killed Net Neutrality' (*The Verge*, 14 December 2017) <<https://www.theverge.com/2017/12/14/16776154/fcc-net-neutrality-vote-results-rules-repealed>> accessed 18 February 2018

- Lunden I, 'PayPal to Halt Operations in Turkey after Losing License, Impacts "Hundreds of Thousands"' (*www.techcrunch.com*, 31 June 2016) <<https://techcrunch.com/2016/05/31/paypal-to-halt-operations-in-turkey-after-losing-license-impacts-hundreds-of-thousands/>> accessed 9 July 2017
- Manciaux S, 'The Notion of Investment: New Controversies' (2008) 9 *Journal of World Investment & Trade* 443 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit9&div=46&start_page=443&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018
- Martin A, 'Definition of Investment: Could a Persistent Objector to the Salini Tests Be Found in ICSID Arbitral Practice Topics' (2011) 11 *Global Jurist* [i] <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/globjur11&collection=journals&id=293&startid=&endid=313>> accessed 12 August 2017
- McGarty C and others, 'New Technologies, New Identities, and the Growth of Mass Opposition in the Arab Spring' (2014) 35 *Political Psychology* 725 <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/pops.12060/abstract>> accessed 13 September 2017
- Mell P and Grance T, 'The NIST Definition of Cloud Computing' (The National Institute of Standards and Technology 2011) Recommendations of the National Institute of Standards and Technology Special Publication 800-145 <<http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>> accessed 12 February 2017
- Mishra N, 'Data Localization Laws in a Digital World: Data Protection or Data Protectionism?' [2016] *The Public Sphere* 136 <http://publicspherejournal.com/wp-content/uploads/2016/02/06_data_protection.pdf> accessed 23 September 2017
- Mortenson JD, 'The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law' (2010) 51 *Harvard International Law Journal* 257 <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-1_Mortenson.pdf> accessed 11 September 2017
- Mowbray M, 'The Fog over the Grimpen Mire: Cloud Computing and the Law' (2009) 6 *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society* 132 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scripted6&div=11&g_sent=1&collection=journals> accessed 8 August 2017
- 'Net Neutrality' (EDRI 2013) Issue 8 <https://edri.org/files/EDRI_NetNeutrality.pdf> accessed 21 April 2017
- 'Net Neutrality: The Perspective of Telcos and Cable Companies' <<https://inform.tmforum.org/features-and-analysis/2016/06/net-neutrality-the-perspective-of-telcos-and-cable-companies/>> accessed 23 September 2017
- Omurgonulsen M and Omurgonulsen U, 'Critical Thinking about Creative Accounting in the Face of a Recent Scandal in the Turkish Banking Sector' (2009) 20 *Critical Perspectives on Accounting* 651 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1045235408000245>> accessed 11 September 2017
- Rotella P, 'Is Data The New Oil?' (*Forbes*, 4 February 2012) <<https://www.forbes.com/sites/perryrotella/2012/04/02/is-data-the-new-oil/>> accessed 11 September 2017
- Schefer KN, *International Investment Law: Text, Cases and Materials, Second Edition* (Second Edition, Edward Elgar Publishing 2016)
- Schreuer CH, *The ICSID Convention: A Commentary* (First Edition, Cambridge University Press 2001)
- Schreuer CH, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second Edition, Cambridge University Press 2009)

- ‘The High Costs of GDPR Compliance’ (*Dark Reading*) <<https://www.darkreading.com/endpoint/the-high-costs-of-gdpr-compliance/a/d-id/1329263>> accessed 23 September 2017
- ‘The ICSID Caseload – Statistics’ (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Issue 2017-2 <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf)> accessed 9 September 2017
- Tian GY, ‘Current Issues of Cross-Border Personal Data Protection in the Context of Cloud Computing and Trans-Pacific Partnership Agreement: Join or Withdraw’ (2016) 34 *Wisconsin International Law Journal* 367 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wisint34&div=16&start_page=367&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018
- ‘Transparency Report: Search Removals Under European Privacy Law’ (Google) <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>> accessed 27 August 2016
- ‘UNCTAD Investment Policy Hub’ <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> accessed 28 August 2017
- Waibel M, ‘Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration’ (2007) 101 *American Journal of International Law* 711 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajil101&div=53&start_page=711&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults> accessed 2 November 2018
- Webber M, ‘The GDPR’s Impact on the Cloud Service Provider as a Processor’ (2016) 16 *Privacy & Data Protection Journal* <<http://www.fieldfisher.com/media/3993765/the-gdprs-impact-on-the-cloud-service-provider-as-a-processor-mark-webber-privacy-data-protection.pdf>> accessed 13 August 2017
- Youm KH and Park A, ‘The “Right to Be Forgotten” in European Union Law: Data Protection Balanced with Free Speech?’ (2016) 93 *Journalism & Mass Communication Quarterly* 273 <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1077699016628824>> accessed 17 June 2017
- Abaclat and Others v Argentine Republic, (formerly Giovanna a Beccara and Others v The Argentine Republic)*, Decision on Jurisdiction and Admissibility [2011] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/5
- Abaclat and Others v Argentine Republic, (formerly Giovanna a Beccara and Others v The Argentine Republic)*, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab [2011] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/05
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, Award [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/03/29
- Biwater Gauff Ltd v United Republic of Tanzania*, Award [2008] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/22
- Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction [1999] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/97/04
- CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/01/08
- Consortium RFCC v Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction [2001] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/00/06
- Consortio Grupement LESI-DIPENTA v People’s Democratic Republic of Algeria*, Award [2005] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/03/08

- Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction [2004] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/01/03
- Fedax N V v The Republic of Venezuela*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction [1999] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/96/03
- Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, Award [2003] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/00/09
- Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* [2014] European Court of Justice C-131/12
- Helnan International Hotels A/S v The Arab Republic of Egypt*, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction [2006] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB 05/19
- Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia*, Decision on Jurisdiction [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/18
- Jan de Nul NV Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction [2006] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/04/13
- Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt*, Award on Jurisdiction [2004] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/03/11
- KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*, Award [2013] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/09/8
- Lanco International Inc v The Argentine Republic*, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal [1998] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/97/6
- LesiSpA and ASTALDI S.p.A v People's Democratic Republic of Algeria*, Decision on jurisdiction [2006] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/3
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia*, Award on Jurisdiction [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/10
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v The Government of Malaysia*, Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/10
- MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, Award [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/03/6
- Mr Patrick Mitchell, The Democratic Republic of Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award [2006] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/99/7
- Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, Award [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/21
- Philippe Gruslin v Malaysia*, Award [2000] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/99/3
- Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, Award [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/06/5
- Quiborax SA, Non-Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplun v Plurinational State of Bolivia*, Decision on Jurisdiction [2012] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/06/2
- Saba Fakes v Republic of Turkey*, Award [2010] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/20

- Saipem S.p.A v The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/07
- Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction [2001] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/00/4
- SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, Decision of Tribunal on Objections to Jurisdiction [2004] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/02/6
- Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction [2004] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/02/18
- Toto Costruzioni Generali S.p.A v The Republic of Lebanon*, Decision on Jurisdiction [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/12
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, Award [2008] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/98/2
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
- Defense Federal Acquisition Regulation Supplement: Network Penetration Reporting and Contracting for Cloud Services (DFARS Case 2013– D018)
- General Communiqué on Electronic Ledger
- General Communiqué on Tax Procedure Law (Circular Number: 433)
- Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)
- The Communiqué on Principles of Information Systems Management and Business Processes and Audit of Information Systems in the Institutions of Information Exchange, Clearing and Netting

Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE

A New Milestone for Turkey's Enhancing International Economic Partnerships: The Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement

Cüneyt Yüksel*

Deniz Baran**

Abstract

The Turkish government's "open trade policy" to negotiate and conclude bilateral and multilateral economic partnership agreements (EPAs) or free trade agreements (FTAs) with various states across the world have become particularly salient since 2013. Since then, against the backdrop of a global protectionist wave, Turkey has significantly intensified its efforts to conclude "new generation FTAs." The ongoing FTA negotiations with the Japanese government - active since 2014 - are one of the outcomes of those efforts. In this paper, the general characteristics of new generation FTAs and their significance in the context of the global protectionist currents will be tackled. Subsequently, advances in economic relations between Turkey and Japan will be examined in comparison with Turkey's previous new generation FTAs with Korea and Singapore and assessed in the context of Turkey's active and open trade policy of enhancing international EPAs and its priorities for leaving a considerable maneuver space for implementing its national economic policies.

Keywords

New Generation Free Trade Agreements (FTAs) • Economic Partnership Agreements (EPAs) • Turkey's Open Trade Policy • Protectionism • Globalization • Japan-Turkey FTA

Türkiye'nin Gelişmekte Olan Uluslararası Ekonomik Ortaklıklarında Yeni Bir Kilometre Taşı: Türkiye-Japonya Yeni Nesil Serbest Ticaret Anlaşması

Öz

Türk hükümetinin dünyanın farklı bölgelerindeki çeşitli devletlerle ikili veya çok taraflı ekonomik ortaklık (EOA) veya serbest ticaret anlaşmalarına (STA) girmeye yönelik "açık ticaret politikası" bilhassa 2013'ten sonra belirgin hale gelmiştir. Küresel korumacılık dalgasına rağmen, Türkiye, 2013'ten bu yana "yeni nesil STA'lar" imzalamaya yönelik çabalarını kaydedeğer ölçüde arttırmıştır. Japonya ile 2014'ten beri süren STA müzakereleri de bu çabaların bir ürünüdür. Bu makede, yeni nesil STA'ların genel karakteristiği ve küresel korumacılık dalgaları bağlamında önemi ele alınacaktır. Ardından, Türkiye ve Japonya arasındaki ekonomik ilişkilerde yaşanan ilerlemeler, Türkiye'nin daha önce Kore ve Singapur ile yaptığı yeni nesil STA'lar ile mukayese edilerek ve Türkiye'nin uluslararası EOA'larını arttırmak için yürüttüğü aktif ve açık ticaret politikası bağlamında değerlendirilecektir. Türkiye'nin kendi ulusal ekonomik politikalarını uygulamak için belli bir hareket alanı muhafaza etmeye yönelik öncelikleri de bu değerlendirmede göz önünde tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yeni Nesil Serbest Ticaret Anlaşmaları (STA) • Ekonomik İşbirliği Anlaşmaları (EİA) • Türkiye'nin Açık Ticaret Politikası • Korumacılık • Küreselleşme • Japonya-Türkiye STA

* Correspondence to: Cüneyt Yüksel (Prof.), İstanbul University, Faculty of Law, Department of International Law, İstanbul, Turkey. Email: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr

**Deniz Baran (LLM. Candidate), İstanbul University Institute of Social Sciences, Department of Public Law, İstanbul, Turkey.

To cite this article: Cüneyt Yüksel, "A New Milestone for Turkey's Enhancing International Economic Partnerships: The Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement", (2018) 38 PPII, 547, 576 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.2.0152>

A New Milestone for Turkey's Enhancing International Economic Partnerships: The Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement

Economic and political relations between Turkey and Japan date back to the late 19th century, when the Ottoman Frigate “Ertuğrul” paid a goodwill visit to Japan in 1890, bringing with it honors and gifts from Sultan Abdulhamit II to the Emperor Meiji.¹ Diplomatic relations between Turkey and Japan, two countries which are historically located at opposite ends of the Silk Road, were established in 1924 and Turkey's first diplomatic mission to Japan was opened in 1925.² The first Japanese investments in Turkey were made in the 1920s.³ In the following decades, these relations have continued to grow steadily and culminated in a bilateral investment agreement (BIT) in 1992.⁴ Cooperation between two countries was promoted to the “Strategic Partnership” level in 2013.⁵ This partnership further flourished when negotiations for an economic partnership agreement started in 2014. The mutual demand of both sides to conclude an economic partnership agreement, in which the wide range of trade and investment issues are expected to be included, is crucial because such an agreement, if materialized, would be another important milestone in Turkey's endeavors to buy into “new generation free trade agreements (FTAs).” This paper aims to examine the negotiations process for an FTA⁶ between Turkey and Japan in the context of the recent global trend of new generation FTAs and Turkey's continuing open trade policy against the backdrop of a global protectionist wave. With this analysis, it is also hoped to manifest Turkey's main concerns regarding this prospective FTA which would also reflect similar concerns and positioning of the developing countries in the current global conjuncture, in which there is a nascent but substantial struggle for finding equilibrium between the prevailing global open trade policy and the protection of national economies.

1 Selçuk Esenbel, ‘Fukushima Yasumasa and Utsunomiya Tarō on the Edge of the Silk Road: Pan-Asian Visions and the Network of Military Intelligence from the Ottoman and Qajar Realms into Central Asia’ in Selçuk Esenbel (ed), *Japan on the Silk Road Encounters and Perspectives of Politics and Culture in Eurasia*, (Brill 2018) 97.

2 ‘Relations between Turkey and Japan’ (Turkish MFA) <<http://www.mfa.gov.tr/relations-between-turkey-and-japan.en.mfa>> accessed 10 October 2018.

3 ‘The Turkish-Japanese Textile Factory and its Operation’, Minako Mizuno Yamanlar and Şüküfe Gökçen (eds.), *The Turkish Japanese Factory 1928: History Woven in Bursa*, (Ege Yayıncılık 2015) 352-401.

4 Official Gazette of Republic of Turkey, 21.11.1992 (the Treaty came into force in 1993) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc076/kanunbmmc076/kanunbmmc07603844.pdf>

5 ‘Joint Declaration On The Establishment Of Strategic Partnership Between Japan And The Republic Of Turkey’ (Japanese MOFA) <<https://www.mofa.go.jp/files/000004160.pdf>> accessed 10 October 2018

6 The Turkey-Japan FTA might be known as “The Turkey-Japan EPA” in some sources. Even though the terms of FTA and EPA imply similar arrangements, there is a tiny difference between those terms. An FTA is an international treaty to eliminate tariffs imposed between countries or regions and to abolish regulation in the field of foreign investments in trade in services. An EPA is an international treaty to deregulate regulations for investments and for immigration control in addition to the contents of an FTA. This actually means that the EPA encompasses the FTA, however, there might be some other additional agreements like free movement of goods/people or transfer of innovation in EPAs. Therefore, both of those terms could be used to title the nascent economic partnership between Turkey and Japan. Nevertheless, as it seems to be the more popular term, we prefer to use the term FTA throughout the Article.

I. The Era of the New Generation Free Trade Agreements (FTAs)

A. Traditional FTAs' evolvement into new generation FTAs

For decades, free trade agreements (FTAs) have been one of the greatest tools of the globalized/globalizing economy and markets. FTAs have paved the way for cooperation between at least two countries to reduce trade barriers and to increase the trade of goods and services with each other.⁷ In other words, FTAs create numerous free-trade corridors and areas across the globe.⁸ Also, Article XXIV of the GATT 1994 allows for the establishment of customs unions and free trade areas by stipulating that *“the purpose of a customs union or a free-trade area should be to facilitate trade and not to raise barriers to trade.”*⁹

On the other hand, the term of the “new generation FTAs” implies the FTAs that do not just include traditional provisions on reducing tariffs and other barriers to the trade of goods and services, but also include some additional provisions on competition, sustainable development, electronic commerce, public procurement, protection of intellectual property and, most importantly, foreign investment. In a nutshell, even though the new generations FTAs do not have a certain identical structure, they mostly merge trade in goods, trade in services and bilateral/multilateral investment agreements into an agreement, while including some new topics/chapters which did not previously exist in traditional FTAs.¹⁰

New generation FTAs often appear in the form of regional trade agreements (RTAs). There are various reasons behind this global trend in negotiating regional agreements.¹¹ These reasons might be articulated in the following manner: *“WTO’s cumbersome consensus-based decision-making process, unsatisfactory existing WTO rules on many issues such as trade in services and the fact that WTO is not seen any more as the most adequate platform for negotiating regulatory issues.”*¹²

7 Kimberly Amadeo, ‘Free Trade Agreements, Their Impact, Types, and Examples’ (The Balance, 7 November 2018) <<https://www.thebalance.com/free-trade-agreement-types-and-examples-3305897>> accessed 15 November 2018.

8 ‘The world’s free trade areas – and all you need to know about them’ (World Bank, 6 May 2016) <<https://www.weforum.org/agenda/2016/05/world-free-trade-areas-everything-you-need-to-know/>> accessed 12 December 2018.

9 “In regulating entry into preferential regional and bilateral trade agreements, Article XXIV of the GATT 1994 allows for the establishment of customs unions and free trade areas, stipulating that ‘[t]he purpose of a customs union or a free-trade area should be to facilitate trade ... and not to raise barriers to ... trade.’ Thus, the formation of regional trade agreements is not meant to undermine WTO concessions and other obligations, or to frustrate WTO market access benefits. Indeed, Article XXIV:6 provides that if a Member entering into a customs union or free trade agreement ‘proposes to increase any rate of duty inconsistently with the provisions of Article II, the procedure set forth in Article XXVIII shall apply’. This reflects the principle that each WTO Member entering into a free trade agreement remains bound by its WTO commitments, including bound tariff ceilings.”, Panel Report, US – COOL (Article 21.5 – Canada and Mexico), para. 7.687.

10 “How do “new generation” trade agreements such as the TPP differ from traditional free trade agreements?” (2016) World Bank Group Global Weekly, 2 <<http://blogs.worldbank.org/prospects/global-weekly-how-do-new-generation-trade-agreements-such-tpp-differ-traditional-free-trade>> accessed 10 November 2018.

11 Stefan Grillier, Walter Obwexer; Erich Vranes, ‘Mega-Regional Agreements: New Orientations for EU External Relations?’ in Stefan Grillier, Walter Obwexer; Erich Vranes (eds), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA* (International Economic Law Series) (OUP 2017) 4.

12 *ibid* 4-5.

Two large RTAs which were signed and came into force in the 1990s can be considered as the pioneers of comprehensive RTAs: The European Union (EU) Single Market Agreement (established in 1993) and the North American Free Trade Agreement between Canada, Mexico, and the United States (NAFTA, established in 1994, and more recently, replaced by the United States-Mexico-Canada Agreement-USMCA). Following these, dozens of RTAs were established, yet most of them did not have the characteristics of new generation FTAs given that they were usually only focused on reducing tariffs. Over time - and more recently as well - such agreements have started to focus on more ambitious and comprehensive agreements, which indicates the transition process towards new generation FTAs. The most striking examples of the new generation FTAs in the form of RTAs are the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), the Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), the Trans-Pacific Partnership (TTP) and the Free Trade Area of the Asia-Pacific (FTAAP). Thanks to their huge impact on the global economy and significantly broad scope, such RTAs are called “mega-regional” agreements by some international lawyers, and this term might imply a categorical change from the traditional RTAs.¹³

For sure, the new generation FTAs are not limited to the RTAs, even though RTAs or multilateral FTAs constitute almost half of all FTAs notified to the WTO.¹⁴ There have been many recent bilateral initiatives to conclude new generation FTAs. For instance, the EU-South Korea Free Trade Agreement, which has contributed to boosting trade between the EU and South Korea since 2011, is considered to be the first of the new generation of EU FTAs. This FTA, provisionally applied since July 2011 and formally applied since December 2015, has helped EU exports to South Korea increase by around 55%, which is the determinant fact making it one of the most effective and leading bilateral new generation FTAs.¹⁵

The new generation FTAs contain quite comprehensive rules, which even sometimes extend beyond the boundaries settled by WTO rules without formally marking a deviation from the WTO system, as such, they are called “WTO-plus” rules.¹⁶ These comprehensive rules might be composed of provisions devoted to various topics such as trade in services, sustainable development, labor, business environment and environmental issues.¹⁷

13 Peter-Tobias Stoll, ‘Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions’ in Thilo Rensmann (ed), *Mega-Regional Trade Agreements*, (Springer 2017) 3.

14 David Evans, ‘Bilateral and Multilateral PTAs’ in Simon Lester and Bryan Mercurio (eds), *Bilateral and Regional Trade Agreements* (Cambridge University Press 2009) 52.

15 ‘Briefing: Benefits of EU international trade agreements’, (European Parliament, October 2017) <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603269/EPRS_BRI\(2017\)603269_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603269/EPRS_BRI(2017)603269_EN.pdf)> accessed 25 October 2018

16 The term of “WTO-plus” marks the provisions in FTAs which stipulates additional commitments beyond the WTO agreements and protocols.

17 Roberto V. Fiorentino, Luis Verdeja, Christelle Toqueboeuf, ‘The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update’ (2007) WTO Discussion Paper NO:12, 13 <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers12a_e.pdf> accessed 15 November 2018.

Furthermore, one of the main features of the new generation FTA is that they leave a larger space for the “implementation of national policies” of the states. Therefore, they usually include provisions stipulating that the existing national standards should not be compromised in order to attract or encourage trade or investments.¹⁸ These FTAs pursue two policy goals which would go hand in hand: “*Investment liberalization through greater market access commitments and strengthening state control by ensuring host governments sufficient space to regulate in the public interest.*”¹⁹

The new generation FTAs mostly have a dual structure: They are composed of detailed and comprehensive provisions concerning both foreign investment and trade. The emergence of such a structure is mostly a development seen over the course of the last decade. Earlier, either the investment agreements and trade agreements were completely separate or the trade agreements contained very brief provisions – mostly as little as a paragraph - concerning foreign investment issues.

The scope of the investment rules of the new generation FTAs is usually broader than the traditional investment treaties. Traditional investment treaties generally impose regulations pertaining to the period after the entry of foreign investments to a country, however, the new generation FTAs tend to regulate the whole process from A to Z, including the period before the entry of foreign investments to a country.

It is a very important point that changes in domestic laws do not affect the provisions imposed by a new generation FTA, unless those topics are exempted from the scope of that FTA. Therefore, to conclude a well-functioning new generation FTA, there is a great need for intensive and complex coordination between the numbers of institutions of the parties. This was not the case for the traditional FTAs and BITs, as their scope was much narrower compared to the new generation FTAs.

Another important feature of the new generations FTAs is that not only do they tackle some new concepts such as trade in service, business environment, e-commerce but they also usually regulate traditional concepts such as intellectual property rights (IPR), technical barriers, rules of origins and so on in a much more elaborate way. Therefore, the new generation FTAs could be perceived much more regulative compared to the traditional FTAs. For instance, it is often observed that some of the new generation FTAs go beyond the current WTO rules settled for certain topics such as government procurement or the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)²⁰ and impose more detailed rules.

18 Peter-Tobias Stoll, *Mega-Regional Trade Agreements* (n 13) 9.

19 Stephan W. Schill, *Mega-Regional Trade Agreements* 123.

20 This Agreement, negotiated during the Uruguay Round, applies only to measures that affect trade in goods. Recognizing that certain investment measures can have trade-restrictive and distorting effects, it states that no Member shall apply a measure that is prohibited by the provisions of GATT Article III (national treatment) or Article XI (quantitative restrictions).

B. Concerns stemming from the new generation FTAs

The rapid emergence of the “global market” has shaped the international system in the modern age. There is no doubt that free trade in the age of globalization has enabled nations to concentrate their efforts on manufacturing products or providing services where they have a distinct comparative advantage,²¹ and has thus encouraged the capital and goods flow between the continents by overriding isolated and mercantilist economic models.²² The relatively newer approaches such as the so-called “New Trade Theory” pioneered by Krugman also attempt to show the merits of increasingly “internationalized” trade.²³

Hence, reducing or removing the entry barriers for capital and goods have increasingly become the mutual demand of the international community, particularly after the demise of the Soviet Union and the end of the Cold War, following which, the rapid liberalization of the entire global market has been experienced. Therefore, the imposition of tariffs on imports and similar mercantilist regulations have started to be viewed as hurdles which would impede free trade and growth in domestic economies. These considerations paved the way for the free trade agreements all around the world and hundreds of FTAs were signed during the last century. At the end of the 20th century, the comprehensive regional FTAs - such as NAFTA - came into existence. After the millennium, as the empirical evidence on international trade had also been overwhelmingly positive, the globalization of the markets has become more apparent and the growing demand of the international community for more and more integrated markets at global, regional and sub-regional levels has led to the emergence of the new generation FTAs (as mentioned above, mainly in the form of RTAs).²⁴ Indeed, the overall positive welfare effects of RTAs has been significant. For instance, *“TPP would comprise twelve initial contracting parties from the Asia-Pacific region, of which combined GDP is roughly \$ 278 trillion. This amount is*

21 Comparative advantage theory usually attributed to the famous economist David Ricardo and his book “Principles of Political Economy and Taxation” in 1817. Accordingly, comparative advantage is when a country produces a good or service for a lower opportunity cost than other countries then the opportunity cost measures a trade-off. Thus, the advantages of buying their good or service outweigh the disadvantages, and the nation with a comparative advantage makes the trade-off worth it. By expanding on the concept of absolute advantage which is mainly attributed to another famous economist Adam Smith, this theory was a breakthrough against mercantilism which was dominant in modernized parts of Europe from the 16th to the 18th centuries and advocates a national economic policy that is designed to maximize the exports of a nation. For comparative advantage theory, see also: James Mill, *Elements of Political Economy* [1821, 2nd Edition (London: Baldwin, Cradock, and Joy, 1824)] 117-118.

22 Laura Lahaye, ‘Mercantilism’ The Concise Encyclopedia of Economics <<http://www.econlib.org/library/Enc1/Mercantilism.html>> accessed 26 November 2018.

23 According to Krugman model, it is assumed that there is a fixed cost of production to be covered by a firm in order to produce a certain good. Higher production would allow this fixed cost to be spread over more units of production, thus lowering the average costs of production and the price charged on this good. Besides, consumers would be happy to choose from a wide range of different goods presented by different manufacturers. Opening up to international trade leads to a larger market, more manufacturers and more differentiated products in equilibrium. This would mean an increase in welfare for countries participating in international trade.” Paul R. Krugman, ‘Increasing Returns, Monopolistic Competition, and International Trade’ (1979) 9 *Journal of International Economics* 469, 469.

24 ‘How do “new generation” trade agreements such as the TPP differ from traditional free trade agreements?’ (2016) World Bank Group Global Weekly, 2 <<http://blogs.worldbank.org/prospects/global-weekly-how-do-new-generation-trade-agreements-such-tpp-differ-traditional-free-trade>> accessed 10 November 2018.

currently accounting for 37% of world GDP. While intra-TPP exports amount to 13% of world exports, intra-TPP foreign direct investment (FDI) amounts to 9% of world outward investment.”²⁵

However, it is impossible to argue that the new generations FTAs have always been embraced by the entire international community. In particular, the rise of the RTAs has ignited debate on whether they support or impede global efficiency and activity, even though some empirical data proves that they indeed support global efficiency and activity by encouraging a more efficient division of labor, technology spillovers, and related productivity growth globally.²⁶ However, it is true that while RTAs may significantly benefit the state parties to the agreements, they can hinder economic activity for the states outside the blocs created by those RTAs.²⁷ First of all, “*the competitiveness gains developed in these new blocs could potentially divert trade away from more efficient non-member exporters towards less efficient ones – the ‘trade diversion’ effect. In addition, RTAs can bring about the erosion in the value of preferences given to Least Developed Countries (LDCs) under existing duty-free, quota-free, preferential schemes, such as the ‘Everything but Arms Initiative’ of the European Union and ‘African Growth and Opportunities Act’ of the U.S.*”²⁸ The static model by Jacob Viner in the 1950s suggests that RTAs can have negative welfare effects for countries within the trade agreement and countries outside the agreement.²⁹

Moreover, developed countries seek more elaborative regulations in the new generation FTAs, and this demand sometimes results in highly restrictive legal frameworks for the developing or LDCs, which usually prefer to keep more room to maneuver given that their national laws are not as stable and developed as the developed countries. For this reason, highly elaborative and restrictive regulations could cause problems for such countries.

Last but not least, new generation FTAs are inclined to leave more space for state parties to pursue their “national policies” since many of them, regardless of whether they are developed or not, have suffered from the far-reaching rights granted by the

25 Gary Clyde Hufbauer, Cathleen Cimino-Isaacs, ‘How will TPP and TTIP Change the WTO System?’ (2015), 18 *Journal of International Economic Law*, 1, 2.

26 Stefan Grillier, Walter Obwexer, Erich Vranes, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (International Economic Law Series)* (n 11) 4-5.

27 There are some propositions arguing that it is not always the case: “Firstly, bilateral streamlining of regulations and standards between the EU and the US should also reduce the trade costs for third country exports to the EU and the US through e.g. economies of scale or having to meet only EU or US requirements to get into both markets (direct spillover estimated at 20% of the bilateral fall in trade costs). Secondly, because of the combined market size of the EU and the US, some third countries can be expected to adopt the common standards agreed between the EU and the US, making these standards de facto common global standards which in turn would create efficiency gains (indirect spillover estimated at 10% of the bilateral fall in trade costs)” Joost Pauwelyn, ‘Not As Preferential As You May Think: How Mega-Regionals Can Benefit Third Countries’, *Mega-Regional Trade Agreements* 63.

28 Stoll, *Mega-Regional Trade Agreements* (n 13) 21.

29 The model in question is presented in the famous book of Jacob Viner: ‘The Customs Union Issue’ (Carnegie Endowment Int. Peace, 1950).

traditional BITs to foreign investors. In many cases, the comprehensive protections given to the investors have impeded the national sovereign rights of the states to the extent that they could not make some crucial decisions for the sake of their own public interests or even when they do and implement those decisions, many times they were taken before the international arbitration courts and had to pay out large sums in compensation.

In fact, the main problem is that the abovementioned concerns and challenges have gradually resulted in a protectionist wave across the globe. In recent times, the impact of this wave is increasingly gaining strength. The prevailing reluctance of many states for more open global markets has become apparent and their unwillingness is leading to a kind of refreshed version of mercantilism,³⁰ to the extent that their unwillingness is putting the development of an international free trade system in jeopardy.

There is no doubt that there are some merits in the arguments of the protectionist currents.³¹ Indeed, there are always winners and losers from trade liberalization³² and when the losses are significant and the different segments of society suffer gravely from such losses, it should not be surprising to see that some governments and groups of citizens are mobilizing around such a reactionary movement against the liberalization of international trade policies.

First, growing numbers of citizens of different countries feel unease about their capacity to democratically voice their opinion, to claim their rights, and “*promote their interests in a world increasingly framed by international trade agreements that are more or less stealthily negotiated among anonymous bureaucracies.*”³³ The only problem is not just the questions arising about democratic representation. Also, the fact that the comprehensive free trade agreements of the last two-three decades are no longer just about lowering or abolishing tariff barriers but regulating a number of policy fields³⁴ which had generally been subject to domestic politics, prompts citizens to think that their popular power and national sovereignty are eroding away.³⁵ In connection with such suspicions, the bulk of citizens have started to perceive an international trade system as “*an instrument of powerful multinational corporations to curb a state’s capacity to democratically decide on regulations in specific policy*

30 Dani Rodrik, “The New Mercantilist Challenge” (Project Syndicate, 9 January 2013) <<https://www.project-syndicate.org/commentary/the-return-of-mercantilism-by-dani-rodrigo?barrier=accesspaylog>> accessed in 7 December 2018.

31 Paul R. Krugman, Maurice Obstfeld, *International Economics Theory and Policy* (6th edn, Addison Wesley 2003) 665-674.

32 Griller, Walter Obwexer; Erich Vranes, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (International Economic Law Series)*, (n 11) 281-282.

33 *ibid* 286.

34 Non-tariff provisions especially seen in new generation FTAs such as foreign direct investment (FDI) and protection of investments, competition policy, public procurement, standards of production, intellectual property rights, labour, environment, agriculture, information technology, and services.

35 Griller, Walter Obwexer; Erich Vranes, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (International Economic Law Series)* (n 11) 286-287.

fields that may run counter to corporations' interests."³⁶

Second, the current international trade regime seems, in many ways, disadvantageous to developing countries, because of the fact that developed countries tend to negotiate only the reduction of tariffs and the elimination of subsidies for the goods in which they have a comparative advantage while they are highly reluctant to open up their own markets to other areas where the developing countries have advantage.³⁷ Moreover, developed countries usually wield their political power to ensure this win-win situation for themselves.

Indeed, the international community and decision-makers are aware of the suspicions and concerns of people summarized above and trying to appease the anxious segments of the society who perceive themselves as the losers of the modern international trade system. The "Trade for All" initiative of the European Commission is one of the most accurate examples of it, which admits that "*it is clear Europeans want trade to deliver real economic results for consumers, workers and small companies. However, they also believe open markets do not require us to compromise on core principles, like human rights and sustainable development around the world or high quality safety and environmental regulation and public services at home. They also want to know more about trade negotiations carried out in their name.*"³⁸ The "Trade for All" initiative seeks to render trade policy more responsible, more effective, more transparent and respecting the core values.³⁹

In conclusion, while international trade agreements have been part and parcel of the modern capitalist world since the nineteenth century, it cannot be argued that those agreements have experienced a linear development, as "*there have always been ups and downs depending on historical contexts and varying national preferences swinging between liberalization and protectionism of the global economy.*"⁴⁰ It is the fact that the globalization phenomenon over the past few decades has brought about increased trade volumes and openness to trade. Particularly after the demise of Soviet Union, most of the countries have given their commitment to liberalized trade policies. Moreover, "*the advent of economic globalization has introduced a paradigm of interdependence*"⁴¹ between the countries and export promotion policies

36 Pia Eberhardt, Blair Redlin, Cecile Toubeau, "Trading Away Democracy: How CETA's Investor Protection Rules Threaten the Public Good in Canada and the EU" (2014) <<https://corporateeurope.org/sites/default/files/trading-away-democracy.pdf>> accessed 7 December 2018.

37 Joseph E. Stiglitz, Andrew Charlton, *Fair Trade for All* (OUP 2005) 12.

38 "Trade for All" (European Commission, 2015) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf> accessed 1 December 2018.

39 *ibid* 7.

40 Andreas Dür sheds the light on this fluctuating development of international trade agreements in his book, *Protection for Exporters: Power and Discrimination in Transatlantic Trade Relations 1930–2010* (Cornell University Press 2010).

41 Pedro J. Martinez-Fraga, C. Ryan Reetz, *Public Purpose in International Law: Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era* (Cambridge 2015) 7.

have made a significant contribution to the economic growth of those countries. Also, it seems that as long as the new generation FTAs, which are the essential tools of trade liberalization on global scale, result in crucial advances in global economic integration, it might be predicted that they will continue to be found favorable by the international community. However, it is also a fact that the disagreements and critics on such trade liberalization have gained ground in the course of time. The strong emphasis governments place on liberalizing trade policies may sometimes cause the erosion of their sovereign rights and the authority for regulating domestic economic order, and it seems to be increasingly worrisome for masses in their populations who perceive themselves as the losers of open trade policies. In the countries where there are highly increased amounts of imports which weaken the production capacity of domestic manufacturers, this disturbance is felt more profoundly.⁴²

Turkey is one of the countries which should very carefully maintain the balance between its open/liberal trade policies and domestic concerns such as the protection of domestic economy and market or implementing the national policies. Signing new generation FTAs with the important trade partners could offer Turkey an opportunity to maintain this balance.

II. Turkish foreign trade policy in conformity with the “New Generation FTAs Trend”

A. Foreign trade policy of Turkey in general

Turkey is a developing country, which has for a long while embraced the open trade policy and adapted its rules and domestic market order to the global market. By having acknowledged that it is crucial for economic development and growth, Turkey attaches a high importance to attracting foreign direct investments (FDI) to the country. In this direction, Turkey is a country which has been a member of the Customs Union and WTO since 1995 – and even before the establishment of WTO, the membership of Turkey of General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) dates back to 1951.⁴³ Turkey has signed and ratified bilateral and multilateral economic partnership agreements or FTAs, and bilateral investment treaties (BITs) and trade and co-operation agreements with various states across the world, which is a significant indicator of Turkey’s engagement in the global market. In addition, Turkey is also a member of the Organization of Islamic Cooperation (OIC), the Economic Cooperation Organization, and the Organization of the Black Sea Economic Cooperation.

42 Oliver Morissey, ‘EPAs and prospective trade policy analysis’ in Oliver Morissey (ed), *Assessing Prospective Trade Policy* (Routledge 2010) 1.

43 GATT helped establish a strong and prosperous multilateral trading system that became more and more liberal through rounds of trade negotiations. But by the 1980s the system needed a thorough overhaul. This led to the Uruguay Round, and ultimately to the WTO.

While the amount of the FDI to Turkey was only around 15 billion dollars in 2002, in the course of the last 16 years this amount has plummeted to nearly 200 billion dollars.⁴⁴ Particularly in recent years, the efforts of the Turkish government to open its economy to the outside have become more salient, as the number of FTAs that Turkey has signed and ratified reached 35, including the ratified FTAs with Korea and Singapore, while there are also many ongoing negotiations to conclude more FTAs with a number of countries from various continents. One of those ongoing negotiations is the one with Japan. The formal negotiation process between the two Parties has been going on since 2014, and after 11 rounds of negotiations so far, both sides seem to be coming very close to concluding an agreement.

Turkey has liberal and transparent foreign investment and trade laws. Especially in the recent years, the regulations were amended to ease the procedures for the establishment of companies, construction permissions, title deed issues, telecommunication and infrastructure permissions, access to funds, international transactions and transfers and so on.

Furthermore, the large-scale incentive scheme for foreign investments, incentive schemes for strategic investments to produce goods in Turkey and general incentive scheme for investments render Turkey an attractive investment destination. Importantly, there are significant tax exemptions or cuts for foreign investors. It must also be noted that the general approach of Turkey is to apply national treatment to foreign investors, which manifests Turkey's positive attitude in terms of foreign investments and trade agreements.

Among the 35 FTAs Turkey has signed and ratified to date, 20 FTAs are in effect while most of others have been abrogated because of the participation of the other Parties to the European Union (EU). The FTA between Turkey and Syria has been suspended following the eruption of the Syrian crisis and more recently, the FTA between Turkey and Jordan was repealed. There is a great diversity among the FTA partners of Turkey: While many of them are neighboring countries from Southeast Europe or the Middle East and North Africa (MENA) region, it is also possible to see FTAs with Asian countries such as Singapore, South Korea and Malaysia or Chile from South America and Mauritius from Africa.

Moreover, the Turkish government is currently pursuing a highly active policy for increasing the number of its economic partnerships. While there are three FTAs with Sudan, Lebanon and Kosovo which have been signed and are currently under ratification, the negotiations for FTA with Ghana have been concluded and both parties are due to sign the agreement as soon as possible. The negotiations for FTAs

44 'Why Invest in Turkey?' (Presidency of the Republic of Turkey Investment Office, <<http://www.invest.gov.tr/en-US/infocenter/publications/Documents/WHY-INVEST-IN-TURKEY.pdf>> accessed 15 October 2018

with the following countries have also begun: Colombia, Ecuador, Peru, Mexico, Democratic Republic of Congo, Djibouti, Pakistan, Thailand, Indonesia, Ukraine, Euro-Mediterranean Free Trade Area and Japan. Additionally, there are efforts to upgrade the current FTAs with the European Free Trade Association (EFTA)⁴⁵, Bosnia and Herzegovina, Serbia and Georgia.⁴⁶

The list of the BITs that Turkey is a party to is much longer, inasmuch as Turkey has signed 107 BITs so far.⁴⁷ Beside the FTAs and BITs, Turkey has trade and co-operation agreements with 27 countries including Afghanistan, Argentina, Australia, China, India, Indonesia, Qatar and the Russian Federation.⁴⁸

B. Turkey's approach for new generation FTAs

Turkey's view reflects that the current WTO rules far from satisfy the contemporary needs of the global market and are not sufficient for the further expansion of open markets.⁴⁹ Therefore, the states feel compelled to sign new bilateral or multilateral FTAs among themselves. Not only do the developed countries feel this necessity, but also the developing countries or LDCs are intensifying their efforts to conclude such agreements, because they do not want to stay outside of the global value chains (GVC). Thus, most of the countries pursue participation in a rapidly expanding network of bilateral and multilateral FTAs and contemporarily, the new generation FTAs.

Turkey is not exempt from this trend. As an upper-middle developing country, Turkey has for a long while embraced the open trade policy by becoming a party to FTAs including the highly comprehensive Customs Union and adapted its rules and domestic market order to the global market. Similarly, now Turkey is catching the "trend of the new generation FTAs," and pursuing a foreign trade policy aiming to build up comprehensive economic partnership agreements.

45 Turkey and the European Free Trade Association (EFTA) countries—Iceland, Liechtenstein, Norway, and Switzerland—signed an agreement on June 25 to enlarge their free trade agreement (FTA) which was signed in 1991 and covers trade in industrial products, fish and marine products, and processed agricultural products between Turkey and EFTA countries.

46 Turkey is also in talks with Cameroon, Chad, Seychelles, Gulf Council of Cooperation, Libya and MERCOSUR to start the FTA negotiations, there are also attempts to initiate the economic partnership talks with the United States (US), Canada, India, Vietnam, Algeria, South Africa, Middle America countries; African, Caribbean, and Pacific Group of States (ACP) and the United Kingdom (UK).

47 The BITs in question are signed with Albania, Argentina, Australia, Austria, Azerbaijan, Bangladesh, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, China, Croatia, Cuba, Czech Republic, Denmark, Egypt, Estonia, Ethiopia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, India, Indonesia, Iran, Israel, Italy, Japan, Jordan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Kuwait, Latvia, Lebanon, Libya, Lithuania, Luxembourg, Macedonia, Malaysia, Malta, Moldova, Mongolia, Morocco, the Netherlands, Oman, Pakistan, Philippines, Poland, Portugal, Qatar, Romania, the Russian Federation, Saudi Arabia, Serbia, Singapore, Slovakia, Slovenia, South Korea, Spain, Sweden, Switzerland, Syria, Tajikistan, Thailand, Tunisia, Turkmenistan, United Arab Emirates, Ukraine, the UK, the US, Uzbekistan and Yemen.

48 All information is received from the Official Website of the Ministry of Trade of Turkey: <<https://eb.ticaret.gov.tr/>>

49 'The general briefing regarding the free trade agreements' (Ministry of Trade of Turkey) <<https://ticaret.gov.tr/data/5b872ada13b8761450e18f4b/%C3%9C%kemizin%20STA%20politikas%C4%B1na%20ili%C5%9Fkin%20detay%C4%B1%20bilgi.pdf>> accessed 26 October 2018

It can be argued that the year of 2013, when Turkey-Korea FTA came into force, was the starting point for Turkey's venture into new generation FTAs. Traditionally, the general structure of Turkey's FTAs had usually been composed of the following chapters respectively: Preamble, initial provisions, trade in goods, rules of origin and customs cooperation, sanitary and phytosanitary measures (SPS), technical barriers to trade (TBT), trade remedies (safeguards, anti-dumping), cooperation (economic and technical cooperation chapter), transparency rules, institutional provisions, dispute settlement mechanism, exceptions and final provisions. However, the FTA between Turkey and Korea had a new structure and there were some new chapters in addition to the abovementioned chapters of the traditional FTAs. Another new generation FTA of Turkey was that with Singapore, which came into force in 2017 after a very short period of negotiations which took only one and half years, and it also presents a precise example of the new generation FTAs. The reasons why we call these FTAs the new generation FTAs will be elaborated in the next chapter, however, it must be noted that these agreements have a dual structure composed of trade and investment agreements, which is one of the main identical features of the new generation FTAs.

It must also be noted that in the case of signing a new generation FTA with a state, that FTA substitutes the bilateral investment treaty (BIT), if there is any, with the concerning state since the new generation FTAs include investment agreements or chapters which might overlap the provisions of the BIT. Hence, as long as Turkey signs new FTAs which could be characterized as new generation FTAs, the old BITs will be substituted by those FTAs. Therefore, it can be expected that many of the 81 BITs to which Turkey is a state party will be abolished in the foreseeable future. On the other hand, it should be noted that Turkey is usually inclined to include investment provisions into the new FTAs it negotiates, albeit, not insisting if the other party is not eager to do so.

It must be noted that Turkey's experience with negotiating an investment text under FTAs began with South Korea and Singapore. Following these, Turkey negotiated comprehensive investment chapters under free trade agreements with Mexico and Peru; both of which are suspended for the moment. Currently, Turkey's talks or negotiations to conclude new generation FTAs with many countries or groups of countries are in process. The most prominent ones among them are the efforts for upgrading EFTA and the ongoing negotiations with Japan which is prospected to result in a FTA that would have a similar structure with Turkey's FTAs with Korea and Singapore.

Despite Turkey's great efforts to keep up with "the new generation FTA" trend and its endeavor to remain in the GVC, unfortunately, there is also the fact that Turkey is being affected by global protectionist currents. The prevailing reluctance of many states for more open global markets does not only result in those states' unwillingness to enter into new FTAs, it is also sometimes experienced that they withdraw from the

current FTAs unilaterally or attempt to narrow down the scope of the current FTAs. For instance, Jordan has just withdrawn from the FTA with Turkey and Morocco and Tunisia have taken restrictive measures against Turkey even though they have FTAs in effect with Turkey.

C. The first fruits of Turkey's salient new generation FTA policy: Korea and Singapore FTAs

Turkey's experience with negotiating an investment text under FTAs began with South Korea and Singapore and was followed by the negotiation of comprehensive investment chapters under FTAs with Mexico and Peru. As a good example of the new generations FTAs which Turkey signed and ratified with a developed Asian country, Turkey-South Korea FTA⁵⁰ can be examined in order to see the general structure and characteristics of Turkey's recent FTAs. This FTA which came into effect in 2013 desired to further strengthen the economic relationship between Turkey and Korea, and to create a new climate for the development of trade and investment between the parties. The parties agreed on gradually liberalizing all the trade in goods between each other over a transitional period starting from the date of enforcement of the FTA. In this manner, thanks to a very large-scale elimination of tariff barriers with this FTA, exports of Turkey to Korea have increased by 7% and imports from Korea have increased by 21% compared to the figures of 2012.⁵¹

Turkey-South Korea FTA is composed of three agreements; namely the framework agreement, the trade in goods (TiG) and services agreements (TiS) and the investment agreement. Such a dual structure enabled the FTA to include both the provisions concerning trade and investment affairs between two countries. The Framework Agreement is applicable for the Trade in Goods (TiG) Agreement (unless otherwise stated), which is composed of a preamble, initial provisions and general definitions, intellectual property rights (IPR), competition, transparency, trade and sustainable development, dispute settlement (and Annexes stipulating the composition and procedures of the arbitration panel), institutional provisions and exceptions and final provisions. Particularly, as it is due in a new generation FTA, there are specific chapters and provisions for sustainable development which did not always exist in the old FTAs. For instance, committing to the development of international trade in such a way as to contribute to the objective of sustainable development was counted among the main objectives of the FTA. The main objectives of the FTA are listed in the Framework Agreement as follows: "*a) to gradually liberalize and facilitate substantially all trade in goods, b) to gradually liberalize and facilitate trade in services and investment, c) to promote competition in their economies, particularly as it relates to economic relations, d) to adequately and effectively protect intellectual property rights, e) to contribute by removing the barriers to trade and by*

50 Official Gazette of Republic of Turkey, 30.04.2013, <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130430-7.htm>>

51 The statistics are received from the datas presented by the Ministry of Trade of Turkey, <<https://ticaret.gov.tr/data/5bfba8a13b8762fa4955cb0/G%C3%BCney%20Kore%20STA%20Bilgi%20Notu.pdf>> accessed 1 December 2018.

developing an environment conducive to increased investment flows, to the harmonious development and expansion of the world trade, f) to commit, in the recognition that sustainable development is an overarching objective, to the development of international trade in such a way as to contribute to the objective of sustainable development and strive to ensure that this objective is integrated and reflected at every level of the countries' trade relationship, g) to promote foreign direct investment without lowering or reducing environmental, labor, or occupational health and safety standards in the application and enforcement of environmental and labor laws of the countries."⁵²

Regarding IPR, the Parties commit to ensure an adequate and effective implementation of the international treaties dealing with intellectual property to which they are parties, by mainly referring to the TRIPS Agreement (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, in Annex 1C to the WTO Agreement), and specifying the concerning rights.⁵³

The Parties "*recognize the importance of free and undistorted competition in their trade relations and undertake to apply their respective competition laws so as to prevent the benefits of the trade liberalization process from being removed or eliminated by anti-competitive practices.*"⁵⁴ While the provisions under the Competition Chapter are mostly written in general language, it is important that the Parties specifically agreed that state enterprises would not adopt or maintain any anti-competitive practices that would affect the purposes of the FTA negatively.⁵⁵

By obliging the Parties to promptly provide information and reply to any questions relating to an actual or proposed measure that might substantially affect the implementation of the agreement and not to disclose any confidential information, the FTA attaches high importance to transparency between the Parties.⁵⁶

It is also notable that, in the case of any dispute in terms of trade relations, the Parties agreed on establishing an arbitration panel which shall consist of three arbitrators, while many options of arbitration institutions - including ICSID, UNCITRAL and ad hoc tribunals - are given to disputing parties in case of any dispute in terms of investment relations. It is important to note that there is a provision preventing investors from using MFN clauses in arbitration cases. With this provision, Turkey aims to prevent its own investors and investors of third countries from submitting a dispute to arbitration based on this Agreement.⁵⁷

52 Framework Agreement Establishing a Free Trade Area Between the Republic of Korea and the Republic of Turkey 2012, Article 1.2 (f).

53 Framework Agreement, Article 2.1.

54 Framework Agreement, Article 3.2.

55 Framework Agreement, Article 3.8.

56 Framework Agreement, Article 4.1.

57 Dispute settlement chapters from all of the Framework Agreement, TiG-TiS agreements and Investment Agreement signed between Turkey and Korea in 2012.

Turkey includes safeguard provisions in all its agreements that allow the adoption of restrictive measures to transfers in case of serious threats. There are only two exceptions to the provisions of the Korea FTA: Balance-of-payments-exceptions and security exceptions. Accordingly, without prejudice to the outcome of negotiations on the agreements to be concluded stipulated in Article 1.4.2 of the Framework Agreement, if a Party decides to impose measures for balance-of-payments purposes, it shall do so only in accordance with its rights and obligations under GATT 1994 and nothing in the Turkey-Korea FTA would be construed to prevent a Party from taking any action which it sees necessary for the protection of its essential security interests.⁵⁸

The Trade in Goods Agreement (TiG) is composed of the following chapters: National treatment and market access of goods (including the provisions for reduction or elimination of custom duties in Annex-2), customs and trade facilitations, trade remedies, technical barriers to trade, and final provisions chapters. In this agreement the provisions regarding customs occupy the largest portion.

In the first chapter, the Parties committed to accord national treatment to each other which is consistent with Turkey's general preference.⁵⁹ In regard to the reduction and elimination of custom duties, the Parties adopted the most favored nation (MFN) status.⁶⁰ The sanitary and phytosanitary measures (SPS) are also regulated under the first chapter; however the Parties simply affirm their existing rights and obligations with respect to each other under the SPS Agreement, in Annex 1A to the WTO Agreement without furthering its scope.⁶¹ Concerning the exceptions related to trade in goods, the Parties make do with affirming their existing rights and obligations under Article XX of GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) 1994.⁶²

Regarding the trade remedies, each Party retains its rights and obligations under Article XIX of the GATT 1994 Safeguards Agreement; however, they also stipulated more detailed rules and procedures in the TiG even if they keep the current legal framework in some issues⁶³ such as anti-dumping and countervailing duties.⁶⁴ Concerning TBT, the Parties once again make do with affirming their existing rights and obligations with respect to each other under the WTO TBT Agreement and specify these rights and obligations.⁶⁵ Another interesting point is that TiG does not include provisions concerning rules of origins because the Parties decided to

58 Framework Agreement, Article 8.

59 Agreement On Trade In Goods Between The Republic Of Korea And The Republic Of Turkey (TiG) 2012, Article 2.6.

60 TiG, Article 2.4.

61 TiG, Article 2.10.

62 TiG, Article 2.12.

63 TiG, Article 4.

64 Anti-dumping and countervailing duties are measures taken by states which are intended to protect the manufacturing industry of a country from foreign manufacturers when foreign manufacturers sell goods in that country at less than the value the domestic manufacturing industry can appreciate.

65 TiG, Article 6.

regulate these provisions in a distinct protocol, namely “Protocol on Rules of Origin and Origin Procedures.”

The Trade in Services (TiS) Agreement is composed of only three main chapters; trade in services, electronic commerce and final provisions respectively. According to TiS, the definition of services includes any service in any sector except a service supplied “in the exercise of governmental authority.”⁶⁶ Under the first chapter, the objectives and scope of the agreement and the other relevant issues are clearly stipulated, while a special focus and a distinct chapter is given to electronic commerce. The provisions in regard to temporary free movement of natural persons, telecommunication and financial services exist in the Annexes.

The Agreement on Investment starts with a broad definition of investment to shed light on which assets are covered by this definition.⁶⁷ Turkey generally includes the “based investment” definition, addressing four elements of the Salini test⁶⁸ as characteristics of investment. In this way, Turkey aims to protect long term investments that contribute to economic development of the host country. In addition to the definition of “investment”, Turkey also incorporates a detailed definition of “investor” with the aim of preventing frivolous claims to international arbitration. Furthermore, the investment provisions are both pre- and post-entry provisions for covered investments. In this way, they are different to BITs and bring more responsibilities to the host country.

As with their FTA agreements, the Parties committed to apply national treatment, MFN and “fair and equitable treatment and full protection and security” to the investors of each other.⁶⁹ However, in Annex 2 of the Agreement, the obligations in this regard are specified for each sector covered by the Agreement.

The Parties adopted an easy-going manner in terms of performance requirements and do not enforce any serious commitment in this regard. Especially, when it comes to transfers relating to a covered investment, the Parties permit all transfers freely and without delay into and out of its territory.⁷⁰ Also regarding expropriation and compensation issues, the Parties do not adopt any rule or exception outside the traditional framework concerning these issues.

66 Agreement on Trade in Services under the Framework Agreement Establishing a Free Trade Area between the Republic of Turkey and the Republic of Korea (TiS) 2012, Article 1.2.

67 Agreement on Investment under the Framework Agreement Establishing a Free Trade Area between the Republic of Turkey and the Republic of Korea 2012, Section A.

68 “The Salini tribunal introduced a definition for an investment under Article 25 of the ICSID Convention, which is known as the Salini Test. Accordingly, an investment should contain the following elements: contribution of money/assets (1), risk (2), duration (3) and a contribution to the host State’s economy (4)”, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para 52.

69 Investment Agreement, Section B.

70 Investment Agreement, Section B.

Crucially, the denial of benefits rule is imposed in the Agreement to deprive the enterprises which have no substantial business activities in the territory of the other Party under whose law it is constituted or organized from exploiting the benefits brought by the Agreement.⁷¹ Denial of benefits provisions did not use to exist in the old trade and investment agreements; however, because of the serious abuse of the absence of such provisions, denial of benefits constitutes an important chapter of many FTAs contemporarily.

With each Party recognizing that it would be inappropriate to encourage investments by investors of the other Party by relaxing its environmental measures, the Parties demonstrate their liability to environmental and health measures.⁷² Taxation and security clauses are counted as exceptions to the Agreement, and it is stipulated that in the event of any inconsistency between this Agreement and any such agreement about taxation, the other agreement shall prevail to the extent of the inconsistency.⁷³

The Turkey-Singapore FTA is much newer than the Turkey-Korea FTA: It came into force in October 2017. While the main approach and objectives of the Turkey-Singapore FTA are almost the same as the Turkey-Korea FTA, the structure is significantly different. Although the Turkey-Singapore FTA is also a typical example of a new generation FTA whose scope is very broad and encompasses both trade and investment provisions, it is not composed of various agreements, instead it tackles all of the relevant issues in different chapters of an agreement and the annexes. Since most of the content of the provisions of the Turkey-Singapore FTA is similar to the Turkey-Korea FTA, to avoid repetition, those provisions will not be mentioned again. Instead, the different points of both FTAs will be the focal point.

The Turkey-Singapore FTA is composed of the following chapters: preamble, objectives and general definitions, national treatment and market access for goods, trade remedies, sanitary and phytosanitary measures, technical barriers to trade, customs and trade facilitation, cross border trade in services, telecommunications, electronic commerce, financial services, temporary movement of natural persons, investment, government procurement, competition and related matters, intellectual property, transparency, dispute settlement, institutional, general and final provisions. The rules of origin issue is regulated in an additional protocol, just as it was preferred in the Turkey-Korea FTA too.

Just by reviewing the chapters of the Turkey-Singapore FTA, it can be seen that this FTA is different from the Turkey-Korea FTA in terms of how it tackles the issues related to

71 Investment Agreement, Article 1.15.

72 Investment Agreement, Article 1.16.

73 Investment Agreement, Section D.

trade in services. In the Agreement there are five chapters⁷⁴ exclusively touching on trade in services issues, while those topics constitute a distinct agreement in the Turkey-Korea FTA.

The second distinctive feature of this FTA is that investment is also not subject to a separate agreement but constitutes only a chapter within the FTA. However, even though there are some minor differences between the two FTAs such as the existence of the saving clause in the Turkey-Singapore FTA, in general the core investment provisions are almost the same. Nevertheless, while investment provisions were much more elaborate in the Turkey-Korea FTA, the length of the investment chapter in the Turkey-Singapore FTA is less than half the length of the investment provisions in the Turkey-Korea FTA. Another remarkable point is that the sanitary and phytosanitary measures (SPS) provisions are organized in a separate chapter, while they do not constitute a distinct chapter in the Turkey-Korea FTA.

III. One More Step Towards Enhancing Turkey's Economic Partnerships: Turkey-Japan FTA

A. General outlook of Turkey-Japan economic relations

While Turkey has attracted an FDI worth more than 200 billion dollars in the last 16 years (2002-2017), the share of the Japanese capital within that is a very tiny amount, at 2.2 billion dollars.⁷⁵ With this amount, Japan is barely ranked in 15th place among the main exporting countries to Turkey. This situation does not reflect the real trade and investment potential between Turkey and Japan. The main objective of the FTA in negotiation is to materialize this potential and increase the amount of the bilateral capital inflow. According to some experts, over the next 10 years Turkey could receive an inflow of up to \$10 billion in Japanese capital, particularly in such sectors as the automotive industry, consumer electronics, energy and food.⁷⁶

According to the most recent statistics, the number of Japanese companies operating in Turkey is 227, which means a significant development over the course of the last 15 years considering that this figure was only 28 in 2004.⁷⁷ It is known that the Japanese companies have strategically turned their attention towards emerging markets like Turkey.⁷⁸ Turkey is a large market and has a population of over 80 million. The average

74 Namely, Cross Border Trade in Services, Telecommunications, E-commerce, Financial Services and Temporary Movement of Natural Persons.

75 'Turkey-Japan Economic and Trade Relations' (Turkish Ministry of Foreign Affairs) <http://www.mfa.gov.tr/turkey_s-commercial-and-economic-relations-with-japan.en.mfa> accessed 20 October 2018.

76 Altay Atlı, 'Japanese investment on the rise in Turkey' (2018) Asia Times <<http://www.atimes.com/japanese-investment-rise-turkey>> accessed 15 October 2018.

77 '2004 White Paper on International Trade and Foreign Direct Investment' (Japan External Trade Organization, 2004) <https://www.jetro.go.jp/ext_images/en/reports/white_paper/2004.pdf> accessed 20 October 2018.

78 'Japan's EPA/FTA Policy' (the Ministry of Economy Trade and Industry of Japan, 2007) <https://www.rieti.go.jp/en/events/07080601/pdf/3-5_E_Tanaka_PPT.pdf> accessed 16 October 2018.

age is 30 years, while the average age in the Japanese population is 49 years and it is rapidly aging and shrinking. Per capita income of Turkey is nearly 10,000 dollars and is very high compared to other similar countries in the region. Moreover, the economic laws too are much more mature compared to those other countries.

Turkey's dynamic production and distribution base, with strong hinterlands such as Izmir as well as Istanbul's ports, are other attractions for Japan. Turkey is an important production hub in the centre of Eastern Europe, Russia and the Turkic republics, Middle East, the entire African continent and Western Asia. A member of the Turkish-Japanese Business Council at the Foreign Economic Relations Board (DEIK), said, "*Japan and Turkey complement each other like yin and yang: Japan as the modest partner who likes to stay in the background, and Turkey as the equally wise but go-getter counterpart when it comes to sales and execution: They bring planning, time management, listening skills and technology. We provide the ability to convince, crisis management, and hardworking workforce.*"⁷⁹

Japanese investors seem to be mostly interested in consumer electronics, ready meals, beverages and automotive sectors, in addition to sectors whose target group is young consumers or some small-medium enterprises.⁸⁰ The most outstanding point is that many Japanese companies are risk-tolerant and have continued to invest in Turkey despite some worrisome incidents which occurred in Turkey between 2015 and 2017. According to Turkish Central Bank data, in 2016, of the 104 countries tracked, 99 reduced their investment in Turkey while 5 of them, including Japan, increased it.⁸¹ Turkish investors and exporters are also waiting for the accomplishment of the FTA between Turkey and Japan. They believe that by the removal of the tariffs between two countries, they will be able to compete with European exports to Japan.⁸²

B. Brief history of Turkey-Japan FTA negotiations and the Role of the Customs Union

The negotiations for Turkey-Japan FTA started in January 2014, when Turkey clearly expressed its intention to work on a free trade agreement with Japan parallel to the EU-Japan free trade agreement and sign a FTA. The political and economic cooperation between Turkey and Japan goes back a long way in history. In fact, Japan had been Turkey's greatest trade partner from the Asia-Pacific region until the 2000's. However,

79 Ilgın Yorulmaz, 'Japon şirketleri Türkiye'de nasıl daha fazla yatırım yapar?' (2018) BBC Turkish, <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45759330>> accessed 13 November 2018.

80 For instance, in 2015, a Japanese beverage company DyDo bought 90 percent of a Turkish holdin's beverage brands for 112 million dollars.

81 For example; in 2016, a famous Japanese auto manufacturer, which brings parts from Japan to manufacture in Turkey and sells in the domestic market and export outside as Turkey's second biggest exporter, doubled the capacity of their factory which is located close to Istanbul.

82 İmam Güneş, 'İhracatçının gözü Japonya anlaşmasında' (2018) Dünya <<https://www.dunya.com/ihracat/ihracatcinin-gozu-japonya-anlasmasinda-haberi-422851>> accessed 2 November 2018.

after the millennium, China took over Japan's position due to the rapid development of its economy, production capacity and highly competitive prices.⁸³ Indeed, in order to further compete with China for influence and leadership in Asia and throughout the world, Japan has shifted its traditional course by seeking out free trade agreements, even though “*its trade policy historically centered on multilateral negotiations while it used to be shielded away from bilateral and regional free trade agreements.*”⁸⁴ Hence, it is prospected that Turkey-Japan FTA could divert the recently declining economic relations between the Parties,⁸⁵ and hoped that this FTA would compensate for the waning significance of each Party for one another as a trade partner.⁸⁶

As a milestone in the bilateral investment and trade relations, the Turkey-Japan BIT was signed on February 12, 1992 and came into force on March 12, 1993.⁸⁷ While it is a matter of fact that if the current FTA negotiations between the Parties can be concluded with a new and comprehensive agreement, as it is prospected, this agreement will replace the Turkey-Japan BIT. However, in the absence of such an agreement, the BIT signed in 1992 is still in force and its framework is limited to only bilateral investment relations.

It is hard to claim that the framework that the Turkey-Japan BIT in 1992 sets an accurate framework which addresses the contemporary needs of the Parties. There have been many significant developments and changes both at a bilateral and a global level. Therefore, it is necessary to adapt the legal base of Turkey-Japan trade and investment relations into contemporary circumstances and necessities. Realizing this urgent need, Turkey and Japan seem highly eager to reach an agreement in the first half of 2019, as some Turkish and Japanese high officials stated.⁸⁸ As the Japanese Foreign Minister stated that by finalizing the negotiation process, both sides are willing to “*feel the benefits of a free trade agreement as soon as possible*”⁸⁹.

The Turkey-Japan FTA is expected to cover many sectors in the two countries, as it is stated in the summary of the initial round of the negotiations: “*The trade pact, if concluded, will give a significant boost to bilateral trade and investment*

83 Mehmet Söylemez, ‘Turkey and China: An Account of a Bilateral Relations Evolution’ (2017) l’Observatoire de la Chine NO.22-24, 2 <https://centreasia.hypotheses.org/files/2018/06/22-SoylezmeZ-ChineTurquie_De%CC%81c2017.pdf> accessed in 28 November 2018.

84 John R. Patton, ‘Comprehensive Economic Partnership Agreements’ (2011) 12 Journal of Management Policy and Practice 36, 36.

85 The discussions in this and the following sections are based on data prepared for a presentation titled “Turkish-Japanese Economic Relations and the Free Trade Agreement” and presented at “International Symposium: Naval Forces and Diplomacy Tracing Ertuğrul” Naval Museum in Istanbul during 15-17 September 2015 (from the footnote 5 of n 86).

86 Ali Akkemik, ‘Is Turkey Turning Its Face Away From Japan to China and Korea? Evidence from Trade Relation’s’ (2016) XXI Perceptions 45, 59.

87 Turkey-Japan BIT 1992, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc076/kanunbmmc076/kanunbmmc07603844.pdf>

88 ‘Japan and Turkey seek to conclude early free trade accord’ (2018) Japan Times <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/09/25/business/japan-turkey-seek-early-conclusion-free-trade-accord/#.W-_1vIqhmno> accessed 3 November 2018.

89 ‘Taro Kono’s statements’ (Japan Times, 22 October 2018) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2018/10/22/business/economy-business/japan-eu-work>> accessed 4 November 2018.

relations and create new business opportunities for a wide range of sectors, including transportation and logistics.”⁹⁰ The Director General for EU Affairs at the Ministry of the Economy and the former Chief Negotiator on behalf of Turkey in the negotiations with Japan has also said, “*with the liberalization of trade, we believe that this agreement covering investments, services and industry will offer very important mutual opportunities for both the Turkish and Japanese business circles.*”⁹¹

The Customs Union which was established between the European Union (EU) and Turkey in 1995 and obliged the latter to eliminate all customs duties and quantitative restrictions in the trade of industrial goods with the EU as of 1 January 1996 is also very relevant to Turkey-Japan FTA negotiations.⁹² In addition to tariffs and related issues, the Customs Union extends to rules on various regulatory border and behind-the-border policies, such as customs modernization, eliminating TBT, competition policies, IPR and trade policy instruments.

For Turkey, the Customs Union has been a major instrument of integration into the EU and the global markets as it was offering the country powerful tools for reforming its economy. It has been one of the main means which have locked Turkey into a liberal foreign trade regime. Quantitative assessments have found substantial effects on Turkey’s exports to EU countries and GDP per capita. It is estimated that as a result of the Customs Union, Turkey’s exports to the EU have increased by 38% and Turkish GDP per capita by 13%.⁹³

Nevertheless, because of the fact that many essential issues such as government procurement, SPS, investment protection and dispute settlement are not covered by the Customs Union, both the EU and Turkey realized that the customs union is outmoded and their trade and investment relations need to be reformed. However, the outmoded content is not the only problem. At the moment, there is the more urgent problem that the EU has recently begun negotiating and signing trade agreements with countries that have relatively large economies and high volumes of foreign trade, including Japan, and most of which have exports that would compete with the Turkish goods in the EU market. It poses a “lose-lose” situation for Turkey because it would face greater competition in the EU as well as in its own domestic market without enjoying preferential access to these other markets.

90 “Summary of the First Round of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)” (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 10 September 2014) <https://www.mofa.go.jp/press/release/press4e_000535.html>

91 ‘Turkey-Japan FTA negotiations nears end’ (Daily Sabah, 2 February 2018) <<https://www.dailysabah.com/economy/2018/02/03/turkey-japan-fta-negotiations-nears-end>> accessed 22 September 2018.

92 ‘Countries and Regions: Turkey’ (European Commission, <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/turkey/>> accessed 20 November 2018.

93 Subidey Togan, ‘Modernising the EU-Turkey Customs Union’ (2018) The Forum EFR Research Portal <<https://theforum.erf.org/2018/03/01/modernising-eu-turkey-customs-union/>> accessed in 3 November 2018.

The most relevant point of the Customs Union to Turkey-Japan FTA is that Turkey shall adopt the EU's common customs tariff on third-country imports and all preferential agreements that the EU had or would conclude with third countries. Accordingly, Turkey should take the necessary measures and negotiate agreements on a mutually advantageous basis with the third countries in order to harmonize its commercial policy further with the EU's. In other words, *“This puts Turkey at a significant disadvantage, as the EU-Turkey Customs Union is structured to allow these countries to access Turkish markets without having to reciprocate by opening their own markets.”*⁹⁴ Thus, it is very plausible to conclude a new FTA between Turkey and Japan as soon as possible because Japan-EU FTA has already been concluded and once it comes into effect, Turkey will be affected by that agreement.

In conclusion, Turkish exports will suffer serious setbacks after every new EU free trade agreement with a third country, including the one between Japan and the EU, which is known as “the free trade agreement for the 21st century” since it encompasses 30% of world GDP, and 40% of the value of global trade.⁹⁵ If no measures are taken in the short term, there is a risk of deterioration in European-Turkish economic relations due to the EU-Japan FTA. Therefore, Turkish officials have been seeking solutions and signing new and comprehensive FTAs with countries such as Japan is a part of these solutions.

C. Challenging points on the road to a new generation FTA between Turkey and Japan

Starting from December 2, 2014, so far 11 rounds have been held in the negotiation process. Under the prospected FTA, the main objective is to eliminate import tariffs on most products traded between the Parties. Therefore, the negotiations are revolving around 17 main chapters and topics. In the first two rounds, the two Parties started to exchange their ideas on a broad range of topics such as market access of trade in goods, investment, and intellectual property rights, improvement of the business environment, government procurement, sanitary and phytosanitary (SPS) measures, technical barriers to trade (TBT), electronic commerce, labor and general provisions.⁹⁶ In the third round, the negotiation teams added the topics of final provisions, rules of origin, customs procedures, competition and dispute settlement to their discussions⁹⁷ and in the fourth round, they also started talks on trade facilitation in addition to the

94 Kemal Kirişçi, ‘Don't Forget Free Trade with Turkey’ (Brookings Institution, 15 April 2013) <<https://www.brookings.edu/opinions/dont-forget-free-trade-with-turkey/>> accessed 15 October 2018.

95 Irina Angelescu, ‘EU-Japan partnership agreements herald new era of closer cooperation’ (2018) ECFR <[://www.ecfr.eu/article/commentary_eu_japan_partnership_agreements_herald_new_era_of_closer_coopera](http://www.ecfr.eu/article/commentary_eu_japan_partnership_agreements_herald_new_era_of_closer_coopera)> accessed 3 November 2018.

96 “Summaries of the First and Second Rounds of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)”, (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 2 December 2014 and 17 April 2015).

97 “Summary of the Third Round of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)” (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 10 September 2015).

previous discussions.⁹⁸ In the seventh round, a new discussion topic was brought to the table - trade in service,⁹⁹ while the Parties started to discuss the business environment ,among others, in the ninth round.¹⁰⁰ In the most recent rounds – the tenth and eleventh rounds which were held in June and September 2018 respectively, almost all of the aforementioned topics were discussed, while a new discussion topic appeared in the very last meeting: State-owned enterprises.¹⁰¹ In order to see the main features of the Turkey-Japan FTA, it would be better to delve into the progress made in the course of the aforementioned rounds and the resulting disagreement points between the Parties. Nevertheless, it should be noted that because of the very limited open sources, it is impossible to review the Turkey-Japan FTA negotiations in depth. Therefore, we will content ourselves with the brief knowledge obtained from the interviews we did with the Turkish negotiation team,¹⁰² plus some very limited open sources.

First of all, it must be noted that the final structure of the FTA is not settled yet. However, it is known that it will be composed of both trade and investment provisions, either as separate agreements like the structure of the Korea FTA or as different chapters within an agreement like the structure of the Singapore FTA. Therefore, the dual structure usually seen in the new generation FTAs of Turkey will be retained and, as mentioned before, this FTA will substitute the Turkey-Japan BIT in 1992. It is also likely that the trade provisions will not only be about trade in goods, but trade in services provisions will also be encompassed by the FTA, as is the case in Singapore FTA.

There seem to be some new chapters which do not exist in the Turkey-Korea or Turkey-Singapore FTAs: Improvement of the business environment and labor, which are frequently included in the most recent new generation FTAs. Likewise, Turkey and Japan also did not avoid including them, however, there is still not a full agreement on the provisions even though the Parties could come to terms to a large extent. Additionally, it is remarkable that there is no specific chapter concerning environmental issues even though it usually prevails among the recent new generation FTAs.

Agriculture is one of the most crucial chapters for Turkey because Japan is currently importing 70% of its agricultural products and the Turkish agriculture sector aims to gain a significant share of this market. From Turkey's point of view, one of the main

98 “Summary of the Fourth Round of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)” (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 28 January 2016).

99 “Summary of the Seventh Round of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)”, (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 29 September 2017).

100 “Summary of the Ninth Round of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)”, (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 13 April 2018).

101 “Summaries of the Tenth and Eleventh Rounds of the Negotiations for a Japan-Turkey Economic Partnership Agreement (EPA)”, (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 14 June 2018 and 7 September 2018 respectively).

102 These interviews are done on November 22, 2018 in Ministry of Trade in Ankara. We, as authors, express our gratitude to the delegation team members of Ministry of Trade for their contribution.

expectations resulting from this FTA is to increase the export of agricultural products to Japan. Therefore, Turkey's demand is to strike "zero tariffs" provisions. There are different tariff models in this regard and the Parties are still negotiating these models.

Market access of goods is another crucial chapter because of the great export imbalance (1:10) between Turkey and Japan. Even though it is impossible to reduce it to a great extent in the near future, Turkey wants to reduce this gap as much as possible, or at least, not to let it drift further. In this respect, the comprehensive FTA signed between Japan and the EU engenders the possibility of the growth of the export imbalance between Turkey and Japan, as EU goods will enter the running against Turkish products. Therefore, for Turkey, easy market access of some industrial and textile products or some specific products such as salt is particularly important in order to reduce this imbalance.

Concerning trade remedies and TBT, the Parties are not overly diverging from the provisions of their previous FTAs, so there is almost a full compromise on these topics. Turkey is usually comfortable in this regard. As far as is known, the Parties are only discussing improving the transparency of bilateral safeguard measures.

Regarding SPS, Turkey is pushing for more detailed provisions in order to avoid any ambiguity which might cause problems in the future. It is also known that Japan is a meticulous country in this regard, as it is an island country which must be extra cautious about animal diseases etc. As yet, there is no compromise on the content of this chapter, however, it is said that the Parties could progress significantly.

IPR is one of the most comprehensive chapters. Despite the existence of some minor disagreements such as the length of the guard timings of copyrights and patents, the Parties could come to terms to any great extent. They are working on clarifying the procedures regarding IPR.

Concerning trade facilitation, the Parties were able to reach an almost full agreement by reaffirming their rights deriving from the WTO Agreement. They are now discovering the possibilities of stipulating some WTO-plus rules in the FTA.

State-owned enterprises (SoE) are a relatively newly-emerging topic in the new generation FTAs. This topic has become a matter of discussion mainly because of the challenges posed by the powerful Chinese SoEs.¹⁰³ However, at Japan's request, the Parties have started to discuss this issue. From Turkey's perspective, it does not seem possible to accord national treatment to Japanese investors by treating them the same as the Turkish SoEs. Therefore, this issue seems to be challenging for both Parties.

103 Sherman Kartz, 'Why the WTO Should Constrain the Power of China's State-Owned Enterprises' (Harvard Business Review, 11 December 2017) <<https://hbr.org/2017/12/why-the-wto-should-constrain-the-power-of-chinas-state-owned-enterprises>> accessed 1 December 2018.

Electronic commerce is also one of the most recent and popular topics in new generation FTAs. The Turkey-Japan FTA will also include a distinct chapter for e-commerce. However, Japan wants more detailed provisions and less protection in this regard and all of those demands do not seem to be acceptable for Turkey.

The dispute resolution mechanisms will vary according to whether the dispute is about trade or investment. Most probably, the same pattern as in Korea FTA and Singapore FTA will be seen: The establishment of an arbitration panel for trade disputes and resorting to an arbitration institution from the list counted within the FTA or on which the Parties would agree for investment disputes. The right to use the WTO dispute resolution mechanisms and to go before the national courts are also preserved as alternatives.

The rules of origin rules might be stipulated in a separate protocol as in The Korea FTA and the Singapore FTA. Accordingly, for the purpose of a preferential tariff treatment only these products shall be considered as originating in a Party: 1) products wholly obtained in a Party within the meaning of Article 4 of TiG Agreement, 2) products obtained in a Party incorporating materials which have not been wholly obtained there, provided that such materials have undergone sufficient working or processing in the Party concerned within the meaning of Article 5 of TiG and 3) products obtained in a Party exclusively from materials that qualify as originating pursuant to this Protocol.¹⁰⁴

The trade in services chapter usually occupies the largest portion of the FTAs. It is expected that this will be the case again because the Parties are continuing negotiation on a broad array of sectors such as telecommunications, financial services, raw transportation, and the freedom of movement of natural persons.

Concerning investment, national treatment and MFN, along with fair and equitable treatment to investors will be committed by both Parties as usual. Also the exact meanings of these treatments will be explained in the FTA, as in the Korea FTA and the Singapore FTA too, in order to leave less room for the interpretation of the arbitrators in case of any dispute.

When it comes to performance requirements, Turkey does not prefer to give commitments beyond TRIMS rules, however, as Japan is eager to go beyond the framework of TRIMS, it is a challenging discussion topic between the Parties. The provisions regarding expropriation will not be different to the equivalent provisions in the Korea FTA and the Singapore FTA. The most crucial point of these provisions is that the distinction between direct and indirect expropriations is clearly made in order to avoid any confusion in the future. Also regarding transfers, exceptions and

¹⁰⁴ Protocol on Rules of Origin and Origin Procedures in addition to Agreement On Trade In Goods Between The Republic Of Korea And The Republic Of Turkey (TiG) 2012, Article 2.

denial of benefits, the provisions will be the same as the provisions in the Korea FTA and the Singapore FTA.

It must also be noted that it is said that the Japanese side wants, at least exclusively for its investors, to overrule a procedural rule applied in practice in Turkey: Apart from some exceptions, employers shall employ five Turkish citizens for each foreign employee in their enterprises.

Overall, most of the disagreement points stem from the different approaches and economic and political backgrounds of Turkey and Japan. Japan builds up its demands according to its priorities and perspective as one of the most developed countries in the world. However, despite its rapid economic growth over the last fifteen years, Turkey is still in the development process in many fields and sectors. The Japanese side should take this reality about Turkey into consideration and put forward its demands with realistic expectations.

On the Turkish side, the greatest challenge seems to be adapting to Japan's high standards in some issues such as IPR, SPS and e-commerce. The challenges are not only at a provisional level, but also even when the Parties reach an agreement, Turkish enterprises will face difficulties in keeping up with these standards. In order to overcome these challenges, there are two essential tasks that the Turkish side needs to fulfil: First, Turkey should insist on highly clear and detailed provisions which would guide Turkish investors. Turkish authorities also need to prepare the enterprises in the relevant sectors for them to reorganize their manufacturing standards in line with the Japanese standards.

Last but not least, the new generation FTAs/EPAs present an opportunity for Turkish authorities to keep up with global standards of international trade and investment. Because of the various and challenging demands of Japan in the FTA negotiations, Turkey might sometimes feel its deficiencies in legal, bureaucratic and sectoral fields. However, if structural reforms are required to fill those deficiencies, by using this FTA as a motivation source, Turkey could and should initiate such reforms.

Conclusion

Recently, many countries, be they developed or developing countries, are facing a protectionism vs. globalization dichotomy. While it is generally acknowledged that liberalized trade policies result in a significant amount of economic growth on a global scale, on the other hand, the negative consequences of the rapid globalization of domestic economies are felt more profoundly by both the decision-makers and average citizens. Be it rightly or wrongly, such negative consequences are strengthening the sentiment that their national sovereignty and economic production capacity are slipping from

their grasp. This growing sentiment could account for the contemporary reactionary movements against a liberal and globalized trade and market.

Hence, most countries and their decision-makers are more cautious than in previous decades when it comes to encouraging more openness in their economies. Governments do not want to be blindsided by the premises of the global conjuncture of the previous decades. This cautious manner and the endeavors to maintain the balance between liberal international trade policies and national concerns can be clearly observed in the recent FTAs. The shift in the focal points of FTAs is becoming more obvious while the provisions leaving more room to maneuver for governments to implement their national policies and imposing more restrictions are becoming more visible.¹⁰⁵ Furthermore, with these changes, new generation FTAs are able to present an opportunity for finding new formulations of international trade which would address the growing concerns about the globalization of the markets without isolating the domestic economies from the global market.

Turkey's prospected FTA with Japan might be another perfect example of the new generation FTAs with its provisions reconciling the different approaches of two countries which have different economic backgrounds. It is also expected to have the typical characteristics of new generation FTAs by encompassing a wide range of fields such as trade in goods, trade in services and investment, as it was seen in Turkey's FTAs with Korea and Singapore.

As an upper-middle income country, Turkey has both an open trade policy and growing concerns for the protection of its domestic market. That is to say, while Turkey's view and policies are not in line with global protectionist currents, it has some concerns overlapping their arguments. Turkey expects its developed trade partners to take the economic imbalances and thus the different necessities and priorities between the two sides into consideration. They are expected to take a constructive approach in settling those provisions which would fit the realities. Also, in those new generation FTAs to which it is party, Turkey aims to leave considerable room to maneuver for implementing its national policies since it is crucial for a developing country to overcome the challenges for its economic development and stability.

¹⁰⁵ One of the most recent and accurate examples of such a shift can be seen in USMCA which substitutes NAFTA, see: Jeffrey J. Schott, 'For Mexico, Canada, and the United States, a Step Backwards on Trade and Investment' (Peterson Institute for International Economics, 2 October 2018) <<https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/mexico-canada-and-united-states-step-backwards-trade-and>> accessed 13 December 2018.

Kaynakça / References

- Akkemik A., 'Is Turkey Turning Its Face Away From Japan to China and Korea? Evidence from Trade Relation's' (2016) XXI Perceptions 45, 59
- Amadeo K., 'Free Trade Agreements, Their Impact, Types, and Examples' (The Balance, 7 November 2018) <<https://www.thebalance.com/free-trade-agreement-types-and-examples-3305897>>
- Angelescu I., 'EU-Japan partnership agreements herald new era of closer cooperation' (2018) ECFR <://www.ecfr.eu/article/commentary_eu_japan_partnership_agreements_herald_new_era_of_closer_coopera>
- Atlı A., 'Japanese investment on the rise in Turkey' (2018) Asia Times <<http://www.atimes.com/japanese-investment-rise-turkey>>
- Dür A., *Protection for Exporters: Power and Discrimination in Transatlantic Trade Relations 1930–2010* (Cornell University Press 2010)
- Eberhardt P., Redlin B., Toubeau C., 'Trading Away Democracy: How CETA's Investor Protection Rules Threaten the Public Good in Canada and the EU' (2014) <<https://corporateeurope.org/sites/default/files/trading-away-democracy.pdf>>
- Esenbel S., 'Fukushima Yasumasa and Utsunomiya Tarō on the Edge of the Silk Road: Pan-Asian Visions and the Network of Military Intelligence from the Ottoman and Qajar Realms into Central Asia' in Selçuk Esenbel (ed), *Japan on the Silk Road Encounters and Perspectives of Politics and Culture in Eurasia*, (Brill 2018)
- Evans D., 'Bilateral and Multilateral PTAs' in Simon Lester and Bryan Mercurio (eds), *Bilateral and Regional Trade Agreements* (Cambridge University Press 2009)
- Florentino R., Verdeja L., Toqueboeuf C., 'The Changing Landscape of Regional Trade Agreements: 2006 Update' (2007) WTO Discussion Paper NO:12, 13 <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers12a_e.pdf>
- Griller S., Obwexer W., Vranes E., 'Mega-Regional Agreements: New Orientations for EU External Relations?' in Stefan Griller, Walter Obwexer, Erich Vranes (eds), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA (International Economic Law Series)* (OUP 2017)
- Güneş İ., 'İhracatçının gözü Japonya anlaşmasında' (2018) Dünya <<https://www.dunya.com/ihracat/ihracatcinin-gozu-japonya-anlasmasinda-haberi-422851>>
- Hufbauer G., Cimino-Isaacs C., 'How will TPP and TTIP Change the WTO System?' (2015), 18 *Journal of International Economic Law*,
- Joost Pauwelyn, 'Not As Preferential As You May Think: How Mega-Regionals Can Benefit Third Countries' in Thilo Rensmann (ed), *Mega-Regional Trade Agreements* (Springer 2017)
- Kartz S., 'Why the WTO Should Constrain the Power of China's State-Owned Enterprises' (Harvard Business Review, 11 December 2017) <<https://hbr.org/2017/12/why-the-wto-should-constrain-the-power-of-chinas-state-owned-enterprises>>
- Kirişçi K., 'Don't Forget Free Trade with Turkey' (Brookings Institution, 15 April 2013) <<https://www.brookings.edu/opinions/dont-forget-free-trade-with-turkey/>>
- Krugman P., 'Increasing Returns, Monopolistic Competition, and International Trade' (1979) 9 *Journal of International Economics*
- Krugman P., Obstfeld M., *International Economics Theory and Policy* (6th edn, Addison Wesley 2003)
- Lahaye L., 'Mercantilism' *The Concise Encyclopedia of Economics* <<http://www.econlib.org/library/Enc1/Mercantilism.html>>

- Martinez-Fraga P., Reetz C., *Public Purpose in International Law: Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era* (Cambridge 2015) 7.
- Mill J., *Elements of Political Economy* [1821, 2nd Edition (London: Baldwin, Cradock, and Joy, 1824)]
- Morissey O., 'EPAs and prospective trade policy analysis' in Oliver Morissey (ed), *Assessing Prospective Trade Policy* (Routledge 2010)
- Patton J., 'Comprehensive Economic Partnership Agreements' (2011) 12 *Journal of Management Policy and Practice*
- Rodrik D., "The New Mercantilist Challenge" (Project Syndicate, 9 January 2013) <<https://www.project-syndicate.org/commentary/the-return-of-mercantilism-by-dani-rodrro?barrier=accesspaylog>>
- Schott J., 'For Mexico, Canada, and the United States, a Step Backwards on Trade and Investment' (Peterson Institute for International Economics, 2 October 2018) <<https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/mexico-canada-and-united-states-step-backwards-trade-and>>
- Söylemez M., 'Turkey and China: An Account of a Bilateral Relations Evolution' (2017) l'Observatoire de la Chine NO.22-24, 2 <https://centreasia.hypotheses.org/files/2018/06/22-Soleymez-ChineTurquie_De%CC%81c2017.pdf>
- Stiglitz J., Charlton A., *Fair Trade for All* (OUP 2005)
- Stoll P., 'Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions' in Thilo Rensmann (ed), *Mega-Regional Trade Agreements*, (Springer 2017)
- Togan S., 'Modernising the EU-Turkey Customs Union' (2018) The Forum EFR Research Portal <<https://theforum.erf.org/2018/03/01/modernising-eu-turkey-customs-union/>>
- Trade for All" (European Commission, 2015) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf>
- Viner J., *The Customs Union Issue* (Carnegie Endowment Int. Peace 1950)
- Yorulmaz I., 'Japon **şirketleri** Türkiye'de nasıl daha fazla yatırım yapar?' (2018) BBC Turkish, <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-45759330>>
- '2004 White Paper on International Trade and Foreign Direct Investment' (Japan External Trade Organization, 2004) <https://www.jetro.go.jp/ext_images/en/reports/white_paper/2004.pdf>
- 'Japan and Turkey seek to conclude early free trade accord' (2018) Japan Times <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/09/25/business/japan-turkey-seek-early-conclusion-free-trade-accord/#.W-_1vIqhnmo> accessed 3 November 2018
- 'Taro Kono's statements,' (Japan Times, 22 October 2018) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2018/10/22/business/economy-business/japan-eu-work>>
- 'The Turkish-Japanese Textile Factory and its Operation', Minako Mizuno Yamanlar and **Şüküfe** Gökçen (eds.), *The Turkish Japanese Factory 1928: History Woven in Bursa*, (Ege Yayıncılık 2015)
- 'The world's free trade areas – and all you need to know about them' (World Bank, 6 May 2016) <<https://www.weforum.org/agenda/2016/05/world-free-trade-areas-everything-you-need-to-know/>>
- 'Turkey-Japan FTA negotiations nears end' (Daily Sabah, 2 February 2018) <<https://www.dailysabah.com/economy/2018/02/03/turkey-japan-fta-negotiations-nears-end>>

Notes for Contributors

OSCOLA Quick Reference Guide

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008]
UKHL 13, [2008] 1 AC 884

R (Roberts) v Parole Board [2004]
EWCA Civ 1031, [2005] QB 410

Page v Smith [1996] AC 155 (HL)

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ
1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45]

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407
(QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37]

*R v Leeds County Court, ex p
Morris* [1990] QB 523 (QB) 530–31

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004]
EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6
[27] (Laws LJ)

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b)

Penalties for Disorderly Behaviour
(Amendment of Minimum Age)
Order 2004, SI 2004/3166

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty
on European Union [2008] OJ
C115/13

Council Regulation (EC) 139/2004
on the control of concentrations
between undertakings (EC Merger
Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5

Case C–176/03 *Commission v
Council* [2005] ECR I–7879, paras
47–48

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51
EHRR 10 *Osman v UK*
ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99
(ECHR, 20 July 2004)

Simpson v UK (1989) 64 DR 188

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009)

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998)

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006)

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010

Command papers and Law

Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5 Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) < www.nakedlaw.com/2009/05/index.html > accessed 19 November 2009

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3

You can reach for details of [Notes for Contributors](#) and [OSCOLA 4th Edition](#).